



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Daniel Pettersson

Förordning 1/2003- dess effekter på
nationella konkurrensmyndigheter

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Hans Henrik Lidgard

EG-rätt

Vårterminen 2006

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1. INLEDNING	4
1.1 Syfte, disposition och avgränsning.....	6
1.2 Metod.....	7
2. FÖRORDNING 17/62- EN ÖVERSIKT	8
2.1 Icke-ingripandebesked och informella avgöranden	8
2.2 Undantag	9
2.3 Uppgiftsskyldighet och undersökningar	9
2.4 Åtgärder och sanktioner mot förbjudna konkurrensbegränsningar.....	10
3 FÖRORDNING 1/2003	11
3.1 Inledande överblick.....	11
3.1.1 Direkt tillämpning av artikel 81 (3)	12
3.1.2. Tvingande applikation av artiklarna 81 och 82.....	13
3.2 Skapandet av ECN.....	14
3.2.1 Nätverkets karaktär – komparativa aspekter	15
3.2.2 Samarbete med konkurrensmyndigheter i nyare medlemsländer	15
3.2.3 Hantering av informationsflödet	17
3.2.3.1 Särskilt om konsultation inom nätverket	18
3.2.4 Lokalisering av ärenden	20
3.2.5 Några problemområden.....	22
3.2.5.1 Oberoende.....	22
3.2.5.2 Resurser och status	22
3.2.6 Legala effekt av vissa beslut	23
3.2.7 1/2003 ur ett rättighetsperspektiv	23
3.2.7.1 <i>Ne bis in idem</i>	24
3.2.7.2 Insamling av bevis	24
3.2.7.3 Hur säkerställa konsekvent tillämpning ?	25
3.2.8 Leniency.....	27
3.2.8.1 Artikel 11	27
3.2.8.2 Artikel 12.....	28
3.2.8.3 Leniency och artikel 11 (6).....	30
3.2.8.4 Val av myndighet för ansökan.....	30
3.2.9 Relationen till de nationella domstolarna.....	30

3.2.10	Allmänna svårigheter med decentralisering av europeisk konkurrensrätt.....	31
3.3	Sammanfattning av förändringarna på ett europeiskt plan	32
3.3.1	Harmoniseringens roll	34
4.	ÄNDRINGAR I KONKURRENSLAGEN OCH DESSAS EFFEKTER PÅ KONKURRENSVERKET	36
4.1	Konkurrensverkets tillämpning av nationell lag.....	36
4.2	Konkurrensverkets roll i processer i nationell domstol.....	37
4.3	Bibehållandet av gruppundantagen	38
4.4	Slopande av individuella undantag/ införandet av en direkt tillämplig regel.	39
4.5	Konkurrensverkets godtagande av åtaganden	40
4.6	Konkurrensverkets roll i ECN.....	41
4.7	Konkurrensverkets roll vid platsundersökningar.....	42
4.8	Konkurrensverket och tillämpningen av förordningen 1/2003.....	43
5.	SAMMANFATTNING OCH PROBLEMATISERING	45
5.1	Ändringarna i KL	45
5.2	Sammanfattande avslutning med problematisering	46
5.2.1	Problematisering	47
BILAGA A:	UTDRAG UR EG-FÖRDRAGET	48
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....		50
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING		53

Sammanfattning

Uppsatsen behandlar de förändringar som den nya förordningen 1/2003 fört med sig för de europeiska konkurrensmyndigheterna, däribland Konkurrensverket. På ett europeisk plan innebär detta förutom direkt tillämpning av hela artikel 81 och tvingande tillämpning av artiklarna 81 och 82 främst skapandet av ett europeiskt nätverk av myndigheter för att främja konkurrens. Detta kommer att på olika sätt påverka myndigheternas verksamhet. Det innebär att krav på kommunikation med andra myndigheter ökar, exempelvis vid allokering av ärenden och utväxling av material i bevissyfte. Det kommer också att bli viktigare för myndigheter att på olika sätt hävda sitt oberoende.

På nationell nivå har justeringar av Konkurrenslagen gjorts som för Konkurrensverket bland annat innebär att man får en utökad roll vid processer inför nationell domstol samt slopar individuella undantag från tillämpningen av lagen. Myndigheten kan dock även fortsättningsvis tillämpa de svenska reglerna parallellt med de europeiska.

En huvudsaklig slutsats är att många av de frågor som uppkommit, både på europeisk och nationell nivå, rör behovet av och strävan efter harmonisering av rättstillämpningen inom gemenskapen. Detta kan ses som naturligt då decentraliseringen i sig i viss mån bäddar för viss spridning i rättstillämpningen.

Förord

Jag vill tacka min handledare Hans Henrik Lidgard och kurssekreteraren Alexandra Belmonte för deras överseende med en uppsatsskrivarprocess som tyvärr inte alltid kunnat vara av högsta prioritet för mig.

Förkortningar

DG Comp	Directorate-general Competition
E.C.L.R.	European Competition Law Review
ECN	European Competition Network
EU	Europeiska Unionen
KL	Konkurrenslagen
KKV	Konkurrensverket
NCA	National competition authority

1. Inledning

Konkurrenspolitiken är ett för den Europeiska unionen mycket viktigt och också prioriterat område, som på senare år har genomgått stora reformer. Reformerna har bland annat tagit sig uttryck i Kommissionens förordning 1/2003 angående tillämpning av de materiella reglerna i EG-fördragets artiklar 81, slutande av avtal eller annat samordnat förfarande ägnat att inskränka gemenskapens fria konkurrens, och 82, missbruk av dominerande ställning (se Bilaga A för fullständiga artiklar). Detta regelverk har ersatt förordning 17/1962. Detta innebar förändringar för Kommissionens arbetsuppgifter angående konkurrensfrågor, och även de nationella domstolarnas och konkurrensmyndigheternas roller. Det är de sistnämnda som denna uppsats kommer att fokusera på, och då även med fokus på det svenska Konkurrensverkets förändrade roll med avseende på processrättsliga frågor.

Förordning 1/2003 innebar alltså vid sitt ikraftträdande nya processuella spelregler för Kommissionen, de nationella domstolarna och de nationella konkurrensmyndigheterna med avseende på tillämpningen på EG-fördragets artikel 81 och 82. Införandet av förordningen föranledde också vissa förändringar i de nationella konkurrenslagstiftningarna, däribland den svenska Konkurrenslagen. Den andra delen av uppsatsen kommer att fokusera på dessa förändringar.

Förordningen 17/1962 gav en lång och rik rättspraxis från både Kommissionen och EG-domstolarna som skapade god kännedom och förståelse för EU:s gemensamma konkurrensrätt i större kretsar. Mellan 1962 och reformeringens början hade dock förhållandena genomgått genomgripande förändringar. Medlemsstaternas antal hade ökat till 15 med sammanlagt 380 miljoner invånare, och ännu en utvidgning stod för dörren. Nu fanns det nationella konkurrensmyndigheter i medlemsstaterna och de nationella lagstiftningarna avspeglade ofta artiklarna 81 och 82.¹

I april 1999 lade Kommissionen fram sin vitbok angående en genomgripande reform av konkurrensreglerna i gemenskapen. Reformen var tänkt att vara anpassad till ytterligare integration och framtida utvidgningar och dessas påverkan.² De huvudsakliga målen var att säkerställa effektiv övervakning genom en decentraliserad tillämpning av EG:s konkurrensregler samt att förenkla administrationen genom ett avskaffande av anmälningssystemet. Efter att ha gått igenom framlagda synpunkter från olika berörda parter, däribland medlemsstaterna, lades ett förslag till en ny förordning fram i september 2000, detta blev emellertid föremål för diskussioner med medlemsländerna. Dessa diskussioner kommer jag inte att gå in på närmare här. Ett nytt förslag presenterades i slutet av november

¹ Norberg 1 s. 552

² Fellenius-Omnell s. 80

2002 och antogs av rådet den 16 december samma år. Förordningen trädde i kraft den 1 maj 2004, samtidigt som unionen kom att utvidgas med ytterligare 10 medlemsländer.³

Sture Norberg, direktör vid DG Comp, sammanfattar reformens huvuddrag i elva punkter;⁴

- En grundläggande bearbetning av förordning 17/1962
- Skyldighet för nationella konkurrensmyndigheter att tillämpa artiklarna 81 och 82, då dessa kan gälla, med företräde framför nationella regler
- Avskaffande av monopolet som Kommissionen tidigare hade med avseende på tillämpning av artikel 81 (3)
- Direkt effekt vid nationella konkurrensmyndigheter och domstolar för artikel 81 (3)
- Anmälningssystemet avskaffas
- Skapandet av ett nätverk av konkurrensmyndigheter och Kommissionen
- Utbyte av information och administrativ hjälp inom nätverket för alla konkurrensmyndigheter
- Mer omfattande tillämpning av 81 och 82 från nationella domstolar
- Ett närmare samarbete mellan de nationella domstolarna och Kommissionen, detta för att garantera en enhetlig tolkning
- Ett ökat fokus på grövre konkurrensbrott, som internationella karteller och missbruk av dominerande ställning, från Kommissionens sida
- Ett ikraftträdande vid samma tidpunkt som EU: s historiskt sett största utvidgning

Uppsatsen kommer att inriktas mot de förändringar som berör konkurrensmyndigheter, särskilt det skapade nätverket kommer här att beröras.

³ Fellenius-Omnell s. 81

⁴ Norberg 2 s. 118

1.1 Syfte, disposition och avgränsning

Syftet med uppsatsen är att se vilka konsekvenser som införandet av den nya förordningen får för de nationella konkurrensmyndigheterna. Här kommer speciell tyngdpunkt ligga vid effekterna för den svenska myndigheten, Konkurrensverket. Det kommer i dessa hänseenden inte bara beskrivas de rent rättsliga frågorna, utan också mer praktiska frågor.

Jag kommer inledningsvis gå igenom de båda förordningarna och peka på de största skillnaderna dem emellan. Då en viktig del av den nya regleringen kommer att handla om samarbetet i det så kallade ECN (European Competition Network) kommer jag ge det största utrymmet till en beskrivning av detta och de problem som kan uppkomma i ett sådant nätverk. Här kommer jag att beröra några, men inte alla aspekter som har tagits upp i litteraturen.

Avsnittet kommer att avslutas med en sammanfattning där jag summerar upp och försöker se de stora dragen i de olika aspekter som jag har tagit upp.

Jag kommer efter detta ta upp lagstiftningsrelaterade konsekvenser för Konkurrensverket som reformerna kan tänkas föra med sig. En utgångspunkt är här att de aspekter som tas upp främst är de som diskuterades i och med att frågan om nödvändiga ändringar i KL bereddes. Detta betyder att jag företrädesvis kommer att använda mig av offentligt tryck, och gjorda kommentarer avseende detta, i detta stycke.

I anslutning till detta kommer jag att fokusera på de faktiska effekterna som förordningen hade haft på Konkurrensverket i slutet av 2005, d. v. s. efter att det hade varit i kraft i lite drygt ett och ett halvt år.

Avslutningsvis kommer jag att sammanfatta de specifika effekterna för Konkurrensverket och knyta samman förändringarna på det europeiska och det nationella planet. Därefter följer en kortare problematisering kring uppsatsen.

Jag kommer som sagt var att begränsa mig till att beröra de nationella myndigheternas förändrade roll i samband med moderniseringen. Kommissionens roll kommer i samband med moderniseringen också att genomgå en grundlig förändring. Dessutom kommer rollen för de nationella domstolarna att genomgå vissa förändringar.

När man talar om konkurrensmyndigheternas förändrade roll berör man också per automatik de andra institutionernas roller, detta då exempelvis vissa av de nya befogenheterna för konkurrensmyndigheterna har kommit till på bekostnad av Kommissionens exklusiva behörigheter.

Att fokus ändå kommit att ligga på förändringarna för de nationella konkurrensmyndigheterna beror dels på utrymmesskäl, dels på att det i och

med denna avgränsning blir mer naturligt att föra ett vidare resonemang på den nationella nivån. Med avseende på valet av aspekter som jag redogör har jag lämnat exempelvis möjligheterna till sanktioner utanför uppsatsen trots att detta är en viktig aspekt. Sammanfattningsvis har jag i uppsatsen valt att beröra de aspekter som jag funnit vara mest diskuterade i litteraturen.

1.2 Metod

Den metod jag har valt att använda är huvudsakligen deskriptiv, i det att jag inte har valt att tolka informationen mot en förutbestämd hypotes eller speciell teori. Därmed inte sagt att jag, när jag sammanfattar det som jag tycker är de tydligaste slutsatserna vad gäller förändringarna, inte kommer att utföra någon analys. Jag kommer dessutom att beröra en teoribildning i slutet av uppsatsens allmän europeiska del, denna kommer dock inte ha som avsikt att stå som bakgrund för hela uppsatsen utan mer ha avsikten att ge ett ytterligare perspektiv.

Jag kommer att använda mig av artiklar om ämnet, samt offentligt material som uppkommit i samband med översynen av den europeiska och svenska lagstiftningen och dess av förordningen föranledda förändring. De använda artiklarna kommer först och främst från två källor. Dessa är Europarättslig tidskrift och European Competition Law Review.

En stor del av uppsatsen kommer som sagt att behandla ECN. Här kommer en mycket viktig, och dominerande, källa att vara European competition law annual 2002, som består av ett stort antal artiklar där europeiska experter ger sin syn på ett (då) framtida nätverk av europeiska konkurrensmyndigheter.

Jag kommer även att använda mig av mer direkta källor som de aktuella förordningarna samt de tillämpningsmeddelanden som Kommissionen har gett ut i samband med införandet av förordning 1/2003. Med tanke på det valda ämnets beskaffenhet och även dess relativa färskhet kommer inte rättsfallspraxis, vare sig på nationell eller europainivå, att spela en särskilt framträdande roll i uppsatsen.

2. Förordning 17/62- en översikt

I förordning 17/62 statuerades principen att konkurrensbegränsande avtal, beslut och samordnade förfaranden som avses i artikel 81 (1) är förbjudna, och detta utan föregående beslut. Om de inte gick att sorteras in under något gruppundantag, skulle i princip anmälan till Kommissionen och beviljande för individuellt undantag ske för att de skulle bli tillåtna enligt förordningen. Den centrala rollen i övervakningen av konkurrensen på den gemensamma marknaden innehades av Kommissionen som därför ansvarade för tillämpningen av artiklarna 81 och 82 i första hand.

Nationella konkurrensmyndigheter var enligt artikel 9 (3) i behöriga att tillämpa artiklarna 81 (1) och 82 i EG-fördraget, så länge som Kommissionen inte hade startat formellt förfarande enligt artikel 2, 3 eller 6 med anledning av en ansökan om icke-ingripandebesked, i syfte att ålägga berörda företag att upphöra med en överträdelse eller med anledning av en anmälan för undantag. Behörighetsregeln omfattade också nationella domstolar med uppgift att tillämpa nationell konkurrensrätt. När Kommissionen väl hade inlett ett förfarande blev den däremot exklusivt behörig.

När ärendet initierats beslutade Kommissionen huruvida en undersökning skulle inledas, information kunde då vid behov samlas in. Man kunde då exempelvis få fram information genom informella diskussioner med ett företag som anmält ett avtal för undantag. Dessutom kunde Kommissionen genom fattande av formella beslut ålägga ett företag att lämna information eller genomföra undersökningar hos företaget.⁵ I nästa skede av handläggningen fanns ett antal olika alternativ för Kommissionen, delvis beroende på ärendets typ. Ärendet kunde genom ett formellt beslut avslutas genom beviljande av undantag eller informellt genom t.ex. ett *comfort letter*.⁶

Förordningens artikel 20 (1) stipulerade att upplysningar som inhämtats med stöd av artiklarna 11–14 endast fick användas för det ändamål som avsetts med begäran eller undersökningen.

2.1 Icke-ingripandebesked och informella avgöranden

Företag samt sammanslutningar av företag kunde i enlighet med artikel 2 i förordning 17/62 hos Kommissionen ansöka om ett s.k. icke-ingripandebesked. Ett sådant innebar att Kommissionen efter ansökan

⁵ Lane s. 170

⁶ Lane s. 130

meddelade beslut att den ej hade avsikten att ingripa mot ett avtal eller ett förfarande. Beslutet grundades på att antingen artikel 81 (1) eller 82 inte var tillämplig eller att Kommissionen helt enkelt saknade avsikt att ingripa. *Comfort letters* innebar avslutande av ett ärende informellt, genom att brev utfärdades av en vid Kommissionen behörig tjänsteman.

2.2 Undantag

Kommissionen var enligt artikel 9 (1) i förordning 17/62 ensam behörig att meddela undantag enligt artikel 81 (3). Anmälning av avtal för undantag gjordes enligt artikel 4 (1) i förordningen. Kommissionen kunde som huvudregel inte meddela undantag enligt artikel 81 (3) så länge en anmälan inte gjorts.

I artikel 6 (1) i förordningen framgick att undantag inte kunde beviljas för tiden före det att anmälan gjorts. De beslut om undantag som togs var enligt artikel 8 alltid begränsade i tiden och förenliga med villkor, men också förnybara. Det gick också att under vissa omständigheter, angivna i artikel 8 (3), återkalla eller ändra beslut om undantag. För vissa sorters avtal fanns möjligheten, men inte tvånget, att anmäla till Kommissionen. Det gällde exempelvis avtal där endast företag från ett medlemsland var parter och fallet inte berörde import eller export mellan medlemsstater.

2.3 Uppgiftsskyldighet och undersökningar

Kommissionen hade enligt artikel 11 möjligheten att begära upplysningar av medlemsstaternas regeringar och myndigheter samt företag och företagssammanslutningar när detta ansågs nödvändigt. Kommissionen hade i dessa fallen en skyldighet att redogöra för skälen för begäran.⁷

Vidare stipulerare artikel 14 en rättighet för Kommissionen att genomföra alla nödvändiga undersökningar hos företag och företagssammanslutningar. Detta inkluderade bl.a. rätten att granska räkenskaper och andra affärshandlingar, att kunna inhämta muntliga förklaringar på ort och ställe samt att gå in i vilka lokaler och på vilken mark som helst som används av misstänkta företag. I dessa fall hade Kommissionen en möjlighet, och ibland en skyldighet att söka assistans och samarbeta med de nationella konkurrensmyndigheterna. I allmänhet begärdes assistans i dessa fall,⁸ och enligt 14 (6) fanns en skyldighet för NCAs att i nödvändig utsträckning samarbeta.

⁷ Lane s. 168

⁸ Lane s. 178

2.4 Åtgärder och sanktioner mot förbjudna konkurrensbegränsningar

Kommissionen hade enligt bestämmelserna i artikel 3 rätt att ålägga företag att upphöra med sin överträdelse. Det kunde då röra sig om att företaget skulle sluta tillämpa ett avtal eller villkor. Det kunde även handla om utförande av positiv åtgärd, t.ex. försäljning till visst företag, vidtagande av rättelse eller förändrande av priser. Bötesbestämmelser fanns i artikel 15. Kommissionen kunde i två olika situationer ålägga företag eller företagssammanslutningar böter, vid överträdelser av procedurregler (artikel 15 (1)) eller vid överträdelser av materiella regler (artikel 15 (2)).

3 Förordning 1/2003

3.1 Inledande överblick

Enligt artikel 1 av förordningen blir artiklarna 81 och 82 i sina helheter direkt tillämpliga.

Artikel 2 bekräftar att bevisbördan att artiklarna 81 (1) och 82 är tillämpliga ligger hos Kommissionen eller annan myndighet som vill använda sig av bestämmelserna, men att företaget som hävdar att undantagsreglerna i 81 (3) är tillämpliga har bevisbördan att så är fallet.

Lidgard har ställt frågan vilken grad av bevisning som erfordras för att en part kan anses ha uppfyllt beviskravet. Om varje konkurrensbegränsning skulle leda till artikel 81 (1): s tillämpning och en myndighet utan svårighet kan visa på att en överträdelse föreligger skulle detta kunna innebära stora svårigheter för ett företag att visa att 81 (3) var tillämpligt när avtalet ingicks. Balans mellan bevisbördorna hos parterna kan enligt Lidgard uppnås genom att myndighetens bevisbörda gäller att en samhällsskadlig effekt har uppnåtts, och inte bara att en formell konkurrensöverträdelse har skett.⁹

Artikel 3 stadgar att den europeiska rätten skall gå före den nationella rätten och att den sistnämnda skall användas i endast i fallen om kontroll av företagssammanslagningar, unilaterala uppföranden av företag som individuellt sett inte har någon marknadsdominerande position samt för att främja exempelvis konsumenter eller miljön.¹⁰

De beslut som en nationell konkurrensmyndighet kan ta specificeras i artikel 5; beslut som kräver att en överträdelse stoppas, beslut om interimsåtgärder, ett godtagande av ett åtagande från ett företag, åläggande av böter eller annat straff samt att ta ett beslut att det inte finns någon grund för ett åtagande.

Artiklarna 11 och 12 handlar om samarbetet mellan myndigheterna i nätverket och förpliktigar alla myndigheter, även Kommissionen, att tillämpa de europeiska konkurrensreglerna i nära samarbete. Enligt Goyder hade redan ett relativt nära samarbete etablerats åren innan,¹¹ men förordningen kräver ett ännu närmare samarbete. En NCA måste ge besked till Kommissionen senast 30 dagar i förväg om den ska ta ett beslut om överträdelse, acceptera ett åtagande från ett företag eller om ett företag skall tas bort från ett tidigare uppfyllt gruppundantag. I samband med detta skall kopior av relevant dokumentation skickas till Kommissionen. Detta är

⁹ Lidgard s. 12

¹⁰ Goyder s. 457

¹¹ Goyder s. 457

obligatoriskt. Myndigheten kan också välja att parallellt med detta också informera andra NCAs på samma sätt. Utöver detta har NCAs rätten att när som helst konsultera Kommissionen när det gäller tillämpning av gemenskapsrätten. Enligt 11 (6) kan Kommissionen när det behövs ta över ett fall från en NCA. Enligt Goyder kommer denna princip inte att användas på ett lättvindligt sätt, utan bara när det efter genomförd konsultation ser ut som om resultatet kan gå mot etablerade principer av EG-rätt.

Utväxlingen av informationen täcks av artikel 12 i förordningen. Enligt 12 (2) kan man i fall där nationell och EG-rätt tillämpas parallellt hos en NCA använda sig av konfidentiell information från Kommissionen. Om man ska använda sig av informationen för att utfärda sanktioner mot privatpersoner får utväxlad bevisning endast användas om den utgivande myndigheten har samma möjligheter till sanktioner.

Artikel 13 ger en NCA rätten att lägga ner eller motsätta sig ett förfarande om en annan nationell myndighet är sysselsatt med samma fall. Detta är dock inte obligatoriskt.

Artikel 15 ger myndigheten rätt att ge egna nationella domstolar expertutlåtande i konkurrensfall, detta sker skriftligen eller även muntligen med domstolens samtycke.

Enligt artikel 16 kan inte en NCA ta ett beslut som går emot Kommissionens beslut.

Artiklarna 17-21 behandlar Kommissionens rätt att utföra sina egna undersökningar. NCAs hade som ovan nämnts redan innan den nya förordningen en skyldighet att assistera Kommissionen genom att samla in bevis och assistera vid s. k gryningsräder. Detta kan om nödvändigt ske genom att begära in beslut om husrannsakan hos nationell domstol.

Enligt artikel 22 finns det numera också en rätt för en NCA att utföra undersökningar för utländsk myndighets räkning inom det egna territoriet, detta för att undersöka huruvida brott mot artiklarna 81 eller 82 föreligger. I artikel 29 (2) finns det slutligen en rätt för en NCA att ta bort ett företags rätt att rymmas inom ett gruppundantag från Kommissionen, detta inom territorium som utgör en distinkt geografisk marknad.

3.1.1 Direkt tillämpning av artikel 81 (3)

Den materiellt sett mest genomgripande förändringen i förordning 1/2003 är borttagandet av Kommissionens undantagsmonopol och istället introduktionen av ett legalt undantagssystem.¹² Detta gör att artikel 81 (3) i EG-fördraget blir direkt tillämpligt för nationella domstolar och konkurrensmyndigheter.¹³

¹² Gauer s. 1

¹³ Förordning 1/2003 artikel 1

Företag skall i och med detta inte längre söka tillstånd för undantagande av avtal från tillämpning av artikel 81 hos Kommissionen, istället är avtal som uppfyller artikel 81 (3) legala utan att ett administrativt beslut har tagits. Det är tänkt att Kommissionen med dessa nya regler skall kunna fokusera på överträdelser som är av synnerlig allvarlig natur, och detta gärna på ett förebyggande sätt.¹⁴

Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 (3) har givits i ett tillkännagivande från Kommissionen.¹⁵

Enligt artikel 1 (6) i detta tillkännagivande är inte dessa riktlinjer bindande för konkurrensmyndigheterna, men de ska som sagt ge vägledning i tillämpningen av 81 (3). Riktlinjernas innehåll kommer inte att behandlas i det närmare här, men sammanfattningsvis är ett undantag berättigat om de positiva ekonomiska effekterna för konsumenterna väger upp de negativa effekterna från den begränsade konkurrensen. Dessa fördelar skall vara objektivt fastställbara¹⁶ och i beräkningar av dessa skall man bland annat ta hänsyn till nya produktionsmetoder och synergieffekter. Undantagen skall vara nödvändiga, i det att det inte skulle kunna ges samma effekt med mindre åtgärder.¹⁷

Undantag kan gälla såväl grupper av avtal som enskilda avtal.¹⁸

3.1.2. Tvingande applikation av artiklarna 81 och 82

För att motverka en eventuell tendens till åternationalisering av gemenskapens konkurrensrätt innehåller artikel 3 två fundamentala plikter för de nationella myndigheterna och domstolarna; I Artikel 3 (1) finns en plikt att tillämpa artiklarna 81 och 82 när det s.k. samhandelskriteriet är uppfyllt, d. v. s. när avtalet eller förfarandet skadar handel mellan medlemsstater. I dessa fall kan inte nationell lag tillämpas på ensam basis. I förordningens artikel 11 (6) finns dessutom stadgandet att den nationella konkurrensmyndigheten måste dra sig undan från tillämpningen av artiklarna 81 och 82 när Kommissionen inleder ett förfarande i samma fall.¹⁹ I samband med detta måste också en eventuell utredning grundad på nationella bestämmelser också läggas ner, enligt artikel 3 (1). Artikel 3 (2) tvingar de nationella konkurrensmyndigheterna och domstolarna att under nationell lag inte förbjuda avtal och förehavande som är lagliga enligt artiklarna 81 och 82, även om de skulle påverka handeln mellan medlemsländer. Denna konvergensregel är tänkt att skapa ”en jämn spelplan för den inre marknaden”²⁰ Det är däremot fritt fram för

¹⁴ Gauer s. 2

¹⁵ Kommissionens tillkännagivande: Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag

¹⁶ Kommissionens tillkännagivande: Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81(3), artikel 49

¹⁷ Kommissionens tillkännagivande: Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81(3), artikel 76

¹⁸ Kommissionens tillkännagivande: Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81(3), artikel 2

¹⁹ Förordning 1/2003 artikel 11 (6)

²⁰ Gauer s.4

medlemsstater att tillämpa en striktare nationell lagstiftning med avseende på ensidiga förehavanden från företag.

Nationell lag som är striktare än artikel 82 kan följaktligen tillämpas på ensambasis. Att detsamma inte kom att gälla artikel 81 kan bero på riskerna att de nationella domstolarna i dessa fall skulle vara mer benägna att tillämpa den mer lättförståeliga nationella lagen, att harmoniseringen skulle kunna skadas allvarligt, att företag skulle lockas att välja vilken institution som skulle behandla fallet (forum shopping) samt att företag verksamma på en pan-europeisk nivå skulle drabbas av stor rättsosäkerhet.²¹

Det har i doktrinen framförts kritik mot att de nya reglerna inte i tillräcklig utsträckning bäddar för en harmonisering, detta främst då artikel 82 undantogs från konvergensskyldigheten. Strängare nationella regler kan enligt Fellenius-Omnell och Landström eventuellt vara rättfärdigade i fråga om vissa uppträdanden av ensidig karaktär inom exempelvis allmännyttiga sektorer, men i allmänhet betyder undantagande av artikel 82 från det konvergerande kravet att rättsäkerheten äventyras och olika marknadsvillkor ges.²² Kravet för en harmoniserad tillämpning vad gäller artikel 81 är inte heller det fullständigt uttömmande. Företrädet för artikel 81 är exempelvis inte alltid gällande då det gäller att ett förfarande sannolikt, men inte säkert, strider mot artikel 81 och beslut från Kommissionen i ärendet saknas.²³

3.2 Skapandet av ECN

Den nya tillämpningsförfordningen ersätter som tidigare nämnts rådets förordning 17/62. Den förordningen innehöll bestämmelser om Kommissionens och de nationella myndigheternas behörighet att tillämpa artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget (artikel 9), om samverkan mellan Kommissionen och medlemsstaternas myndigheter (artikel 10) samt om Kommissionens rätt att få upplysningar från medlemsstaterna och från företag och företagssammanslutningar (artikel 11).

I och med att tillämpningen av de konkurrensrättsliga bestämmelserna blir mycket mer spridd har man i syfte att skapa en mer samordnad konkurrensbevakning instiftat ett nätverk innehållande Kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna.²⁴ Detta är ett nätverk med dubbla kompetenser, och Kommissionen är aldrig förbjuden att ta upp enskilda fall för behandling.

I Kommissionens vitbok angavs som motiv för ett mer decentraliserat förfarande de nationella myndigheternas goda kännedom om de lokala marknaderna, de i vissa fall heltäckande infrastrukturerna samt

²¹ Ehlermann s. 259

²² Fellenius-Omnell s. 96

²³ Fellenius-Omnell s. 95

²⁴ Förordning 1/2003 artikel 11

personalresurser och rättsliga medel som krävs för att upprätthålla effektiva processer.²⁵

I det följande har jag avsikten att på ett mer ingående sätt beskriva ECN utifrån ett antal perspektiv.

3.2.1 Nätverkets karaktär – komparativa aspekter

Ett nätverk av konkurrensmyndigheter har sedan en längre tid existerat i Tyskland, där det centrala Bundeskartellamt samarbetat med konkurrensmyndigheterna i de olika tyska länderna.

De problem som man kunnat uppmärksamma där är främst tre stycken som också är relevanta i en europeisk kontext.²⁶

- Hur skapar man förutsättningar för en liknande tillämpning av konkurrensreglerna trots att olika myndigheter har olika ansvar?
- Hur förhindrar att marknadens aktörer spelar ut myndigheter mot varandra?
- Hur förbereder man sig för stora och drastiska förändringar inom en specifik sektor?

En grundläggande likhet mellan de båda systemen är enligt Ulf Böge att effektiv konkurrensprevention främst bygger på att den del av nätverket som är mest kompetent i det specifika fallet också handlägger detta.²⁷ Skillnaderna som Böge pekar ut beror på möjligheterna till sanktioner i de olika nätverken samt olika administrativa regler.

3.2.2 Samarbete med konkurrensmyndigheter i nyare medlemsländer

En av de huvudsakliga orsakerna till reformationen av förordning 17/62 var att den senares arbetsgång skulle försvåras kraftigt av en betydligt större gemenskap än den som existerade då de tidigare bestämmelserna kom till.

²⁵ Kommissionens vitbok artikel 46

²⁶ Ehlermann s. 114

²⁷ Ehlermann s. 117

Samtidigt med införandet av den nya förordningen tillkom också tio nya medlemsländer, varav flertalet tills inte för allt för länge sedan inte hade något som liknade konkurrens i sina ekonomiska system, och därmed varit tvungna att på kort tid bygga upp sina konkurrensmyndigheter från noll.

Sarunas Pajarskas har beskrivit några av de problem som kan tänkas aktualiseras i samband med samarbetet i ECN med konkurrensmyndigheter i de nyare medlemsländerna. Som utgångspunkt används författarens hemland Litauen, men samma aspekter borde vara aktuella för de andra före detta kommunistiska länderna också.

Det påpekas först och främst att Litauen i samband med medlemsförhandlingarna tog till sig EU:s tidigare system för konkurrenslagstiftning vilket innebär notifiering och godkännande i förhand av förfaranden.²⁸ Detta innebär i Litauen dock inte samma tillflöde av notifikationer som inom EU, detta förklaras av tydliga, införda gruppundantag som skapade rättssäkerhet. Detta gör att Litauen, trots att de infört ett notifieringssystem som nu ändå var tvunget att avskaffas, inte väntade några större svårigheter med strukturomvandling då ända notifieringar var sällsynta.

De NCAs som finns i nyare medlemsländer har också på naturliga grunder bristande erfarenheter av att tillämpa artiklarna 81 och 82, något som också gällde vissa äldre medlemsstater.

Den direkta tillämpningen av artiklarna 81 och 82 är därför omgärdad av många potentiella tillämpningssvårigheter, åtminstone initialt, för de nyare medlemsstaterna. Detta då de som sagt har begränsad erfarenhet av konkurrenslagstiftning överhuvudtaget och begränsad erfarenhet av den praktiska tillämpningen av undantag från densamma. Detta gör att konkurrenskulturen på många sätt är i sin linda. Dessutom har de nya länderna inte tidigare kunnat lära sig vad den direkta tillämpligheten av EG-rätt innebär.

Här bör också nämnas att den europeiska rättspraxisen är relativt okänd i allmänhet i de nya medlemsländerna. I fallet Litauen har det där förekommande Konkurrensrådet redan innan inträdet i möjligast mån försökt att referera till möjliga europeiska precedensfall och förlita sig på dem i sin verksamhet.²⁹ Detta hindrar inte att mycket återstår i form av omfattande analys av tidigare rättspraxis innan de första besluten under artiklarna 81 och 82 tas. Här är det av största vikt att nya NCAs kan ansöka till Kommissionen om relevant information, men då två fall sällan ser exakt likadana finns det ändå en risk för oregelbunden tillämpning.

Det är därför av stor vikt att nya NCAs redan från början får träning och assistans vid tillämpning. Detta stöd skall komma från hela ECN, men Pajarskas nämner särskilt betydelsen av att speciella kontaktpersoner skall finna tillgängliga vid DG Comp. En viktig aspekt av detta arbete är att

²⁸ Pajarskas s. 313

²⁹ Pajarskas s. 313

anställda vid nyare NCAs eventuellt kan behöva träning i att på ett kapabelt sätt arbeta med och kommunicera information på engelska.³⁰

Det är tanken att fallen skall hanteras av den myndighet som är bäst lämpad för detta, och det kan tänkas att anti-konkurrensinriktat beteende kan ha effekt i liknande omfattning i olika länder. Fördelningen kan i dessa fallen försvåras ytterligare då berörda myndigheter eventuellt har en viss ovana i hanteringen av europeisk konkurrensrätt.

Detsamma kan sägas om det faktum att olika processuella regler härskar i olika europeiska länder. Svårigheter avseende dessa frågor kan bli större på grund av bristande rutin hos vissa myndigheter.

Sammanfattningsvis måste ytterligare lagregler för de nyare medlemsländernas följas av en parallell förstärkning av institutionerna i sig, och det är här viktigt att hela ECN spelar en aktiv roll.

3.2.3 Hantering av informationsflödet

Med avseende på den informationen som växlas i det nya nätverket kan man tänka sig att den i ett formaliserat nätverk kommer att vara mer teknisk, processuell och mer specifik. De nationella konkurrensmyndigheterna kommer att vara förpliktigade att till Kommissionen överföra detaljerad information exempelvis om varje fall i vilket de kommer att förbjuda ett visst beteende eller utfärda ett gruppundantag.³¹

I det gamla systemet var det främst från Kommissionen till olika NCAs som informationen kunde förväntas flöda, inte alls i omvänd riktning eller olika NCAs sinsemellan. Det var också tidigare så att den mesta av informationen utväxlades på ad hoc-basis eller på mer informella sätt. Nu kan informationen förmedlas i specifika processuella sammanhang där nära samarbete mellan de olika institutionerna kommer att krävas.

Information kommer nu generellt sett att överföras bara om det finns relevans för ett specifikt syfte och att det därför finns en mottagare som är intresserad av den.

Artikel 11 (2) tvingar Kommissionen att lämna ut viktiga dokument till nationella myndigheter då den ska ta beslut av olika slag. Samarbetet tar sig också uttryck i att den nationella myndigheten ska informera Kommissionen då den förstnämnde skall tillämpa artikel 81 eller 82, eller då de första åtgärderna har tagits (artikel 11(3)) och en uttrycklig rätt till konsultation som myndigheterna innehar gentemot Kommissionen (artikel 11(5)).

³⁰ Pajarskas s. 314

³¹ Ehlermann s. 56

I artikel 12 regleras utväxlingen av information mellan nätverkets olika aktörer, där stadgas bland annat att det vid tillämpningen av artiklarna 81 och 82 går att utväxla alla sorters material, inklusive konfidentiellt sådant.

Det finns även aspekter med avseende på mer tekniska delar av informationsflödet. När det gäller input till ECN kan man enligt Fingleton fråga sig hur långt en NCA kan driva en utredning själv, om den fått in ett klagomål eller dyl., innan den kommunicerar med nätverket. Man kan också fråga sig om ett företag måste kommunicera att de har bedömt ett fall som fallandes utanför den europeiska konkurrensrätten eller om de först måste notifiera nätverket om det handlar om ett fall där åtgärder är brådskande.

Med avseende på informationsteknologi måste man även säkerställa ett välfungerande system med stor kapacitet och stabilitet samt god sekretess.³² Ett upprättat intranät måste sörja för uppfyllande av dessa krav.³³ En annan viktig aspekt avseende flödet av information är att man i möjligaste mån håller sig till språk som underlättar för så många andra NCAs som möjligt att hålla sig underrättad i ett ärende.

Det har också framförts önskemål om att Kommissionen skall tillhandahålla en slags databas för övriga medlemmar i ECN där man samlat presenterar exempelvis relevanta förordningar, gruppundantag och främst relevant praxis.³⁴

3.2.3.1 Särskilt om konsultation inom nätverket

Monika Widegren på Konkurrensverket beskriver konsultation som varandes ett av två ben som ECN står på, det andra är utbytet av information.³⁵ Det finns dock ingen definition av konsultation i den nya förordningen, precis som var fallet med 17/62, men Widegren definierar det som ett initiativ att dela med sig av information för att framkalla reaktion från annan medlem, en reaktion som leder till vidare handlingar. Här kan man särskilja mellan tre huvudsakliga former av konsultation:

- Konsultation för att allokeras nya fall inom nätverket.
- Konsultation innan ett beslut tages, en plikt för medlemmarna för att säkra konsistent tillämpning av artiklarna 81 och 82.
- Konsultation med avsikten att en medlem av nätverket skall samla information eller utföra undersökningar inom sitt territorium.

³² Ehlermann s. 335

³³ Ehlermann s.425

³⁴ Competition Law Forum s. 6

³⁵ Ehlermann s. 419

Enligt artikel 10 i den nya förordningen finns det en skyldighet för Kommissionen att konsultera NCAs innan beslut tages om överträdelse, undantag eller negativa klartecken. Konsultationen skall ske inom ramen av en Advisory Committee. Enligt artikel 11 (2) skall Kommissionen överföra kopior av viktiga dokument till medlemmar inom nätverket och enligt artikel 14 skall konsultation med Advisory Committee ske när det gäller bestämmande av böter enligt artiklarna 22 och 23. När det gäller artikel 11(6) finns det dock ingen skyldighet för Kommissionen att rådgöra med NCAs när det gäller de fall där Kommissionen beslutar sig för att ta över ett ärende från en NCA.

De fall där ett sådant övertagande kan bli aktuellt är enligt Widegren de fall där det inte kan nås konsensus inom nätverket om hur allokering skall ske på bästa sätt, att förfarandet inför den nationella konkurrensmyndigheten inte hanteras på ett riktigt sätt eller att det finns ett särskilt gemenskapsintresse i fallet.

Det fanns en uttryckt vilja hos medlemsländerna i arbetsgruppen att ett övertagande enligt 11 (6) uttryckligen skulle följas av en skyldighet till konsultation.³⁶ Så blev också fallet i den slutliga versionen av förordningen.

Det finns tydliga bestämmelser när det gäller NCAs skyldigheter till konsultation. Kommissionen skall informeras när en NCA på eget initiativ har intentionen att tillämpa artiklarna 81 och 82. Det är i dessa fallen också viktigt att en NCA meddelar andra myndigheter i nätverket när ett nytt fall tas upp, även om kravet inte är lika tydligt på ett sådant förfarande. När skall då konsultation avseende allokering äga rum? Enligt 11 (3) skall konsultation ske efter att de första formella utredande handlingarna har utförts. Det finns här utrymme för olika tolkningar av olika myndigheter.

NCAs måste också informera Kommissionen innan beslut om att stoppa en överträdelse tas enligt artikel 7 eller beslut om att acceptera ett frivilligt åtagande tas enligt artikel 9. Detta regleras i artikel 11 (4). Regler om att konsultation skall ske med andra medlemmar i nätverket finns inte. Kommissionen kan enligt artikel 14 (6) på eget initiativ eller efter förfrågan från NCA ta upp ett nationellt fall för diskussion vid Advisory Committee. Widegren anser att detta på ett onödigt sätt begränsar konsultationer, och att varje enskild NCA skall ha rätten att ta upp ett ärende på agendan.³⁷

En annan typ av konsultation kan vara att be andra medlemmar i nätverket att assistera vid insamling av information och utförande av inspektioner enligt artikel 21 (1). Att detta kan anses var konsultation ligger i förfrågans natur, detta då det enligt bestämmelsen inte finns någon skyldighet för en NCA att hörsamma en annan NCA:s förfrågan. Då förfaranden av dessa slag kan vara kostsamma i både tid och resurser räknat blir konsultation i vissa fall nödvändig. När Kommissionen begär hjälp enligt artikel 21 (2) finns det ett krav på tillmötesgående.

³⁶ Ehlermann s. 421

³⁷ Ehlermann s. 424

Utöver ovannämnda mer formaliserade former av konsultationer finns det även ett starkt behov av mer informella sådana. Detta gäller särskilt mindre frågor när det gäller att få nätverket att fungera på bästa möjliga sätt.

3.2.4 Lokalisering av ärenden

I och med förordning 1/2003 är följande faktorer relevanta vid fördelning av ärenden inom nätverket.³⁸

- Var (reella samt potentiella) effekter från en överträdelse har ägt rum.
- Möjligheterna för en myndighet att utreda den eventuella överträdelsen, vilket kan ske med bistånd från andra myndigheter. Detta kan röra frågor som exempelvis bevisinsamling.
- Möjligheterna att få en överträdelse att upphöra och möjligheten att vid behov kunna få till stånd en sanktion eller påföljd som ligger i linje med överträdelsens omfattning.

Om en nationell myndighet uppfyller dessa krav har den också behörighet att ta sig an ett visst fall, bestämmelserna som finns i tillämpningsföreskrifterna är dock inte tvingande utan medger en stor flexibilitet.

Det skall dock alltid finnas en relevant anknytning mellan överträdelsen och medlemsstatens territorium för att en NCA i en medlemsstat skall anses som behörig. En enda konkurrensmyndighet skall i regel vara bäst lämpad när överträdelse sker huvudsakligen inom medlemsstatens territorium och i de fall då flera NCAs kan vara lämpliga men det räcker med ingripande från en myndighet.

Parallellt agerande kan därför vara lämpligt i de fall då konkurrensen i mer än ett område påverkas och en myndighet inte ensam kan stävja konkurrensbegränsningen. Vid ett parallellt handlande bör man i så hög utsträckning som möjligt samordna förfarandena, vilket kan göra det lämpligt att utse en myndighet till huvudansvarig.

Artikel 13 reglerar situationen då fler än en nationell myndighet har mottagit en anmälan mot samma förfarande, då gäller att det faktum att en annan

³⁸ Kommissionens tillkännagivande om samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter (2004/C101/03)

myndighet fått in en anmälan och påbörjat en utredning räcker för att den andra myndigheten skall lägga ner sin undersökning i samma sak.³⁹ Huvudregeln är att ett fall skall utredas av en ensam myndighet,⁴⁰ och att fallets geografiska belägenhet inte skall vara alltför långt ifrån nationens territorium.⁴¹

Kommissionens tillkännagivande om samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter skissar upp principer för fördelning av ärendena.

Det är tanken att det i första hand är den myndighet som mottar ett klagomål eller inleder ett förfarande som ska förbli ansvarig. Det skall också finnas en strävan efter att vid behov flytta över ett ärende så att det behandlas av en enda lämplig myndighet. Betoning ligger här på att alla sådana procedurer i minsta möjliga mån skall fördröja hanteringen.

Huvudartikeln i 1/2003 som reglerar samarbetet i konkurrensfrågor är artikel 11 enligt vilken de nationella konkurrensmyndigheterna och Kommissionen skall tillämpa konkurrensreglerna i nära samarbete. I det i detta sammanhang skapade ECN skall Kommissionen ha en viktig, central koordinerande roll.⁴² Det är också tänkt att Kommissionen ska vara behörig myndighet när ett fall berör mer än tre medlemsstater på ett tydligt sätt. Det är dock i den stora majoriteten av fall inte något problem att lokalisera fallen då både orsak och verkan av en konkurrensbegränsning sker i ett medlemsland. Böge anser att möjligheten för Kommissionen att ingripa i också dessa fall kan inverka menligt på NCAs motivation och egna initiativ.⁴³

Vad gäller Kommissionens rätt enligt 11 (6) att ta över ett fall skall detta enligt Mario Siragusa vara självklart då det handlar om fall viktiga för utvecklingen av den europeiska konkurrensrätten eller uniform tolkning av densamma. Om denna möjligheten skulle missbrukas skulle detta motsäga ett av huvudsyftena med reformen, att lätta på Kommissionens arbetsbörda, samt eventuellt locka NCAs till att i alltför stor utsträckning använda sig av nationell rätt.⁴⁴

En viktig aspekt av nätverkets funktion är att man kan säkra att tillämpningen av reglerna hos de olika NCAs blir liknande, detta gäller särskilt för att berörda företag skall kunna förutse rättsläget. Enligt Böge är det självskrivet att Kommissionen skall spela en viktig roll i harmoniseringen, men det kanske kan diskuteras om den möjlighet som finns för Kommissionen enligt 11 (6) att kunna ta över ett fall från en NCA i

³⁹ Riley I s. 611

⁴⁰ Kommissionens tillkännagivande artikel 10

⁴¹ Riley I s. 611

⁴² Riley I s. 610

⁴³ Ehlermann s. 251

⁴⁴ Ehlermann s. 262

varje stadium av en utredning verkligen gynnar en enhetlig tillämpning eller skapar större osäkerhet och misstro.⁴⁵

3.2.5 Några problemområden

3.2.5.1 Oberoende

Ett i doktrinen framfört möjligt problemområde är att NCAs inte är tillräckligt oberoende och inte heller har tillräckliga resurser för att på ett effektivt sätt kunna medverka i nätverket⁴⁶

Det finns inget krav på självständighet infört i förordningen, även om åsikter fanns att ett sådant skulle vara bra, då detta om inte annat skulle vara ett argument för NCAs i strävan att frigöra sig från regeringar. En NCA ska i första hand agera då effekten av ett avtal eller en åtgärd uppkommer inom det egna landets gränser, vilket ställer krav på självständighet från både affärsvärlden och regeringen.

Tesauro nämner följande fördelar med en helt självständig NCA: opartiskhet, ingen bakomliggande motivation förutom tillämpning av konkurrenslagstiftning, mindre exponering för lobbygrupper och liknande, undvikande av problem relaterade att regeringen i olika situationer har intressen i konflikt (statligt ägda företag etc.) samt att trovärdigheten generellt ökar.⁴⁷

3.2.5.2 Resurser och status

Att tillräckliga resurser finns blir extra viktigt när NCAs skall assistera andra myndigheter förutom att främja konkurrens inom det egna territoriet. Detta blir av större vikt i ett utökat EU, där Kommissionen får svårare att kompensera för brister hos nationella myndigheter.⁴⁸

Det är också viktigt att den självständiga myndigheten åtnjuter en viss status, vilket också skall sättas i samband med hur stora resurser och befogenheter en myndighet har. En organisation med status har lättare att rekrytera och behålla kompetent personal, vilken är av största vikt för att nätverket skall fungera på ett bra sätt.⁴⁹

⁴⁵ Ehlermann s. 251

⁴⁶ Ehlermann s. 192

⁴⁷ Ehlermann s. 271

⁴⁸ Ehlermann s. 193

⁴⁹ Ehlermann s. 228

Riley har ifrågasatt självständigheten hos flera NCAs och också de resurser som dessa har. Att ett flertal myndigheter har dessa problem kan enligt honom ses som argument mot att instifta NCA överhuvudtaget.⁵⁰

3.2.6 Legala effekt av vissa beslut

Inom nätverket kommer det att fattas en mängd olika beslut och utföras en mängd handlingar vars legala effekt kan diskuteras. Här kommer detta exemplifieras genom allokering av fall och konsultationer inom nätverket och dessas respektive legala effekter.

Huruvida allokering av ett fall till en specifik myndighet är ett legalt beslut har behandlats av Fingleton.⁵¹ Det tillkännagivande som Kommissionen har gett ut avseende samarbetet i nätverket och det efterföljande godkännandet från NCAs (se nedan avsnitt 5.4.5.2) är i sin natur politiskt och skapar inga legala skyldigheter eller rättigheter. Det finns en tendens att Kommissionen och NCAs ser på allokeringar som administrativa beslut, men läget är inte helt tydligt enligt Fingleton.

Konsultationer mellan NCAs, exempelvis i fråga om strävande efter en enhetlig tolkning eller inhämtande av bevis, och dessas legala effekt har diskuterats av Bourgeois.⁵²

Man skulle enligt honom kunna se konsultationer som havandes åtminstone en ”mjukare” legal effekt, exempelvis då det gäller hanteringen av en gemensam ståndpunkt som nåtts i en konsultation. Det skulle i dessa fall inte gå för Kommissionen eller NCAs att avvika från denna utan goda grunder.

En annan åsikt kan vara att konsultationer inte behöver någon legal effekt, förutsatt att förordning 1/2003 ger Kommissionen tillräckligt utrymme för att kunna undvika större oregelbundenheter i rättstillämpningen hos olika NCAs.

3.2.7 1/2003 ur ett rättighetsperspektiv.

Om man ska titta på ECN och dess kompetens ur ett rättighetsperspektiv kan man ta sin utgångspunkt i Europakonventionen, den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. I ECHR är det enligt Wils främst två avdelningar i konventionen som kan ses som aktuella.⁵³ Dessa är rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 samt rätten till respekt för privatlivet enligt artikel 8. Dessutom kan rättigheten till skydd för egendom, enligt artikel 1 protokoll nummer 1, komma att aktualiseras. Dessutom nämns de principer som statuerades i EU:s Charter of fundamental rights som antogs av EU:s

⁵⁰ Riley s. 659

⁵¹ Ehlermann s. 338

⁵² Ehlermann s. 430

⁵³ Ehlermann s. 439

ledande institutioner 2000. Där finns rätten till en rättvis rättegång statuerad i artikel 47, rätten till privatliv i artikel 7 och rätten till egendom i artikel 17. Dessutom finns det här också rätten att inte bli åtalad eller straffad för samma brott två gånger i artikel 50, som har sin motsvarighet i artikel 4 av protokoll 7 ECHR.

3.2.7.1 *Ne bis in idem*

Det är som tidigare nämnts ett huvudsyfte med den nya förordningen att ett fall skall hanteras av en enskild myndighet. Om det nu istället skulle bli så att flera myndigheter tar hand om ett fall skulle detta kunna innebära problem med principen *ne bis in idem*, att man inte skall kunna dömas för samma sak två gånger, som stadgas i artikel 50 i EU:s deklARATION. Det är därför av stor vikt att samarbete sker i nätverket för att minimera riskerna att så sker. Wils pekar på artikel 3 i den nya förordningen med skyldigheten för de nationella myndigheterna att tillämpa artiklarna 81 och 82, vilket gör att de myndigheterna som eventuellt handhar ett fall parallellt, skall tillämpa samma lag. Detta gör att vikten att hålla sig till principen *ne bis in idem* stärks ytterligare. De bestämmelser som finns angående principen i Artikel 4 av protokoll 7 ECHR gäller bara i jurisdiktionen inom samma stat medan artikel 50 i EU:s deklARATION gäller inom hela unionen. Detta gör att läget innan förordning 1/2003 var att parallella förfaranden i olika länder föll utanför ECHR men inte EU:s deklARATION.⁵⁴

Wils förutsätter i sitt resonemang att förfarande är att anse som varandes av straffrättslig natur, vilket är en förutsättning för tillämpningen av de båda regelsystemen.⁵⁵ Dessa frågor är av lite mer komplex natur, och kommer inte att behandlas i denna avhandling. Så är också fallet med andra frågor gällande *ne bis in idem*.

Det kommer dock i och med det utökade användandet av artiklar 81 och 82 föreligga tydligare möjligheter till hot mot *ne bis in idem*, så vida inte samarbetet inom ECN fungerar med avseende på utbyte av information kring vilka fall som behandlas av de respektive länderna .

3.2.7.2 Insamling av bevis

När det gäller samarbetet mellan medlemmar i nätverket med avseende på insamling av bevis, vilket regleras i artiklarna 12 och 17-22 i förordningen, kan detta också aktualisera vissa frågeställningar avseende mänskliga rättigheter. En är huruvida insamlade bevis också kan användas i andra länder än det som samlat in bevisen, en annan är att det kan finnas olika nivåer av rättigheter till skydd för försvar i olika jurisdiktioner.⁵⁶

Under förordning 17/62 artikel 20 (1) skulle införskaffad information endast användas i relevant förfrågan eller undersökning. I den nya förordningens

⁵⁴ Ehlermann s. 448

⁵⁵ Ehlermann s. 448

⁵⁶ Ehlermann s. 452

artikel 12 kan Kommissionen eller medlemsmyndighet tillhandahålla varandra varje form av bevis. Vidare ger artikel 21 möjligheten för en del av nätverket att utföra bevisinsamlade åtgärder efter begäran från annan medlem i nätverket.

De principer om begränsad användning av bevismaterial som fanns i den gamla förordningen var enligt Wils delvis till för att skydda de två fundamentala rättigheterna rätt till privatliv – då restriktioner på användande av bevis kan förhindra ett onödigt och inkräktande insamlade- samt rättvis rättegång - i det att det är lättare för en anklagad att förutse av vem och för vilka brott denne är åtalad.⁵⁷

Det finns dock enligt Wils inte något som tyder på att de nya reglerna på ett tydligt sätt skulle öka risken för att de ovannämnda rättigheterna skulle hotas bara för att bevisningen förutsätts gälla inom hela nätverket. Detta gäller särskilt om de medlemmar som utför bevisinsamlade åtgärder indikerar att bevisningen också kan användas av annan medlem i nätverket.

När det gäller de olika skillnader i olika länder vilken sorts bevis som kan samlas in kan man under förordning 1/2003 tänka sig att en myndighet i ett land samlar in bevis som de vidareförmedlar till att användas hos en myndighet som varit tillåten att inhämta bevisen på egen hand.

Bestämmelsen i 12 (3) att vidareförd information endast kan användas för att ge finansiella påföljder kan ses som ett sätt att tillgodo se de krav på en rättvis rättegång som ställs exempelvis av ECHR artikel 6.

3.2.7.3 Hur säkerställa konsekvent tillämpning ?

De svårigheter som finns med avseende på fundamentala rättigheter och koordinationen inom nätverket för att säkerställa konsekventa och lika rättigheter inom gemenskapen kan enligt Wils vara relaterade till tre områden; olika nivåer av skydd för konfidentiell information som utväxlas, konsultationer inom nätverket i förhållande till rätten till förfarande med motpart samt slutligen Kommissionens kontrollmakt och oberoendet hos NCAs.

När det gäller utväxlandet av konfidentiell information aktualiseras här både rätten till privatliv samt rätten till egendom. Artikel 28 (2) i den nya regleringen stadgar att medlemmarna i nätverket eller deras anställda, tillsammans med övriga som på olika sätt kommer i kontakt med material inte skall yppa utväxlad eller inhämtad information som täcks av krav på professionell sekretess. Detta kan ses som ett minimikrav på tillämpningen inom nätverket, att ett land har hårdare regler ställer inte till med några problem enligt exempelvis ECHR.

Under den nya förordningen måste en myndighet innan den tar beslut angående överträdelse av artiklarna 81 eller 82 först konsultera andra

⁵⁷ Ehlermann s. 453

medlemmar i nätverket. Kommissionen måste innan den tar beslut kontakta en Advisory Committee med medlemmar från alla NCAs medan en NCA måste kontakta Kommissionen som i sin tur engagerar övriga myndigheter, detta enligt artiklarna 11 (4) och 14 i 1/2003. Frågan är då hur man ska se på dessa konsultationer ur ett rättighetsperspektiv, då det i begreppet rättvis rättegång innefattas möjligheten till ett kontradiktoriskt förfarande. Hur skall man tillgodose den ”anklagades” rätt till insyn i sådana konsultationer, och vilken rätt skall finnas att yttra sig?

Wils menar att det här handlar om att det är av största vikt att särskilja vilka av de inblandade institutionerna som uppfyller kravet på oberoende och opartiska tribunaler och vilka som är att anse som administrativa enheter. ECHR ställer sina krav på de förstnämnda, och då Kommissionen agerar både åklagare och domare är den inte att anse som oberoende enhet. Däremot kan Kommissionens beslut överklagas i förstainstansrätten, vilket gör att ECHR:s krav är uppfyllda. Detsamma gäller exempelvis de tyska och italienska konkurrensmyndigheterna, vilka också agerar domare och åklagare men vars beslut kan överklagas vid annan domstol.

I Sverige är det tingsrätten i Stockholm som kan besluta om böter i fall av brott mot artiklarna 81 och 82 i förfaranden drivna av KKV, detta är ett exempel på en oberoende och opartisk instans. I Irland drivs de inhemska motsvarigheterna till artiklarna i straffrättsliga processer, där den irländska myndigheten överlämnar fallet till en Director of Public Prosecutions, som bestämmer huruvida ett mål skall tas upp eller inte.

I fallen med Kommissionen och de NCAs som inte är att anse som självständiga och är det troligen så att ECHR:s krav uppfylls endast av de instanser vilkas beslut kan överklagas.

Hos de instanser som uppfyller kraven på ett mer direkt sätt är tanken däremot att ett företag skall, vid händelse av att konsultation med Kommissionen eller annan myndighet sker, ha tillgång till och kunna kommentera den information som utväxlas.

Det finns enligt Wils huvudskaligen två vägar att garantera att ECHR:s krav uppfylls med avseende på ett kontradiktoriskt förfarande.

En kan vara att utesluta de oberoende instanserna från kravet på konsultationen enligt 11 (4) i den nya förordningen, detta skulle kunna göras genom ett explicit undantag i lagtexten. Då ett sådant inte har gjorts, får man anta att samma tolkning av ”medlemsstats konkurrensmyndighet” gäller som i fallet med 17/62. Denna inkluderar enligt praxis även de ovannämnda svenska och irländska instanserna.⁵⁸

En annan kan vara att de instanser som mottar observationer, från Kommissionen eller andra medlemmar i nätverket, genast delar med sig av dessa till företaget eller personen som anklagas.

⁵⁸ Ehlermann s. 461

Då det finns en skyldighet för nationella konkurrensmyndigheter att konsultera Kommissionen enligt 11 (4) tillsammans med Kommissionens rätt att enligt 11 (6) ta över fallet från NCA kan man diskutera huruvida enskild NCA överhuvudtaget kan anses som självständig. Detta ger upphov till frågor om risk för bristande uppfyllelse av ECHR artikel 6. Endast en institution som uppfyller krav på exempelvis oberoende från parter och överhöghet kan uppfylla kraven på en instans enligt ECHR artikel 6.⁵⁹

Här gäller det återigen att skilja på de institutioner som är att betrakta som opartiska enligt ovan och de som inte är det. Det är de förstnämnda som eventuellt skulle kunna konstituera problem enligt ECHR artikel 6, medan de andra faller utanför tillämpningen. Lösningen på problemet är detsamma som förut, att explicit utesluta självständiga tribunaler från tillämpningen av bestämmelserna och begränsa den till – i dessa fallen- NCAs i Irland och Sverige.

3.2.8 Leniency

Företag kan i vissa rättssystem på eget bevåg lämna information angående ett kartellförfarande som de själva har varit delaktiga i. Detta gör de i utbyte mot antingen fullständig immunitet eller tydlig straffreduktion.⁶⁰ Detta kallas på engelska leniency, denna term används också vanligen på svenska.

I många fall är det ett sådant medgivande som startar en undersökning som annars inte skulle ha ägt rum, och det är också naturligt att faktiska eller potentiella sökande av leniency är känsliga avseende huruvida den informationen som de lämnar förs vidare inom ECN. För att inte avskräcka sökande har Kommissionen i behandlat dessa frågor i tillkännagivandet om samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter. Här finns det främst två sorters problem som tas upp. Det första är att ett resultat av samarbetsprincipen stipulerad i artikel 11 kan vara att en ansökan om leniency till en myndighet kan leda till undersökning av en annan NCA.

Ett annat problem kan vara att information som en sökande gett till en NCA tillsammans med information som denna myndighet som en följd av ansökan kan samla in, att denna information förs över till annan NCA i enlighet med artikel 12 för att användas som bevis för att påtvinga sanktioner på den sökande.

3.2.8.1 Artikel 11

Enligt artikel 11 (3) måste en NCA först, eller åtminstone utan dröjsmål, informera Kommissionen när man skall agera under artiklarna 81 och 82. Motsvarande bestämmelse för Kommissionen finns i 11 (2). I praktiken

⁵⁹ Ehlermann s. 462

⁶⁰ Blake s. 766

innebär detta att man fyller i ett standardformulär med de korta detaljerna i fallet; detta innebär myndighet som handhar fallet, produkten, territorier och inblandade parter, överträdelsens karaktär och möjliga varaktighet samt slutligen fallets ursprung.⁶¹

Dessa regler gäller också fall som har uppkommit som ett resultat av en ansökan om leniency. I dessa fall har emellertid ovannämnda tillkännagivande statuerat att sådan information inte får användas av en annan medlem av ECN för att starta en utredning själv, detta gäller såväl utredning under artiklarna 81 och 82 som utredning under nationell lagstiftning av NCA.⁶² Det finns dock fortfarande vissa möjligheter för en medlem av ECN att använda sig av ett leniencyfall. Den kan fortfarande starta en undersökning om den på andra håll insamlar tillräcklig information, detta kan exempelvis vara information från annan leniencysökande. Myndigheten kan dock inte be om sådan information.

3.2.8.2 Artikel 12

Risken för en sökande att en myndighet från annat håll skaffar sig information är inte ny, utan fanns även före införandet av den nya förordningen. Nyheten är att det finns en möjlighet för en annan medlem av ECN att, oberoende av om den har mottagit information från en oberoende källa, göra en förfrågan till den myndighet till vilken ansökan har gjorts om ett tillhandahållande av informationen. Detta görs enligt artikel 12 i förordningen, enligt vilken det är möjligt att utväxla information och använda den som bevis vid tillämpandet av artiklarna 81 och 82. Denna bestämmelse är dock inte tvingande på den myndighet till vilken en förfrågan görs. ECN-medlemmar skall i fall av leniency ta hänsyn till tillkännagivandets paragrafer 40 och 41. Dessa gäller två typer av information; dels information som har getts frivilligt av en sökande, dels information som har inhämtats som inte hade kunnat inhämtats om det inte hade varit för en ansökan om leniency. Dessa typer av information kan endast utväxlas om en av följande tre förutsättningar är uppfyllda.

- Sökande har gett sitt medgivande till vidareföring av information som sökande frivilligt har gett.
- Där en medlem av ECN som begär överföring av information också har mottagit en ansökan som relaterar till samma överträdelse från samma sökande. Det betyder att en sökande som har tagit beslutet att ansöka till flera myndigheter inte kan hindra att dessa myndigheter växlar informationen sinsemellan.

⁶¹ Blake s. 767

⁶² Kommissionens tillkännagivande om samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter (2004/C101/03) paragrafer 16-19

- Den myndighet till vilken överföring sker har gett vissa garantier angående användandet av informationen. Denna garanti är mycket bred och innebär inte bara att man garanterar att den information man erhåller inte förs vidare utan också att all annan senare erhållen information inte förs vidare för att grunda sanktioner mot inte bara den som ansöker utan också exempelvis dotterbolag till sökaren och anställda inom dessa företag.⁶³

Tillkännagivandet är inte i sig bindande för NCAs. Alla NCAs som har ett program för leniency har dock skrivit under en deklaration att de skall följa tillkännagivandet.⁶⁴

⁶³ Blake s. 768

⁶⁴ Blake s. 768

3.2.8.3 Leniency och artikel 11 (6)

Den nya förordningen innebär också en skillnad för leniencyansökan i det att Kommissionen enligt 11 (6) kan ta över ett fall från en NCA genom att inleda förfarande i samma fall. Detta innebär att ett företag som ansöker till Kommissionen om ett undantag här hamnar i ett gynnsamt läge jämfört med tidigare, men det innebär inte helt att en sökande drar sig undan risken att undersökas av en NCA då det aldrig finns några garantier för att Kommissionen sätter igång ett förfarande. I fall med större karteller som involverar mer än tre länder skall Kommissionen ingripa, medan Kommissionens begränsade resurser gör att mindre, lokala karteller lämnas över till NCAs.

3.2.8.4 Val av myndighet för ansökan

Om man som kartellmedlem funderar på ett avslöjande gäller det att identifiera vilken myndighet eller vilka myndigheter man skall välja emellan. När det gäller val mellan flera olika myndigheter aktualiseras ett flertal delikata frågor; risken för utfärdade sanktioner från myndigheten ifråga trots ansökan (exempelvis om annan kartellmedlem ansöker om leniency till samma myndighet eller om det inte går att helt undgå straff trots ansökan), kostnader att göra en ansökan eller ett leniencyprogram speciella förutsättningar. En kandidat kan i princip ansöka till alla relevanta myndigheter, men detta skulle förmodligen vara både svårt och kostsamt.

Enligt tillkännagivandet om samarbete inom nätverket finns det utrymme för parallella utredningar från maximalt två eller tre NCAs innan huvudregeln är att Kommissionen bör ta hand om fallet.⁶⁵

3.2.9 Relationen till de nationella domstolarna

Artikel 15 reglerar samarbetet mellan ECN och de nationella domstolarna; 15 (1) ger rätten för domstolarna att be Kommissionen om material eller yttrande och 15 (2) ger rätten till Kommissionen och även de nationella konkurrensmyndigheterna att inge skriftliga yttranden till domstolarna i mål relaterade till artiklarna 81 och 82. De kan också med domstolarnas godkännande ge muntliga yttranden. Både de muntliga och skriftliga yttrandena skall behandlas inom ramen för de normala nationella, processuella reglerna.⁶⁶

⁶⁵ Blake s. 769

⁶⁶ Förordning 1/2003, preambel 21

Det är främst Kommissionens roll som lämnare av yttrande som har berörts i doktrinen.

Pijetlovic har konstaterat att det verkar finnas ett om inte helt formellt så i alla fall *de facto* bindande effekt i Kommissionens uttalande i frågor som rör EG-rätt, åtminstone i förhållande till de nationella konkurrensmyndigheterna.⁶⁷ Det är därför troligt att en nationell domstol, innan den antar en motsatt ståndpunkt gentemot den som Kommissionen har yttrat i egenskap av *amicus curiae*, hänför fallet till EG-domstolen för att få ett förhandsbesked. Detsamma kan enligt Pijetlovic gälla samtliga beslut som tas av NCAs. Beroende på vilka åtgärder som den som söker gottgörelse vill ha kan man ofta välja om man vill ha upp fallet inför en NCA eller domstol.⁶⁸ Om tillräckligt stort gemenskapsintresse finns kan även Kommissionen bli aktuell. En part som är missnöjd med ett beslut av en NCA kan överklaga till en nationell domstol ansvarig för sådana administrativa beslut. Alla domstolar inom definitionen enligt artikel 234 kan begära förhandsbesked. Även om detta kanske inte är det mest effektiva sättet att avgöra ett fall kan det ändå ses som en garant för en konform lagtolkning i slutändan.

3.2.10 Allmänna svårigheter med decentralisering av europeisk konkurrensrätt

Om man ytterligare skall problematisera kring fenomenet med decentralisering av europeisk konkurrensrätt, vilket ju kan anses vara ett av huvudsyftena med införandet av den nya förordningen, kan man se det ur det mer statsvetenskapliga perspektiv som Myriam Senn har. Hon analyserar nätverket utifrån termer som styrning (governance), verkställighet (enforcement), komplexitet, fragmentering av kunskap, makt, koordination och självbestämmande (self-regulation).⁶⁹

Utifrån dessa termer kategoriserar hon nätverket av konkurrensmyndigheter som varandes av en i grunden decentraliserad karaktär med en ny distribution av makt och förutsättningar för ett genuint samarbete inom nätverket. Det finns dock drag av centralisering i systemet också, för även om verkställigheten är decentraliserad är det bara Kommissionen som har kompetensen att vara aktiv över hela territoriet. Det är också Kommissionen som utvecklar reglerna och formar konkurrensmyndigheten. Det faktum att Kommissionen också skall verka för en enhetlig tillämpning, genom att i vissa fall förhindra att nationell lag tillämpas, tyder också på centraliserade drag. Detta sammantaget kan leda till att moderniseringspaketet enligt Senn i själva verket kan ha centraliserande effekter.⁷⁰

⁶⁷ Pijetlovic s. 363

⁶⁸ Pijetlovic s. 364

⁶⁹ Senn s. 12

⁷⁰ Senn s. 8

Decentralisering i sin idealform bör innebära flexibla instrument med en ökad potential att anpassa verkställigheten till olika krav i marknadens olika delar. Detta är enligt Senn särskilt viktigt i ett sammanhang där den legala miljön förändras ständigt på grund av internationaliseringen av affärstransaktioner. Decentraliserade modeller skall bädda för dynamiskt beslutsfattande, medan de centraliserade modeller snarare svarar för stabilitet. Som tidigare nämnts uppvisar systemet enligt förordning 1/2003 också vissa element av ett centraliserat system, detta främst genom att Kommissionen behållit sin regelskapande funktion. Det finns enligt Senn en potential för Kommissionen att öka interventionen på alla nivåer inom nätverket.⁷¹ Hon sätter också Kommissionen uppförande som den främsta faktorn när det gäller modellens framtid, detta tillsammans med NCAs samarbetsvilja.

3.3 Sammanfattning av förändringarna på ett europeiskt plan

Det finns som synes ett flertal olika större förändringar som orsakats av förordning 1/2003 och det tillhörande moderniseringspaketet. Fokus har här legat mycket på instiftandet av ECN och de effekter som detta kan ha på de nationella konkurrensmyndigheterna. Utöver instiftandet av ECN är den fundamentala skillnaden att hela artiklarna 81 och 82 nu är direkt tillämpliga och att applikationen av dessa är tvingande. Bildandet av ECN skall ju självklart också ses i ljuset av dessa förändringar.

Inom ECN kan man se att nya krav kommer att ställas på NCAs. Allmänt kan man säga att det verkar vara av stor vikt att de olika myndigheterna strävar efter att få ökad status, oberoende och resurser. Detta är en grundförutsättning för att samarbetet inom ECN skall fungera på bästa sätt. Dessutom kommer det att behövas förtydligas vilken legala status vissa av de beslut som tas inom ECN skall ha.

Vad avser allokeringen av olika fall kan man se att det finns relativt tydliga principer för hur denna skall ske. Om ett fall är tillräckligt viktigt ur gemenskapssynpunkt är det förmodligen oftast så att Kommissionen kommer att bli handläggande myndighet. Avgörande är åtminstone vilka möjligheter en viss myndighet har att utreda en överträdelse samt att få den att upphöra. Var effekterna av ett förfarande äger rum eller kan äga rum är också av betydelse. Det kommer i allmänhet också finnas goda möjligheter till parallella utredningar, även om huvudregeln är en ensam myndighet.

Med avseende på mänskliga rättigheter enligt exempelvis Europakonventionen verkar det som om rätten till en rättvis rättegång samt rätten till privatliv kommer att aktualiseras främst. Dessa principer aktualiseras bland annat i samband med de artiklar som reglerar samarbete

⁷¹ Senn s. 25

inom nätverket för att samla in bevis. Det mesta tyder dock på att dessa rättigheter inte på ett nämnvärt sätt kommer att riskeras.

Så länge som samarbetet inom ECN fungerar verkar det inte heller som om principen att man inte får prövas i samma sak två gånger utsätts för större prövningar.

När det gäller koordinationen i nätverket för att säkerställa konsekvens inom gemenskapen är aspekter som utväxlandet av konfidentiell information, rätten till ett kontradiktoriskt förfarande och oavhängigheten hos NCAs av betydelse. Det finns dock förmodligen inte heller här några olösbara svårigheter med avseende på rättigheterna inom gemenskapen, detta delvis på grund av att vissa berörda myndigheter kommer att falla utanför ECHR:s definitioner.

De myndigheter som erbjuder program för leniency kommer att möta nya krav på att information som erhållits i dessa ärenden inte på ett godtyckligt sätt sprids vidare i nätverket. Möjligheterna för ett företag att välja vilken myndighet som ansökan om leniency skall göras till kommer dock inte att förändras nämnvärt i samband med de nya reglerna.

En av huvudorsakerna till reformen var att den inre marknaden i samband med utvidgningen kom att utökas kraftigt.

Att det finns stater som inte har någon större vana av tillämpning av olika former av konkurrenslagstiftning påverkar också de andra medlemmarna i nätverket. Orutinen kan i dessa fall gälla både EG-rätt och konkurrensrätt överhuvudtaget.

Man kan exempelvis tänka sig att detta ställer högre krav på att kommunikationen till dessa är tydlig och att andra NCAs aktivt stödjer de lite mindre rutinerade myndigheterna.

Med avseende på utväxlingen av information i allmänhet kommer det att ställa krav på exempelvis goda IT-system som också kan garantera högt ställda sekretesskrav. Det nya systemet innebär att information nu förväntas flöda inte bara från Kommissionen ut till NCAs utan också vice versa och mellan NCAs. En ökad formalisering är också att vänta. Frågor angående hur tidigt övriga nätverket måste meddelas blir också aktuella. Som ovan nämnts blir också språkaspekten viktig, i det att man i språkvalet måste ta med möjligheten till vidare spridning i beräkningen.

Med avseende på förhållandet till de nationella domstolarna kan de nationella myndigheterna numera ge skriftliga yttrande till nationella domstolar som behandlar konkurrensfall. Även muntliga yttrande kan ges med domstolens medgivande.

Det sistnämnda är ett tydligt exempel på en förändrad roll för de europeiska konkurrensmyndigheterna. De största förändringarna utgörs av den direkta tillämpligheten av artikel 81 (3) samt den tvingande tillämpningen av 81 och 82. Fokus har i denna uppsats dock legat på ECN och aspekter av detta. De

aspekter som kan utgöra problem i samband med detta är som genomgången visar oftast inte direkt relaterade till en eventuell tolkning av förordningens lydelse utan snarare ofta av mer praktisk natur. Exempel på detta är hur man ska sköta informationsutbytet och hjälpa nyare medlemsländer med tillämpningen av konkurrensrätten. Dessutom nämns i doktrinen möjliga problem vad gäller oberoendet hos nationella myndigheter.

Som en till oberoendeproblematiken relaterad aspekt kan man som en avslutning på resonemanget kring decentraliseringsförfarandet också infoga brasklappen att det finns vissa aspekter av det nuvarande systemet som visar på centralisering. Detta kan kanske tyda på att Kommissionen i slutändan inte lämnar från sig så mycket av verkställigheten som det kanske först ser ut.

3.3.1 Harmoniseringens roll

Om man då ska se ett genomgående tema på de olika behandlade aspekterna kan man se att en harmonisering av tillämpning av reglerna är något som hela tiden eftersträvas och diskuteras. Detta måste ses som varande ett av huvudsyftena med betoningen av goda kommunikationer och det faktum att Kommissionen behåller en ledande roll i nätverket. Det underlättas också av den tvingande applikationen av artiklarna 81 och 82, även om det som vi sett finns vissa moment i tillämpningen av dessa som kan ses som hindrande för enhetlighet. I potentiella fall av överträdelse av artikel 81 kan nationell lag ibland bli tillämplig, samtidigt som det finns möjligheter att tillämpa strängare nationell lagstiftning med avseende på artikel 82. Man kan kanske också se möjligheten enligt artikel 29 (2), enligt vilken ett företag under vissa omständigheter kan ta bort ett företags rätt att ingå i ett gruppundantag från Kommissionen, som en möjlighet som kan störa harmoniseringen.

Att konsultationerna inom nätverket, och även dessas legala effekt, har diskuterats är också nära knutet till harmoniseringen. Kommissionens möjlighet till övertagande enligt 11 (6) kan vara ett viktigt verktyg vad gäller harmoniseringen, men det skulle också kunna innebära ett försvårande. Siragusa menar ju till exempel att ett alltför vidlyftigt ingripande från Kommissionen kan leda till större benägenhet från medlemsstaternas sida att använda sig av nationell rätt, vilket kan störa harmoniseringen. Böge har liknande tankegångar när han säger att Kommissionens möjligheter enligt 11 (6) kan skapa ökad osäkerhet (se 5.4.8). Även Goyder har betonat försiktighet i användandet av 11 (6).

Harmoniseringen kan i sig också leda till problem, ett tänkbart sådant är en eventuellt utökad risk för att man döms för samma sak två gånger i det att olika myndigheter parallellt skall tillämpa artiklarna 81 och 82. I dessa fall är god intern kommunikation av största vikt.

Kommunikationens roll i samband med harmoniseringen blir också tydlig då det gäller de länder där rutin gällande tillämpning av europeisk rätt saknas. Här kan något så basalt som använt språk vara av betydelse för att göra förutsättningar för harmonisering så goda som möjligt.

Att de harmoniserande aspekterna betonas så mycket kan ses som en naturlig motpol mot utallokering av kompetenser till nationella konkurrensmyndigheter, en manöver som i sig försvårar harmonisering.

4. Ändringar i Konkurrenslagen och dessas effekter på Konkurrensverket

Efter att på ett lite mer allmäneuropeiskt plan ha gått igenom effekterna av moderniseringsprojektet kommer jag nu att inrikta mig mer på förändringarna för KKV.

Utgångspunkten för detta avsnitt kommer att vara det beredande arbetet som gjordes i och med att KL ändrades till en följd av förordning 1/2003. I centrum står SOU 2003:73 och Proposition 2003/04:80.

4.1 Konkurrensverkets tillämpning av nationell lag

Regeringens slutgiltiga bedömning med avseende på tillämplig lag var att möjligheten till parallell tillämpning av KL, främst, och artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget skulle behållas.⁷² Utredningens förslag och bedömning var annorlunda, nämligen att artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget samt förbudsbestämmelserna i KL inte längre skulle vara tillämpliga samtidigt på ett och samma avtal eller förfarande. I stället skulle endast artiklarna 81 och 82 kunna tillämpas på avtal och förfaranden som kunde ha påverkan på handeln mellan medlemsstater inom EU. KL: s förbudsbestämmelser skulle bevaras, och tillämpas på avtal och förfaranden som inte påverkar samhandeln. Detta mötte stark kritik, då det bland annat hävdades att det kunde leda till separata utvecklingarna för nationell och EG-rätt vilket skulle gå emot grundläggande principer.⁷³ Med avseende på förordningens reglering av ensidiga förfaranden överensstämde utredningens bedömning med regeringens.

Den tidigare utformningen av KL gjordes med tanke att den skulle efterlikna EG-rätten. Detta särskilt eftersom det kunde tänkas vara svårt att i olika fall kunna fastställa att det s.k. samhandelskriteriet skulle vara uppfyllt. Med tidigare gällande ordning var det inte av största betydelse ifall kriteriet var uppfyllt eller inte. De nationella reglerna var tillämpliga så länge en tillämpning inte stred mot en full och enhetlig tillämpning av artiklarna 81 och 82.⁷⁴

Detta innebär att Konkurrensverket normalt tillämpade KL på avtal som uppfyllde kriterierna på samhandel,⁷⁵ EG-rätten tillät att nationella organ simultant tillämpar EG: s förbudsregler mot företagssamarbete samt

⁷² Proposition 2003/04: 80 s. 48

⁷³ Gustavsson s. 24

⁷⁴ Fastställt av EG-domstolen i fallet Walt Wilhelm paragraf 4-5

⁷⁵ Karlsson s. 764

nationella förbudsregler. Detta förändrades dock i och med införandet av förordning 1/2003, i vilken en EG-regel som anger att när handeln mellan medlemsstaterna i EU, samhandeln, skulle kunna påverkas av exempelvis ett avtal och nationell konkurrensrätt tillämpas också motsvarande EG-regel måste tillämpas, infördes. Därmed får inte den nationella rätten förbjuda ett avtal eller liknande som inte omfattas av EG-förbudet, eller täcks av EG:s legalundantag eller ett EG-gruppundantag.

I SOU 2003:73 angavs mot den bakgrunden att de svenska förbuden då inte skulle vara tillämpliga på sådana förfaranden som kan påverka samhandeln. I dessa fallen skulle EG-rätten alltid tillämpas.⁷⁶

Regeringen ansåg att parallell tillämpning alltjämt skall vara möjlig åtminstone tills vidare. Viktiga orsaker som låg till grund för detta förslag var de ovan nämnda riskerna för att skillnader annars uppstår mellan svensk konkurrensrätt och EG-rätten.⁷⁷ I sitt remissvar betonade också Konkurrensverket denna aspekt.⁷⁸ Dessutom skulle det kunna hjälpa företagets behov av förutsägbarhet i en miljö stadd i stor förändring och osäkerheten kring tolkningen av samhandelsbegreppet i EG-rätten och ”behovet av att vinna konkreta erfarenheter av det nya systemet”.⁷⁹

Konkurrensverket kan alltså även fortsättningsvis tillämpa svensk rätt parallellt med EG-rätten.

4.2 Konkurrensverkets roll i processer i nationell domstol

Det viktiga faktum att artikel 81 (3) nu är direkt tillämplig för nationella domstolar och nationella konkurrensmyndigheter har bland annat den genomgripande effekten att domstolar nu får avgöra om undantagen i sagda stycke kan tillämpas beträffande avtal som underkastas domstolens prövning.

Artikel 15 i förordning 1/2003 reglerar samarbetet mellan Kommissionen och de nationella domstolarna. Syftet är att främja den enhetliga rättsutvecklingen i unionen och det främsta medlet är att Kommissionen på eget bevåg ska kunna avge yttranden i mål i nationell domstol. Denna möjlighet ges även den nationella konkurrensmyndigheten i respektive stat enligt artikel 15 (3). Ett skriftligt yttrande skall kunna ges i de allmänna domstolarnas civilprocesser men också i Stockholms tingsrätts och Marknadsdomstolens administrativa mål.⁸⁰ Det rör sig i dessa fallen om en möjlighet att uttrycka sig i egenskap av s.k. *amicus curiae* som saknas i den

⁷⁶ SOU 2003: 73 s. 89

⁷⁷ Prop. 2003/04:80 s. 50

⁷⁸ Konkurrensverkets yttrande s. 5

⁷⁹ Prop. 2003/04:80 s. 48

⁸⁰ Karlsson s. 768

gångse svenska processordningen. Ett dylikt yttrande har dock vissa likheter med yttrande från expertmyndighet eller en offentlig sakkunnigs utlåtande enligt reglerna i 40 kapitlet Rättegångsbalken. Därför ansågs det heller inte behövas någon möjlighet att reglera förfarandet med dessa yttranden, då det skulle falla sig naturligt för domstolarna att i dessa fall agera i enlighet med bestämmelserna i i RB. Ett ovannämnt yttrande skulle både kunna tänkas innefatta både rättsfakta och bevisfakta. Vad bevisfakta anbelangar står det rätten fritt att använda detta till grund för dom oavsett part åberopat det eller inte, om inte bevisningen har blivit avvisad av rätten.⁸¹ I indispositiva mål som handläggs av Marknadsdomstolen och Stockholms tingsrätt existerar även rätten till att ta upp rättsfakta ex officio, medan motsatsen gäller för dispositiva tvistemål där man normalt inte kan grunda domen på annat än åberopade rättsfakta.⁸² En skyldighet kan dock finnas för rätten att ändå beakta rättsfakta som har åberopats av part, och ett yttrande från Konkurrensverket som redovisar sådana rättsfakta bör kunna hanteras som ett indispositivt inslag i ett annars dispositivt mål, enligt en i doktrinen företrädd åsikt.⁸³ Om inte så var fallet skulle EG-rättens genomslag kunna förhindras.

Det slutliga förslaget från regeringen, som i stort sammanföll med utredningens förslag innebar att ett yttrande från Konkurrensverket skall få beaktas av rätten utan att det åberopats av part. Parterna skall dock beredas tillfälle att yttra sig över ett sådant yttrande. Utredningen föreslog också en uttrycklig bestämmelse om att domstolen får lämna ett skriftligt yttrande av Kommissionen eller Konkurrensverket utan avseende, om det annars skulle uppkomma avsevärda olägenheter i utredningen.⁸⁴

Konkurrensverket har alltså numera rätten att yttra sig skriftligt inför nationella domstolar.

4.3 Bibehållandet av gruppundantagen

Införandet av förordning 1/2003 fick effekten, eller snarare avsaknaden av effekt, att systemet inom svensk rätt med gruppundantag från förbudet i 6 § KL skulle behållas. Regeringen infogade dock att så skulle vara fallet ”tills vidare”,⁸⁵ Utredningens förslag var att det svenska systemet med gruppundantag skulle avskaffas.⁸⁶ Motiveringen bakom detta var att Kommissionens gruppundantagsförordningar skulle tillämpas på avtal som kan ha en effekt på handeln mellan medlemsstater och att företagens behov av vägledning tillgodoses i övrigt genom Kommissionens gruppundantag och riktlinjer samt genom rättspraxis och de allmänna råden från Konkurrensverket.⁸⁷ Ett avskaffande av Konkurrensverkets

⁸¹ RB 35:1 och 35:7

⁸² RB 17:3

⁸³ Karlsson s. 736

⁸⁴ SOU 2003:73 s. 14

⁸⁵ Prop. 2003/04 s. 86

⁸⁶ SOU 2003/04 s. 150

⁸⁷ SOU 2003/04 s. 155

förhandskontroll, vilken yttrade sig i en möjlighet till anmälan om undantag hos Konkurrensverket skulle ersättas av en direkt tillämplig undantagsregel, samtidigt som avskaffande samtidigt skulle ske av möjligheten att ansöka om ett icke-ingripandebesked. Innebörden av dessa förändringar är att det istället lastas över på företagen att bedöma om deras olika förfaranden, exempelvis avtal, är i enlighet med konkurrensreglerna.

Regeringen konstaterade att det inte fanns någon på EG-rätten grundad skyldighet för Sverige att avskaffa gruppundantagen. Vidare skulle för företagen stora förändringar inträda om icke-ingripandebeskeden och individuella undantag avskaffas och ett legalundantag införs. Företagens behov av vägledning skulle därmed komma att öka, i synnerhet under en övergångsperiod när det i övrigt genomgripande systemskiftet sker.⁸⁸ Gruppundantagen beviljades förut i enlighet med KL 17 §⁸⁹ men den relevanta paragrafen är numera den nya KL 8a §.

Konkurrensverket skall även i fortsättningen i verkställighetsföreskrifter ange gruppvisa undantag från förbudet i KL 6 §, detta enligt KL 8a §.

4.4 Slopande av individuella undantag/ införandet av en direkt tillämplig regel

I samband med införandet av förordning 1/2003 slopades möjligheten till anmälan om individuella undantag hos Konkurrensverket tillsammans med möjligheten till ett icke-ingripandebesked. Dessa ersattes av en generell, alltid tillämplig undantagsregel. Företagen har alltså numera att själva bedöma om deras avtal och förfaranden är i samklang med konkurrensreglerna. Enigheten kring denna ändring var stor.⁹⁰

Förhandskontrollen enligt KL hade EG-rätten som förebild, och då det är att anta att de flesta av medlemsstaterna inte skulle komma att ha någon förhandskontroll skulle det kunna innebära problem för Konkurrensverket att ha en sådan kvar. Vid uppfyllande av samhandelskriteriet skulle det finnas en risk att företag vände sig till Konkurrensverket, som en av de få nationella myndigheterna med en sådan kontroll, och därigenom kunna få ett beslut. Detta skulle kunna leda till en motkraft för de i reformerna eftersträlvade intentionerna, t.ex. ökad integration av konkurrensbevakningen, och försvåra arbetet inom nätverket.⁹¹ Dessutom hade denna typ av förhandskontroll varit resurskrävande under de tio år som den har tillämpats, och företag skulle enligt Konkurrensverket rimligtvis kunnat anpassa sig till den praxis som hunnit utvecklats.⁹²

⁸⁸ Prop 203/04 s. 92

⁸⁹ Gustavsson s. 47

⁹⁰ Prop 203/04 s. 72

⁹¹ Karlsson s. 765

⁹² Konkurrensverkets remissvar s. 2

Möjligheten att hos konkurrensverket ansöka om individuella undantag och icke-ingripandebesked avskaffas och ersätts av en direkt tillämplig undantagsregel. Legalundantaget från KL 6 § uttrycks i KL 8 §.

4.5 Konkurrensverkets godtagande av åtaganden

Den slutliga förändringen med avseende på Konkurrensverkets ålägganden och godtagande av åtagande blev att det infördes en kompletterande regel om att Konkurrensverket fick rätten att godta åtaganden från företag, och beslut av denna karaktär kan förenas med vite. Vitet föreläggs av Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket.

Den tidigare regeln om att Konkurrensverket får ålägga företag att upphöra med överträdelser av förbuden i 6 och 19 §§ KL och motsvarigheterna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget kom att behållas. I detta fall överrensstämde utredningens bedömning och förslag. Anledningen till förändringen är att artikel 5 i förordningen ställer krav på att nationell konkurrensmyndighet, precis som Kommissionen, skall vara behörig att godta åtaganden från företags sida. Konkurrensverket kan också genom sitt beslut göra dessa åtagande bindande och förenade med vite. Utförligare motivering att godtaga ett åtagande utesluts i princip enligt förordning 1/2003, däremot kan motiveringsskyldigheten i Förvaltningslagen vara aktuell för att underlätta kontrollen av myndighetens maktutövande.⁹³ Att man vid brott mot ett åtagande kan drabbas av böter ligger i linje med artikel 23 (2) i förordning 1/2003 tillsammans med artikel 9. Det faktum att Kommissionen får ålägga företag att utföra en proportionerlig åtgärd för att få en överträdelse att upphöra enligt artikel 7 i förordningen, vilket kan leda till en uppbrytning av en företagskoncentration, anses inte behöva en motsvarighet för Konkurrensverket i KL. De regler som finns i KL 23 §, med förebild i förordning 17/62,⁹⁴ om andra sorters ålägganden vid överträdelse av 6 § eller 19 § eller artiklarna 81 och 82 ansågs vara tillräckliga, detta på grund av att man bland annat kan ställa sig frågande till om uppbrytning av en företagskoncentration någonsin kan anses vara proportionerlig.⁹⁵

Konkurrensverket får rätten att godta åtaganden från företag, och beslut angående ett godtagande kan förenas med vite. Detta stadgas i KL 23a § respektive KL 57§

⁹³ Karlsson s. 783

⁹⁴ Förordning 17/62 artikel 3

⁹⁵ Prop 2003/04:80 s. 99

4.6 Konkurrensverkets roll i ECN

Konkurrensverket kommer att företräda Sverige i ECN, och mycket av de förändringar detta kommer att innebära för myndigheten är ännu höljda i dunkel.

Klart är att Konkurrensverkets anslutning till ECN inte kommer att föranleda några större lagändringar. De bestämmelser som reglerar samarbetet i nätverket, främst artiklarna 11 till 13, är direkt tillämpliga och kräver ingen nationell lagstiftning. De ytterligare föreskrifter som torde tillkomma angående samarbetet kommer förmodligen heller inte kräva lagstiftningsåtgärder i Sverige.⁹⁶

Däremot kommer man att behöva se över de interna rutinerna hos Konkurrensverket, och det finns också en oro över att tydligt utökade resurser är en förutsättning för ett välfungerande samarbete inom ECN. Detta gäller såväl Konsumentverkets bedömning av sin egna situation,⁹⁷ samt doktrinen bedömning av de nationella konkurrensmyndigheterna i allmänhet.⁹⁸ En förutsättning för ett effektivt samarbete är också att konkurrensmyndigheterna behåller sitt oberoende gentemot sina respektive regeringar, och här finns det indikationer på att just Konkurrensverkets oberoende ibland kan ifrågasättas.⁹⁹

De tydligaste förändringarna i Konkurrensverkets uppgifter med avseende på ECN är det ovannämnda samarbetet i konkurrensfrågor i artikel 11 enligt vilken de nationella konkurrensmyndigheterna och Kommissionen skall tillämpa konkurrensreglerna i nära samarbete. 11 (2) tvingar Kommissionen att lämna ut viktiga dokument till nationella myndigheter då den ska ta beslut av olika slag. Samarbetet tar sig också som nämnts uttryck i att Konkurrensverket ska informera Kommissionen då den förstnämnde skall tillämpa artikel 81 eller 82, eller då de första åtgärderna har tagits (artikel 11 (5)) och en explicit rätt till konsultation som Konsumentverket innehar gentemot Kommissionen (artikel 11 (5)).

I artikel 12 regleras utväxlingen av information mellan Konsumentverket och de andra aktörerna i nätverket, där stadgas bland annat att det vid tillämpningen av artiklarna 81 och 82 går att utväxla alla sorters material, inklusive konfidentiellt sådant. Sekretesslagens bestämmelser har ansetts vara tillräckliga för att skydda företagets intressen.¹⁰⁰

Artikel 13 förhindrar som ovan nämnts situationen att ett fall utreds av flera konkurrensmyndigheter parallellt.¹⁰¹

Konkurrensverket blir en del av ECN, vilket leder till ett ökat samarbete med Kommissionen och andra konkurrensmyndigheter bland annat i samband med informationsutbyte.

⁹⁶ Prop. 2003/04:80 s. 131

⁹⁷ Konkurrensverkets yttrande s. 1

⁹⁸ Riley II s. 658

⁹⁹ Riley II s. 659

¹⁰⁰ Prop. 2003/04:80 s. 128

¹⁰¹ Riley I s. 611

4.7 Konkurrensverkets roll vid platsundersökningar

En fråga som uppkommer i nära anslutning till samarbetet inom nätverket är i vilken utsträckning Konkurrensverkets roll i samband med olika platsundersökningar förändras. Frågor om förhandsgodkännande enligt artikel 21 (3) i förordningen, gällande Kommissionens rätt till undersökning hos andra än det berörda företaget, prövas numera av Stockholms tingsrätt på ansökan av Konkurrensverket. Stockholms tingsrätt kan numera också efter ansökan besluta att Konkurrensverket får genomföra en undersökning hos ett företag för att utreda huruvida företaget har överträtt artikel 81 eller 82 i EG-fördraget – förutom vad som tidigare gällde – också då detta begärs av konkurrensmyndighet i annan medlemsstat. Förfaranderegler i KL har också gjorts tillämpliga på undersökningar som Konkurrensverket genomför på Kommissionens förfrågan. Ålägganden enligt 45 § KL, vilket innebär utlämnande av uppgifter och handlingar etc. från företags sida skall kunna utfärdas av Konkurrensverket på begäran av en konkurrensmyndighet i annan medlemsstat.¹⁰²

Enligt artikel 22 (1) i förordningen är medlemsstaternas konkurrensmyndigheter nu tillåtna att utföra inspektioner eller andra undersökningsåtgärder enligt nationell lag på uppdrag av en myndighet i en annan medlemsstat för att konstatera om det finns en överträdelse av artikel 81 eller artikel 82. Ett tidigt exempel på ett användande av artikel 22 (1) från Konkurrensverkets sida finns i myndighetens beslut gällande energibolagen Dong A/S och Öresundskraft AB, ett fall i vilket Konkurrensverket fick hjälp av den danska konkurrensmyndigheten, Konkurrencestyrelsen.¹⁰³

I artikel 22 (2) i den nya tillämpningsförordningen föreskrivs på motsvarande sätt att medlemsstaternas konkurrensmyndigheter på begäran av Kommissionen skall genomföra de inspektioner som Kommissionen anser nödvändiga enligt artikel 20.

I artikel 22 (2) föreskrivs vidare explicit, i motsats till läget i förordning 17/62, att de tjänstemän hos medlemsstatens konkurrensmyndighet som har till uppgift att genomföra inspektionen skall utöva sina befogenheter i enlighet med nationell lagstiftning.¹⁰⁴

Konkurrensverket kan på andra konkurrensmyndigheters begäran plikta företag att lämna uppgifter etc. enligt KL 45§ eller ansöka om platsundersökning enligt KL 47 §.

¹⁰² Prop. 2003/04 s. 120

¹⁰³ 2004-12-10 Dnr 838/2004

¹⁰⁴ Prop. 2003/04 s. 120

4.8 Konkurrensverket och tillämpningen av förordningen 1/2003

Det finns inte så många exempel på tillämpningar av förordning 1/2003 hos Konkurrensverket efter förordningens ikraftträdande. Det ovannämnda fallet med samarbete med den danska konkurrensmyndigheten är ett exempel. När Konkurrensverkets generaldirektör Claes Norgren på en konferens i december 2005 talade om de svenska erfarenheterna av den europeiska moderniseringsreformen nämnde han just samarbetet med den danska myndigheten som ett fall på tillämpning av artikel 22.¹⁰⁵

Möjligheten till att allokera fall inom nätverket hade KKV i slutet av 2005 använt en gång. Det berörde en misstänkt överträdelse av artikel 81, där KKV fick indikationer om att det inte bara berörde det svenska territoriet. Efter att ha fått bekräftelse från några andra konkurrensmyndigheter togs beslutet att informera Kommissionen. Efter att Kommissionen konstaterat att överträdelsen kunde beröra mer än tre medlemsländer tog den själv över fallet. En gryningsråd genomfördes så småningom där KKV genomförde sin del inom svenskt territorium.

Det fanns enligt Norgren en viss rädsla för att konsultationen med Kommissionen inför ett beslut enligt 11 (4), vilket innebär att konsultationen skall ske senast 30 dagar innan tagande av beslut, skulle fördröja den allmänna behandlingen av fallen. Den samlade erfarenheten, bestående av ungefär 10 fall, visade dock att konsultationen inte hade lett till någon nämnvärd fördröjning av hanteringen. Kommissionen hade enligt Norgren alltid försökt återkomma på snabbast möjligast sätt.

Några närmare konsultationer med andra NCAs hade inte skett i samband med dessa förfaranden, men Norgrens bedömning är att utväxling av information mellan myndigheter hade ökat tydligt.¹⁰⁶ Som exempel på ämnen som berördes nämns metoder för undersökningar och utvärdering av konkurrensnivå.

Han betonar också vikten av olika arbetsgrupper för ECN som Kommissionen skapat som fora för informationsutbyte.

Med avseende på införandet av möjligheten för en NCA att verka som *amicus curiae* finns det dock enligt Norgren ännu inte något exempel på detta i Sverige.

Moderniseringen, och de efterföljande ändringarna i KL har enligt Norgren vidare lett till nya förutsättningar med avseende på de verkställighetsrelaterade aspekterna hos KKV. Effektivitetssträvanden genomsyrar hanteringen av olika fall.

¹⁰⁵ Konkurrensverket PM s. 2

¹⁰⁶ Konkurrensverket PM s. 3

Med avseende på ansökningar om leniency har KKV än så länge endast mottagit ett fåtal sådana. Norgren efterlyser enhetlighet mellan Kommissionens och Konkurrensverkets riktlinjer, vilka myndigheten avser att se över, något som skulle minska osäkerheter och missförstånd gällande Konkurrensverkets praxis.

I allmänhet anser Norgren att det finns ett behov av ytterligare harmonisering i allmänhet inom ECN. Detta gäller främst två områden.

Det första gäller systemet med sanktioner i de nationella systemen. De sanktioner som är tillräckliga för att främja leniencyansökan. Norgren anser att sanktionerna i Sverige bör bli större för att bättre leva upp till europeisk standard.¹⁰⁷

Dessutom ser han den tillämpade modellen i Sverige, där myndigheten inte tar beslutet gällande sanktioner, som mindre effektiv än andra i Europa tillämpade modeller. Den svenska modellen är i minoritet i Europa och Norgren ser ökad konvergens som positivt för samarbetet i ECN. Här nämns också att en ytterligare reformering av det svenska systemet är i vardande.

¹⁰⁷ Konkurrensverket PM s. 5

5. Sammanfattning och problematisering

5.1 Ändringarna i KL

Som synes finns det en hel del förändringar för Konkurrensverket som har aktualiserats i och med införandet av förordning 1/2003 och därav påkallade förändringar i KL.

Den mest fundamentala förändringen är att Kommissionens tillämpningsmonopol på undantagen i 81 (3) försvinner och att denna viktiga del ges direkt effekt för de nationella domstolarna och konkurrensmyndigheterna att tillämpa. I samband med detta skapas ECN vars exakta effekter ännu är lite osäkra, men vars regler för exempelvis informationsutbyte, ärendefördelning och koordinerade undersökningar ger tydliga tecken på en decentraliserad konkurrensövervakning.

Om man skall sammanfatta förändringarna på mer nationell nivå kan man konstatera att medan de individuella undantagen enligt KL försvinner så stannar alltså gruppundantagen, åtminstone tillfälligt. Om man ska läsa mellan raderna på regeringens beslut, vilket ju går emot utredningens förslag, så kan det även så småningom bli tal om att avskaffa gruppundantagen. Det främsta argumentet för att behålla dessa verkar ha varit det osäkra rättsläget inom EG-rätten, något som, åtminstone i en ideal värld, torde klarna med tiden. Frågan om den parallella tillämpningens vara eller icke-vara, där ju utredningens förslag fick stryka på foten till förmån för det förstnämnda, är också en fråga som kan aktualiseras på nytt om rättsutvecklingen skapar konvergens mellan EG-rätten och dess svenska motsvarighet.

Som argument för den parallella tillämpningen angavs att utan en sådan kunde skillnader mellan svensk och europeisk rätt uppstå. Man har alltså använt harmonisering som ett argument för att parallellt kunna använda två skiljda rättssystem.

Skapandet av en rätt till yttrande i nationell domstol i konkurrensärenden samt möjligheten att godtaga åtaganden och koppla vite till detta är andra var i dessa sammanhang ganska okontroversiella förändringar, vilka föranleddes av relativt otvetydiga bestämmelser i förordningen.

Om man bibehåller fokus på den svenska konkurrensmyndigheten kan man kanske dra slutsatsen att moderniseringsarbetet ännu inte har lett till någon större mängd fall av olika slags samarbeten inom ECN, även om exempel inte saknas.

5.2 Sammanfattande avslutning med problematisering

Det finns som synes mycket att tänka på för nationella konkurrensmyndigheter i samband med införandet av den nya förordningen. De förändringar som ligger på europeisk nivå och berör samtliga av de europeiska konkurrensmyndigheterna handlar mycket om samarbetet i ECN. Som synes finns det många aspekter som man måste ta hänsyn till för att ett sådant samarbete skall fungera på bästa möjliga sätt. På nationell nivå har ECN i sig inte lett till några större förändringar lagstiftningsmässigt, fokus för reformationen av KL låg istället på lagvalsfrågor och hantering av olika typer av undantag.

Om man kopplar samman den delen av uppsatsen som behandlar moderniseringsarbetet ur ett europeiskt perspektiv med de svenska reformerna och även Claes Norgrens erfarenheter efter en första tid av tillämpning är det tydligt att juridiska frågor på sätt och vis hamnar lite i bakvattnet när det gäller arbetet i ECN. När de juridiska frågorna tas upp handlar det om ofta om harmoniseringsåtgärder, dvs. att få olika regler inom ECN att vara så lika så möjligt. Det gäller också att få tillämpningen av regler så lika som möjligt, därav möjligheten för Kommissionen och NCAs att yttra sig inför nationella domstolar.

I övrigt handlar det mycket om praktiska detaljer avseende kommunikationen, exempelvis hur omfattande denna skall vara och när en kommunikationsprocess skall startas upp. En hel del av kommunikationens viktiga roll har dock till syvende och sist att göra med strävandet att uppnå harmonisering.

Harmoniseringsaspekter har i den svenska beredningen använts för att rättfärdiga parallell tillämpning av svenska och europeiska regler, något som kan synas lite kontraintuitivt. Detsamma kan sägas om att de svenska gruppundantagen behövs. Att de individuella undantagen slopas ligger däremot på ett mer uppenbart sätt i linje med strävandet efter harmonisering, då det främsta argumentet verkar ha varit att de flesta medlemsstater skulle ha avskaffat ett sådant undantagsförfarande.

Kommissionens fortsatt viktiga roll är också ett genomgående tema. Trots den sagda decentraliseringen är det fortfarande Kommissionen som sätter spelreglerna och styr de nationella konkurrensmyndigheterna mot harmonisering.

Norgren betonade vikten av att svenska regler ligger mer i linje med Kommissionens, samt att Kommissionen i fall som kan beröra flera länder intar en koordinerande roll. Det visar sig också som tidigare nämnts att Kommissionen har rätten att när den önskar ta över ett fall från en nationell myndighet. Enligt mer teoretiska resonemang går det också att se den tänkta decentraliseringen som varandes av osäker karaktär, då bland annat den normgivande funktionen ligger kvar hos Kommissionen.

Även om det kanske är lite spekulativt att dra slutsatser enbart på Claes Norgrens erfarenheter, i synnerhet i de sammanhang de har presenterats, kan man åtminstone inte i dessa finna några tecken på att arbetet inom ECN har aktualiserat några problem avseende exempelvis mänskliga rättigheter eller samarbete med konkurrensmyndigheter i de nyare medlemsländerna. Detta skulle tyda på att kommunikationen inom nätverket fungerat på ett tillfredsställande sätt.

5.2.1 Problematisering

När det gäller uppsatsens uppfyllande av det inledningsvis ställda syftet kan man kanske titta lite närmare på några av problemen som jag har ställts inför vid skrivandet.

Med avseende på delen som gäller de europeiska myndigheterna i allmänhet har det i samband med genomgång av litteratur gjorts val av vilka aspekter som skulle behandlas. Även om jag tycker mig ha fått med mig de viktigaste aspekterna av förändringarna i regelverket och skapandet av ECN, finns det säkert aspekter som man i en mer omfattande avhandling hade kunnat inkludera. Det gäller också mindre skillnader som finns mellan förordningarna 17/62 och 1/2003.

Jag har dessutom när jag gått ner på mer nationell nivå på ett mer konsekvent sätt följt tillämpliga regelverk, d.v.s. KL, och kanske inte tittat lika mycket direkt på de konsekvenser som ett medlemskap i ECN har inneburit. Det sistnämnda har ju varit fokus på den mer allmäneuropeiska delen. Då man vad gäller de flesta av aspekterna i samband med ECN talar om vad som är gemensamt också för KKV, tycker jag dock ändå att jag täckt upp vad som är mest relevant i KL.

Bilaga A: Utdrag ur EG-fördraget

AVDELNING VI

GEMENSAMMA REGLER OM KONKURRENS, BESKATTNING OCH TILLNÄRMNING AV LAGSTIFTNING

KAPITEL 1

KONKURRENSREGLER

AVSNITT 1

REGLER TILLÄMPLIGA PÅ FÖRETAG

Artikel 81

1. Följande är oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden, särskilt sådana som innebär att

a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,

b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,

c) marknader eller inköpskällor delas upp,

d) olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en

konkurrensnackdel,

e) det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

2. Avtal eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga.

3. Bestämmelserna i punkt 1 får dock förklaras icke tillämpliga

— på avtal eller grupper av avtal mellan företag,

— beslut eller grupper av beslut av företagssammanslutningar,

— samordnade förfaranden eller grupper av samordnade förfaranden,

som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst

som därigenom uppnås och som inte

a) ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,

b) ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

Artikel 82

Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet.

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

- a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
- b) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
- c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
- d) ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

Käll- och litteraturförteckning

Böcker

European competition law annual 2002 : constructing the EU network of competition authorities, Claus Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu (editors), Hart, Oxford, 2004

EC competition law; Goyder, D. G. ; U.P; Oxford; 2003

Svensk konkurrensrätt; Gustavsson, Leif; Westin, Jacob; Norstedts juridik; Stockholm; 2004

EC competition law; Lane, Robert; Longman; Harlow; 2004

Artiklar

Leniency following modernization: Safeguarding Europe's Leniency Programmes; Blake, Stephen; Schichels, Dominik; E.C.L.R. 2004; s 765.

Moderniseringen av EG: s konkurrensrätt – Kan en parallell tillämpning av EG: s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt garantera konvergens?; Fellenius-Omnell, Caroline; Landström, Charlotte; Europarättslig tidskrift 2003; s. 81-96

Konkurrensrätten i Sverige och förordning 1/2003; Karlsson, Per; Europarättslig tidskrift 2003; s.761-790

Konkurrensrätt i förändring; modernisering, decentralisering och rättssäkerhet; Lidgard, Hans Henrik; Europarättslig tidskrift 2003, s 9-17

Moderniseringen av EU:s antitrustpolitik – från kommissionsmonopol till decentralisering och nätverkssamarbete; Norberg, Sven; Europarättslig tidskrift 2002, s. 551- 557

Moderniseringsreformen beträffande EU:s antitrustpolitik i hamn; Norberg, Sven; Europarättslig tidskrift 2003 s. 117-130

Modernisation of Regulation 17: Impact upon Lithuania; Pajarskas, Sarunas; E.C.L.R.; 2003; s. 312

Reform of EC Antitrust Enforcements: Criticism of the New System is Highly Exaggerated; Pijetlovic, Katarina; E.C.L.R.; 2004; s 357

EC Antitrust Modernisation: The Commission Does very nicely – Thank You!

Part one ; A, Riely ; ECRL 2003 s. 604-615

EC Antitrust Modernisation: The Commission Does very nicely – Thank You!

Part two; A, Riely; ECRL 2003 s. 657-672

Lagar och offentligt tryck Sverige

Konkurrenslag (1993:20)

SOU 2003:73

Reformerad konkurrensövervakning – Konsekvenser i Sverige av EG:s nya tillämpningsförfordning

Regeringens proposition 2003/04:80
Moderniserad konkurrensövervakning

Källor från EG-rätten

Rådets förordning (EG) nr 17/62 av den 21.2.1962 om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86, EGT L 13, 21.2.1962, s 204.

Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, EGT C 132, 12.5.1999, s 1.

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16.12.2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1, 4.1.2003, s 1.

Kommissionens tillkännagivande om samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter, EGT C 101, 27.4.2004, s 43.

Tilkännagivande från kommissionen, Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 97.

Källor tagna från Internet

Competition Law forum: Supplemental submission to the European competition Network regarding the modernisation package

Tillgänglig på nätet 2006-05-09

http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/procedural_rules/comments/competition_law_forum_en.pdf

Konkurrensverkets remissvar till delbetänkandet (SOU 2003:73)

Reformerad konkurrensövervakning -

Konsekvenser i Sverige av EG:s nya tillämpningsförfordning,

tillgänglig på nätet 2006-05-09

http://www.kkv.se/konkurrens/pdf/reformerad_konk_overvakn.pdf

Konkurrensverket PM 2005-12-02, tillgänglig på nätet 2006-05-09
http://www.kkv.se/press/Pdf/tal_cn_051202.pdf

Regulation 1/2003: a modernised applicaion of EC competition rules;
Gauer, Celine; Dalheimer, Dorothe; Kjolbye, Lars; De Smijter Eddie.
Directorate-General Competition, unit A-2, tillgänglig på nätet 2006-05-09
http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/cpn/cpn2003_1.pdf

Decentralisation of economic law – an oxymoron; Senn, Myriam;
Discussion Paper no 28; London School of Economics; 2005
Tillgänglig på nätet 2006-05-25
<http://www.lse.ac.uk/collections/CARR/pdf/Disspaper28.pdf>

Rättsfallsförteckning

Walt Wilhelm m. fl. mot Bundeskartellamt. Begäran om förhandsavgörande: Kammergericht i Berlin.
Mål nr 14/68 [1969] ECR s 01

Konkurrensverkets beslut 2004-12-10 DNR 838/2004