



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sofia Enlund

Näringsförbud som sanktion i konkur- rensretten

JUR092 Examensarbete

Handledare
Hans Henrik Lidgard

Ämnesområde
EG-rätt

Termin VT 13

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte	4
1.2 Metod och material	4
1.3 Avgränsningar	4
1.4 Disposition	5
2 MODERNISERINGSREFORMEN	6
2.1 Bakgrund	6
2.1.1 Förordning nr 17/62	7
2.2 Moderniseringen av den Europeiska konkurrensrätten	8
2.3 Förordning 1/2003	9
2.3.1 Artikel 11	13
2.3.2 Artikel 12	15
2.4 Samarbete mellan medlemsstaterna innan moderniseringsreformen	15
2.5 Kommentarer	17
3 EUROPEAN COMPETITION NETWORK	18
3.1 Nätverket innan den 1 maj 2004	18
3.2 Ett nätverk av konkurrensmyndigheter	18
3.2.1 De nationella konkurrensmyndigheternas skyldigheter	20
3.2.2 Fördelning av ärenden	21
3.2.3 Begränsningar för utbytet av information	21
3.2.3.1 Vad menas med påföljder av samma slag?	23
4 SANKTIONER INOM KONKURRENSRÄTTEN	25
4.1 EG-rättsliga sanktioner	25
4.2 Sanktioner i svensk rätt	26
4.3 Internationell utblick	27
4.4 EG-rätt och nationella sanktioner	28

4.5	OECD	29
4.6	Kommentar	29
4.7	Leniency programmen	30
5	KORT OM KRIMINALISERING	32
5.1	Bakgrund	32
5.2	Konkurrensbrott-en lagstiftningsmodell (SOU 2004:131)	32
6	NÄRINGSFÖRBUD	35
6.1	Näringsförbudet i svensk rätt	35
6.2	Påkallat ur allmän synpunkt	35
6.3	Lagen om näringsförbud	36
6.4	Nationell begränsning	37
6.5	Kommentar	38
6.6	Näringsförbud i praxis	39
6.7	Näringsförbudets rättsliga status	41
7	EU OCH STRAFFRÄTTEN	42
7.1	EU och Europakonventionen	42
7.1.1	Artikel 6 EKMR	43
7.1.2	Nätverket ur ett rättighetsperspektiv	46
7.1.3	Särskilt om problematiken kring skattetillägg	47
8	SOU 2006:99 EN NY KONKURRENSLAG	49
9	ANALYS	50
9.1	Näringsförbud som sanktion	50
9.2	ECN	52
9.3	Effektivt samarbete	53
9.4	Ett europeiskt näringsförbud?	54
9.5	Avslutande kommentarer	55
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	58
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	61

Sammanfattning

Den så kallade Moderniseringsreformen förändrade tillämpningen av de EG-rättsliga konkurrensreglerna radikalt. Huvudsyftet med hela moderniseringsreformen har varit att utöka och stärka den effektiva tillämpningen av konkurrensreglerna.

Förordning 1/2003 bygger på parallella kompetenser, kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna inom EU har behörighet att tillämpa artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget fullt ut beträffande avtal och förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. I förordningen finns bestämmelser som syftar till att garantera en enhetlig tillämpning av gemenskapens konkurrensregler.

Konkurrensmyndigheterna inom EU ingår och samarbetar i nätverket European Competition Network (ECN). ECN är uppbyggt kring förordning 1/2003. Nätverket har förordningens syften, effektiv och enhetlig tillämpning, som ledstjärnor.

Nätverkssamarbetet sker i form av överlämnanden av ärenden, utbyte av information samt bistånd under utredningar. Samarbetet inom ECN behandlas förutom i förordning 1/2003 även i ett tillkännagivande från kommissionen. I artikel 11 och 12 regleras samarbetet närmare mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter.

ECN är långtifrån det enda nätverk som binder samman kommissionen och medlemsstaternas nationella administrationer. Strävan efter en enhetlig tillämpning av EG-rätten är en ständig utmaning.

I den nya tillämpningsförordningen saknas dock en harmonisering av konkurrensrättsliga sanktioner.

I Sverige har under senare år många röster höjts för en kriminalisering av förbuden i konkurrenslagen. Man vill att kartellsamarbete och konkurrensbegränsningar ska medföra straff och inte endast en administrativ avgift. Ett förslag på kriminalisering av konkurrensreglerna lades fram i SOU 2004:131.

När det gäller konsekvenser av förslaget på en kriminalisering pekade utredningen bl.a. på att om straffbestämmelser införs i svensk rätt, ändras förutsättningarna för Sveriges deltagande i nätverket ECN. Även DG competition gav sin syn på hur utredningens förslag kunde komma att påverka konkurrensverkets möjligheter att medverka i nätverket ECN, synpunkter som bekräftade de farhågor som moderniseringsutredningen anfört. Förslaget om kriminalisering avstyrktes men ytterligare utredning efterfrågades.

Efter överväganden om kriminalisering är det naturligt att man frågar sig om det går att lösa frågan om sanktioner inom området på något annat sätt än genom straffrättsliga sanktioner. Det nuvarande administrativa sanktionssystemet kan visserligen ses som ett godtagbart system, men det har diskuterats om det finns ett behov av individuella sanktioner vid allvarliga överträdelser av förbudsbestämmelserna i konkurrenslagen och i EG-fördraget.

Ett förslag som nu lagts fram i SOU 2006:99 är att sanktionsmöjligheterna för vissa allvarliga överträdelser av konkurrensreglerna bör utökas med bestämmelser om näringsförbud.

Denna uppsats behandlar förutsättningarna för införandet av Näringsförbudet som individuell sanktion och i vilken mån denna ändring kan komma att påverka Sveriges möjligheter till samarbete inom det Europeiska konkurrensnätverket.

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
ECA	European Competition Authorities
ECLR	European Competition Law Review
ECN	European Competition Network
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet
EG	Europeiska Gemenskapen
E.L.Rev	European Law Review
E.R.T	Europarättslig Tidskrift
EU	Europeiska Unionen
ICN	International Competition Network
KL	Konkurrenslagen (1993:23)
Kommissionen	Europeiska gemenskapernas kommission
NCA	National Competition Authority
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Syfte

Uppsatsens syfte är att undersöka möjligheten att införa näringsförbud som individuell sanktion för konkurrensbrott i svensk rätt och vilken effekt ett sådant införande skulle ha på samarbetet i det europeiska konkurrensnätverket.

Jag tänker även ge en bakgrund till moderniseringen av den europeiska konkurrensrätten, redogöra för funktionen av det Europeiska Konkurrens Nätverket samt utreda näringsförbudets ställning i svensk rätt.

1.2 Metod och material

Jag har använt mig av traditionell rättsdogmatisk metod. Till stor del har jag använt mig av offentliga tryck i form av SOU och propositioner.

Som gäller i allmänhet för EG-rätten finns inte några förarbeten, i svensk mening, till förordning 1/2003. Jag har använt mig av de förberedande rättsakter som finns, Kommissionens vitbok och även tillkännagivandet har varit till stor hjälp. DG competitions hemsida har varit en väl använd källa för information, såväl som konkurrensverkets hemsida.

Jag har till stor del använt mig av artiklar i bland andra European Competition Law Review och Europarättslig tidskrift.

I november 2006 kom SOU 2006:99 *En ny Konkurrenslag* vilken jag har stor användning av.

1.3 Avgränsningar

Frågorna som uppkommit efter att förordning 1/2003 trädde ikraft är många. Jag har i uppsatsen valt att begränsa mig till att redogöra särskilt för nätverkssamarbetet som skapats genom förordningen och det informationsutbyte som följer därav. Uppsatsen behandlar därmed särskilt artikel 11 och 12 i förordningen.

Då en kriminalisering av konkurrensrätten slutgiltigt avfärdats genom SOU 2006:99 har jag valt att inte närmare gå in på detta förslag, dock har jag använt en del av de resonemang och frågeställningar som uppkom då detta förslag presenterades som jämförelse.

1.4 Disposition

I uppsatsen andra kapitel ges en bakgrund till moderniseringsprocessen, och en redogörelse av förordning 1/2003.

I efterkommande kapitel redogörs för det europeiska konkurrensnätverkets funktion och mål, samt de nationella myndigheternas uppgifter i nätverket, med särskild fokusering på artikel 11 och 12 i förordningen.

I det fjärde kapitlet behandlas sanktioner inom konkurrensrätten, EG-rättsliga och nationella. I kapitel fem behandlas förslaget om kriminalisering av konkurrensrätten i korthet.

Därefter följer i kapitel sex en utredning av lagen om näringsförbud och dess ställning som sanktion i svensk rätt, samt en analys av dess klassificering.

EU:s relation till straffrätten tas upp i kapitel sju med en särskild diskussion om Europakonventionens artikel 6 och Näringsförbudets ställning enligt konventionen.

Den 29 november 2006 presenterades SOU 2006:99 En ny konkurrenslag. Jag har därför i kapitel åtta valt att mycket kortfattat gå in på de förändringar som lagts fram av utredaren.

Uppsatsen avslutas med en analys om huruvida införandet av näringsförbud som sanktion vid konkurrensbrott kommer att försvåra Sveriges samarbete inom det europeiska konkurrensnätverket.

2 Moderniseringsreformen

2.1 Bakgrund

EG:s konkurrensregler ingår som en integrerad del i det EG-rättsliga systemet och har därmed samma huvudsyften som regelsystemet i stort, de skall förutom att främja konkurrensen på den gemensamma marknaden även verka för integrationen mellan medlemsstaterna.

Konkurrenspolitiken har från den europeiska integrationens början varit ett viktigt medel i arbetet med att utveckla den gemensamma marknaden, och de konkurrensregler som EG-fördraget kom att innehålla för företag är alltså oförändrade till sitt innehåll.¹ En sund konkurrens är en del av att fördragets mål skall förverkligas.

De grundläggande konkurrensreglerna finns i EG-fördragets artiklar 81 och 82. Artikel 81 reglerar samarbete mellan företag. Artikel 82 gäller missbruk av dominerande ställning.

EG-fördraget innehåller inte några tillämpningsregler till artiklarna 81 och 82. Istället har sådana regler tillkommit genom särskilda förordningar. Konkurrensrätten har under årens lopp utvecklats, bl.a. genom sekundärrätt och rättspraxis.

Den 28 april 1999 antog kommissionen en vitbok om moderniseringen av tillämpningsföreskrifterna för artikel 81 och 82.² Vitboken bereddes med medlemsstaterna inom EU och andra berörda. Den 27 september 2000 överlämnade kommissionen ett förslag på en ny tillämpningsförordning till rådet.

Därefter bereddes förslaget i en rådsarbetsgrupp för konkurrens, varefter rådet den 26 november 2002 beslutade att anta den nya tillämpningsförordningen, rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.³ Den nya förordningen ersatte tillämpningsförordning 17/62⁴ och trädde ikraft den 1 maj 2004.

Syftet med moderniseringsreformen beträffande tillämpningen av artikel 81 och 82 har varit att komma tillrätta med de brister som den tidigare ordningen efter hand fört med sig. Reformarbetets mål var att stärka den effektiva

¹ SOU 2003:73, sid. 51

² OJ (1999) C132/1 (Kommissionens vitbok)

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

⁴ Rådets förordning (EEG) nr 17/62 av den 21 februari 1962 om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86, EGT L 13, 21.2.1962, s.204

tillämpningen av EG:s konkurrensregler genom att både tydligare fokusera på de allvarligaste konkurrensbrotten och åstadkomma en medverkan av fler nationella aktörer.⁵

För att vidare kunna analysera det nya systemet av informationsutbyte mellan nationella konkurrensmyndigheter är det viktigt att förstå motiven bakom decentraliseringen av konkurrensrätten inom EU.⁶

2.1.1 Förordning nr 17/62

Förordning (EEG) nr 17/62 har fram tills den s.k. Moderniseringsreformen, varit den grundläggande tillämpningsförfordningen. EG-fördraget innehåller som sagt inte några tillämpningsartiklar till artiklarna 81 och 82 utan dessa har tillkommit genom särskilda förordningar.

Med förordningen 17/62 skapades ett system som bygger på att förbudsregeln i artikel 81 (1) är direkt tillämplig och att avtal skall anmälas på förhand för att kunna beviljas undantag enligt artikel 81(3).

Såväl kommissionen som nationella domstolar och nationella myndigheter kan tillämpa artikel 81 (1), men behörighet att bevilja undantag enligt artikel 81(3) gavs uteslutande till kommissionen. Företag samt sammanslutningar av företag kunde ansöka om ett s.k. icke-ingripande besked hos kommissionen enligt artikel 2 i förordningen.

Kommissionen hade enligt artikel 11 möjligheten att begära upplysningar av medlemsstaternas regeringar och myndigheter samt företag och företagsammanslutningar om detta sågs nödvändigt. Kommissionen hade i dessa fall en skyldighet att redogöra skälen för sin begäran.

EG-domstolen har dock varit strikt i att försäkra att ingen information utväxlas mellan en medlemsstat till en annan *genom* kommissionen.

I artikel 14 stadgades en rättighet för kommissionen att genomföra nödvändiga undersökningar på företag. I dessa fall hade kommissionen en faktisk möjlighet att samarbeta med de nationella konkurrensmyndigheterna, enligt 14 (6) fanns det en skyldighet för de nationella konkurrensmyndigheterna att samarbeta.

Enligt artikel 3 kunde kommissionen ålägga företag att upphöra med överträdelse, t.ex. att företaget skulle sluta tillämpa ett avtal. Det fanns även bötesbestämmelser i artikel 15, kommissionen kunde i två situationer utdöma böter. Dels vid överträdelse av procedurregler, artikel 15 (1), dels vid överträdelse av materiella regler, artikel 15(2).

⁵ Allgård, Norberg, sid. 452

⁶ Perrin, sid. 543

Kommissionen hade enligt förordningen den centrala rollen i övervakningen av konkurrensen på den gemensamma marknaden. Således ansvarade kommissionen för tillämpningen av artikel 81 och 82. I målet BRT v SABAM, fastslog EG-domstolen att artiklarna 81(1), 81(2) och 82 i fördraget har direkt effekt och därför kan tillämpas i nationella domstolar. Dock saknade artikel 81(3) direkt effekt

Enligt kommissionen var detta centraliserade system dock nödvändigt och effektivt för upprättandet och utvecklingen av en ”konkurrenskultur” i Europa.⁷

2.2 Moderniseringen av den Europeiska konkurrensrätten

I vitboken angavs som motiv för ett decentraliserat förfarande, de nationella myndigheternas goda kännedom om de lokala marknaderna, de i vissa fall heltäckande infrastrukturerna samt personalresurser och rättsliga medel som krävs för att upprätthålla effektiva processer.⁸

Moderniseringsreformen motiverades även med de utmaningar som marknadsintegreringen och utvidgningen av EU till 25 medlemsstater medförde och kommer att medföra.

För flertalet av de nya medlemsstaterna var konkurrens relativt nytt i deras ekonomiska system, och de hade därmed varit tvungna att bygga upp sina respektive konkurrensmyndigheter från noll. Det bör även tilläggas att den europeiska rättspraxisen i allmänhet var relativt okänd i de nya medlemsstaterna.

Målen för moderniseringsreformen har i huvudsak varit tre:

- för det första att säkerställa ett utökat och mer effektivt genomförande av de europeiska konkurrensreglerna i artikel 81 och 82
- för det andra att åstadkomma ’a level of playing field’ för företagen på den inre marknaden, särskilt genom att säkerställa en enhetlig tillämpning av EG:s konkurrensregler av samtliga verkställighetsorgan (såväl myndigheter som domstolar);
- för det tredje att säkerställa en rimlig grad av rättssäkerhet för näringslivet.⁹

Man kan också i korthet sammanfatta reformens huvudinslag i följande elva punkter:

⁷ SOU 2003:73, sid. 73

⁸ OJ (1999) C132/1 (Kommissionens vitbok)

⁹ Allgårdh, Norberg, sid. 451 ff.

- en grundläggande översyn av förordning 17, som ersätts av förordning 1/2003,
- skyldighet för nationella konkurrensmyndigheter att tillämpa artiklarna 81 och 82 EG, så snart dessa kan gälla, med respekt för dessas företräde framför nationella konkurrensregler,
- avskaffande av kommissionens monopol att tillämpa artikel 81.3 EG,
- beslut om direkt effekt av artikel 81.3 EG vid nationella konkurrensmyndigheter och domstolar,
- slopande av anmälningssystemet
- skyldighet för de 25 medlemsstaternas nationella konkurrensmyndigheter att delta i ett nätverk, European Competition Network (ECN), med kommissionen i centrum så snart fråga uppkommer om tillämpning av artiklarna 81 och 82 EG,
- utbyte av information och administrativt bistånd inom nätverket för samtliga konkurrensmyndigheter,
- ökad tillämpning vid nationella domstolar av artiklarna 81 och 82 EG såväl vid verkställighet av avtal (eller icke-verkställighet om ogiltighet skulle föreligga enligt artikel 81.2 EG) samt för att utdöma skadestånd,
- stärkande av samarbetet mellan Kommissionen och nationella domstolar för att säkerställa en enhetlig tolkning,
- inriktning av Kommissionens verkställighet på de mest allvarliga konkurrensbrotten såsom internationella karteller, missbruk av dominerande ställning, avskärmning av marknader samt principfrågor, och
- tillämpning av reformen från den 1 maj 2004 samtidigt med den senaste EU-utvidgningen

Den med enhällighet antagna reformen innebar att medlemsstaterna i princip anammade Kommissionens förslag i dess helhet, något som kanske vissa kritiker av reformen inte väntat sig.¹⁰

2.3 Förordning 1/2003

Inom EG-rätten var kommissionen tidigare i realiteten exklusiv övervakare av konkurrensreglerna, men genom ikraftträdandet av förordning 1/2003 har nu även nationella konkurrensmyndigheter ett ansvar för övervakningen också av de EG-rättsliga reglerna.

I ingressen till förordning 1/2003 föreskrivs bland annat att kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter tillsammans bör bilda ett nätverk som tillämpar gemenskapens konkurrensregler i ett nära samarbete. Det är därför nödvändigt att skapa mekanismer för information och samråd.

¹⁰ Allgårdh, Norberg, sid. 451 ff.

Kommissionen kommer i nära samarbete med medlemsstaterna fastställa och se över närmare former för samarbete inom nätverket.¹¹

I artikel 1 i förordningen blir artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget direkt tillämpliga. Artikel 2 bekräftar att dessa artiklar.

I artikel 3 stadgas att den europeiska rätten skall gå före den nationella rätten.

Reformen att göra artikel 81 (3) direkt tillämplig har även kritiserats från olika håll i Europa, dels från näringslivet men även från Europaparlamentet, då det anses finnas en risk att detta leder till en åternationalisering av konkurrenspolitiken inom unionen. För att avvärja denna risk, stadgas det i artikel 3 i förordning 1/2003 att nationella domstolar och konkurrensmyndigheter har två grundläggande skyldigheter.¹²

För det första åläggs de enligt artikel 3 (1) att om nationell konkurrensrätt skall tillämpas, skall de också tillämpa artikel 81 och 82 EG beträffande avtal eller missbruksbeteenden som kan påverka handeln mellan staterna. Följaktligen är det inte längre möjligt att endast använda nationella konkurrensregler då ett avtal eller en åtgärd *kan* falla under artikel 81 eller 82. En andra effekt av denna skyldighet är att den säkrar att alla mål från början blir bedömda på grundval av gemenskapsrätten och att nätverkets olika mekanismer kan tillämpas effektivt, vilket resulterar i en enhetlig tillämpning.¹³

För det andra är nationella konkurrensmyndigheter och domstolar enligt artikel 3 (2) i förordningen, skyldiga att inte enligt nationella konkurrensregler förbjuda avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna, men som inte är förbjudna enligt gemenskapsrättens konkurrensregler. Ett avtal som är tillåtet enligt artikel 81 eller 82 EG kan alltså inte förbjudas av nationella konkurrensregler.

Vilka beslut som kan tas av en nationell konkurrensmyndighet specificeras i artikel 5.

De nationella konkurrensmyndigheterna får på eget initiativ, eller till följd av klagomål, besluta att;

- kräva att en överträdelse skall upphöra
- förordna om interimistiska åtgärder
- godta åligganden samt
- ålägga böter, förelägga viten, eller ålägga andra påföljder som föreskrivs i den nationella lagstiftningen

¹¹ Punkt 15, rådets förordning 1/2003

¹² Allgårdh, Norberg, sid. 454

¹³ Ibid., sid. 455

Artikel 13 ger de nationella konkurrensmyndigheterna rätt att lägga ner eller motsätta sig ett förfarande om en annan nationell konkurrensmyndighet inom nätverket är sysselsatt med samma fall. Regeln är dock inte obligatorisk.

I artikel 15 ges rätt för de nationella konkurrensmyndigheterna att ge nationella domstolar expertutlåtande i konkurrensfall, vilket sker skriftligen eller även muntligen.

Artikel 16 stadgar att en nationell konkurrensmyndighet inte kan ta ett beslut som går emot vad kommissionen beslutat. I efterföljande artiklar, 17-21, behandlas kommissionens rätt att utföra egna undersökningar.

Enligt artikel 22 finns det också en rätt för en nationell konkurrensmyndighet att utföra undersökningar för att utreda huruvida brott mot artikel 81 eller 82 i EG-fördraget föreligger, för utländsk myndighets räkning inom det egna territoriet.

Den materiellt sett mest genomgripande förändringen¹⁴ i förordning 1/2003 är borttagandet av kommissionens undantagsmonopol och istället introducera ett legalt undantagssystem, en rätt som vi finner i artikel 29 (2). En nationell konkurrensmyndighet kan därmed nu ta bort ett företags rätt att rymmas inom ett gruppundantag från kommissionen.

Genom rådets förordning om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget infördes ett system där kommissionen och medlemsstaternas nationella konkurrensmyndigheter har parallell behörighet att tillämpa bestämmelserna.

Den nya tillämpningsförordningen syftar till att skapa en öka effektivitet i hanteringen av konkurrensärenden och att befria kommissionen från det betungande arbetet att ta ställning till alla anmälda avtal. Kommissionens resurser har genom åren varit hårt ansträngda.¹⁵

Huvudmålet med förordningen är att delegera den löpande hanteringen av konkurrensärenden till nationella myndigheter och domstolar, genom att ge artikel 81 (3) EG direkt effekt och nationella myndigheterna ges både rätt och skyldighet att tillämpa de europeiska konkurrensreglerna vid sidan om sin nationella lagstiftning.

Förordning 1/2003 skapade European Competition Network samtidigt som unionen utvidgades till 25 medlemsstater

Före förordningen 1/2003, var det endast möjligt att genom nationell lagstiftning besluta om utbyte av information mellan konkurrensmyndigheter i

¹⁴ Grauer, sid. 1

¹⁵ Lidgard, HH, s. 10 ff.

medlemsstaterna. Därmed var relationen mellan medlemsstaterna i princip densamma som den mellan en medlemsstat och en icke medlemsstat.¹⁶

För att garantera att gemenskapens konkurrensregler tillämpas på ett effektiv och enhetligt sätt bildar kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheter som utsetts av medlemsstaterna tillsammans ett nätverk av konkurrensmyndigheter för att i nära samarbete tillämpa artiklarna 81 och 82 av fördraget.¹⁷

Decentraliseringen av tillämpningen av gemenskapens konkurrenslagstiftning syftar till att förstärka de nationella konkurrensmyndigheternas ställning. Dessa skall ha full behörighet att tillämpa artiklarna 81 och 82. Meningen är att de aktivt ska bidra till utvecklingen av konkurrenspolitik, -rätt och – praxis.¹⁸

Genom förordningen skapas mekanismer för ömsesidigt informationsutbyte och rådslag i syfte att säkra en enhetlig tillämpning av EG-reglerna. Förordningen skapar en helt ny grund för ett ökat horisontellt samarbete mellan nationella konkurrensmyndigheter. Dessa kan sålunda i fortsättningen såväl utbyta som använda som bevisning sådan information som har insamlats av konkurrensmyndighet, och de kan också utföra undersökningar åt varandra, något som inte minst kan vara intressant vid allvarliga parallelexporthinder.

Förordning 1/2003 bygger på parallella kompetenser, kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna har behörighet att tillämpa artikel 81 och 82 fullt ut beträffande ärenden som påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Det är viktigt att påpeka att det endast är företag som kan straffas för överträdelse av artikel 81 och 82 enligt förordningen. I medlemsstaterna är sanktionerna i samband med överträdelse av artiklarna enligt nationell rätt av varierande grad.

En nationell konkurrensmyndighet 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 obligatoriskt. Myndigheten kan också välja att parallellt med detta även informera andra nationella konkurrensmyndigheter på samma sätt.

Artikel 11 och 12 av förordningen behandlar samarbetet mellan myndigheterna i nätverket och förpliktigar alla myndigheter, även kommissionen, att tillämpa de europeiska konkurrensreglerna i ett nära samarbete.

¹⁶ Perrin, sid. 541

¹⁷ Rådets och Kommissionens gemensamma uttalande om hur konkurrensmyndigheternas samarbetsnätverk skall arbeta

¹⁸ Ibid. p. 6

Kommissionen har i det interna arbetet inom nätverket förklarat att artiklarna 11-13 i förordningen har direkt effekt och inte får några konsekvenser av de nationella regelverken.¹⁹

Artikel 11 (6) föreskriver att de nationella konkurrensmyndigheterna automatiskt fråntas sin behörighet att tillämpa artiklarna 81 och 82 i fördraget om Kommissionen inleder ett förfarande i syfte att fatta ett beslut enligt kapitel III i förordningen. Om en nationell konkurrensmyndighet redan handlägger ett ärende, ska kommissionen inleda ett förfarande endast efter att ha samrått med denna konkurrensmyndighet. Bestämmelsen syftar till att säkra effektiviteten i fördelningen av mål. .

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

Med avseende på informationen som växlas i det nya nätverket kan man tänka sig att den i ett formaliserat nätverk kommer att vara mer teknisk, processuell och 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.²⁰

Formella begränsningar, undantag och villkor, för informationsutbytet mellan de nationella konkurrensmyndigheterna uttrycks särskilt i artikel 12 (2)-(3). Artikel 12 (3) uttrycker mer komplexa begränsningar för informationsutbytet och användningen av informationen inom nätverket.

Någon särskild svensk reglering, som skulle komplettera det informationsutbyte som regleras i förordningen, ansågs inte nödvändig.²¹

Ett annat stort steg som tagits i och med förordning 1/2003, utöver informationsutbyte, är de nya befogenheter de nationella konkurrensmyndigheterna givits att införskaffa bevis för varandra och för Kommissionen.²²

Nedan följer lydelsen av de artiklar i förordningen som är av särskilt intresse för syftet med denna uppsats, artiklarna 11 och 12.

2.3.1 Artikel 11

¹⁹ SOU 2003:73, sid. 205

²⁰ Ehlermann s. 56

²¹ SOU 2004:131, sid. 227

²² Perrin, sid. 549

Artikel 11 i förordning 2003 lyder:

Artikel 11-Samarbete mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter

1. Kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter skall tillämpa gemenskapens konkurrensregler i ett nära samarbete.
2. Kommissionen skall till medlemsstaternas konkurrensmyndigheter översända kopior av de viktigaste handlingarna som den har inhämtat i syfte att tillämpa artiklarna 7, 8, 9, 10 och 29.1. På begäran av en medlemsstats konkurrensmyndighet skall kommissionen till den överlämna en kopia av andra befintliga dokument som är nödvändiga för ärendet.
3. Medlemsstaternas konkurrensmyndigheter skall, när de tillämpar artikel 81 eller artikel 82 i fördraget, skriftligen meddela kommissionen före eller utan dröjsmål efter påbörjandet av den första formella utredningsåtgärden. Denna information får göras tillgänglig för konkurrensmyndigheterna i de andra medlemsstaterna.
4. Senast 30 dagar innan ett beslut fattas med åläggande om att upphöra med en överträdelse, om godtagande av åtaganden eller om återkallelse av ett undantag enligt förordning om gruppundantag, skall medlemsstaternas konkurrensmyndigheter underrätta kommissionen. I detta syfte skall de till kommissionen översända en sammanfattning av ärendet, det planerade beslutet, eller i avsaknad av sådant, andra dokument av vilket den planerade åtgärden framgår. Denna information får också göras tillgänglig för de andra medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. På begäran av kommissionen skall den handläggande konkurrensmyndigheten till kommissionen överlämna andra dokument som konkurrensmyndigheten innehar och som är nödvändiga för att bedöma ärendet. Den information som lämnas till kommissionen får göras tillgänglig för de övriga medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. Nationella konkurrensmyndigheter kan också inbördes utbyta information som är nödvändig för bedömningen av ett fall som de behandlar enligt artikel 81 eller 82 i fördraget.
5. Medlemsstaternas konkurrensmyndigheter får rådgöra med kommissionen i alla ärenden som gäller tillämpning av gemenskapsrätten.
6. Om kommissionen inleder ett förfarande i syfte att fatta ett beslut enligt kapitel III, fräntas medlemsstaternas konkurrensmyndigheter sin behörighet att tillämpa artiklarna 81 och 82 i fördraget. Om konkurrensmyndigheten i medlemsstat redan handlägger ett ärende, skall kommissionen inleda ett förfarande endast efter att ha samrått med den nationella konkurrensmyndigheten.

2.3.2 Artikel 12

I artikel 12 regleras hur informationsutbytet mellan myndigheterna skall gå till. Artikel 12 har följande lydelse:

Artikel 12

1. Vid tillämpningen av artiklarna 81 och 82 i fördraget skall kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter vara behöriga att till varandra översända all information om faktiska eller rättsliga omständigheter, även konfidentiella uppgifter, och att använda dem som bevisning.
2. Information som utbyts skall endast användas som bevisning i syfte att tillämpa artikel 81 och 82 i fördraget och beträffande den sakfråga för vilken den inhämtades av den översändande myndigheten. Om emellertid nationell konkurrensrätt tillämpas på samma ärende och parallellt med gemenskapens konkurrensrätt samt inte leder till ett annorlunda resultat, kan den information som utbyts enligt denna artikel också användas vid tillämpningen av nationell konkurrensrätt.
3. Information som utbyts enligt punkt 1 kan endast användas som bevismedel för att ålägga fysiska personer påföljder om
 - det i den översändande myndighetens lagstiftning förutses påföljder av liknande slag i samband med överträdelse av artikel 81 och 82 i fördraget eller, om så inte är fallet,
 - informationen har inhämtats på ett sätt som på ett sätt som respekterar samma nivå av skydd av fysiska personers rätt till försvar som föreskrivs enligt de nationella bestämmelser som gäller för den mottagande myndigheten. I detta fall får den mottagande myndigheten dock inte använda den utbytta informationen för att utdöma frihetsstraff.

2.4 Samarbete mellan medlemsstaterna innan moderniseringsreformen

Ett av ändamålen med förordningen 1/2003 är att artiklarna 81 och 82 EG skall tillämpas enhetligt i hela gemenskapen. De nationella konkurrensmyndigheterna skall iakttä regeln om enhetlig tillämpning i artikel 3 (2) i förordningen.

Traditionellt sett har medlemsstaterna haft en begränsad men viktig roll i tillämpningen av europeisk konkurrensrätt. Innan moderniseringsreformen genomfördes utbyttes information i huvudsak från Kommissionen till de nationella konkurrensmyndigheter, och i undantagsfall åt motsatt håll. Sinsemellan de nationella konkurrensmyndigheterna förväntades inte någon information alls att skickas.

Frågan om utbyte av information mellan nationella konkurrensmyndigheter har dock tagits upp i olika internationella sammanhang, särskilt mot den bakgrunden att det har visat sig att det förekommer karteller med förgreningar i flera länder.

I målet *Walt Wilhelm*²³ uttalade EG-domstolen att nationell konkurrensrätt kan tillämpas parallellt med EG-rätten så länge som tillämpningen av den nationella rätten inte skadar en fullständig och enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten samt verkan av de rättsakter som antagits för att genomföra denna.

Förordningen 17/62 saknade egentliga regler om utbyte av information. Samarbete mellan medlemsstaternas konkurrensmyndigheter har i princip inte existerat innan moderniseringen. I grunden är det dock nationella intressen som styr viljan att lämna ut information till en annan stat och en del medlemsstater har redan tidigare valt att samarbeta med varandra genom t.ex. bilaterala avtal.²⁴

Sverige var innan moderniseringsprocessen bortsett från vad som gäller vid tillämpningen EG-rätten inte bundet av några internationella *förpliktelser* i fråga om utbyte av information i konkurrensärenden. Det samma torde ha gällt i de flesta andra medlemsstaterna.²⁵ European Competition Authorities (ECA) bildades under år 2001 som ett *informellt* kontakt- och samarbetsforum för konkurrensmyndigheter inom EU/EES.

Innan förordning 1/2003 trädde i kraft styrdes därmed den nationella lagstiftningen i medlemsstaterna utbytet av information dem emellan, och graden av samarbete skiljde sig mycket mellan länderna. Detta medförde att utbyte av information var likvärdigt mellan en medlemsstat och en icke-medlemsstat eller mellan två medlemsstater.²⁶

De nationella konkurrensmyndigheterna har liksom kommissionen haft till uppgift att handla med hänsyn till allmän ekonomisk ordning. Till skillnad från de nationella domstolarna har de inte haft till uppgift att avgöra tvister mellan parter utan deras uppgift är att garantera att konkurrensen inte snedvrids. Genom att kommissionen haft monopol på att tillämpa artikel 85 (3) har denna uppgift begränsats.²⁷

Förordning 1/2003 och skapandet av nätverket ECN har på ett radikalt sätt förändrat samarbetet inom medlemsstaterna och därmed också avsevärt ökat den europeiska integrationen.

²³ *Wilhelm v Bundeskartellamt*, para. 3 och 11

²⁴ Perrin, sid. 542

²⁵ SOU2001:74, sid. 161

²⁶ Perrin, sid. 542

²⁷ Kommissionens vitbok sid. 34 ff.

2.5 Kommentar

Trots den nya tillämpningsförfordningen är förfarandet fortfarande centraliserat. Kommissionen har makt att förbjuda olika sorters handlande utan att ta företagen inför en domstol, kommissionen är fortfarande både detektiv och domare. De tyska och italienska nationella konkurrensmyndigheterna argumenterade starkt för ett system där kommissionen skulle åtala i form av åklagare inför en opartisk tribunal. Kommissionen bestämmer även praxis och policy, även om det nu kan föregås av diskussioner inom nätverket.²⁸

Ett problem som Korah ser är att, särskilt vad gäller de nya medlemsstaterna, är att det kanske inte hos alla nationella konkurrensmyndigheter finns tillräckligt med kompetens för att införliva reglerna i den nya förordningen. Hon menar att det tog 42 år att ”utbilda” Kommissionen i konkurrensreglerna, nu ska många av de 25 medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar ”utbildas”, och många är dem är inte stora nog för att inneha tillräcklig kompetens och specialisering.²⁹

²⁸ Korah, sid. 244

²⁹ Ibid. sid. 245

3 European Competition Network

3.1 Nätverket innan den 1 maj 2004

Det horisontella samarbetet inom ECN började innan den 1 maj 2004, och involverade de nuvarande 25 medlemsstaterna. I denna fas var flertalet arbetsgrupper verksamma med att utreda olika frågor vad gällde samarbetet (t.ex. beträffande utbyte av information och leniency)

3.2 Ett nätverk av konkurrensmyndigheter

Konkurrensmyndigheter över hela världen finner allt oftare att effektiviteten i deras arbete i många fall är beroende av samarbete över gränserna, och av den assistens de får av andra länders konkurrensmyndigheter.³⁰

Det har ingåtts ett antal internationella avtal om samarbete på konkurrensområdet. Ett exempel är International Competition Network (ICN).

Enligt Margaret Bloom, Director of Competition Enforcement i Storbritannien, är det viktigt att inte underskatta vikten av utbyte av information mellan konkurrensmyndigheter för att uppnå en effektiv konkurrensrättstillämpning.³¹

I ljuset av detta är det snarast förvånande att samarbetet mellan medlemsstaterna i EU, fram tills nyligen, var mycket restriktivt. Förordning 1/2003 har på ett radikalt sätt ändrat samarbetet i utredningar och utväxlande av information mellan de nationella konkurrensmyndigheterna.

För att underlätta samarbete mellan de nationella konkurrensmyndigheterna skapades nätverket European Competition Network (ECN)³². Förordning 1/2003 skapar därmed en helt ny grund för ett ökat horisontellt samarbete mellan nationella myndigheter.

Medlemmar i det europeiska konkurrensnätverket är de 25 medlemsstaternas nationella konkurrensmyndigheter och kommissionen.

ECN skiljer sig från andra samarbetsorgan på konkurrensrättsområdet, framför allt genom följande särdrag:

- samarbetet i nätverket är inte frivilligt
- ärenden kan fördelas mellan medlemmarna i nätverket

³⁰ Perrin, sid. 540

³¹ Bloom, sid. 389

³² Nedan kallat nätverket

- konfidentiell information kan utväxlas
- konkurrensmyndighet kan göra utredningsinsatser för varandras räkning, till och med genomföra inspektioner hos företag.³³

Ett centralt inslag i nätverkets verksamhet är rätten för alla konkurrensmyndigheter att utbyta och använda information (inklusive handlingar, redogörelser och uppgifter i elektronisk form) som de har samlat in för tillämpningen av artiklarna 81 och 82 av fördraget. Denna rätt är en förutsättning för en effektiv fördelning och handläggning av ärenden.³⁴

Artiklarna 11-13 i förordningen reglerar närmare samarbetet mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. I kommissionens tillkännagivande om samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter redogörs närmare för hur det är tänkt att samarbetet skall gå till.³⁵

Förordningen är direkt tillämplig. Kommissionen har förklarat att artiklarna 11-13 i förordningen har direkt effekt och inte får några konsekvenser för de nationella regelverken.³⁶

Utbytet och användning av information mellan de nationella konkurrensmyndigheterna innefattar vissa skyddsåtgärder för företag och enskilda. Den första skyddsmekanismen anges i artikel 28 i förordningen, där det stadgas att ”kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter, deras tjänstemän, anställda och övriga personer som arbetar under dessa myndigheters övervakning (...) [får] inte röja upplysningar som de har inhämtat eller utbytt med stöd av denna förordning och som är av sådant slag att de omfattas av sekretess”.

Dock får enligt Kommissionen inte ett företags berättigade intresse av att skydda sina affärshemligheter hindra att nätverkets medlemmar röjer uppgifter som är nödvändiga för att styrka en överträdelse av artikel 81 eller 82 EG.³⁷

Om den svarande är en fysisk person, ska sanktionerna i både den översändande och den mottagande medlemsstaten vara ”av liknande slag” för att information skall utbytas. Detta är ett potentiellt hinder för effektiviteten inom nätverket, då olika sanktioner i olika medlemsstater hindrar samarbetet.

Enligt Monica Widegren har samarbetet inom nätverket fungerade samarbetet inom nätverket utomordentligt väl det första året. Samarbetet har inneburit ett ökat informations- och erfarenhetsutbyte mellan konkurrensmyndigheterna.

³³ Widegren, M. sid 496

³⁴ Tillkännagivandet, sid. 43

³⁵ Kommissionens tillkännagivande om samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter, EUT C 101, 27.4.2004, s.43

³⁶ SOU 2003:73, sid. 205

³⁷ Ibid. p. 28

digheterna. Detta i sin tur har inneburit en ökande effektivitet i bekämpningen av konkurrensbegränsningar.³⁸

Förordningen främjar tillämpningen av regelverket genom hela gemenskapen, genom att Kommissionen, nationella domare och nationella konkurrensmyndigheter ingår i ECN och där för ett nära samarbete. På detta vis förs EG-rätten närmare den enskilde medborgaren och kommer starkt att bidra till att stärka en gemensam konkurrenskultur inom den Europeiska Unionen.³⁹

Under alla förhållanden anses det att det i Sverige är Konkurrensverket som är bäst lämpat att fullgöra den samarbets- och informationskyldighet som åligger svenska konkurrensmyndigheter enligt förordningen.⁴⁰

Det europeiska konkurrensnätverket har en gemensam webbplats. På webbplatsen får allmänheten tillgång till bl.a. kommissionens och alla nationella konkurrensmyndigheters nyheter, pressmeddelanden och årsredovisningar.

3.2.1 De nationella konkurrensmyndigheternas skyldigheter

De nationella konkurrensmyndigheterna inom EU är skyldiga att samarbeta. Då en myndighet påbörjar ett nytt ärende där artikel 81 eller 82 i fördraget är tillämplig skall myndigheten informera de andra medlemmarna i nätverket.⁴¹

De nationella konkurrensmyndigheternas uppbyggnad varierar mellan medlemsstaterna. I somliga medlemsstater är det ett enda organ som utreder ärende och fattar alla slags beslut. I andra medlemsstater är dessa uppgifter uppdelade mellan två organ, ett som har hand om utredningen och ett som fattar beslut i ärendet. I vissa medlemsstater får beslut om förbud eller åläggande att betala böter bara fattas av domstol.⁴²

Enligt Ulf Bernitz förutsätter förordningens tillämpning att varje medlemsstat har en fungerande konkurrensrättslig lagstiftning som ger berörda myndigheter erforderliga informations- och sanktionsmöjligheter men kräver i och för sig ingen lagharmonisering.⁴³

Konkurrensmyndigheterna har även en skyldighet att informera varandra om resultatet av sina utredningar. Ett utkast till beslut enligt artikel 81 eller 82

³⁸ Widegren, M. s. 503. Monica Widegren är chef för strategiska och internationella frågor på Konkurrensverket.

³⁹ SOU 2004:131, sid. 457

⁴⁰ Ibid. sid 230

⁴¹ Artikel 11(3) i förordningen.

⁴² Tillkännagivandet, sid. 1

⁴³ Bernitz, sid. 440

från de nationella myndigheterna skall granskas av kommissionen innan medlemsstaten får fatta beslut i ärendet.⁴⁴

Denna bestämmelse är viktig ur rättssäkerhetssynpunkt, då inblandade företag har ett starkt intresse av att de gemensamma konkurrensreglerna tillämpas lika inom hela gemenskapen oavsett vilken medlemsstats konkurrensmyndighet som utreder ärendet. Bestämmelsen hade även en motsvarighet i den tidigare förordning 17.⁴⁵

Enligt Monica Widegren, har konsultationen med kommissionen fungerat bra efter införandet av den nya tillämpningsförordningen, och denna kommunikation har gett ett värdefullt stöd.

Flera medlemsstater uttryckte innan införandet av förordningen viss oro över att detta förfarande skulle förlänga förfarandet och därmed innebära effektivitetsförluster i den nationella beslutsprocessen, men intrycket än så länge har enligt Widegren varit att kommissionen återkommer med ett snabbt svar.⁴⁶

3.2.2 Fördelning av ärenden

En fråga som diskuterats flitigt inom nätverket är fördelningen av ärenden. Denna fråga har även behandlats av företrädare för kommissionen och i pressmeddelanden. Syftet med en fördelning av ärende är att främja ett effektivt skydd för konkurrensen, undvika dubblering av kontrollen och förhindra s.k. *forum shopping*.⁴⁷

Bland annat har diskuterats vilka ärenden som skall behandlas av endast ett sätt att fördela arbetet och när ett lands myndighet hanterar ett ärende, kommer andra myndigheter enligt en allmän princip att avstå från att göra detta samtidigt.⁴⁸

Fördelningen av ärenden sker inom nätverket och här spelar kommissionen en viktig roll. Fördelningen av ärenden uppfyller till stor del reformens övergripande syfte är att frigöra resurser som kan sättas in mot de allvarliga fallen, för att effektivisera och därmed stärka konkurrensen.

3.2.3 Begränsningar för utbytet av information

⁴⁴ Artikel 11(4) i förordningen.

⁴⁵ Widegren, M. s. 498

⁴⁶ Widegren, M. s. 498

⁴⁷ SOU 2003:73, sid. 201

⁴⁸ Ibid.

En annan fråga som varit föremål för diskussion är frågan om hur känslig information nu kommer att spridas mellan myndigheterna i Europa.

En skyddsmekanism i förordningen gäller utbytet av information och stadgas i artikel 12 (2). Sådan information som utbyts i nätverket får endast användas som bevisning vid tillämpningen av artikel 81 och 82 EG och endast beträffande den sakfråga för vilken den inhämtades.

Enligt samma artikel får informationen också användas vid tillämpningen av nationell konkurrensrätt parallellt med EG:s konkurrensrätt i samma ärende. Användningen är dock begränsad till att tillämpningen av nationell rätt inte får leda till ett annat resultat i fråga om förekomsten av en överträdelse än det som följer av artiklarna 81 och 82 EG.

Ytterligare en skyddsmekanism finns i artikel 12 (3). Förordningen 1/2003 föreskriver endast påföljder för företag vid överträdelser av artikel 81 eller 82 i fördraget, men i en del medlemsstater föreskriver lagstiftningen även påföljder för enskilda i samband med överträdelser av dessa artiklar.

Enskilda åtnjuter som regel en mer omfattande rätt till försvar (till exempel en absolut rätt att svara på frågor, medan företag endast kan vägra svara på frågor som innebär att de erkänner att det har begått överträdelser.) Artikel 12 (3) är en garanti för att uppgifter som samlas in från företag inte kan användas på ett sådant sätt att den högre skyddsnivån som enskilda åtnjuter urholkas.

Innebörden av bestämmelsen är att information som utbyts i nätverket endast får användas som bevismedel för att ålägga fysiska personer påföljder om det i den översändande myndighetens lagstiftning föreskrivs påföljder av samma slag i samband med överträdelser av artikel 81 och 82 EG eller, om så inte är fallet, informationen har inhämtats på ett sätt som respekterar samma nivå av skydd av fysiska personers rätt till försvar som föreskriver i de nationella bestämmelser som gäller för den mottagande myndigheten.

Påföljdernas kvalificering enligt nationella rättsregler (administrativa respektive straffrättsliga påföljder) är inte relevant vid tillämpningen av artikel 12 (3) i förordningen. Det görs även skillnad i artikeln mellan frihetsstraff och andra typer av påföljder, till exempel böter och andra påföljder för enskilda. Om de nationella rättsreglerna i den avsändande och den mottagande myndighetens medlemsstat föreskriver påföljder av samma slag får information som sänts över enligt artikel 12 i förordningen användas av den mottagande myndigheten.

Som exempel på påföljd har kommissionen här endast angett att böter kan ådömas en anställd vid ett företag som har varit inblandat i en överträdelse av artikel 81 eller 82 EG.⁴⁹ I dessa fall anser kommissionen att rättssäkerhetsgarantierna är likvärdiga i båda ländernas system.

⁴⁹ Tillkännagivandet, p. 28

En särskild restriktion finns föreskriven vad gäller frihetsstraff, som endast får utdömas om både den översändande och den mottagande myndigheten kan utdöma en sådan påföljd. Om länderna inte har påföljder av liknande slag får uppgifterna som utbytt inom nätverket endast användas om inhämtningen av dem respekterar samma nivå av skydd av fysiska personers rätt till försvar.

Artikel 12 (3) kommer alltså att förhindra utbyte av information till vissa medlemsstater där den nationella konkurrenslagstiftningen kriminaliserats, i varje fall i de länder som tillämpar frihetsberövande straff. Nivån på skydd för individer torde skilja mycket i medlemsstaterna, vilket försvårar utbytet av information utan att överträda artikel 12 (3).

Det har dock påpekats att situationen kan vara annorlunda vad gäller straffrättsliga sanktioner till stöd för civilrättsliga processer, t.ex. förstörande av dokument i civilrättsliga processer. Dock är det även här en öppen fråga enligt vissa författare, huruvida det är möjligt att information kan utbytas i fråga om straffrättsliga processer om straffrättsliga principer om skydd för individer inte tillämpats.⁵⁰

Förordningen innehåller alltså en del säkerhetspärar, med det kan inte utslutas att information som samlats in i ett syfte i ett land ändå kommer att utnyttjas i ett helt annat syfte av en annan medlemsstats myndighet.

3.2.3.1 Vad menas med påföljder av samma slag?

I artikel 12 (3) finns, som tidigare nämnts, ett villkor att information endast får utväxlas mellan två medlemsstater om *påföljder av samma slag* föreskrivs i både det översändande och mottagande landet.

Kommissionens tillkännagivande om samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter ger viss vägledning angående vad som menas med ”påföljder av samma slag”. Det stadgas att påföljdernas kvalificering enligt nationella rättsregler (administrativa respektive straffrättsliga påföljder) inte är relevant vid tillämpningen av artikel 12.3 i förordningen. Förordningen gör skillnad mellan frihetsstraff och andra typer av påföljder, till exempel böter och andra påföljder för enskilda.⁵¹

Det är inte helt klart hur detta uttalande av kommissionen stämmer överens med Europadomstolen för mänskliga rättigheters praxis, vilken skiljer mellan administrativa och straffrättsliga påföljder. Enligt praxis innefattar begreppet straffrättsliga påföljder både frihetsstraff och böter. Detta kan komma att leda till en ”uppgörelse” mellan gemenskapens domstolar och

⁵⁰ Riley, Part II, sid. 611

⁵¹ Tillkännagivandet, punkt 28

Europadomstolen genom avgöranden, eller resultera i att båda sidor avvisar kommissionens uppdelning i frihetsstraff/ icke frihetsstraff som ogiltig.⁵²

Att förordningen särskiljer just frihetsstraff kan anses märkligt, men detta beror på att ett flertal medlemsstater under förarbetet till förordningen visade starkt motstånd till möjligheten att använda utbytt information för att ålägga individer fängelsestraff för överträdelse av konkurrensregler.⁵³

Enligt Dr Wouter Wils existerar det en stor variation av sanktioner, både till sin natur och till sin stränghetsgrad, vilka kan utdömas av kommissionen och av de nationella konkurrensmyndigheterna för överträdelse av artikel 81 och 82.⁵⁴

Vissa författare hävdar att denna variation av sanktionsmöjligheter mellan medlemsstaterna kan uppfattas som en form av diskriminering medan andra författare anser att det inte finns någon risk att individer skulle fängslas exempelvis i Irland när den relevanta marknaden är Skandinavien.⁵⁵

Enligt tillkännagivandet är skyddsåtgärderna en garanti för att de uppgifter som samlas in från företag inte kan användas på ett sådant sätt att den högre skyddsnivån för enskilda urholkas.

Artikel 12 i förordningen har företräde framför eventuella bestämmelser i nationell lagstiftning som har motsatt verkan. Frågan om den översändande myndigheten har kommit över informationen på ett lagligt sätt skall avgöras enligt den lag som reglerar den myndigheten.⁵⁶

⁵² Perrin, sid. 551

⁵³ Gauer, C. s.16, se även rapport från Arbetsgruppen för konkurrens, daterad den 4 september 2002. Rapporten finns tillgänglig på:
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/su/02/st11/11791s2.pdf>

⁵⁴ se Perrin, sid. 551

⁵⁵ se Ibid.

⁵⁶ Tillkännagivandet, p.27

4 Sanktioner inom konkurrensrätten

4.1 EG-rättsliga sanktioner

Bestämmelserna om böter finns i 23 artikeln i förordning 1/2003. Kommissionen kan ålägga företag eller företagsanslutningar böter vid överträdelse av procedurregler och överträdelse av materiella regler. Bestämmelserna om överträdelse av materiella regler innebär att företag kan bli bötfällda vid överträdelse av bestämmelserna i artikel 81 och 82 i EG-fördraget.⁵⁷

Artikel 23(2) föreskriver böter på upp till tio procent av företagets omsättning på föregående år.

Dessa böter har enligt artikel 23 (5) inte straffrättslig natur men enligt praxis i Europadomstolen är reglerna dock underkastade artikel 6 i europakonventionen.

Kommissionen kan även utdöma mindre böter på upp till högst en procent av företagets omsättning det föregående året om man uppsåtligt eller av oaktsamhet lämnat oriktiga eller missvisande uppgifter eller på annat sätt inte tillhandahållit information under artikel 17 eller artikel 18 enligt artikel 23 (1).

Kommissionen har en hög grad av fri prövning vad det gäller fastställandet av bötesbelopp, den kan t.ex. beakta att böterna skall ha en avskräckande effekt och för att detta skall vara fallet får inte bötesbeloppet vara förutsägbart. 1998 publicerade kommissionen riktlinjer för hur böter skulle beräknas, dessa riktlinjer innehåller även en viss uppräknings av försvårande respektive förmildrande omständigheter.⁵⁸

Flera gånger har domstolarna bekräftat att kommissionen har rätt att utan förvarning skärpa sin praxis så länge den inte överskrider gränsen på tio procent av ett företags totala omsättning. Kommissionen har även förklarat att det ligger i gemenskapens intresse, att bevilja förmånlig behandling åt de företag som samarbetar med kommissionen.⁵⁹

EG: s domstolar torde formellt kunna höja de böter som utdömts av kommissionen.⁶⁰

Ett företag kan till exempel få full immunitet om det antingen är först med att ge kommissionen tillräckligt med underlag för att utföra en gryningsråd,

⁵⁷ SOU 2004:131, sid. 58

⁵⁸ Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 14.1.1998, s.3)

⁵⁹ Allgårdh, Norberg, sid. 466

⁶⁰ SOU 2004:131, sid. 58

eller först med att ge information som gör det möjligt för kommissionen att visa att en överträdelse skett av konkurrensreglerna enligt artikel 81.⁶¹

Har ett företag inte anmält en sammanslagning kan det få böta upp till tio procent av de berörda företagens årsomsättning. En i koncentrationen inblandad person eller ett företag som vägrar lämna ut information kan ådömas fem procent av den genomsnittliga dagsomsättningen i företaget som vite fram till dess att vägran upphör. Kommissionens beslut om böter eller viten kan överklagas till EG-domstolen.⁶²

4.2 Sanktioner i svensk rätt

Den nuvarande Konkurrenslagen (1993:20) trädde i kraft den 1 juli 1993. Konkurrenslagen (KL) har i stor utsträckning EG-rätten som förebild och innehåller i likhet med EG-rätten förbud mot konkurrensbegränsande samarbete och mot missbruk av dominerande ställning samt dessutom kontroll av företagskoncentrationer.

KL bygger på den konkurrensrättsliga förbudsprincipen som innebär att vissa konkurrensbegränsningar i sig är skadliga och därför skall vara förbjudna.⁶³

KL skall undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter (1 § KL). EG:s konkurrensregler har, förutom detta ändamål, till syfte att främja integrationen mellan medlemsstaterna.⁶⁴

Tillämpliga sanktioner vid överträdelser av den svenska konkurrenslagen kan delas in i skilda grupper, offentliga och privata sanktioner. Inom de offentliga sanktionerna har vi ålägganden, konkurrensskadeavgift och vitesförelägganden.

Med de privata sanktionerna menar vi primärt skadestånd, men denna grupp kan delas in i skadestånd (33 § KL), ogiltighet (7 § KL) och möjligheten att få till stånd ett förbud (23 § and stycket KL).⁶⁵

Lagen innehåller bestämmelser om förbud mot sådana avtal mellan företag som har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på den svenska marknaden (6§ KL).

Konkurrenslagen ändrades till följd av moderniseringsreformen. I förarbeten har angetts att de svenska förbuden inte skall vara tillämpliga på sådana för-

⁶¹ EGT C 45, den 19 februari 2002

⁶² Allgårdh, Norberg, sid. 472

⁶³ Prop 1992/93:56, sid. 19

⁶⁴ SOU 2006:99, sid. 119

⁶⁵ Whal, Nils, sid. 16

faranden som kan påverka samhandeln. I dessa fall skall alltid EG-rätten tillämpas.⁶⁶

Det ansågs att parallell tillämpning alltjämt skall vara möjligt. Till grund för detta förslag låg risken att skillnader annars uppstår mellan svensk rätt och EG-rätt, vilket särskilt påpekades av konkurrensverket. Konkurrensverket skall därmed även fortsättningsvis tillämpa svensk rätt parallellt med EG-rätten.

Det svenska sanktionssystemet har hittills inte resulterat i några (i absoluta belopp mätt) stora konkurrensskadeavgifter. Det högsta belopp som ett enskilt företag har ålagts att betala är i skrivande stund 50 miljoner kronor för dess medverkan i ett samordnat förfarande avseende priser och rabatter på motorbensin. Som jämförelse kan nämnas att inom EG:s konkurrensrätt är det högsta belopp som dömts ut för ett företag hela 497 miljoner euro.⁶⁷

Utformning av det svenska sanktionssystemet är i stort en kopia av de EG-rättsliga reglerna. T.ex. sätter båda systemen en maxgräns på tio av företagets omsättning som sanktionsavgift. Dock är Sveriges sanktioner för överträdelser av konkurrensreglerna förhållandevis lindriga om man jämför med övriga medlemsstater.⁶⁸

4.3 Internationell utblick

Vilka sanktioner som används vid överträdelser av de nationella konkurrensreglerna varierar mellan olika medlemsstater. Nedan ges en översiktlig beskrivning av systemen i EU:s övriga medlemstater.

Det finns huvudsak tre olika typer av sanktioner i de nationella konkurrenslagstiftningarna:

- ekonomiska sanktioner för företag
- ekonomiska sanktioner för individer
- frihetsstraff.⁶⁹

Alla medlemsstater ålägger företag böter vid överträdelser. I de flesta medlemsstaterna finns det ett tak på böterna vid en viss procentsats av företagets omsättning. I vissa länder kan även böter åläggas individer och i ett antal medlemsstater är även fängelsestraff en möjlig sanktion (dock används denna sanktion inte i någon större omfattning).⁷⁰

⁶⁶ SOU 2003:73, sid. 89

⁶⁷ Wahl, Nils, sid. 32, se MD 2005:07 Norsk Hydro m.fl. och Microsoft fallet

⁶⁸ Norgren, sid. 465

⁶⁹ Gauer, s. 11

⁷⁰ Ibid.

I Storbritannien har man uttryckligen tagit ställning mot att kriminalisera vertikala konkurrensbegränsningar. Påföljden för överträdelse av straffbestämmelsen är böter eller fängelse i högst fem år.⁷¹

En komparativ analys av nationell lagstiftning avslöjar enligt Benjamin Perrin en tendens till att de ”gamla” medlemsstaterna väljer att gå ifrån användningen av frihetsstraff mot fysiska personer. Österrike och Frankrike ger han som exempel på länder som har avskaffat sådana straff, medan Storbritannien egentligen är det enda landet som valt att införa signifikanta straffrättsliga påföljder, detta skedde i en reform som trädde i kraft 2003, där man valde att kriminalisera karteller.⁷²

Nils Wahl nämner i den del av hans rapport som behandlar andra konkurrensrättsliga sanktionssystem än Sverige och EU, att något slags näringsförbud förekommer som sanktion vid överträdelse av konkurrensreglerna i Israelisk lagstiftning.⁷³ Samtidigt som Storbritannien införde straffbestämmelser på konkurrensrättens område infördes även regler om näringsförbud för överträdelser av konkurrensregler.⁷⁴

I USA och Kanada finns och tillämpas sedan länge straffregler med fängelse i straffskalan. I dessa två länder kan även ges full amnesti för straffrättsliga påföljder.

Skillnaderna mellan medlemsstaterna vad gäller sanktioner kan skapa två problem, dels vad gäller utbyte av bevisning mellan de nationella konkurrensmyndigheterna och dels kan det förhindra effektiviteten med de s.k. Leniencyprogrammen. Eftersom företag och individer kan drabbas av olika slag av påföljder i beroende på vilket lands lagstiftning som används, menar vissa författar att man kan se detta som ett slags diskriminering.

4.4 EG-rätt och nationella sanktioner

Rättskyddsprincipen kräver i materiellt hänseende att den nationella rättsordningen ställer sanktionstyper till den enskildes förfogande, sanktionstyper som ger ett effektivt rättskydd samt bidrar till EG-rättens genomslag. Detta innebär på ett mer övergripande plan att EG-rättens krav på de sanktioner som följer på överträdelser av EG-regler i enskilda fall ska vara effektiva, proportionella och avhållande.⁷⁵

Principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt regleras inte uttryckligen i någon fördragstext utan har utvecklats genom praxis. Den grundläggande anledningen till denna princip är att variationer mellan medlemsstaternas tillämpning av gemenskapsrätten skulle äventyra fördragets

⁷¹ Wish, sid. 390.

⁷² Perrin, sid. 551 ff.

⁷³ Wahl, Nils, sid. 41

⁷⁴ SOU 2006:99, sid. 582

⁷⁵ Andersson, T. sid. 83

mål och leda till diskriminering på grund av nationalitet. Dock får normkonflikter, dvs. att nationella regler står i strid med gemenskapsrätten i det närmaste ses som ett naturligt inslag i unionen. Principen om EG-rättens företräde ger en lösning på detta problem.

I kapitlet EU och Straffrätten nedan kommer sanktionernas klassificering och ställning behandlas.

4.5 OECD

OECD har inom ramen för sitt arbete i olika sammanhang pekat på vikten av sanktioner mot fysiska personer so medverkar till att företag samarbetar i karteller. Redan år 1998 rekommenderades medlemsländerna i OECD att i sina rättsordningar införa sanktioner som kan avskräcka både företag och fysiska personer från att delta i kartellsamarbeten.⁷⁶ Diskussionen har därefter fördjupats och OECD har i senare rapporter rekommenderat sina medlemsländer att införa och tillämpa sanktioner mot fysiska personer. I de fall det kan anses förenligt med gällande sociala och legala normer rekommenderades medlemsländerna att välja straffrättsliga normer.⁷⁷

Hösten 2005 lade OECD fram en rapport där EU:s medlemsstater rekommenderade att överväga möjligheten att utsträcka sanktionsmöjligheterna till att omfatta även fysiska personer, t.ex. genom att föreslå och stödja införandet av sådana sanktioner i medlemsstaternas nationella rättsordningar.⁷⁸

I SOU 2006:99 har utredaren kommit fram till att lösningen med att införa näringsförbud sannolikt kommer att stärka Sverige ställning inom ECN. Detta eftersom effekten av ett system med näringsförbud är att vi på nationell väg, i enlighet med OECD:s rekommendationer, inför ett system av individuella sanktioner för vissa särskilt allvarliga överträdelser av EG:s konkurrensregler.⁷⁹

4.6 Kommentar

Att harmonisera sanktionerna i EG-rätten kan ske på tre sätt:

- 1) Genom att behålla det nuvarande systemet med böter för företag och ge medlemsstaterna närmare instruktioner för hur de skall tillämpas nationellt.

⁷⁶ Council recommendation concerning effective action against hard core cartels, C (98)35/Final

⁷⁷ Second Report by the Competition Committee on Effective Action against hard core cartels, DAFFE/COMP (2003)2, se även SOU 2006:99, sid. 536

⁷⁸ Competition Law and Policy in the European Union (2005), sid. 72

⁷⁹ SOU 2006:99, sid 613

- 2) Det andra alternativet är att vid sidan om sanktioner för företag även inför individuella sanktioner för att komma åt personerna bakom brotten och anta dem både i nationell rätt och på gemenskapsnivå.
- 3) Det tredje alternativet är att behålla böter men även införa fängelsestraff för individer. Detta alternativ möter dock allt för många svårigheter och skulle troligtvis kräva en fördragsändring.⁸⁰

Dock skulle risken att påföras individuella sanktioner i alla former påverka möjligheterna för konkurrensmyndigheterna och kommissionen att söka information vid överträdelser. Rätten att inte belasta sig själv kommer att behandlas nedan. Detta skulle kräva mycket effektiva s.k. Leniency program i alla medlemsstater.⁸¹

4.7 Leniency programmen

Flertalet av medlemsstaterna, även Sverige, har följt trenden att skapa Leniency program för att på ett effektivt sätt bekämpa karteller. Minst 17 medlemsstater har idag fungerande Leniency program.⁸²

Sedan 2002 har Sverige ett s.k. Leniency program. Reglerna om eftergift och nedsättning återfinns i 28 § KL och Konkurrensverket har även utfärdat ett allmänt råd om hur verket avser tillämpa reglerna.⁸³

Reglerna innebär i allt väsentligt att ett företag som informerar konkurrensverket om en enligt 6 § KL eller artikel 81 EG förbjuden samverkan i vilken företaget tagit del kan erhålla nedsättning av den konkurrensskadeavgift som annars skulle kunna följa, eller t.o.m. helt slippa en sådan avgift. För att helt undgå konkurrensskadeavgift, dvs. erhålla eftergift krävs att företaget är först om att informera konkurrensverket, att verket inte hade sådan kännedom om överträdelsen att det hade kunnat ingripa mot överträdelsen, att företaget lämnar all information det har till verket och dessutom samarbetar fullt ut med verket under utredningen, samt att företaget upphör med överträdelsen.⁸⁴

Så kallad Leniency – nedsättning och eftergift till de företag som medverkar i avslöjande och utredning av kartellverksamhet i vilken de deltagit; är ett viktigt redskap.

Institutet Leniency är relativt nytt i svensk rätt och de praktiska erfarenheterna är därmed starkt begränsade. Det faktum att den svenska Leniency-regleringen inte hittills resulterat i någon omfattande demaskering av kartel-

⁸⁰ Grauer, sid. 14

⁸¹ Ibid.

⁸² Kolla vilken artikel det är.

⁸³ Konkurrensverkets allmänna råd om nedsättning och eftergift av konkurrensskadeavgift enligt 28 a § och 28 b §, KKVFS 2006:1

⁸⁴ Wahl, sid. 26

ler berättigar inte till några slutsatser mot bakgrund av regleringens korta existens.

5 Kort om kriminalisering

5.1 Bakgrund

Konkurrensverket väckte frågan om en kriminalisering år 2000, när verket i en rapport⁸⁵ föreslog en kriminalisering av uppsåtliga eller oaktsamma överträdelser av konkurrenslagens förbudsbestämmelser och åsidosättande av villkor enligt dåvarande bestämmelse om undantag.

Att kriminalisera konkurrensbrotten skulle visa att samhället på starkast tänkbara sätt tar avstånd från överträdelser av konkurrensreglerna. En kriminalisering sänder ett starkt och effektivt budskap, särskilt om påföljden bestäms till fängelse.

Den nuvarande ordningen i konkurrenslagen lägger hela ansvaret på företagen, det är endast företagen som kan drabbas av formella sanktioner. Ett av de starkaste argumenten för en kriminalisering är därför att sanktioner riktade mot ett företag inte alltid är tillräckligt avskräckande för de individer inom företagen som rent faktiskt begår överträdelserna.

Den 9 januari 2003 beslutade regeringen att tillkalla en särskild utredare, justitierådet Severin Blomstrand. Hans uppgift var att analysera de frågor som uppkommit med anledning av den nya tillämpningsförfordningen för genomförandet av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82. Vidare skulle frågor som bland annat berörde skadestånd enligt konkurrenslagen analyseras.

5.2 Konkurrensbrott-en lagstiftningsmodell (SOU 2004:131)

I sitt betänkande *Konkurrensbrott -en lagstiftningsmodell* lade utredaren fram ett förslag på en straffregel som gäller fysiska personer som ingår förbjudna avtal av innebörd att konkurrerande företag fastställer försäljningspriser, begränsar eller kontrollerar produktion eller delar upp marknader.

Avtalet ska dessutom ha varit ägnat att allvarligt hindra, begränsa eller snedvrída konkurrens. Den som ingår ett sådant förbjudet avtal, ska dömas för konkurrensbrott till fängelse i högst två år. Är brottet grovt ska straffet vara fängelse i lägst sex månader och högst sex år.

⁸⁵ Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag, Konkurrensverkets rapportserie 2000:1, s. 283 ff.

Vidare innebär förslaget att Ekobrottsmyndigheten ska vara ansvarig åklagarmyndighet för utredning och lagföring av konkurrensbrott. En utredning hos Konkurrensverket om ett företags överträdelse ska, enligt utredningen, kunna fortsätta parallellt, när en brottsutredning pågår.⁸⁶

De flesta remissinstanserna avstyrkte utredarens förslag om kriminalisering och ansåg att frågan bör utredas vidare eller övervägas ytterligare. Remissinstanserna ansåg att de huvudsakliga problem som en kriminalisering kommer att medföra, är de effektivitetsförluster som kan uppstå genom de dubbla förfarandena vid Konkurrensverket och Ekobrottsmyndigheten och de problem som uppstår vid tillämpningen av det svenska s.k. Leniencyprogrammet.

Dessutom ansåg remissinstanserna att förslaget kommer att leda till en minskad effektivitet i det administrativa systemet, samt en risk för att det svenska deltagande i det europeiska konkurrensverket kommer att försvåras.⁸⁷

Konkurrensverket avstyrkte förslaget på kriminalisering och bifogade till sitt yttrande en skrivelse där DG Competition, kommissionens generaldirektoriat för konkurrens, ger sin syn på hur utredningens förslag kan komma att påverka tillämpningen av förordning 1/2003. I denna skrivelse behandlas särskilt hur Konkurrensverkets möjligheter att medverka i det europeiska konkurrensnätverket. DG Compositions skrivelse bekräftar vad flera av remissinstanserna ansåg vara ett problem, att förslaget kommer försvåra för Konkurrensverkets möjlighet att medverka i nätverket på ett effektivt sätt.⁸⁸

Skälen för slutsatsen att det inte föreligger tillräckliga skäl för en kriminalisering kan sammanfattas på följande sätt:

- För en kriminalisering talar att det utan tvekan går att identifiera beteenden som kan föranleda till verklig skada, t.ex. kartellsamarbeten

Mot detta måste ställas att:

- Det nuvarande administrativa sanktionssystemet torde kunna utgöra en godtagbar alternativ sanktion
- En straffsanktion torde inte utgöra ett effektivt medel för att motverka kartellsamarbeten med hänsyn till de effektivitetsförluster som kan förväntas uppstå i form av parallella utredningar och processer. Ytterligare skäl för en sådan slutsats är att systemet med eftergift och nedsättning knappast kommer bli en verksam metod för att avslöja karteller samt att en sådan ordning torde försämra förutsättningarna för Sveriges deltagande i samarbetet inom nätverket av konkurrensmyndigheter ECN
- Rättsväsendet har inte tillräckliga resurser för att klara den ytterligare belastning som en kriminalisering innebär och ett resurstillskott

⁸⁶ SOU 2004:131, sid.68

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Skrivelse, DG Competition

framstå inte som försvarbart med hänsyn till alternativa användningssätt av motsvarande belopp.⁸⁹

Det ansågs alltså inte föreligga tillräckliga skäl för att föreslå en kriminalisering på konkurrensrättens område. Dock anses det fortfarande föreligga ett behov av att införa någon form av sanktion för fysiska personer som medverkar till att företag begår allvarliga överträdelser av förbudsbestämmelserna i konkurrenslagen och i EG-fördraget.

Det råder inga tvivel om att en kriminalisering av konkurrensbrotten i svensk rätt skulle resultera i att förutsättningarna för Sveriges deltagande i nätverket påverkas negativt. Samarbetet mellan de nationella konkurrensmyndigheterna bygger enligt tillkännagivandet på förtroende, diskussion och samförståndslösningar.⁹⁰

En av många osäkerheter runt den nya förordningen är risken för dubbelstraffbarhet, när ett företag straffas i flera medlemsstater för samma brott. I vissa av EU:s medlemsstater, kan frihetsstraff utdömas. Speciellt hårda är straffen i Storbritannien och Irland. Kommissionen har inte rätt att utdela frihetsstraff för överträdelser av konkurrensregler (fängelsestraffet kan uppgå till fem år). Den decentraliserade tillämpningen av konkurrensreglerna innebär en risk för de företag som begår överträdelser mot konkurrensreglerna, eftersom företrädarna för sådana företag kan få fängelsestraff i en medlemsstat för samma brott som de i en annan medlemsstat endast kunnat påföras böter.⁹¹

⁸⁹ PM Näringsdep.

⁹⁰ Tillkännagivandet, sid. 1

⁹¹ Wind, s. 668

6 Näringsförbud

6.1 Näringsförbudet i svensk rätt

I Sverige finns en vidsträckt frihet att bedriva näring, som sedan 1944 särskilt skyddas i Regeringsformen.⁹² Samtidigt finns det regler som inskränker näringsfriheten.

Reglerna om näringsförbud har funnits i svensk rätt sedan 1980, men inledningsvis kunde de endast tillämpas i samband med konkurs. Den nuvarande lagen (1986:436) om näringsförbud har varit i kraft sedan den 1 juli 1986. Enligt förarbetena är lagens syfte främst att förhindra personer som orsakar stora skador att fortsätta med det.

6.2 Påkallat ur allmän synpunkt

Som grundläggande förutsättningar för förbud anges i förarbetena att individen grovt åsidosatt vad som ålegat honom i näringsverksamhet och att förbud är påkallat från allmän synpunkt. Dessa förutsättningar anges i de tre första paragraferna i lagen.

Vid prövningen om näringsförbud är påkallat från allmän synpunkt skall enligt tredje paragrafen beaktas om åsidosättandet varit systematiskt eller syftat till betydande vinning, om det medfört eller varit ägnat att medföra betydande skada eller om näringsidkaren tidigare dömts för brott i näringsverksamhet.

Sedan den 1 juli 1996 finns en presumptionsregel som innebär att om näringsidkaren gjort sig skyldig till brott i näringsverksamheten för vilket är stadgat ett lägsta straff om sex månader, skall näringsförbud anses påkallat från allmän synpunkt om inte särskilda skäl talar emot det (3 §, 3 st.).

Enligt motiven skall prövningen av om ett motiv är påkallat ur allmän synpunkt främst vara framåtriktad. Det framgår även att ett förbud inte bör meddelas förrän andra möjligheter att få vederbörande att vidta rättelse är uttömda.⁹³

Enligt praxis skall man dock även ta hänsyn till att det kan framstå som stötdande om en person som har begått allvarliga åsidosättanden i näringsverksamhet trots detta får fortsätta att ägna sig åt näringsverksamhet. Näringsförbudet har således även ett allmänpreventivt syfte.⁹⁴

⁹² 2 kap 20 § RF

⁹³ Prop. 1985/86, sid. 59

⁹⁴ NJA 1983 sid. 163.

6.3 Lagen om näringsförbud

Enligt 1 § 1 stycket utgör brottslighet som inte är ringa en särskild förutsättning för näringsförbud. Det finns också skäl att räkna med ett brott mycket ofta ensamt eller in förening med andra slag av åsidosättanden kommer att utgöra grunden för näringsförbud.

Den som ålagts näringsförbud får i princip inte driva näringsverksamhet. Han får inte heller äga, bilda eller inneha vissa funktioner i angivna juridiska personer eller faktiskt utöva ledningen av en näringsverksamhet. I lagens sjätte paragraf finns de olika funktionerna uppräknade, t.ex. är det förbjudet att vara styrelsesuppleant i ett näringsdrivande aktiebolag.

Sådana verksamheter som är skyddade av grundlag är enligt 6 paragrafen, tredje stycket, undantagna från näringsförbudsreglerna. Utövning av yttrandefriheten, mötesfriheten och tryckfriheten hindras således inte av ett näringsförbud.

Den personkrets som kan meddelas näringsförbud är en enskild näringsidkare eller företrädare för olika juridiska personer (1, 2 och 4 §): Även den som in annan egenskap faktiskt har utövat ledningen av näringsverksamhet eller utåt framträtt som ansvarig för den en enskild näringsverksamhet kan komma i fråga för ett näringsförbud.

Näringsförbudet kan meddelas för en viss tid, lägst tre år och högst tio år (5 §). Den övre gränsen förlängdes till tio år vid ändringen 1996, motiveringen för detta var enligt förarbetena att det vid synnerligen grov förbudsgrundande brottslighet och vid återfall skall finnas möjlighet att döma till längre tid. Detta för att det är angeläget att personer som i näringsverksamhet begår grova brott fråntas rätten att bedriva näringsverksamhet under lång tid.⁹⁵

För att försvåra att reglerna om näringsförbud kringgås gäller enligt 7 § att den som ålagts ett förbud inte får vara anställd eller ta emot återkommande uppdrag i den näringsverksamhet där han tidigare åsidosatt sina skyldigheter eller i en näringsverksamhet som drivs eller leds av en närstående.

I lagen om näringsförbud finns även bestämmelser om s.k. *tillfälligt näringsförbud*, vilket kan meddelas om det är uppenbart att grund för näringsförbud föreligger.

Rättens slutliga avgörande i mål om näringsförbud sker genom dom, i de fall då talan handläggs i samband med åtal kommer avgörandet att ingå i brottmålsdomen men även när frågan om näringsförbudet handläggs särskilt sker avgörandet genom dom.

Beträffande förfarandet vid överträdelse av näringsförbud tillämpas de vanliga reglerna om brottmål. Därmed gäller allmänna regler om uppsåt och

⁹⁵ Prop. 1995/96, sid. 98

bevisning vid bedömningen om överträdelse verkligen ägt rum. Även vid utredning om medhjälp till överträdelse, gäller allmänna regler om ansvar för medhjälp.⁹⁶ Enligt Bo Svensson är det naturligt att bestämmelserna i 23 kap rättegångsbalken (RB) om förundersökning i brottmål i princip tillämpas även i utredningar om näringsförbud.⁹⁷

Talan om näringsförbud skall föras av allmän åklagare i tingsrätt. Vanliga brottmålsregler skall gälla vid förfarandet, närmare bestämt reglerna om mål som rör brott för vilket straffet är fängelse i högst ett år. Detta betyder bl.a. att bestämmelserna om forum i brottmål normalt skall tillämpas och att tingsrätten är domför med tre nämndemän, givetvis dock under den förutsättningen att talan om brott för vilken inte är stadgat lindrigare straff än fängelse i två år inte prövas samtidigt.⁹⁸

Tillsynen över att meddelande om näringsförbud efterlevs utövas av de kronofogdemyndigheter som är tillsynsmyndigheter i konkurs. Myndigheten skall bland annat övervaka att avveckling sker av den befintliga verksamheten, att den som belagts med näringsförbud inte startar något nytt företag och även att det s.k. närståendeförbudet efterlevs. Ett register över alla meddelade näringsförbud förs av Patent och registreringsverket. Tillsynsmyndigheten skall då det finns misstanke om överträdelse av näringsförbudet göra anmälan om förhållandet till åklagare.⁹⁹

Ett näringsförbud som överträds får förlängas med högst fem år. Vid ytterligare överträdelser får förbudet ytterligare förlängas. Överträdelse av meddelat näringsförbud är straffbart, straffskalan är fängelse i högst två år eller, om brottet är ringa, böter eller fängelse i högst sex månader. Av praxis följer att domstolarna normalt dömer till frihetsberövande straff vid överträdelse av näringsförbud.¹⁰⁰

6.4 Nationell begränsning

Sverige har en internationellt sett mycket liberal syn på rätten att starta och bedriva företag. Det är egentligen bara inom vissa branscher det förekommer någon typ av näringstillstånd, t.ex. då det gäller att bedriva utskänkning av drycker. I andra länder, t.ex. USA, är det betydligt vanligare att det krävs tillstånd att bedriva olika slag av näring.¹⁰¹

Ett svenskt näringsförbud har inte några rättsverkningar utanför Sveriges gränser. En näringsidkare som ålagts näringsförbud i Sverige kan i princip bedriva näringsverksamhet i ett annat land. Det gäller också om närings-

⁹⁶ Svensson, B., sid. 112

⁹⁷ Svensson, B, sid. 79

⁹⁸ Svensson, B, sid. 79

⁹⁹ 23- 24 § lagen om näringsförbud

¹⁰⁰ SOU 1995:1, sid. 118

¹⁰¹ Palmér, sid. 468

verksamheten helt eller delvis riktas mot en svensk marknad, under förutsättning att verksamheten inte drivs på ett sådant sätt att den kan anses vara bedriven i landet. På samma sätt kan en person som frångår rätten att bedriva näringsverksamhet i ett annat land, driva näringsverksamhet i Sverige.¹⁰²

Ekobrottsmyndigheten anser i en rapport om näringsförbudets efterlevnad som kom 2004, att det finns ett behov av att inom EU uppnå någon form av minsta gemensamma nämnare när det gäller näringsförbudets verkan över landsgränserna. De anser även att ett ”europeiskt näringsförbud” skulle bidra till en sundare konkurrens mellan olika företagare inom EU, samtidigt som gränsöverskridande brottslighet skulle motverkas.¹⁰³

Däremot kan oegentligheter i andra länder ha betydelse vid en svensk förbudsprövning. Det har hävdats att oegentligheter begångna i utlandet, som har begåtts vid sidan av grova åsidosättanden i Sverige, torde kunna beaktas vid prövningen av om dessa åsidosättanden skall anses så grova att näringsförbud bör ådömas. I vart fall bör det kunna få betydelse vid prövningen om ett förbud är att anse som påkallat ur allmän synpunkt.¹⁰⁴

För att förhindra att oseriös näringsverksamhet kan fortsätta i andra EU-länder, när någon efter prövning av domstol har fått ett näringsförbud, krävs en rättslig reglering inom EU. Att åstadkomma detta är inte helt enkelt.¹⁰⁵

6.5 Kommentarer

I förarbetena har uttalats att ett näringsförbud i princip borde kunna meddelas även vid andra grova överträdelser än de som nu omfattas av lagen om näringsförbud.¹⁰⁶

Häribland har brott mot Konkurrenslagen (1993:20) diskuterats.¹⁰⁷ Regeringen förklarade dock att den hade för avsikt att återkomma till denna fråga i ett senare sammanhang.¹⁰⁸

I den allmänna debatten och internt inom rättsväsendet har det under lång tid riktats kritik mot näringsförbudslagstiftningen, då flertalet anser att den tillämpas för sällan och att efterlevnaden av de förbud som meddelas inte kontrolleras.¹⁰⁹

¹⁰² SOU 1995:1, sid. 137 och SOU 1997:123 sid. 88

¹⁰³ Rapport 2004:5, sid. 42

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Rapport 2004:5, sid. 42

¹⁰⁶ Prop. 1998/99:44, sid. 16

¹⁰⁷ SOU 1997:123, s. 170

¹⁰⁸ Prop. 1998/99:44, s. 16

¹⁰⁹ SOU 1995:1, sid. 9

Syftet med att införa ett näringsförbud på konkurrensrättens område bör enligt utredaren vara detsamma som i lagen om näringsförbud, dvs. att förhindra personer som orsakar stora skador inom ramen för bedriven näringsverksamhet att fortsätta med det. Det kan i vissa fall framstå som stötande.¹¹⁰

6.6 Näringsförbud i praxis

Presumptionsregeln infördes 1996 i samband med att regleringen av institutet näringsförbud skärptes ifråga om näringsförbud i samband med brott. I förarbetena uttalades då att det är viktigt att reglerna om näringsförbud tillämpas med fasthet och konsekvens där det finns förutsättningar före ett näringsförbud och att förbud i princip alltid skall meddelas vid brott som inte är ringa om det är påkallat ur allmän synpunkt. Det anfördes beträffande att det för institutets trovärdighet är viktigt att näringsförbud regelmässigt meddelades vid kvalificerad brottslighet men att även vid sådan brottslighet omständigheterna i det särskilda fallet kan vara sådana att ett näringsförbud inte är påkallat och att presumptionen därför bör kunna brytas om det finns särskilda skäl. Det angavs att det vid denna bedömning måste göras en särskild avvägning av skälen för och emot näringsförbud, varefter två exempel på fall då särskilda skäl kan föreligga, nämligen dels om domstolen med tillämpning av 23 kap. 5 § brottsbalken dömt till ett lindrigare straff än som är föreskrivet för brottet, dels om gärningen framstår som en engångsföreteelse efter en lång tids regelrätt bedrivande av näringsverksamhet.¹¹¹

Lagen om näringsförbud infördes främst i syfte att bekämpa ekonomisk brottslighet. Näringsförbud skulle i första hand rikta sig mot sådana personer som genom allvarliga åsidosättanden åstadkommer betydande skador för samhället. Förbud borde komma i fråga främst för den som vid återkommande tillfällen åsidosätter de normer som gäller för näringsverksamhet.¹¹²

Vid prövning om näringsförbud bör åläggas personen skall det göras en samlad avvägning av skälen för och emot vari ingår en bedömning huruvida personen i fortsättningen kan antas följa de regler som gäller för drivande av näringsverksamhet.¹¹³

¹¹⁰ PM Näringsdep.

¹¹¹ Prop. 1995/96:98, sid. 23 f och sid. 36

¹¹² NJA 2006 s 346

¹¹³ Ibid.

Enbart det förhållandet att en person en näringsidkare självmant upphör med systematiska oegentligheter och gör rätt för sig kan som regel inte utgöra tillräckligt underlag för bedömningen om ett näringsförbud inte skall anses påkallat ur allmän synpunkt.¹¹⁴

I NJA 2006 s 346 hade den tilltalade i drygt sex år efter att den brottslighet som föranledde näringsförbudet ägt rum, drivit sin verksamhet utan anmärkning och det fanns inte heller något som tydde på att han i framtiden skulle göra sig skyldig till oegentligheter i sin näringsverksamhet. Den brottslighet som han gjort sig skyldig till hade visserligen skett systematiskt och pågått under relativt lång tid, men den kunde inte anses ha varit av så allvarlig slag att det skulle framstå som stridande mot allmänpreventiva intressen eller som stötande att den han får fortsätta att ägna sig åt sin verksamhet. HD ansåg det därmed enligt den samlade bedömningen föreligga särskilda skäl mot att meddela näringsförbud.¹¹⁵

Ett näringsförbud skall enligt motiven meddelas bara om det vid en helhetsbedömning framstår som motiverat med utgångspunkten i syftet att undanröja en skadehärd eller om det skulle framstå som stötande att låta en person som har gjort sig skyldig till allvarliga oegentligheter i näringsverksamhet att få fortsätta att ägna sig åt sådan, eller av allmänpreventiva skäl.¹¹⁶ Näringsförbud bör därför i första hand rikta sig mot sådana personer som genom allvarliga åsidosättanden åstadkommer betydande skador för borgenärer, anställda, konkurrenter, konsumenter, avtalsparter eller samhället i övrigt.¹¹⁷

Det är enligt motiven främst personer som ägnat sig åt systematiska illojala förfaranden som skall angripas med näringsförbud. Förbud bör därmed komma ifråga främst för dem som vid återkommande tillfällen åsidosätter de normer som gäller för näringsverksamhet.¹¹⁸ Vid prövningen om ett förbud är påkallat bör vidare enligt motivuttalandet hänsyn tas till om det funnits andra möjligheter att få vederbörande att ta rättelse. Näringsförbud bör således inte tillgripas förrän sådana möjligheter framstår som mer eller mindre uttömda, såvida inte allmänpreventiva skäl talar i motsatt riktning.¹¹⁹ Som exempel på hur bedömningen bör göras anförs att en näringsidkare som under flera år försummat sin bokföring inte torde bära meddelas näringsförbud, även om det får anses röra sig om ett grovt åsidosättande. Om näringsidkaren döms för bokföringsbrott och därefter fortsätter att nonchallera sin skyldighet att sköta bokföringen, bör dock näringsförbud åläggas.¹²⁰

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Prop. 1985/86:126 s. 58 f

¹¹⁷ NJA 1988 s 171

¹¹⁸ Prop. 1985/86:126 s. 58 f

¹¹⁹ NJA 1988 s 171

¹²⁰ Prop. 1985/86 s. 58 f

6.7 Näringsförbudets rättsliga status

Är näringsförbudet att se som ett straff eller någon annan form av rättsverkan av brott?

Ett brott är enligt 1 § 1 kap BrB en gärning som är beskriven i en författning och för vilken ett straff är föreskrivet. Ett straff i sin tur är enligt 3 § 1 kap BrB, böter eller fängelse. Det är således bara noggrant bestämda former av frihetsförlust och tvångsbetalning av pengar, som juridiskt sett kvalificeras som straff.¹²¹

Särskild rättsverkan av brott är ett samlingsbegrepp för ett antal rättsliga sanktioner av skiftande karaktär som kan påföras på grund av att ett brott begåtts. BrB innehåller inte någon uttömmande uppräkningslista av vad som är särskild rättsverkan. De flesta sanktioner med denna karaktär regleras i andra författningar och det är ofta en annan myndighet än en domstol som dömer i brottmålet.¹²²

Näringsförbud kan meddelas vid olika former av otillbörligt förfarande i näringsverksamhet, och dess tillämplighet är inte beroende av att näringsidkaren har gjort sig skyldig till brottslig gärning. Åtgärden har således inte karaktären av brottspåföljd eller särskild rättsverkan på grund av brott. Lagen innehåller heller inte några föreskrifter om att hänsyn skall tas till ett meddelat näringsförbud vid bestämmande av straff för gärning som föranlett förbudet.¹²³

I sin artikel *Näringsförbudet och rättssäkerheten*, anser Eugène Palmér¹²⁴ att näringsförbudet inte heller kan betraktas som en särskild rättsverkan av brott av det enkla skälet att ett näringsförbud kan åläggas utan att något brott överhuvudtaget behöver vara begånget, men han anser trots detta att det kan finnas anledning att tillämpa samma principer som anses gälla för den rättsliga regleringen av straffrätten.¹²⁵

I en dom från Uppsala tingsrätt skriver tingsrätten att överträdelse av näringsförbud är ett brott av sådan art att utgångspunkten för påföljdsvalet är fängelse, samt att överträdelse av näringsförbud innefattar regelmässigt även återfall i brottslighet av likartat slag.¹²⁶

¹²¹ Jareborg, Zila, sid. 16

¹²² Ibid, sid. 56

¹²³ NJA 1983 s 163

¹²⁴ Regionskattechef, Habo

¹²⁵ Palmèr, sid. 468

¹²⁶ Uppsala tingsrätts dom B 702-1

7 EU och straffrätten

7.1 EU och Europakonventionen

EU omfattar inget straffrättsligt samarbete och det finns därför inga regler i EG-rätten som är kriminaliserade. Den enda möjliga sanktionen som står till kommissionens förfogande för att sanktionera de konkurrensrättsliga reglerna är därmed administrativa avgifter.

EG-rätten kan dock ”bakvägen” påverka hur sanktionerna ser ut i den nationella lagstiftningen genom att poängtera att de EG-rättsliga intressena skall skyddas på samma sätt som motsvarande intressen skyddas inom den nationella rätten.

EU kräver dessutom att när överträdelse sanktioneras genom nationell rätt, skall sanktionen vara verklig och effektiv. Vidare kan lojalitetsplikten i artikel 5 i Romfördraget ses som en allmän skyldighet att bevaka de EG-rättsliga intressena på bästa sätt.¹²⁷

I EG-rätten används dock en mycket snäv definition av vad som är ett straff och kommissionens administrativa avgifter kan i vissa fall jämföras med ett straff utifrån Europakonventionen för mänskliga rättigheters (EKMR) definition. Detta beroende på att Europadomstolen utgår från en sanktions innehåll och inte dess form.¹²⁸

EU är inte part i Europakonventionen, vilket innebär att EU inte är direkt bunden av konventionen. EG-domstolen har dock genom praxis fastslagit att konventionens principer är en gemensam princip för alla medlemsstater och skall respekteras och vara vägledande för gemenskapen och dess organ. För att EG skall kunna bli part av konventionen är det nödvändigt med förändringar i fördragen.

I fallet *Matthews*¹²⁹ slog Europadomstolen fast att även om konventionsstaterna har överfört kompetens till internationella organisationer så ansvarar fortfarande staterna för kränkningar av konventionen, det har inte någon betydelse om en lagstiftning är EG-rättslig eller inhemsk.

I artikel 6.2 EG, står stadgat att unionen skall, som allmänna principer, respektera de grundläggande rättigheterna såsom de garanteras i europakonventionen. Bestämmelsen är dock endast en kodifiering av EG domstolens praxis då domstolen i sina beslut åtskilliga gånger hänvisat till EKMR.

¹²⁷ Jareborg, sid. 44

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ *Matthews mot Storbritannien*

Det framgår klart av exempelvis fallet *Matthews* att Europadomstolen är behörig att pröva en stats tillämpning av EG-rätt.

7.1.1 Artikel 6 EKMR

För att kunna ta ställning till huruvida införandet av näringsförbudet överensstämmer med EKMR får man titta närmare på det relevanta innehållet i Artikel 6 EKMR.

En förutsättning för att artikel 6 EKMR skall aktualiseras är att frågan är om en prövning av civila rättigheter och skyldigheter eller att en *anklagelse för brott* är för handen.

EG-fördraget innehåller inte någon definition på vad som är ett brott. Den när relationen mellan fördraget och EKMR blir den naturliga slutsatsen att ”brott” enligt fördraget torde vara detsamma som ”brott” enligt konventionen.¹³⁰

Den som är misstänkt för brott skall inte behöva bidra till utredningen eller bevisningen i målet genom att göra medgivanden eller tillhandahålla belastande material.

Artikel 6 i EKMR garanterar var och en rätten till domstolsprövning och en rättssäker process. Syftet med artikeln är att säkerställa en opartisk prövning av rättsliga anspråk. Dessa gäller dels vid tvister om civila rättigheter eller skyldigheter, dels vid anklagelse för brott. Rätten till en rättslig prövning är i sig en viktig rättssäkerhetsgaranti men det är också viktigt att det under förfarandet tillförsäkras vissa rättigheter. Enligt europakonventionen kan ingen brottsanklagad tvingas ta fram bevis som kan användas mot honom själv. Det utgör en central del i rätten till en rättvis rättegång.

I inkorporeringslagen har artikel 6 givits följande svenska lydelse:

1. Envar skall, när det gäller att pröva hans civila rättigheter och skyldigheter eller anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till opartisk och offentlig rättegång inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. Domen skall avkunnas offentligt, pressen och allmänheten må utestängas från rättegången eller en del därav av hänsyn till sedligheten, den allmänna ordningen eller den nationella säkerheten i ett demokratiskt samhälle, eller då hänsyn till minderåriga eller till parternas privatlivs helgd så kräva, eller, i den mån domstolen finner strängt nödvändigt, i fall då på grund av särskilda omständigheter offentlighet skulle lända till skada för rättvisans intresse.
2. Envar, som blivit anklagad för brottslig gärning, skall betraktas som oskyldig intill dess hans skuld lagligen fastställts.

¹³⁰ Wils, sid. 18

3. Envar, som blivit anklagad för brottslig gärning, skall äga följande minimirättigheter;
 - a) att ofördröjligen på ett språk som han förstår, och i detalj bliva underrättad om innebörden av och orsaken till anklagelsen mot honom;
 - b) att åtnjuta tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar;
 - c) att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde, som han själv utsett, eller att, i fall då han saknar erforderliga medel för betalning av rättegångsbiträde, erhålla sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fordrar;
 - d) att förhöra eller låta förhöra vittnen, som åberopas emot honom, samt att för egen räkning få vittnen inkallade och förhörda under samma förhållanden som vittnen åberopade mot honom;
 - e) att utan kostnad åtnjuta bistånd av tolk, om han icke förstå eller talar det språk som begagnas i domstolen.

Rätten att inte belasta sig själv innebär att den som misstänks för ett brott inte skall behöva bidra till utredningen i målet genom att tillhandahållande belastande material eller göra medgivanden. Rättigheten ingår i begreppet men kan också utgöra en del av oskuldspresumtion, eftersom det är åklagarens uppgift att bevisa den tilltalades skuld. Den tilltalade har därmed rätt att inte uttala sig och är därmed aldrig skyldig att understödja åklagaren i dennes uppgift att bevisa hans skuld.¹³¹

I målen *Funke*¹³² och *Crémieux*¹³³ hade klagandena, som var misstänkta för valutabrott, ålagts vid vite att till myndigheterna överlämna vissa handlingar om sina tillgångar i utlandet. Europadomstolen ansåg detta strida mot artikel 6 (1) i Europakonventionen, eftersom föreläggandena innebar att man sökt tvinga klagandena att tillhandahålla bevis om brott som de misstänktes ha begått.

I *Funke* slog Europadomstolen här till fast att var och en som är föremål för prövning i den mening som avses i konventionen, med stöd av artikel 6, har rätt att tåga eller rätt att inte vittna mot sig själv. Eftersom Europadomstolen gått längre än EG-domstolen gjorde i fallet *Orkem* och under artikel 6 tolkat in en *absolut* rätt att tåga, är det vanligt att sökanden i konkurrensärenden inför EG-domstolen artikel 6.

I *Orkem* avfärdade domstolen existensen av en absolut rätt att tåga och slog fast att en begäran om upplysningar med stöd av artikel 11 i den gamla tillämpningsförfordningen, nr 17, inte kränker företagets rätt till försvar, även om det innebär att handlingarna *kan användas* för att fastställa att företaget gjort sig skyldigt till överträdelse av konkurrensreglerna. En begäran från Kommissionen om uppgifter eller svar genom vilka företaget *tvingas er-*

¹³¹ Danelius, H, sid 188

¹³² Funke

¹³³ Crémieux

känna förekomsten av en överträdelse, som det ankommer på Kommissionen att bevisa, ansågs däremot oacceptabel.¹³⁴

Europakonvention är avsedd att utgöra en europeisk ”minimistandard”, det vill säga en skyddsnivå som är i princip enhetlig för alla konventionsstater i den mening att den inte får underskridas av någon stat. För att en sådan gemensam mininivå skall uppnås krävs att konventionen tolkas så att den har samma materiella innehåll för alla konventionsstater, och därför ges konventionen en autonom tolkning.¹³⁵

Begreppet ”anklagelse för brott” är därmed autonomt, vilket bland annat innebär att det är utan betydelse om gärningen klassificerats som en brottslig gärning i medlemsstatens nationella rättsordning.

När Europadomstolen prövar om ett förfarande utgör en anklagelse för brott görs en bedömning utifrån tre alternativa kriterier;¹³⁶

1. förseelsens klassificering i nationell rätt
2. förseelsens natur
3. sanktionens natur och stränghet.

Medlemsstaternas val av klassificering av ett förfarande är utan betydelse, dock utgör klassifikationen den preliminära utgångspunkten i en bedömning huruvida en anklagelse för brott föreligger. Om ett brott har klassificerats såsom straffrättsligt i den nationella rätten *skall* brotten betraktas som straffrättsligt enligt europakonventionen.

Sanktionens natur och stränghet är i många fall det kriterium som är avgörande vid bedömningen av om det föreligger en anklagelse för brott. Det är viktigt att notera är att det är den påföljd som riskeras till följd av gärningen som domstolen tar utgångspunkt i, inte den faktiskt ålagda eller utdömda sanktionen.¹³⁷

Därutöver tas hänsyn till själva gärningen. Är det en gärning som innefattar ett brott som vem som helst kan begå, mot vilket man vill införa ett allmänt förbud, eller rör det sig endast om en förhållningsregel för en relativt begränsad grupp?

Om en bestämmelse föranleder fängelse eller annan form av frihetsberövande är brottet i regel så allvarligt att överträdelsen anses vara straffrättslig. Däremot brukar typiska disciplinära sanktioner i form av varningar och suspension tala i motsatt riktning.

Bedömningen av ekonomiska påföljder, t.ex. bötesstraff, är svårare att avgöra. Då det är frågan om ett högt bötesbelopp eller då bötesstraffet kan

¹³⁴ Orkem

¹³⁵ Danelius, H, sid. 56

¹³⁶ se bl.a. Engel and others v. Netherlands

¹³⁷ SOU 2001:25, s. 135

omvandlas till fängelse torde artikel 6 aktualiseras.¹³⁸ Det är dock enligt Europadomstolens praxis klarlagt att det inte är av avgörande betydelse för en tillämpning av artikel 6 om påföljden kan omvandlas till fängelse eller inte.¹³⁹

Vad vi har att ta ställning till i den här uppsatsen är huruvida Näringsförbudet huruvida näringsförbudet är att betrakta som en straffrättslig sanktion enligt EKMR. Vi kan börja med att konstatera att i svensk rätt är inte näringsförbud att se som en straffrättslig sanktion utan som en administrativ sådan.

Man kan även dra paralleller till hur diskussionen förts om skattetillägg och miljöstraffsavgifter.¹⁴⁰ Skattetillägget var i svensk rätt en sanktionsavgift d.v.s. inte en straffrättslig påföljd, men i NJA 2000 s 622 fastslog HD att skattetillägget var måste vara att anse som ett straff i den mening som ges i Art 6 EKMR. Frågan var om detta blev ett problem i dubbelbestraffningshänsyn.

Näringsförbudet har liksom en straffsanktion ett preventivt och avskräckande syfte och syftar inte till att reparera en skada utan endast till att bestraffa överträdelsen. Effekten och syftet av näringsförbudet är därmed det samma som för ett straff. Näringsförbudet föranleder dessutom en inskränkning i personens normala frihet.

Den som överträder ett näringsförbud skall dömas till fängelse i högst två år, vid ringa brott är straffskalan böter eller fängelse i högst sex månader.

Europadomstolen har ansett att bara för att man väljer att benämna en överträdelse på ett visst sätt, betyder inte det att man får lov att ändra alla processrättsliga regler som hör samman därmed. Rättssäkerhetsgarantierna är tillämpliga på grund av syftet och effekten av sanktionen och inte på grund av hur sanktionen benämns eller vem som utdömer den.¹⁴¹

Näringsförbudet bör anses vara en sådan anklagelse om brott som omfattas av reglerna i EKMR¹⁴². Detta innebär bland annat att Konkurrensverket i sina utredningar och i sitt samarbete inom ECN måste beakta frågan om rätten för en misstänkt att inte belasta sig själv.

7.1.2 Nätverket ur ett rättighetsperspektiv

När det gäller samarbete i ECN kan utväxlandet av information mellan de nationella konkurrensmyndigheterna föranleda vissa frågor kring säkerställandet av mänskliga rättigheter.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Se Lauko v. Slovakien och Kadubec v. Slovakien

¹⁴⁰ För vidare utveckling, se t.ex. SOU 2004:131, sid. 231.

¹⁴¹ Danelius, H, sid. 138

¹⁴² jfr Danelius, H, sid. 145 ff.

Bestämmelsen i artikel 12 (3) i förordning 1/2003 kan ses som ett sätt att tillgodose de krav på en rättvis rättegång om ställs av EKMR artikel 6. I artikeln stadgas som vi ovan sett att information som förs vidare i nätverket endast kan användas för att ge administrativa påföljder.

Två problem kan enligt Wouter P.J. Wils antas förekomma vad gäller samarbetet mellan medlemmarna i nätverket. Del hur vid användningen av bevisen som samlats in av en nationell konkurrensmyndighet blir hos den mottagande konkurrensmyndigheten, dels hur olika rättssäkerheten är i de olika medlemsstaternas jurisdiktioner.¹⁴³

Problem som kan tänkas uppstå är t.ex. när EG-rätten endast stadgar finansiella påföljder kan medlemsstaterna sanktionera konkurrensbrotten med fängelsestraff för enskilda. Om en nationell konkurrensmyndighet samlat in information åt den mottagande staten, måste artikel 6 EKMR med rätten att inte belasta sig själv, tillämpas vid uppsökandet av informationen.¹⁴⁴

Lösningen på detta problem måste bli att de medlemsstaterna som har fängelsestraff som sanktion inte användare den information som samlats in i sändarstaten, alternativt inte alls tar emot informationen.¹⁴⁵

Wils menar dock att så länge som varje fall som behandlas inom nätverket behandlas bara av en konkurrensmyndighet och att denna uppfyller kraven i Artikel 6 EKMR på en oberoende och opartisk tribunal, kommer det förmodligen inte uppstå några problem.¹⁴⁶ Artikeln av Wils är dock publicerad 2002, det vill säga innan moderniseringsreformen trädde ikraft. Han anser dock i sin slutsats att förordning 1/2003 torde vara förenlig med EKMR och även det ännu ej ratificerade Charter of Fundamental Rights of the EU.

7.1.3 Särskilt om problematiken kring skattetillägg

Framför allt rättsekonomiska orsaker har med tiden lett till att olika typer av sanktionsavgifter tagits i bruk som ersättning för , eller komplettering till, de kriminalrättsliga straffen.¹⁴⁷ Enligt brottsbalken är inte sådana sanktionsavgifter straff och inte heller påföljd för brott. Det förfarande som använts för att påföra avgifterna är vanligen administrativt och enligt svensk rätt handlar det om administrativa påföljder som påförs genom ett administrativt förförande och inte om straff för brott.

¹⁴³ Wils, sid. 22

¹⁴⁴ Ibid, sid. 25

¹⁴⁵ Ibid, sid 26

¹⁴⁶ Ibid, sid. 33

¹⁴⁷ Se Alvar Neslon: Kriminalpolitik och ingripanden vid brott. 1990 års upplaga, Uppsala 1990, sid. 113-121

Denna uppdelning mellan brott och kriminalrättsliga straff och påföljder å ena sidan och administrativa avgifter för överträdelse av förvaltningsrättsliga bestämmelser å andra sidan rubbas av artikel 6 EKMR och dess bestämmelse om vad som avses med ” anklagelse för brott”. Denna problematik har stått mycket klart bl.a. när det gäller behandlingen av skattetillägget.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Träskman, sid. 866

8 SOU 2006:99 *En ny konkurrenslag*

Den 29 november 2006 lämnade utredningen om en översyn av konkurrenslagen¹⁴⁹ över sitt betänkande En ny konkurrenslag (SOU 2006:99) till näringsminister Maud Olofsson. Sten Heckscher har varit särskild utredare. Utredningens uppdrag har framförallt varit att

- se över konkurrenslagens struktur och överskådlighet
- öka effektiviteten i det rättsliga förfarandet på konkurrensområdet
- föreslå regler som tydligare än idag utvisar att speciellt kännbara konkurrensskadeavgifter skall fastställas i särskilt allvarliga fall
- överväga frågan om kriminalisering

Syftet med utredningen är att skapa en mer överskådlig och lättillgänglig konkurrenslag. Utredningen föreslår därför en helt ny konkurrenslag.¹⁵⁰ Bland annat har utredningen funnit att skälen som talar mot en kriminalisering på konkurrensrättens område är starkare än de skäl som talar för en sådan reform.

Utredningen har vidare lagt fram att sanktionsmöjligheterna för vissa allvarliga överträdelser av konkurrensreglerna utöka med bestämmelser om näringsförbud.

Ett annat förslag som utredningen lagt fram nya, mer preciserade regler om vilka omständigheter som skall beaktas vid bestämmande av konkurrensskadeavgiftens storlek införs i konkurrenslagen med syftet att underlätta för parterna och domstolarna att identifiera överträdelser som är särskilt skadliga från konkurrenssynpunkt och som förtjänar höga avgifter.¹⁵¹

För denna uppsats är det förslaget om ett införande av näringsförbud som är mest intressant.

¹⁴⁹ N 2004:19

¹⁵⁰ Pressmeddelande, Näringsdepartementet

¹⁵¹ Ibid.

9 Analys

När förordning 1/2003 trädde ikraft den 1 maj 2004, påbörjades en ny era i den europeiska konkurrensrätten. Den nya tillämpningsförordningen introducerade ett system med parallella kompetenser för kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna. Tillämpningen av artikel 81 och 82 har förändrats radikalt.

Förändringarna som kom med förordning 1/2003 kan ses som en naturlig utveckling av samarbetet inom EU, mellan dess institutioner och medlemsstater. Det nya systemet skall garantera en effektivare tillämpning av EU:s konkurrensregler till förmån för konsumenter och näringsliv, och samtidigt förhoppningsvis minska byråkratien för företagen i Europa.

Enligt rådet och kommissionen är meningen med decentraliseringen av tillämpningen av gemenskapens konkurrenslagstiftning att de nationella konkurrensmyndigheternas ställning skall stärkas. Alla konkurrensmyndigheter inom nätverket skall således vara oberoende av det övriga och samarbetet dem emellan skall ske på grundval av jämlikhet, respekt och solidaritet.

Moderniseringsreformen har medfört ändringar i den svenska konkurrenslagen. Ansöknings- och anmälningssystemet för individuella undantag och icke-ingripandebesked har avskaffats, samtidigt som undantagsregeln I konkurrenslagen blivit automatiskt tillämplig (8 §).

Den nya förordningen harmoniserade dock inte nationella processregler och sanktioner, och även om trenden inom gemenskapen har gått mot en harmonisering kvarstår det faktum att de nationella rättsystemen har olika sanktionssystem. Det finns goda skäl att sträva efter en konvergens även inom detta område.

Huvudsyftet med denna uppsats är att titta på huruvida det förslag på införande av näringsförbud som sanktion i den svenska konkurrenslagstiftningen kommer att påverka Sveriges möjligheter till samarbete inom det Europeiska konkurrensnätverket.

9.1 Näringsförbud som sanktion

Diskussionerna kring konkurrensrättens sanktioner har ofta påvisat ett behov av individuella sanktioner för allvarliga överträdelse av förbudsbestämmelserna i konkurrenslagen och i EG-fördraget. Det är avgörande för en verkningsfull konkurrensrätt att förbud i konkurrenslagen verkligen genomdrivs och får effekt. Jag har ägnat min framställning åt en av de sanktioner som kan komma ifråga, näringsförbudet.

Genom att välja näringsförbud som individuell sanktion håller vi oss inom det redan befintliga administrativa sanktionssystemet och inte som tidigare föreslagits genom kriminalisering. Det troligaste är att reglerna om näringsförbud byggs upp i likhet med de som finns i lagen om näringsförbud, i väsentliga delar.

Som vi sett tidigare i uppsatsen borde man dock kunna utgå från att näringsförbudet i Europakonventionens mening är att anse som en straffrättslig sanktion. Konkurrensverket måste därmed i sina utredningar beakta de grundläggande principerna om rätten för en misstänkt att inte belasta sig själv.

Syftet med att införa näringsförbud på konkurrensrättens område bör enligt min mening vara detsamma som syftet med den nuvarande lagen om näringsförbud, dvs. att förhindra personer som orsakar stora skador inom ramen för bedriven näringsverksamhet att fortsätta med det och att det i vissa fall kan framstå som stötande att sådana personer får fortsätta att ägna sig åt näringsverksamhet.

Personkretsen kommer enligt utredaren att vara de som rättsligt eller faktiskt utövar ledningen över företag som ingår eller tillämpar avtal som är förbjudna enligt 6 § KL eller artikel 81 i EG-fördraget och som innebär att företag i samma produktions – eller handelsled fastställer försäljningspriser, begränsar eller snedvrider konkurrensen. För att ett förbud skall kunna meddelas bör personen i fråga därigenom ha grovt åsidosatt vad som ålegat honom eller henne i näringsverksamheten, och ett näringsförbud bör vara påkallat ur allmän synpunkt.¹⁵²

Även om EG inte har någon uttrycklig kompetens att diktera sanktionernas utformning ställs krav på att de skall vara verklig och effektiv. Detta innebär att sanktionerna faktiskt skall tillämpas i praktiken, att påföljden skall stå i proportion med gärningen och att den skall vara av en viss stränghetsgrad. En sanktion på konkurrensrättens område skall avskräcka från att ingå samarbete i form av karteller.

Då det gäller näringsförbud kan man fråga sig om det kommer att bli särskilt vanligt förekommande, det har sedan sanktionen infördes i svensk rätt riktats kritik mot att det inte döms ut i tillräcklig omfattning. Det är även ett känt problem redan nu att det är svårt att övervaka tillsyn över ett meddelat näringsförbud. Kraven på en verklig och effektiv sanktion kan därför ifrågasättas om de kan uppfyllas.

Dock kommer sannolikt ett näringsförbud kan uppfattas som en sträng sanktion för de personer som kan komma ifråga. Det torde bli svårt för ett företag att kompensera den som drabbas av ett näringsförbud. För en person som befinner sig i ledande position inom ett företag, kommer det att innebära en risk att känna till eller misstänka att olagliga samarbeten med kon-

¹⁵² SOU 2006:99, sid. 587

kurrenter förekommer. Näringsförbudet kan därmed anses ha en beaktansvärd allmänpreventiv effekt, det är dock svårt att mäta hur stor effekten kommer att bli.

Den egentliga frågan är kanske inte om näringsförbudet är en kraftfull, effektiv sanktion om man ser till att avskräcka överträdelser av konkurrensreglerna utan snarare får man fråga sig om konkurrensreglerna kommer att kunna tillämpas på ett effektivt sätt.

En fråga som uppkommit i utredningarna om en eventuell kriminalisering av konkurrensbrott är huruvida rättsväsendet faktiskt klarar av den ytterliga belastning som detta skulle innebära. I detta hänseende ter sig näringsförbud som en kostnadseffektiv sanktion vid jämförelse med t.ex. fängelsestraff.

9.2 ECN

Det europeiska konkurrensnätverket är bara ett av många samarbeten mellan myndigheter inom EU. Syftet med samarbetet i nätverket är att de nationella konkurrensmyndigheterna mer effektivt skall kunna ingripa mot allvarliga konkurrensbegränsningar som påverkar handeln mellan medlemsstaterna genom att bistå med uppgiftsinsamlande och informationsutbyte.

Bestämmelserna i artikel 12 i förordning 1/2003 begränsar Konkurrensverkets möjligheter att åberopa information som utbytt inom nätverket som bevismedel för att ålägga fysiska personer. Detta är tillåtet endast om det i den översändande konkurrensmyndighetens nationella lagstiftning förutses påföljder av liknande slag, eller om så inte är fallet, informationen hämtats in på ett sätt som respekterar samma nivå av skydd för fysiska personers rätt till försvar som följer av svensk lagstiftning.

Dessa skyddsmekanismer kan utgöra ett problem om Sverige väljer att införa Näringsförbud som individuell sanktion. Kravet på rättssäkerhet beror på vilken myndighet som får utdöma Näringsförbudet.

Rätten att inte belasta sig själv garanteras i artikel 6 i Europakonventionen för mänskliga rättigheter. Syftet med artikeln är att säkerställa en opartisk prövning av rättsliga anspråk. Enligt Europakonventionen kan ingen brottsanlagad tvingas ta fram bevis som kan användas mot honom själv. Det utgör en central del i rätten till en rättvis rättegång.

Skyddet för individen är högre än det för ett företag. Det betyder att information som samlats in under det lägre rättssäkerhetsskyddet för företag, inte kan användas i en process mot en individ.

Idag finns det många ”arbets-grupper” inom ECN, bestående myndighetspersoner från de nationella konkurrensmyndigheterna, den normala storleken är ungefär 15-18 medlemmar. Det finns en grupp som särskilt arbetar med sanktioner och förfaranden. Grupperna är särskilt angelägna att arbeta

för en harmonisering av EG-rätten och de skiftande nationella lagstiftningarna.¹⁵³

Nätverket kommer som jag ser det spela en allt större roll i den framtida tillämpningen av den europeiska konkurrensrätten. Det kommer att medverka till ett effektivt samarbete inom gemenskapen och till en harmonisering av konkurrensrätten inom EG. Nätverket kommer att spela en nyckelroll för den praktiska hanteringen enligt den europeiska konkurrensrätten.

9.3 Effektivt samarbete

Kommissionen är ytterst ansvarig för att utveckla politiken och säkra effektivitet och enhetlighet. En del författare liknar nätverket med ett spindelnät, där kommissionen kan ses som ”spindeln i nätet”.

Monica Widegren har uttryckt att samarbetet inom ECN hittills har fungerat väl och att det ökade informations- och erfarenhetsutbytet kommer att leda till en ökad effektivitet i bekämpningen av olagliga konkurrensbegränsningar.¹⁵⁴

Dekeyser och Dalheimer skriver i sin artikel om de tio första månaderna av samarbete inom ECN, att redan denna korta tid visat att informationsutbytet under artikel 12 är outhärligt om man vill ha en effektiv konkurrensbrottsbekämpning.¹⁵⁵

Samarbetet inom nätverket kommer med all säkerhet att fördjupas och utvecklas inom de närmsta åren

Precis som tillkännagivandet förutsåg har situationerna när fall byter hand mellan de nationella konkurrensmyndigheterna dock varit ovanliga om man jämför med alla de fall som utreds av konkurrensmyndigheterna.¹⁵⁶

Konkurrensmyndigheter över hela världen finner mer och mer att effektiviteten i deras arbete i många fall är beroende av samarbete över gränserna. Det är därför enligt min mening viktigt att Sverige inte underskattar vikten av Sveriges deltagande i ECN.

Vad gäller frågan om kriminalisering av konkurrensbrott blir konflikten mellan straffrättsliga sanktioner och ekonomisk effektivitet uppenbar. Det är tydligt att en kriminalisering skulle innebära att Sveriges möjlighet att ta del av uppgifter inom ramen för nätverket försämras. Samarbetet mellan de nationella konkurrensmyndigheterna bygger i mångt och mycket på förtroende, diskussion och samförståndslösningar.

¹⁵³ Dekeyser, Dalheimer, sid. 18

¹⁵⁴ Widegren, sid. 496 ff

¹⁵⁵ Dekeyser, Dalheimer, sid. 11

¹⁵⁶ Ibid, sid. 7

Jag har inte kunnat finna några övertygande skäl till varför ett införande av näringsförbud som sanktion på konkurrensrättens område skulle ge en annan slutledning än den som remissinstanserna anförde i sin kritik mot utredningen av konkurrensbrott. Min mening är att näringsförbudet som sanktion är att jämföras med en straffrättslig sanktion enligt Europakonventionens praxis och därmed torde ge liknande konsekvenser på samarbetet inom ECN.

I SOU 2006:99 har utredaren kommit fram till att lösningen med att införa näringsförbud sannolikt kommer att stärka Sveriges ställning inom nätverket ECN. Detta eftersom effekten av ett system med näringsförbud är att vi på nationell väg, i enlighet med OECD:s rekommendationer, inför ett system av individuella sanktioner för vissa särskilt allvarliga överträdelser av EG:s konkurrensregler.

Utredningen finner alltså inte några effektivitetsförluster vad gäller Sveriges samarbete inom det europeiska konkurrensnätverket. Jag är benägen om att hålla med att ett införande av individuella sanktioner för vissa allvarliga överträdelser av EG:s konkurrensregler är rätt väg att gå för att få en mer effektiv tillämpning.

9.4 Ett europeiskt näringsförbud?

Näringsförbud är ett effektivt sätt att komma tillrätta med ekonomisk brottslighet. Det krävs dock att näringsförbuden följs och att eventuella överträdelser utreds och bestraffas.

Eftersom näringsförbudet är nationellt begränsat uppstår vissa effektivitetsförluster. En lösning skulle enligt min åsikt vara att införa ett europeiskt näringsförbud.

Idag kan svenska myndigheter inte vidta några åtgärder mot näringsidkare som startar upp en näringsverksamhet i en annan medlemsstat efter att ha meddelats näringsförbud i Sverige. I realiteten betyder detta att näringsidkaren till och med kan starta en verksamhet som riktar sig mot samma kunder. Ett näringsförbud som meddelats i en annan medlemsstat utgör heller inte något hinder för personen i fråga att driva en näringsverksamhet i Sverige. Problemet ligger i att det inte finns någon internationell konvention när det gäller näringsförbud.

9.5 Avslutande kommentarer

Under senare år har vi inom unionen sett en utveckling mot en frivillig harmonisering inom konkurrensrätten.

Enligt vitboken är det av avgörande att decentraliseringen inte resulterar i en bristande enhetlighet i tillämpningen av gemenskapens konkurrensrätt. Det står att läsa att kommissionen i sin egenskap av fördragets väktare och garant för gemenskapens intresse och underställd EG-domstolens kontroll har en särskild roll att spela när det gäller att verkställa gemenskapsrätten och garantera en enhetlig tillämpning av konkurrensreglerna. Ytterst blir det för EG-domstolen att bestämma.

Förslaget som nu lagts fram genom SOU 2006:99, att utöka sanktionsmöjligheterna för vissa allvarliga överträdelser av konkurrensreglerna med införande av näringsförbud som individuell sanktion är enligt min mening ett steg i rätt riktning. Jag tror att Näringsförbudet har förutsättningar att ha en sådan allmänpreventiv, avskräckande funktion att sanktionen tjänar sitt syfte. Det får dock inte sked på bekostnad av effektiviteten i Sveriges samarbete i ECN.

Frågan om enhetlighet och homogenitet vid tillämpning och tolkning av EG-rättsliga regler är varken ny eller unik för konkurrensrätten. Ämnet har sedan EG-fördragets ikraftträdande varit föremål för diskussion inom unionen och strävan efter en enhetlig tillämpning av EG-rätten i medlemsstaterna är en ständigt pågående process.

Genom SOU 2006:99 kan frågan om en kriminalisering av konkurrensrätten anses färdigutredd, vilket är ett välkommet ställningstagande av utredningen. Men även vid ett införande av en administrativ sanktion åtnjuter en individ ett högre rättsskydd än ett företag.

Den nuvarande sanktionen, konkurrensskadeavgift, har endast använts i Sverige i ett begränsat antal fall. Det är först på senare år som Konkurrensverket mer energiskt har börjat utnyttja detta redskap för att bekämpa karteller. Hur effektivt redskapet är kan därför vara svårt att avgöra idag.¹⁵⁷ Det är även svårt att förutse de problem som kan uppkomma allteftersom nätverkets samarbete utvecklas.

Det är dock av största vikt att frågan om vilken betydelse ett införande av en individuell sanktion skulle få på Sveriges deltagande i nätverket ECN utreds grundligt. Det råder inga tvivel om att en kriminalisering av konkurrensrätten skulle innebära att Sveriges möjligheter att få del av uppgifter inom ramen för samarbetet inom nätverket, eller i vart fall att få använda dessa uppgifter inskränks. Det borde även försvåra konkurrensverkets möjlighet att använda sig av Leniency programmen.

Eftersom vi redan kunnat konstatera att näringsförbud enligt Europakonventionen torde vara att jämställa med en straffrättslig sanktion är det av vikt att frågan om inte också införandet av denna individuella sanktion ses på samma sätt av de andra medlemsstaterna.

Ytterst ska införandet av en individuell sanktion syfta till att förbättra marknadens funktionsförmåga, till nytta för medborgarna och konsumenterna. Vid tiden för författande av den här uppsatsen började huvudförhandlingen i det s.k. Asfaltskartell-målet i Stockholms tingsrätt. Nyhetssändningarna vittnade om hur media, och allmänheten, gärna vill veta vilka individer som är skyldiga. I allmänhetens ögon är en individuell sanktion förmodligen välkommen.

I SOU 2006:99 utgår man från att det finns två typfall av de allvarligaste överträdelseerna av konkurrensreglerna (karteller). I det ena fallet sker överträdelsen med företagsledningens direkta deltagande eller tysta godkännande. I det andra fallet begås överträdelsen längre ned i organisationen, utan företagsledningens kännedom och många gånger då i strid mot interna instruktioner.¹⁵⁸

Med ett näringsförbud som sanktion blir det mer riskabelt för de personer som i det första typfallet, företagsledningen, ägnar sig åt otillbörliga samarbeten med konkurrenter. Det innebär också en större risk att misstänka att sådana oegentligheter förekommer på företaget. Sanktionen riktar sig direkt mot personerna som har störst möjlighet att påverka hur företaget håller sig i förhållande till konkurrensreglerna.

Min bedömning är att frågan är något oklar. Det som är säkert är att det vore oklokt att föreslå en sanktion som försvårar förutsättningarna för Sveriges deltagande i ECN.

Även om näringsförbudet inte är att uppfatta som straffrättsliga regler inom svensk rätt bör samma bedömningsgrunder användas när det gäller precision och förutsebarhet, som för en straffrättslig sanktion. Bestämmelsen bör uppnå den rättssäkerhetsnivå som den enskilde kan förvänta sig.

Som vi ser tidigare i uppsatsen begränsas lagen om näringsförbud till överträdelse som begåtts inom Sverige. Det kan ses som ett problem, då vi ser till EU som en gemensam marknad och näringsförbudet inte hindrar individen att bedriva näringsverksamhet i en annan medlemsstat mot en svensk marknad.

En annan fråga är om de skillnader som finns bland straffrättsliga nationella påföljder överhuvudtaget inom EU, generellt är ett hinder för att uppnå målet om att skapa en union med frihet, säkerhet och rättvisa och hindrar de ömsesidiga erkännandena. Men det är förmodligen en helt annan uppsats.

¹⁵⁸ SOU 2006:99, sid. 574

Min åsikt är att effektiviteten av moderniseringsformen skulle bli än större av en harmonisering av medlemsstaternas sanktioner och jag anser att det är något kommissionen borde arbeta för.

Jag har inte kunnat finna några skäl för varför ett införande av Näringsförbudet som individuell sanktion för vissa allvarliga konkurrensöverträdelser skulle föranleda en annan bedömning än den som tidigare anförts vad gäller kriminalisering, vad gäller effekten på Sveriges medverkan i ECN.

Dock anser jag att Näringsförbudet som det har föreslagits i SOU 2006:99 är ett bra förslag om man vidhåller tanken på att införa individuella sanktioner. Kanske borde man dock arbeta för att en individuell sanktion införs på gemenskapsnivå.

Vad som är klart är dock att harmoniseringen mellan europeisk och nationell konkurrensrätt kommer att gå vidare med ambitionen att få ett så effektivt fungerande konkurrensrättsligt system som möjligt. Moderniseringsreformen har i det mesta slagit väl ut men vi är fortfarande bara i början av en process.

Enligt artikel 6 i Europakonventionen skall envar vid prövningen av en anklagelse för brott mot honom ha vissa rättigheter. Vid prövningen av huruvida ett visst förfarande utgör anklagelse för brott utgår Europadomstolen inte bara från hur företeelsen klassificeras i den nationella rätten, de kriterier som domstolen använder sig av utgörs huvudsakligen av de s.k. Engel-kriterierna. Avgörande är förfarandets nationella klassificering, handlingens natur och påföljdens natur och stränghet.

Ett ”europeiskt näringsförbud” skulle enligt min mening bidra till en sundare konkurrens mellan olika företagare inom EU, samtidigt som gränsöverskridande brottslighet skulle motverkas.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Andersson, Torbjörn, *Rättsskyddsprincipen. EG-rätt och nationell sanktions – och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv*, Iustus förlag, Uppsala 1997

Allgård, Olof, Norberg, Sven, *EU och EG-rätten. En handbok och lärobok om EU och i EG-rätt*, fjärde upplagan, Nordstedts juridik, Stockholm 2004

Asp, Peter, *EG:s sanktionsrätt. Ett straffrättsligt perspektiv*, Iustus förlag, Uppsala 1998

Danelius, Hans, *Mänskliga Rättigheter i Europeisk Praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Uppl. 2, Stockholm 1998

Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*, Iustus förlag; Uppsala 2001

Korah, Valentine, *An introductory guide to EC competition law and practice*, fourth edition, Hart publishing, Oxford 2004

Svensson, Bo, *Kommentar till lagen om näringsförbud*, Tholin & Larsson, Göteborg 1986

Artiklar

Asp, Petter, *Till frågan om EG:s straffrättsliga kompetens – banbrytande dom I EG-domstolen*

Andreangeli, Arianna, *The impact of the Modernisation Regulation on the guarantees of due process in competition proceedings*, E.L.Rev., (2006) Vol. 31

Bernitz, Ulf, *Reformen av EG:s konkurrensrätt; vad blir effekterna för den nationella konkurrensrätten*, Europarättslig tidskrift (2006) Nummer 3, sid. 440

Dekeyser, Kris, Dalheimer, Dorothe, *Cooperation within the European Competition Network – taking stock after 10 months of case practice*

Lidgard, Hans Henrik, *Konkurrensrätt i förändring: Modernisering, Decentralisering och rättssäkerhet*, Europarättslig tidskrift (2003) häfte 1

Grauer, Céline, *Does the Effectiveness of the EU Network of Competition Authorities Require a Certain Degree of Harmonisation of National Procedures and Sanctions?*, European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities, Hart Publishing

Grauer; Céline, *Due Process in the face of divergent national procedures and sanctions.*

Norgren, Claes, *The Modernisation Reform of EC Antitrust Enforcement and its effects in Sweden*, ERT 2006:3

Palmér, Eugène, *Näringsförbudet och rättssäkerheten*, Festskrift till Gösta Wallin, 2002, Nordstedts juridik

Perrin, Benjamin, *Challenges facing the EU network of Competition Authorities: insights from a comparative criminal law perspective*, E.L.Rev., (2006) Vol. 31

Riley, Alan, *EC Antitrust Modernisation: The Commission does very nicely – Thank You! Part One: Regulation 1 and the Notification Burden*, E.C.L.R., (2003) Issue 11

Riley, Alan, *EC Antitrust Modernisation: The Commission does very nicely – Thank You! Part Two: Between the Idea and the Reality: Decentralisation under Regulation*, E.C.L.R., (2003) Issue 12

Träskman , Per Ole, *Förbudet mot dubbelbestraffning och skillnaden mellan brottslig gärning och brott*, Svensk Juristtidning

Widegren, Monica, *Ett år med samarbetet inom det europeiska konkurrensnätverket*, ECN, ERT 2005

Wils, Wouter P.J., *The EU Network of Competition Authorities, the European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the EU*, European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities, Hart Publishing

Wind, Elena, *Remedies and sanctions in Article 82 of the EC Treaty*, E.C.L.R., (2005) Issue 12

Offentligt tryck

SOU 1995:1 *Ett renodlat näringsförbud*

SOU 1997:123 *Ett effektivare näringsförbud*

SOU 2001:74 *Kartellbekämpning*

SOU 2003:73 *Reformerad konkurrensövervakning – Konsekvenser i Sverige av EG:s nya tillämpningsförfordning*

SOU 2004:131 *Konkurrensbrott – En lagstiftningsmodell*

SOU 2006:99 *En ny konkurrenslag*

Prop. 1995/96:98 *Ändrade regler för näringsförbud*

Prop. 1998/99:44 *Ändringar i lagen (1986:436) om näringsförbud*

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.

Övrigt

Wahl, Nils, Optimala sanktioner inom svensk konkurrensrätt, Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2006:3, Konkurrensverket, Stockholm 2006 (www.kkv.se)

Ekobrottsmyndigheten, Rapport om Näringsförbudens efterlevnad, Rapport 2004:2, tillgänglig på [www.ekobrottsmyndigheten.se](http://www.ekobrottsmyndigheten.se/upload/rapporter/rapportnaringsforbud.pdf) /upload/rapporter/rapportnaringsforbud.pdf 2006-12-23 14.55

Rättsfallsförteckning

MD 2005:7 Konkurrensverket./.Norsk Hydro m.fl.

Matthews mot Storbritannien, 24833/94, 18 februari 1999, Reports 1999-1

Funke mot Frankrike, 10820/84, 25 februari 1993, [1993] ECHR 7

Wilhelm mot Bundeskartellamt [1969] ECR 3 C-14/68

Orkem mot Kommissionen, [1989] ECR 3283 C-374/87