LUND UNIVERSITY

Är EUs konkurrensprocess rättsäker?

Lidgard, Hans Henrik

Published in:
Europarättslig tidskrift

2013

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

Link to publication

Citation for published version (APA):
Lidgard, H. H. (2013). Är EUs konkurrensprocess rättsäker? *Europarättslig tidskrift*, (4).

Total number of authors:
1

Creative Commons License:
Ospecificerad

General rights
Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.
• Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
• You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
• You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: https://creativecommons.org/licenses/

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Download date: 15. Sep. 2026

Är EUs konkurrensprocess rättsäker?

Av Hans Henrik Lidgard*

1. Inledning

Allt sedan kommissionens gryningsräd mot AstraZeneca år 2000 har jag följt behandlingen av bolagets numera fastslagna marknadsmissbruk.[1] Det genomgående temat har varit om myndigheterna gett AstraZenecas invändningar en rimlig behandling. Har den relevanta marknaden avgränsats på ett korrekt sätt när AZ:s dominerande ställning fastställts? Är undanhållandet av information i ett patentmål och återkallandet av marknadsföringstillstånd för läkemedel konkurrensrättsmissbruk och inte snarare aktiviteter som ska bedömas enligt immaterialrättsliga regler eller läkemedelsrätten.

När jag ser tillbaka på de samlade bidragen slår det mig att min främsta invändning är att myndigheterna så enögt främjar generisk konkurrens och parallellhandel på originaltillverkarnas bekostnad. Konsekvenserna är betydande. Förutom den eftersträvade prispressen har hållningen lett till betydande förändringar för läkemedelsindustrin. Sverige hade t.ex. på 1980-talet flera framgångsrika läkemedelsföretag i Pharmacia, Astra, Leo, Ferrosan och Ferring. Idag har dessa företag försvunnit från Sverige som självständiga enheter och inlemmats i större internationella grupperingar. På 80-talet stod den europeiska läkemedelsindustrin stark mot den

* Hans Henrik Lidgard är senior professor vid Lunds Universitet. Tack till Helene Andersson, Stockholm och Peter Westberg, Lund, som granskat manuskriptet och försett mig med värdefulla kommentarer.

[1] Se Lidgard, H.H., *Konkurrensrättsligt intrång i immaterialrättsskyddat område*, Essays in honour of Marianne Levin, Norstedts Juridik AB (2008); *AstraZeneca-domen – ett tufft besked [från förstainstansen] för originaltillverkare av läkemedel*, Europarättslig tidskrift 2010 s. 573; *Due process in European competition procedure: a fundamental concept or a mere formality?*, in Constitutionalising the EU judicial system; Essays in honour of Pernilla Lindh, Hart Publishing, 2011: och *[EU-domstolen] Mål C 457/10 P, AstraZeneca, Europarättslig tidskrift* 2013 s. 508.

amerikanska. Nu är rollerna ombytta. Behandlingen av AstraZeneca i domstolsprocessen måste också ses i detta perspektiv.

Den fråga jag ställer mig i denna slutsummerande artikel är om AstraZenecas argumentering har blivit föremål för en rättvis behandling. Är förfarandet i kommissionen korrekt och tillgodoser det i alla delar de rättssäkerhetskrav som kan ställas? Gör domstolarna en full eller begränsad bedömning av kommissionens beslut? I vilken mån förlitar sig domstolarna på kommissionens bedömning utan att pröva dem? Leder förfarandet till ett rimligt slutresultat?

2. Den administrativa processen

Först och främst kan det finnas anledning att syna den administrativa processen i sömmarna. Hur är systemet uppbyggt? Vad säger fördragsbestämmelserna och hur implementeras dessa?

Fördragsbestämmelserna

De materiella konkurrensreglerna i Artiklarna 101 och 102 FEUF innehåller inga processuella bestämmelser. De följande artiklarna ger bemyndiganden för rådet och Europaparlamentet att på kommissionens förslag fastställa tillämpningsbestämmelser med rätt att besluta om böter i syfte att säkerställa en effektiv övervakning och förenkla den administrativa kontrollen. Bestämmelserna klargör kommissionens och EU-domstolens roller och förhållandet till den nationella lagstiftningen. Artikel 105 FEUF fastställer att det är kommissionen, som ska säkerställa tillämpningen av konkurrensreglerna. Om kommissionen finner att en överträdelse ägt rum, ska den föreslå lämpliga åtgärder för att få denna att upphöra. Upphör inte överträdelsen ska kommissionen genom ett motiverat beslut fastslå att en överträdelse av principerna föreligger.[2] Rådet kan dessutom delegera rätt för kommissionen att anta gruppundantagsförordningar.

[2] Formuleringen i artikel 105 ger närmast intryck av att kommissionen först ska meddela beslut om att ett visst förfarande ska upphöra. Först om det inte sker kan den meddela ett motiverat slutligt beslut. Ett sådant förfarande skulle mer överensstämma med den missbruksprincip som tidigare tillämpades i Sverige. Bestämmelserna säger inget om vilket beslut som kan bli föremål för sanktioner.

Tillämpningsförordningar

1958 års konkurrensregler i EEC-fördraget fick sina tänder genom Tillämpningsförordning 17/62.[3] Med stöd av dessa regler inskärptes under andra hälften av 1900-talet vikten för företagen att följa det EU-rättsliga systemet. Tillämpningen var ofta formell och lämnade ibland frågetecken om den tog hänsyn till den verklighet som styrde företagens agerande. Genom moderniseringen av konkurrensrätten och införandet av Tillämpningsförordning 1/2003[4] inleddes en ny era baserad på ekonomiska överväganden. Både 1962 och 2003 års förordningar stipulerar höga böter vid överträdelser. Bötesbeloppen har genom åren successivt ökat och uppgår idag till svindlande höga belopp.

FO 1/2003 klargör att konkurrensrättsprocessen styrs av fundamentala rättsprinciper. Premiss 37 klargör att de principer, som erkänns i Europeiska Unionens Stadga om de Grundläggande Rättigheterna (”Stadgan”) [5] ska beaktas i kommissionsprocessens olika faser. Med införandet av Stadgan och den tilltänkta knytningen till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (”Europakonventionen”) [6] har en betydelsefull dimension tillförts processen.[7] Stadgan, som reflekterar Europakonventionen, är bindande och innehåller grundläggande rättssäkerhetsprinciper som ställer höga krav på konkurrensrättsförfarandet i unionen.[8]

---

[3] Förordning nr 17/62: Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (numera artiklarna 101 och 102), EGT 1962/1.

[4] Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002, om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 (numera artiklarna 101 och 102) i fördraget, EGT 2003 L 1/1.

[5] Europeiska Unionens Stadga om de Grundläggande Rättigheterna (”Stadgan”), EGT 2010 C 83/02.

[6] Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (”Europakonventionen”). Konventionen är inkorporerad i svensk rätt. (Lag 1994:1219).

[7] Rätten till en rättvis rättegång och rätten till försvar fastställs i artiklarna 47 och 48 i Stadgan, samt i artikel 6 i Europakonventionen.

[8] Andersson, H., *Fundamental Rights and Antitrust Proceedings – A Perfect Match or the Wedding from Hell?*, LSEU/CP 2 (2012), pp 11-21,15: “Even though the accession to the ECHR appears to be anything but imminent, this does not mean that the EU institutions are not obliged to ensure the protection of the rights enshrined in the ECHR. Article 52(3) of the Charter stipulates that, to the extent it affords rights that correspond to ECHR rights, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the ECHR. EU law may only derogate from the ECHR if such derogation means more extensive protection. As a result, the ECHR and the case law of the European Court of Human Rights

Den nya regleringen syftar till att klara de utmaningar som marknadsintegreringen och den framtida utvidgningen av unionen medför. Genomgående präglas förordningen av en strävan att skapa en effektiv och enhetlig tillämpning av konkurrensreglerna i följande steg:

Utredningsfasen

Kommissionen kan under sin utredning av en förmodad överträdelse begära in upplysningar från företagen. När företag besvarar kommissionens frågor kan de inte tvingas medge en överträdelse, ”men de är under alla förhållanden skyldiga att besvara frågor om sakförhållanden och tillhandahålla handlingar, även om dessa upplysningar kan komma att användas emot dem.” Kommissionen har också befogenhet att genomföra inspektioner, kopiera handlingar, spegla datorinnehåll, hålla förhör och försegla utrymmen. Inspektionsrätten omfattar även företagsledares och medarbetares privata bostäder.

Kommunikationsfasen

Kommissionens utredning och analys leder fram till ett meddelande om invändningar (”statement of objections”), som kommuniceras med det berörda företaget, vilket inleder den fas när företagen har rätt att yttra sig över kommissionens påståenden. För att garantera en effektiv tillämpning av reglerna och respektera de grundläggande rättigheterna till försvar regleras bevisbördan så att kommissionen ska bevisa överträdelsen medan företaget ska visa att objektivt godtagbara skäl för agerandet ska tolereras. Utöver rätten till försvar säkerställs den anklagades rätt till tillgång till handlingar i ärendet med vissa sekretessförbehåll.

Förhandlingar i kommissionen leds av ett särskilt oavhängigt förhörsombud. Ombudet ska övervaka att kommissionen genomför konkurrensförfaranden på ett rättvist, opartiskt och objektivt sätt och säkerställa att parternas processuella rättigheter respekteras och då speciellt rätten att bli hörd innan ett enskilt beslut fattas.[9]

(the Strasbourg court or the ECtHR) now lays a floor in the protection of fundamental rights by the EU even before the EU has become a party to the ECHR.”

[9] Beslut 2011/695 av Europeiska kommissionens ordförande av den 13 oktober 2011 om förhörsombudets funktion och kompetensområde i vissa konkurrensförfaranden, EGT 2011 L 275/29.

Beslutsfasen

Den sista fasen är antagandet av själva beslutet. Det är samma grupp funktionärer, som genomfört det förberedande utredningsarbetet, som bereder det slutliga beslutet och föreslår storleken på böter och påföljder. Innan slutligt beslut kan fattas ska förslaget kommuniceras med en rådgivande kommitté av representanter från medlemsstaterna. Det slutliga beslutet fattas av kommissionen som kollegialt organ, men det är framför allt en formsak.

Alla beslut är underkastade EU-domstolens prövning och domstolen har en obegränsad behörighet när det gäller kommissionens beslut att ålägga böter eller förelägga viten.

Grundläggande rättigheter

Vid antagandet av FO 1/2003 var varken Europakonventionen eller Stadgan bindande. Domstolen hade dock återkommande fastslagit att de grundläggande rättigheterna skulle respekteras och den uppfattningen klargörs nu entydigt i förordningen.

Genom Lissabonfördraget blev Stadgan bindande och det framgår också av fördraget att unionen ska anslutas till Europakonventionen. Därmed förstärks kopplingen till de grundläggande rättigheterna och speciellt kravet på rätten till en rättvis rättegång och effektiva rättsmedel. [10] Såväl Konventionen som Stadgan uppställer dessutom en rad andra krav på förfarandet. Stadgan preciserar t.ex. krav på god administration, en rättvis rättegång baserat på principer om legalitet och proportionalitet, en presumtion om oskuld, tillgång till handlingar och krav på att inte bestraffas flera gånger för samma handling.

Denna koppling förändrar landskapet i unionen. I europeisk rättspraxis har traditionen varit stark att betrakta olika processuella föreskrifter som

[10] Europakonventionen, artikel 6 - Rätt till en rättvis rättegång: "(1) Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig rättegång inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol som upprättats enligt lag. … (2). Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts.

Stadgan, artikel 47 - Rätt till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol: Var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol…

praktiska föreskrifter för att säkra ett effektivt förfarande. Det gäller inte minst den administrativa processen. Den amerikanska inställningen är annorlunda. Kravet på ”due process” har en konstitutionell bas för att säkra individens frihet och integritet. Med kopplingen till de grundläggande friheterna, som har en ställning som minst motsvarar de grundläggande fördragstexterna, förstärks skyddet i EU på ett alldeles avgörande sätt. Frågan är om det konkurrensrättsliga systemet lever upp till de grundläggande kraven i Stadgan och Europakonventionen?

Kommissionen har successivt skärpt sina interna rutiner efter omfattande påtryckningar.[11] Under 2011 publicerade EU-kommissionen sina ”Best Practices” för utredningar av karteller och missbruk av dominerande ställning.[12] Riktlinjerna föreskriver utökad informationsplikt om böter redan i samband med ”statement of objections”, fler möten med parterna och bättre tillgång till akten med ökade befogenheter för förhörsombudet att övervaka att processen uppfyller de grundläggande rättighetskraven.[13]

Förändringen märks också i rättspraxis. Antalet ärenden, som baseras på rättssäkerhetsaspekter ökar alldeles påtagligt i domstolarna. En betydande del av de konkurrensrättsliga överklagandena åberopar brister i kommissionens handläggning.

Trots alla dessa åtgärder kvarstår den grundläggande kritiken. Kommissionens inflytande måste begränsas om processen ska kunna bli balanserad och rättvis. Det är inte rimligt att samma instans agerar utredare och åklagare med rätt att dessutom utdöma stränga påföljder.

---

[11] John Temple Lang överklagade ett kommissionsbeslut som innebar att kommissionen inte ofentligjorde sin interna handläggningsprocedur. Klagomålet ledde till utdragen domstolsprocess som förliktes genom att kommissionen till slut publicerade sitt tillkännagivande om Best Practice.

[12] Best Practices in proceedings concerning Article 101 and 102 TFEU, EGT 2011 C 308/6.

[13] Under 2012 har kommissionen i andra sammanhang agerat för att rätten till en rättvis rättegång ska öka i de nationella straffrättsliga förfarandena med ”direktivet om rätt till information i straffrättsliga förfaranden” Europeiska kommissionen, Pressmeddelande IP/12/430, 27 april 2012. Medlemsstaterna ska säkerställa att personer, som frihetsberövas i EU får en skriftlig information om sina rättigheter (”letter of rights”).[13] I sammanhanget förklarade Viviane Reding, EU:s kommissionsledamot med ansvar för rättsliga frågor, att ”Rätten till en rättvis rättegång är en av hörnstenarna för våra rättssystem i Europa. Den nya EU-lagstiftningen kommer att bidra till att värna denna rätt genom att garantera att alla klart och omedelbart informeras om sina rättigheter.” Direktivet har ingen omedelbar koppling till det konkurrensrättsliga förfarandet, men klargör att kommissionen kraftfullt värnar de grundläggande rättigheterna.

3. Överprövning i domstolarna

Om FO 1/2003 tillförsäkrar kommissionen ett effektivt verktyg för att ingripa mot konkurrensrättsöverträdelser är det också påtagligt att EU-systemet skapar någon form av balans genom möjligheterna att få kommissionens beslut överprövade.

Fördragets artikel 263 stipulerar att det är unionens domstol (”EU-domstolen”) som övervakar lagenligheten av lagstiftningsakter, däribland kommissionens beslut med rättsverkan i förhållande till enskilda. För detta ändamål är domstolen behörig att pröva talan rörande bristande behörighet, åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, åsidosättande av fördragen eller av någon rättsregel som gäller deras tillämpning eller rörande maktmissbruk. Vidare klargör artikel 261 att EU-domstolen kan ges en obegränsad behörighet i fråga om påföljder i särskilda tillämpningsbestämmelser. I överensstämmelse härmed klargör artikel 31 i Tillämpningsförordning 1/2003 att EU-domstolen har en obegränsad behörighet att pröva kommissionens bötesbeslut. EU-domstolen får upphäva, sänka eller höja förelagda böter eller viten.

Huvudregeln medför att unionsdomstolarnas prövning i första hand är en legalitetsprövning baserad på fyra tydligt angivna grunder. Gäller prövningen däremot böter är behörigheten obegränsad enligt artikel 261 FEUF, medan FO 1/2003 möjligen skulle kunna tolkas så att den obegränsade prövningsrätten avser hela beslutet. Hur bestämmelserna ska tolkas har diskuterats under senare år. Böterna har efter hand fått en sådan omfattning att det hävdats att rättsskyddet måste skärpas och domstolarna måste kunna göra en detaljerad prövning av alla kommissionens överväganden.

En fråga i sammanhanget har varit hur konkurrensrättsprocessen ska karaktäriseras. Är det ett rent administrativt förfarande eller medför de stränga påföljderna att processen ska anses ha en straffrättslig karaktär med skärpta rättssäkerhetskrav. Artikel 23 i FO 1/2003 stadgar i punkt 3 att när bötesbeloppet fastställs, ska hänsyn tas både till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått. Trots denna straffrättsliga formulering anges i punkt 5 att bötesbesluten inte ska ”vara av straffrättslig art”. Frågan är hur bindande denna passus i en sekundär rättsakt är.

Administrativt eller straffrättsligt förfarande - begränsad eller full överprövning?

Bland de mål som var under beredning i juni 2011 åberopade klaganden ofta brister i den processuella hanteringen med hänvisning till Stadgan och Europakonventionen. Invändningarna byggde på att om påföljderna hade en straffrättslig karaktär kunde inte de processuella reglerna vara administrativa. Det gav kommissionen alltför stora fördelar i processen och säkrade inte en rättvis rättegång för den ”tilltalade”. Problemen förstärktes dessutom av att unionsdomstolen ofta hänvisade till kommissionens diskretion och inte gjorde en fullständig prövning av överklagade beslut.

Försvarare av existerande system har framhållit att ordalydelsen i FO 1/2003 inte behöver vara avgörande. Även om sanktionerna skulle bedömas ha en straffrättslig karaktär ger Europadomstolens rättspraxis[14] stöd för att skilja mellan straffrättens kärnfall och andra mindre allvarliga förseelser som t.ex. skattebrott och överträdelser av konkurrensreglerna. I dessa fall kan man tillåta sig en mer flexibel inställning till processuella säkerhetskrav.[15] Med ett sådant synsätt blir de skyddsmekanismer som följer av FO 1/2003 och kommissionens riktlinjer för böter och immunitet[16] en rimlig tillämpning av Stadgan och Europakonventionen.

Mot denna uppfattning uttrycker ombud för industrin att proceduren borde följa de straffrättsliga skyddsmekanismerna och att stöd saknas för ett kvasiförfarande – s.k. ”criminal light” - för konkurrensrätten. EU-processen uppfyller inte grundläggande krav. Redan det faktum att kommissionen agerar som utredare, åklagare och domare leder till en snedvriden process och risk för felaktiga beslut. Balans och möjligheterna till en rättvis bedömning saknas. Kommissionens regelsystem är godtyckligt och kontraproduktivt och systemet behöver ses över.[17]

---

[14] Europadomstolens dom av den 23 november 2006 i målet *Jussila mot Finland*, behandlas nedan.

[15] Wils W. P.J., *Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, (2011) 34 World Competition 189, available at http://ssrn.com/author=456087.

[16] Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003, EGT 2006 C 210/02 och kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, EGT 2006 C 298/11.

[17] Forrester I., *Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures*, (2009) 34 E.L. REV. 817, Forrester I., *A Bush in Need of Pruning: The Luxuriant Growth of Light Judicial Review*, in Claus-Dieter Ehlermann & Mel Maquis

Unionsdomstolarna har aldrig entydigt tagit ställning till om konkurrensrättsprocessen är att betrakta som ett rent administrativt eller ett straffrättsligt förfarande eller möjligen en hybrid. Med hänvisning till såväl Europakonventionen som Stadgan låg ett ställningstagande nära till hands redan år 1999 i *Hüls* när domstolen fastslog att presumtionen om oskuld även gäller i konkurrensrättsprocessen:

> *Med hänsyn till arten av de ifrågavarande överträdelserna och svårighetsgraden av de därtill knutna sanktionerna anser domstolen vidare att principen om presumtionen för den anklagades oskuld skall tillämpas i förfaranden rörande åsidosättanden av konkurrensregler som gäller företag och som kan leda till ålägganden av böter eller viten.*[18]

Däremot uttalade generaladvokat Sharpston i sitt yttrande över KME-fallet[19] redan i februari 2011 efter en genomgång av Europadomstolens praxis för sin del bedömningen att

> *I ljuset av dessa kriterier drar jag utan svårighet slutsatsen att förfarandet för att ålägga böter för överträdelse av förbudet mot fastställande av priser och uppdelande av marknader enligt artikel 81.1 EG hör hemma under den ”straffrättsliga rubriken” i artikel 6 i Europakonventionen, såsom begreppet successivt definierats av Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna.*[20]

I andra domar har domstolen hållit fast vid att processen är administrativ, som t.ex. när den bedömt vid vilken tidpunkt svaranden ska få kännedom om kommissionens misstankar. Försvarets rättigheter måste

---

(Eds.*) European Competition Law Annual (2009), Evaluation of Evidence and its Evaluation in Competition Cases*, (Oxford, Hart Publishing 2010). Funktionen som “hearing officer”, som är det organ inom kommissionen som ska säkerställa parternas rätt till försvar under utredningen, är betydelselös och den speciella rådgivande kommittén med representanter från medlemsstaterna har aldrig protesterat mot något av kommissionens beslutsförslag och bidrar därmed inte till den erforderliga balansen.

[18] Mål C-199/92 P, *Hüls AG mot kommissionen*, 8 juli 1999, [1999] REG I-4287 motiv (150). Jfr. Mål T-132/07, *Fuji Electric Co. Ltd mot EU kommissionen*, 12 juli 2011, [2011] REG II-4091. Domstolen fastslog i motiv (6) med hänvisning till Stadgan och Europakonventionen att “Where, …, there is doubt, the benefit of that doubt must be given to the parties to whom the decision is addressed, and consequently the court cannot conclude that the Commission has established the infringement at issue to the requisite legal standard if it still entertains doubts on that point. … Given the nature of the infringements in question and the nature and degree of severity of the ensuing penalties, the principle of the presumption of innocence applies in particular to the procedures relating to infringements of the competition rules that may result in the imposition of fines or periodic penalty payments.”

[19] Mål C-272/09 P, *KME,* fn. 38. Fallet behandlas nedan.

[20] Förslag till avgörande i mål C-272/09 P, *KME*, fn. 20, punkt (64).

beaktas fullt ut när det gäller tillgång till handlingar. Den rätten gäller dock först när kommissionen klargjort sitt ”statement of objections”. [21]

Under en period av 18 månader 2010/2011 meddelade unionsdomstolarna sammanlagt ett 80-tal konkurrensrättsdomar varav minst 10 hade en betydande koppling till det bristande rättsskyddet. De berörde frågor som rätten att höras, tillgång till akter i målet, bevisbördefrågor, vittnesförhör, presumtionen om oskyldighet, skyddet mot självangivelse[22] och rättssäkerhet. Under första halvåret 2011 anhängiggjordes 30 nya ärenden vid domstolarna i vilka mer än en tredjedel hävdade att det processrättsliga skyddet inte tillgodosetts antingen i förfarandet inför kommissionen eller överklagandeprocessen. Under senare år har tribunalen specialgranskat kommissionens diskretionära fastställande av bötesbelopp.[23] Vidare har gryningsrädernas karaktär av ”fishing expedition” prövats. [24]

---

[21] I mål C-407/04 *P, Dalmine SpA, mot kommissionen*, 25 januari 2007, [2007] REG I-829, motiv (58) – (60) klargjorde domstolen att när statement of objections skickas och mottagaren får tillgång till akten säkerställs rätten till försvar och rätten till en rättvis rättegång. Därför är det endast därefter som det berörda företaget kan göra gällande sin rätt till försvar fullt ut. Om rättigheterna skulle gälla dessförinnan skulle effektiviteten i kommissionens undersökning kunna äventyras, eftersom företaget redan under det första skedet av kommissionens undersökning skulle kunna fastställa vilken information som var känd av kommissionen och, därigenom, vilken information det fortfarande skulle kunna dölja för densamma. Jfr. tribunalen dom i mål T-446/05, *Amann & Söhne & Cousin Filterie mot kommissionen*, 28 april 2010, [2010] REG II-1255, motiven (325) – (336).

[22] Tribunalen framhåller i mål T-446/05, *Amann & Söhne*, fn. 21, att företag måste svara på begäran om upplysningar. Att erkänna rätt att neka svar ”skulle nämligen gå utöver vad som är nödvändigt för att skydda företagens rätt till försvar. Vidare skulle det på ett omotiverat sätt hindra kommissionen från att utföra sin uppgift att övervaka att konkurrensreglerna iakttas på den gemensamma marknaden. (326) Kravet utgör i vart fall inte ett åsidosättande av rätten till försvar. ”Det finns nämligen inte någonting som hindrar mottagaren av en begäran om upplysningar från att senare under det administrativa förfarandet eller under ett förfarande vid gemenskapsdomstolen visa att omständigheterna i svaren eller i de överlämnade handlingarna har en annan innebörd än den som kommissionen lagt till grund för sitt beslut (328).

[23] Mål T-360/09, *E.ON Ruhrgas AG, E.ON AG mot kommissionen*, 29 juni 2012, [2012] REG II- (n.y.p.), motiv (301): ”Det ska i detta hänseende påpekas att tribunalen varken är bunden av kommissionens beräkningar eller dess riktlinjer när den avgör en talan i enlighet med sin fulla prövningsrätt …, utan ska göra sin egen bedömning med beaktande av samtliga omständigheter i målet.”

[24] Mål T-410/09, *Almamet mot kommissionen*, 12 December 2012, [2012] REG II- (n.y.p.), motiv (76): “It is clear from all of the foregoing considerations that the Commission obtained the documents seized during an inspection conducted in accordance with the procedure laid down to ensure that the rights of the undertaking that had submitted to that inspection, namely Ecka, were respected. However, at the time of that inspection, the Commission’s investigation related only to calcium carbide and that is what was stated in the inspection decision. The documents seized were obtained in the context of that

Moderbolags ansvar för dotterbolag har också bekräftats utan hinder av fundamentala rättsprinciper.[25]

Rättspraxis i Europadomstolen

”*Engelskriterierna*” (1976)

I *Engels*[26] klargjorde Europadomstolen tre avgörande kriterier för när ett förfarande skulle karaktäriseras som straffrättsligt: (i) det nationella systemets klassificering; (ii) överträdelsens natur; och (iii) påföljdens allvar. Den nationella klassificeringen är en utgångspunkt, men inte avgörande. Större vikt ska fästas vid de bägge övriga kriterierna och att det rör sig om ett generellt ingrepp, som är avsett avskräcka snarare än att ersätta en skada.

”*Jussila – Criminal light*” (2006)

Europadomstolens utslag i *Jussila mot Finland* [27] föranledde en tolkningsdiskussion. Fallet gällde ett blygsamt skattetillägg på några hundra kronor. Europadomstolen hänvisade till de tre *Engelskriterierna* för när ett ärende ska anses ha en straffrättslig karaktär och riktade inte invändningar mot det finska systemet. Något krav på straffrättsliga rättsskyddsåtgärder uppställdes inte i fallet. Den efterföljande diskussionen kom att gälla om domen kunde utsträckas till att även omfatta EUs konkurrensförfaranden med dess höga böter. Allvarliga konkurrensrättsliga övertramp uppfyller i allmänhet rekvisiten för bedrägeri enligt nationell rätt och är kriminaliserade i enskilda medlemsländer. Unionens stränga påföljder syftar till att

---

inspection, as the Commission could legitimately be under the impression – which was justified in the circumstances, albeit subsequently revealed to be erroneous – that they related to calcium carbide.” Jfr. L’affaire T-140/09, *Prysmian SpA contre Commission européenne*, 14 november 2012, [2012] REC (n.y.p.), motiv (33) - (51) och Case T-135/09, *Nexans France SAS v Commission*, 14 November 2012, [2012] ECR (n.y.p.), motiv Case T-135/09, *Nexans France SAS v Commission*, 14 November 2012, [2012] ECR (n.y.p.), motiv (38) – (58).

[25] Mål T-347/06, *Nynäs Petroleum AB, Nynas Belgium AB mot kommissionen*, 27 september 2012, [2012] REG II- (n.y.p.).

[26] De så kallade ”Engelskriterierna”. Europadomstolens dom av den 8 juni 1976 i målet *Engel m.fl. mot Nederländerna*, App. no 5100/71, motiv (82), http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i= 001-57479.

[27] Europadomstolens dom av den 23 november 2006 i målet *Jussila mot Finland*, App. no 73053/01, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-78136.

avskräcka och förmedlar ett betydande mått av stigma för det fällda företaget. Dessa omständigheter kunde kanske tala för att konkurrensrätten skulle föras till straffrättens hårda kärna.

”Menarini – full pövning” (2011)

Menarini-domen [28] från 2011 gällde en italiensk priskartell inom diagnostikmarknaden. Den nationella konkurrensmyndigheten fastställde böter om 6 miljoner EUR i syfte att avskräcka industrin från liknande aktiviteter. Menarini klagade till den administrativa domstolen i första instans, som dock avvisade klagomålet med hänvisning till att domstolen bara prövade legaliteten, logiken och inte substansen i konkurrensmyndighetens administrativa beslut. Domstolen var inte behörig att göra en egen sakprövning eller ersätta myndighetens bedömning med en egen. Menarini klagade på att domstolen inte bedömt de handlingar som låg till grund för bötesbeslutet och det faktum att italiensk domstol saknade full jurisdiktion. Överinstansen bekräftade att överklagandeprocessen var begränsad till en legal prövning, som bara innebar att domstolen ska kontrollera att myndighetsutövningen genomförts på ett korrekt sätt. [29] Däremot kan domstolen inte ersätta myndighetens diskretionära prövning med sin egen. Högsta instans gjorde ingen ändring i underinstansernas bedömning.[30]

Menarini, som därmed uttömt de nationella möjligheterna, förde ärendet till Europadomstolen i Strasbourg under åberopande av Artikel 6.1 (rätten till en rättvis rättegång) i Europakonventionen. Bristen på tillgång till en domstol med full jurisdiktion med rätt att överpröva administrativa beslut och ersätta myndighetens beslut med sin egen bedömning, liksom hindren för domstolen att bedöma de normer som myndigheten tillämpat eller undersöka hur prövningen genomförts, innebar enligt företaget att Menarini inte haft tillgång till ett effektivt rättsmedel.[31]

I sin dom underströk Europadomstolen att det ursprungliga beslutet fattats av en myndighet i ett icke kontradiktoriskt förfarande, vilket i sig inte stred mot Europakonventionens bestämmelser när rätt till överprövning

---

[28] Europadomstolens dom av den 27 september 2011, i målet *Menarini Diagnostics S.R.L. v Italy*, App. no 43509/08, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106438.

[29] Id., motiv (9).

[30] Id., motiv (18).

[31] Id., motiv (56).

förelåg i en domstol med full prövningsrätt. Den oberoende domstolen ska ha kompetens att pröva såväl legaliteten som sakförhållanden i det fattade beslutet. Domstolen underströk dock att den administrativa proceduren skiljer sig från den straffrättsliga, men det innebär inte att den därmed kan åsidosätta det skydd som artikel 6 ger, även om det kan föranleda modifieringar i förhållande till den straffrättsliga processen.[32] Sökandens invändningar hade bedömts i det nationella förfarandet och den nationella domstolen hade konstaterat att kompetensen inte missbrukats. Denna kontroll gick längre än en enkel legalitetskontroll. Dessutom hade den nationella domstolen full jurisdiktion över den utdömda påföljden och hade kunnat modifiera densamma. Därför förelåg inget brott mot artikel 6.1.

Domen förvånade, men det är idag svårt att hävda att Europadomstolen ifrågasätter att ett administrativt, icke kontradiktoriskt förfarande leder till påföljder i form av höga böter. Även om domstolen inte klart uttalar att förfarandet har en straffrättslig karaktär så understryker den betydelsen av att beslutet kan bli föremål för överprövning i en oberoende domstol med full jurisdiktion om såväl sakförhållanden som legalitetsfrågor prövas. Domstolen uttalar sig inte om det diskretionära tolkningsföreträdet för den nationella myndigheten.

I domen anmäler domare Pinto en kraftfullt formulerad avvikande mening.[33] Även om ett förfarande karaktäriseras som administrativt så kan påföljderna vara att betrakta som straffrättsliga och det processrättsliga skyddet måste följa den straffrättsliga ordningen. [34] Den italienska överprövningsprocessen var begränsad och möjliggjorde inte en full prövning av tekniska och ekonomiska sakförhållanden, utan fokuserade på att det attackerade beslutet var logiskt, balanserat, rimligt och korrekt motiverat. Den judiciella kontrollen var helt formell, utan någon egen

[32] Id., motiv (62): ”Par ailleurs, la Cour rappelle que la nature d’une procédure administrative peut différer, sous plusieurs aspects, de la nature d’une procédure pénale au sens strict du terme. Si ces différences ne sauraient exonérer les Etats contractants de leur obligation de respecter toutes les garanties offertes par le volet pénal de l’article 6, elles peuvent néanmoins influencer les modalités de leur application.”

[33] Domare Pinto De Albuquerque presenterar det alternativa synsättet i ett övertygande avvikande yttrande i domen.

[34] Id. punkt. 2: “La sanction présentait un caractère répressif puisqu’elle visait à sanctionner un comportement contraire à la loi. D’un autre côté, elle avait aussi un caractère préventif car le but poursuivi était de dissuader la personne morale intéressée de réitérer à l’avenir la conduite censurée. En plus, l’ampleur considérable du barème abstrait de la sanction fixée par le législateur et même la sévérité du montant concret de la sanction déterminé par les tribunaux nationaux concourent à la conclusion déjà énoncée d’applicabilité de l’article 6.”

bedömning av det otillåtna agerandet eller sökandens ansvar.[35] Enligt Pinto innebär full jurisdiktion en fullständig och uttömmande prövning av hela ärendet och en rätt för domstolen att ersätta det överklagade beslutet med sin egen bedömning även om det överklagade beslutet i sig inte kan anses vara felaktigt. [36] Resonemanget stöds inte bara av artikel 6 i Europakonventionen, utan kan härledas till underliggande krav på separation av makt mellan organ och krav på att sanktionssystem är legala. Individens okränkbarhet och tilltron till myndigheters rättfärdiga agerande förhindrar en ”pseudostraffrättslig” process. Detta gäller särskilt vid utdömandet av stränga påföljder. Pinto avslutar med att konstatera att den italienska rättsordningen justerats till att numera omfatta en grundläggande överprövning av såväl beslutets legalitet som de underliggande sakförhållandena.

Menarini-avgörandet kom kort före EU-domstolens domar i *KME* och *Chalkor*.[37]

---

[35] Id. punkt. 7: “Enfin, il n’y a eu aucune évaluation autonome, concrète et détaillée de l’illicéité et de la culpabilité de la conduite de la requérante.”

[36] Id. punkt 8: “Toute l’opération d’évaluation des preuves, d’établissement et de qualification des faits, d’interprétation de la loi applicable et de modulation des sanctions à la gravité de l’infraction peut être annulée et refaite par le juge, indépendamment de la nature fixe ou variable de la sanction prévue par la loi, le tribunal n’ayant aucun devoir de renvoyer l’affaire aux autorités administratives. En termes classiques, le recours de « pleine juridiction » n’est pas une simple reformatio (réforme) de la décision administrative contestée, il est plutôt un revisio (réexamen) de l’affaire. … Cette pleine juridiction inclut la faculté pour la Cour de Justice de substituer ses propres évaluations sur les faits et le droit à celles de la Commission, et de le faire même en l’absence d’une erreur significative de la Commission …”

[37] Europadomstolen avvisade i dom av den 13 mars 2012 i mål *Société Bouygues Telecom mot Frankrike*, App. no 2324/08, en talan rörande principen om oskydighetspresumtion i artikel 6.2. , http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?1=001-110248. Klaganden hade ålagts böter till följd av konkurrensöverträdelser på telecommarknaden och hänvisade till ett regelvidrigt offentliggörande. Det var oklart hur publiceringen hade kommit till stånd, men enligt Europadomstolen hade denna inte påverkat klagandens rätt till en rättvis rättegång. Pressinformationen innehöll ett utdrag ur myndighetens handlingar, som beslutsfattarna i alla händelser hade tillgång till. F.ö. hade inte klaganden utnyttjat de rättsmedel som fanns för denna typ av ev. överträdelser av proceduren. Dessutom hade det administrativa beslutet stötts av de nationella domstolarna både vad avsåg legalitet och materiellt innehåll. Talan förklarades grundlös och avvisades.

Rättspraxis i EU- och EFTA-domstolarna

Efter juli 2011 har EU-domstolen avgjort ett par viktiga ärenden rörande den konkurrensrättsliga processen. *KME* och *Chalkor* avgjordes samma dag med stöd av ett yttrande från generaladvokat Sharpston. Målen gällde hur kommissionen fastställt bötesbeloppen för marknadsuppdelande priskartell. I bägge fallen yrkades nedsättning av bötesbeloppen med hänvisning till fundamentala rättsprinciper. I *KME*-fallet underströks bristerna i överprövningsprocessen medan *Chalkor* var mer inriktat på bristerna i kommissionsproceduren och då framför allt kommissionens roll i den administrativa processen med dess kompetens att både utreda, bedöma och fatta beslut. Bristen på jämvikt i partsförhållandet underströks enligt klagomålen av de höga bötesbeloppen och att domstolarna begränsar sin prövning och lämnar kommissionen en alltför diskretionär rätt att avgöra komplicerade ekonomiska eller tekniska förhållanden.

KME-fallet

Talan i *KME*[38] grundades bl.a. på att tribunalen inte tillräckligt grundligt och ingående prövat beslutet och i för hög grad hänvisat till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning. Därmed hade företagets rätt till effektivt rättsmedel åsidosatts. Doktrinen rörande ”utrymmet för skönsmässig bedömning” och ”hänsyn och återhållsamhet vid domstolsprövningen” borde enligt KME inte vara tillämplig. Bötesbeloppens storlek innebär *de facto* en kriminalisering av konkurrensrätten. Den direkta tillämpligheten av undantaget i artikel 101.3 FEUF medförde enligt klaganden att kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning måste begränsas och domstolarna måste göra en full prövning av alla förhållanden. En begränsning kunde inte motiveras med kommissionens påstått större förmåga att bedöma komplicerade faktiska eller ekonomiska förhållanden. Domstolarna är kompetenta att genomföra prövningar i komplicerade mål och avgöra böternas omfattning i förhållande till överträdelsen. Processuella garantier i Europakonventionen och Stadgan förutsätter en full domstolsprövning.

I huvudsak höll EU-domstolen med sökanden. Principen om ett effektivt rättsmedel inför en domstol utgör en allmän princip i unionsrätten enligt artikel 47 i Stadgan.[39] Det faktum att kommissionen har utrymme för en

[38] Mål C-272/09 P, *KME Germany AG mot Europeiska kommissionen*, den 8 december 2011, [2011] REG I- (n.y.p). (Konkurrensbegränsande samverkan, böter, beaktande av marknadens storlek, överträdelsens varaktighet och samarbete, effektiva rättsmedel).

[39] Id., motiv (92) med hänvisningar.

skönsmässig bedömning innebär inte att dess tolkning blir oprövad. Unionsdomstolen ska nämligen inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga och tillförlitliga, utan även om dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter, som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och det måste avgöras om de styrker de slutsatser som dragits.[40] Hänsyn tas både till hur allvarlig överträdelsen är; hur länge den pågått; enskilda företags beteende och roll; den vinst företagen kunnat göra; deras storlek; värdet på de aktuella varorna samt risken för att förhindra genomförandet av unionens mål.[41] Rätten prövar *ex officio* om beslutet är tillräckligt motiverat och granskar lagenligheten av den överklagade rättsakten utan att styras av kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning. Rätten kan ersätta kommissionens bedömning med sin egen.[42] Sammantaget uppfyller den konkurrensrättsliga proceduren principen om ett effektivt rättsmedel i artikel 47 i Stadgan och överklagandet kunde således inte vinna bifall på den åberopade grunden.

Chalkor

Även i *Chalkor*[43] framhöll klaganden att fundamentala rättsprinciper åsidosatts och menade att kommissionens konkurrensrättsliga förfarande enligt artikel 6 i Europakonventionen är av straffrättslig karaktär. Eftersom kommissionen är en administrativ myndighet och inte en ”opartisk och oberoende domstol”, måste unionsdomstolarna företa en fullständig prövning av kommissionens beslut avseende såväl rättsliga som faktiska omständigheter och granska alla omständigheter och sakförhållanden. Klaganden kritiserar bland annat tribunalens inkonsekventa bedömning. I vissa mål har domstolen gjort en fördjupad prövning, medan den i andra mål hänvisar tribunalen till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning.

Domstolen framhåller att dess roll är att kontrollera om tribunalens dom baseras på en felaktig rättstillämpning. Det är själva den överklagade domen och inte tribunalens samlade praxis som ska prövas. Tribunalens bedömning

---

[40] Id., motiv (94) med hänvisningar.

[41] Id., motiv (96) med hänvisningar.

[42] Id., motiv (97) - (103).

[43] Mål C-386/10 P, *Chalkor AE Epexergasias Metallon, mot kommissionen*, 8 december 2011, [2011] REG I- (n.y.p.). (Konkurrensbegränsande samverkan, böter, Beaktande av marknadens storlek, överträdelsens varaktighet och samarbete, effektiva rättsmedel.)

i andra ärenden saknar relevans. EU-domstolen gör inte *ex officio* någon full prövning, utan prövar bara anförda grunder.[44]

Beträffande klagandens påstående att samma kriterier ska tillämpas, oberoende av om förfarandet ingår i den straffrättsliga ”kärna” som definierats av Europadomstolen eller om de är av förvaltningsrättslig karaktär, klargör EU-domstolen att artikel 6.1 i Europakonventionen införlivats i unionens rättsordning genom artikel 47 i Stadgan. Domen fokuserar på stadgans bestämmelse och unionsrättslig praxis och undviker på det sättet en genomgång av Europadomstolens praxis.

Utgångspunkten för bedömningen är reglerna i Förordning 17 (numera artikel 23.3 i Förordning 1/2003), vilket innebär att hänsyn ska tas både till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått. Allvaret ska bedömas med hänsyn till de enskilda företagens roll och agerande, den vinst företagen kunnat göra, samt hur överträdelsen relaterar till övergripande unionssträvanden.

Enligt domstolen kräver dessa faktorer en fördjupad prövning av de faktiska omständigheterna. I brist på annan lagstiftning lutar sig domstolen mot kommissionens egna riktlinjer. Utan att vara bindande vägleder de domstolen i bedömningen av överträdelsen och bötesbeloppet. Unionsdomstolen ska på grundval av de omständigheter klaganden anfört utföra en granskning av lagenligheten. Rätten kan inte hänvisa till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller hur riktlinjerna tillämpats eller bedömningen av de konkreta omständigheterna, utan måste göra en fördjupad prövning av såväl rättsliga som faktiska omständigheter.[45] Förutom att kontrollera laglighet av påföljden enligt Artikel 261 FEUF och tillämpningsförordningen är domstolarna behöriga att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning och ändra böterna.

Även i detta fall understryks att utövandet av den obegränsade behörigheten inte sker *ex officio,* utan förfarandet är kontradiktoriskt och det ankommer på klaganden att framställa grunder och förete bevisning till stöd för sin talan, vilket inte minskar kommissionens skyldighet att bevisa själva överträdelsen. Avsaknaden av en prövning *ex officio* innebär således inte ett åsidosättande av principen om ett effektivt domstolsskydd. Tribunalen måste bemöta åberopade grunder och pröva såväl faktiska som rättsliga

[44] Id., motiv (46) - (49).

[45] Id., motiv (62).

omständigheter, men behöver inte på eget initiativ företa en ny och uttömmande granskning av handlingarna i målet.[46]

Domstolen sammanfattar i domsmotiv (67):

> *Den granskning som föreskrivs i fördragen innebär således att unionsdomstolarna kontrollerar såväl rättsliga som faktiska omständigheter och att de har behörighet att pröva bevisningen, ogiltigförklara det angripna beslutet och ändra bötesbeloppet. Lagenlighetsgranskningen i artikel 263 FEUF, kompletterad med den obegränsade behörigheten med avseende på bötesbeloppet i artikel 31 i förordning nr 1/2003, förefaller således inte strida mot principen om ett effektivt rättsmedel inför en domstol i artikel 47 i stadgan.*

I domsmotiven 68 till 84 bemöter domstolen punkt för punkt av klaganden anförda omständigheter, ofta med hänvisning till att kommissionen handlat i enlighet med sina riktlinjer – i brist på annan lagstiftning. Domstolen ifrågasätter inte riktlinjernas lämplighet eller det utrymme för skönsmässighet, som de lämnar kommissionen. Gång efter annan understryks att det är klaganden som ska frambringa bevisning om att avvikelse skett från riktlinjerna. Domstolen avslutar sin genomgång med att konstatera att ”[i] *den mån klaganden har ifrågasatt tribunalens skälighet, finner domstolen att ett beslut från tribunalen som enbart grundar sig på skälighet i vilket fall som helst inte kan prövas av domstolen i ett överklagande.*”[47]

Norges Post

Det är mer sällan som rättspraxis i EFTA-domstolen lyfts fram. Domstolen arbetar i ett parallellt regelsystem, som är uppbyggt på samma sätt som EU-systemet. EU- och EFTA-domstolarna är obundna av varandra, men det är helt klart att EFTA-domstolen lutar sig mot EU-domstolens rättspraxis medan det finns lite stöd för att motsatsen gäller. EFTA-domstolen har dock vid flera tillfällen visat sig inta en självständig hållning och dristat sig till mer bestämda ställningstaganden. I fallet *Posten Norge AS*[48] gällde frågan om Norska Posten missbrukat sin dominerande ställning

[46] Id., motiv (64) – (66).

[47] Id., motiv (101).

[48] EFTA Court, mål E-15/10, *Posten Norge AS v EFTA Surveillance Authority*, 18 April 2012, (n.y.p.) Application for annulment of Decision No 322/10/COL of 14 July 2010 relating to a proceeding under Article 54 of the EEA Agreement (Case No 34250 Norway Post / Privpak) or, in the alternative, annulment or reduction of the fine imposed on the applicant in that decision,

genom att binda viktiga detaljhandelsled med exklusivitetsavtal och konkurrensförbud och därmed på ett otillåtet sätt förhindrat konkurrenter att etablera sig på den norska marknaden. I sitt beslut hade övervakningsmyndigheten fastställt bötesbeloppet till sammanlagt EUR 12.89 million. Målet avgjordes i april 2012, vilket innebar att EFTA-domstolen hade tillgång till de domar från Europa- och EU-domstolarna som refererats ovan.

Med välgrundade och klara motiv ger sig domstolen på de grundläggande frågorna. Ett myndighetsbeslut som föranleder böter i aktuell storleksordning måste processrättsligt hanteras som ett straffrättligt ärende i överensstämmelse med artikel 6.1 i Europakonventionen. [49] De processrättsliga garantierna är dock avhängiga det straffrättsliga ärendets karaktär.[50] Inget hindrar att det är en administrativ myndighet, som i en mer summarisk process fäller den tilltalade till ansvar om detta beslut kan överprövas av en oberoende domstol med full jurisdiktion.[51] Det åligger myndigheten att bevisa överträdelsen varvid hänsyn ska tas till principen om oskuld om osäkerhet föreligger.[52] Alla detaljer behöver inte avhandlas. Det räcker om den sammantagna bevisningen styrker överträdelsen.[53]

Beträffande frågan om domstolen kan överpröva komplicerade ekonomiska och tekniska frågeställningar begränsas prövningen till om myndigheten följt gällande procedurkrav och motiverat sitt beslut korrekt liksom till om fakta redovisats på ett korrekt sätt eller om det har förekommit något uppenbart fel eller ett missbruk.[54] Syftet är inte att ersätta myndighetens bedömning i dessa svårbedömda avseenden.[55] Det ligger dock i sakens natur att domstolen måste granska olika möjligheter för att

---

[49] Id., motiv (89) med hänvisning till *A. Menarini Diagnostics S.R.L.* v. *Italy*, fn. 28, motiv (38) - (44), och utlåtande från generaladvokaten Sharpston i mål C-272/09, P *KME Tyskland*, fn. 20.

[50] Id., motiv (89), "Criminal eller criminal light" resonemang med hänvisning till Europadomstolens avgörande i *Jussila v. Finland*, fn. 14.

[51] Id., motiv (91) med referens till yttrande av generaladvokat Sharpston i *KME Tyskland*, fn. 20, punkt (67) och *A. Menarini Diagnostics S.R.L.* v. *Italy*, fn. 28, motiv (59).

[52] Id., motiv (93) med hänvisning till förenade målen C-403/04 P och C-405/04 P, *Sumitomo Metal Industries Ltd and Nippon Steel Corp.* v *Commission*, [2007] REG I-729, motiv (52); and mål C-199/92, P *Hüls* v *Commission*, [1999] REG I-4287, motiv (149) - (150).

[53] Id., motiv (94) hänvisning till mål T-321/05, *AstraZeneca mot kommissionen*, 1 juli 2010, [2010] REG II-2805, motiv (477).

[54] Id., motiv (95) med hänvisningar.

[55] Id., motiv (96) med hänvisningar.

fastställa vilket som är mest relevant och att domstolen då kan komma till ett annat resultat än myndigheten. Den kan dock inte annullera beslutet även om den skulle göra en annorlunda bedömning.[56] Domstolen måste fastställa att åberopad bevisning förutom att vara korrekt är trovärdig och komplett och stödjer slutsatserna. Dessutom understryker EFTA-domstolen att när det kommer till sanktionerna har domstolen full jurisdiktion och kan undanröja beslutet utan att ge myndigheten något diskretionärt bedömningsutrymme i de komplicerade frågorna.[57] Dessutom måste oskuldsprincipen beaktas.[58] Utgångspunkten är således inte att avgöra om myndigheten gjort en uppenbart felaktig bedömning.

EFTA-domstolen prövar sedan de invändningar klaganden anfört mot beslut för att avgöra om det föreligger ett missbruk av en dominerande ställning genom att Posten Norge bundit upp distributionsledet med exklusiva klausuler och konkurrensförbud. Domstolen tar ställning i sak och klargör sin egen bedömning: "*the Court has no doubt that ESA was correct to state…*[59]*; the Court has no doubt that Norway Post's conduct abusively limited access…; ESA was correct to consider that it is for the applicant to demonstrate that its conduct is objectively necessary…; the contested decision is correct in stating…*".[60]

Parternas argumentering prövas således ingående och domstolen tar ställning. Myndigheten, som i och för sig går segrande ur dispyten, har inget tolkningsföreträde. Inget lämnas till myndighetens diskretion. Domstolen har hört och gjort en bedömning, som går långt över en legalitetsprövning och i allt väsentligt tillgodoser krav som uppställs i Artikel 6.1 i Europakonventionen. Även om domstolen kommit till annorlunda slutsatser hade den inte kunnat annullera beslutet. Däremot kan resonemanget styra påföljdsvalet i vilken del domstolen menar sig ha en obegränsad jurisdiktion att ta ställning till parternas yrkanden och grunder med rätt att helt ändra myndighetens beslut. I fallet delar dock domstolen myndighetens

[56] Id., motiv (96) och (97) med hänvisningar.

[57] Id., motiv (100) med hänvisning till Europadomstolens dom i målet *Janosevic* v. *Sweden*, App. no 34619/97, motiv (81), Reports of Judgments and Decisions 2002-VII, och *A. Menarini Diagnostics S.R.L.* v. *Italy*, fn. 28, motiv (59).

[58] Id., motiv (101).

[59] Id., motiv (162): "In conclusion, the Court has no doubt that ESA was correct to state that an agreement or cooperation with one or more of the leading grocery store, kiosk or petrol station chains was of significant importance to new entrants in order to enable them to establish a delivery network capable of competing effectively with that of Norway Post."

[60] Id., se motiv (180), (206), (219).

bedömning fullt ut och sänker bara bötesbeloppet med hänvisning till den utdragna handläggningstiden.[61]

4. Har AstraZeneca haft tillgång till effektiva rättsmedel?

Komplicerade bedömningar och vilka rättsliga konsekvenser man ska dra av dessa skapar alltid problem. Sådana bedömningar föranleds av artikel 101 FEUF,[62] men det är framför allt genom kopplingen i artikel 102 FEUF till dominerande företags speciella ansvar att iaktta en sund konkurrens, som problematiken tydliggörs. Här ger de grundläggande reglerna och kommissionens egna anvisningar mycket sparsam vägledning. Frågorna är ofta kopplade till en svårbestämbar ekonomisk effektanalys och osäkerheten är med nödvändighet stor.

Vagheten i reglerna blir särskilt allvarlig med hänvisning till den fundamentala legalitetsprincipen (i betydelsen ingen påföljd utan lag). Alla gemenskapsbestämmelser, i synnerhet de som föreskriver eller gör det möjligt att föreskriva sanktioner, måste vara tydliga och precisa, så att det inte föreligger några oklarheter för berörda företag med avseende på vilka rättigheter och skyldigheter som följer av bestämmelserna. Principen utgör en del av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella tradition och gäller för alla straffrättsliga och administrativa bestämmelser som föreskriver sanktioner. [63] Likväl tvekar inte kommissionen att beivra missbruk av en dominerande ställning med synnerligen höga böter.

---

[61] Id., motiv (285).

[62] Mål C-89/11 P, *E.ON Energie AG mot kommissionen*, 22 november 2012, [2012] REG I- (n.y.p.). (Talan om ogiltigförklaring av ett kommissionsbeslut att ålägga böter på grund av brytande av försegling, bevisbörda, motiveringsskyldighet, bötesbelopp, obegränsad behörighet, proportionalitetsprincipen.)

[63] Europadomstolen har uttolkat legalitetsprincipen (i betydelsen ingen påföljd utan lag) i artikel 7.1 i Europakonventionen så att brott och påföljder tydligt måste definieras i lag. Av bestämmelsen ska det gå att utläsa och förutsäga vilka gärningar och underlåtenhetshandlingar som leder till straffrättsligt ansvar. Syftet är att ge enskilda ett adekvat skydd mot godtycke. Se Europadomstolens dom av den 25 februari 1992 i målet *Margareta och Roger Andersson mot Sverige*, serie A, nr 226, § 75 och dom av den 22 juni 2000 i målet *Coëme m.fl. mot Belgien*, Recueil des arrêts et décisions, 2000-VII, s. 1, § 145. Jfr. tribunalen dom i mål T-446/05, *Amann & Söhne*, fn 21 , motiven (124) – (131).

För att återgå till *AstraZeneca*-fallet kan det finnas anledning att undersöka om AstraZeneca kommit i åtnjutande av ett effektivt rättsmedel när bolaget ifrågasatte kommissionens beslut. [64] Inte minst gäller det om den relevanta marknaden avgränsats på ett korrekt sätt, liksom om det är en konkurrensrättsöverträdelse att vilseleda en patentmyndighet och dessutom om ett enligt gällande läkemedelslagstiftning korrekt återkallat försäljningstillstånd kan bestraffas som en konkurrensrättslig överträdelse. Här fokuseras på hur prövningen av den relevanta marknaden genomförs.

Tribunalens bedömning

Tribunalen hade i *AstraZeneca*-fallet [65] att ta ställning till hur den relevanta marknaden skulle avgränsas. Denna bedömning var alldeles avgörande för att fastställa om bolaget hade en dominerande marknadsställning.

Domstolen klargör (i punkt 32) att även om den generellt sett gör en fullständig prövning av om villkoren för tillämpning av konkurrensreglerna är uppfyllda begränsas bedömningen när det kommer till komplicerade ekonomiska frågor. Kontrollen avser då ”att reglerna för handläggning och motivering följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt korrekta samt att det inte har förekommit någon uppenbart oriktig bedömning eller maktmissbruk. Samma gäller komplicerade tekniska avvägningar, som bara blir föremål för en ”begränsad prövning” utan rätt att ersätta kommissionens bedömning. [66] Prövningen av kommissionens skönsmässiga ställningstaganden är begränsad. Domstolen ska, med iakttagande av parternas argumentering, pröva om de bevis som åberopas är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, och om de utgör samtliga relevanta uppgifter för att bedöma en komplicerad situation och om de stödjer slutsatserna.

Av dessa begränsningar framgår det att domstolens prövning framför allt är en legalitetsprövning och att sakomständigheterna bara i begränsad utsträckning blir föremål för domstolens prövning.

---

[64] Kommissionens beslut 2006/857/EG, (ärende COMP/A.37.507/F3) *AstraZeneca*, 15 juni 2005, EGT 2006 L 332/24.

[65] Mål T-321/05, *AstraZeneca,* fn. 53, motiv (31).

[66] Jfr. mål T-210/04, *Microsoft mot kommissionen*, [2007] REG II-3601, motiv (87) och (88) och där angiven rättspraxis.

I domen prövas sedan om kommissionen har gjort en ”uppenbart oriktig bedömning” av ökningen för AstraZenecas protonpumpshämmare på bekostnad av de äldre H2-blockerarna, som tidigare dominerat marknaden (64). Sökanden hävdade med stöd av medicinsk expertis att H2-blockerarna i allt fall var ett substitut med betydande försäljning mot samma sjukdomar som utövade ett betydande konkurrenstryck på Losec.

Domstolen prövade särskilt relevansen av det gradvisa utbytet från H2-blockerare till protonpumpshämmare. Läkarna var försiktiga vid terapibyten och rågan vad som styr skiftet från en produkt till en annan är komplicerad. De förskrivande läkarna och patienterna är föga känsliga för prisvariationer (90). AstraZeneca hade inte visat stöd för påståendet att Losecförsäljningen påverkades av H2-blockerarna. Någon presumtion förelåg inte (92) och slutsatsen var att kommissionen bedömning inte var uppenbart oriktig (106). Sökandens första grund ogillades.

Därefter underkändes efter en saklig prövning AstraZenecas påståenden att kommissionen (i) inte tillräckligt beaktat den terapeutiska användningen av de berörda produkterna för att definiera marknaden; (ii) fäst för stor uppmärksamhet vid prisindikatorerna samt (iii) givit ”naturliga händelserna” för stor betydelse. Tribunalen nöjde sig dock med att anse beräkningen av läkemedelskostnaderna i förhållande till de bägge produkternas effektivitet var ”väldigt komplex och osäker” och kommissionens bedömning var inte ”uppenbart oriktig” (190).

Tribunalen fann inte AstraZenecas bevisning tillräcklig (213). Brister i kommissionens utredning var inte av sådan art att de ledde till slutsatsen att kommissionen gjort en ”uppenbart oriktig bedömning” (217). Tvärtom ansåg tribunalen att bevisen styrkte slutsatsen att H2-blockerarna inte under den relevanta perioden utövat ett betydande konkurrenstryck på protonpumpshämmarna (220). Tribunalen slutsats blev därför att AstraZeneca inte visat att kommissionen gjort en uppenbart felaktig bedömning av den relevanta produktmarknaden (221) och inte heller denna andra grund kunde godtas. Talan avvisades.

EU-domstolens överprövning

I EU-domstolen avsåg prövningen inte om kommissionen gjort en ”uppenbart oriktig bedömning”, utan om tribunalen gjort sig skyldig till en ”felaktig rättstillämpning” genom att ha felbedömt betydelsen av den gradvisa karaktär, som präglade ökningen av användningen av Losec på bekostnad av H2-blockerare.

Det är noterbart att generaladvokat Mazák i sitt yttrande[67] ansåg att tribunalen gjort en riktig bedömning av den relevanta marknaden. När Mazák senare prövar behandlingen av de två missbruken ändras språkbruket och bedömningsparametern är då om tribunalen verifierat att kommissionen inte gjort en uppenbart oriktig bedömning. Beträffande begreppet missbruk av dominerande ställning konstaterar generaladvokaten att det är ett objektivt begrepp, som inte fordrar en prövning av företagets eventuellt subjektiva uppfattning om lagstiftningen, vare sig det rör sig om en tolkning i god tro eller någon annan typ av tolkning. Generaladvokaten tillade att klagandens uppfattning utgör

> *ett försök att tillämpa straffrättsliga beviskrav på ett förfarande som domstolen har slagit fast är av administrativ snarare än straffrättslig art och är tämligen oförenligt med artikel 23.5 i rådets förordning (EG) nr 1/2003, i vilken det föreskrivs att böter som åläggs enligt den bestämmelsen inte ska vara av straffrättslig art.*[68]

Bedömningen återkommer senare i utlåtandet i anslutning till klagandens påstående att amerikansk rätt har en annan syn på vilseledande av patentmyndigheten på det sättet att själva vilseledandet inte väcker konkurrensrättsliga överväganden. Sådana överväganden uppkommer först när det oriktigt beviljade patentet används mot konkurrenter. Generaladvokaten invänder:

> *För det första, som jag påpekade ovan i punkt 50, utgör ett krav på bedrägeri ett otillbörligt försök att tillämpa straffrättsliga beviskrav på ett område som inte är av straffrättslig art. För det andra säkerställer ett krav på potentiella eller sannolika konkurrensbegränsande verkningar att artikel 102 FEUF är tillräckligt avskräckande för att förhindra missbruk av dominerande ställning …*
>
> *Jag anser därför att ett krav på senare försök att göra gällande patentet klart närmar sig ett krav på att visa faktiska konkurrensbegränsande verkningar. Ett sådant krav innebär således att beviskraven för konkurrensbegränsande verkningar blir alltför höga och skulle riskera att i hög grad minska den avskräckande effekten av artikel 102 FEUF.*[69]

Bortsett från att det förefaller som om generaladvokaterna i domstolen inte samordnar sina yttranden så är det alldeles oklart efter vilken standard

---

[67] Förslag till avgörande i mål C-457/10 P, *AstraZeneca mot Europeiska kommissionen* av generaladvokat Ján Mazák, föredraget den 15 maj 2012, [2012] REG I - (n.y.p.).

[68] Id., motiv (50).

[69] Id., motiv (70).

generaladvokaten menar att överprövningen ska ske. Understundom ger han intryck av att tribunalen har gjort en fullständig prövning och själv nått en balanserad slutsats. I andra sammanhang konstaterar generaladvokaten att slutsatsen inte är uppenbart oriktig och i andra åter har domstolen inte gjort en felaktig rättstillämpning. Han är inte heller tydlig i sin genomgång av vilka beviskrav som ställs eller hur bevisbördan ska fördelas i olika delfrågor.

EU-domstolen framhåller i sin dom att den enligt fast rättspraxis varken är behörig att fastställa de faktiska omständigheterna eller att bedöma den bevisning som tribunalen har godtagit. Om bevisupptagningen skett på ett riktigt sätt och allmänna rättsprinciper och processuella regler rörande bevisbördan och bevisningen iakttagits, är det nämligen tribunalen ensam, som ska bedöma vilket värde som bevisningen i målet ska tillmätas. Den bedömningen är inte en rättsfråga, som kan underställas domstolens prövning (51).

EU-domstolen framhåller vikten av att den relevanta produktmarknaden definieras på ett korrekt sätt för hela den aktuella perioden och särskilt för periodens början. Tribunalen hade prövat konkurrensen, försäljningsutvecklingen och den gradvisa karaktär som präglade ökningen av användningen av protonpumpshämmare på bekostnad av H2-blockerare under inledningsperioden. Det framgick inte av klagandenas argument att tribunalen har gjort sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning vid denna prövning. Likaså delade domstolen tribunalens bedömning att protonpumpshämmare utgjorde den enda effektiva behandlingen av allvarliga magsår. Försäljningsökningen för Losec hade endast till en mindre del skett på bekostnad av H2-blockerare. Därför kunde det inte presumeras ett orsakssamband mellan den gradvisa karaktär som präglade försäljningsökningen för Losec och ett konkurrenstryck utövat av H2-blockerare.

Beträffande tribunalens bedömning att kommissionen inte gjort en oriktig bedömning av priset menade EU-domstolen också att en beräkning av kostnad i förhållande till effektivitet kunde vara komplex och osäker (59). Tribunalen hade gjort en samlad bedömning av alla omständigheter som kommissionen lagt till grund för sin slutsats,[70] vilket var tillräckligt för att

[70] Bland dessa omständigheter ingick övriga prisindikatorer, såsom det faktum att efterfrågan på AZ:s omeprazol först och främst påverkades av priset på de generiska versionerna av omeprazol och endast i mindre grad av priset på andra protonpumpshämmare, och faktorer som inte har med priset att göra, såsom den högre effektiviteten hos protonpumpshämmare, skillnaden i terapeutisk användning mellan protonpumpshämmare och H2-blockerare, de asymmetriska utbytbarhetstendenser som

fastställa att kommissionens inte gjort en uppenbart oriktig definition av den relevanta marknaden. Tribunalen hade vidare korrekt utgått från att det är kommissionen, som bär bevisbördan, när den – utan att göra en uppenbart oriktig bedömning – prövade om kommissionen kunde lägga uppgifterna i handlingarna i ärendet till grund för slutsatsen att H2-blockerare inte utövade ett betydande konkurrenstryck på protonpumpshämmare (46-49).

AstraZenecas talan avvisades.

5. Diskussion

Genomgången visar att det har skett stora förändringar i den europeiska konkurrensrättsprocessen under senare år. Fundamentala rättsskyddsprinciper har genom Stadgan fått en tydligare förankring i gemenskapsrätten. En framtida anslutning till Europakonventionen förstärker ytterligare trenden.[71] Principerna har också implementerats i lagstiftning och praxis visar att myndigheter och domstolar anpassar sig till kraven.

De viktiga förutsättningarna förefaller således att vara på plats. När systemet sedan ska valideras mot domen i AstraZeneca-fallet kan man fråga sig om resultatet visar på ett välfungerande system, som gett AstraZeneca tillgång till effektiva rättsmedel.

Vid en första anblick förefaller det vara ett märkvärdigt resultat domstolarna kommit fram till. LOSEC – en ny revolutionerande behandlingsmetod – ställs inte mot ZANTAC – som var världens mest omsatta läkemedelsprodukt inom samma indikation – när den relevanta marknaden fastställdes. Spontant förefaller det naturligt att ZANTAC påverkat introduktionen av LOSEC och fördröjt LOSECs genomslag och marknadsdominans. Likaså kan det tyckas att AstraZenecas agerande för att skaffa sig ett optimalt patentskydd är en sak mellan bolaget och patentmyndigheterna, som styrs av immaterialrätten och som inte ska bedömas efter konkurrensrättsliga normer. Det är också svårsmält att när företaget i överensstämmelse med en synnerligen detaljerad och genomarbetad läkemedelslagstiftning återkallar en produkt från marknaden

karakteriserade den ökade försäljningen av protonpumpshämmare och den därtill svarande minskade eller stagnerade försäljningen av H2-blockerare samt de särskilda förhållandena i Tyskland och Storbritannien.

[71] Innan detta kan ske måste dock en tydlig kompetensfördelning mellan berörda domstolar fastställas, vilket förefaller orsaka betydande problem.

ska konkurrensrätten förklara åtgärden för förbjuden och bestraffa företaget med höga böter.

Om detta kan det finnas olika uppfattningar. Det finns mer eller mindre kloka lagstiftare, domare och forskare. Frågan nu gäller om systemet fungerar.

På kommissionsplanet har processen efter hand finjusterad så att företaget i allt väsentligt har möjligheter att innan beslut fattas ta del av de anklagelser, som riktas mot företaget och att föra fram sin ståndpunkt såväl skriftligen som vid direkta möten med myndigheten under fastlagda och tydliga former. Kritik kan möjligen riktas mot att företaget först på ett sent stadium får del anklagelser och processmaterial och att det tvingas lämna ut information utan kännedom om att misstankar föreligger; information som kan visa sig graverande vid den fortsatta bedömningen.

Der verkliga problemet ligger i att det är samma organ och ofta samma individer på kommissionen, som utreder och fattar beslut. Den närmast obefintliga kontrollen i den rådgivande kommittén och det kollegiala beslutsfattandet i kommissionen är rena formaliteter, som inte påverkar processen. Konstruktionen leder till en risk för att lyhördheten för den anklagades argument inte når fram på grand av förutfattade ställningstaganden i den utredande gruppen.

När väl kommissionen fattat sitt beslut förändras situationen radikalt för företaget, som fortsättningsvis har att försöka undanröja ett myndighetsbeslut med den presumtion, som trots allt föreligger om god myndighetsutövning. Denna kritik framförs ofta och kraftfullt och lär inte upphöra förrän den dag som utredande och beslutande uppgifter entydigt separeras.

Även överklagandeprocessen har utvecklats i riktning mot en större lyhördhet för att fundamentala rättsprinciper måste iakttas. Tribunalen förefaller genomföra vad som kan betecknas som en full prövning och granskar parternas argument och ger bara i undantagsfall kommissionen ett diskretionärt tolkningsföreträde. I komplicerade ekonomiska och tekniska frågor begränsas bedömningen till att avse om handläggningsregler följts, beslut är motiverade och faktiska omständigheter materiellt korrekta. Bevis måste vara materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga och stödja slutsatserna.

EU-domstolen understryker att principen om ett effektivt rättsmedel inför en domstol utgör en allmän princip i unionsrätten. Domstolarna ska *ex officio* pröva om beslutet är tillräckligt motiverat och granska lagenligheten av den överklagade rättsakten utan att styras av kommissionens utrymme för

skönsmässig bedömning och kan ersätta kommissionens bedömning med sin egen. Liksom tribunalen, framhåller domstolen vikten av att pröva att framlagda bevis är relevanta, materiellt riktiga och tillförlitliga och styrker de slutsatser som dragits.

Det kan knappast riktas invändningar mot behandlingen av AstraZeneca från dessa utgångspunkter. De argument AstraZeneca åberopade och den bevisning företaget presterade blev föremål för en ingående granskning. Om slutsatserna verkligen leder till ett klokt domslut kan diskuteras, men det är en annan sak.

Likväl är hanteringen besvärande. Varken generaladvokaten, tribunalen eller EU-domstolen har uttryckligen accepterat konkurrensrättens straffrättsliga karaktär. Trots att hänsyn ska tas till sådana faktorer som hur allvarlig en överträdelse är, hur länge den pågått, det enskilda företagets beteende och roll så är utgångspunkterna för prövningen tveksamma. Tribunalens prövning gäller ytterst om kommissionen har gjort en ”uppenbart oriktig bedömning” och EU-domstolens legalitetsprövning gäller om tribunalen gjort sig skyldig till en ”felaktig rättstillämpning”. Det är den typ av prövning som gäller i en administrativ process, men som inte är tillräcklig i ett straffrättsligt förfarande.

Det som borde prövas är om den ”tilltalade” är skyldig eller inte. Utgångspunkten är en oskyldighetsprincip och beviskraven ska ställas högt – högre än i den administrativa processen. Det räcker inte ens med en överviktsprincip, utan bevisningen ska styrka att ”brott” föreligger.

Med en sådan måttstock är bedömningen i AstraZeneca otillfredsställande. När myndigheten på tämligen lösliga grunder påstått att företaget under hela den aktuella perioden haft en dominerande ställning läggs bördan på företaget (närmast att betrakta som en omvänd bevisbörda) att visa att så inte är fallet. Denna bedömning är helt avgörande för den ”fällande” domen eftersom om dominans inte kan styrkas är missbruksbestämmelsen inte tillämplig. Likaså fastställs missbruket mot så vaga kriterier som att det dominerande företaget har ”ett särskilt ansvar att agera på ett konkurrensrättsligt sunt sätt”. Att kriterierna är så vagt utformade uppfyller rimligen inte legalitetskravet (i betydelsen ingen påföljd utan lag) och gör det närmast omöjligt för företaget att styrka att agerandet inte uppfyller de vaga rekvisiten. Hänvisningen till att det inte är konkurrensrätten, utan immaterialrätten eller läkemedelsrätten, som styr bedömningen får ingen genklang. Faktum är att det inte bara är AstraZeneca som fälls på så lösa grunder. Kommissionen har inte förlorat något missbruksmål genom åren, som bygger på dessa vaga rekvisit.

Om processen fortsättningsvis ska ha en administrativ karaktär måste påföljdssystemet ändras. Alternativet vore kanske att diskutera en kärna av noga preciserade förbud, som leder till böter. Andra företeelser, som kanske de som aktualiseras i AstraZeneca-fallet, kan hänföras till förbud mot framtida agerande ev. kopplat med en vitessanktion vid förnyad överträdelse. Först när tillräckliga erfarenheter vunnits från praxis kan preciserade förbudsbestämmelser med tydliga straffskalor etableras.

Som framgått av redogörelsen ovan talar allt för att påföljderna i konkurrensrättsprocessen idag har fått en sådan omfattning att de har en straffrättslig karaktär. Med det konstaterandet måste det krävas att processen uppfyller andra krav än som gäller i ett administrativt förfarande. Den avvikande mening domare Pinto uttrycker i *Menarini*-fallet speglar den oro många känner över dagens förhållanden. Enskilda eller företag får inte uppfatta sig som rättslösa och utsatta för en skenprocess där deras talan avvisas utan att företagen haft tillgång till effektiva rättsmedel. Processen får inte förbli en kvasistraffrättslig skenprocess baserad på ett synnerligen oklart ”särskilt ansvar” att agera på ett sätt som en ”sund konkurrens” kräver. Även dominerande företag har krav på att legalitetsprincipen (i betydelsen ingen påföljd utan lag) iakttas och att spelreglerna blir klara och otvetydiga, hanteringen opartisk och överprövningen fullständig. Risken är annars att förtroendet för myndigheterna och konkurrensrätten urholkas. Den utredande och dömande funktion som kommissionen idag har bör också separeras så att parterna jämställs i processen. Myndigheten bär bevisbördan för att entydiga och klara regler överträtts. Beviskravet är högt. Med en sådan standard uppfyller inte domslutet mot AstraZeneca de krav på en rättssäker process som måste uppställas.

Problemen kan inte lösas av kommissionen eller unionsdomstolarna. Det går tillbaka till det alltför vida mandat, som fördraget och tillämningsbestämmelserna ger kommissionen och att domstolens granskning begränsas till en legalitetsprövning. Felet med Lissabon-processen är att man attackerade konkurrensrätten som sådan och hänvisade den konkurrensrättsliga principbestämmelsen till ett obskyrt protokoll. Den tveksamhet till konkurrensrätten agerandet signalerade skulle i stället ha föranlett en genomgripande förändring av processen i överensstämmelse med fundamentala rättssäkerhetskrav.