

Till statsrådet och chefen för Näringsdepartementet

Den 9 januari 2003 beslutade regeringen att tillkalla en särskild utredare med uppgift att analysera frågor som uppkommer med anledning av rådets beslut om en ny tillämpningsförfordning för genomförandet av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget det s.k. moderniseringsarbetet inom EU. Justitierådet Severin Blomstrand förordnades den 20 januari 2003 att vara särskild utredare.

Den 3 februari 2003 förordnades kanslirådet Ulrica Dyrke, departementssekreteraren Johanna Elmstedt, hovrättsassessorn Catarina Joelsson, departementsrådet Staffan Sandström, hovrättsassessorn Johan Sangborn och professorn Nils Wahl som sakkunniga i utredningen samt byråchefen Ann-Charlotte Bragsjö, advokaten Johan Coyet och direktören Anders Stenlund som experter i utredningen.

Till sekreterare fr.o.m. den 15 januari 2003 förordnades advokaten Per Karlsson.

Utredningen har tagit namnet Utredningen om en modernisering av konkurrensreglerna.

Utredningen får härmed överlämna delbetänkandet Reformerad konkurrensövervakning – Konsekvenser i Sverige av EG:s nya tillämpningsförfordning (2003:73). Till betänkandet är fogade tre särskilda yttranden.

Stockholm i juli 2003

Severin Blomstrand

/Per Karlsson

Innehåll

Sammanfattning	11
Summary	19
Författningsförslag	27
Förkortningar	45
1 Uppdraget	47
1.1 Utredningens direktiv.....	47
1.2 Utredningsarbetet	48
1.3 Utredningens fortsatta arbete	48
2 EG:s konkurrensregler	51
2.1 Bakgrund	51
2.2 Materiella regler	52
2.3 Tillämpningsregler	55
2.3.1 Förordning 17/62.....	55
2.3.2 Icke-ingripandebesked och informella avgöranden	57
2.3.3 Undantag	58
2.3.4 Uppgiftsskyldighet	59
2.3.5 Undersökningar	60
2.3.6 Åtgärder mot förbjudna konkurrensbegränsningar.....	61
2.3.7 Sanktioner.....	61
2.3.8 Domstolsprövning	62
2.3.9 Sekretess	62

2.4	Skadestånd	62
3	Svensk konkurrensrätt	65
3.1	Materiella regler	65
3.1.1	Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete	65
3.1.2	Civilrättslig ogiltighet	66
3.1.3	Undantag	66
3.1.4	Gruppundantag	67
3.1.5	Förbudet mot missbruk av dominerande ställning	67
3.2	Icke-ingripandebesked	68
3.3	Förfaranderegler	68
3.4	Åtgärder mot förbjudna konkurrensbegränsningar	69
3.4.1	Åläggande att upphöra med pågående överträdelser	69
3.4.2	Den särskilda talerätten	69
3.5	Sanktioner	69
3.5.1	Konkurrensskadeavgift	69
3.5.2	Vite	70
3.6	Prövningsskyldighet	70
3.7	Domstolsprövning	70
3.8	Skadestånd	71
3.9	Nationell behörighet att tillämpa EG-rätten	71
4	Rådsförordning 1/2003	73
4.1	Bakgrund	73
4.2	Motiven bakom reformen	73
4.3	Huvudpunkterna	76
5	Förhållandet mellan EG-rätten och nationell rätt	81
5.1	Nuvarande ordning	81
5.1.1	Nationell tillämpning av EG-rätten	81
5.1.2	Samhandel	83

5.1.3	Diskussionen hittills om förhållandet mellan EG-rätten och nationell rätt.....	85
5.2	Artikel 3 i förordningen	85
5.2.1	Kommissionens förslag till rådet	85
5.2.2	Den slutliga utformningen av artikel 3.....	87
5.3	Utredningens överväganden.....	89
5.3.1	Behovet av regler för konkurrensbegränsningar utan samhandelseffekt kvarstår.....	89
5.3.2	Bör KL vara tillämplig när EG-rätten tillämpas?	91
5.3.3	Materiella avvikelser i svensk konkurrensrätt får analyseras djupare	98
5.3.4	Förordningens reglering av ensidiga förfaranden kräver inte någon nationell konkurrensrättslig reglering.....	98
6	De nationella domstolarnas roll	99
6.1	Nuvarande ordning	99
6.1.1	De nationella domstolarna och konkurrensreglernas direkta effekt	99
6.1.2	Civilrättsliga rättsverkningar av överträdelse av konkurrensreglerna.....	101
6.1.3	Kort om vissa processregler i rättegångsbalken.....	102
6.2	Artikel 15 i förordningen	103
6.2.1	Vitboken.....	103
6.2.2	Kommissionens förslag till rådet	104
6.2.3	Den slutliga utformningen av artikel 15.....	105
6.3	Utredningens överväganden.....	107
6.3.1	Kommittédirektiven	108
6.3.2	De nya reglerna för domstolarna	108
6.3.3	Kommissionens och Konkurrensverkets roller	110
6.3.4	Processuella regler	111
7	Undantag och icke-ingripandebesked	117
7.1	Nuvarande ordning	117
7.2	Tidigare redovisade erfarenheter.....	121
7.2.1	Konkurrenslagsutredningen.....	121

7.2.2	Konkurrensverkets rapport Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag.....	123
7.2.3	Regeringens proposition om konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald.....	124
7.2.4	Konkurrensverkets rapport Konkurrensen i Sverige 2002.....	125
7.3	Artikel 1 i förordningen.....	126
7.3.1	Vitboken.....	126
7.3.2	Kommissionens förslag till rådet	127
7.3.3	Den slutliga utformningen av artikel 1	129
7.4	Utredningens överväganden.....	131
7.4.1	Kommittédirektiven	131
7.4.2	Förhandskontrollen enligt EG-rätten och KL.....	132
7.4.3	Effektiv konkurrensövervakning	133
7.4.4	Systematiken	134
7.4.5	Företagens börda.....	135
7.4.6	Bör förhandskontrollen slopas?	136
7.4.7	En motsvarighet till artikel 10 är inte lämplig i KL	137
8	Gruppundantag	139
8.1	Nuvarande ordning	139
8.1.1	EG:s gruppundantag	139
8.1.2	Gruppundantag i svensk konkurrensrätt.....	141
8.1.3	Närmare om de svenska gruppundantagen	143
8.1.4	Gruppundantag i andra länder inom EU	147
8.2	Artikel 29 i förordningen.....	148
8.2.1	Förslaget till rådet.....	148
8.2.2	Den slutliga utformningen av förordningen	148
8.3	Utredningens överväganden.....	150
8.3.1	Kommittédirektiven	150
8.3.2	Gruppundantagens rättsliga ställning.....	150
8.3.3	Gruppundantagen i en moderniserad tillämpning	153

9	Ålägganden och åtaganden.....	157
9.1	Nuvarande ordning.....	157
9.1.1	Åtgärder mot förbjudna konkurrensbegränsningar i svensk rätt	157
9.1.2	Nuvarande regler inom EG-rätten	157
9.1.3	Uppbrytning av företag.....	159
9.2	Artiklarna 5, 7 och 9 i förordningen.....	161
9.3	Utredningens överväganden.....	163
9.3.1	Kommittédirektiven	163
9.3.2	Förordningens krav på medlemsstaterna	163
9.3.3	Kommissionens befogenheter	164
9.3.4	Svenska regler om ålägganden.....	166
9.3.5	Koncentrationsprövning	166
9.3.6	Godta åtaganden	166
10	Undersökningar.....	171
10.1	Nuvarande ordning.....	171
10.1.1	Svensk rätt.....	171
10.1.2	Nationell tillämpning av artiklarna 81 och 82.....	174
10.1.3	Undersökning åt kommissionen enligt 1994 års lag	175
10.1.4	Internationellt samarbete	175
10.1.5	EG-rätten	176
10.2	Artiklarna 20 och 21 i förordningen.....	180
10.2.1	Kommissionens förslag till rådet	180
10.2.2	Den slutliga utformningen.....	182
10.3	Utredningens överväganden.....	188
10.3.1	Kommittédirektiven	188
10.3.2	Kommissionens undersökningar hos företag i Sverige	189
10.3.3	Undersökningar hos andra än det berörda företaget	189
10.3.4	Sakupplysningar och försegling.....	192
10.3.5	Undersökning på begäran av en konkurrensmyndighet i en annan medlemsstat i EU	193

11	Samarbete inom nätverket	195
11.1	Nuvarande ordning	195
11.2	Nätverket enligt förordningen	195
11.2.1	Vitboken	195
11.2.2	Artiklarna 11, 12 och 13 i förordningen	197
11.2.3	Samarbete mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter	200
11.2.4	Medlemsstaternas konkurrensmyndigheter	202
11.2.5	Sekretess	203
11.3	Utredningens överväganden	205
11.3.1	Samarbetet inom nätverket.....	205
11.3.2	Sekretess	207
11.3.3	Den särskilda talerätten	208
11.3.4	Konkurrensmyndigheter enligt artikel 35	209
12	Konsekvenser av förslagen	213
13	Författningskommentar	215
13.1	Förslaget till lag om ändring i konkurrenslagen.....	215
13.2	Förslaget till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100)....	228
13.3	Förslaget till lag om ändring i lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler	229
13.4	Förslaget till lag om ändring i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.	229
	Särskilda yttranden	231
	Bilagor	
	Bilaga 1 Kommittédirektiv	241
	Bilaga 2 Rådsförordning 1/2003	255

Sammanfattning

Utredningsuppdraget

Enligt direktiven skall utredningen analysera frågor som uppkommer med anledning av rådets beslut om en ny tillämpningsförfordning för genomförandet av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget det s.k. moderniseringsarbetet.

I uppgiften ingår att pröva

- om reglerna i 8 § konkurrenslagen om individuella undantag från förbudet i 6 § konkurrenslagen mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag bör göras om till ett ständigt gällande generellt undantag,
- om rätten för företag att få icke-ingripandebesked bör avskaffas, och
- om Konkurrensverket skall få behörighet att – liksom kommissionen – ålägga strukturella åtgärder och göra åtaganden från företag bindande.

Vidare skall utredningen

- överväga ändringar i de svenska processuella reglerna med anledning av den nya tillämpningsförfordningen,
- analysera i vilken utsträckning nuvarande regler i konkurrenslagen som gäller förfarandet, undersökningar, sanktioner m.m. kan tillämpas och är ändamålsenliga mot bakgrund av den nya tillämpningsförfordningen, samt
- överväga om reglerna om bistånd till kommissionen i samband med undersökningar bör ändras.

Ett annat uppdrag är att göra en allsidig prövning av om kretsen av skadeståndsberättigade enligt konkurrenslagen bör utvidgas. Utredningen skall därutöver se över sättet att beräkna konkurrens-

skadeavgift i koncernförhållanden samt rättstillämpningen i samband med accessoriska begränsningar.

Enligt direktiven skall utredningen redovisa sitt uppdrag med anledning av en ny tillämpningsförfordning, där svenska regeländringar bedöms nödvändiga inför förfordningens tillämpning, senast den 31 juli 2003 och i övrigt senast den 31 januari 2004.

I detta delbetänkande redovisar utredningen den första etappen av sitt uppdrag.

Dispositionen av betänkandet

I *kapitlen 2–4* redogörs översiktligt för EG:s konkurrensregler, den svenska konkurrensrätten och den nya tillämpningsförfordningen, rådsförfordning 1/2003.

Kapitlen 5–11 innehåller utredningens överväganden i de olika frågor som aktualiseras. I vart och ett av dessa kapitel redovisas mer ingående de relevanta delarna av EG-rätten, svensk rätt och den nya tillämpningsförfordningen.

I *kapitel 5* behandlar utredningen frågor om förhållandet mellan EG:s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt, särskilt mot bakgrund av principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt.

Kapitel 6 handlar om de nationella domstolarnas roll i det nya regelsystemet.

I *kapitel 7* överväger utredningen hur nuvarande regler om undantag och icke-ingripandebesked skall anpassas till det nya regelsystemet på EG-nivå.

I *kapitel 8* diskuteras särskilt huruvida ordningen med gruppundantagsförfordningar bör behållas i det nya regelsystemet.

Kapitel 9 handlar om de åtgärder som Konkurrensverket kan vidta mot överträdelser av konkurrensförbudet.

I *kapitel 10* redovisar utredningen sina överväganden i frågor om undersökningar på EG-nivå och nationell nivå samt det samarbete och bistånd som krävs.

I *kapitel 11* tar utredningen upp några frågor som aktualiseras av samarbetet mellan nationella konkurrensmyndigheter och kommissionen som har organiserats i ett nätverk.

I *kapitel 12* redovisar utredningen konsekvenser av sina förslag.

Kapitel 13, slutligen, innehåller en författningskommentar.

Utredningens överväganden

Den nya tillämpningsförfordningen syftar till att tillämpningen av EG:s konkurrensrätt skall decentraliseras så att medlemsstaternas konkurrensmyndigheter skall få en mer framträdande roll än vad som hittills har varit fallet, då kommissionen har varit helt dominerande. Den nuvarande förhandskontrollen i form av individuella undantag och icke-ingripandebesked, som beslutas av kommissionen, avskaffas. Kommissionen skall i stället koncentrera sig på att ingripa mot allvarliga överträdelser av förbudsreglerna.

Den svenska konkurrenslagen är utformad med EG:s konkurrensrätt som förebild. Såväl de materiella förbudsreglerna som förfarandet och sanktionerna överensstämmer nära med vad som gäller enligt EG-rätten. Konkurrensverket, Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen har också behörighet att tillämpa förbudsreglerna i EG:s konkurrensrätt.

Mot denna bakgrund uppkommer två frågor: Medför ändringarna i EG-rätten ett behov av att ändra de svenska reglerna om nationell behörighet att tillämpa EG-rätten? Bör de svenska konkurrensreglerna ändras i något avseende för att likheten med EG-rätten skall bevaras? En utgångspunkt för utredningen har varit att den svenska konkurrensrätten även fortsättningsvis bör ligga så nära EG-rätten som möjligt.

Förhållandet mellan EG-rätten och nationell rätt

Utredningen tar först upp frågan om det alls behövs någon nationell konkurrensrätt vid sidan av EG-rätten och kommer fram till att så är fallet, bl.a. mot bakgrund av att det är ovisst vad det EG-rättsliga samhandelsrekvisitet innebär och därmed också hur långt EG-rättens konkurrensregler når.

Artikel 3 i tillämpningsförfordningen innehåller bestämmelser om förhållandet mellan å ena sidan artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget och å andra sidan nationell konkurrensrätt. Efter en analys av dessa bestämmelser kommer utredningen fram till slutsatsen att de innebär att EG-rätten måste tillämpas så snart samhandelsrekvisitet är uppfyllt och att EG-rätten i andra fall inte får tillämpas. Visserligen medger bestämmelserna att nationell rätt tillämpas parallellt med EG-rätten, men en sådan tillämpning får inte leda till något annat resultat än en tillämpning av EG-rätten,

utom i vissa fall av ensidiga förfaranden. Utredningen föreslår därför en ordning som innebär att EG-rätten skall tillämpas när samhandelsrekvisitet är uppfyllt och förbudsreglerna i konkurrenslagen när samhandelsrekvisitet inte är uppfyllt.

De nationella domstolarnas roll

Artikel 15 i tillämpningsförfordningen handlar om kommissionens och de nationella konkurrensmyndigheternas samarbete med nationella domstolar. Där föreskrivs att domstolar får begära upplysningar och yttranden från kommissionen. Vidare får nationella konkurrensmyndigheter och kommissionen yttra sig skriftligen till nationella domstolar. Med domstolens tillstånd får de också yttra sig muntligen.

Utredningen har övervägt hur sådana yttranden bör behandlas i en svensk domstolsprocess och har kommit fram till att de flesta frågor som rör förfarandet kan lösas utan särskilda lagstiftningsåtgärder. Vad som behövs är en bestämmelse om att ett skriftligt yttrande kan lämnas utan avseende om det annars skulle uppkomma avsevärda olägenheter i rättegången.

Mer problematiskt är i vilken mån domstolen *ex officio* skall få lägga ett yttrande till grund för sitt avgörande. Frågan måste ses i belysning av EG-domstolens praxis som ger vid handen att konkurrensrätten i vid omfattning är indispositiv. Utredningen föreslår en lagregel av innebörd att ett yttrande från kommissionen eller Konkurrensverket får beaktas av domstolen utan åberopande av part.

Undantag och icke-ingripandebesked

En av de stora nyheterna i den nya tillämpningsförfordningen är att kommissionens förhandskontroll genom beslut om undantag och icke-ingripandebesked avskaffas och ersätts av en direkt tillämplig undantagsregel. Mot den bakgrunden föreslår utredningen att motsvarande system på nationell nivå också skall avskaffas och det såväl när Konkurrensverket tillämpar EG-rätten som när verket tillämpar konkurrenslagens förbudsregler. Vidare införs i stället en direkt tillämplig undantagsregel. Med den föreslagna ordningen bedömer

företagen själva om deras avtal och förfaranden är förenliga med konkurrensreglerna.

Gruppundantag

Enligt den nya tillämpningsförfordningen skall systemet med gruppundantag finnas kvar. Med stöd av en rådsförfordning skall kommissionen alltså kunna förklara att artikel 81.1 inte skall tillämpas på vissa kategorier av avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden.

Utredningen föreslår att de svenska reglerna om gruppundantag upphävs. Som skäl till detta anför utredningen att gruppundantagen inte längre kan fungera som administrativ lättnad när systemet med individuella undantag har avskaffats. Svenska gruppundantag kommer inte heller att kunna tjäna som vägledning när det finns gruppundantag på EG-nivå och gränsen för EG-rättens tillämpningsområde är oklar. Slutligen kan det ifrågasättas från konstitutionell synpunkt att gruppundantag, som har viktiga civilrättsliga verkningar, bör utfärdas i förordningsform.

Ålägganden och åtaganden

Utredningen föreslår att Konkurrensverket även fortsättningsvis skall kunna ålägga företag att upphöra med överträdelser av 6 och 19 §§ konkurrenslagen och artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. Enligt den nya tillämpningsförfordningen får kommissionen ålägga företag att vidta strukturella åtgärder, vari synes ingå att ett företag skall kunna brytas upp i skilda delar. Utredningen föreslår ingen motsvarande regel för Konkurrensverkets del. En tidigare utredning har kommit fram till att uppbyggnad inte är användbar som metod att komma till rätta med snedvridning av konkurrensen (se SOU 2001:94). Även vid ett förnyat övervägande framstår det enligt utredningens mening inte som lämpligt att införa regler om uppbyggnad på nationell nivå.

Enligt artikel 9 i tillämpningsförfordningen får kommissionen godta ett åtagande från ett företag som enligt kommissionens preliminära bedömning har överträtt ett förbud. Genom beslutet kan kommissionen göra åtagandet bindande. Enligt förordningen skall även en nationell konkurrensmyndighet kunna godta åtaganden

och utredningen föreslår bestämmelser i konkurrenslagen med den innebörden. Att verket godtar ett åtagande medför att det inte blir aktuellt att besluta om ett åläggande. Utredningen föreslår dock regler om att ett beslut att godta ett åtagande skall kunna återkallas under vissa närmare angivna förutsättningar.

Undersökningar

I artiklarna 20–22 i tillämpningsförordningen finns bestämmelser om inspektioner som beslutas av kommissionen, om bistånd av nationella myndigheter och om annat samarbete vid undersökningar.

Utredningen konstaterar att de nuvarande svenska reglerna om detta är tillräckliga i de flesta hänseenden. Två frågor kräver dock lagreglering. Enligt artikel 21 får kommissionen besluta om inspektion på annan plats än hos det berörda företaget. Ett sådant beslut får inte genomföras utan förhandsgodkännande av den nationella rättsliga myndigheten i den berörda medlemsstaten. Utredningen föreslår att Stockholms tingsrätt skall pröva frågor om förhandsgodkännande. Vidare behövs kompletterande regler om att Konkurrensverket får genomföra undersökningar på begäran av kommissionen och andra medlemsstater i EU.

Samarbete i nätverket

Konkurrensverket kommer att företräda Sverige i samarbetet i nätverket. Hur samarbetet kommer att gestalta sig är inte klart ännu, men det torde inte kräva några lagstiftningsåtgärder i Sverige.

Utredningen föreslår i detta avsnitt en ändring i sekretesslagen så att sekretess skall gälla för uppgifter hos Konkurrensverket som verket erhållit genom undersökningar på uppdrag av kommissionen eller konkurrensmyndigheten i en annan medlemsstat i EU. Vidare föreslår utredningen ett undantag från den särskilda talerätten enligt nuvarande 23 § andra stycket konkurrenslagen för sådana fall där Konkurrensverket har beslutat att inte ta upp ett klagomål på grund av att en annan konkurrensmyndighet inom EU handlägger ärendet. I en sådan situation är det enligt utredningens mening inte motiverat att frågan skall kunna föras under Marknadsdomstolens prövning.

Ikraftträdande

Den nya tillämpningsförfordningen skall tillämpas från och med den 1 maj 2004. Utredningen föreslår att de svenska lagändringarna skall träda i kraft den dagen. Vidare föreslår utredningen övergångsbestämmelser bl.a. för avtal och förfaranden för vilka undantag eller icke-ingripandebesked har beslutats eller som omfattas av ett gruppundantag. Dessa övergångsbestämmelser gäller dock endast för avtal och förfaranden där samhandelsrekvisitet inte är uppfyllt.

Summary

Terms of reference

According to the terms of reference the Committee is to analyse questions that arise with reference to the Council's decision concerning a new implementing regulation for the competition rules in Articles 81 and 82 of the EC Treaty, the so-called work of modernisation.

The assignment includes examining

- whether the rules in Section 8 of the Competition Act concerning individual exemption from the prohibition in Section 6 of the Competition Act against restrictive agreements between undertakings should be amended to constitute a permanently applicable general exception,
- whether the right of undertakings to obtain negative clearance should be abolished,
- whether the Swedish Competition Authority should be given the legal authority – in the same way as the Commission – to enjoin structural measures and make commitments by undertakings legally binding.

Further, the Committee shall

- consider amendments to the Swedish procedural rules in view of the new implementing regulation,
- analyse to what extent the present provisions of the Competition Act concerning procedure, investigations, sanctions etc can be applied and are appropriate in the light of the new implementing regulation
- consider whether the rules concerning assistance to the Commission in connection with investigations should be amended.

Another task is to carry out a general examination of whether the circle of parties entitled to damages under the Competition Act should be extended. In addition the Committee is to review the method of calculating the administrative fine in combinations of undertakings as well as the application of the law in connection with ancillary restraints.

Under its terms of reference the Committee is to report its assignment with reference to a new implementing regulation, where amendments to Swedish rules are deemed necessary before application of the regulation, by 31 July 2003 at the latest and in other respects by 31 January 2004.

In this progress report the Committee is reporting on the first stage of its assignment.

Outline of the report

In *chapters 2–4* a general description is given of the Community competition rules, Swedish competition legislation and the new implementing regulation, Council regulation 1/2003.

Chapters 5–11 contain the Committee's deliberations on the various issues in question. In each of these chapters a more detailed account is given of the relevant parts of Community law, Swedish law and the new implementing regulation.

In *chapter 5* the Committee deals with questions concerning the relationship between Community competition legislation and national competition legislation, particularly in the light of the principle of the primacy of Community law over national law.

Chapter 6 deals with the role of the national courts in the new regulatory system.

In *chapter 7* the Committee considers how present rules on exemption and negative clearance are to be adapted to the new regulatory system at Community level.

Chapter 8 discusses particularly whether the system of block exemption regulations should be retained in the new regulatory system.

Chapter 9 deals with the measures that the Swedish Competition Authority may take against infringements of the competition prohibitions.

In *chapter 10* the Committee describes its considerations on matters concerning investigations at Community level and national level and the co-operation and assistance required.

In *chapter 11* the Committee takes up some questions arising from the co-operation between national competition authorities and the European Commission organised in a network.

In *chapter 12* the Committee describes the consequences of its proposals.

Chapter 13, finally, contains explanatory notes.

The considerations of the Committee

The new implementing regulation is intended to decentralise the application of Community competition legislation so that the member states' competition authorities are given a more prominent role than has been the case up to now, as the Commission has been entirely dominant. The present prior authorisation in the form of individual exemptions and negative clearance, determined by the Commission, will be abolished. The Commission will instead concentrate on intervening against serious infringements of the prohibition rules.

The Swedish Competition Act was framed using the Community competition legislation as a model. Both the substantial prohibition rules and the procedure and sanctions closely correspond to applicable Community law. The Swedish competition authorities are also empowered to apply the prohibition rules in the Community competition legislation.

In these circumstances two questions arise. Do the changes in Community law imply a need to change the Swedish rules concerning national competence to apply Community law? Should the Swedish competition rules be changed in any respect to preserve conformity with Community law? One point of departure for the Committee has been that the Swedish competition legislation should continue to follow Community law as closely as possible.

The relationship between Community law and national law

The Committee first deals with the question of whether any national competition legislation is necessary at all besides Community law and reaches the conclusion that such is the case, for example in the light of the fact that it is not known what the effect on trade criterion in Community law will imply and thus also how far the Community competition rules will reach.

Article 3 of the implementing regulation contains provisions concerning the relation between on the one hand Articles 81 and 82 of the EC Treaty and national competition law on the other. After an analysis of these regulations the Committee arrives at the conclusion that they imply that Community law must be applied as soon as the effect on trade criterion is met and that Community law in other cases may not be applied. It is true that the provisions allow that national law be applied in parallel with Community law, but such an application may not lead to any other result than an application of Community law, except in certain cases of unilateral conduct. The Committee therefore proposes a system whereby Community law shall be applied when the effect on trade criterion has been met and the prohibition rules in the Competition Act shall be applied when the effect on trade criterion is not met.

The role of the national courts

Article 15 of the implementing regulation deals with co-operation between national courts and the Commission and the national competition authorities. This article stipulates that the courts may request information and statements from the Commission. Further, national competition authorities and the Commission may make written statements to national courts. With the court's permission they may also make statements orally.

The Committee has considered how such statements should be treated in a Swedish court case and has arrived at the conclusion that most questions concerning procedure can be solved without special legislative measures. What is needed is a rule that a written statement may be ignored if considerable inconvenience would otherwise arise in the legal proceedings.

A more problematical question is the extent to which the court ex officio may use a statement as a basis for its decision. The ques-

tion must be seen in the light of the case law of the European Court of Justice, which indicates that competition law is often not amenable to out-of-court settlement. The Committee proposes a rule of law entailing that a statement from the Commission or the Swedish Competition Authority may be considered by the court without any party having invoked it.

Exemptions and negative clearance

One of the major new features in the new implementing regulation is that the Commission's prior authorisation through decisions on exemption and negative clearance has been abolished and replaced by a directly applicable exemption rule. In this light the Committee proposes that the corresponding system at national level should also be abolished and likewise replaced by a directly applicable exemption rule, both when the Competition Authority applies Community law and when the Authority applies the prohibition rules of the Competition Act. The proposed system means that undertakings would assess for themselves whether their contracts and procedures were compatible with the competition rules.

Block exemptions

Under the new implementing regulation the system of block exemptions is to remain. Under the provisions of a Council Regulation the Commission shall thus be able to declare that Article 81.1 is not to be applicable to certain categories of contract, decisions by associations of undertakings or concerted practices.

The Committee proposes that the Swedish rules on block exemptions be abolished. The reason put forward by the Committee is that the block exemptions cannot function any longer as an administrative relief when the system of individual exemptions has been abolished. Nor will Swedish block exemptions be able to serve as guidance when there are block exemptions at Community level and the limit of the area of application of Community law is unclear. Finally, it may be questioned from the point of view of the constitution that block exemptions, which have important civil law effects, should be issued in the form of a regulation.

Injunctions and commitments

The Committee proposes that the Competition Authority continue to be able to enjoin undertakings to discontinue infringements of Sections 6 and 19 of the Competition Act and Articles 81 and 82 of the EC Treaty. Under the new implementing regulation the Commission may enjoin undertakings to take structural measures, which it would seem includes the dissolution of an undertaking into different parts. The Committee does not propose any corresponding rule for the Swedish Competition Authority. A previous Committee reached the conclusion that dissolution is not viable as a method of rectifying distortion of competition (see SOU 2001:94 – Swedish Government Official Reports 2001:94). Even after renewed consideration the Committee maintains that it is not appropriate to introduce dissolution rules at national level.

According to Article 9 of the implementing regulation the Commission may approve a commitment from an undertaking that in the preliminary assessment of the Commission has violated a prohibition. Through the decision the Commission may make the commitment binding. According to the regulation a national competition authority shall also be able to approve commitments and the Committee proposes provisions in the Competition Act to that effect. The fact that the Authority approves a commitment means that the question of an injunction does not arise. The Committee, however, proposes rules stipulating that a decision giving approval may be recalled on certain explicitly specified conditions.

Investigations

In Articles 20–22 of the implementing regulation there are provisions on inspections determined by the Commission, on assistance to national authorities and on other co-operation on investigations.

The Committee notes that the present Swedish rules on this are sufficient in most respects. Two questions, however, require statutory regulation. Under Article 21 the Commission may decide on inspection at a place other than at the undertaking concerned. Such a decision may not be implemented without prior authorisation by the national legal authority in the member state concerned. The Committee proposes that the Stockholm City Court should consider matters concerning prior approval. Further, supplement-

tary rules are needed to allow the Competition Authority to carry out investigations at the request of the Commission and other EU member states.

Co-operation in the network

The Competition Authority will represent Sweden in the network co-operation. How the co-operation will manifest itself is not as yet clear, but it will probably not require any legislative measures in Sweden.

The Committee proposes in this section an amendment to the Secrecy Act so that secrecy is to apply to information held by the Competition Authority that the Authority has obtained through investigations on behalf of the Commission or the competition authority in another EU member state. Further, the Committee proposes an exemption from the special right to take legal action under the present Section 23, second paragraph of the Competition Act for such cases where the Competition Authority has rejected a complaint due to the fact that another competition authority in the EU is dealing with the case. In such a situation, in the opinion of the Committee, it is not warranted to refer the question to the consideration of the Market Court.

Date of coming into force

The new implementing regulation shall be applied from 1 May 2004 inclusive. The Committee proposes that the Swedish amendments to the law come into force on that date. Further, the Committee proposes transition rules among other things for contracts and procedures for which exemptions or negative clearance have been determined or that are covered by a block exemption. These transition rules only apply, however, to contracts and procedures where the effect on trade criterion is not met.

Författningsförslag

1. Förslag till lag om ändring i konkurrenslagen (1993:20)

Härigenom förskrivs i fråga om konkurrenslagen (1993:20) dels att 5, 9-18, 20-22, 29 och 61 §§ samt rubrikerna närmast före 8, 12, 13, 15, 17, 20 och 22 skall upphöra att gälla,¹ dels att 6, 8, 19, 23, 26, 28 b, 28 c, 45, 47-49, 57, 60, 62, 63, 64, 64 a, 64 c, och 69 §§ skall ha följande lydelse, dels att det skall införas 5 nya paragrafer, 8 a, 23 a, 53 a, 53 b och 70 §§, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Om något annat inte följer av beslut enligt 8 eller 15 § eller av 13, 17, 18 c eller 18 e §, är avtal mellan företag förbjudna om de har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat.

Detta gäller särskilt sådana avtal som innebär att

1. inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,

Föreslagen lydelse

6 §²

Om något annat inte följer av 8, 18 c eller 18 e §, är avtal mellan företag förbjudna om de har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat.

¹ Senaste lydelse av

5 § 2000:1021

15 § 1998:648

13 § 1998:648

rubriken närmast före 15 § 1998:648.

² Senaste lydelse 2000:1021.

2. produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
3. marknader eller inköpskällor delas upp,
4. olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller
5. det ställs som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

8 §

Konkurrensverket får i det särskilda fallet besluta om undantag från förbudet i 6 § för ett avtal som

Förbudet i 6 § gäller inte för ett avtal som

1. bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande,
2. tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås,
3. bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet i 1, och
4. inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.

8 a §

På sådana avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstater i Europeiska unionen tillämpas artikel 81 i EG-fördraget i stället för 6–8 §§.

19 §

Missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på marknaden är förbjudet.

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

1. direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
2. begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
3. tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller

4. ställa som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

På sådana förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater i Europeiska unionen tillämpas i stället artikel 82 i EG-fördraget.

23 §³

Konkurrensverket får ålägga ett företag att upphöra med överträdelse av förbuden i 6 eller 19 §.

Konkurrensverket får ålägga ett företag att upphöra med överträdelse av förbuden i 6 eller 19 § eller artikel 81 eller 82 i EG-fördraget.

Om Konkurrensverket misstänker att ett företag överträder något av förbuden och företaget åtar sig att vidta åtgärder som är ägnade att undanröja misstankarna, får verket godta åtagandet i stället för att meddela ett åläggande enligt första stycket. Verkets beslut får avse en bestämd tid.

Om Konkurrensverket i ett visst fall beslutar att inte meddela ett sådant åläggande, får Marknadsdomstolen göra det på talan av ett företag som berörs av överträdelsen.

Om Konkurrensverket i ett visst fall beslutar att inte meddela ett åläggande enligt första stycket, får Marknadsdomstolen göra det på talan av ett företag som berörs av överträdelsen. Detta gäller dock inte om Konkurrensverkets beslut grundar sig på artikel 13 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

³ Senaste lydelse 1998:648.

23 a §

Konkurrensverket får återkalla ett beslut enligt 23 § andra stycket om

- 1. de omständigheter som låg till grund för beslutet har förändrats i något väsentligt avseende,*
- 2. de som beslutet gäller bryter mot något åtagande som har angetts i beslutet, eller*
- 3. beslutet grundades på oriktiga eller vilseledande uppgifter.*

26 §

Stockholms tingsrätt får på talan av Konkurrensverket besluta att ett företag skall betala en särskild avgift (konkurrensskadeavgift), om företaget eller någon som handlar på företagets vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet har

- 1. överträtt förbuden i 6 eller 19 §, eller*
- 2. åsidosatt ett villkor som har beslutats med stöd av 10 § andra stycket.*

Avgiften tillfaller staten.

Stockholms tingsrätt får på talan av Konkurrensverket besluta att ett företag skall betala en särskild avgift (konkurrensskadeavgift), om företaget eller någon som handlar på företagets vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet har överträtt förbuden i 6 eller 19 § *eller artikel 81 eller 82 i EG-fördraget.*

28 b §⁴

Konkurrensskadeavgift får efterges beträffande ett företag som har överträtt ett förbud enligt 6 §, om företaget

1. anmäler överträdelsen till Konkurrensverket innan verket har fått tillräckligt underlag för att ingripa mot överträdelsen och något

Konkurrensskadeavgift får efterges beträffande ett företag som har överträtt ett förbud enligt 6 § *eller artikel 81 i EG-fördraget*, om företaget

⁴ Senaste lydelse 2002:595.

annat företag som deltagit i överträdelsen inte har gjort anmälan tidigare,

2. lämnar Konkurrensverket all den information om överträdelsen som företaget har tillgång till,

3. samarbetar fullt ut med Konkurrensverket under utredningen av överträdelsen, och

4. har upphört eller snarast efter sin anmälan upphör att medverka i överträdelsen.

Konkurrensskadeavgiften får dock inte efterges, om företaget har haft den ledande rollen i överträdelsen och det med hänsyn till omständigheterna därför är uppenbart oskäligt med eftergift.

28 c §⁵

På ansökan av ett företag som anmäler en överträdelse av ett förbud enligt 6 § skall Konkurrensverket förklara om de förutsättningar för eftergift av konkurrensskadeavgift som anges i 28 b § första stycket 1 är uppfyllda.

På ansökan av ett företag som anmäler en överträdelse av ett förbud enligt 6 § *eller artikel 81 i EG-fördraget* skall Konkurrensverket förklara om de förutsättningar för eftergift av konkurrensskadeavgift som anges i 28 b § första stycket 1 är uppfyllda.

Ett beslut varigenom verket förklarat att förutsättningarna enligt 28 b § första stycket 1 för eftergift föreligger är bindande för verket samt för Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen.

45 §

Om det behövs för att Konkurrensverket skall kunna fullgöra sina uppgifter enligt denna lag, får verket ålägga

1. ett företag eller någon annan att tillhandahålla uppgifter, handlingar eller annat,

2. den som förväntas kunna lämna upplysningar i saken att inställa sig för förhör på tid och plats som verket bestämmer, eller

3. en kommun eller ett landsting som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur att redovisa kostnader och intäkter i verksamheten.

Första stycket gäller även vid Konkurrensverkets handläggning på begäran av Europeiska gemen-

⁵ Senaste lydelse 2002:595.

skapernas kommission eller en konkurrensmyndighet i en annan medlemsstat i Europeiska unionen.

47 §

Stockholms tingsrätt får på ansökan av Konkurrensverket besluta att verket får genomföra en undersökning hos ett företag för att utreda om detta har överträtt förbuden i 6 eller 19 §, om

1. det finns anledning att anta att en överträdelse har skett,
2. företaget inte rättar sig efter ett åläggande enligt 45 § 1 eller det annars finns risk att bevis undanhålls eller förvanskas, och
3. vikten av att åtgärden vidtas är tillräckligt stor för att uppväga det intrång eller annat men som åtgärden innebär för den som drabbas av åtgärden.

Första stycket gäller även en ansökan som Konkurrensverket gör på begäran av Europeiska gemenskapernas kommission eller en konkurrensmyndighet i en annan medlemsstat i Europeiska unionen.

Ansökan skall göras skriftligen.

48 §

Ett beslut enligt 47 § får avse även någon annan än det företag som är föremål för utredning. Ett sådant beslut får meddelas bara om

1. vad som föreskrivs i 47 § första stycket 1 och 3 är uppfyllt,
2. det finns särskild anledning att anta att bevis finns hos den som ansökan avser, och
3. denne inte rättar sig efter ett åläggande enligt 45 § 1 eller

3. denne inte rättar sig efter ett åläggande enligt 45 § första

det annars finns risk att bevis undanhålls eller förvanskas.

stycket 1 eller det annars finns risk att bevis undanhålls eller förvanskas.

49 §⁶

Ett beslut enligt 47, 48 eller 56 b § får meddelas utan att den som ansökan avser får tillfälle att yttra sig, om det kan befaras att undersökningen annars skulle förlora i betydelse.

Ett beslut enligt 47, 48, 53 a eller 56 b § får meddelas utan att den som ansökan avser får tillfälle att yttra sig, om det kan befaras att undersökningen annars skulle förlora i betydelse.

Beslut meddelat med stöd av första stycket skall sändas endast till Konkurrensverket. När undersökningen börjar skall verket överlämna ett exemplar av beslutet till den hos vilken undersökningen skall genomföras.

53 a §

Frågor om förhandsgodkännande enligt artikel 21.3 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget prövas av Stockholms tingsrätt på ansökan av Konkurrensverket.

53 b §

När Europeiska gemenskapernas kommission har beslutat om en undersökning enligt artikel 20 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget får kronofogdemyndigheten på ansökan av Konkurrensverket besluta om handräckning för att kommissionens undersök-

⁶ Senaste lydelse 2002:595.

ning skall kunna genomföras. Detsamma gäller när beslut om förhandsgodkännande meddelats enligt 53 a §.

Frågor om handräckning enligt denna paragraf prövas av Kronofogdemyndigheten i Stockholm. Därvid gäller bestämmelserna i utsökningsbalken om sådan verkställighet som avses i 16 kap. 10 § den balken. Myndigheten skall dock inte underrätta den hos vilken undersökningen skall genomföras innan verkställighet sker.

57 §⁷

Ett förbud eller åläggande enligt 23, 34 a, 35, 36, 38, 41, 45 eller 56 a § får förenas med vite. Också ett beslut om undersökning enligt 47, 48 eller 56 b § får förenas med vite för att förmå ett företag eller någon annan att underkasta sig undersökningen.

Ett frivilligt åtagande i samband med en företagskoncentration får förenas med vite. Ett sådant vite föreläggs av Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket.

Ett frivilligt åtagande i samband med en företagskoncentration eller i ett ärende enligt 23 § första och andra styckena, får förenas med vite. Ett sådant vite föreläggs av Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket.

60 §⁸

Beslut av Konkurrensverket i följande frågor får överklagas hos Marknadsdomstolen:

1. undantag enligt 8, 11, 12, 14, 16 och 18 §§,
2. icke-ingripandebesked enligt 20 och 21 §§,
3. ålägganden som verket har meddelat enligt 23 § första stycket och 25 §,

1. ålägganden som verket har meddelat enligt 23 § första stycket och 25 §,

⁷ Senaste lydelse 2002:595.

⁸ Senaste lydelse 2002:595.

4. förbud eller åläggande enligt 38 § fjärde stycket, och
5. ålägganden enligt 45 och 56 a §§.

2. förbud eller åläggande enligt 38 § fjärde stycket,
3. ålägganden enligt 45 och 56 a §§, och
4. återkallelse av ett undantag enligt artikel 29.2 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

Ett beslut enligt första stycket 1–3 får överklagas av ett företag som berörs av beslutet.

Ett beslut enligt första stycket 1 och 4 får överklagas av ett företag som berörs av beslutet.

62 §

Andra beslut av Konkurrensverket enligt denna lag än som avses i 60 eller 61 § får inte överklagas.

Andra beslut av Konkurrensverket enligt denna lag än som avses i 60 § får inte överklagas

63 §⁹

Domar och beslut av Stockholms tingsrätt i följande mål och ärenden får överklagas hos Marknadsdomstolen:

1. konkurrensskadeavgift enligt 26 §,
2. kvarstad enligt 32 §,
3. företagskoncentration enligt 34 a, 36, 41 och 43 §§,
4. undersökningar enligt 47, 48 och 56 b §§, och
5. förhandsgodkännande enligt 53 a §, och
5. prövning enligt 54 § andra stycket.
4. undersökningar enligt 47, 48 och 56 b §§,
5. förhandsgodkännande enligt 53 a §, och
6. prövning enligt 54 § andra stycket.

Beslut under rättegången i frågor som avses i 32 eller 41 § skall överklagas särskilt. Har ett sådant beslut meddelats innan rättegång har inletts, skall det överklagas som om beslutet meddelats under rättegång.

⁹ Senaste lydelse 2002:595.

64 §¹⁰

Om något annat inte följer av denna lag tillämpas,

- | | |
|---|--|
| <p>1. beträffande rättegången i frågor som avses i 23 § <i>andra</i> stycket och 63 § första stycket 1–3, vad som är föreskrivet i rättegångsbalken om tvistemål där förlikning inte är tillåten, och</p> <p>2. beträffande handläggningen av frågor som avses i 13 § <i>tredje stycket</i>, 60 § första stycket och 63 § första stycket 4 och 5, lagen (1996:242) om domstolsärenden, dock skall i fråga om rättegångskostnader gälla vad som föreskrivs i 31 kap. rättegångsbalken.</p> | <p>1. beträffande rättegången i frågor som avses i 23 § <i>tredje</i> stycket och 63 § första stycket 1–3, vad som är föreskrivet i rättegångsbalken om tvistemål där förlikning inte är tillåten, och</p> <p>2. beträffande handläggningen av frågor som avses i 60 § första stycket och 63 § första stycket 4–6, lagen (1996:242) om domstolsärenden, dock skall i fråga om rättegångskostnader gälla vad som föreskrivs i 31 kap. rättegångsbalken.</p> |
|---|--|

I mål och ärenden enligt 63 § skall vad som sägs om hovrätten i 49, 50 och 52 kap. rättegångsbalken samt 39 § första stycket lagen om domstolsärenden i stället gälla Marknadsdomstolen.

Om det finns särskilda skäl, får Marknadsdomstolen i mål eller ärende där enskilda är motparter till varandra, bestämma att var och en av parterna skall svara för sina rättegångskostnader.

64 a¹¹

- | | |
|---|---|
| <p>Vid huvudförhandling i mål som anges i 63 § första stycket 1–4 skall tingsrätten bestå av fyra ledamöter, av vilka två skall vara lagfarna domare och två ekonomiska experter. En av de lagfarna domarna skall vara rättsens ordförande.</p> | <p>Vid huvudförhandling i mål som anges i 63 § första stycket 1–5 skall tingsrätten bestå av fyra ledamöter, av vilka två skall vara lagfarna domare och två ekonomiska experter. En av de lagfarna domarna skall vara rättsens ordförande.</p> |
|---|---|

Om det sedan huvudförhandlingen har påbörjats inträffar förfall för en av ledamöterna, är rätten ändå domför.

Vid huvudförhandling i fall som avses i 1 kap. 3 a § andra och tredje styckena rättegångsbalken och vid avgörande av mål utan huvudförhandling, liksom vid handläggning som inte sker vid

¹⁰ Senaste lydelse 2002:595.

¹¹ Senaste lydelse 1993:681.

huvudförhandling, skall tingsrätten, om inte annat följer av 64 b §, bestå av en lagfaren domare. I sådana fall får dock även en ekonomisk expert delta i tingsrätten.

64 c §¹²

När tingsrätten prövar ärenden som anges i 63 § första stycket 4 och 5 i sak, skall tingsrätten ha den sammansättning som anges i 64 a § första stycket. Tingsrätten får dock i ett sådant ärende i stället bestå av en lagfaren domare eller av en lagfaren domare och en ekonomisk expert, om det är tillräckligt med hänsyn till ärendets beskaffenhet. Vid annan handläggning skall tingsrätten bestå av en lagfaren domare eller av en lagfaren domare och en ekonomisk expert.

När tingsrätten prövar ärenden som anges i 63 § första stycket 4–6 i sak, skall tingsrätten ha den sammansättning som anges i 64 a § första stycket. Tingsrätten får dock i ett sådant ärende i stället bestå av en lagfaren domare eller av en lagfaren domare och en ekonomisk expert, om det är tillräckligt med hänsyn till ärendets beskaffenhet. Vid annan handläggning skall tingsrätten bestå av en lagfaren domare eller av en lagfaren domare och en ekonomisk expert.

69 §¹³

Om det är till fördel för utredningen får mål som avses i 23 § *andra* stycket eller 63 § första stycket 1–3 handläggas gemensamt med ett ärende som anges i denna lag, när målet och ärendet handläggs av samma domstol. Handläggningen skall ske enligt vad som föreskrivs i 64 § första stycket 1 samt 64 a och 64 b §§.

Vid gemensam handläggning i Marknadsdomstolen av mål som avses i 23 § *andra* stycket och ärende enligt denna lag, skall reglerna för tingsrätt tillämpas. I

Om det är till fördel för utredningen får mål som avses i 23 § *tredje* stycket eller 63 § första stycket 1–3 handläggas gemensamt med ett ärende som anges i denna lag, när målet och ärendet handläggs av samma domstol. Handläggningen skall ske enligt vad som föreskrivs i 64 § första stycket 1 samt 64 a och 64 b §§.

Vid gemensam handläggning i Marknadsdomstolen av mål som avses i 23 § *tredje* stycket och ärende enligt denna lag, skall reglerna för tingsrätt tillämpas. I

¹² Senaste lydelse 1993:681.

¹³ Senaste lydelse 1998:648.

andra fall tillämpas reglerna för hovrätt.

andra fall tillämpas reglerna för hovrätt.

70 §

Ett yttrande som har lämnats av Europeiska gemenskapernas kommission eller Konkurrensverket med tillämpning av artikel 15 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, får beaktas av rätten utan åberopande av part.

Domstolen får lämna ett skriftligt yttrande av kommissionen eller Konkurrensverket utan avseende, om det annars uppkommer avsevärda olägenheter i rättegången.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 maj 2004.
 2. För sådana avtal som inte kan påverka handeln mellan medlemsstater i Europeiska unionen och som har ingåtts före den 1 maj 2004 gäller följande:
 - a) I fråga om avtal som omfattas av ett gruppundantag tillämpas äldre bestämmelser.
 - b) I fråga om undantag som har beslutats enligt 8 § i dess tidigare lydelse tillämpas äldre bestämmelser så länge undantaget gäller enligt beslutet därom.
 - c) I fråga om ett icke-ingripandebesked som har beslutats före ikraftträdandet tillämpas äldre bestämmelser.
 3. Konkurrensskadeavgift får inte påföras för överträdelser eller åsidosättanden av artikel 81 eller 82 i EG-fördraget såvitt avser tid före den 1 januari 2001.
 4. Har talan om konkurrensskadeavgift väckts före ikraftträdandet, får 6 § och 19 § första stycket tillämpas utan hinder av vad som sägs i 8 a § och 19 § tredje stycket.

2. Förslag till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100)

Häri genom förskrivs att 4 kap. 5 § sekretesslagen (1980:100) skall ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

4 kap.

5 §¹⁴

Sekretess gäller i verksamhet som avser rättslig hjälp på begäran av annan stat för uppgift som hänför sig till

1. åläggande enligt 56 a § konkurrenslagen (1993:20) eller

2. undersökning enligt 56 b § konkurrenslagen,

om det kan antas att den rättsliga hjälpen begärts under förutsättning att uppgiften inte röjs.

I fråga om uppgift i allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

Sekretess gäller i verksamhet som avser rättslig hjälp på begäran av annan stat *eller Europeiska gemenskapernas kommission* för uppgift som hänför sig till

1. åläggande enligt 45 § *andra stycket* eller 56 a § konkurrenslagen (1993:20) eller

2. undersökning enligt 47 § *andra stycket*, 48 § eller 56 b § konkurrenslagen,

Denna lag träder i kraft den 1 maj 2004.

¹⁴ Senaste lydelse 2002:591.

3. Förslag till lag om ändring i lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler

Härigenom förskrivs i fråga om lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler,

dels att 2 §¹⁵ samt rubriken närmast före paragrafen skall upphöra att gälla,

dels att 1 och 5 § skall ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

I denna lag finns bestämmelser om tillämpningen av de konkurrensregler och de regler om statsstöd som till följd av Sveriges anslutning till Europeiska unionen gäller här i landet.

De rättsakter som avses i 3 och 4 §§ är

1. rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962 om tillämpning av fördragets artikel 85 och 86,

2. rådets förordning (EEG) nr 1017/68 av den 19 juli 1968 om tillämpningen av konkurrensreglerna på transporter på järnväg, landsväg och inre vattenvägar,

3. rådets förordning (EEG) nr 4056/86 av den 22 december 1986 om detaljerade regler för tillämpning av artiklarna 85 och

Föreslagen lydelse

1 §

I denna lag finns bestämmelser om tillämpningen av *vissa av* de konkurrensregler *samt* de regler om statsstöd som till följd av Sveriges anslutning till Europeiska unionen gäller här i landet.

5 §

De rättsakter som avses i 3 och 4 §§ är

1. rådets förordning (EEG) nr 1017/68 av den 19 juli 1968 om tillämpningen av konkurrensreglerna på transporter på järnväg, landsväg och inre vattenvägar,

2. rådets förordning (EEG) nr 4056/86 av den 22 december 1986 om detaljerade regler för tillämpning av artiklarna 85 och

¹⁵ Senaste lydelse 2000:1458.

86 i fördraget på sjöfarten,
4. rådets förordning (EEG)
nr 3975/87 av den 14 december
1987 om förfarandet för
tillämpning av konkurrensreg-
lerna på företag inom luftfarts-
sektorn, och

5. rådets förordning (EEG)
nr 4064/89 av den 21 december
1989 om kontroll av företags-
koncentrationer.

86 i fördraget på sjöfarten,
3. rådets förordning (EEG)
nr 3975/87 av den 14 december
1987 om förfarandet för
tillämpning av konkurrensreg-
lerna på företag inom luftfarts-
sektorn, och

4. rådets förordning (EEG)
nr 4064/89 av den 21 december
1989 om kontroll av företags-
koncentrationer.

Denna lag träder i kraft den 1 maj 2004.

4. Förslag till lag om ändring i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m. att 1 § skall ha följande lydelse.

1 §¹⁶

Marknadsdomstolen handlägger mål och ärenden enligt

- | | |
|--|---|
| 1. konkurrenslagen (1993:20), | |
| 2. <i>lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler,</i> | |
| 3. marknadsföringslagen (1995:450), | 2. marknadsföringslagen (1995:450), |
| 4. <i>lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden,</i> | 3. <i>lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden,</i> |
| 5. <i>lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare,</i> | 4. <i>lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare,</i> |
| 6. produktsäkerhetslagen (1988:1604), | 5. produktsäkerhetslagen (1988:1604), |
| 7. <i>lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling,</i> | 6. <i>lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling,</i> |
| 8. <i>lagen (2000:1175) om tale rätt för vissa utländska konsumentmyndigheter och konsumentorganisationer.</i> | 7. <i>lagen (2000:1175) om tale rätt för vissa utländska konsumentmyndigheter och konsumentorganisationer.</i> |
| Bestämmelserna i 14, 15 och 16–22 §§ tillämpas inte i mål eller ärenden enligt konkurrenslagen, <i>lagen om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler</i> eller marknadsföringslagen. I mål enligt marknadsföringslagen tillämpas inte heller 13 a §. I stället gäller vad som föreskrivs i dessa lagar. | Bestämmelserna i 14, 15 och 16–22 §§ tillämpas inte i mål eller ärenden enligt konkurrenslagen eller marknadsföringslagen. I mål enligt marknadsföringslagen tillämpas inte heller 13 a §. I stället gäller vad som föreskrivs i dessa lagar. |

¹⁶ Senaste lydelse 2000:1176.

Denna lag träder i kraft den 1 maj 2004.

Förkortningar

ECLR	European Competition Law Review
ECN	European Competition Network
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EG	Europeiska gemenskaperna
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EU	Europeiska Unionen
Fm	Regeringens förordningsmotiv
KKVFS	Konkurrensverkets författningssamling
KL	Konkurrenslagen (1993:20)
Kommissionen	Europeiska gemenskapernas kommission
MD	Marknadsdomstolen
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
REG	Rättsfallssamling för Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
1994 års lag	Lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler

1 Uppdraget

1.1 Utredningens direktiv

Enligt direktiven skall utredningen analysera frågor som uppkommer med anledning av rådets beslut om en ny tillämpningsförförordning för genomförandet av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, det s.k. moderniseringsarbetet.

I uppgiften ingår att pröva

- om reglerna i 8 § KL om individuella undantag från förbudet i 6 § KL mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag bör göras om till ett ständigt gällande generellt undantag,
- om rätten för företag att få icke-ingripandebesked bör avskaffas, och
- om Konkurrensverket skall få behörighet att – liksom kommissionen – ålägga strukturella åtgärder och göra åtaganden från företag bindande.

Vidare skall utredningen

- överväga ändringar i de svenska processuella reglerna med anledning av den nya tillämpningsförförordningen,
- analysera i vilken utsträckning nuvarande regler i KL som gäller förfarandet, undersökningar, sanktioner m.m. kan tillämpas och är ändamålsenliga mot bakgrund av den nya tillämpningsförförordningen, samt
- överväga om reglerna om bistånd till kommissionen i samband med undersökningar bör ändras.

Utredningen skall föreslå de ändringar av regelsystemet som bedöms motiverade.

Ett annat uppdrag är att göra en allsidig prövning av om kretsen av skadeståndsberättigade enligt KL bör utvidgas. Utredningen skall därutöver se över sättet att beräkna konkurrensskadeavgift i

koncernförhållanden samt rättstillämpningen i samband med accessoriska begränsningar.

I EES-avtalets artiklar 53 och 54 finns konkurrensregler som motsvarar artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. Dessa regler behandlas inte i utredningens direktiv och berörs inte av förordning 1/2003. De omfattas således inte av utredningens uppdrag.

Enligt direktiven skall utredningen redovisa sitt uppdrag med anledning av en ny tillämpningsförordning, där svenska regeländringar bedöms nödvändiga inför förordningens tillämpning, senast den 31 juli 2003 och i övrigt senast den 31 januari 2004.

Direktiven som helhet framgår av *bilaga 1*. I *bilaga 2* finns den svenska versionen av förordningen.

I detta delbetänkande redovisar utredningen den första etappen av sitt uppdrag.

1.2 Utredningsarbetet

Utredningsarbetet har bedrivits på sedvanligt sätt med regelbundna sammanträden. I arbetet har också ingått studier av litteratur och rättsfall. Informationsutbyte har skett genom underhandskontakter med företrädare för ansvariga ministerier eller konkurrensmyndigheter i flera av EU:s medlemsländer. Information har därutöver inhämtats via EG-kommissionens hemsida – liksom olika nationella ministeriers eller konkurrensmyndigheters hemsidor – på Internet.

Utredningen har träffat ansvariga tjänstemän för den nationella implementeringen av moderniseringsarbetet i Finland samt besökt ansvariga tjänstemän för motsvarande arbete i Danmark. Vi dessa möten har konsekvenserna av förordning 1/2003 för nationell konkurrenslagstiftning diskuterats. Vidare har utredningen besökt de tjänstemän inom enhet A2 vid EG-kommissionens direktorat för konkurrensfrågor som har ansvarat för kommissionens beredning av moderniseringsarbetet.

1.3 Utredningens fortsatta arbete

För utredningen återstår enligt direktiven att göra en allsidig prövning av om kretsen av skadeståndsberättigade enligt KL bör utvidgas samt att se över sättet att beräkna konkurrensskadeavgift i

koncernförhållanden och rättstillämpningen i samband med accessoriska begränsningar.

Som framgår av kapitel 5 finns dessutom några frågor som enligt utredningens mening kräver en mer ingående analys än som för närvarande är möjlig med tanke på de korta tidsramarna för utredningen i etapp 1. Det gäller frågan om det är lämpligt i den nya rättsmiljön att i den svenska lagen upprätthålla materiella regler som avviker från EG-rätten (se avsnitt 5.3.3) samt frågan om att införa en lagregel som uttryckligen föreskriver att KL:s bestämmelser skall tillämpas så att det stämmer överens med artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget (se avsnitt 5.3.2). Enligt utredningens mening torde det knappast vara ett oundgängligt krav att de frågorna besvaras till den 1 maj 2004. Utredningen avser således att studera dessa frågor i etapp 2 av utredningens arbete.

Dessa frågor – och även andra som kan aktualiseras (jfr t.ex. avsnitt 10.3.3) – kommer att behandlas i utredningens slutbetänkande.

2 EG:s konkurrensregler

2.1 Bakgrund

Konkurrenspolitiken har från den europeiska integrationens början varit ett instrument i arbetet med att genomföra den gemensamma marknaden, och EG-fördraget kom att innehålla konkurrensregler för företag som alltjämt är oförändrade till sitt innehåll.

I EG-fördragets ingress (fjärde stycket) framhålls betydelsen av en sund konkurrens då fördragets mål skall förverkligas.

I artikel 2 i fördraget anges gemenskapens övergripande mål, nämligen att främja en harmonisk och väl avvägd utveckling av näringslivet inom gemenskapen som helhet, en hållbar och icke-inflatorisk tillväxt som tar hänsyn till miljön, en hög grad av ekonomisk konvergens, en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd, en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten samt ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet mellan medlemsstaterna. För att fullgöra dessa uppgifter anvisar artikeln olika medel, bl.a. att upprätta en gemensam marknad och en ekonomisk och monetär union. Vidare hänvisas till artikel 3, där det anges i ett stort antal punkter vad gemenskapens verksamhet skall innefatta för att uppnå målen. I artikel 3 g nämns ”en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids”.

EG:s konkurrensregler ingår som en integrerad del i det EG-rättsliga regelsystemet och har därmed samma huvudsyften som regelsystemet i stort. De skall således främja inte bara konkurrensen på den gemensamma marknaden utan även integrationen mellan medlemsstaterna. Allt sedan EG bildades har konkurrenspolitiken varit ett viktigt medel i arbetet med att genomföra den gemensamma marknaden. EG:s konkurrensrätt har under årens lopp utvecklats på olika sätt genom bl.a. sekundärrätt och rättspraxis. Denna konkurrensrätt har i stor utsträckning stått som

förebild för den nationella konkurrenslagstiftningen i ett flertal av medlemsstaterna, bl.a. Sverige.

De materiella reglerna i EG:s konkurrensrätt är direkt tillämpliga och gäller redan i Sverige.

I det följande redovisas artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget samt nuvarande regler i förordning 17/62 om tillämpningen av artiklarna. Som framgår av betänkandet kommer förordning 17/62 att ersättas av förordning 1/2003 den 1 maj 2004.

2.2 Materiella regler

De grundläggande konkurrensreglerna finns i EG-fördragets artiklar 81 och 82 samt i rådets förordning 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer, den s.k. koncentrationsförordningen.

Artikel 81 reglerar samarbete mellan företag. Artikel 82 gäller missbruk av en dominerande ställning. Koncentrationsförordningen styr kontrollen av företagsförvärv, fusioner och andra koncentrationer. Här till finns reglerna i EG-fördragets artikel 86 och 87–89 om offentliga företag samt om statligt stöd.

Artikel 81 lyder:

Artikel 81

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

- a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
- b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
- c) marknader eller inköpskällor delas upp,
- d) olika villkor tillämpas vid likvärdiga transaktioner med handelspartners, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
- e) det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

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

3. Bestämmelserna i punkt 1 får dock förklaras icke tillämpliga på
- avtal eller grupp av avtal mellan företag,
 - beslut eller grupp av beslut av företagssammanslutningar,
 - samordnade förfaranden eller grupp av samordnade förfaranden,
- som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte
- a) ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,
 - b) ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

För att förbudet i artikeln skall vara tillämpligt krävs någon form av överenskommelse mellan två eller flera företag eller också ett beslut av en företagssammanslutning eller ett samordnat förfarande, dvs. det s.k. avtalskriteriet. Det krävs inte att ett juridiskt bindande avtal ingåtts, utan det kan röra sig om lösare överenskommelser, t.ex. rekommendationer eller *gentlemen's agreements*. Förbudet omfattar både horisontella avtal, dvs. avtal mellan företag inom samma led i distributionskedjan, och vertikala avtal, t.ex. avtal mellan tillverkare och återförsäljare. I allmänhet anses horisontella avtal vara mer skadliga för konkurrensen än vertikala avtal. Skälet till detta är att horisontella avtal rör samarbete mellan faktiska eller potentiella konkurrenter, om avtalsparterna är verksamma på samma marknad.

Gränsen mellan avtal och samordnade förfaranden kan många gånger vara hårfin och har i praktiken inte så stor betydelse. Förbudet mot samordnade förfaranden innebär inte att företag är förhindrade att anpassa sig till hur konkurrenterna agerar på marknaden. Parallellt beteende av företag behöver i sig inte utgöra ett samordnat förfarande men kan vara ett indicium på ett sådant förfarande. Begreppet företag skall tolkas vidsträckt och omfattar varje fysisk eller juridisk person som bedriver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Verksamheten behöver inte bedrivas i vinstsyfte.

Förbudet i artikel 81.1 omfattar endast förfaranden som påverkar handeln mellan medlemsstaterna, det s.k. samhandelskriteriet. Kriteriet innebär att ett förfarandet inte kan angripas med stöd av EG-rätten, oavsett hur konkurrenshämmande det är, om inte handeln mellan medlemsstaterna påverkas. Det är däremot mycket möjligt att nationell konkurrensrätt i så fall är tillämplig. Begreppet handel har av EG-domstolen tolkats vidsträckt. Påverkan på handeln kan

vara av två slag: påverkan på handelsströmmarna och påverkan på marknadsstrukturen.

Bestämmelsen i artikel 81.2 innebär att ett förbjudet avtal är civilrättsligt ogiltigt från den dag det ingicks. Ogiltigheten kan i förekommande fall avse endast förbjudna delar av ett i övrigt giltigt avtal. Bestämmelsen har direkt effekt, vilket medför att nationella domstolar kan ogiltigförklara ett konkurrensbegränsande avtal som faller under bestämmelsen. I den juridiska litteraturen råder delade meningar om bestämmelsen får beaktas *ex officio* av allmänna domstolar eller endast efter åberopande av part.

Som framgår av bestämmelsen i artikel 81.3 kan ett avtal, beslut eller samordnat förfarande undantas från tillämpningen av artikel 81.1. En formell förutsättning för att ett avtal etc. skall kunna undantas genom ett individuellt beslut är att det anmäls till kommissionen enligt bestämmelserna i förordning 17/62.

Kommissionen har, med stöd av rådets förordningar 19/65, 3976/87, 1534/91 och 479/92 rätt att utfärda s.k. gruppundantagsförordningar. Genom sådana förordningar undantas vissa typer av avtal från tillämpningen av artikel 81.1. Det gäller avtal som till sin karaktär strider mot bestämmelserna i artikel 81.1 men allmänt sett uppfyller kraven för undantag enligt artikel 81.3.

Artikel 82 har följande lydelse:

Artikel 82

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

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

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

Bestämmelsen i artikeln avser konkurrensbegränsningar som ett eller flera företag tillämpar ensidigt. Betydelsen av begreppet företag är densamma som enligt artikel 81.1. Däremot kan även grupper av företag utgöra ett företag vid tillämpningen av artikel 82. Det gäller även om företagen är helt fristående från varandra, s.k. kollektiv dominans.

Bestämmelsen förbjuder inte att företag intar en dominerande ställning, utan endast att ett företag missbrukar en sådan ställning. Ett företag som har en dominerande ställning har ett särskilt ansvar. Företaget får inte genom sitt beteende skada en effektiv och fungerande konkurrens på den gemensamma marknaden. Det framgår av rättspraxis att missbruksbegreppet är objektiva. Att ett företag har en dominerande ställning kan vara avgörande för om dess beteende skall anses utgöra missbruk eller ej. Det innebär att ett visst förfarande kan vara förbjudet om det vidtas av ett företag med dominerande ställning, samtidigt som det kan vara tillåtet om det vidtas av ett företag som inte har en dominerande ställning.

I likhet med vad som gäller beträffande artikel 81 krävs att samhandelskriteriet är uppfyllt. Ett missbruk av en dominerande ställning kan därför inte angripas med stöd av EG-rätten, oavsett hur allvarligt det är, om inte samhandeln påverkas. Det är däremot fullt möjligt att nationell konkurrensrätt är tillämplig på förfarandet.

2.3 Tillämpningsregler

2.3.1 Förordning 17/62

EG-fördraget innehåller inga tillämpningsregler till artiklarna 81 och 82. Sådana regler har tillkommit genom särskilda förordningar. Den grundläggande tillämpningsförordningen är förordning (EEG) nr 17/62. I denna uttalas principen att alla konkurrensbegränsande avtal, beslut och samordnade förfaranden som avses i artikel 81.1 är förbjudna, utan att det krävs något föregående beslut om det. Om de inte faller under något gruppundantag, måste de i princip anmälas till kommissionen och beviljas individuellt undantag för att bli tillåtna.

Enligt förordning 17/62 ges också möjlighet att efter ansökan till kommissionen få ett s.k. icke-ingripandebesked om att artikel 81 och 82 inte är tillämpliga.

Förordningen innehåller vidare sanktionsregler enligt vilka kommissionen bl.a. kan döma ut böter för överträdelse av förbuden samt vid vite ålägga företag att upphöra med pågående överträdelser.

Kommissionen har enligt förordningen den centrala rollen i övervakningen av konkurrensen på den gemensamma marknaden. Det är således i första hand kommissionen som ansvarar för tillämpningen av artiklarna 81 och 82.

Bestämmelsen i artikel 9.3 i förordning 17/62 innebär att nationella konkurrensmyndigheter är behöriga att tillämpa artiklarna 81.1 och 82 i EG-fördraget, så länge som kommissionen inte har inlett ett formellt förfarande enligt artikel 2, 3 eller 6 i anledning av en ansökan om icke-ingripandebesked, i syfte att ålägga berörda företag att upphöra med en överträdelse eller i anledning av en anmälan för undantag. Behörighetsregeln omfattar också nationella domstolar med uppgift att tillämpa nationell konkurrensrätt eller att pröva lagligheten av nationella myndigheters tillämpning av konkurrenslagstiftningen.

När kommissionen har inlett ett förfarande är den däremot exklusivt behörig. Någon motsvarande begränsning i kommissionens behörighet i förhållande till nationella konkurrensmyndigheter finns inte. Bestämmelsen hindrar naturligtvis inte fortsatt handläggning av ett ärende med tillämpning av nationell rätt.

Kommissionen kan handlägga ett ärende under förhållandevis lång tid innan ett formellt förfarande i den mening som avses i artikel 9.3 anses ha inletts. Frågan när kommissionen skall anses ha inlett ett formellt förfarande är heller inte helt klarlagd i rättspraxis. Normalt sker det regelbundna kontakter mellan kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter, följaktligen även med Konkurrensverket, under ett ärendes gång.

Kommissionen är ensam behörig att besluta om undantag enligt artikel 81.3.

Förordningen har ett vidsträckt tillämpningsområde. Transportområdet är dock undantaget genom förordning 141/62. De förordningar som gäller i stället på det området innehåller dock regler som i stort sett överensstämmer med reglerna i förordning 17/62.

Ett ärende kan initieras hos kommissionen på olika sätt: genom en ansökan om icke-ingripandebesked, genom en anmälan för undantag, genom klagomål eller genom kommissionens eget initiativ. Gången i ett ärende hos kommissionen kan översiktligt beskrivas på följande sätt.

Sedan ett ärende initierats tar kommissionen ställning till om en undersökning skall inledas och kan vid behov börja samla in information. Kommissionen kan få fram information informellt genom exempelvis diskussioner med ett företag som anmält ett avtal för undantag. Vidare kan kommissionen genom att fatta formella beslut ålägga ett företag att lämna information eller genomföra undersökningar hos företaget. I nästa skede av handläggningen har kommissionen ett antal olika alternativ, delvis beroende på vilken typ av ärende det rör sig om. Kommissionen kan avsluta ärendet genom ett formellt beslut om t.ex. undantag eller informellt genom t.ex. ett *comfort letter*. Det senare är vanligast. Kommissionen kan också besluta att inte utreda ett klagomål vidare.

Om kommissionen väljer att inleda ett formellt förfarande för att utreda överträdelse av artikel 81.1 eller 82, skall den utfärda ett meddelande om anmärkningar (*statement of objections*). När ett sådant meddelande utfärdats inträder även vissa rättigheter för det eller de företag som är föremål för utredningen, bl.a. rätt till aktinsyn och rätt att påkalla muntligt förhör. Innan kommissionen fattar ett slutligt beslut i ärendet är den skyldig att rådgöra med den rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor, som består av representanter för medlemsstaterna. Därefter fattar kommissionen ett formellt beslut i ärendet. Kommissionen har dock möjlighet att avsluta ett ärende informellt under hela handläggningstiden.

Rätten att till kommissionen inge klagomål när det gäller överträdelse av artikel 81 eller 82 i fördraget framgår av artikel 3 i förordningen. Denna rätt har medlemsstaterna samt envar som har ett berättigat intresse i saken

2.3.2 Icke-ingripandebesked och informella avgöranden

Företag eller sammanslutningar av företag kan enligt artikel 2 i förordning 17/62 hos kommissionen ansöka om icke-ingripandebesked (negativattest). Ett icke-ingripandebesked innebär att kommissionen efter ansökan meddelar ett beslut med innebörden att kommissionen inte har för avsikt att ingripa mot ett avtal eller förfarande. Grunden för kommissionens beslut är antingen att artikel 81.1 eller 82 inte är tillämplig på avtalet eller förfarandet eller att kommissionen helt enkelt inte har för avsikt att ingripa. Beslutet baseras på de uppgifter kommissionen har tillgång till och

är bindande för kommissionen så länge nya omständigheter inte tillkommer. Bestämmelserna om icke-ingripandebesked tillämpas ytterst sällan.

Administrativa skrivelser, s.k. *comfort letters*, innebär att kommissionen avslutar ett ärende informellt, genom ett brev utfärdat av en behörig tjänsteman vid kommissionen. Ett *comfort letter* kan erhållas efter en anmälan för undantag eller en ansökan om negativattest. Sökanden får redan i sin ansökan till kommissionen ange om han accepterar att ärendet avgörs genom att ett *comfort letter* utfärdas.

Comfort letters är i huvudsak av tre slag. Antingen uttalar kommissionen att förfarandet enligt dess uppfattning inte strider mot artikel 81 eller 82, eller också uttalar kommissionen att förfarandet strider mot artikel 81 men uppfyller kraven för undantag enligt artikel 81.3. Det tredje slaget är *comfort letters* som innebär att det aktuella förfarandet visserligen strider mot artikel 81.1 men att kommissionen på grund av administrativa prioriteringar inte avser att fatta beslut i ärendet. I vissa fall publicerar kommissionen sin avsikt att utfärda ett *comfort letter*, varefter tredje man inbjuds att inkomma med synpunkter.

Kommissionen förefaller inte vara bunden av *comfort letters*, även om det i praktiken är osannolikt att kommissionen utan goda skäl skulle frångå sin bedömning. Sådana skäl skulle kunna vara att de omständigheter som legat till grund för kommissionens bedömning har förändrats i väsentlig omfattning.

2.3.3 Undantag

Kommissionen har enligt artikel 9.1 i förordning 17/62 som nämnts ensam behörighet att meddela undantag enligt artikel 81.3. Anmälningar av avtal för undantag görs enligt artikel 4.1 i förordningen. Så länge en anmälan inte gjorts, kan kommissionen som huvudregel inte meddela undantag enligt artikel 81.3. Av artikel 6.1 i förordningen framgår att undantag inte kan beviljas för tiden före det att anmälan gjorts. Ett beslut om undantag är enligt artikel 8 alltid tidsbegränsat och kan förenas med villkor och ålägganden, men kan förnyas. Kommissionen kan under vissa omständigheter, som anges i artikel 8.3 i förordningen, återkalla eller ändra ett beslut om undantag.

Vissa typer av avtal behöver inte – men kan – anmälas till kommissionen. Det gäller bl.a. sådana avtal där endast företag från ett och samma medlemsland är parter och avtalen inte berör import eller export mellan medlemsstater. Avtal av ifrågavarande slag har bedömts som mindre allvarliga från konkurrenssynpunkt. För den händelse kommissionen skulle undersöka ett avtal av det aktuella slaget och komma fram till att det strider mot artikel 81.1, kan kommissionen, i förekommande fall, bevilja undantag med retroaktiv verkan utan att avtalet anmälts.

Detsamma gäller sedan 1999 även i utökad utsträckning vertikala avtal mellan företag. Härmed avses avtal mellan företag som är verksamma i olika led av produktions- eller distributionskedjan och de villkor enligt vilka parterna får köpa, sälja eller återförsälja vissa varor eller tjänster.

Liksom gäller beträffande icke-ingripandebesked kan comfort letters och överenskommelser vara ett sätt att avsluta även ärenden som rör anmälningar för undantag.

En särskild form av undantag är gruppundantag. Artikel 7.2 i förordning 19/65 ger, efter de ändringar som beslutats under år 1999, nationella myndigheter möjlighet att under vissa omständigheter besluta att en gruppundantagsförordning inte skall tillämpas i ett visst fall.

2.3.4 Uppgiftsskyldighet

Kommissionen har enligt artikel 11 i förordning 17/62 rätt att begära upplysningar av medlemsstaternas regeringar och behöriga myndigheter samt företag och företagssammanslutningar. Det kan ske på vilket stadium som helst under en utredning. En begäran kan ställas till de företag som är direkt inblandade i ett ärende men kan också riktas till andra företag, t.ex. konkurrenter. Kommissionens utrymme för att begära upplysningar är omfattande. Det måste emellertid föreligga ett samband mellan den information som efterfrågas och den överträdelse ärendet rör. Vad ett företag åläggs får inte heller vara mer betungande än att det står i proportion till kommissionens intresse av att få informationen. Skyldiga att lämna information är företagets ägare eller ställföreträdare.

Kommissionens begäran om upplysningar sker i två steg. Det första steget är en enkel begäran om upplysningar, att lämnas inom en viss tidsfrist. Ett företag är inte skyldigt att i detta läge lämna

den information som efterfrågas. Om information lämnas, måste den emellertid vara korrekt, i annat fall riskerar företaget att bli bötfällt. Om företaget inte lämnar de begärda upplysningarna inom den angivna tidsfristen eller om upplysningarna är ofullständiga, skall kommissionen begära upplysningarna genom ett beslut.

2.3.5 Undersökningar

Kommissionen får enligt artikel 14 genomföra alla nödvändiga undersökningar hos företag och företagssammanslutningar. Det innefattar bl.a. rätt att granska räkenskaper och andra affärshandlingar, att begära muntliga förklaringar på ort och ställe och att gå in i vilka lokaler, på vilken mark och i vilka fordon som helst som används av företagen.

Undersökningar enligt förordning 17/62 kan vara av två olika slag, beroende på om undersökningen grundas på ett föregående beslut av kommissionen eller ej. Kommissionens befogenheter är lika stora oavsett om ett formellt beslut om undersökning fattats eller ej. Olikheten är formell och till skillnad mot vad som gäller beträffande begäran om upplysningar krävs inget tvåstegsförfarande för att kommissionen skall ha rätt att fatta beslut om undersökning. För det enskilda företaget kan det emellertid ha stor betydelse om undersökningen föregåtts av ett formellt beslut eller ej. Om en undersökning inte föregåtts av ett beslut, har företaget rätt att motsätta sig undersökningen. Däremot kan ett företag bötfällas, om det motsätter sig en undersökning som föregåtts av ett beslut. Kommissionen har i allt större utsträckning kommit att fatta formella beslut om undersökningar.

Kommissionen är inte skyldig att i förväg underrätta berörda företag om en förestående undersökning. Om en undersökning annonserades i förväg, skulle det i åtskilliga fall sannolikt spolia syftet med undersökningen. I takt med att kommissionen kommit att i större utsträckning ägna sig åt att bekämpa större karteller har det blivit vanligare att kommissionen genomför undersökningar oannonserat, s.k. gryningsräder.

På begäran av kommissionen skall enligt artikel 13 medlemsstaternas myndigheter genomföra de undersökningar kommissionen finner nödvändiga enligt artikel 14. I Sverige har den behöriga myndigheten, dvs. Konkurrensverket, i 3 § 1994 års lag givits

rätt att företa vissa slag av undersökningar enligt bl.a. förordning 17/62.

2.3.6 Åtgärder mot förbjudna konkurrensbegränsningar

Kommissionen har enligt bestämmelserna i artikel 3 i förordning 17/62 rätt att ålägga företag att upphöra med en överträdelse. Det kan vara fråga om att företaget skall upphöra att tillämpa ett visst avtal, villkor eller annat förbjudet förfarande. Ett åläggande kan även avse en positiv åtgärd, t.ex. att sälja till ett visst företag, att vidta rättelse eller att förändra priser.

2.3.7 Sanktioner

Bestämmelser om böter finns i artikel 15 i förordning 17/62. Kommissionen kan ålägga företag eller företagssammanslutningar böter i två olika situationer, dels vid överträdelser av procedurregler (artikel 15.1), dels vid överträdelser av materiella regler (artikel 15.2).

Bestämmelserna om överträdelser av materiella regler innebär att företag kan bli bötfällda vid överträdelse av bestämmelserna i artikel 81.1 eller 82 i EG-fördraget. Motsvarande gäller om företag åsidosätter ett åläggande som har beslutats i samband med att kommissionen beslutat om undantag enligt artikel 81.3 i fördraget.

Varje företag som har deltagit i ett förbjudet förfarande kan ådömas böter. Bedrivs verksamheten av en fysisk person, skall den person som drev rörelsen när överträdelsen begicks svara för avgiften. Om verksamheten bedrivs av en juridisk person, följer ansvaret för böter den juridiska personen. Överlåter en juridisk person den rörelsegren i vilken överträdelsen skett, stannar ansvaret kvar hos den juridiska personen.

Bötesbeloppen kan variera mellan ettusen och en miljon euro eller högst tio procent av föregående års omsättning för varje inblandat företag. För att böter skall kunna åläggas krävs att överträdelsen skett av oaktsamhet eller uppsåtligen. EG-domstolen har vid ett antal tillfällen prövat frågan om en överträdelse skall anses ha skett uppsåtligen. Domstolen har kommit fram till att uppsåt skall anses föreligga bl.a. när det inblandade företaget inte kan ha varit omedvetet om att förfarandet i fråga haft till syfte eller kunnat

få till effekt att hämma konkurrensen. Enligt artikel 15.4 i förordning 17/62 har beslut om böter med stöd av artikeln inte straffrättslig karaktär.

2.3.8 Domstolsprövning

Åtskilliga av kommissionens beslut kan överklagas och därmed underställas prövning av domstol. Det gäller i första hand beslut varigenom kommissionen har fastställt att en överträdelse har skett och beslut om att avslå en ansökan om icke-ingripandebesked eller undantag enligt artikel 81.3. Även t.ex. beslut om att avvisa klagomål som har framställts enligt reglerna i förordning 17/62 får överklagas. Kommissionens avgöranden på konkurrensområdet överklagas till Förstainstansrätten. När det gäller beslut om påföljder är domstolens prövningsrätt oinskränkt. Den kan alltså undanröja, höja eller sänka påförda böter. I andra fall kan domstolen bara fastställa eller ogiltigförklara kommissionens beslut helt eller delvis. Förstainstansens domar kan överklagas till EG-domstolen, men endast beträffande rättsfrågor.

2.3.9 Sekretess

Grundläggande bestämmelser om sekretess finns i artikel 287 i EG-fördraget. Av artikeln framgår att medlemmar av gemenskapens institutioner, medlemmarna av kommittéer samt övriga tjänstemän i gemenskapen skall, även efter det att deras uppdrag upphört, vara förpliktade att inte lämna ut upplysningar som omfattas av tystnadsplikt, särskilt uppgifter om företag, deras affärsförbindelser eller deras kostnadsförhållanden. För konkurrensområdet finns också bestämmelser om sekretess i artikel 20 i förordning 17/62. Av artikel 20.1 framgår att upplysningar som inhämtats med stöd av artikel 11–14 får användas endast för det ändamål som avsetts med begäran eller undersökningen.

2.4 Skadestånd

Någon uttrycklig bestämmelse om rätt till skadestånd på grund av överträdelse av artikel 81 eller 82 i EG-fördraget finns inte. Vissa skadeståndsrättsliga principer har utvecklats i EG-domstolens

praxis. Rätten till skadestånd för överträdelse av EG:s konkurrensregler torde sålunda vara beroende av tillämplig nationell rätt. Om nationell rätt ger en möjlighet till skadestånd vid överträdelser av nationell konkurrensrätt, skall även överträdelser av EG:s konkurrensrätt ha motsvarande följder.

3 Svensk konkurrensrätt

3.1 Materiella regler

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 regler om kontroll av företagskoncentrationer.

3.1.1 Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete

Det generella förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag återfinns i 6 § KL. Paragrafen lyder:

6 § Om något annat inte följer av beslut enligt 8 eller 15 § eller av 13, 17, 18 c eller 18 e §, är avtal mellan företag förbjudna om de har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat.

Detta gäller särskilt sådana avtal som innebär att

1. inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
2. produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
3. marknader eller inköpskällor delas upp,
4. olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller
5. det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

För att förbudet i paragrafen skall vara tillämpligt krävs, i likhet med vad som gäller enligt EG-rätten, någon form av överenskommelse mellan två eller flera företag, avtalskriteriet. Inte heller enligt konkurrenslagen krävs emellertid att ett juridiskt bindande avtal ingåtts, utan det kan röra sig om informella överenskommelser, t.ex. rekommendationer eller s.k. *gentlemen's agreements*. Samarbete

mellan företag som ingår i samma ekonomiska enhet, t.ex. i normalfallet företag inom samma koncern, anses inte omfattas av förbudet i bestämmelsen. Förbudet omfattar, liksom förbudet i artikel 81.1 i EG-fördraget, både horisontella och vertikala avtal. Enligt 3 § tredje stycket KL skall vad som sägs om avtal tillämpas också på beslut av sammanslutningar av företag och samordnade förfaranden av företag. Detsamma gäller enligt artikel 81 i EG-fördraget.

Begreppet företag finns definierat i 3 § första och andra styckena KL. Enligt förarbetena (prop. 1992/93:56 s. 66) är avsikten att begreppet skall ha samma innebörd som motsvarigheten i EG-rätten (på engelska "undertaking"). Liksom i EG-rätten skall det ha en vidsträckt innebörd och omfatta varje fysisk eller juridisk person som bedriver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Verksamheten behöver inte bedrivas i vinstsyfte. I den mån en verksamhet består i myndighetsutövning omfattas den emellertid inte av begreppet företag.

3.1.2 Civilrättslig ogiltighet

Av bestämmelsen i 7 § KL framgår att avtal eller avtalsvillkor som är förbjudna enligt 6 § KL är civilrättsligt ogiltiga. Det innebär att avtalet eller villkoret inte kan göras gällande enligt sitt innehåll.

3.1.3 Undantag

Regler om undantag finns i 8 § KL. Paragrafen lyder:

8 § Konkurrensverket får i det särskilda fallet besluta om undantag från förbudet i 6 § för ett avtal som

1. bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande,
2. tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås,
3. bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet i 1, och
4. inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.

Paragrafen motsvarar artikel 81.3 i EG-fördraget. En förutsättning för att bestämmelsen skall vara tillämplig är att avtalet strider mot förbudet i 6 §. I likhet med vad som gäller inom EG-rätten måste

samtliga de villkor som anges i bestämmelsen vara uppfyllda för att undantag skall kunna medges. Endast om avtalet anmäls till Konkurrensverket får verket besluta om undantag (9 § KL). Ett undantag beslutas alltid för en begränsad tid men kan ges med retroaktiv verkan och kan förnyas. Undantaget kan förenas med villkor och ålägganden.

Bestämmelser om återkallelse eller ändring av beslut om undantag finns i 12 § KL. Av bestämmelserna framgår att ett sådant beslut kan återkallas eller ändras, om de omständigheter som legat till grund för beslutet har förändrats i något väsentligt avseende. Vidare kan beslutet återkallas eller ändras, om de som beslutet gäller bryter mot något åläggande som har angetts i beslutet eller om beslutet grundades på oriktiga eller vilseledande uppgifter. Även missbruk av undantaget kan föranleda att beslutet återkallas eller ändras.

3.1.4 Gruppundantag

En stor andel av de avtal som kan komma i fråga för undantag enligt bestämmelsen i 8 § KL omfattas av olika gruppundantag. Innebörden av ett gruppundantag är, liksom i EG-rätten, att vissa typer av avtal, som uppfyller kraven för individuella undantag, medges generellt undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete utan att avtalet behöver anmälas till Konkurrensverket.

3.1.5 Förbudet mot missbruk av dominerande ställning

Bestämmelsen om förbud mot missbruk av dominerande ställning bygger på motsvarande förbud i artikel 82 i EG-fördraget. Bestämmelsen finns i 19 § KL, som lyder:

19 § Missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på marknaden är förbjudet.

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

1. direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
2. begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
3. tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller

4. ställa som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

I likhet med vad som gäller i EG-rätten är ett eller flera företags dominerande ställning i sig inte förbjuden. Det är endast ett missbruk av den dominerande ställningen som är förbjudet. Ett förfarande som är godtagbart när det utförs av ett företag som inte har en dominerande ställning kan vara förbjudet för ett företag med en sådan ställning.

Bestämmelsen i 7 § KL om ogiltighet gäller bara avtal och avtalsvillkor som är förbjudna enligt 6 § KL. Någon motsvarande bestämmelse om ogiltighet finns inte beträffande avtal som strider mot förbudet mot missbruk av dominerande ställning. I förarbetena till 36 § avtalslagen (prop. 1975/76:81 s. 122 f.) uttalas emellertid att konkurrensbegränsande avtal som är förbjudna bör, om inte dispens lämnas, behandlas enligt samma principer som andra avtal som strider mot tvingande regler. Resultatet torde, enligt förarbetena, bli att avtalet anses civilrättsligt ogiltigt.

3.2 Icke-ingripandebesked

Bestämmelserna i 20 § konkurrenslagen om icke-ingripandebesked har artikel 2 i förordning 17/62 som förebild. Ett icke-ingripandebesked är ett slags förhandsbesked från Konkurrensverket om att verket, mot bakgrund av den information man har tillgång till, inte har för avsikt att ingripa mot ett visst avtal eller förfarande.

3.3 Förfaranderegler

KL reglerar inte bara den materiella konkurrensrätten utan i vissa avseenden även förfarandet vid tillämpningen av de materiella bestämmelserna. Handläggningen av enskilda ärenden regleras endast delvis i KL. I sådana avseenden där det saknas bestämmelser i KL gäller förvaltningslagen (1986:223) vid handläggningen hos Konkurrensverket.

3.4 Åtgärder mot förbjudna konkurrensbegränsningar

3.4.1 Åläggande att upphöra med pågående överträdelser

Bestämmelsen i 23 § första stycket KL ger Konkurrensverket möjlighet att ålägga ett företag att upphöra med överträdelser av förbuden i 6 och 19 §§ KL. Bestämmelsen motsvarar artikel 3 i förordning 17/62. Ett åläggande kan avse att ett företag skall upphöra att tillämpa ett visst avtal, villkor eller annat förbjudet förfarande. Vid en annan form av överträdelser kan det bli aktuellt att ålägga ett företag att tillhandahålla ett annat företag en viss vara, tjänst eller annan nyttinghet på villkor som motsvarar vad som erbjuds företaget i övrigt. Ytterligare ett exempel på åläggande kan vara att företaget inte får överskrida eller underskrida ett visst pris.

3.4.2 Den särskilda talerätten

Konkurrensverkets beslut att meddela ett åläggande enligt 23 § första stycket KL kan, enligt 60 § tredje stycket, överklagas till Marknadsdomstolen. Om verket beslutar att inte meddela ett åläggande, får däremot det beslutet inte överklagas. Företag som berörs av överträdelsen har i stället enligt 23 § andra stycket KL en särskild talerätt. Den innebär att, om Konkurrensverket i ett visst fall beslutar att inte meddela ett åläggande enligt 23 § första stycket KL, Marknadsdomstolen får göra det på talan av företaget som berörs av överträdelsen. Det finns inte någon motsvarande bestämmelse i EG-rätten.

3.5 Sanktioner

3.5.1 Konkurrensskadeavgift

Bestämmelsen i 26 § KL innebär att Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket får besluta att ett företag skall betala konkurrensskadeavgift, om företaget eller någon som handlar på företagets vägnar uppsåtligt eller av oaktsamhet har överträtt förbuden i 6 eller 19 § KL eller åsidosatt ett villkor som lämnats i samband med att undantag beviljats.

Enligt 27 § första stycket KL skall konkurrensskadeavgiften fastställas till lägst 5 000 kronor och högst fem miljoner kronor eller

till ett högre belopp, som dock inte får överstiga tio procent av företagets omsättning föregående år.

3.5.2 Vite

Bestämmelserna i 57 § KL innebär att förbud och ålägganden enligt 23 eller 45 § får förenas med vite. Även beslut om undersökning enligt 47 eller 48 § får förenas med vite. Frågor om föreläggande regleras i lagen (1985:206) om viten. Av bestämmelsen i 59 § KL framgår att talan om utdömande av vite förs vid allmän domstol.

3.6 Prövningsskyldighet

Konkurrensverket har inte någon skyldighet att pröva varje misstanke om överträdelse av KL:s förbudsbestämmelser, lika litet som kommissionen har någon motsvarande skyldighet i fråga om överträdelse av förbuden i artiklarna 81.1 eller 82. Konkurrensverket tar emot åtskilliga skrivelser från privatpersoner och företag med klagomål på olika sakförhållanden. Verket har inte någon generell skyldighet att utreda varje klagomål som kommer in. Fler-talet klagomål leder inte till att verket tar initiativ till en utredning.

3.7 Domstolsprövning

I 60–62 §§ KL finns bestämmelser om vilka beslut av Konkurrensverket som får överklagas. Det gäller vissa slag av beslut i frågor om undantag, icke-ingripandebesked och ålägganden. Enligt 22 § förvaltningslagen får ett beslut överklagas av den som beslutet angår, om det har gått honom emot. Konkurrensverkets beslut överklagas till Marknadsdomstolen, som är slutinstans, se lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.

Vissa frågor enligt KL prövas av Stockholms tingsrätt som första instans, bl.a. frågor om konkurrensskadeavgift enligt 26 §, om kvarstad enligt 32 § samt om undersökningar enligt 47 och 48 §§. Tingsrättens avgöranden i sådana frågor överklagas hos Marknadsdomstolen.

Twistemål på konkurrensrättslig grund, t.ex. mål om skadestånd enligt 33 § KL och mål om ogiltighet enligt 7 § KL handläggs i allmän domstol enligt RB:s bestämmelser. Även forumreglerna i

rättegångsbalken gäller, men enligt 33 § andra stycket KL är Stockholms tingsrätt alltid behörig att pröva frågor om skadestånd enligt den paragrafen.

Mål om utdömande av vite som har förelagts med stöd av KL handläggs också i allmän domstol och enligt allmänna regler. Även för dessa mål finns dock en särskild forumbestämmelse. Enligt 59 § andra stycket KL är Stockholms tingsrätt alltid behörig att pröva talan om utdömande av vite i dessa fall.

3.8 Skadestånd

Regler om skadestånd finns i 33 § KL. De innebär att andra företag eller avtalsparter har rätt till skadestånd från ett företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder förbuden i 6 eller 19 § KL.

3.9 Nationell behörighet att tillämpa EG-rätten

Genom en lagändring, som trädde i kraft den 1 januari 2001, har Konkurrensverket fått internrättslig behörighet att tillämpa artikel 81 och 82 i EG-fördraget. Motsvarande gäller Marknadsdomstolen och Stockholms tingsrätt. KL:s regler om uppgiftsskyldighet och undersökningar, liksom dess sanktionsbestämmelser, skall tillämpas vid ingripanden med stöd av artikel 81 eller 82 i EG-fördraget.

4 Rådsförordning 1/2003

4.1 Bakgrund

Den 28 april 1999 antog kommissionen en vitbok om modernisering av tillämpningsföreskrifterna för artikel 81 och artikel 82. Vitboken bereddes med medlemsstaterna inom EU och andra berörda.

Kommissionen överlämnade den 27 september 2000 ett förslag till en ny tillämpningsförordning till rådet. Efter att i två års tid ha berett förslaget i en rådsarbetsgrupp för konkurrens beslutade rådet den 26 november 2002 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. Den nya förordningen ersätter tillämpningsförordning 17/62 och skall tillämpas från och med den 1 maj 2004.

4.2 Motiven bakom reformen

Moderniseringsreformen har av kommissionen motiverats på följande sätt.

Med förordning 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.

Det centraliserade system för godkännande som infördes var nödvändigt och effektivt för upprättandet av en "konkurrens-kultur" i Europa. Till en början var konkurrenspolitik ett föga känt begrepp i många delar av gemenskapen. På den tiden då tolkningen av artikel 81.3 fortfarande var osäker och då gemenskapens främsta mål var att integrera de nationella marknaderna, var en centraliserad

tillämpning av EG:s konkurrensregler det enda lämpliga systemet. Det gav kommissionen möjlighet att etablera en enhetlig tillämpning av artikel 81 i hela EG och att främja marknadsintegreringen genom att hindra företag från att återskapa de barriärer som medlemsstaterna gradvis hade avskaffat.

Genom systemet skapades en uppsättning regler som nu accepteras av alla medlemsstater och av näringslivet som grundläggande för att den inre marknaden skall fungera. Varje medlemsstat har nu en nationell konkurrensmyndighet som tillämpar både nationell konkurrensrätt och (när de har befogenhet till det) gemenskapens konkurrensrätt.

De successiva anslutningarna av nya medlemsstater påverkade automatiskt omfattningen av kommissionens behörighet. Dessa utvidgningar har inte lett till några väsentliga ändringar av förordning 17/62, trots att gemenskapens utveckling sedan 1962 har varit anmärkningsvärd. Gemenskapen med sex medlemsstater har blivit en union med 15 medlemsstater och kommer att bli ännu större efter nästa års utvidgning. Den inre marknaden är trots alla sina brister en realitet och den Ekonomiska och monetära unionen har kommit igång.

Sedan 60-talet har kommissionens roll förstärkts. Antalet ärenden har ökat avsevärt till följd av de sammantagna effekterna av marknadsintegreringen, nya medlemsstaters anslutning, ingående av samarbetsavtal med tredje land och slutligen globaliseringen av ekonomin. Tillämpningsområdet för gemenskapens konkurrensrätt bygger på kriteriet om påverkan på handeln mellan medlemsstaterna. Genomförandet av den inre marknaden och den stegvisa integreringen av de nationella marknaderna har därför oundvikligen lett till en ökning av antalet ärenden som omfattas av gemenskapsrätten. På en integrerad marknad kan även avtal mellan företag som är etablerade i en och samma medlemsstat direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, påverka handeln mellan medlemsstaterna och därmed omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsrätten.

Systemet med förhandsanmälan och monopol för kommissionen att bevilja undantag har lett till att kommissionens tillämpning av konkurrensrätten har försvårats. Den förhandskontroll som är en del av det godkännandesystem som infördes genom förordning 17/62 har därför lett till att företagen systematiskt har anmält sina avtal till kommissionen som med sina begränsade administrativa

resurser snart hamnat i en situation där den omöjligt kunnat fatta formella beslut i de tusentals ärenden som inkommit.

Förordning 17/62 ålägger kommissionen, i samband med antagandet av ett formellt beslut om undantag, att vidta nödvändiga åtgärder för att undersöka ärendet, att offentliggöra ett tillkännagivande i Europeiska gemenskapernas officiella tidning på för närvarande elva språk för att lämna berörd tredje man tillfälle att framföra sina synpunkter (artikel 19.3 i förordning 17/62), att samråda med den rådgivande kommittén om utkastet till beslut och att offentliggöra beslutet i EGT på elva språk.

Ansvar för tillämpningen av reglerna torde därför kunna fördelas mera jämbördigt mellan kommissionen och nationella domstolar och myndigheter. De sistnämnda har fördelen att finnas nära medborgarna och de problem de ställs inför. Kommissionen har nu kommit att koncentrera sig mera på att säkerställa en effektiv konkurrens genom att upptäcka och stoppa gränsöverskridande karteller och bibehålla konkurrenskraftiga marknadsstrukturer. Den har också antagit utmaningar som koncentrationskontroll, avreglering av hittills monopoliserade marknader och internationellt samarbete.

Enligt kommissionen uppvisar det nuvarande systemet för tillämpning av artiklarna 81 och 82 två betydande svagheter i denna nya miljö.

För det första ger det inte längre ett *effektivt konkurrenskydd*. Kommissionens monopol när det gäller att tillämpa artikel 81.3 utgör ett betydande hinder för de nationella konkurrensmyndigheternas och domstolarnas ansträngningar att tillämpa konkurrenslagstiftningen. I en utvidgad gemenskap kan kommissionen inte ensam bära ansvaret för genomförandet av konkurrensreglerna inom hela unionen. Anmälningssystemet är dessutom inte längre ett effektivt redskap för att skydda konkurrensen. Den leder mycket sällan till att ärenden som utgör ett reellt hot mot konkurrensen avslöjas. Anmälningssystemet hindrar faktiskt kommissionen från att använda sina resurser för att upptäcka och beivra allvarliga överträdelser.

Den andra bristen i det nuvarande systemet är att det lägger en *alltför tung börda på näringslivet* genom att det ökar kostnaderna för att följa regelverket och hindrar företag från att genomföra sina avtal utan föregående anmälan till kommissionen även om de uppfyller villkoren i artikel 81.3. Detta är till särskilt stor skada för små och medelstora företag för vilka kostnaderna för att anmäla avtal,

och i avsaknad av anmälan, svårigheten att genomföra sina avtal kan ge dessa företag en konkurrensnackdel i förhållande till större företag.

Den *planerade utvidgningen* av gemenskapen gör det än mer angeläget att fullfölja omarbetningen av förordning 17/62. En framtida union med 25 eller flera medlemsstater står i utsikt. Ett anmälningssystem med förhandsgodkännande av en enda förvaltningsmyndighet skulle bli fullständigt ohållbart i en utvidgad gemenskap, eftersom tusentals avtal skulle kunna komma att kräva icke-ingripandebesked i form av en administrativ skrivelse för att kunna genomföras.

Mot denna bakgrund föreslog kommissionen den reform som innebar att rådet efter två års arbete antog den nya förordning 1/2003.

4.3 Huvudpunkterna

I det följande görs en kortfattad men inte heltäckande beskrivning av några huvudpunkter i den nya förordningen.

Förbudsprincipen kvarstår

I den nya förordningen behålls principen att avtal m.m. som avses i artikel 81.1 och missbruk av dominerande ställning som avses i artikel 82 är förbjudna, utan att det krävs något föregående beslut om det.

Kommissionens notifieringssystem slopas

Den centraliserade ordning med kommissionens exklusiva behörighet att tillämpa artikel 81.3, som inrättades genom förordning 17/62, försvårar medlemsstaternas domstolars och konkurrensmyndigheters tillämpning av gemenskapens konkurrensregler, och det anmälningssystem den föreskriver hindrar kommissionen från att koncentrera sina resurser på att bekämpa de allvarligaste överträdelsena. Dessutom medför den stora kostnader för företagen.

Det nu gällande systemet med individuella undantag enligt artikel 81.3 från förbudet i artikel 81.1 avskaffas. Systemet ersätts med att undantagsreglerna gäller generellt utan särskilt beslut.

Kommissionens gruppundantagsförordningar behålls

Systemet med generella regler om undantag för grupper av avtal i form av förordningar om gruppundantag behålls.

Även kommissionens icke-ingripandebesked försvinner

Även rätten för företagen att ansöka om icke-ingripandebesked avskaffas. Kommissionen kan dock på eget initiativ fatta beslut om att artiklarna 81 och 82 inte är tillämpliga.

Kommissionens monopol att meddela undantag enligt artikel 81.3 upphör och ersätts av ett system med ett direkt tillämpligt undantag

Den nuvarande ordningen ersätts med ett system med direkt tillämplighet för undantag, där medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar har behörighet att inte bara tillämpa artikel 81.1 och artikel 82 i fördraget, som enligt rättspraxis från EG-domstolen är direkt tillämpliga, utan även artikel 81.3 i fördraget.

Genom att artikel 81.3 blir direkt tillämplig säkerställs att avtal som uppfyller villkoren i den bestämmelsen har rättsverkan utan ingripande från en förvaltningsmyndighet.

De nationella myndigheterna och domstolarna får en ökad betydelse för tillämpningen

För att säkerställa en effektiv tillämpning av gemenskapens konkurrensregler görs konkurrensmyndigheterna i medlemsstaterna mera delaktiga i tillämpningen av reglerna. De skall därför ha behörighet att tillämpa gemenskapsrätten.

Nationella domstolar fyller en viktig funktion vid tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler. De skyddar medborgarnas rättigheter enligt gemenskapsrätten genom att avgöra tvister mellan enskilda, till exempel genom att utdöma skadestånd till dem som utsatts för överträdelser. De nationella domstolarna kompletterar i detta hänseende medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. De skall därför kunna tillämpa artiklarna 81 och 82 i fördraget fullt ut.

Kommissionen kan yttra sig i nationella domstolar

Genom den nya förordningen har det ansetts nödvändigt att inrätta metoder för att förstärka samarbetet mellan kommissionen och de nationella domstolarna för att främja en enhetlig tillämpning av artiklarna 81 och 82.

Medlemsstaternas domstolar får vid tillämpningen av artiklarna 81 och 82 begära upplysningar eller yttranden från kommissionen när det gäller tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler. Vidare framgår att medlemsstaterna till kommissionen skall sända en kopia av avgöranden där artikel 81 eller 82 tillämpats. Medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och kommissionen får dessutom på eget initiativ lämna skriftliga yttranden till en nationell domstol. Efter domstolens tillåtelse får även muntliga yttranden lämnas. För detta ändamål får medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och kommissionen begära att domstolen översänder alla handlingar som är nödvändiga för bedömningen av målet.

Nationell tillämpning av EG-rätten blir obligatorisk i vissa fall

För att kunna garantera att gemenskapens konkurrensregler tillämpas effektivt och att de samarbetsmekanismer som finns i denna förordning fungerar på ett riktigt sätt är det nödvändigt att ålägga medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar att även tillämpa artiklarna 81 och 82 i fördraget när de tillämpar nationell konkurrensrätt i fråga om avtal och förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna.

Tillämpningen av nationella konkurrensregler på avtal, beslut eller samordnade förfaranden som faller under artikel 81.1 i fördraget får inte leda till förbud mot sådana avtal, beslut och samordnade förfaranden om de inte också är förbjudna enligt gemenskapens konkurrensrätt.

Medlemsstaterna hindras dock inte från att inom sina territorier anta och tillämpa en strängare nationell konkurrenslagstiftning som förbjuder eller inför påföljder mot företags ensidiga agerande. Denna strängare nationella lagstiftning får innehålla bestämmelser om förbud mot eller påföljder för missbruk mot ekonomiskt beroende företag.

Ärendena fördelas inom ett nätverk av konkurrensmyndigheter inom EU

Tillämpningen av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget decentraliseras till nationella myndigheter och domstolar vilka ges en med kommissionen parallell behörighet. Dessa nationella organ kommer att ta över tillämpningen i en rad fall som i dag handläggs av kommissionen. Fördelningen av ärenden sker i ett nätverk av konkurrensmyndigheter inom EU där kommissionen är med och har en viktig roll. Reformen har som övergripande syfte att frigöra resurser som kan sättas in mot de allvarliga fallen, att effektivisera tillämpningen och därmed stärka konkurrensen.

Kommissionen får befogenhet att besluta om strukturella åtgärder, vilket torde innefatta möjligheten att bryta upp företag

Kommissionen har enligt bestämmelserna i artikel 3 i förordning 17/62 rätt att ålägga företag att upphöra med en överträdelse. Det kan vara fråga om att företaget skall upphöra att tillämpa ett visst avtal, villkor eller annat förbjudet förfarande. Ett åläggande kan även avse en annan åtgärd, t.ex. att sälja till ett visst företag, att vidta rättelse eller att förändra priser. Motsvarande bestämmelse återfinns den nya tillämpningsförordningen med två förändringar.

För det första klargörs att kommissionen har befogenhet att fatta beslut där den konstaterar att en överträdelse tidigare har förelegat.

För det andra ges kommissionen befogenhet att ålägga de berörda företagen att vidta alla korrigerande åtgärder som är nödvändiga för att effektivt bringa en överträdelse att upphöra. Detta innefattar även strukturella åtgärder, dvs. avskiljande av en del av ett företag eller avhändande av tillgångar.

Kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter skall kunna godta åtaganden

I anslutning till denna bestämmelse införs ett nytt instrument som saknar motsvarighet i förordning 17/62. I samband med ett förfarande genom vilket kommissionen avser att fatta beslut om att en påstådd överträdelse skall upphöra ges kommissionen en befogenhet att fatta beslut om att godta ett företags åtaganden. Mottagaren

är bunden av beslutet med åtagandena. Beslutet är inte bindande för nationella domstolar eller nationella konkurrensmyndigheter utan dessa kan besluta om mer ingripande åtgärder än vad kommissionen har gjort. I beslutet skall det konstateras att det inte längre finns skäl för ingripande. Endast under vissa särskilda omständigheter får kommissionen ta upp förfarandet på nytt.

Kommissionen får befogenhet att göra undersökning i företagsledares privata bostäder för att eftersöka bevis om allvarliga överträdelser

Enligt förordning 17/62 har kommissionen rätt att utföra inspektioner i företagens lokaler och skriftligen begära in information. Kommissionen kan bötfälla företag för överträdelser av materiella regler och procedurregler samt förelägga viten.

För att säkerställa en effektivare tillämpning av artiklarna 81 och 82 innehåller den nya förordningen vissa förändringar, bl.a. regleras möjligheterna att få ett domstolsbeslut på nationell nivå för att stävja ett företags möjliga försök att motsätta sig en inspektion. Även de befogenheter som ges till en kommissionstjänsteman under inspektionerna regleras i förordningen. Om det finns ett domstolsgodkännande skall kommissionens tjänstemän vara bemyndigade att undersöka privata utrymmen såsom bostäder, om misstanke finns att relevanta affärshandlingar förvaras där. Kommissionens tjänstemän får även befogenhet att försegla lokaler och affärshandlingar för att säkerställa att dokument inte avlägsnas eller förstörs. De bemyndigas även att ställa muntliga frågor som rör föremålet för inspektionen. Nivån på böter för överträdelser av procedurregler och viten höjs. Det nya systemet grundar sig på belopp uttryckta som procent av företagets omsättning.

5 Förhållandet mellan EG-rätten och nationell rätt

5.1 Nuvarande ordning

5.1.1 Nationell tillämpning av EG-rätten

I Sverige gäller sedan den 1 januari 2001 regler som uttryckligen föreskriver att Konkurrensverket får tillämpa artikel 81 och 82 i EG-fördraget. Också Marknadsdomstolen och Stockholms tingsrätt har fått behörighet att tillämpa nämnda bestämmelser. När artiklarna tillämpas skall reglerna om undersökningar, sanktioner m.m. i KL tillämpas.¹

Skälen för att svenska konkurrensmyndigheter gavs möjlighet att tillämpa EG:s konkurrensregler var bl.a. följande:²

- Marknaderna blir allt mer internationella och genom att tillämpa artiklarna 81.1 och 82 i EG-fördraget kan den svenska myndigheten pröva ett konkurrensskadligt förfarande i dess helhet, alltså även till den del det sträcker sig utanför Sveriges gränser och har effekter utomlands.
- Den nationella myndigheten har allmänt sett bättre överblick över den nationella marknaden än vad EG-kommissionen har. En möjlighet att tillämpa artiklarna 81 och 82 direkt på nationell nivå gör därmed konkurrensövervakningen mer effektiv och leder till vinster från samhällsekonomisk och konsumentpolitisk synpunkt.
- Den planerade moderniseringen av EG:s konkurrensregler förutsätter att de nationella konkurrensmyndigheterna är behöriga att tillämpa EG:s materiella konkurrensrätt.

EG-rättens regler om förfarandet, sanktionerna osv. är förbehållna kommissionen. En tillämpning av EG:s konkurrensregler på natio-

¹ Se 1994 års lag.

² Se prop. 1999/2000:140 s. 180.

nell nivå förutsätter således att nationella regler av det slaget kan komma till användning. Det finns vissa olikheter mellan EG-rätten och den svenska rätten när det gäller reglerna om förfarandet, sanktionerna m.m. Olikheterna har dock inte ansetts vara av den arten eller omfattningen att de skulle äventyra en effektiv nationell tillämpning av EG-reglerna.

I samband med att Konkurrensverket gavs behörighet att tillämpa EG-rätten framhölls³ att det inte fanns några EG-rättsliga hinder mot att tillämpa nationell rätt samtidigt med EG:s konkurrensrätt. Vidare anfördes att det normala i de medlemsländer som tillåter nationell tillämpning av EG-rätten torde vara att nationell rätt och EG-rätt tillämpas samtidigt. En sådan tillämpning ansågs ha flera fördelar. En konkurrensmyndighet kan därigenom bedöma ett förfarande i dess helhet, dels samhandelsaspekterna, som EG-rätten tar sikte på, dels mer nationella aspekter. Det torde också i många fall vara svårt för en nationell myndighet att redan i inledningen av en undersökning avgöra om ett förfarande påverkar samhandeln och därmed att ta ställning till vilket regelverk som är tillämpligt. Konkurrensverket fick därför behörighet att tillämpa såväl EG:s konkurrensrätt som KL på samma förfarande. Det konstaterades dock att en sådan tillämpning inte är problemfri. Hittills har undantag enligt artikel 81.3 i EG-fördraget fått meddelas bara av kommissionen. En nationell konkurrensmyndighet som ansett att ett förfarande strider mot artikel 81.1 men var kvalificerat för undantag enligt artikel 81.3 har således varit ur stånd att slutföra ärendet.

En särskild fråga vid införandet av behörigheten för Konkurrensverket att tillämpa EG-rätten var huruvida Konkurrensverket i ett visst fall skulle kunna avstå från samtidig tillämpning och i stället välja att tillämpa antingen KL eller EG-rätten. Det konstaterades att Konkurrensverket inte hade någon allmän skyldighet enligt den nationella rätten att ingripa mot varje ifrågasatt förfarande. Inte heller fanns någon EG-rättslig skyldighet för nationella konkurrensmyndigheter att tillämpa EG-rätten i samtliga fall där den är tillämplig. Det ansågs därför bäst att Konkurrensverket som huvudregel fick bestämma om endera regelverket eller båda skall tillämpas i ett enskilt fall. Det framhölls dock att bedömningen skulle ske utifrån objektiva grunder, exempelvis att lika fall skall behandlas lika.

³ Se prop 1999/2000:140 s. 182 f.

Konkurrensverket har sedan den 1 januari 2001 haft tre alternativa möjligheter i sin tillämpning på ett avtal eller förfarande med samhandelseffekt:

1. Tillämpa EG-rätten
2. Tillämpa både EG-rätten och KL samtidigt
3. Tillämpa KL

Konkurrensverket har enligt uppgifter till utredningen fortsatt att liksom före den 1 januari 2001 tillämpa KL (alternativ 3) med beaktande av principen från rättsfallet *Walt Wilhelm*⁴ om att gemenskapens konkurrensrätt har företräde och att den nationella tillämpningen inte får strida mot en fullständig och enhetlig tillämpning av EG-rätten. Principen bygger på förutsättningen att flera nationella konkurrenslagar och EG-rätten kan vara tillämpliga samtidigt på samma transaktion, om ett avtal eller ett beteende bedöms kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna. I enlighet med principen kan nationell rätt tillämpas endast i den mån den inte påverkar en enhetlig tillämpning av gemenskapens konkurrensregler inom hela den inre marknaden.

En omständighet som kan ha medverkat till att Konkurrensverket har fortsatt att tillämpa KL även sedan verket har fått behörighet att tillämpa EG-rätten är att det i övergångsbestämmelserna till de nya behörighetsreglerna föreskrivs att konkurrens-skadeavgift inte får påföras för överträdelser eller åsidosättanden såvitt avser tid före ikraftträdandet.

5.1.2 Samhandel

Artiklarna 81 och 82 är tillämpliga endast om ett förfarande kan påverka handeln mellan medlemsstater. EG-domstolens har i sin praxis givit samhandelskriteriet en vidsträckt tolkning. Kriteriet anses uppfyllt om det

”med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att avtalet i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan inverka på handelsflödet mellan

⁴ EG-domstolens mål i 14/68 *Walt Wilhelm m.fl. mot Bundeskartellamt*, REG 1969, s. 1; svensk specialutgåva nr 1, s. 379.

medlemsstater, på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av en gemensam marknad mellan medlemsstaterna”.⁵

Det är tillräckligt att konstatera att avtalet kan ha en sådan verkan. Även avtal som till synes berör endast en medlemsstat kan ha samhandelseffekt. Förfaranden som hämmar konkurrensen och omfattar en medlemsstats hela territorium kan ofta vara sådana att de medför att en uppdelning av marknader på nationell nivå befästs och hindrar integrationen mellan medlemsstater. Nationella förfaranden som är begränsade till en enda medlemsstat och som inte har några märkbara återverkningar utanför landet uppfyller dock inte samhandelskriteriet. En inverkan på samhandeln kan följa av att flera faktorer sammanfaller som var för sig inte nödvändigtvis skulle vara avgörande. Det kan därför vara nödvändigt att undersöka hur ett avtal ingår i ett nätverk av liknande avtal för att det skall kunna avgöras om dessa avtal sammantaget kan påverka handeln mellan medlemsstater. Handel mellan medlemsstater kan också ske i mindre gränsområden mellan staterna.

Redogörelsen ovan speglar den rättspraxis som utvecklats av EG-domstolen under flera årtionden.⁶ I EG-domstolens praxis på senare år har avgörandet i målet *Bagnasco*⁷ gått i en mer inskränkande riktning, medan domen i *Wouters m.fl.*⁸ synes stödja mer vidsträckta tolkningar av samhandelskriteriet som kommissionen har hävdad.

⁵ Mål 42/84 *Remia mot Kommissionen*, REG 1985 s. 2545.

⁶ Se t.ex. *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm*, REG 1966 s. 235, och mål 42/84 *Remia mot Kommissionen*, REG 1985 s. 2545. Se vidare *Wetter m.fl.*, Konkurrenslagen – en handbok, andra upplagan, s. 52 och *Burnley* ”Interstate trade Revisited – The Jurisdictional Criterion for Articles 81 and 82 E.C. [2002] 5 ECLR s. 217.

⁷ Mål C-215 och 216/96 *Bagnasco* REG 1999 s. I-135, där EG-domstolen ansåg att ett system med enhetliga normer för generella borgensförbindelser vid öppning av checkräkningskredit och som tillämpades av samtliga italienska banker saknade samhandelseffekt. Banktjänsten ifråga ansågs röra en ekonomisk verksamhet som hade en mycket begränsad inverkan på handeln.

⁸ Mål C-309/99 *Wouters m.fl.* REG 2002 s. I-1577. I målet erinrade domstolen om att en konkurrensbegränsande samverkan som berör en medlemsstats hela territorium genom själva sin karaktär har till resultat att förstärka avskärmningen av marknaderna på nationell nivå och följaktligen hindrar den ekonomiska växelverkan som eftersträvas i EG-fördraget.

5.1.3 Diskussionen hittills om förhållandet mellan EG-rätten och nationell rätt

Den rättsliga osäkerheten beträffande förhållandet mellan EG-rätten och nationell rätt har hittills varit stor. Det gällande rättsläget har sammanfattats av några svenska författare i följande principer.⁹

När det gäller avtal eller förfaranden för vilka kommissionen har beviljat individuellt undantag enligt EG-rätten är det i vart fall inte sannolikt att Konkurrensverket i praktiken skulle ifrågasätta avtalet eller förfarandet. Detsamma torde gälla för avtal och förfaranden som omfattas av kommissionens förordningar om gruppundantag, även om osäkerheten är större i sådana fall. Med tillämpning av nationell rätt kan ett avtal eller förfarande förbjudas även om det inte anses konkurrensbegränsande vid tillämpning av artikel 81.1. Dock måste kravet på full och enhetlig tillämpning av artikel 81 upprätthållas.

Ett avtal eller förfarande som är förbjudet enligt EG-rätten torde inte med någon rättslig verkan kunna tillåtas med stöd av nationell rätt. Ett avtal eller förfarande som undantas från det konkurrensrättsliga förbudet enligt ett nationellt förfarande eller genom nationella lagstiftningsåtgärder kan trots det komma att åsidosättas med stöd av EG-rätten om avtalet eller förfarandet strider mot en full och enhetlig tillämpning av artikel 81.¹⁰

5.2 Artikel 3 i förordningen

5.2.1 Kommissionens förslag till rådet

De materiella reglerna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget är direkt tillämpliga och kan alltså tillämpas av nationella domstolar och konkurrensmyndigheter. Förordning 1/2003 (och förordning 17/62) bygger på att kommissionen har den centrala rollen när det gäller att övervaka konkurrensen inom gemenskapen. Genom förordning 1/2003 skall dock de nationella konkurrensmyndigheterna

⁹ Se t.ex. *Wetter m.fl.*, Konkurrenslagen – en handbok, andra upplagan, s. 56 ff., *Carlsson m.fl.* Konkurrenslagen, en kommentar, s. 439 ff. För en vidare utveckling av ämnet se *Wabl*, Konkurrensförhållanden, 1994.

¹⁰ Se t.ex. prop. 1999/2000:140 s. 242 där det uttryckligen sägs att en tillämpning av det svenska undantaget i KL för samarbete avseende skogsprodukter kan ske så långt det kan anses förenligt med EG-rätten. Vidare sägs att detta ytterst skulle kunna komma att prövas av EG-domstolen.

göras mer delaktiga i tillämpningen av reglerna. För första gången i gemenskapens historia får de nationella myndigheterna och domstolarna behörighet att tillämpa hela artikel 81 (inklusive punkt 3).

Vitboken innehöll inte något förslag till reglering av förhållandet mellan EG-rätten och nationell rätt. Kommissionen förslag till rådet i september 2000 innehöll däremot följande bestämmelse.

Artikel 3 – Förhållandet mellan artiklarna 81 och 82 och nationell konkurrensrätt

Om ett sådant avtal, beslut eller samordnat förfarande som avses i artikel 81.1 i fördraget eller ett sådant missbruk av en dominerande ställning som avses i artikel 82 kan påverka handeln mellan medlemsstater, gäller gemenskapens konkurrensrätt och inte nationell konkurrensrätt.

Enligt förslaget föreskrevs alltså att bara gemenskapens konkurrenslagstiftning skulle vara tillämplig när ett avtal eller förfarande kan påverka handeln mellan medlemsstater.

Det ansågs i det nuvarande skedet av gemenskapens utveckling vara av stor vikt att säkerställa att konkurrensvillkoren är lika i hela EU, så att företagen kan dra full nytta av den inre marknaden. Det överensstämmer inte med begreppet inre marknad att avtal och förfaranden som kan påverka gränsöverskridande handel regleras av olika normer och att ett avtal som skulle betraktas som oskadligt eller fördelaktigt enligt gemenskapsrätten kan förbjudas enligt nationell konkurrensrätt.

Bestämmelsen avsåg att säkerställa att avtal och förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater granskas enligt en enda uppsättning regler, vilket ger lika konkurrensvillkor i hela gemenskapen, och att de kostnader som en samtidig tillämpning av gemenskapsrätt och nationell rätt medför försvinner för både konkurrensmyndigheter och företag. Artikeln skulle enligt kommissionen inte begränsa handlingsutrymmet för nationella konkurrensmyndigheter, som skulle tillämpa gemenskapsrätten. Erfarenheter från nationella konkurrensmyndigheter kunde bidra till att gemenskapens konkurrensrätt utvecklas inom nätverket.

Artikeln skulle vidare säkerställa att alla ärenden som rör avtal och förfaranden som påverkar handeln mellan medlemsstater omfattas av mekanismen för samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter.

5.2.2 Den slutliga utformningen av artikel 3

Under två års arbete i rådet ändrades kommissionens förslag, som alltså innebar att en nationell tillämpning på förfaranden med samhandelseffekt skulle vara förbjuden, så att EG-rätten inte skulle vara exklusivt tillämplig men i vissa fall måste tillämpas av nationella myndigheter och domstolar, eventuellt samtidigt med nationell rätt. Bestämmelsen om en samtidig tillämpning utformades så att den nationella myndigheten skall tillämpa även EG-rätten (artikel 81 eller 82), om den tillämpar nationell konkurrenslagstiftning på ett avtal eller ett missbruk som kan ha påverkan på handeln mellan medlemsstater.

Vidare tillkom bestämmelser om att den nationella tillämpningen inte får leda till förbud mot sådana avtal eller förfaranden som är undantagna från förbud enligt EG-rätten, det s.k. konvergenskravet. Flera medlemsstater ansåg att beträffande ensidiga förfaranden, där exempelvis inte dominans eller missbruk kan visas, nationella strängare regler ändå borde kunna tillämpas. Mot denna bakgrund gjordes ett undantag från konvergenskravet som innebär att medlemsstaterna får anta och tillämpa strängare nationell lagstiftning genom vilka ensidiga förfaranden förbjuds eller bestraffas.

En annan linje som drevs i rådsarbetet var att strängare nationell lagstiftning skulle tillåtas även avseende området för tillämpningen av artikel 81, eller i vart fall när samhandeln är berörd men artikel 81 av andra skäl inte är tillämplig. Så blev det emellertid inte och artikel 3 i dess slutliga utformning innebär att ett konvergenskrav gäller beträffande artikel 81 och nationell konkurrensrätt. Detta krav är en viktig princip som syftar till att tillämpningen i Europa skall bli så enhetlig som möjligt.

Artikel 3 i den slutligt antagna förordningen lyder:

1. Om medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller de nationella domstolarna tillämpar den nationella konkurrensrätten på sådana avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnade förfaranden som avses i artikel 81.1 i fördraget och som kan påverka handeln mellan medlemsstater enligt den bestämmelsen skall de också tillämpa artikel 81 i fördraget på sådana avtal, beslut eller samordnade förfaranden. Om medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller de nationella domstolarna tillämpar den nationella konkurrensrätten på ett sådant missbruk som är förbjudet enligt artikel 82 i fördraget, skall de även tillämpa artikel 82 i fördraget.

2. Tillämpningen av den nationella konkurrensrätten får inte leda till förbud mot sådana avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater men som inte begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget, eller som uppfyller villkoren i artikel 81.3 i fördraget eller som omfattas av en förordning om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget. Medlemsstaterna skall enligt denna förordning inte vara förhindrade från att på sitt territorium anta och tillämpa en strängare nationell lagstiftning genom vilken företags ensidiga uppträdande förbjuds eller bestraffas.
3. Utan att det påverkar de allmänna principerna och övriga bestämmelser i gemenskapsrätten är punkterna 1 och 2 inte tillämpliga när medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller domstolar tillämpar nationella lagar om koncentrationskontroll och de hindrar inte heller tillämpningen av sådana bestämmelser i nationell lagstiftning som till övervägande del eftersträvar ett annat mål än syftet med artiklarna 81 och 82 i fördraget.

I punkt 8 av ingressen till förordningen sägs följande:

(8) För att kunna garantera att gemenskapens konkurrensregler tillämpas effektivt och att de samarbetsmekanismer som finns i denna förordning fungerar på ett riktigt sätt är det nödvändigt att ålägga medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar att även tillämpa artiklarna 81 och 82 i fördraget när de tillämpar nationell konkurrensrätt i fråga om avtal och förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. För att skapa likvärdiga marknadsvillkor när det gäller avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden inom den gemensamma marknaden är det också nödvändigt att enligt artikel 83.2 e i fördraget fastställa förhållandet mellan nationell lagstiftning och gemenskapens konkurrensrätt. Därför är det nödvändigt att föreskriva att tillämpningen av nationella konkurrensregler på avtal, beslut eller samordnade förfaranden som faller under artikel 81.1 i fördraget inte får leda till förbud mot sådana avtal, beslut och samordnade förfaranden om de inte också är förbjudna enligt gemenskapens konkurrensrätt. Begreppen avtal, beslut och samordnade förfaranden är autonoma begrepp i gemenskapens konkurrensrätt som täcker samordning av företags agerande på marknaden i enlighet

med gemenskapsdomstolarnas tolkning. Medlemsstaterna bör enligt denna förordning inte hindras från att inom sina territorier anta och tillämpa en strängare nationell konkurrenslagstiftning som förbjuder eller inför påföljder mot företags ensidiga agerande. Denna strängare nationella lagstiftning får innehålla bestämmelser om förbud mot eller påföljder för missbruk mot ekonomiskt beroende företag. Denna förordning tillämpas vidare inte på nationella lagar genom vilka fysiska personer åläggs brottspåföljder, utom i den mån som sådana påföljder utgör det medel varmed konkurrensregler tillämpliga på företag verkställs.

5.3 Utredningens överväganden

Utredningens förslag:

- Artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget och förbudsbestämmelserna i KL tillämpas inte längre samtidigt på ett och samma avtal eller förfarande.
- Artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget tillämpas på avtal och förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater inom EU.
- Förbudsbestämmelserna i KL tillämpas på avtal och förfaranden som inte kan påverka handeln mellan medlemsstater inom EU.

5.3.1 Behovet av regler för konkurrensbegränsningar utan samhandelseffekt kvarstår

Även om det inte uttryckligen är en fråga för utredningen att analysera behovet av att behålla de materiella nationella reglerna i ljuset av det nya systemet kan utredningen konstatera följande. Det följer av artikel 3 i förordning 1/2003 att nationell konkurrensrätt inte längre får tillämpas utan en samtidig tillämpning av EG-rätten på avtal eller förfaranden som kan ha en påverkan på handeln mellan medlemsstater inom EU (samhandelseffekt). De materiella förbuds- och undantagsreglerna i KL (främst 6, 8 och 19 §§ KL) kommer därför att få en minskad praktisk betydelse och EG-rättens regler en motsvarande ökad betydelse när förordningen träder i kraft den 1 maj 2004.

Detta betyder dock inte att utrymmet för att tillämpa KL försvinner.

Enligt Konkurrensverkets egna översiktliga bedömningar har samhandelsrekvisitet varit klart uppfyllt i endast en liten andel av de ärenden hos verket som har grundats på anmälningar, ansökningar eller verkets egna initiativ. Dock kan det enligt utredningens mening antas att sådana ärenden där det klart framgår att samhandeln berörs i allmänhet är förhållandevis betydelsefulla.

Därutöver finns en andel ärenden där det är osäkert om förfarandet har haft samhandelseffekt. Om inte Konkurrensverket i dessa fall lyckas påvisa en sådan faktisk eller potentiell effekt, skulle verket i avsaknad av nationella förbudsregler, som kan åberopas som alternativ grund, inte kunna ingripa mot förfarandet.

I en tredje kategori, en inte obetydlig andel, har förfarandet inte haft samhandelseffekt. Det torde gälla särskilt i fråga om vissa tjänstesektorer. I denna kategori kan konkurrensbegränsningar inte alls angripas utan förbudsregler i KL.

Att uppskatta hur många av ärendena utan samhandelseffekt som varit principiellt viktiga är svårt. Konkurrensverket har uppgett för utredningen att det finns regionala karteller som i huvudsak berör eller kan beröra den svenska marknaden och att det förekommer överträdelser av förbudet mot missbruk av dominerande ställning som i huvudsak berör den svenska marknaden. Enligt verket torde en rad överträdelser inom t.ex. distributionssektorn inte kunna angripas utan förbudsregler i KL.

Att upprätthålla KL:s materiella regler medför kostnader för samhället i form av myndigheters tillsyn och befattning med ärenden samt domstolars prövning. Vidare innebär det kostnader för företagen. Mot detta bör ställas de negativa effekterna på samhällsekonomin som följer av bristande konkurrens. Ur samhälls-ekonomisk synvinkel är det inte tillrådligt att – utan ett säkert underlag för att bedöma konkurrensreglernas verkningar – helt avskaffa reglerna för de konkurrensbegränsningar som saknar samhandelseffekt och som därför EG-rätten inte är tillämplig på. I vart fall gäller detta så länge det inte är klarlagt hur samhandelsrekvisitet kommer att tillämpas när den nya förordningen trätt i kraft och det därmed kan bedömas hur långt EG-rättens konkurrensregler når.

Även i den nya rättsliga miljö som följer av att rådet nu utnyttjat möjligheten att reglera förhållandet mellan artiklarna 81 och 82 och nationell konkurrensrätt, finns därför skäl att behålla de materiella reglerna i KL. Utredningen utgår i det följande från att KL:s mate-

riella regler skall finnas kvar och tillämpas av svenska domstolar och myndigheter vid sidan av artiklarna 81 och 82.

5.3.2 Bör KL vara tillämplig när EG-rätten tillämpas?

Artikel 3 reglerar för första gången i gemenskapens historia förhållandet mellan artiklarna 81 och 82 i fördraget och nationell konkurrensrätt.

Det följer direkt av artikel 3.1 i förordningen att Konkurrensverket inte längre (inom tillämpningsområdet för artikel 81) kommer att som hittills kunna tillämpa enbart KL på avtal eller förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater inom EU. En tillämpning av enbart KL på sådana avtal eller förfaranden skulle för övrigt riskera att underminera det nya systemet, eftersom det skulle undandra ärendet från samarbetet i nätverket.¹¹

Enligt artikel 3.2 får inte tillämpningen av den nationella konkurrensrätten leda till förbud mot sådana avtal, beslut av en företagsammanslutning eller samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater men som inte begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget, eller som uppfyller villkoren i artikel 81.3 i fördraget eller som omfattas av en förordning om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget. I dessa situationer får inte avtalet eller förfarandet förbjudas enligt KL. Detta innebär en viktig skillnad mot vad som gäller i dag.¹²

¹¹ Kommissionens förslag till rådet innebar att bara EG-rätten fick tillämpas på sådana avtal eller förfaranden som hade samhandelseffekt. I den slutliga utformningen av rådsförordningen tilläts emellertid att även nationell rätt samtidigt tillämpas med EG-rätten. Förändringarna under rådsarbetet måste nog ses som en politisk överenskommelse som tillgodosåg några medlemsstaters intresse av att inte reducera den nationella konkurrensrättens betydelse på ett alltför iögonfallande sätt.

¹² Prop. 1999/2000:140 s. 185. När EG-rätten tillämpas gäller Kommissionens bagatellmeddelande. Enligt meddelandet är sällan förfaranden mellan små och medelstora företag enligt kommissionens definitioner (företag som bl.a. har en omsättning som inte överstiger 40 miljoner euro) kapabla att märkbart påverka handeln mellan medlemsstater. Från den 1 januari 2005 tillämpas nya definitioner, vilka bl.a. innebär att omsättningsgränsen höjs till 50 miljoner euro. Under moderniseringsarbetet har kommissionen bl.a. framfört som en idé att samhandelskriteriet, liksom märkbarhetskriteriet, skulle kunna bedömas efter kvantitativa *de minimis* regler med innebörden att samhandeln inte skall anses berörd om kriterierna enligt definitionen ovan för de små och medelstora företagens omsättning är uppfyllda. Kommissionen avser att utarbeta ett tillkännagivande om kommissionens tolkning av samhandelskriteriet. Ett offentliggörande av ett första utkast beräknas ske i september 2003. De slutliga besluten kommer att tas i mars/april 2004 och de träder i tillämpning den 1 maj 2004. Konkurrensverkets allmänna råd innehåller ett motsvarande undantag för företag vars sammanlagda omsättning ej överstiger 30 miljoner kr, om deras andel av den relevanta marknaden inte överstiger femton procent i fråga om vertikala avtal och 10 procent i fråga om horisontella avtal.

Om det däremot är fråga om ett avtal eller förfarande som inte kan påverka handeln mellan medlemsstater inom EU får KL tillämpas fullt ut, eftersom artiklarna 81 och 82 och moderniseringsförordningen inte är tillämpliga.

I moderniseringsarbetet har motiven för att uttryckligen förbjuda en strängare nationell tillämpning på avtal och förfaranden som är undantagna enligt artikel 81 varit följande:

- Genomförandet av den inre marknaden kräver det.
- Förutsättningarna skall vara lika – samma konkurrensvillkor – för företagen inom hela EU.
- En enhetlig uppsättning regler bör tillämpas.

Artikel 3.2 förbjuder således att förfaranden bedöms strängare enligt nationell rätt än vad som skulle bli följden om EG-rätten tillämpades. Däremot hindrar konvergenskravet i artikel 3.2 inte uttryckligen en nationell myndighet från att tillåta sådant som förbjuds enligt EG-rätten. Dock skulle ett sådant beslut, om det tillerkänns rättslig verkan, motverka moderniseringsreformen.

Att förordningen inte innehåller ett uttryckligt förbud mot att tillåta sådant som förbjuds enligt EG-rätten torde kunna förklaras av att ett sådant förbud följer redan av en allmän EG-rättslig princip som inte kan regleras särskilt inom konkurrensområdet.

Det torde knappast finnas något utrymme för att med rättslig verkan tillämpa nationell konkurrensrätt så att resultatet avviker från EG-rätten.¹³ Ett nationellt beslut att tillåta ett enligt EG-rätten förbjudet avtal eller förfarande kan enligt principerna om EG-rättens företräde och syftet med moderniseringsreformen inte tillerkännas någon rättsverkan. Enligt artikel 3.1 skall ju också EG-reglerna tillämpas när de nationella reglerna tillämpas. Det ankommer naturligtvis ytterst på EG-domstolen att uttolka förordningen i dessa avseenden.

Regleringen i förordningen innebär alltså att den nationella konkurrensrätten får tillämpas samtidigt med EG-rätten, men när EG-rätten är tillämplig är det inte tillåtet att tillämpa enbart den nationella konkurrensrätten. Förordningen gör det möjligt för en medlemsstat att anta en ordning som innebär att den nationella konkurrensrätten inte tillämpas när EG-rätten är tillämplig. I fråga om en tillämpning av den nationella konkurrensrätten samtidigt med att

¹³ Jfr dock *Caroline Fellenius-Omnell och Charlotte Landström*, Moderniseringen av EG:s konkurrensrätt, – kan en parallell tillämpning av EG:s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt garantera konvergens, *Europarättslig Tidskrift* 2003, s. 77.

EG-rätten tillämpas föreskriver förordningen långt gående begränsningar, framför allt när det gäller artikel 81. Den nationella konkurrensrätten får inte tillämpas på ett sådant sätt att det leder till något annat resultat än en tillämpning av EG-rätten. Eftersom EG-rätten måste tillämpas i dessa situationer, är det svårt att se vad en samtidig tillämpning av den nationella rätten skulle tillföra. Oavsett vilket resultat den nationella rätten leder till, blir det ju EG-rätten som avgör om avtalet eller förfarandet i fråga är tillåtet eller ej.

Enligt artikel 3.2 får medlemsstaterna på sitt territorium anta och tillämpa strängare regler i fråga om företags ensidiga förfaranden. Det material från förhandlingarna om förordningen som utredningen har tagit del av tyder på att denna bestämmelse tar sikte på sådan sektorslagstiftning som för Sveriges vidkommande finns i t.ex. postlagen och telelagen (eller den nya lagen om elektronisk kommunikation). Bestämmelsen tillåter emellertid enligt sin ordalydelse strängare nationella regler i fråga om även andra förfaranden som regleras i 19 § KL. Dock har det varit den svenske lagstiftarens ambition att tillämpningen av KL så långt som möjligt skall överensstämma i materiellt hänseende med tillämpningen av konkurrensreglerna i EG-fördraget.¹⁴ Det gäller även 19 § KL.¹⁵ Utredningen ser ingen anledning att nu gå ifrån den principen utanför de särreglerade sektorerna. Tvärtom är det en uppgift för utredningen att verka för att skillnader mellan EG-rätten och KL undanröjs.

I fråga om tillämpningen av artiklarna 81 och 82 samt motsvarande bestämmelser i den nationella lagen får regleringen i förordningens artikel 3 därmed följande resultat. Om samhandelsrekvisitet är uppfyllt och EG-rätten därmed är tillämplig i fråga om ett förfarande som den nationella myndigheten vill ingripa mot, måste EG-rätten tillämpas. Dessutom får den nationella rätten tillämpas, men bara så länge den inte leder till något annat resultat än EG-rätten. Om samhandelsrekvisitet däremot inte är uppfyllt, är EG-rätten inte tillämplig och nationell rätt måste tillämpas.

En naturlig ordning för svenskt vidkommande blir därmed att EG-rätten tillämpas när samhandelsrekvisitet är uppfyllt och KL när samhandelsrekvisitet inte är uppfyllt. Att dessutom tillämpa KL parallellt med EG-rätten när samhandelsrekvisitet är uppfyllt får enligt förordningen inte leda till något annat resultat än en tillämpning av enbart EG-rätten. En sådan parallell tillämpning, som alltså inte får inverka på resultatet, framstår från den synpunkten som

¹⁴ Se prop. 1992/93:56 s. 21.

¹⁵ Jfr specialmotiveringen i prop. 1992/93:56 s. 85 ff.

meningslös. Eftersom förordningen erbjuder denna möjlighet, måste dock övervägas om en parallell tillämpning fyller någon annan funktion som kan motivera att den behålls i svensk rätt. Under utredningens arbete har olika tänkbara argument diskuterats.

Det finns vissa skillnader i materiellt hänseende mellan EG-rätten och KL (se avsnitt 5.3.3). Dessa skillnader kan dock inte vara skäl för en parallell tillämpning. Avgörande för om ett visst avtal eller förfarande är tillåtet eller ej blir ju EG-rätten, om samhandelskriteriet är uppfyllt, och KL, om samhandelskriteriet inte är uppfyllt. En tillämpning av KL, när samhandelsrekvisitet är uppfyllt, kan – som tidigare har framhållits – inte leda till någon annan bedömning än den som följer av EG-rätten. Oavsett om EG-rätten eller KL tillämpas skall sanktionerna och förfarandereglerna i KL tillämpas. I ett tidigare utredningsarbete har det bedömts att de svenska reglerna är godtagbara även när de svenska myndigheterna tillämpar EG-rätten.¹⁶ Den bedömningen står sig fortfarande. Den nya förordningen föranleder dock vissa ändringar som framgår av framför allt kap. 9 och 10.

Hur samhandelsrekvisitet kommer att tillämpas när den nya förordningen trätt i kraft är som nämnts inte klart. Hur detta utvecklas kan dock inte ha någon betydelse för svaret på frågan huruvida KL bör kunna tillämpas parallellt med EG-rätten när kriteriet visar sig vara uppfyllt.

För Konkurrensverkets handläggning torde det inte medföra någon beaktansvärd skillnad om KL tillämpas parallellt med EG-rätten eller ej. Verket måste under alla förhållanden på ett tidigt stadium bedöma om EG-rätten kan vara tillämplig och samarbetet inom nätverket därmed aktualiseras. När verket skall besluta om ett åläggande eller föra talan i domstol måste verket också ta ställning till om samhandelsrekvisitet är uppfyllt och bestämma om det är EG-rätten eller KL som skall åberopas. Under utredningens diskussioner har det sagts att Konkurrensverket av processuella skäl behöver ha möjlighet att åberopa KL parallellt med EG-rätten. Det skulle annars finnas en risk för att verkets talan inte blir prövad fullt ut, om domstolen skulle anse att samhandelsrekvisitet inte är uppfyllt. Utredningen anser att dessa farhågor är obefogade. För den händelse verket bedömer det osäkert om domstolen kommer att anse samhandelsrekvisitet vara uppfyllt, torde verket nämligen

¹⁶ Se betänkandet Svensk tillämpning av EG:s konkurrensregler (SOU 2000:4), s. 157 f. och 166 f.

kunna åberopa KL och EG-rätten som alternativa grunder för att hävda att ett visst avtal eller förfarande strider mot något konkurrensrättsligt förbud. En sådan processföring är vanlig på andra områden och torde utan olägenhet kunna användas också av Konkurrensverket.

Det har också hävdats att det i samband med att domstolsavgöranden överklagas skulle kunna uppkomma situationer som motiverar att KL skall kunna tillämpas parallellt med EG-rätten. Som exempel har nämnts den situationen att Konkurrensverket för talan om konkurrensskadeavgift och Stockholms tingsrätt förpliktar företaget i fråga att betala konkurrensskadeavgift med stöd av KL; tingsrätten anser alltså att det inte föreligger samhandel. Om företaget överklagar tingsrättens dom och Marknadsdomstolen anser att samhandelsrekvisitet är uppfyllt, skulle överklagandet inte kunna ogillas även om det står klart att företaget har överträtt ett EG-rättsligt förbud. Rättsläget torde emellertid vara det att en part, som i första instans vinner bifall till sin talan på en av flera alternativa grunder, i överinstansen får åberopa även en annan av de tidigare åberopade grunderna.¹⁷

Slutligen har det sagts att en möjlighet till parallell tillämpning skulle närma EG-rätten och svensk konkurrensrätt till varandra. Förekommande tendenser till att i tillämpningen ge den nationella konkurrensrätten en annan innebörd än EG-rätten skulle motverkas. Dock torde det vara så att de skillnader mellan EG-rätten och svensk konkurrensrätt som kan påvisas genomgående har tillkommit genom svenska lagstiftningsåtgärder. Att det i rättspraxis skulle förekomma skillnader mellan EG-rätten och den nationella svenska konkurrensrätten som inte beror på skillnader i lagstiftningen torde vara svårt att belägga. Än svårare blir det då att göra troligt att en parallell tillämpning av EG-rätten och KL skulle motverka sådana tendenser i högre grad än vad som skulle bli fallet om KL i stället kunde åberopas som alternativ grund vid sidan av EG-rätten.

Även om det således saknar betydelse för valet mellan parallell och alternativ tillämpning finns det enligt utredningens mening anledning från mer allmänna utgångspunkter att överväga åtgärder i syfte att möta farhågor för divergerande nationell rättspraxis. En tänkbar åtgärd kunde vara att införa en lagregel som uttryckligen föreskriver att KL:s bestämmelser skall tillämpas så att det stämmer

¹⁷ Se *Welamson*, Rättegång VI, 3 uppl. 1994 s. 78 f.

överens med artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.¹⁸ En sådan bestämmelse kunde kanske förbättra de svenska domstolarnas förutsättningar för att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen enligt artikel 234 i EG-fördraget (jfr EG-domstolens mål C-28/95 *Leur-Bloem*¹⁹). Även kommissionens funktion som *amicus curiae* enligt moderniseringsförordningen skulle möjligen kunna utnyttjas bättre på nationell nivå med stöd av en sådan lagreglering. Utredningen avser att studera frågan i etapp 2 av utredningens arbete.

Sammanfattningsvis anser utredningen att regleringen i förordningens artikel 3 medför att det är meningslöst att tillämpa KL samtidigt med EG:s konkurrensregler när samhandelsrekvisitet är uppfyllt. Visserligen tillåter artikel 3 strängare nationella regler beträffande företags ensidiga förfaranden men med tanke på den svenske lagstiftarens strävan efter rättslikhet mellan KL och EG:s konkurrensregler gäller bedömningen även beträffande 19 § KL. Utredningen har inte funnit några skäl som talar för att Sverige ändå bör utnyttja den möjlighet till en sådan parallell tillämpning som förordningen erbjuder.

En ordning av det slag som utredningen nu föreslår finns i Italien sedan tidigare. Såvitt utredningen kunnat utröna har ingen av EU:s medlemsstater ännu tagit ställning till vilka följder artikel 3 skall få för den nationella lagstiftningen.

Utredningen föreslår således en nationell ordning där

- artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget tillämpas på avtal och förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater inom EU, och
- förbudsbestämmelserna i KL tillämpas på avtal och förfaranden som inte kan ha en sådan påverkan.

Beträffande verkningarna av en sådan ordning noterar utredningen följande.

I kapitel 7 föreslår utredningen ändringar i KL som innebär att förfarandet med anmälningar till Konkurrensverket avskaffas och att ett direkt tillämpligt undantag införs i stället för den nuvarande 8 § KL. Därmed blir det i första hand företagen själva som får bedöma om det är EG-rätten eller KL som är tillämplig. Bedöm-

¹⁸ Jfr Section 60 i Competition Act 1998 (Storbritannien).

¹⁹ Mål C-28/95 *Leur-Bloem mot Inspecteur der Belastingdienst Ondernemingen Amsterdam 2*, REG 1997 s. I-4161.

ningen lär dock i de flesta fall sakna betydelse när företagen skall avgöra om ett visst avtal eller förfarande är tillåtet eller ej. Svaret på den frågan blir nämligen oftast detsamma oavsett om det grundas på EG-reglerna eller på KL (jfr dock kapitel 5.3.3).

Som har framhållits i det föregående följer av artikel 3 i moderniseringsförordningen att Konkurrensverket i fråga om varje avtal eller förfarande som kommer under verkets prövning måste bedöma om handeln mellan medlemsstater inom EU kan påverkas och huruvida ärendet därmed skall bli föremål för konsultationer i nätverket. Även själva frågan om samhandelspåverkan borde kunna tas upp för samråd i nätverket.

Under sin ärendehandläggning och inför domstol kommer Konkurrensverket således att tvingas ta ställning till om verket skall åberopa att företaget i fråga har överträtt EG-rätten (om avtalet kan ha effekt på handeln mellan medlemsstater inom EU) eller att det har överträtt KL (för det fall att samhandelseffekt inte kan påvisas). Eftersom sanktionsreglerna skall vara desamma oavsett om verket tillämpar KL eller EG-rätten,²⁰ torde utredningen av om avtalet kan ha effekt på handeln mellan medlemsstater inom EU kunna göras mindre omfattande än om ett helt mål står och faller med om kriteriet är uppfyllt. En annan sak är den utredning av förfarandets skadliga effekter som under alla förhållanden måste göras för att bestämma konkurrensskadeavgiftens storlek. Verket måste också kunna anpassa sin processföring i domstol så att en talan om allvarliga konkurrensbegränsningar inte behöver stupa på frågan om det är EG-rätten eller KL som skall tillämpas. Som har framhållits i det föregående kan det innebära t.ex. att verket åberopar alternativa rättsgrunder (EG-rätten eller KL) för sin talan, om osäkerhet föreligger i fråga om samhandelseffekten.

Frågan om vilken lag som skall tillämpas kan också komma under domstolarnas bedömning och ha betydelse för huruvida domstolarna måste uppfylla de krav som ställs på dem enligt rådsförordningen eller under EG-fördraget (t.ex. i fråga om begäran av förhandsavgörande från EG-domstolen enligt artikel 234). Härvidlag saknar det betydelse om KL tillämpas samtidigt med EG-rätten eller inte.

²⁰ Bestämmelserna i 33 § KL om skadestånd har inte gjorts tillämplig på de EG-rättsliga förbudena. Enligt direktiven skall utredningen behandla skadeståndsrättsliga frågor. Det sker i etapp 2 av utredningens arbete.

5.3.3 Materiella avvikelser i svensk konkurrensrätt får analyseras djupare

Den svenska lagen innehåller materiella regler som avviker från EG-rätten.²¹ I fråga om svenska regler om gruppundantag redovisas utredningens överväganden i kapitel 8. Frågan om det inom andra områden är lämpligt att upprätthålla nationella avvikelser i den nya rättsmiljön kräver en mer ingående analys än som för närvarande är möjlig med tanke på de korta tidsramarna för utredningen i etapp 1. Frågan får anstå till etapp 2 av utredningen, eftersom det knappast torde vara ett oundgängligt krav att den besvaras till den 1 maj 2004. Eventuella konflikter får till dess lösas i det enskilda fallet av de rättsvårdande myndigheterna med beaktande av EG-rättens krav på företräde mm.

5.3.4 Förordningens reglering av ensidiga förfaranden kräver inte någon nationell konkurrensrättslig reglering

Förordningen ger utrymme för en strängare nationell lagstiftning beträffande ensidiga förfaranden, se artikel 3.2 andra meningen. Inom svensk sektorslagstiftning (t.ex. tele- och postlagstiftningen) finns regler som är till för att uppfylla vissa konkurrenspolitiska mål. Det handlar om att konkurrenter skall få tillgång till nödvändig infrastruktur (postboxar, mobila accessnätet mm) på skäliga villkor för att kunna konkurrera med innehavaren av infrastrukturen, se t.ex. 5 d § postlagen (1993:1684) samt bestämmelser i 4 och 5 kap. i den nya lagen om elektronisk kommunikation.

Utformningen av svensk tele-, post- och annan sektorslagstiftning torde inte kräva svenska lagstiftningsåtgärder på konkurrensrättens område när det gäller ensidiga förfaranden, eftersom bestämmelserna inom sektorerna ryms inom förordningens undantagsregler från konvergenskravet, i den mån de omfattar endast ensidiga förfaranden.

Om sektorsreglerna också är tillämpliga på avtal som aktualiserar en tillämpning av artikel 81, gäller dock konvergenskravet i artikel 3.2 i förordningen.

²¹ Se betänkandet Svensk tillämpning av EG:s konkurrensregler (SOU 2000:4), s. 154 ff.

6 De nationella domstolarnas roll

6.1 Nuvarande ordning

6.1.1 De nationella domstolarna och konkurrensreglernas direkta effekt

De materiella reglerna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget är direkt tillämpliga och kan alltså tillämpas av nationella domstolar och konkurrensmyndigheter. Samtidigt bygger förordning 17/62 och de övriga tillämpningsförfordningarna på att kommissionen har den centrala rollen när det gäller att övervaka konkurrensen inom gemenskapen, vilket bl.a. kommit till uttryck genom att kommissionen ensam har rätt att meddela beslut om undantag enligt artikel 81.3 i EG-fördraget.

I rättspraxis har frågan prövats om nationella domstolars behörighet och i vilken utsträckning nationella domstolar kan handlägga mål med konkurrensrättslig anknytning när kommissionen inlett ett förfarande beträffande det avtal etc. som skall prövas av domstolen. Frågan har behandlats av EG-domstolen i målet *BRT/SABAM*.¹

I det målet uppkom frågan om en allmän domstol, som handlade en civilrättslig tvist där artikel 82 åberopades, var att betrakta som en nationell konkurrensmyndighet i den mening som avses i artikel 9.3 i förordning 17/62. Bakgrunden var att en belgisk allmän domstol hade begärt förhandsavgörande från EG-domstolen angående tolkningen av artikel 82. Sedan talan väckts vid den belgiska domstolen, men innan domstolen begärde förhandsavgörande, inledde kommissionen ett förfarande.

EG-domstolen konstaterade att allmänna domstolar som behandlar en civilrättslig tvist där artikel 81 eller 82 åberopas härleder sin behörighet att tillämpa artiklarna 81.1 och 82 ur reglernas direkta effekt. Nationella konkurrensmyndigheter, och i före-

¹ Mål 127/73 *BRT/SABAM*, REG 1974, s. 51 och 313; svensk specialutgåva nr 2, s. 201.

kommande fall nationella domstolar med uppgift att tillämpa nationell konkurrensrätt eller att pröva lagligheten av de nationella myndigheternas tillämpning av konkurrenslagstiftningen, härleder däremot sin motsvarande behörighet ur artikel 84 i fördraget. Artikel 9 i förordning 17/62 kunde följaktligen inte inskränka en allmän domstols rätt att begära förhandsavgörande från EG-domstolen i en civilrättslig tvist.

I Sverige prövas konkurrensrätt av det offentlighetsrättsliga slaget (t.ex. talan om konkurrensskadeavgift eller om förbud mot en företagskoncentration) av Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen.² I dessa mål uppträder Konkurrensverket som part med undantag för mål där särskild talan förs i Marknadsdomstolen av enskild part enligt 23 § andra stycket KL.

Av rättsfallet *BRT/SABAM* får anses följa att dessa båda domstolar är förhindrade att handlägga ett ärende som rör tillämpning av artikel 81.1 eller 82 i EG-fördraget när kommissionen inlett ett formellt förfarande beträffande det avtal etc. som underställs domstolens prövning.³

En annan kategori av mål är de dispositiva tvistemål i allmän domstol där föremålet för processen är de civilrättsliga verkningarna av ett avtal m.m. (t.ex. talan om ogiltighet och skadeståndsskyldighet) Här är inte Konkurrensverket part och målen handläggs enligt allmänna rättegångsregler för dispositiva tvistemål i RB.⁴

Av lojalitetsförpliktelse i artikel 10 i EG-fördraget följer att de nationella domstolarna kan begära upplysningar från kommissionen. Vidare har nationella domstolar en rätt, och i vissa fall en skyldighet, att begära förhandsavgörande från EG-domstolen enligt artikel 234 i EG-fördraget angående tolkningen av gemenskapsrättsliga frågor, om det är nödvändigt för att kunna döma i målet. Högsta domstolen och Marknadsdomstolen kan som slutinstanser i vissa fall vara skyldiga att begära förhandsavgörande.

Regler om samarbete mellan kommissionen och de nationella domstolarna saknas helt i nu gällande tillämpningsförfordning 17/62.

² Handläggningen sker enligt lagen (1996:242) om domstolsärenden ("ärendelagen") eller reglerna för indispositiva tvistemål i RB. Förfarandet i Marknadsdomstolen regleras även i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.

³ Se betänkandet Svensk tillämpning av EG:s konkurrensregler (SOU 2000:4) s. 154 ff.

⁴ Tilläggsbestämmelser till RB om forum finns direkt i anslutning till skadeståndsbestämmelsen i 33 § KL.

Kommissionen presenterade år 1993 ett meddelande om samarbete mellan nationella domstolar och kommissionen vid tillämpningen av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.⁵ I meddelandet erbjuder kommissionen de nationella domstolarna en möjlighet att i en aktuell rättegång begära yttrande av kommissionen i rättsfrågor. Domstolarna har enligt meddelandet även möjlighet att få upplysningar om kommissionen behandlar ett visst ärende och i förekommande fall hur långt ett visst ärende framskridit. I meddelandet erbjuds även en möjlighet att av kommissionen få information om olika sakuppgifter, t.ex. statistik, marknadsundersökningar och ekonomiska uppgifter. Hittills har nationella domstolar begärt yttranden från kommissionen i mycket begränsad utsträckning. Såvitt utredningen har kunnat utreda har en svensk domstol i åtminstone ett tvistemål begärt upplysningar från kommissionen med stöd av meddelandet.⁶

6.1.2 Civilrättsliga rättsverkningar av överträdelser av konkurrensreglerna

Enligt artikel 81.2 i EG-fördraget är rättsverkningarna av ett avtal eller beslut som strider mot artikel 81 att avtalet är ogiltigt. Detsamma gäller enligt 7 § KL för avtal som strider mot förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 6 § KL och avtal som strider mot förbudet mot missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 82 i EG-fördraget och 19 § KL, även om det i det senare fallet inte uttryckligen framgår av bestämmelserna.⁷

Enligt 33 § KL kan ett företag eller en avtalspart få ersättning för skada som uppkommer till följd av ett företags överträdelse av förbuden i 6 eller 19 § KL. Frågan om ersättning för skada vid överträdelse av EG:s konkurrensregler är inte närmare reglerad inom EG-rätten.⁸

⁵ EGT C 39, 13.2.1993, s. 6.

⁶ Se *Fritz, Hettne och Rundegren*, När tar EG-rätten över?, utgåva 2, s. 281. Högsta Domstolen inhämtade också yttrande från Konkurrensverket i mål T 2137/01 *Luffartsverket./ SAS* innan domstolen beslutade att ej meddela prövningstillstånd.

⁷ Se Göta hovrätts dom den 27 april 2001 i mål T 33-00 *Luffartsverket ./ SAS*. Domen överklagades, men Högsta Domstolen beslutade att ej meddela prövningstillstånd.

⁸ Enligt 1994 års lag är inte heller 33 § KL uppräknad bland de tillämpliga bestämmelserna när Konkurrensverket m.fl. får tillämpa EG-rätten. Detta motiverades med att rättsläget i fråga om EG-rättens innehåll beträffande skadeståndsskyldighet inte var helt klart, se prop. 1999/2000:140 s. 200 ff.

6.1.3 Kort om vissa processregler i rättegångsbalken

Dispositionsprincipen

Förfarandet i dispositiva tvistemål präglas i hög grad av dispositionsprincipen. Den innebär att det är parterna, och inte domstolen, som genom sina yrkanden och åberopanden avgör processens föremål och omfång. Förebringande av bevisning ankommer i första hand på parterna.

Officialprincipen

Ibland kan civilprocessen ha indispositiva element på grund av innehållet i tvingande regler. Då kan det vara tillåtet med begränsningar i dispositionsprincipen. Officialprincipen innebär att domstolen aktivt medverkar vid utredningen av mål och ärenden och att rätten oberoende av parternas åberopande beaktar i målet infört material, medan parterna själva har endast ett begränsat inflytande över utredningen. Från ett svenskt perspektiv förefaller det, enligt vissa kommentarer, inte uteslutet utan tvärtom rekommendabelt att frångå den svenska dispositionsprincipen vid tillämpningen av EG:s konkurrensregler och ersätta den med en officialprövning.⁹

Sakkunnig

Rätten får för prövning av fråga, vars bedömande kräver särskild fackkunskap, inhämta yttrande av myndighet eller tjänsteman eller annan med särskilda fackkunskaper (offentlig sakkunnig). Innan en sakkunnig utses, bör tillfälle lämnas parterna att yttra sig i frågan.¹⁰ Enligt förarbetena bör rätten iakttä stor försiktighet när sakkunnigs tillkallande föranleder kostnad samt parterna motsätter sig den ifrågasatta åtgärden. Är parterna eniga, skall sakkunnig anlitas, om han är lämplig och det inte finns något hinder mot att så sker.¹¹ Ett yttrande kan vara muntligt eller skriftligt. Sedan utlåtande inkommit till rätten, skall det hållas tillgängligt för parterna.¹²

⁹ *Andersson*, Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler, s. 217, *Ekelöf/Edelstam*, Rättegång, första häftet, åttonde upplagan, s. 65.

¹⁰ 40 kap. 3 § första meningen RB.

¹¹ 40 kap. 3 § andra meningen RB.

¹² 40 kap. 7 § fjärde stycket RB.

Sakkunnig som utlåtits sig skriftligen skall också höras muntligen om part yrkar det och hans hörande inte uppenbart saknar betydelse eller om rätten av annan anledning finner det erforderligt.¹³ Har ett ämbetsverk eller vissa andra uppräknade organisationer, yttrat sig skriftligen, får den som deltagit i utlåtandets avgivande inte höras muntligen om det inte är oundgängligen nödvändigt.¹⁴ Detta hänger samman med att muntliga sakkunnigförhör i regel är förenade med stora kostnader och besvär.

Part kan som sakkunnig åberopa någon som inte har utsetts av rätten.¹⁵ När en sådan privat sakkunnig hörs tillämpas reglerna om vittnen.

6.2 Artikel 15 i förordningen

6.2.1 Vitboken

Enligt vitboken ansågs det nödvändigt att inrätta metoder för samarbete mellan kommissionen och domstolarna för att garantera att man vid decentraliseringen bevarar en enhetlig tolkning av reglerna och för att stödja domstolarna vid utövandet av deras funktion. Det ansågs vara av avgörande betydelse att kommissionen kan underrättas om förfaranden där artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget tillämpas vid de nationella domstolarna, för att eventuella problem i samband med tolkning av texterna eller luckor i lagstiftningen skulle upptäckas. Det ansågs vidare vara nödvändigt att kommissionen skulle få möjlighet att, med den handläggande domstolens samtycke, intervensera i de domstolsförfaranden som kommissionen har kännedom om tack vare den information som domstolen har lämnat. En sådan intervention som *amicus curiae* skulle, ansågs det, effektivt bidra till en bibehållen enhetlig tillämpning av rättsreglerna. Slutligen föreslogs sådana regler som anges i kommissionens tillkännagivande om samarbete med nationella domstolar, vilka föreskriver att domstolarna har möjlighet att under förfarandet vända sig till kommissionen för att begära upplysningar av processuell, rättslig eller ekonomisk art.

¹³ 40 kap. 8 § första meningen RB.

¹⁴ 40 kap. 8 § andra meningen RB.

¹⁵ 40 kap. 19 § RB.

6.2.2 Kommissionens förslag till rådet

Kommissionens förslag till rådet innehöll betydande förändringar i förhållande till vitboken. Tanken i vitboken att kommissionen skulle ges rätt till intervention i processer inför nationell domstol försvann.

Kommissionens förslag till rådet löd:

Artikel 15 – Samarbete med nationella domstolar

1. Vid förfaranden där artiklarna 81 eller 82 i fördraget tillämpas får medlemsstaternas domstolar från kommissionen begära upplysningar som den förfogar över eller yttranden i frågor rörande tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler.
2. Medlemsstaternas domstolar skall till kommissionen översända kopior av alla avgöranden där artiklarna 81 och 82 i fördraget tillämpats inom en månad från den dag de meddelades.
3. Av hänsyn till det allmänna gemenskapsintresset får kommissionen på eget initiativ lämna skriftliga eller muntliga yttranden till medlemsstaternas domstolar i samband med förfaranden som reser frågor om tillämpningen av artiklarna 81 eller 82 i fördraget. Kommissionen får låta sig företrädas av medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. Dessa får också på eget initiativ lämna skriftliga eller muntliga yttranden till domstolarna i sina respektive medlemsstater. För detta ändamål får kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter begära att de nationella domstolarna till dem översänder alla nödvändiga handlingar.

I den allmänna motiveringen angav kommissionen att förslaget, som syftade till att öka omfattningen av enskilda aktörers genomförande av konkurrenslagstiftningen i nationella domstolar, förväntades medföra att antalet framställningar om förhandsavgöranden enligt artikel 234 initialt skulle öka. Någon kraftig bestående ökning var däremot föga trolig eftersom talan inför nationell domstol i de flesta fall rör områden med en klart utvecklad rättspraxis.

Vidare föreslogs att kommissionens befintliga skyldighet, på grundval av artikel 10 i EG-fördraget, att samarbeta med nationella domstolar skulle få en uttrycklig reglering. Kommissionen anförde i denna fråga följande. ”I detta samarbete ingår nationella dom-

stolars rätt att från kommissionen begära in upplysningar som den innehar eller att begära ett yttrande från kommissionen om frågor som rör tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler. Betydelsen av detta system kommer att öka i och med att de nationella domstolarna får befogenhet att även tillämpa artikel 81.3.”

Vidare föreslogs att kommissionen skulle ges befogenhet att på eget initiativ och med hänsyn till det allmänna gemenskapsintresset göra skriftliga eller muntliga framställningar till nationella domstolar. Det föreslogs också att nationella konkurrensmyndigheter skulle ges behörighet att göra muntliga eller skriftliga framställningar i sina respektive medlemsstaters domstolar. Sådana framställningar skulle göras i enlighet med gällande processuella regler i landet i fråga. Avsikten med förslaget var således inte att harmonisera nationell processrätt, förutom i fråga om att kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna skulle ges befogenhet att göra framställningar på eget initiativ. Kommissionen anförde följande. ”För att göra det möjligt för kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna att effektivt utöva denna föreslagna nya befogenhet är det nödvändigt att införa en skyldighet för nationella domstolar att på begäran tillhandahålla relevant information som rör ärenden de handlägger i vilka kommissionen eller en nationell konkurrensmyndighet överväger att göra eller har beslutat att göra en skriftlig eller muntlig framställning.”

Kommissionen skulle endast få agera av hänsyn till det allmänna gemenskapsintresset (som *amicus curiae*), dvs. inte i en av parternas intresse. Detta syftade särskilt till att ge kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna möjlighet att fästa domstolens uppmärksamhet vid frågor som har en avsevärd betydelse för en enhetlig tillämpning av gemenskapens konkurrensrätt. De nationella domstolarna skulle inte vara bundna av ett yttrande från kommissionen eller en nationell konkurrensmyndighet och det skulle inte påverka tillämpningen av artikel 234 i EG-fördraget.

6.2.3 Den slutliga utformningen av artikel 15

Artikel 15 var enligt uppgifter till utredningen föremål för omfattande diskussioner inom ramen för rådsarbetet.

Skillnaderna i den slutliga utformningen av förordningen blev emellertid inte så stora i förhållande till kommissionens förslag till rådet. Under rådsarbetet förändrades reglerna om kommissionens

och nationella konkurrensmyndigheters muntliga yttranden så att sådana yttranden endast kan avges efter tillstånd från domstolen i fråga. Vidare förtydligades det i ingressen till förordningen (punkt 21) att yttrandena till de nationella domstolarna bör lämnas inom ramen för nationella processuella regler och förfaranden, däribland dem som garanterar parternas rättigheter.¹⁶

Artikel 15 i den slutligt antagna förordningen lyder:

Artikel 15 – Samarbete med nationella domstolar

1. Vid förfaranden där artikel 81 eller artikel 82 i fördraget tillämpas får medlemsstaternas domstolar från kommissionen begära upplysningar som den förfogar över eller yttranden i frågor rörande tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler.
2. Medlemsstaterna skall till kommissionen överlämna kopior av alla skriftliga avgöranden från nationella domstolar som gäller tillämpningen av artikel 81 eller artikel 82 i fördraget. En sådan kopia skall överlämnas utan dröjsmål efter det att det fullständiga skriftliga avgörandet har tillställts parterna.
3. Medlemsstaternas konkurrensmyndigheter får på eget initiativ lämna skriftliga yttranden till de nationella domstolarna i sina respektive medlemsstater om frågor som rör tillämpningen av artikel 81 eller artikel 82. Med tillstånd av den berörda domstolen får de också lämna muntliga yttranden till de nationella domstolarna i sina medlemsstater. Om den enhetliga tillämpningen av artikel 81 eller artikel 82 i fördraget så kräver, får kommissionen på eget initiativ lämna skriftliga yttranden till medlemsstaternas domstolar. Efter tillstånd av domstolen i fråga får kommissionen också avge muntliga yttranden. Endast i syfte att utarbeta sina yttranden får medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och kommissionen begära att den berörda domstolen i medlemsstaterna översänder eller säkerställer över-

¹⁶ Kommissionen har kort beskrivit de system för *amicus curiae* som finns i USA och Tyskland. I USA har myndigheterna möjlighet att utan domstolens eller parternas medgivande inge ett *amicus curiae*-yttrande i flera typer av mål. I Tyskland har Bundeskartellamt rätt att inge skriftliga yttranden, delta vid muntlig förhandling, uttala sig om fakta och bevis i målet, framföra argument, ställa frågor till parter, vittnen och sakkunniga.

sändande till dem av alla handlingar som är nödvändiga för att bedöma ärendet.

4. Denna artikel påverkar inte mer vittgående befogenheter att lämna yttranden inför domstol som medlemsstaternas konkurrensmyndigheter kan ha tilldelats enligt lagstiftningen i respektive medlemsstat.

Ingressen punkt 21 har följande lydelse:

(21) En enhetlig tillämpning av konkurrensreglerna kräver också att det fastställs former för samarbete mellan medlemsstaternas domstolar och kommissionen. Detta gäller alla domstolar i medlemsstaterna som tillämpar artiklarna 81 och 82 i fördraget, oavsett om de tillämpar dessa bestämmelser i mål mellan enskilda parter eller agerar som offentliga verkställande myndigheter eller ansvarar för överprövningen av dessa beslut. I synnerhet bör de nationella domstolarna kunna vända sig till kommissionen för att få information om eller synpunkter på tillämpningen av gemenskapens konkurrensrätt. Kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter bör också ges möjlighet att lämna skriftliga eller muntliga yttranden till de domstolar som skall tillämpa artikel 81 eller artikel 82 i fördraget. Dessa yttranden bör lämnas inom ramen för nationella processuella regler och förfaranden, däribland dem som garanterar parternas rättigheter. Det bör i detta sammanhang säkerställas att kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter hålls tillräckligt informerade om nationella domstolsförfaranden.

6.3 Utredningens överväganden

Utredningens förslag:

- Ett skriftligt eller muntligt yttrande från kommissionen eller Konkurrensverket får beaktas av domstolen utan åberopande av part.
- När ett skriftligt yttrande lämnats av kommissionen eller Konkurrensverket, får domstolen lämna yttrandet utan avseende, om det annars skulle uppkomma avsevärda olägenheter i rättegången.

6.3.1 Kommittédirektiven

I utredningens direktiv sägs följande. Artikel 15 i förordningen innebär att förändringar i de svenska processuella reglerna måste övervägas. Exempel på ändringar och tillägg som kan behövas är regler för att göra aktuella yttranden till processmaterial, regler om parterns rätt att ta del av yttranden, regler för hur kommissionens och den nationella konkurrensmyndighetens yttranden skall behandlas vid en huvudförhandling, regler för information om pågående processer samt regler för expediering av relevanta avgöranden. En särskilt viktig aspekt är att överväga bestämmelser som ger den nationella domstolen processuella befogenheter att avvisa yttranden eller dylikt som vållar olägenheter av viss betydelse i rättegången. Dessa kan yttra sig i form av förseningar, ökade kostnader för parterna eller på annat sätt. Utredaren skall analysera de frågor som kan uppkomma med anledning av de föreslagna samarbetsformerna och överväga om de svenska processuella reglerna behöver förändras samt i förekommande fall föreslå nya eller ändrade regler.

6.3.2 De nya reglerna för domstolarna

En viktig nyhet med reformen är att de nationella domstolarna nu får tillämpa artikel 81.3, som blir direkt tillämplig. Detta innebär att en domstol får avgöra när kriterierna för undantag i artikel 81.3 är uppfyllda beträffande ett visst avtal, som kommer under domstolens prövning.

Genom artikel 15 i den nya tillämpningsförordningen har nu också formerna för samarbetet mellan kommissionen och de nationella domstolarna – till skillnad från i förordning 17/62 – fått en uttrycklig reglering. Syftet är att tillämpningen av EG-rätten skall bli enhetlig och få ett effektivt genomslag inom hela EU. Detta har kommissionen velat säkerställa främst genom att kommissionen på eget initiativ skall kunna avge yttranden i mål inför nationella domstolar. Även de nationella konkurrensmyndigheterna ges en sådan rätt att yttra sig till domstolarna i respektive medlemsstat. Huruvida nationella domstolar som är konkurrensmyndigheter i förordningens mening skall behandlas som domstolar vid tillämpningen av artikel 15 framgår inte. Utredningen utgår från att så är fallet.

Av förordningen framgår vidare att domstolen får möjlighet att inhämta yttrande och ställa frågor till kommissionen. Domstolen får enligt artikel 15 införskaffa upplysningar eller ett yttrande från kommissionen som ett led i domstolens materiella processledning. Domstolens rätt att inhämta yttranden från den nationella konkurrensmyndigheten regleras inte i förordningen. Det blir en fråga för den nationella regleringen. Någon särskild reglering torde inte behövas i Sverige; bestämmelserna om offentlig sakkunnig i 40 kap. RB torde vara tillräckliga. Eftersom Konkurrensverket är part i de offentlighetsrättsliga målen, kan det inte komma i fråga att domstolen då skulle förordna att verket också skulle yttra sig som expertmyndighet.¹⁷ I de dispositiva tvistemålen kan domstolen däremot ha intresse av sådant bistånd.

För de dispositiva tvistemålen uppkommer också frågan i vilken mån rättsfallet *Eco Swiss*¹⁸ innebär en skyldighet för domstolen att *ex officio* utreda konkurrensfrågor mot bakgrund av att artikel 81 i EG-fördraget anses vara en del av grunderna för rättsordningen (*ordre public*). En underlåtenhet från domstolens sida att beakta den tvingande karaktären hos artikel 81 skulle kunna hindra genomdrivandet av EG-rätten. Denna fråga är omtvistad och ingalunda klarlagd. Det kan dock konstateras att det i såväl konkurrensrättslig som processrättslig doktrin förutsätts att det kan finnas en skyldighet för domstolen att agera *ex officio* vid tillämpningen av artikel 81, och även vid tillämpningen av artikel 82.¹⁹

Enligt artikel 15.2 i förordningen skall medlemsstaterna till kommissionen överlämna kopior av alla skriftliga avgöranden från nationella domstolar som gäller tillämpningen av artikel 81 eller 82. Detta torde kräva författningsreglering, vilket bör kunna ske genom svensk förordning. En tänkbar ordning är att domstolarna

¹⁷ I fall där en enskild part för talan i Marknadsdomstolen med stöd av den särskilda talerätten enligt 23 § andra stycket KL kan dock Marknadsdomstolen tänkas vilja begära in ett yttrande från Konkurrensverket.

¹⁸ Mål C-126/27 *Eco Swiss* REG 1999 s. I-3055. Målet rörde en fråga om klander av skiljedom. En nationell domstol måste bifalla ett yrkande om ogiltigförklaring av en skiljedom då domstolen anser att skiljedomen strider mot artikel 81, för såvitt domstolen enligt den nationella rätten måste bifalla ett yrkande om ogiltigförklaring som hänför sig till att grunderna för den nationella rättsordningen (*ordre public*) har åsidosatts. Av intresse i sammanhanget är också målen C-430 och 431-93 *Van Schijndel* REG 1995 s. I-4705 av vilka följer att en nationell domstol är skyldig att *ex officio* aktualisera frågor om EG-rättens konkurrensregler när en nationell fakultativ processregel gör det möjligt för en nationell domstol att *ex officio* ta upp andra likartade frågor.

¹⁹ *Andersson*, Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler, s. 230, *Ekelöf/Edelstam*, Rättegång, första häftet, åttonde upplagan, s. 65, *Bellamy & Child*, European Community Law of Competition, Fifth edition, s. 765 och 816 f, *Wetter m.fl.*, Konkurrenslagen – en handbok, andra upplagan, s. 657.

åläggs att i förekommande fall expediera sina avgöranden till Konkurrensverket, som får ansvaret för att avgörandena vidarebefordras till kommissionen.

En annan fråga är hur kommissionen – och Konkurrensverket – skall få kännedom om pågående processer i Sverige. Enligt artikel 11.3 i förordningen skall medlemsstaternas konkurrensmyndigheter, när de tillämpar artikel 81 eller 82, skriftligen meddela kommissionen före eller utan dröjsmål efter påbörjandet av den första formella utredningsåtgärden. Denna bestämmelse synes inte kräva någon kompletterande reglering på nationell nivå. När det gäller processer i tvistemål synes förordningen inte förutse någon annan form för underrättelse än den som regleras i artikel 15.2 i förordningen. Det får till följd att kommissionen i allmänhet kommer att kunna agera först i överinstans.

6.3.3 Kommissionens och Konkurrensverkets roller

Enligt förordningen ges kommissionen rätten att på eget initiativ yttra sig skriftligt i domstol. Detta gäller även de nationella konkurrensmyndigheterna, dvs. Konkurrensverket. Dessutom skall kommissionen och de nationella myndigheterna kunna yttra sig muntligt efter tillstånd från domstolen. Yttrandena bör enligt ingressen punkt 21 till förordningen lämnas inom ramen för nationella processuella regler och förfaranden, däribland dem som garanterar parternas rättigheter.

Yttrande skall få lämnas i civilprocesser i allmän domstol men också i administrativa mål i Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen. Även om det inte framgår av förordningen har det från kommissionshåll uttalats att yttrandena kan avse såväl rättsfrågor som fakta. Det kan även noteras att handlingar som är nödvändiga för att ”bedöma ärendet”²⁰ skall översändas till kommissionen enligt artikel 15.3.

Konkurrensverket kan på egen hand inge ett yttrande från kommissionen²¹ och åberopa förhör med tjänstemän från kommissionen m.m. inom ramen för sin egen processföring. Kommissionen kan enligt förordningen på eget initiativ eller på domstols begäran avge yttranden direkt till domstolen. Kommissionens möjlighet att avge yttranden i de administrativa målen inför

²⁰ Enligt den engelska versionen ”necessary for the assessment of the case”.

²¹ MD 2001:4, SAS./, *Konkurrensverket* (2001-02-27), det s.k. Eurobonus-målet.

Stockholms tingsrätt eller Marknadsdomstolen kan enligt förordningen inte göras beroende av eller begränsas av Konkurrensverkets processföring i det enskilda fallet.

Enligt förordningen får kommissionen lämna yttrande till nationella domstolar om detta krävs för en enhetlig tillämpning av EG-rätten. Det kan – inte minst av resursskäl – förmodas komma att ske endast i sällsynta fall där viktiga gemenskapsintressen berörs.

I vilka situationer det är tänkt att den nationella myndigheten skall kunna yttra sig framgår inte av förordningen. Även om processbenägenheten skulle öka i Sverige på konkurrensområdet, kan det inte förväntas bli många fall där Konkurrensverket har anledning att yttra sig i fråga om tillämpningen av EG-rätten i en svensk domstolsprocess.

Efter tillstånd av domstolen får kommissionen och Konkurrensverket också avge muntligt yttrande. Huruvida det krävs att ett skriftligt yttrande först lämnats för att ett sådant muntligt yttrande efter tillstånd av domstolen skall kunna lämnas framgår inte av förordningen.

6.3.4 Processuella regler

Av artikel 15 framgår att kommissionen och Konkurrensverket på eget initiativ får yttra sig till svenska domstolar, liksom att domstolarna får begära yttrande av kommissionen. Dessa frågor kan inte regleras i den nationella processordningen, eftersom det inte är tillåtet att på nationell nivå reglera sådant som framgår av förordningen. Däremot kan det behövas kompletterande regler om förfarandet.

Behandlingen av ett yttrande under rättegången

Ett yttrande från kommissionen eller Konkurrensverket har vissa likheter med ett yttrande från en expertmyndighet och ett offentligt sakkunnigutlåtande enligt 40 kap. RB. Det gäller både när kommissionen lämnat yttrande på domstolens initiativ och när kommissionen eller Konkurrensverket med stöd av förordningen inger ett yttrande på eget initiativ.

Reglerna i 40 kap. RB om offentliga sakkunnigbevis kan därför tjäna som vägledning för hur ett yttrande skall hanteras av svensk

domstol, trots att det här inte rör sig om bevisning i vanlig mening. Som har redovisats i avsnitt 6.1.3 innehåller 40 kap. RB bestämmelser om att parterna skall få tillfälle att yttra sig i frågan om förordnande av sakkunnig,²² om att ett yttrande skall hållas tillgängligt för parterna,²³ uppläsning av yttrande vid huvudförhandling,²⁴ om hur skriftliga yttranden skall vara utformade samt om när tillstånd kan ges till muntligt yttrande.²⁵ Med tanke på den ovanliga ordning som det innebär att en utomstående myndighet tillåts gripa in i en tvistemålsprocess kunde en lagreglering av förfarandet te sig behövlig. Emellertid måste det falla sig naturligt för domstolen att förfara i allt väsentligt på det sätt som anges i 40 kap. rättegångsbalken även utan uttryckliga författningsbestämmelser. Därför saknas anledning att tynga KL med en sådan reglering. I sammanhanget kan erinras om att förfarandet vid inhämtande av förhandsavgöranden enligt artikel 234 i EG-fördraget inte har reglerats särskilt.

Yttrandena får beaktas av domstolen utan åberopande av part

Enligt 17 kap. 3 § RB må dom ej givas över annat eller mera, än vad part i behörig ordning yrkat. Är saken sådan, att förlikning därom är tillåten, må dom ej grundas å omständighet, som icke av part åberopats till grund för hans talan. Bestämmelserna tar sikte på rättsfakta och behandlar inte rättens ställningstagande till bevisningen i målet.

Ett yttrande från kommissionen eller Konkurrensverket till en svensk domstol kommer som nämnts sannolikt att behandla såväl rättsfakta som bevisfakta. I den mån yttrandet anses utgöra bevisning får domstolen enligt 35 kap. 1 § RB lägga det till grund för domen oberoende av om part åberopat det eller inte, såvida inte rätten avvisat bevisningen med stöd av 35 kap. 7 § RB.

I de mål och ärenden av indispositiv natur som handläggs i Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen har rätten stor frihet att *ex officio* beakta även rättsfakta.

I dispositiva tvistemål (rörande t.ex. avtals giltighet eller skadestånd) ställer sig saken annorlunda. Då skall rätten alltså enligt 17

²² Jfr 40 kap. 3 § RB.

²³ Jfr 40 kap. 7 § fjärde stycket RB.

²⁴ Jfr 40 kap. 10 § tredje stycket RB.

²⁵ Kommissionen eller Konkurrensverket kan yttra sig muntligt efter tillstånd från den nationella domstolen.

kap. 3 § RB i normalfallet inte grunda domen på andra rättsfakta än sådana som en part har åberopat. Av de tidigare redovisade avgörandena av EG-domstolen följer dock att rätten kan vara skyldig att beakta även rättsfakta som inte har åberopats av någon. Ett yttrande av kommissionen eller Konkurrensverket som redovisar sådana rättsfakta bör kunna hanteras som ett indispositivt inslag i målet.²⁶ Med hänsyn till syftet med yttrandemöjligheten skulle parterna annars kunna disponera över yttrandet i strid mot EG-rätten och hindra dess genomslag.

Om den nationella domstolen är förpliktad enligt EG-rätten att utan parts yrkande beakta artiklarna 81 och 82 i målet, torde det i och för sig kunna ifrågasättas att detta får regleras i svensk lag. Som allmän princip gäller ju att EG-rätten inte tillåter nationell reglering av sådant som redan följer av EG-rätten. Dock framstår det som ovisst i vilken utsträckning den nationella domstolen är skyldig att *ex officio* tillämpa EG-rätten på grund av att artikel 81 enligt rättsfallet *Eco Swiss* har karaktären av *ordre public*. Mot den bakgrunden förefaller det lämpligt med en ordning som innebär att ett yttrande av kommissionen eller Konkurrensverket i dess helhet kan läggas till grund för domen i ett dispositivt mål även utan parternas åberopande. Det bör också vara möjligt att i nationell lag föreskriva hur ett yttrande av nu aktuellt slag får behandlas av domstolen. Genom en uttrycklig lagbestämmelse bör således klargöras att domstolen får beakta innehållet utan parts åberopande, oavsett om artikel 81 eller 82 måste tillämpas redan på grund av EG-rätten.

Avvisning av skriftligt yttrande

Som nämnts kan ett mål vara i ett skede där huvudförhandling är utsatt, påbörjad eller avslutad när kommissionen eller Konkurrensverket på eget initiativ inger ett skriftligt yttrande i målet. För att yttrandet då skall kunna beaktas kan det vara nödvändigt att huvudförhandlingen ställs in, avbryts eller tas om. Det medför att målets avgörande försenas, att ytterligare domstolsresurser krävs i målet och att parternas rättegångskostnader skjuter i höjden. RB innehåller regler om rättegången i tvistemål som innebär att nytt material som läggs fram vid en huvudförhandling får lämnas utan avseende. Detta förutsätter dock ett otillbörligt syfte eller grov vårdslöshet, t.ex. att det kan antas att parten försöker överrumpla

²⁶ Se *Fitger*, Rättegångsbalken, s. 17:10 f.

motparten.²⁷ Som tidigare nämnts innehåller RB också regler om att rätten får besluta att bevisning inte skall tillåtas om den finner att omständighet som parten vill bevisa är utan betydelse i målet.²⁸ Dessa regler ger dock inte stöd för att lämna innehållet i ett yttrande från Konkurrensverket eller kommissionen utan avseende. Av dessa skäl bör regler om avvísning av skriftligt yttrande övervägas, för de extraordinära situationer där ett yttrande medför avsevärda olägenheter.

Möjligheten till yttranden i egenskap av *amicus curiae* saknas i svensk processordning. Det finns dock inga direkta hinder mot att kommissionen eller Konkurrensverket lämnar upplysningar eller yttrar sig skriftligen i domstolarna. Sådana hinder skulle också strida mot artikel 15 i förordningen. Utrymmet borde däremot vara större att upprätthålla regler om att ett skriftligt yttrande får lämnas utan avseende om det annars skulle uppkomma avsevärda olägenheter i rättegången. Det gäller situationer av det slag som tidigare nämnts (ett mål är redan utsatt till huvudförhandling etc.).²⁹ Inte alla farhågor om negativa konsekvenser av ett yttrande bör dock kunna föranleda att yttrandet inte beaktas. För att ett skriftligt yttrande skall få lämnas utan avseende måste det finnas en reell risk för olägenheter av betydelse såsom fördröjningar av målet eller ökade rättegångskostnader.

Förordningen föreskriver som nämnts att det krävs tillstånd av domstol för att kommissionen eller en nationell konkurrensmyndighet skall få lämna ett muntligt yttrande. Förutsättningarna för tillstånd har inte reglerats. Det kan inte komma i fråga att införa någon precisering i nationell lag. Det får ankomma på domstolarna att tillämpa förordningens föreskrift i överensstämmelse med allmänna principer.

Parternas ställning

De tvistande parternas möjligheter att planera sin processföring och styra processen kan begränsas om ett yttrande från kommissionen eller Konkurrensverket tillförs målet som processmaterial. Ett yttrande kan innebära att parterna behöver justera yrkande och grunder, åberopa ny bevisning, vidta ytterligare skriftväxling, göra

²⁷ 43 kap. 10 § RB.

²⁸ 35 kap. 7 § RB.

²⁹ Se särskilt punkt 21 näst sista meningen i ingressen till förordningen.

kompletteringar av olika slag, begära kompletterande muntlig förberedelse osv. Även när fråga uppkommer om domstolen skall ge tillstånd till ett muntligt yttrande från kommissionen eller Konkurrensverket, samt när ett muntligt yttrande lämnats, är det viktigt att parterna i processen får en reell praktisk möjlighet att tillvarata sin rätt.

Reglerna i förordningen synes dock inte i något avgörande hänseende ändra parternas ställning i rättegången. Gällande regler torde i allt väsentligt vara tillräckliga. Parternas intressen tillgodoses därutöver genom kravet i förordningen på tillstånd från domstolen för ett muntligt yttrande och genom de kompletterande processuella regler som utredningen nu föreslår, särskilt regeln om att ett skriftligt yttrande kan lämnas utan avseende.

7 Undantag och icke-ingripandebesked

7.1 Nuvarande ordning

Hörnstenar i reformeringen av konkurrensrätten vid införandet av 1993 års konkurrenslag var övergången till den s.k. förbudsprincipen samt det system som infördes med ansökan om icke-ingripandebesked och anmälan för undantag. I det följande ges en översiktlig beskrivning av främst ansökan om icke-ingripandebesked och anmälan för undantag.

Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete

Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag har beskrivits i kapitel 3.

Individuella undantag

Regler om undantag från förbudet i 6 § KL finns i 8 § KL. Konkurrensverket får i det särskilda fallet besluta om undantag från förbudet för ett avtal som

1. bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande,
2. tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås,
3. bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet i 1, och
4. inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.

Bestämmelsen stämmer i sak överens med artikel 81.3 i EG-fördraget bortsett från att denna artikel också innehåller beslut om gruppundantag och inte anger vilken myndighet som beslutar om undantag. En förutsättning för att bestämmelsen skall vara tillämplig är att avtalet strider mot förbudet i 6 §. I likhet med vad som gäller inom EG-rätten måste samtliga de villkor som anges i bestämmelsen vara uppfyllda för att undantag skall kunna medges. Endast om avtalet anmäls till Konkurrensverket får verket besluta om undantag (9 § KL).¹ Ett undantag beslutas alltid för en begränsad tid men kan ges med retroaktiv verkan och kan förnyas.² Ett beslut om undantag får förenas med villkor och ålägganden (10 § andra stycket KL).

Bestämmelser om återkallelse eller ändring av beslut om undantag finns i 12 § KL. Av bestämmelserna framgår att ett sådant beslut kan återkallas eller ändras, om de omständigheter som legat till grund för beslutet har förändrats i något väsentligt avseende. Vidare kan beslutet återkallas eller ändras, om de som beslutet gäller bryter mot något åläggande som har angetts i beslutet eller om beslutet grundades på oriktiga eller vilseledande uppgifter. Även missbruk av undantaget kan föranleda att beslutet återkallas eller ändras.

Huvudskälet bakom införandet av reglerna om individuella undantag var att "även om ett sådant system kan leda till en viss byråkratisering väger systemets fördelar över på grund av att det ökar effektiviteten i konkurrensövervakningen".³

¹ En anmälan skall enligt 2 § konkurrensförordningen (1993:173) göras skriftligen. Konkurrensverket har med stöd av ett bemyndigande i 3 § konkurrensförordningen utfärdat föreskrifter (KKVFS 2000:6) om vilka uppgifter som skall lämnas i en anmälan för undantag eller ansökan om icke-ingripandebesked. Enligt föreskrifterna skall företagen lämna de uppgifter som anges i en särskild blankett och i anvisningar till blanketten. Denna är utformad efter förebild i det särskilda formulär som används inom EG-rätten.

² Av förarbetena till konkurrenslagen (prop. 1992/93:56 s. 80) framgår att en anmälan inte kan anses gjord, innan alla uppgifter som krävs kommit in till Konkurrensverket. Av Marknadsdomstolens avgörande i ärendet *STIO II* framgår emellertid att uttalandet i förarbetena inte skall tolkas alltför bokstavligt. Tidpunkten när en fullständig anmälan skall anses ha gjorts är emellertid viktig. Enligt huvudregeln i 29 § råder nämligen immunitet mot konkurrenskadeavgift för åtgärder som har vidtagits efter det att en anmälan kommit in till Konkurrensverket och innan beslutet med anledning av anmälan vann laga kraft. En förutsättning är emellertid att de åtgärder som vidtas ligger inom ramen för den verksamhet som har beskrivits i anmälan. Tidpunkten för anmälan får betydelse även för tillämpningen av bestämmelsen i 13 § om s.k. automatiska undantag.

³ Prop. 1992/93:56 s. 24 f.

Automatiska undantag

Enligt 13 § KL gäller en tidsfrist på fyra månader från det att en anmälan om undantag kom in till Konkurrensverket, inom vilken verket har att fatta beslut i ärendet eller göra invändning mot avtalet. Om verket inte inom denna tid fattar beslut eller invänder mot avtalet, skall undantag från förbudet i 6 § KL anses beviljat i enlighet med anmälan för en tid av fem år räknat från tidpunkten då avtalet ingicks. Detsamma gäller om verket, efter att ha gjort invändning, återkallar en sådan invändning eller inte fattat beslut i ärendet inom ett år från det att anmälan gjorts. Ettårsfristen kan under vissa omständigheter förlängas.

Huvudskälet bakom införandet av reglerna om automatiska undantag var: ”I syfte att motverka långa väntetider för företagen bör vid anmälan om undantag gälla ett särskilt invändningsförfarande efter förebild från EG:s gruppundantagsförordningar”.⁴

Gruppundantag

Gruppundantag behandlas särskilt i kapitel 8.

Förbudet mot missbruk av dominerande ställning

Förbudet mot missbruk av en dominerande ställning har beskrivits i kapitel 3.

Icke-ingripandebesked

Av 20 § KL följer att Konkurrensverket efter ansökan av ett företag får förklara att ett avtal eller förfarande inte omfattas av något av förbuden i 6 eller 19 § enligt de uppgifter som lämnats av företaget eller som annars är tillgängliga för verket och att det därför inte finns anledning för verket att ingripa enligt KL (icke-ingripandebesked).

Bestämmelserna i 20 § KL om icke-ingripandebesked har haft artikel 2 i förordning 17/62 som förebild. Ett icke-ingripandebesked är ett slags förhandsbesked från Konkurrensverket om att verket, mot bakgrund av den information man har tillgång till, inte

⁴ Prop. 1992/93:56 s. 26.

har för avsikt att ingripa mot ett visst avtal eller förfarande. Till skillnad från EG-rätten innehåller KL bestämmelser om under vilka förutsättningar ett beslut om icke-ingripandebesked får återkallas, se 21 § KL.

Det går att på en och samma gång göra anmälan om både undantag enligt 8 § och ansökan om icke-ingripandebesked enligt 20 § hos Konkurrensverket. Det vanliga är också att så sker. Den grundläggande skillnaden mellan icke-ingripandebesked och undantag är att ett icke-ingripandebesked förutsätter att förfarandet inte är förbjudet enligt KL, medan undantag beviljas för ett avtal som i och för sig är konkurrensbegränsande så som anges i 6 § men beträffande vilket förutsättningarna i 8 § är uppfyllda. En annan skillnad är att ett icke-ingripandebesked innefattar en prövning av om avtalet eller förfarandet strider mot förbuden i såväl 6 som 19 §§, medan undantag kan medges endast från förbudet i 6 §.

Ett beslut om icke-ingripandebesked har offentlighetsrättslig karaktär och medför att Konkurrensverket är förhindrat att besluta om ålägganden eller föra talan om sanktioner mot avtalet eller förfarandet i fråga.⁵ Beslutet får däremot inte några civilrättsliga verkningar och hindrar inte andra företag från att vidta rättsliga åtgärder mot det företag som har fått icke-ingripandebeskedet. Ett beslut om icke-ingripandebesked kan dock ha bevisverkan i en civilprocess om t.ex. skadestånd.

Huvudskälet bakom införandet av reglerna om icke-ingripandebesked var att företag har ett berättigat intresse av att på förhand kunna veta om ett samarbete eller någon annan åtgärd träffas av ett förbud. Det ansågs därför nödvändigt att det även i en svensk konkurrenslag – som ju bygger på EG:s materiella konkurrensregler – infördes en möjlighet för Konkurrensverket att på begäran meddela ett förhandsbesked om att verket på basis av tillgängligt material inte ser anledning att ingripa mot ett förfarande.⁶

En ansökan om icke-ingripandebesked såvitt avser artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget⁷ skall prövas av Konkurrensverket, om avtalet eller förfarandet har särskild anknytning till Sverige. Vid

⁵ Enligt 20 § andra stycket KL utgör ett beslut om icke-ingripandebesked hinder för Konkurrensverket att besluta om åläggande enligt 23 § första stycket eller föra talan om konkurrenskadeavgift enligt 26 §.

⁶ Prop. 1992/93:56 s. 28.

⁷ Prop. 1999/2000:140 s. 188. Utredningen om nationell tillämpning av EG:s konkurrensregler för företag ansåg det inte motiverat att lägga den extra uppgift på Konkurrensverket som skulle följa med en behörighet att utfärda icke-ingripandebesked med avseende på EG:s konkurrensrätt, se betänkandet Svensk tillämpning av EG:s konkurrensregler (SOU 2000:4) s. 159.

införandet av den möjligheten ansågs det vara värdefullt för ett företag att kunna åberopa ett sådant besked vid ett förfarande inför kommissionen eller inför en annan nationell konkurrensmyndighet. Vidare ansågs det att det kunde begränsa verkets möjligheter att ge företagen vägledning om inte möjligheten också finns att meddela icke-ingripandebesked när det gäller artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.⁸

7.2 Tidigare redovisade erfarenheter

7.2.1 Konkurrenslagsutredningen⁹

Konkurrenslagsutredningen hade till uppdrag att granska KL:s utformning och tillämpning mot bakgrund av erfarenheterna under inledningsskedet.

Utredningen kom till slutsatsen att det kunde ifrågasättas om det var den bästa lösningen att utforma lagen i så nära överensstämmelse med EG:s regler som skedde. Den fann dock att det knappast var aktuellt att i väsentliga avseenden frångå modellen.

Utredningens slutsats var att tillämpningen av lagen medfört betydligt större administrativa problem än som förutsågs när det nya regelsystemet kom till. Ärendebalansen borde snarast nedbringas så att mera resurser kunde användas för att motverka de allvarligaste konkurrensbegränsningarna. Detta kunde, enligt utredningen, endast ske genom att regelsystemet ändrades. Utredningen ansåg att åtgärder som gör systemet enklare och effektivare var nödvändiga av hänsyn till respekten för lagstiftningen. I detta syfte föreslogs att

- reglerna om automatiska undantag ändrades för att kunna tillämpas i större utsträckning
- reglerna om icke-ingripandebesked skulle upphävas.

Skälen till Konkurrenslagsutredningens förslag att avskaffa icke-ingripandebeskeden var i huvudsak att:

- besked av detta slag generellt är främmande för svensk rätt,
- motsvarande EG-regler nästan helt synes ha kommit ur bruk,

⁸ En anmälan skall enligt 2 § konkurrensförordningen (1993:173) göras skriftligen. Konkurrensverket har utfärdat föreskrifter (KKVFS 2000:7) om vilka uppgifter som skall lämnas i en ansökan enligt 2 § 1994 års lag och 20 § KL.

⁹ Se betänkandet Konkurrenslagen 1993–1996 (SOU 1997:20).

- regelsystemet och den administrativa handläggningen förenklas,
- den vägledning som företagen kan få inte utgör ett säkert besked,
- utomstående företag kan avskräckas från att föra civilrättslig talan med tanke på den bevisverkan ett besked kan ha,
- företagen kan få samma vägledning genom ansökan om individuellt undantag samt
- beskedet i fråga om missbruk av en dominerande ställning kan ersättas av informella besked från Konkurrensverket.

Reglerna om de automatiska undantagen kom att ändras, medan reglerna om icke-ingripandebesked, efter omfattande remisskritik, behölls.¹⁰ Regeringen ansåg att även om det finns en risk att ett icke-ingripandebesked inte står sig vid en civilrättslig prövning, så fråntar det generellt inte beskedets vägledande betydelse. Dessutom har alltid den som fått ett sådant besked själv att kalkylera med vilka eventuella risker beskedet kan ha.

Regeringen pekade på att betydelsefulla skillnader finns mellan ansökningar om icke-ingripandebesked respektive anmälningar om individuellt undantag. Avsikten med en anmälan om undantag är primärt inte att vägledning skall fås i förhållande till om något alls är förbjudet, utan att klarhet skall skapas i frågan om nackdelarna med ett konkurrensbegränsande förfarande uppvägs av fördelarna ur ett samhällsekonomiskt och konsumentpolitiskt perspektiv och om således förutsättningarna för undantag är uppfyllda.

När det gällde frågan om icke-ingripandebesked skulle behållas i förhållande till 19 § KL pekade remissinstanserna bl.a. på att beskedet fyller en viktig funktion för dominerande företag. Dessa har ett särskilt marknadsansvar och överträdelser av KL kan leda till kraftiga sanktioner.

Regeringen ansåg därför att skälen mot att avskaffa institutet icke-ingripandebesked var tungt vägande. Alternativ som föreslagits i samband med utredningen, såsom exempelvis ett system med s.k. *comfort letters*, ansågs ha den nackdelen att dess rättsliga ställning var ännu svagare än icke-ingripandebeskedet. Detta skulle försämra rättssäkerheten. Dessutom fanns flera svårlösta frågor förenade med ett sådant system. Mot denna bakgrund bedömde

¹⁰ Prop. 1997/98:130 s. 32 ff.

regeringen att övervägande skäl talade för att behålla möjligheten till icke-ingripandebesked såväl i förhållande till 6 som 19 §§ KL.

7.2.2 Konkurrensverkets rapport Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag¹¹

I rapporten beskriver Konkurrensverket konkurrenslagstiftningseffekter på konkurrensen av konkurrenslagstiftningen. Där sägs att det går, åtminstone i teorin, att skilja på direkta och indirekta effekter av konkurrenslagstiftningen. Typexemplet på direkta effekter av KL är när Konkurrensverket med stöd av lagen ålägger ett företag att upphöra med ett visst beteende. Även om det kan vara förenat med svårigheter att mäta sådana åtgärders effekter för de enskilda konsumenterna är uppgifterna tillräckligt konkreta och rättvisande för att ligga till grund för en bedömning av lagens betydelse. Det är betydligt svårare att göra en bedömning av lagstiftningens indirekta effekter.

Med indirekta effekter avses här alla åtgärder som företagen självmant vidtar för att anpassa sitt beteende till lagstiftningen. Självfallet innefattar detta även företags underlåtenhet att vidta åtgärder som kan stå i strid med lagstiftningen. Detsamma gäller även för de mindre modifieringar av avtal och förfaranden som företag självmant gör med hänsyn till lagstiftningen. Det går knappast att med någon säkerhet bedöma förekomsten och omfattningen av sådana anpassningar från företagets sida. Även om detta skulle vara möjligt vore det lika svårt att sedan bedöma den värde-mässiga betydelse av de enskilda åtgärderna.

Det är också svårt att mer allmänt uppskatta lagstiftningens indirekta effekt eftersom den är beroende av ett antal faktorer. Man kan knappast bedöma en lagstiftnings preventiva effekter utan att först bedöma alla de faktorer som är ägnade att påverka företagets inställning till överträdelser av lagstiftningen. Förutom mer uppenbara frågor såsom hur stor risken är för upptäckt och hur ingripande sanktionerna uppfattas av rättssubjekten har också lagstiftningens förutsebarhet stor betydelse.

Syftet med verkets rapport var bl.a. att peka på de konkreta, direkta effekterna av Konkurrensverkets tillämpning av KL. Någon utförligare utredning om lagens preventiva effekter gjorde verket därför inte.

¹¹ Konkurrensverkets rapportserie 2000:1, särskilt s. 42 ff.

Eftersom KL innebar en väsentlig förändring av den nationella lagstiftningen ställdes det höga krav på att Konkurrensverkets beslut gav vägledning åt marknadsaktörerna. En medveten strategi från verkets sida var därför att i möjligaste mån avge utförligt motiverade beslut i alla ärenden. Eftersom förenklade förfaranden inte på samma sätt som motiverade beslut ger vägledning om KL valde verket att under lagens inledande år prioritera de senare. Denna prioritering kan också förmodas ha haft betydelse för lagens indirekta preventiva effekter.

Med KL:s ikraftträdande och de övergångsbestämmelser som gällde under de sex första månaderna följde inledningsvis en stor ärendetillströmning till verket. Detta i kombination med verkets ambition att avge motiverade beslut innebar en stor arbetsbörda för verket. En direkt effekt av arbetsbördan var att verket under de första åren hade ett begränsat utrymme för egeninitierade utredningar. Således styrdes verkets insatser framför allt av karaktären på de ansökningar som kom in till verket.

Konkurrensbegränsningar kan motverkas på olika sätt med stöd av KL. Konkurrensbegränsningar i strid med KL avvärjs vanligen genom att Konkurrensverket avslår en ansökan om icke-ingripandebesked eller beslutar att inte bevilja undantag enligt en anmälan. Vidare är en vanlig metod att parterna gör frivilliga förändringar som innebär att konkurrensbegränsningar undanröjs. Sådana frivilliga förändringar har företrädesvis förekommit i samband med ansökningar om icke-ingripandebesked/anmälningar för undantag. Det är dock inte ovanligt att parter gör frivilliga förändringar i samband med ärenden som initierats av verket. I några fall har Konkurrensverket ansett att undantag har kunnat meddelas under förutsättning att samarbetet modifieras så att vissa konkurrensbegränsningar undviks, s.k. villkorade undantag.

7.2.3 Regeringens proposition om konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald

Regeringen analyserade verkets rapport och sammanfattade läget enligt följande beskrivning.¹²

Konkurrensverkets ingripanden mot konkurrensbegränsande förfaranden har kvantitativt till övervägande del avsett förbjudet samarbete. Allvarliga ingripanden, dvs. ålägganden och ansökningar

¹² Prop. 1999/2000:140 s. 78 ff.

om konkurrensskadeavgift, är dock vanligare när det gäller dominansmissbruk, både relativt och i absoluta tal. Det dominerande medlet för att undanröja konkurrensbegränsande avtal har varit avslag på ansökan om undantag/icke-ingripandebesked. Det innebär samtidigt att åtgärder för att undanröja hemliga karteller hittills har spelat en begränsad roll i lagtillämpningen, sett i ett helhetsperspektiv.

I övrigt ansågs att verkets genomgång tydde på att konkurrensbegränsande samarbete som varit oförenligt med förbudet i 6 § KL har varit utbrett i stora delar av näringslivet. Ingripanden mot branschsamarbete har bland annat skett på områden där privata företag tidigare verkat under strikta regleringar, t.ex. finans- och försäkringsmarknaden och vissa transportområden. Förekomsten av konkurrensbegränsande avtal har dock inte begränsats till sådana områden utan synes ha varit vanligt förekommande inom flertalet branscher.

7.2.4 Konkurrensverkets rapport Konkurrensen i Sverige 2002¹³

Enligt verkets rapport innebar införandet och tillämpningen av nya KL att tusentals skadliga konkurrensbegränsande förfaranden har upphört. Det gäller såväl konkurrensbegränsande samarbete som missbruk av dominerande ställning. Antalet ansökningar om icke-ingripandebesked eller anmälningar för undantag har minskat betydligt under de senaste åren och Konkurrensverket har därför fått ökat utrymme för att ta egna initiativ och kan koncentrera sig på de mer allvarliga konkurrensbegränsningarna, t.ex. karteller.¹⁴

Genom införandet av tydliga förbud mot konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av dominerande ställning tvingades företagen gå igenom sina avtal och bedömningen är att ett mycket stort antal konkurrensbegränsningar försvann när seriösa företag därigenom anpassade sig till KL:s krav.

Enligt rapporten framstår en anpassning på några års sikt av det svenska regelverket till förändringarna inom EU som naturlig. Det innebär att Konkurrensverket i framtiden inte skulle pröva ansökningar om icke-ingripandebesked eller anmälningar för undantag.

¹³ Konkurrensverkets rapportserie 2002:4

¹⁴ Konkurrensverkets rapportserie 2002:4, s. 45.

En sådan förändring skulle frigöra mer resurser för prioriterade uppgifter.¹⁵

7.3 Artikel 1 i förordningen

7.3.1 Vitboken

I vitboken introducerades tanken att artikel 81 i sin helhet skulle vara en direkt tillämplig bestämmelse, som enskilda skulle kunna åberopa inför domstol och andra behöriga myndigheter. Detta skulle leda till att avtal som är förbjudna enligt artikel 81.1 men som uppfyllde villkoren i artikel 81.3 är lagliga från det att de ingås och utan att det är nödvändigt att det först fattas ett beslut om dem. Parallellt skulle konkurrensbegränsande avtal vara olagliga så snart de inte längre uppfyller villkoren i artikel 81.3. Det skulle då inte längre vara nödvändigt att avtal anmäls för att göras giltiga.

Det anmälningssystem som infördes genom förordning 17/62 ansågs ha gjort det möjligt för kommissionen att utveckla en sammanhängande beslutspraxis och att säkerställa en enhetlig tillämpning av reglerna i samtliga medlemsstater. Systemet hade dock haft vissa nackdelar, som lett till att det numera kunde ifrågasättas. Företagens skyldighet att anmäla sina avtal till kommissionen om de vill åberopa bestämmelserna i artikel 81.3 i fördraget ansågs utgöra en betydande börda för genomförandet av deras affärsstrategi och en inte obetydlig kostnad. Utarbetandet av anmälningarna och insamlingen av de uppgifter som måste ingå i dessa innebär en stor arbetsbörda och stora kostnader för företagen, oavsett om de väljer att själva utarbeta anmälan eller överlåta det till externa juridiska rådgivare. I en ordning med direkt tillämplighet av undantagsregeln skulle företagen slippa denna anmälningsskyldighet och de får en ytterligare grund för sin talan inför domstol om att få sina avtal verkställda, eftersom de kunde åberopa artikel 81.3.

Nuvarande systemet ansågs inte göra det möjligt att avslöja de allvarligaste överträdelserna av konkurrensreglerna och därmed säkerställa en effektiv övervakning. Inom ramen för ett system med kontroll i efterhand måste företagen själva bedöma om deras avtal är förenliga med gemenskapsrätten mot bakgrund av gällande

¹⁵ Konkurrensverkets rapportserie 2002:4, s. 378.

lagtexter och rättspraxis, vilket helt klart lättar deras administrativa bördor men samtidigt ger dem ett större ansvar.

7.3.2 Kommissionens förslag till rådet

Kommissionens förslag till rådet löd:

Artikel 1 – Direkt tillämplighet

Sådana avtal, beslut och samordnade förfaranden som avses i artikel 81.1 i fördraget och som inte uppfyller villkoren i artikel 81.3 samt sådant missbruk av en dominerande ställning som avses i artikel 82 i fördraget är förbjudna utan att det krävs föregående beslut om detta.

I den allmänna motiveringen anförde Kommissionen följande.

I den nya miljön uppvisar det nuvarande systemet två betydande svagheter. För det första ger det inte längre ett effektivt konkurrensskydd. Kommissionens monopol när det gäller att tillämpa artikel 81.3 utgör ett betydande hinder för de nationella konkurrensmyndigheternas och domstolarnas ansträngningar att tillämpa konkurrenslagstiftningen. I en utvidgad gemenskap kan kommissionen inte ensam bära ansvaret för genomförandet av konkurrensreglerna inom hela unionen. Anmälningssystemet är dessutom inte längre ett effektivt redskap för att skydda konkurrensen. Den leder mycket sällan till att ärenden som utgör ett reellt hot mot konkurrensen avslöjas. Anmälningssystemet hindrar faktiskt kommissionen från att använda sina resurser för att upptäcka och beivra allvarliga överträdelser.

Den andra bristen i det nuvarande systemet var att det lägger en alltför tung börda på näringslivet genom att det ökar kostnaderna för att följa regelverket och hindrar företag från att genomföra sina avtal utan föregående anmälan till kommissionen även om de uppfyller villkoren i artikel 81.3. Detta är till särskilt stor skada för små och medelstora företag för vilka kostnaderna för att anmäla avtal, och i avsaknad av anmälan, svårigheten att genomföra sina avtal kan ge dessa företag en konkurrensnackdel i förhållande till större företag.

Därför föreslogs att ett nytt system för konkurrenskontroll införs, benämnt ett ”system med direkt tillämplighet av undantagsregeln”. Inom ett sådant system kommer både förbudsregeln i artikel 81.1 och undantagsregeln i artikel 81.3 att kunna tillämpas direkt inte bara av kommissionen utan även av nationella domstolar och nationella konkurrensmyndigheter. Avtal kommer att vara giltiga eller ogiltiga beroende på om villkoren i artikel 81.3 är uppfyllda eller ej. Det kommer inte att krävas något beslut om godkännande för att genomföra avtal som är förenliga med artikel 81 i sin helhet. Detta motsvarar det nuvarande systemet för genomförande av artikel 82 i EG-fördraget.

Konkurrenskontrollen förväntas ökad genom en ökad tillsyn genom att myndigheter och domstolar blir behöriga att tillämpa konkurrensreglerna.

Vidare blir det en ny inriktning på kommissionens insatser. Reformen ökar konkurrensskyddet genom att den skapar möjligheter för kommissionen att koncentrera sitt arbete på att avslöja de allvarligaste överträdelserna. De senaste decenniernas erfarenheter har visat att systemet med förhandsanmälan inte leder till att kommissionen uppmärksammas på de allvarligaste överträdelserna av konkurrensreglerna. Handläggningen av ett stort antal anmälningar förhindrar kommissionen att inrikta ansträngningarna på att upptäcka och beivra de allvarligaste överträdelserna som exempelvis kartellbildningar, avskärmning av marknader och missbruk av dominerande ställning. I det föreslagna systemet skulle avskaffandet av systemet med förhandsgodkännande göra det möjligt för kommissionen att inrikta insatserna på att utreda klagomål och inleda förfaranden på eget initiativ som leder till beslut om förbud, snarare än att fastställa vad som inte är förbjudet. Kommissionen avser att i ett tillkännagivande ge ledning till potentiella klagande beträffande handläggningen av klagomål. I tillkännagivandet kommer särskilt att anges den tidsfrist inom vilken kommissionen kommer att meddela klaganden om den har för avsikt att handlägga klagomålet.

Förslaget till förordning fråntar inte företagen skyldigheten att bedöma sina affärstransaktioner för att kontrollera huruvida de är förenliga med konkurrensreglerna. Enligt den nuvarande förordning 17/62, utför företagen denna analys i samband med att de förbereder en anmälan. I förslaget jämföras tillämpningen av EG:s konkurrensregler med andra rättsområden där företagen är skyldiga att själva förvissa sig om att deras handlande är lagenligt.

På området för EG:s konkurrensrätt gör gruppundantagen det lättare för företagen att bedöma sitt handlande. Genom kommissionens tillkännagivanden och riktlinjer klargörs reglernas tillämpning.

Kommissionen avser att ytterligare bidra till denna utveckling genom att fortsätta att fastställa policy genom egna beslut i enskilda ärenden. Förutom beslut om förbud förutses i förslaget till förordning att kommissionen på eget initiativ får anta beslut om att en överträdelse inte föreligger i ärenden där det ligger i gemenskapens allmänna intresse att göra detta. Detta instrument kommer att göra det möjligt för kommissionen att klargöra lagstiftningen för alla företag som befinner sig i en liknande situation.

Kommissionen kommer att fortsätta att vara öppen att diskutera specifika ärenden med företagen där detta är lämpligt. Den avser i synnerhet att ge vägledning om avtal, beslut och samordnade förfaranden som ger upphov till olösta, verkligt nya tolkningsfrågor. För detta ändamål kommer kommissionen att offentliggöra ett tillkännagivande, där kommissionen anger i vilka fall den avser att utfärda motiverade yttranden. Det är emellertid inte nödvändigt att varje sådant system för yttranden ger företagen en rättighet att erhålla ett yttrande, eftersom detta skulle innebära att ett slags anmälningsssystem återinfördes.

7.3.3 Den slutliga utformningen av artikel 1

Den enda förändringen i artikel 1 under arbetet i rådet var att det explicit skrevs in i den slutliga förordningstexten att avtal som omfattas av artikel 81.1 i fördraget och som uppfyller villkoren i artikel 81.3 i fördraget *inte skall vara förbjudna*, utan att det krävs föregående beslut om detta.

Artikel 1 i den slutligt antagna förordningen lyder:

Artikel 1 – Tillämpning av artiklarna 81 och 82 i fördraget

1. Sådana avtal, beslut och samordnade förfaranden som omfattas av artikel 81.1 i fördraget och som inte uppfyller villkoren i artikel 81.3 i fördraget skall vara förbjudna, utan att det krävs föregående beslut om detta.

2. Sådana avtal, beslut och samordnade förfaranden som omfattas av artikel 81.1 i fördraget och som uppfyller villkoren i artikel 81.3 i fördraget skall inte vara förbjudna, utan att det krävs föregående beslut om detta.
3. Sådant missbruk av en dominerande ställning som avses i artikel 82 i fördraget skall vara förbjudet, utan att det krävs föregående beslut om detta.

Punkt 1–4 i ingressen till förordningen har följande lydelse:

(1) För att upprätta ett system som säkerställer att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte snedvrids, krävs det en effektiv och enhetlig tillämpning av artiklarna 81 och 82 i fördraget inom gemenskapen. Genom rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av artiklarna 81 och 82 i fördraget, har det varit möjligt att utveckla en gemenskapspolitik på konkurrensområdet som har bidragit till att sprida en konkurrenskultur inom gemenskapen. Mot bakgrund av de erfarenheter som gjorts bör emellertid denna förordning nu ersättas med lagstiftning som är anpassad till de utmaningar som marknadsintegreringen och den framtida utvidgningen av gemenskapen medför.

(2) Särskilt bör en översyn göras av hur bestämmelserna om tillämpningen av undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 81.3 i fördraget fungerar. Det krävs då att man enligt artikel 83.2 b i fördraget tar hänsyn till behovet av att å ena sidan säkerställa en effektiv övervakning och å andra sidan så långt som möjligt förenkla den administrativa kontrollen.

(3) Den centraliserade ordning som inrättades genom förordning nr 17 kan inte längre säkerställa balansen mellan dessa båda mål. Den försvårar medlemsstaternas domstolars och konkurrensmyndigheters tillämpning av gemenskapens konkurrensregler, och det anmälningssystem den föreskriver hindrar kommissionen från att koncentrera sina resurser på att bekämpa de allvarligaste överträdelserna. Dessutom medför den stora kostnader för företagen.

(4) Den nuvarande ordningen bör därför ersättas med ett system med direkt tillämplighet för undantag, där medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar har behörighet att inte bara tillämpa artikel 81.1 och artikel 82 i fördraget, som enligt rätts-

praxis från Europeiska gemenskapernas domstol är direkt tillämpliga, utan även artikel 81.3 i fördraget.

Punkt 38 i ingressen till förordningen har följande lydelse.

(38) Rättslig säkerhet för företag som verkar enligt gemenskapens konkurrensregler bidrar till att främja innovation och investeringar. I fall som ger upphov till verklig osäkerhet därför att de för fram nya eller olösta frågor vid tillämpningen av dessa regler kan enskilda företag vilja söka informell vägledning hos kommissionen. Denna förordning påverkar inte kommissionens rätt att ge sådan informell vägledning.

7.4 Utredningens överväganden

Utredningens förslag:

- Företagen bedömer själva om deras avtal och förfaranden är förenliga med konkurrensreglerna.
- Möjligheten till anmälan om undantag hos Konkurrensverket ersätts av en direkt tillämplig undantagsregel.
- Möjligheten till ansökan om icke-ingripandebesked avskaffas.

7.4.1 Kommittédirektiven

I utredningens direktiv sägs följande. Reglerna i KL om individuella undantag har tillkommit med EG-rätten som förebild. I den nya tillämpningsförordningen föreskrivs ett ständigt gällande legalundantag för avtal som uppfyller vissa angivna förutsättningar. Enligt direktiven bör motsvarande förändringar i KL övervägas. Utredaren skall således pröva om det behövs och är lämpligt att införa ett sådant legalundantag i svensk lagstiftning. Vidare innebär den nya tillämpningsförordningen att rätten för företag att ansöka och erhålla beslut om icke-ingripandebesked avskaffas. Även på denna punkt skall utredaren överväga lämpligheten och behovet av motsvarande ordning i svensk rätt.

7.4.2 Förhandskontrollen enligt EG-rätten och KL

Kommissionen gör en distinktion mellan å ena sidan avtalen som för närvarande anmäls till kommissionen men som sällan leder till förbud och å andra sidan de allvarligaste överträdelserna, exempelvis karteller, marknadsuppdelning och missbruk av en dominerande ställning. Proceduren med att anmäla avtal för godkännande avskaffas nu. Kommissionen sägs medvetet släppa kontrollen över avtalen för att i stället koncentrera resurserna på de allvarliga (oftast dolda) överträdelserna. Någon motsvarande indelning har hittills inte gjorts i Sverige och det har hittills inte funnits något behov av att göra det. Av Konkurrensverkets rapport 2002 går dock att utläsa att de ingripanden mot allvarliga överträdelser av förbuden i KL som Konkurrensverket gjort enligt KL, inte varit sådana ärenden där parterna frivilligt anmält avtalen eller förfarandena till verket.

Kommissionens övervakning sägs i dag vara ineffektiv och den administrativa kontrollen är tung och komplicerad. Därför behöver övervakningen effektiviseras och den administrativa kontrollen förenklas.¹⁶

Kommissionen anser att förhandskontrollen bundit för mycket resurser och därigenom hindrat en effektiv konkurrensövervakning. Samtidigt har kommissionen de senaste 2–3 åren bötfällt ett större antal karteller än tidigare och med mycket höga belopp. Kommissionen har dessutom sedan mycket lång tid ofta avslutat anmälda ärenden på ett informellt sätt genom utfärdande av s.k. *comfort letters*.

Enligt kommissionen har 40 år av förhandskontroll bidragit till skapandet av en konkurrenskultur.¹⁷ Kommissionen anser att anmälningssystemet har varit till nytta så länge tillämpningen av artikel 81 varit oklar. Det sägs att en enhetlig och sammanhängande praxis nu har hunnit utvecklas. Det sagda torde i viss mån gälla i Sverige efter tio års tillämpning av KL.¹⁸

Med detta som utgångspunkt ställs i det följande frågan om den svenska förhandskontrollen bör slopas.

¹⁶ Punkt 2 i ingressen till förordningen.

¹⁷ Punkt 1 i ingressen till förordningen.

¹⁸ Konkurrensverkets rapportserie 2002:4, s. 367 ff.

7.4.3 Effektiv konkurrensövervakning

Artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget gäller enligt förordningen utan föregående beslut. Kommissionens förhandskontroll enligt artiklarna 81 och 82 slopas därmed. Detta påverkar även den nationella tillämpningen av artiklarna 81 och 82. Konkurrensverket kommer, i likhet med kommissionen och konkurrensmyndigheterna i andra medlemsstater, att tillämpa den nya förordningen, som bygger på efterkontroll och initiativ baserade på tips och klagomål. Insatserna kommer primärt att vara inriktade på att avslöja allvarligare (dolda) överträdelse av EG:s konkurrensregler.

Förhandskontrollen i KL motiverades med behovet av effektiv konkurrensövervakning. Enligt Konkurrensverkets rapporter 2000 och 2002 har förhandskontrollen haft stor betydelse genom sina indirekta effekter. I Konkurrensverkets rapport 2002 sägs att förhandskontrollen har inneburit att tusentals skadliga konkurrensbegränsande förfaranden har upphört.¹⁹ Som utredningen uppfattar saken kan det dock i de allra flesta fall inte vara de allvarligare och samhällsekonomiskt mest skadliga konkurrensbegränsningarna som avses. Till detta kommer att åtskilliga konkurrensbegränsningar blev förbjudna genom nya lagen och därför avvecklades redan av den anledningen. En sådan kritik som har riktats mot den EG-rättsliga förhandskontrollen har inte framförts när det gäller den svenska förhandskontrollen, möjligen med undantag för den s.k. ärendebulk som uppkom under en inledningsperiod och bestod länge hos Konkurrensverket efter KL:s ikraftträdande. Denna bulk föranledde en debatt som i någon mån påminde om den kritik som riktats mot kommissionens arbete.

Förhandskontrollen kräver uppenbarligen resurser hos Konkurrensverket som annars skulle kunna användas till andra insatser. Konkurrensverket har trots detta även kunnat satsa på kartellbekämpning under de senaste åren. Hur mycket resurser som binds till förhandskontroll på bekostnad av annan verksamhet såsom kartellbekämpning är inte helt klarlagt. Antalet anmälda ärenden om undantag/icke-ingripandebesked har ökat under de senaste två åren.²⁰ Om man enbart ser till behovet av att förbättra effektiviteten i kontrollen kan först konstateras att det inte är självklart att förhandskontrollen – som verket tillmätt så stor betydelse för

¹⁹ Se Konkurrensverkets rapportserie 2002:4, s. 45.

²⁰ Under år 2002 inkom 45 anmälningar/ansökningar om undantag/icke-ingripandebesked. År 2001 inkom 35 sådana anmälningar/ansökningar och år 2000 inkom 31. Uppgifterna är hämtade ur Konkurrensverkets årsredovisning för år 2002.

konkurrensövervakningen – skall slopas. Dock har som konstaterats tio års tillämpning av KL bidragit till att en praxis och konkurrenskultur har vuxit fram. Enligt Konkurrensverket har seriösa företag nu anpassat sina avtal efter KL:s krav. Förhandskontrollen har därigenom haft stor betydelse. Det kan emellertid nu vara motiverat att verkets begränsade resurser koncentreras ytterligare på de allvarigare (ofta dolda) konkurrensbegränsningarna. En sådan verksamhet är resurskrävande, varför det bör övervägas att slopa förhandskontrollen, så att den först nämnda verksamheten kan få ökade resurser.

7.4.4 Systematiken

Moderniseringsreformen motiveras med de utmaningar som marknadsintegreringen och den framtida utvidgningen av EU medför. Motsvarande skäl saknas för ett avskaffande av den svenska förhandskontrollen.

Förhandskontrollen enligt KL har haft EG-rätten som förebild. Rättslikheten är viktig med tanke på att Sverige är en del av EU. I det nya systemet förefaller det mindre lämpligt att upprätthålla nationella anmälningssystem.

En fortsatt svensk förhandskontroll skulle leda till problem när kommissionen i fortsättningen inte har kvar någon förhandskontroll. Man kan också anta att de flesta medlemsstaterna inom EU inte kommer att ha någon förhandskontroll. Det kan därför bli ohanterligt att ha kvar en förhandskontroll i Sverige, i vart fall när det gäller alla avtal och förfaranden som har samhandelseffekt och där således EG-rätten är tillämplig. Om ett svenskt anmälningssystem skulle upprätthållas, skulle ambitionerna och intentionerna bakom moderniseringsförordningen kunna komma att förfelas. Det finns en risk att integrationssträvandena skulle motverkas och arbetet inom nätverket försvåras. Det skulle dessutom innebära en risk för att företag i ökad utsträckning vände sig till Konkurrensverket, eftersom verket troligen skulle bli en av få konkurrensmyndigheter inom EU som har kvar en förhandskontroll med möjligheter för företaget att få ett beslut.

Dessa systematiska skäl talar med styrka för att den svenska förhandskontrollen slopas.

7.4.5 Företagens börda

När kommissionens förhandskontroll slopas, lättas företagens administrativa börda i ett avseende genom att företagen inte behöver samla in uppgifter, förbereda och ge in en anmälan till kommissionen. Samtidigt får företagen ett större ansvar när det gäller att bedöma sina affärstransaktioner. Samma följer uppstår om förhandskontrollen tas bort i KL och ersätts med ett direkt tillämpligt undantag. I dag gör företaget i praktiken en analys innan eller samtidigt som företagens anmälan förbereds och färdigställs. Utan ett besked från Konkurrensverket kommer en fördjupad egen analys att behöva göras. En sådan ordning är det normala inom de flesta rättsområden. Det hör till ovanligheten att ett företag kan få ett utlåtande i förväg från en ansvarig myndighet om en planerad rättshandlings laglighet. Förhandsbeskeden inom skatterätten framstår – liksom förfarandet enligt KL – som ett undantag från vad som annars gäller.

Även utan förhandskontrollen finns instrument som ger företagen möjlighet att bedöma de konkurrensrättsliga verkningarna av planerade transaktioner. Företagen kan få vägledning genom EG:s domstolspraxis, kommissionens gruppundantagsförordningar, riktlinjer och individuella beslut. Till detta kommer även svensk domstolspraxis, Konkurrensverkets beslutspraxis, och Konkurrensverkets allmänna råd mm.

I dag är en anmälan det enda sättet för företaget att få ett undantag och under handläggningen hos verket har företaget immunitet mot konkurrensskadeavgift. Företaget kan dock redan i dag på egen risk avstå från att anmäla ett avtal eller samarbete. Den lättnad för företaget som uppkommer om förhandskontrollen avskaffas och anmälningar därför inte förekommer, uppväger troligen inte andra extrakostnader som företaget ådrar sig. Företaget kommer att behöva juridisk och ekonomisk rådgivning för att få tillförlitliga bedömningar av tillåtligheten av företagens ekonomiska dispositioner. En slopad förhandskontroll kan därför inte – i vart fall inte med säkerhet – motiveras med att det skulle innebära en regel-förenkling som lättar bördan för företagen.

7.4.6 Bör förhandskontrollen slopas?

Förhandskontrollen har haft betydelse för den svenska konkurrensrätten. Den binder dock resurser hos Konkurrensverket. En övervakning av allvarigare (ofta dolda) konkurrensbegränsningar kräver stora resurser. Effektivitetsskäl talar därför för att den svenska förhandskontrollen slopas. Därtill kommer inte minst att en svensk förhandskontroll kan komma att motverka en effektiv resursallokering inom nätverket och störa det nya systemets funktion. Vidare finns en risk för att företag med svag eller ingen anknytning till den svenska marknaden i brist på annan möjlighet till vägledning inom EU skulle belasta Konkurrensverket med anmälningar. Dessa skäl talar med styrka för att nu slopa den svenska förhandskontrollen.

Sammanfattningsvis bör således – av både systematiska skäl och effektivitetsskäl – den svenska förhandskontrollen nu avskaffas. Det sagda bör gälla både när EG-rätten och KL är tillämpliga.

Därmed bör undantagsregeln i 8 § KL ändras och göras direkt tillämplig, utan föregående beslut av Konkurrensverket. Dock bör den – liksom motsvarande regler inom EG-rätten – fortsatt ha samma materiella innehåll i form av de fyra kumulativa kriterierna som uppställs för undantagets tillämplighet.²¹

Samtliga bestämmelser rörande anmälningar för undantag, ansökningar om icke-ingripandebesked, automatiska undantag samt immunitet vid handläggningen av ansökningar/anmälningar bör utgå. Det inkluderar även icke-ingripandebeskeden såvitt avser artiklarna 81 och 82 i 1994 års lag.²² Enligt hittills gällande regler kan de allmänna domstolarna i en civilprocess inte pröva om förutsättningarna är uppfyllda för undantag enligt 8 § KL. Det är Konkurrensverkets uppgift att meddela undantag enligt 8 § KL.²³

En viktig del i moderniseringsreformen är att de nationella myndigheterna och domstolarna enligt förordningen får tillämpa även artikel 81.3. Kommissionen förväntar sig ett ökat genomslag för konkurrensreglerna till följd av en ökad aktivitet från företagen genom processande m.m. (*private enforcement*). När 8 § KL blir ett direkt tillämpligt undantag får det konsekvensen att de allmänna

²¹ Se kapitel 7.1.1.

²² Om ett så stort antal paragrafer upphävs i KL talar mycket för att KL bör redigeras om och kanske få formen av en ny konkurrenslag. Av tidsskäl kommer utredningen att ta upp den frågan först i etapp 2 av utredningsarbetet.

²³ Marknadsdomstolen får vid prövning av åläggande på yrkande av part besluta om undantag (15 § KL).

domstolarna också kommer att kunna pröva om förutsättningarna för undantag enligt 8 § KL är uppfyllda. Det framstår dock som något osäkert om den nya förordningen kommer att få sådana följder som kommissionen har tänkt sig. Att processbenägenheten – som en direkt följd av förordningen – kommer att öka i den svenska rättsmiljön kan betvivlas. Under etapp 2 av utredningens arbete kommer andra aspekter beröras som kan påverka processbenägenheten, t.ex. frågan om kretsen av skadeståndsberättigade enligt KL bör vidgas.

7.4.7 En motsvarighet till artikel 10 är inte lämplig i KL

Ett undantag i EG-förordningen från övergången till efterhandskontroll är bestämmelsen i artikel 10. Kommissionen kan i undantagsfall på eget initiativ när det allmänna gemenskapsintresset kräver det anta ett beslut av förklarande natur om icke-tillämplighet. Det skall ske i syfte att klargöra rättsläget och säkerställa en enhetlig rättstillämpning inom EU, i synnerhet beträffande nya typer av avtal eller förfaranden som inte har prövats i befintlig rättspraxis och administrativa förfaranden.

De nationella myndigheterna har inte fått behörighet enligt artikel 10 att meddela sådana beslut när det gäller tolkningen av EG-rätten. Det hindrar inte att nationella domstolar och myndigheter i domar och beslut kan ha anledning att uttala sig om EG-rättens innebörd när man avgör ett mål eller ärende.

Att införa en ny variant av icke-ingripandebesked skulle, även om den reserverades för undantagssituationer, motverka reformens syfte. Det är därför svårt att se varför KL borde innehålla någon motsvarighet till artikel 10 i förordningen.

Det bör också poängteras att det finns en risk att varje form av formella eller informella besked till företagen från Konkurrensverket skulle komma att ta av de resurser som är tänkta att frigöras för andra insatser. Det kunde också skapa förväntningar hos företagen att de, trots reformen, kan få besked från verket.

8 Gruppundantag

8.1 Nuvarande ordning

8.1.1 EG:s gruppundantag

Inom EU har rådet bemyndigat kommissionen att i förordningsform undanta vissa typer av avtal från förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete. För närvarande har kommissionen befogenhet att anta gruppundantagsförordningar på områdena vertikala avtal, immateriella rättigheter, specialisering, forskning och utveckling, försäkringar samt på vissa transportområden. Kommissionen har också utnyttjat bemyndigandet och utfärdat ett antal gruppundantagsförordningar, varigenom vissa typer av avtal undantas från tillämpningen av förbudet i artikel 81. Det gäller avtal som till sin karaktär kan strida mot bestämmelserna i artikel 81.1 men som allmänt sett uppfyller kraven för undantag enligt artikel 81.3.

EG:s gruppundantag har växt fram som ett resultat av erfarenheterna från behandlingen av anmälningar hos kommissionen om individuella undantag. Gruppundantag har beslutats på områden där anmälningar för individuella undantag har varit talrika och prövningen av dessa anmälningar gett tillräcklig vägledning för hur avtalen bör vara utformade för att omfattas av undantag.

Ett gruppundantag innehåller i allmänhet en inledande precisering eller uppräknning av vilka avtal som omfattas av gruppundantaget. Vidare finns i många av gruppundantagen olika begränsningar i gruppundantagets räckvidd som baseras på en avtalsparts eller parternas andelar av marknaden för de varor eller tjänster det är fråga om. Dessa marknadsandelsgränser brukar kompletteras av regler om s.k. *grace periods*, vilka innebär att, om företagets marknadsandel fluktuerar, tillfälliga överskridanden av gränsen inte gör att avtalet faller utanför gruppundantagets tillämpning. Vidare finns i gruppundantagen ofta en s.k. svart lista, vilken inbegriper sådana avtalsvillkor som är så allvarliga att förekomsten av villkoren

gör att hela avtalet hamnar utanför det legala skydd som gruppundantaget annars ger. Det är också vanligt att förordningen innehåller regler om i vilka situationer gruppundantaget kan komma att återkallas av kommissionen. S.k. vita listor, som anger vilka avtalsvillkor som tillåts, förekommer i allmänhet inte längre. Avskaffandet av vita listor är ett led i kommissionens nya policy, som grundar sig mer på ett ekonomiskt tänkesätt, där företagen får större frihet att utforma sina avtal, än tidigare, när kommissionen detaljreglerade hur avtalen skulle utformas för att gruppundantagets krav skulle uppfyllas.

Under senare år har kommissionen lagt ned ett betydande arbete på att förenkla, effektivisera och modernisera sitt konkurrensrättsliga regelverk. En strävan inom EU, vilken påverkar utformningen av det svenska regelverket, är att undvika gruppundantag och riktlinjer som är bransch- eller sektorsspecifika, som tar sikte på distributionsformer eller som gäller en specifik avtalstyp. I detta arbete har i stället fokus satts mer på avtalens ekonomiska effekter på marknaden än på rättsliga bedömningar. Vidare ges reglerna en generell utformning. En grundläggande skillnad görs därvid mellan vertikala respektive horisontella konkurrensbegränsningar. De förra rör avtal mellan parter som är verksamma i olika led i produktions- eller distributionskedjan. Som exempel kan tas avtal mellan en tillverkare och en grossist eller mellan en grossist och en detaljist. Horisontella betecknas de avtal som träffas mellan konkurrerande företag i samma led, t.ex. mellan tillverkare eller mellan grossister. De horisontella avtalen bedöms i allmänhet strängare än de vertikala, eftersom de förra ofta ingås mellan konkurrenter. Ett viktigt inslag i kommissionens förändringsarbete är att förbättra resursanvändningen och effektiviteten i fråga om att upprätthålla konkurrensreglernas genomslagskraft, vilket som nämnts resulterat i moderniseringsreformen.

Vertikala avtal

I december 1999 antog kommissionen ett nytt gruppundantag för vertikala avtal och samordnade förfaranden. Det nya gruppundantaget ersatte från och med den 1 juni 2000 de tre gruppundantagen för ensamåterförsäljaravtal, exklusiva inköpsavtal och franchiseavtal. Vidare har kommissionen utfärdat ett tillkännagivande med riktlinjer om vertikala begränsningar. Det vertikala gruppundan-

taget har en mer generell ekonomisk grund och en mer förenklad struktur än de tre tidigare gällande gruppundantagen. I gruppundantaget förklaras artikel 81.1 under de närmare angivna förutsättningarna inte tillämplig på avtal eller samordnade förfaranden som ingås mellan två eller flera företag som, inom ramen för avtalet, är verksamma i olika led i produktions- eller distributionskedjan, och som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster (vertikala avtal).

Horisontella förfaranden

Kommissionen har lagt ned ett betydande arbete också när det gäller nya gruppundantag och riktlinjer i fråga om horisontella samarbetsavtal. Tidigare gruppundantag för avtal mellan företag om forskning och utveckling samt specialiseringsavtal har ersatts med nya som trädde i kraft den 1 januari 2001. Eftersom horisontellt samarbete, särskilt om priser, generellt sett har en mer konkurrensbegränsande effekt än vertikal samverkan, har utvecklingen här inte lett till något generellt gruppundantag. I stället har kommissionen i riktlinjeform angett i vilka fall ingripanden inte kommer att ske mot ett sådant samarbete.

8.1.2 Gruppundantag i svensk konkurrensrätt

När KL trädde i kraft den 1 juli 1993 infördes gruppundantag på motsvarande sätt som i EU. Dessa tidsbegränsades, eftersom systemet med gruppundantag var nytt och därför skulle omprövas när erfarenheter förelåg. En ordning med undantag för grupper av avtal ansågs i samband med antagandet av KL viktig bl.a. av det skälet att det nya systemets förutsebarhet ansågs öka. Genom gruppundantag avsåg man också att uppnå den effekten att den administrativa hanteringen av ärenden om individuella undantag begränsades, vilket skulle vara till fördel för såväl företagen som Konkurrensverket.¹

Enligt 17 § KL gäller därför undantag från förbudet i 6 § KL för sådana grupper av avtal som uppfyller förutsättningarna för undantag i 8 §. Sådana grupper av avtal anges i föreskrifter som meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer. För-

¹ Prop. 1992/93:56 s. 26.

ordningarnas giltighetstid är begränsad. Gruppundantaget ger undantag endast från förbudet mot konkurrensbegränsade samarbete i 6 § KL. Det hindrar alltså inte en tillämpning av förbudet i 19 § KL mot missbruk av en dominerande ställning även på ett sådant avtal som uppfyller förutsättningarna i ett gruppundantag.

Principen är att avtal som faller under ett gruppundantag inte behöver anmälas till Konkurrensverket för att vara undantagna från förbudet i 6 § KL. I 18 § KL föreskrivs emellertid att Konkurrensverket får återkalla det undantag som gäller för ett avtal på grund av gruppundantag, om avtalet har följder som är oförenliga med 8 §.

Vid tillkomsten av KL ansågs det att erfarenheterna från EU borde kunna tas tillvara också vad gällde frågan för vilka kategorier av avtal gruppundantag skulle gälla. Det innebar att gruppundantag infördes vid ikraftträdandet för ensamåterförsäljaravtal, exklusiva inköpsavtal, försäljnings- och serviceavtal för motorfordon, patentlicensavtal, specialiseringsavtal, forsknings- och utvecklingsavtal, franchiseavtal och know-howlicensavtal.² Dessa har efter hand ersatts med nya motsvarigheter till kommissionens senare utfärdade förordningar. Vidare infördes ett motsvarande gruppundantag för försäkringssektorn några år efter KL:s ikraftträdande.

I förarbetena till KL uttrycktes vidare att det var möjligt att det utöver dessa gruppundantag fanns behov i Sverige av gruppundantag på fler områden. På vilka områden det kunde finnas ett sådant behov och hur dessa i så fall skulle utformas ansågs svårt att förutse. Först borde tillräcklig erfarenhet vinnas genom prövning av individuella undantag. Avvikelsena från EG-reglerna skulle dock inte vara för stora, om den eftersträvade enhetligheten skulle nås. Emellertid kunde man förutse ett behov av ett gruppundantag när det gällde organiserad samverkan mellan företag inom detaljhandeln. Det kunde nämligen antas att anmälningar om undantag inom det området skulle bli särskilt frekventa och att det med tillräcklig grad av säkerhet var möjligt att precisera under vilka förutsättningar sådant samarbete skulle undantas.

Mot denna bakgrund infördes vid KL:s ikraftträdande även ett gruppundantag för kedjor i detaljhandeln.³ Kedjegruppundantaget upphörde att gälla vid utgången av år 2001.

Ett gruppundantag för taxiavtal tillkom år 2001 och bygger på den relativt omfattande svenska praxis som fram till dess utvecklats

² En utvärdering och omprövning gjordes sedermera av dessa år 1996, vilket ledde till att nya motsvarande gruppundantag utfärdades.

³ Se regeringens förordningsmotiv 1993:1.

vid prövningen av individuella undantag enligt KL. Med undantag för taxiavtal bygger således för närvarande de svenska gruppundantagen på motsvarigheter i EG-rätten.

En stor andel av de avtal som kan komma i fråga för individuella undantag enligt bestämmelserna i 8 § KL omfattas av olika gruppundantag. För närvarande finns förordningar om gruppundantag för följande grupper av avtal:

- Avtal om tekniköverföring⁴
- Avtal inom försäkringssektorn⁵
- Avtal om viss taxisamverkan⁶
- Vertikala avtal⁷
- Specialiseringsavtal⁸
- Avtal om forskning och utveckling⁹
- Vertikala avtal inom motorfordonssektorn¹⁰

8.1.3 Närmare om de svenska gruppundantagen

Ambitionen med de svenska gruppundantagen är att avtal som är övervägande positiva till sina verkningar bör omfattas av gruppundantag. Dessa avtal skall inte behöva anmälas för undantag hos Konkurrensverket. Vidare har behovet av rättslikheten med kommissionens gruppundantag understrukits ovan. En generell återhållsamhet har därför ansetts motiverad för att inte värdet av rättslikhet helt eller delvis skall gå förlorat.¹¹

⁴ SFS 1996:345. Förordningsmotiv 1996:6.

⁵ SFS 1996:1368. Förordningsmotiv 1996:8.

⁶ SFS 2000:1029. Förordningsmotiv 2000:4.

⁷ SFS 2000:1193. Förordningsmotiv 2000:3.

⁸ SFS 2001:254. Förordningsmotiv 2001:1.

⁹ SFS 2001:255. Förordningsmotiv 2001:2.

¹⁰ SFS 2002:871. Förordningsmotiv 2002:2.

¹¹ Se t.ex. Förordningsmotiv 2000:3 s. 40.

Vertikala förhållanden

Vertikala avtal

Förordningar om gruppundantag för vertikala avtal gäller för olika typer av avtal mellan företag verksamma i olika led i produktions- eller distributionskedjan (vertikala avtal). Förordningen ersatte år 2001 tre tidigare förordningar för exklusiva inköpsavtal, ensamåterförsäljaravtal och franchiseavtal, som motsvarade tre kommissionsförordningar som ersattes av EG:s vertikalförordning.

Gruppundantaget för vertikala avtal omfattar avtal som ingås mellan två eller flera företag vilka, inom ramen för avtalet, är verksamma i olika led i produktions- eller distributionskedjan, och som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster. Förordningen omfattar ett brett område. Enligt förordningsmotiven prövas vertikala avtal mellan en sammanslutning, t.ex. en frivilligkedja, och dess individuella medlemmar eller leverantörer i den EG-rättsliga ordningen enligt förordningen samt kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar.¹²

Vid bedömningen av vad som är tillåtet måste beaktas den s.k. svarta lista som artikel 4 innehåller. Listan upptar begränsningar som bedöms som särskilt allvarliga och som därför är otillåtna enligt förordningen. Om en eller flera sådana begränsningar finns i ett avtal som i övrigt uppfyller förutsättningarna för gruppundantag, upphör undantaget att gälla för avtalet i dess helhet.

Det svenska gruppundantaget avviker från kommissionens i ett viktigt avseende, nämligen i fråga om marknadsandelsgränsen. Den är högre i det svenska gruppundantaget (35 procent) än i kommissionens (30 procent). Den högre gränsen fanns tidigare i gruppundantagen för exklusiva inköpsavtal och för ensamåterförsäljaravtal, liksom i det svenska gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln.¹³ Enligt förordningsmotiven var den ändrade marknadsandelsgränsen en ”smärre avvikelse i förhållande till EG-reglerna” som motiverades med ”att man inte onödigtvis rubbar en gång givna spelregler som har sin bakgrund i svenska förhållanden”.¹⁴

¹² Regeringens förordningsmotiv 2000:3 s. 47 f.

¹³ Beträffande det sist nämnda gruppundantaget gällde dessutom att marknadsandelen skulle räknas på tillförseln till den svenska marknaden inom de produktområden där kedjan sålde, och inte som annars på den relevanta marknaden.

¹⁴ Regeringens förordningsmotiv 2000:3 s. 50.

Vertikala avtal inom motorfordonssektorn

Ett svenskt gruppundantag gäller även för vertikala avtal inom motorfordonssektorn, om avtalen avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av nya motorfordon, reservdelar för motorfordon eller reparations- och underhållstjänster för motorfordon. Det svenska gruppundantaget innehåller inga nämnvärda materiella avvikelser i förhållande till kommissionens motsvarande gruppundantag.

Horisontella samarbeten

Typiska horisontella avtal, dvs. samarbetsformer mellan företag i samma distributionsled, som har övervägande positiva effekter är specialiseringsavtal och avtal mellan företag om forskning och utveckling.

Specialiseringsavtal

Avtal om specialisering av produktion bidrar i allmänhet till att förbättra produktionen eller distributionen av varor, eftersom de berörda företagen kan koncentrera sig på tillverkning av vissa varor och följaktligen arbeta mer effektivt och erbjuda varorna till lägre priser. Specialiseringsavtal för att tillhandahålla tjänster kan i allmänhet också sägas ge upphov till liknande förbättringar. Gruppundantag för specialiseringsavtal gäller under förutsättning att de deltagande företagens sammanlagda marknadsandel inte överstiger 20 procent av den relevanta marknaden. Inga nämnvärda svenska materiella avvikelser finns i det svenska gruppundantaget jämfört med kommissionens gruppundantag.

Avtal om forskning och utveckling

Gruppundantag finns även för avtal mellan två eller flera företag om villkoren för hur dessa företag skall bedriva

- a) gemensam forskning och utveckling avseende varor eller metoder och gemensamt utnyttjande av resultaten av denna forskning och utveckling,

- b) gemensamt utnyttjande av resultaten av sådan forskning och utveckling avseende produkter eller metoder som bedrivits gemensamt inom ramen för ett tidigare ingånget avtal mellan samma parter, eller
- c) gemensam forskning och utveckling avseende varor eller metoder utan gemensamt utnyttjande av resultaten.

Enligt artikel 4 i kommissionens motsvarande förordning gäller vissa tröskelvärden för marknadsandel och undantagets varaktighet.

Den viktigaste skillnaden mellan kommissionens gruppundantag och det svenska motsvarande gruppundantaget är följande. Enligt kommissionens gruppundantag gäller att, om de deltagande företagen inte är konkurrerande företag, undantaget skall gälla så länge som forsknings- och utvecklingsprojektet pågår. I det svenska gruppundantaget gäller däremot undantag under tiden projektet pågår, oavsett om företagen är konkurrenter.¹⁵ Skillnaden har motiverats på följande sätt. Forsknings- och utvecklingsarbetet i svenska företag är inte i samma utsträckning som i andra länder kopplat till verksamheten inom universitet och högskolor. Vanligen torde det vara de större företagen på marknaden som bedriver forsknings- och utvecklingsarbete. Inte sällan bedrivs sådant arbete även inom ramen för olika branschorganisationer. Forsknings- och utvecklingsarbete är värdefulla inslag i en dynamisk ekonomi. Det finns anledning att inta en liberal hållning till forsknings- och utvecklingsarbete. Mot denna bakgrund bör även fortsättningsvis konkurrerande tillverkare jämföras med icke konkurrerande tillverkare i det svenska gruppundantaget.¹⁶

Avtal inom försäkringssektorn

Det svenska gruppundantaget för avtal inom försäkringssektorn infördes år 1996 och innehåller inte heller några nämnvärda materiella avvikelser i förhållande till kommissionens motsvarande gruppundantag. Gruppundantaget gäller för avtal som syftar till samarbete om fastställande av gemensamma tariffer för riskpremier grundade på kollektivt upprättad statistik eller antalet försäkringsfall, fastställande av standardvillkor, gemensam täckning av vissa

¹⁵ 3 § Förordning (2001:255) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om forskning och utveckling.

¹⁶ Förordningsmotiv 2001:2, s. 22.

typer av risker, samt införande av gemensamma regler för provning och godkännande av säkerhetsanordningar.

Noterbart är att kommissionens gruppundantag nyligen har ersatts av en helt ny kommissionsförordning om gruppundantag inom försäkringssektorn. Regeringen har därför antagit en ny svensk regeringsförordning om gruppundantag för avtal inom försäkringssektorn, som träder i kraft den 1 augusti 2003 och som ersätter det nu gällande svenska gruppundantaget för försäkringssektorn.¹⁷

Avtal om tekniköverföring

Det svenska gruppundantaget för avtal om tekniköverföring infördes år 1996 och ersatte det tidigare gällande gruppundantaget för patentlicens- och know-howlicensavtal. Gruppundantaget för tekniköverföring gäller rena patentlicensavtal, rena know-howlicensavtal, blandade patent- och know-howlicensavtal och avtal som innehåller anknutna bestämmelser om andra immateriella rättigheter än patent (särskilt varumärken, rättigheter avseende mönster eller modeller och upphovsrätt – t.ex. i fråga om datorprogram). Bara två företag får vara parter i avtalet.

Gruppundantaget innehåller inga nämnvärda avvikelser från kommissionens motsvarande gruppundantag.

8.1.4 Gruppundantag i andra länder inom EU

Vid sidan av Sverige har även Danmark och Spanien nationella gruppundantag.

För utredningen har bekräftats att följande medlemsstater saknar nationella gruppundantag, nämligen Italien, Finland och Belgien. Även övriga ej nämnda medlemsstater torde sakna nationella gruppundantag.

¹⁷ Förordning (2003:448) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal inom försäkringssektorn och förordningsmotiv, Fm 2003:1.

8.2 Artikel 29 i förordningen

8.2.1 Förslaget till rådet

Kommissionen föreslog att det bemyndigande som sker från rådet till kommissionen genom olika förordningar på respektive område, i stället skulle ske genom ett generellt bemyndigande i den nya tillämpningsförordningen. I artikel 28 föreslogs därför kommissionens befogenhet utformad så att den skulle avse att anta gruppundantagsförordningar och på vilka villkor.

Kommissionen motiverade förslaget på följande sätt. Genom gruppundantagen blir det lättare för företagen att bedöma sitt handlande. Genom kommissionens tillkännagivanden och riktlinjer klagörs reglernas tillämpning. Som ett komplement till den nuvarande reformen åtar sig kommissionen att göra ökade insatser på detta område. I kraft av artikel 28 i förslaget till förordning tilldelas kommissionen behörighet att anta gruppundantagsförordningar. Genom denna behörighet kommer det att säkerställas att kommissionen har möjlighet att reagera tillräckligt snabbt på nya utvecklingstendenser och förändrade marknadsvillkor.

8.2.2 Den slutliga utformningen av förordningen

Kommissionens förslag godtogs emellertid inte av rådet, som inte ville ge kommissionen den mer vida befogenhet att utfärda gruppundantag som den föreslagit.

Punkt 10 av ingressen till förordningen lyder därför enligt följande.

(10) Förordningar, såsom 19/65/EEG (1), (EEG) nr 2821/71 (2), (EEG) nr 3976/87 (3), (EEG) nr 1534/91 (4), eller (EEG) nr 479/92 (5), ger kommissionen befogenheter att genom en förordning tillämpa artikel 81.3 i fördraget på vissa kategorier av avtal, beslut av företagsammanslutningar och samordnade förfaranden. På de områden som definieras av sådana förordningar har kommissionen antagit och får fortsätta att anta förordningar om så kallade gruppundantag genom vilka den förklarar artikel 81.1 i fördraget icke tillämplig på kategorier av avtal, beslut och samordnade förfaranden. Där avtal, beslut och samordnade förfaranden på vilka sådana förordningar är tillämpliga ändå har verkningar som är oförenliga med artikel 81.3 i fördraget bör kommissionen och med-

lemsstaternas konkurrensmyndigheter ha befogenheter att i ett enskilt fall återkalla rätten att omfattas av gruppundantagsförordningen.

Kapitel IX, som har rubriken "Förordningar om undantag", innehöll slutligen endast artikel 29. Den har följande lydelse.

Artikel 29 – Återkallelse i enskilda fall

1. Om kommissionen på grundval av sin behörighet enligt en rådsförordning, såsom förordningarna nr 19/65/EEG, (EEG) nr 2821/71, (EEG) nr 3976/87, (EEG) nr 1534/91 eller (EEG) nr 479/92, att tillämpa artikel 81.3 i fördraget genom en förordning, har förklarat att artikel 81.1 i fördraget inte skall tillämpas på vissa kategorier av avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden, får den, på eget initiativ eller till följd av ett klagomål, återkalla rätten att omfattas av en sådan undantagsförordning, om den konstaterar att ett avtal, beslut eller samordnat förfarande på vilket undantagsförordningen är tillämplig i ett visst fall har verkningar som är oförenliga med artikel 81.3 i fördraget.
2. Om avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden på vilka en kommissionsförordning enligt punkt 1 är tillämplig i ett visst fall har verkningar som är oförenliga med artikel 81.3 i fördraget på en medlemsstats territorium, eller på en del av detta vilken uppvisar alla kännetecken på en avgränsad geografisk marknad, får konkurrensmyndigheten i denna medlemsstat återkalla undantaget enligt förordningen i fråga på det territoriet.

8.3 Utredningens överväganden

Utredningens förslag:

- Det svenska systemet med gruppundantag avskaffas.
- Kommissionens gruppundantagsförfordningar tillämpas på avtal som kan ha en effekt på handeln mellan medlemsstater.
- Företagens behov av vägledning tillgodoses i övrigt genom kommissionens gruppundantag och riktlinjer samt genom rättspraxis och Konkurrensverkets allmänna råd.

8.3.1 Kommittédirektiven

I utredningens direktiv sägs följande. Reglerna i KL om individuella undantag har tillkommit med EG-rätten som förebild. I den nya tillämpningsförfordningen föreskrivs ett ständigt gällande legalundantag för avtal som uppfyller vissa angivna förutsättningar. Motsvarande förändringar i den svenska konkurrenslagen bör övervägas. Utredaren skall således pröva om det behövs och är lämpligt att införa ett sådant legalundantag i svensk lagstiftning. Utredaren skall föreslå de ändringar av det svenska regelsystemet som bedöms motiverade.

Med anledning av utredningens förslag att slopa reglerna i KL om anmälningar och individuella undantag, se kapitel 7, uppkommer följdfrågan vilka nya överväganden som krävs beträffande gruppundantagen i svensk rätt.

8.3.2 Gruppundantagens rättsliga ställning

Föreskrifter om enskildas ekonomiska förhållanden inbördes utgör civilrätt och meddelas enligt 8 kap. 2 § regeringsformen genom lag. Sådan lagstiftning kan inte delegeras. Även offentligrättsliga föreskrifter som avser ingrepp i enskildas ekonomiska förhållanden meddelas genom lag, 8 kap. 3 § regeringsformen. Föreskrifter av detta slag kan dock meddelas av regeringen efter bemyndigande i lag, 8 kap. 7 § regeringsformen. En reglering kan ha både civilrättsliga och offentligrättsliga inslag. Frågan om normgivningsmakten kan delegeras har i en sådan situation avgjorts efter om föreskrifterna till sin karaktär är ”i grunden” offentligrättsliga eller civil-

rättsliga.¹⁸ Dock får enligt 8 kap. 13 § regeringsformen verkställighetsföreskrifter utfärdas till såväl civillag som offentligrättslig lag. För att sådana skall få utfärdas krävs att den lagbestämmelse som skall kompletteras är tillräckligt detaljerad.¹⁹ När det gäller civillag anses särskild restriktivitet påkallad.²⁰

Förbudsregeln i 6 § KL har rättsföljder av såväl offentligrättslig som civilrättslig art. Överträdelse av förbudet kan sålunda föranleda inte bara offentligrättsliga ingripanden av Konkurrensverket och konkurrensskadeavgift utan även ett avtals ogiltighet och skadestånd.

Enligt gällande rätt är ett avtal som omfattas av ett gruppundantag giltigt från tidpunkten då avtalet ingicks. Omfattas däremot inte avtalet av något gruppundantag och har det inte beviljats individuellt undantag, är det ogiltigt enligt KL redan från det att det ingicks.

Efter moderniseringen är ett avtal som i och för sig omfattas av ett förbud i 6 § KL men som också omfattas av det föreslagna direkt tillämpliga undantaget 8 § giltigt enligt KL. Är avtalet däremot förbjudet och inte undantaget enligt det föreslagna direkt tillämpliga undantaget i 8 § KL torde ogiltigheten gälla redan från tidpunkten då avtalet ingicks.

Vidare skulle ett gruppundantag kunna återkallas beträffande ett avtal som omfattas av gruppundantaget men som har rättsverkningar som går utöver 8 § KL. Då skulle dock avtalet inte bli ogiltigt förrän efter att undantaget återkallats. Förekomsten av grupp-

¹⁸ Prop. 1997/98:44 s. 56 ff och 1997/98 KU 18, s. 35 ff. Jämför dock Lagrådets uppfattning se a. prop. s. 237 ff.

I lagrådsremissen med förslag till nuvarande KL föreslogs en bestämmelse som föreskrev att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämde skulle få föreskriva om undantag från förbudet i 6 § för grupper av avtal som uppfyllde förutsättningarna i 8 § (gruppundantag). Bestämmelsen kritiserades av Lagrådet, som ansåg att den gav möjlighet att utfärda föreskrifter av mer långtgående slag än verkställighetsföreskrifter. Enligt Lagrådets uppfattning utgjorde bestämmelsen ett bemyndigande att i förordning utfärda föreskrifter som enligt regeringsformen skulle kräva lagform. Under intryck av Lagrådets kritik uttalade regeringen i propositionen att bestämmelsen borde utformas som ett generellt undantag från förbudsområdet för sådana kategorier av avtal som uppfyller förutsättningarna i lagen för individuella undantag. Bestämmelsen borde vidare innehålla att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer i verkställighetsföreskrifter kommer att ange sådana kategorier av avtal.

I doktrinen har det ansetts att det numera upphävda gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln innebar en förhållandevis klar överträdelse av 8 kap. 2 § regeringsformen. Se *Wahl*, Rättsutlåtande rörande Gruppundantag för kedjor i detaljhandeln, Konkurrensverkets rapportserie 1997:1 s. 10. *Strömberg*, Normgivningsmakten enligt 1974 regeringsform, tredje upplagan, 1999, s. 134 f. har emellertid inte tagit ställning till frågan huruvida regleringen av institutet gruppundantag är förenlig med regeringsformens krav.

¹⁹ *Strömberg*, Normgivningsmakten enligt 1974 regeringsform, tredje upplagan, 1999, s. 130.

²⁰ *Strömberg*, Normgivningsmakten enligt 1974 regeringsform, tredje upplagan, 1999, s. 131.

undantaget skulle därför påverka tidpunkten från vilken ogiltigheten inträder, eftersom avtalet är ogiltigt från en annan senare tidpunkt än om gruppundantaget inte skulle ha funnits (förekomsten av gruppundantaget gör med andra ord avtalet giltigt för tiden från det att avtalet ingicks fram det att gruppundantaget upphörde att gälla).

Gruppundantagsförordningar utgör regeringsföreskrifter som alltså medför att ogiltighet och skadeståndsansvar inte skall gälla för vissa avtal. Som just har utvecklats får de också civilrättsliga verkningar av andra slag.

Riksdagen har inte heller bemyndigat regering att utfärda gruppundantag enligt 8 kap. 7 § regeringsformen, som ju inte gäller civillag. Enligt vad som uttryckligen anges i 17 § KL är det i stället fråga om verkställighetsföreskrifter. Med hänsyn till att gruppundantag sålunda har ingripande civilrättsliga verkningar och till att bestämmelserna i 8 § KL, som gruppundantagen bygger på, är allmänt hållna och förutsätter skönsmässiga bedömningar, kan det enligt utredningens mening ifrågasättas att de nuvarande förordningarna om gruppundantag är väl förenliga med regeringsformens bestämmelser om verkställighetsföreskrifter. Att Konkurrensverket enligt 18 § KL får återkalla det undantag som gäller för ett avtal på grund av ett gruppundantag, om avtalet har följder som är oförenliga med 8 §, talar också mot en sådan bedömning. Betänkligheterna förstärks, om 8 § KL görs om till ett generellt undantag som skall tillämpas – av domstolar och andra – tillsammans med det grundläggande förbudet i 6 § KL.

Avgörande för om delegationsmöjligheten i 8 kap. 7 § regeringsformen kan utnyttjas som grund för att utfärda förordningar om gruppundantag blir om KL till sin karaktär är ”i grunden” offentlig-rättslig eller civilrättslig. Svaret på den frågan är ingalunda givet. Som har framgått i det föregående innehåller KL såväl offentlig-rättsliga som civilrättsliga regler och bestämmelserna om gruppundantag inverkar på båda slagen av regler.

Eftersom utredningen redan av andra skäl föreslår att reglerna om gruppundantag i KL skall avskaffas, krävs inte något slutligt ställningstagande från utredningens sida i frågan om det skulle vara möjligt att fortsättningsvis utfärda gruppundantag i förordningsform.

8.3.3 Gruppundantagen i en moderniserad tillämpning

Som har framkommit tidigare anförde regeringen i propositionen²¹ om KL:s införande två huvudsakliga skäl för det nationella systemet med gruppundantag.

- Gruppundantagen innebär en administrativ lättnad för Konkurrensverket och företagen, eftersom den administrativa hanteringen av ärenden om individuella undantag begränsas.
- Gruppundantagen ökar regelsystemets förutsebarhet och företagen får därmed vägledning om reglernas tillämpning.

Administrativ lättnad

Utredningen föreslår att möjligheten att ansöka om undantag hos Konkurrensverket ersätts av en direkt tillämplig undantagsregel. Företagen får därmed själva bedöma om deras avtal och förfaranden är förenliga med konkurrensreglerna. Se härom kapitel 7. Eftersom anmälningar om individuella undantag alltså inte längre skall förekomma, kan ett system med gruppundantag inte fortsättningsvis utgöra en avlastning för företagen och Konkurrensverket. Det första skälet för gruppundantagens upprätthållande – att gruppundantagen medför en administrativ lättnad – kommer därför inte att ha någon relevans efter den 1 maj 2004 om utredningens förslag genomförs.

Förutsebarhet för företagen

Vissa typer av avtal, såsom forsknings- och utvecklingsavtal, förekommer inom många olika branscher. Avtalen varierar inom vida ramar när det gäller omfattning och betydelse. Frågan om sådana avtal som har märkbar effekt på den svenska marknaden även påverkar samhandeln kan därför inte besvaras generellt. Svaret blir bl.a. beroende av vilka varor eller tjänster och vilka företag som omfattas av det enskilda avtalet. Det torde dock finnas många sådana avtal som inte påverkar samhandeln, och på dem är uteslutande nationella regler tillämpliga.²²

²¹ Prop. 1992/93:56 s. 26 f.

²² Förordningsmotiv 2001:2, s. 24. Detsamma sägs gälla beträffande specialiseringsavtal, se förordningsmotiv 2001:1 s. 22. samt beträffande vertikala avtal, se förordningsmotiv 2000:3 s. 55.

I motorfordonsbranschen däremot förekommer inom hela den europeiska gemenskapen omfattande säljorganisationer för skilda bilmärken. Dessa organisationer bygger på standardavtal mellan leverantörerna och återförsäljarna. Detta innebär att marknaden täcks av vidsträckta nätverk med standardiserade avtalsklausuler på ett annat sätt än vad som är vanligt i många andra branscher. Den typiska situationen är därför att samhandeln är berörd, varför EG:s gruppundantag är direkt tillämpligt. Enligt förordningsmotiven till det svenska gruppundantaget för vertikala avtal för motorfordonssektorn kunde det dock inte uteslutas situationer där det kan finnas ett behov av ett svensk gruppundantag.²³

De svenska gruppundantagen har av hänsyn till behovet av rättslikhet utformats i nära överensstämmelse med kommissionens motsvarande gruppundantag. Ett par materiella avvikelser har dock beskrivits ovan. En generell återhållsamhet med att avvika från kommissionens gruppundantag har som nämnts ansetts motiverad för att inte värdet av denna rättslikhet helt eller delvis skall gå förlorat. De svenska gruppundantagen ger därför knappast i sig någon beaktansvärd ökad materiell vägledning till företagen utöver kommissionens motsvarande gruppundantag. Det kan inte heller utläsas att så skulle ha varit avsikten. Möjligen kan en ökad förutsebarhet sägas bestå i att man i Sverige *bekräftat* innehållet i motsvarande kommissionsförordningar genom att anta nationella förordningar med i stort sett samma innehåll. Dock är det också tydligt att de materiella avvikelserna ökar osäkerheten när det kan råda tvekan om också EG-rätten är tillämplig på ett avtal. EG-rätten har i ett sådant fall företrädare framför det nationella gruppundantaget. En risk finns då att de svenska reglerna vilseleder företagen och inger dem en falsk trygghet.

Kommissionens gruppundantag gäller och har rättsverkningar på alla avtal som kan ha samhandelseffekt. Avtal som omfattas av kommissionens gruppundantag kan inte förbjudas av en nationell myndighet eller domstol, annat än om gruppundantaget återkallats av behörig myndighet, som kan vara kommissionen eller Konkurrensverket.

EG-rätten får nu genom moderniseringsreformen större genomslag, se kapitel 5. När nationell konkurrenslag tillämpas måste enligt artikel 3.1 i förordningen även artiklarna 81 och 82 tillämpas, om avtalet eller förfarandet kan ha en samhandelseffekt. Kommis-

²³ Förordningsmotiv 2002:2 s 21 f.

sionens gruppundantag blir därmed styrande beträffande alla avtal och förfaranden som har en sådan samhandelseffekt. De svenska gruppundantagen skulle därför komma att sakna betydelse på avtal eller förfaranden som kan ha samhandelseffekt, eftersom all tillämpning kommer att bestämmas av EG-rätten. Det framstår av den anledningen som allt mindre lämpligt att upprätthålla sådana nationella gruppundantag för avtal med samhandelseffekt som avviker från kommissionens gruppundantag.

Företagens behov av vägledning om konkurrensreglernas tillämpning kommer som en följd av moderniseringsreformen att öka. Det beror på att företagen genom den slopade förhandskontrollen, se kapitel 7, själva får ta ansvaret för bedömningen om deras ekonomiska dispositioner ligger inom ramen för det konkurrensrättsliga regelverket.

Detta behov skulle inte kunna tillgodoses genom svenska gruppundantag i alla de fall där det är ovisst om EG-rätten är tillämplig eller inte. Vägledning får i stället sökas i första hand genom kommissionens gruppundantagsförfordningar. Till detta kommer de omfattande riktlinjer som kommissionen utfärdat beträffande vertikala avtal och horisontella samarbeten. Dessa riktlinjer kompletterar på ett betydelsefullt sätt kommissionens gruppundantagsförfordningar. Också när det gäller avtal som inte kan ha en samhandelseffekt torde kommissionens gruppundantag och riktlinjer kunna spela en viktig roll, särskilt beträffande de principiella bedömningarna av olika konkurrensrättsliga problem. Eftersom de svenska reglerna i allt väsentligt överensstämmer med EG-rättens måste kommissionens bedömningar kunna tjäna till vägledning även när KL tillämpas. Vidare kan Konkurrensverket i allmänna råd eller på annat sätt förklara hur det avser att tillämpa förbudsreglerna mot bakgrund av kommissionens gruppundantag och riktlinjer samt förekommande svensk domstolspraxis.

Därmed torde även företagens behov av vägledning kunna tillgodoses på andra mer ändamålsenliga sätt än genom nationella gruppundantagsförfordningar.

Sammanfattningsvis kommer gruppundantagen inte längre att lätta någon administrativ börda från företagen, eftersom avtalen annars ändå inte kan anmälas hos Konkurrensverket. Vidare kan förutsebarheten för företagen tillgodoses på andra sätt. Därtill kommer osäkerheten huruvida ordningen med gruppundantag såsom verkställighetsföreskrifter är förenlig med regeringsformen.

Mot denna samlade bakgrund talar övervägande skäl för att det svenska systemet med gruppundantag nu bör avskaffas.

9 Ålägganden och åtaganden

9.1 Nuvarande ordning

9.1.1 Åtgärder mot förbjudna konkurrensbegränsningar i svensk rätt

Enligt 23 § första stycket KL får Konkurrensverket ålägga ett företag att upphöra med överträdelser av förbuden i 6 eller 19 § samma lag. Bestämmelsen har utformats efter förebild från artikel 3 i förordning 17/62. Enligt 24 § KL gäller ett åläggande omedelbart, om något annat inte bestäms. Om Konkurrensverket i ett visst fall beslutar att inte meddela ett sådant åläggande, får Marknadsdomstolen göra det på talan av ett företag som berörs av överträdelsen (23 § andra stycket KL). Vidare gäller att, om det finns särskilda skäl för det, ett åläggande får meddelas för tiden till dess att frågan slutligt har avgjorts (25 § KL).

9.1.2 Nuvarande regler inom EG-rätten

Artikel 3.1 i förordning 17/62 lyder enligt följande.

1. Konstaterar kommissionen, efter ansökan eller på eget initiativ, en överträdelse av bestämmelserna i fördragets artikel 85 eller 86,¹ kan den ålägga de berörda företagen eller företagssammanslutningarna att upphöra med överträdelsen.

Av artikel 3 i förordning 17/62 framgår sålunda att kommissionen, när den har konstaterat en överträdelse av artikel 81 eller 82, kan ålägga berörda företag eller företagssammanslutningar att upphöra med överträdelsen. Ett sådant åläggande kan även avse en positiv

¹ Nuvarande artiklarna 81 och 82.

åtgärd. EG-domstolen har i *Magill*² uttalat att tillämpningen av artikel 3 i förordning 17/62 skall ske med utgångspunkt från överträdelsens natur och kan omfatta såväl förordnanden att företa vissa lagstridigt underlåtna verksamheter eller prestationer som ett förbud att fortsätta med vissa verksamheter, förfaranden eller omständigheter som står i strid med fördraget. Ett åläggande kan innebära att ett visst avtal, avtalsvillkor eller annat förbjudet förfarande måste upphöra. Det kan också gälla säljåläggande, rättelseåläggande eller prisåläggande.³ Dessa exempel på ålägganden torde i regel avse *beteendemässiga åtgärder*. Det råder delade meningar om hur omfattande befogenheter kommissionen har att besluta att ett företag skall avhända sig tillgångar eller att ett företag skall brytas upp i fristående enheter, s.k. *strukturella åtgärder*.

Det finns inte någon klar skiljelinje mellan beteendemässiga och strukturella åtgärder. Ett åläggande att vidta en strukturell åtgärd torde kunna innebära t.ex. att

- ett joint venture (gemensamt företag) måste struktureras om eller att samarbetet mellan moderbolagen upphör,
- en del av ett företag eller en rörelse måste avyttras,
- en vertikal uppbyggnad måste ske,
- vissa av ett företags tillgångar eller immateriella rättigheter måste avyttras⁴, eller att
- ett företag måste sälja ut sitt aktieinnehav (t.ex. en minoritetspost) i ett konkurrerande företag.⁵

Kommissionen torde med stöd av gällande rätt kunna ålägga berörda företag att vidta sådana åtgärder. Däremot är det omtvistat huruvida kommissionen också har rätt att besluta om strukturella åtgärder som är så långtgående att de kan betecknas som horisontell uppbyggnad. Hittills har inte någon sådan uppbyggnad av existerande företag skett med stöd av förordning 17/62.

De möjligheter till ingripanden som beskrivits ovan förutsätter att någon av förbudsreglerna i artikel 81 eller 82 i EG-fördraget har överträtts. Det torde inte vara möjligt att med stöd av EG:s kon-

² Förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, *RTE och ITP mot Kommissionen*, REG 1995 s. 743 p. 90; jfr. även domstolens dom i förenade målen 6 och 7/73, *Commercial Solvents*, REG 1974 s. 223.

³ Se vidare *Wetter m.fl.*, Konkurrenslagen, en handbok, andra upplagan, s. 659 ff.

⁴ Se mål 6/72 *Continental Can mot Kommissionen*, REG 1973, s. 215 och kommissionens beslut i *Warner-Lambert/Gillette och BIC/Gillette*, EGT 1993, L 116, s. 21.

⁵ Se mål 6/72 *Continental Can mot Kommissionen*, REG 1973, s. 215 och kommissionens beslut i *Warner-Lambert/Gillette och BIC/Gillette*, EGT 1993, L 116, s. 21

kurrensregler vidta åtgärder mot företag av det skälet att de bedöms som alltför dominerande, utan att någon överträdelse av nämnda förbud har förekommit.

9.1.3 Uppbrytning av företag

Flera gånger har frågan utretts om en uppbyggnad av befintliga företag bör kunna ske enligt svensk rätt som en metod att komma till rätta med negativa verkningar av befintliga företagskoncentrationer. Senast behandlade Kartellbekämpningsutredningen frågan i betänkandet Kartellbekämpning 2 (SOU 2001:94).⁶ Här avses med termen företagskoncentration inte den prövning som sker vid uppkomsten av företagskoncentrationer enligt EG:s koncentrationsförordning eller enligt KL:s regler om företagskoncentration.

Kartellbekämpningsutredningen redovisade bl.a. följande slutsatser.

Utredningen konstaterade att företagskoncentrationer kan ha skadliga verkningar för konkurrensen på marknaden. Dels kan det dominerande företaget tillåta sig diskriminerande eller på annat sätt repressiva åtgärder mot köpare och kvarvarande eller presumtiva konkurrenter. Dels kan företagets interna handlande påverkas negativt. Det dominerande företaget får nämligen en skyddad ställning som kan leda till att det blir mindre effektivt samt brister i rationalisering och produktutveckling. Företaget kan utveckla en sluten internmarknad. Resultatet kan bli att företaget håller alltför höga priser genom att det kan ta ut monopolvinster eller till följd av att det arbetar ineffektivt och har för höga kostnader.

Fyra slags konkurrensbefrämjande effekter av företagsuppbyggnad nämndes. Det dominerande företagets marknadsmakt minskar. Nyetableringen på marknaden kan underlättas, särskilt vid en vertikal uppbyggnad. Produktvariationen kan öka. Slutligen kan en uppbyggnad förväntas medföra att företagets marginalkostnad minskar, vilket kan leda till mer aggressiv konkurrens.

Emellertid kan förekomsten av stora företag också medföra positiva verkningar. Så kan stordrift leda till att den genomsnittliga produktionskostnaden minskar. Odelbara tillgångar kan utnyttjas effektivare och fasta kostnader kan fördelas mellan fler enheter.

⁶ Till exempel utredde även Konkurrenslagsutredningen frågan, se betänkandet Konkurrenslagen 1993–1996 (SOU 1997:20) s. 143.

Nackdelar från effektivitetssynpunkt kan följa av en företagsuppbyggnad. Sålunda kan stordriftsfördelar bli sämre utnyttjade och fasta kostnader dubblade. Vinster av specialisering i informations- och produktionsprocesser o.d. kan gå förlorade. Det kan bli svårare att utnyttja unika och odelbara tillgångar effektivt. Förutsättningarna för att bedriva kostsam forskning och utveckling kan försämrats. En företagsuppbyggnad kan dessutom få icke avsedda verkningar, t.ex. i form av dubbla monopol eller destandardisering, som medför att konkurrensen störs på andra sätt än före uppbyggnaden. Slutligen framhölls att själva genomförandet av en företagsuppbyggnad är förknippat med ett antal problem som kan föranleda att det ekonomiska värdet av ingreppet minskar påtagligt.

Till detta kommer att risken för att drabbas av uppbyggnad kan minska företagets investeringsvilja, eftersom det blir svårt att förutse framtiden.

De empiriska studier som redovisades i en rapport till utredningen gav inte någon entydig bild av företagsuppbyggnadernas effekter i praktiken. Många av de studerade fallen gällde inte företag som hade brutits upp endast därför att de hade haft en dominerande ställning; ofta hade det varit fråga om att komma till rätta med missbruk av något slag. Det var således svårt att dra några lärdomar av de uppbyggnader som hade förekommit. I några fall hade åtgärderna varit framgångsrika. Oftast syntes emellertid verkningarna ha varit övervägande negativa eller åtminstone hade de allvarligt ifrågasatts, särskilt när uppbyggnaderna hade syftat till att ingripa mot monopolisering eller missbruk av en dominerande ställning. I dessa fall hade svårigheter kunnat uppstå när det hade gällt att ta ställning till såväl om ett ingripande hade varit motiverat som hur ingripandet borde utformas. Möjligheterna att förutse effekterna av ett ingripande var alltför små. Det tycktes helt enkelt vara så att det inte finns någon allmänt godtagen ekonomisk teori som ger svar på frågorna när och hur företagsuppbyggnader bör ske, särskilt om syftet är att komma till rätta med skadliga verkningar av en redan bestående företagskoncentration. Dessa iakttagelser bekräftades av vad utredningen erfor vid ett besök i USA och Kanada.

Det sagda utgjorde enligt Kartellbekämpningsutredningens mening ett starkt skäl mot att införa lagregler om företagsuppbyggnad. Utan en hållbar ekonomisk teori som grund går det enligt utredningen knappast att i lag ange under vilka förutsättningar en uppbyggnad skall beslutas. Inte heller går det gärna att föreskriva

vilka metoder som skall få väljas och hur ett ingripande skall utformas.

9.2 Artiklarna 5, 7 och 9 i förordningen

Enligt artikel 5 i förordningen skall de nationella konkurrensmyndigheterna vara behöriga att tillämpa artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. De får för detta ändamål, på eget initiativ eller till följd av ett klagomål,

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

De får också besluta att det inte finns skäl för dem att ingripa.

Artikel 7 lyder enligt följande.

Artikel 7 – Konstaterande och upphörande av överträdelser

1. Om kommissionen till följd av ett klagomål eller på eget initiativ konstaterar att bestämmelserna i artikel 81 eller artikel 82 i fördraget har överträtts, får den genom beslut ålägga de berörda företagen eller företagsammanslutningarna att upphöra med överträdelsen. För detta ändamål får kommissionen ålägga dem alla åtgärder som hänför sig till företagets agerande (beteendemässiga åtgärder) eller strukturella åtgärder som är proportionerliga mot överträdelsen och nödvändiga för att få denna att upphöra. Strukturella åtgärder får endast åläggas om det antingen inte finns någon lika effektiv beteendemässig åtgärd eller om en lika effektiv beteendemässig åtgärd skulle vara mer betungande för det berörda företaget än den strukturella åtgärden. Om kommissionen har ett berättigat intresse av det får den även konstatera att en överträdelse tidigare har ägt rum.
2. Fysiska och juridiska personer som kan åberopa ett berättigat intresse i saken samt medlemsstaterna skall ha rätt att ge in klagomål enligt punkt 1.

Punkt 12 ingressen till förordningen lyder:

(12) I denna förordning bör det uttryckligen föreskrivas att kommissionen ges behörighet att ålägga alla åtgärder, såväl sådana som hänför sig till ett företags agerande (beteendemässiga åtgärder) som strukturella, som är nödvändiga för att få överträdelserna att upphöra, under iakttagande av proportionalitetsprincipen. Strukturella åtgärder bör endast åläggas antingen om det inte finns någon lika effektiv beteendemässig åtgärd, eller om en lika effektiv beteendemässig åtgärd skulle bli mer betungande för det berörda företaget än en strukturell åtgärd. Förändringar i ett företags struktur sådan den var innan överträdelsen ägde rum skulle bli proportionerliga endast om det finns betydande risk för fortsatta eller upprepade överträdelser som härrör från själva strukturen i företaget.

Artikel 9.1 lyder enligt följande.

1. När kommissionen avser att fatta ett beslut om att en överträdelse skall upphöra och de berörda företagen erbjuder åtaganden för att undanröja de betänkligheter som kommissionen har delgivit dem i sin preliminära bedömning, får kommissionen genom beslut göra dessa åtaganden bindande för företagen. Ett sådant beslut får fattas för en bestämd period och skall fastställa att det inte längre finns skäl för kommissionen att ingripa.

Punkt 13 i ingressen till förordningen lyder enligt följande.

(13) Om företag i samband med ett förfarande som kan leda till att ett avtal eller förfarande förbjuds erbjuder kommissionen att göra sådana åtaganden att dess betänkligheter undanröjs, bör kommissionen kunna fatta beslut som gör dessa åtaganden bindande för de berörda företagen. I besluten om åtaganden bör det fastställas att det inte längre finns något skäl att ingripa från kommissionens sida utan att det dras någon slutsats om huruvida en överträdelse har skett eller fortfarande sker. Beslut om åtaganden påverkar inte medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar när det gäller deras befogenheter att konstatera detta och besluta i fallet. Beslut om åtaganden är inte lämpliga i ärenden där kommissionen har för avsikt att ålägga böter.

9.3 Utredningens överväganden

Utredningens bedömning och förslag:

- Nuvarande regel att Konkurrensverket får ålägga företag att upphöra med överträdelser av förbuden i 6 och 19 §§ KL och artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget behålls.
- En kompletterande regel införs om att Konkurrensverket får godta åtaganden från företag. Ett sådant beslut får förenas med vite. Vitet föreläggs av Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket.

9.3.1 Kommittédirektiven

I utredningens direktiv sägs följande. Konkurrensverket har i dag befogenheter i fråga om ålägganden som motsvarar vad som hittills har gällt för kommissionen. Förändringarna ger kommissionen vissa befogenheter att vid tillämpningen av artiklarna 81 och 82 besluta om strukturella förändringar och göra företagens åtaganden bindande. Utredaren skall mot denna bakgrund bedöma om det behövs och är lämpligt att förändra även Konkurrensverkets befogenheter i dessa avseenden. Beslut om att göra åtaganden bindande utesluter enligt den nya EG-förordningen i princip en utförligare beslutsmotivering då beslutet inte kommer att innehålla någon analys av om en överträdelse förelåg innan åtagandena lämnades eller om det föreligger en överträdelse efter åtagandena. Vikten av att utredarens analys innefattar rättssäkerhetsaspekter måste därför understrykas. Sverige får bedömas inte ha någon förpliktelse att inrätta samma ordning i fråga om beslutsmotivering.

9.3.2 Förordningens krav på medlemsstaterna

Förordningen kräver dels att de nationella konkurrensmyndigheterna är behöriga att tillämpa artiklarna 81 och 82, dels att myndigheterna vid tillämpningen av EG-rätten kan fatta de typer av beslut som framgår av artikel 5. En nationell konkurrensmyndighet måste således ha möjlighet att meddela ålägganden att upphöra med överträdelser av artikel 81 och 82.

Konkurrensverket har enligt 23 § KL rätt att ålägga ett företag att upphöra med en överträdelse av förbuden i 6 eller 19 § KL. Sedan den 1 januari 2001 har Konkurrensverket även behörighet att tillämpa artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget samt att meddela ålägganden vid överträdelser av artiklarna 81 och 82. Den nuvarande svenska bestämmelsen att Konkurrensverket får besluta om ålägganden vid överträdelser av artiklarna 81 och 82 måste med hänsyn till artikel 5 finnas kvar i någon form.

I uppräknningen i artikel 5 finns också godtagande av åtaganden med. Nationella konkurrensmyndigheter måste alltså vara behöriga att fatta även sådana beslut. Någon behörighet i det hänseendet är inte föreskriven i svensk konkurrensrätt.

9.3.3 Kommissionens befogenheter

Artikel 7 innehåller bestämmelser om kommissionens beslut om konstaterande och upphörande av överträdelser. Den inledande bestämmelsen motsvarar artikel 3.1 i förordning 17/62.

Ett åläggande avser att återställa ett läge där inte längre någon överträdelse sker. Därför är innehållet i ett åläggandebeslut helt beroende av vilken typ av överträdelse det är fråga om och vilken form av åtgärd som krävs för att bringa överträdelserna till upphöra. Här framgår av förordningen att den minst ingripande åtgärden skall tillgripas.

Artikel 7 innehåller även bestämmelser som saknar motsvarighet i artikel 3.1 i förordning 17/62. Enligt artikeln får kommissionen ålägga företagen alla åtgärder som hänför sig till företagets agerande (beteendemässiga åtgärder) eller strukturella åtgärder som är proportionerliga mot överträdelserna och nödvändiga för att få denna att upphöra. Sådana strukturella åtgärder får åläggas endast om det antingen inte finns någon lika effektiv beteendemässig åtgärd eller om en lika effektiv beteendemässig åtgärd skulle vara mer betungande för det berörda företaget än den strukturella åtgärden.

Reglernas utformning, och företrädet för beteendemässiga åtgärder, speglar det förhållandet att sådana åtgärder normalt anses som mindre ingripande än strukturella åtgärder, som kan vara mycket ingripande för företagen.

Bestämmelsens ordalydelse hindrar inte en tolkning med innebörden att kommissionen också skulle kunna besluta om en uppbyggnad av företagskoncentrationer, om det skulle anses propor-

tionerligt. Enligt uppgifter till utredningen, bl.a. från kommissionshåll, har diskussionerna i rådet som föregått antagandet av rådsförordningen mest rört frågan huruvida kommissionens befogenheter nu borde omfatta även möjligheten att bryta upp företag.⁷

Från kommissionshåll anser man att kommissionen genom artikel 7 blir behörig att besluta om uppbrytning av företag. En sådan åtgärd torde kunna vidtas endast i exceptionella fall där det finns en betydande risk för fortsatta eller upprepade överträdelser som härrör från själva strukturen i företaget (se ingresspunkt 12). Förordningen lägger nämligen stor vikt vid att ålägganden inte är mer långtgående än vad som krävs för att neutralisera effekterna av en överträdelse. Med tanke på det svaga stödet i ekonomisk teori för uppbrytning av en företagskoncentration ifrågasätter utredningen att ett beslut om en sådan uppbrytning någonsin kan anses proportionerligt, eftersom effekterna av en sådan åtgärd är osäkra och inte går att förutse.

Vidare ges kommissionen enligt artikel 9 i förordningen en befogenhet att fatta beslut om att godta ett företags åtaganden i samband med ett förfarande genom vilket kommissionen avser att fatta beslut om att en påstådd överträdelse skall upphöra. Mottagaren blir genom beslutet bunden av sitt åtagande. Beslutet är inte bindande för nationella domstolar eller nationella konkurrensmyndigheter utan dessa kan besluta om mer ingripande åtgärder än vad kommissionen har gjort. I beslutet skall det konstateras att det inte längre finns skäl för ingripande. Endast under vissa särskilda omständigheter får kommissionen ta upp förfarandet på nytt. Enligt artikel 9.2 i förordningen får kommissionen sålunda på begäran eller på eget initiativ ta upp förfarandet på nytt om de sakförhållanden som låg till grund för beslutet har ändrats i något väsentligt avseende, om de berörda företagen åsidosätter sina åtaganden, eller om beslutet grundar sig på ofullständiga, oriktiga eller vilseledande uppgifter som parterna har lämnat.

⁷ Utöver det amerikanska s.k. *Microsoft*-fallet, som rörde just en uppbrytning av företaget, har gällande EG-rättspraxis (*Magill*, *Continental Can*, *Philip Morris*, *Gillette*, och *Raso*) diskuterats. Inget av de senare målen eller ärendena har avsett någon uppbrytning av ett företag.

9.3.4 Svenska regler om ålägganden

Som framgått har frågan om uppbyggnad av befintliga företagskoncentrationer analyserats tidigare av Kartellbekämpningsutredningen. Även vid ett förnyat övervägande framstår det inte som lämpligt att införa regler om uppbyggnad av företagskoncentrationer på nationell nivå.

Utredningen anser därför att reglerna om åläggande i svensk konkurrenslagstiftning inte bör ändras med hänsyn till artikel 7 i förordningen. I stället bör nuvarande svenska regler behållas.

9.3.5 Koncentrationsprövning

I den mån en företagskoncentration är prövad enligt EG:s koncentrationsförordning torde den inte, utan att nya sakförhållanden framkommit, kunna bli föremål för kommissionens ingripande enligt artiklarna 81 eller 82 inom tillämpningsområdet för förordning 17/62. Detsamma torde gälla även i förhållande till förordning 1/2003. I samband med att nya regler om företagskoncentration infördes i Sverige klargjordes att de konstitutiva delarna av den uppkomna företagskoncentrationen skulle prövas enligt koncentrationsreglerna och därmed på samma sätt inte heller skulle kunna bli föremål för ingripanden enligt 6 eller 19 § KL.⁸

En strukturförändring som har godkänts som en koncentration enligt EG-rätten eller KL torde därför som regel inte som sådan kunna angripas och omfattas av ett åläggande enligt de svenska reglerna i 23 § KL.

9.3.6 Godta åtaganden

Kommissionen har enligt artikel 9 i förordningen möjligheter att godta åtaganden från företag som enligt kommissionens preliminära bedömning har överträtt ett förbud. Genom beslutet får kommissionen göra åtagandet bindande. Situationen är alltså den att det finns ett avtal eller förfarande som kommissionen ifrågasätter och det åtagande som företaget erbjuder undanröjer de negativa effekterna på konkurrensen av avtalet eller förfarandet, som kommissionen preliminärt har bedömt som förbjudet.

⁸ Se prop. 1998/1999:144 s. 59.

Enligt artikel 5 skall även en nationell konkurrensmyndighet vara behörig att godta åtaganden. För närvarande saknas en uttrycklig sådan behörighet i KL eller 1994 års lag. Ett åtagande skall avse sådana åtgärder som undanröjer den konkurrensbegränsning eller det missbruk som utgör en överträdelse av artikel 81 eller 82.

En regel bör därför införas om godtagande av åtaganden i förhållande till artiklarna 81 och 82. Även om det enligt artikel 5 inte torde krävas att den nationella myndigheten kan göra ett åtagande bindande, talar det mesta för att Konkurrensverket i likhet med kommissionen bör kunna göra dessa åtaganden bindande genom sitt beslut.

Med tanke på vikten av rättslikhet mellan EG-rätten och KL bör regler införas om att Konkurrensverket får godta åtaganden även i förhållande till 6 och 19 §§ KL.

I utredningens direktiv uttalas att beslut om att göra åtaganden bindande enligt den nya förordningen i princip utesluter en utförligare beslutsmotivering då beslutet inte kommer att innehålla någon analys av om en överträdelse förelåg innan åtagandena lämnades eller om det föreligger en överträdelse efter åtagandena. Därför understryks vikten av att utredarens analys innefattar rättssäkerhetsaspekter. Det sägs också att Sverige får bedömas inte ha någon förpliktelse att inrätta samma ordning i fråga om beslutsmotivering.

I 20 § förvaltningslagen (1996:223) finns regler om myndigheters skyldighet att motivera sina beslut. Ett beslut varigenom en myndighet avgör ett ärende skall innehålla de skäl som har bestämt utgången, om ärendet avser myndighetsutövning mot någon enskild. Skälen får dock utelämnas helt eller delvis bl.a. om beslutet inte går någon part emot eller om det av någon annan anledning är uppenbart obehövligt att upplysa om skälen. Vidare sägs att myndigheten på begäran av den som är part om möjligt bör upplysa om skälen i efterhand, om de har utelämnats.

Kraven på att en myndighets beslut skall innehålla de skäl som bestämt utgången är således inte utan undantag.

I de fall där Konkurrensverket godtar ett åtagande är det fråga om myndighetsutövning mot enskild. Ett beslut att godta ett åtagande innebär att myndigheten beslutar på det sätt som företaget har begärt. I den meningen kan sägas att beslutet inte har gått parten emot. Emellertid är syftet med åtagandet från företags sida att undvika att myndigheten meddelar ett åläggandebeslut mot företaget. Konkurrensverkets beslut är det sista ledet i en myndighets-

utövning som innebär att verket ingriper mot företaget och sett från den utgångspunkten kan det hävdas att beslutet går emot företaget som part i ärendet. Förvaltningslagens undantag från motiveringsskyldigheten bör också tolkas så att det inte gäller vid tvekan huruvida ett beslut går parten emot.⁹

Det anförda talar för att huvudregeln i förvaltningslagen om motiveringsskyldighet bör vara tillämplig på beslut av Konkurrensverket om att godta åtaganden. Som har anförts i utredningens direktiv synes EG-förordningen inte lägga hinder i vägen för en sådan ordning. I anslutning till vad som uttalas i direktiven bör det också sägas att företagets rättssäkerhet främjas om verket redovisar i beslutet vad överträdelsen består i; därigenom underlättas kontrollen över myndighetens maktutövning.

Å andra sidan kan förfarandet jämföras med förfaranden inom näriliggande områden. Beträffande företagets åtaganden vid prövningen av företagskoncentrationer enligt KL, torde sålunda praxis innebära att det inte krävs att Konkurrensverket i beslutet redovisar på vilket sätt en överträdelse konstaterats eller att förbud skulle ha meddelats om inte åtagandet hade gjorts. Likaså har det förekommit på senare tid att Konkurrensverket låtit omfattande samarbetsavtal mellan de största aktörerna på telemarknaden gå till s.k. automatiskt undantag utan egentlig beslutsmotivering efter ändringar ("åtaganden") från företagets sida.¹⁰

Ett system som tog större hänsyn till företagets intresse av att få motiverade beslut skulle kunna medföra andra nackdelar för företagen. Det skulle t.ex. kunna förlänga handläggningstiderna. Vidare skulle sådana motiverade beslut kunna komma att åberopas mot företaget i en skadeståndprocess. Ju mer utförligt ett sådant beslut är, desto större nackdel kan det ha för företaget i processen. Det skulle dock självfallet vara till fördel för vissa andra företag, nämligen företag som begär skadestånd.

Det finns således både fördelar och nackdelar med motiverade beslut. Dock innebär förordningens reglering en typ av summariskt förfarande, som torde ha övervägande fördelar för såväl företagen som Konkurrensverket. Något särskilt krav på motivering bör därför inte uppställas vid beslut om godtagande av ett åtagande. En förnuftig tillämpning av förvaltningslagens regler borde kunna tillfredsställa såväl kravet på rättssäkerhet som behovet av smidighet i

⁹ Se *Hellners, Malmqvist*, Nya förvaltningslagen med kommentarer, 5 uppl. 1999 s. 211.

¹⁰ Se t.ex. Konkurrensverkets beslut 2002-03-12 i Dnr 321/2001.

förfarandet. I många fall torde det vara tillräckligt att Konkurrensverket kortfattat och översiktligt redovisar de överväganden som föranlett verket att godta det föreslagna åtagandet.

Kommissionens beslut om åtagande binder enligt punkt 13 i ingressen till förordningen inte medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller domstolar. Av artikel 23.2 c) i förordningen framgår dock att böter kan åläggas ett företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet inte iakttar ett åtagande som gjorts bindande genom beslut enligt artikel 9.

Rättsverkningarna av att Konkurrensverket godtagit ett åtagande torde bli desamma som nu gäller när ett företag förbundit sig att ändra ett avtalsvillkor för att få ett positivt beslut om undantag av verket.¹¹

Om Konkurrensverket godtar ett åtagande binder det verket. Dock bör verket i likhet med kommissionen på begäran eller på eget initiativ kunna ta upp förfarandet på nytt, om de sakförhållanden som låg till grund för beslutet har ändrats i något väsentligt avseende, om de berörda företagen åsidosätter sina åtaganden, eller om beslutet grundar sig på ofullständiga, oriktiga eller vilseledande uppgifter som parterna har lämnat.¹² Detta torde möjligen följa redan av allmänna rättsgrundsatser men bör i klarhetens intresse regleras uttryckligen i KL (jfr 12 § KL).

Företaget blir också bundet av sitt åtagande. Immunitet mot konkurrensskadeavgift saknas om företaget trots avtalets ändrade lydelse ändå tillämpar det otillåtna avtalsvillkoret. Ogiltighet och skadestånd kan bli andra följder av en sådan tillämpning.

Beträffande den närmare regleringen av Konkurrensverkets nu ifrågavarande beslut om att godta åtaganden kan förebilder sökas i de nuvarande reglerna i KL om förfarandet vid åtaganden i samband med prövningen av företagskoncentrationer. Enligt 57 § andra stycket KL får ett frivilligt åtagande i samband med en företagskoncentration förenas med vite. Enligt utredningens mening bör samma ordning kunna tillämpas när Konkurrensverket godtar ett åtagande från ett företag vid tillämpningen av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget eller 6 och 19 §§ KL.

Ett sådant vite bör – liksom enligt de nuvarande bestämmelserna i 57 § andra stycket KL – föreläggas av Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket. Tingsrättens prövning bör inriktas på

¹¹ Ett beslut om undantag får enligt 10 § andra stycket KL förenas med villkor och ålägganden.

¹² Artikel 9.2 i förordningen.

att kontrollera att de formella förutsättningarna är uppfyllda och att uppgörelsen ligger inom ramen för KL samt att åtagandet är tillräckligt preciserat.¹³ Ett beslut att godta ett åtagande i samband med prövningen enligt KL av en företagskoncentration torde inte kunna överklagas. Ett beslut av Konkurrensverket att godta ett frivilligt åtagande bör inte heller kunna överklagas.

Bestämmelsen om den särskilda talerätten i 23 § andra stycket KL föreslås vara fortsatt tillämplig. I ett system med åtaganden innebär detta att ett företag som anser sig vara utsatt för ett annat företags överträdelse av konkurrensreglerna kan väcka talan mot det företaget, trots att Konkurrensverket har godtagit ett åtagande från det senare företaget. Talan får i ett sådant fall avse förfarandet med de ändringar som följer av åtagandet och innefatta ett påstående om att förfarandet alltjämt utgör en överträdelse av förbudet i 6 eller 19 § KL.

¹³ Se prop. 1992/93:56 s. 112.