

Jens Fejø

Den nye EU-konkurrenceret i nordisk perspektiv



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2005

**Den nye
EU-konkurrenceret
i nordisk perspektiv
1. udgave, 1. oplag**

© Forfatterne og Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller
anden gengivelse af eller kopiering fra denne bog
eller dele heraf er ifølge gældende dansk lov om ophavsret
ikke tilladt uden forlagets skriftlige samtykke
eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Morten Højmark
Tryk: Holbæk Amts Bogtrykkeri
Indbinding: Damm's Forlagsbogbinderi, Randers
Printed in Denmark 2005
ISBN 87-574-1367-3

Udgivet med støtte fra Nordisk Ministerråd

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Postboks 2702
2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Forord

De store omvæltninger inden for EU-konkurrencerettens område inden for de seneste år dannede baggrund for at afholde en konference, som længe havde været i støbeskeen. Den gennemførtes den 23. og 24. november 2004 i Køge, Danmark. Med konferencen blev det tilsligtet at foretage en foreløbig status over udviklingen, samtidig med at det blev tilstræbt at give plads for overvejelser over EU-konkurrencerettens fremtidig placering, når det udvidede EU i fuldt omfang sætter sig igennem.

Konferencen var arrangeret af Juridisk Institut, Handelshøjskolen i København, og gennemførtes med bistand fra Nordisk Ministerråd. Indlæg og program fra konferencen er samlet i denne publikation, som forhåbentligvis kan komme til nytte i interesserede kredse.

København, maj 2005

Jens Fejø

Indholdsfortegnelse

DEN NYE EU-KONKURRENCERET I NORDISK PERSPEKTIV Jens Fejø	9
MODERNISERINGSREFORMEN AV EU:S ANTITRUSTPOLITIK FRÅN EN CENTRALISERAD ORDNING MED FÖRHANDSGODKÄNNANDE TILL ETT DECENTRALISERAT NÄTVERKSSAMARBETE Sven Norberg	13
DEN NYE EU-KONKURRENCERET OG DOMSTOLENE Bo Vesterdorf	29
DEN NYA EU-KONKURRENSRÄTTEN I RELATION TILL DET NORDISKA Ulf Bernitz	47
SAMARBETET MELLAN KONKURRENSMYNDIGHETerna INOM EUROPEAN COMPETITION NETWORK, ECN Monica Widegren	59
RÄDSETS FÖRORDNING 1/2003 – NYA UTMANINGAR FÖR FÖRETAG OCH DERAS RÄDGIVARE Marja Hanski	65
UDFORDRINGERNE FRA OG FORVENTNINGERNE TIL DEN NYE EU- KONKURRENCERET FRA DE NATIONALE MYNDIGHEDERS SIDE Finn Lauritzen	71
Virksomhedens syn på Rådsforordning 1/2003 Anders Jensen	81
HÅNDHEVELSE AV KONKURRANSEREGLENE – MOT EN DEFINERT ROLLE FOR PRIVATE? Erling Hjelmeng	89
DEN NY FUSIONSKONTROLFORORDNING – FORORDNING 139/2004 Morten Broberg	105
GRUPPEFRITAGELSEN FOR TEKNOLOGIOVERFØRSELSAFTALER – OVERBLIK OG ANVENDELSE I PRAKSIS Christian Karhula Lauridsen, Mikkel Vittrup og Jacob Borum	115

TEKNIKÖVERFÖRINGSFÖRORDNINGEN – ETT SÄTT ATT HITTA EN SÄKER HAMN? Katarina Olsson	133
DET OFFENTLIGE OG KONKURRANSE I MARKEDSSTATEN – SÆRLIG OM SEKTORREGULERING OG KONKURRANSEREGLER PÅ DE REGULERTE SEKTORER Hans Petter Graver	161
OFFENTLIGE KONKURRENCEBEGRÆSNINGER OG EU-RETSEN - STREJF AF DEN SENESTE UDVIKLING Ulla Neergaard.....	187
Program for Den nye EU-konkurrenceret i nordisk perspektiv	231

DEN NYE EU-KONKURRENCERET I NORDISK PERSPEKTIV

Jens Fejø

Selv om konkurrenceretten inden for den Europæiske Union som en fast bestanddel af den centrale EU-ret har lang tids udvikling bag sig, har dette ikke afholdt konkurrenceretten fra at blive "nyskabt" i det 3. årtusinde. Det er berettiget at sige, at de regler og principper, som EU-konkurrenceretten har arbejdet efter siden begyndelsen af 1960erne, med årtusindskiftet på væsentlige punkter er blevet ændret eller nyskabt.

Moderniseringen kan med rimelighed datere sine første egentlige tiltag til udstedelsen af Rådets forordninger nr. 1216/1999¹, som ændrede Rfo 17/62, og nr. 1215/1999², hvorved anvendelsesområdet for gruppefritagelser blev udvidet. Ändringen af Rfo 17/62 betød, at alle vertikale konkurrencebegrænsende aftaler blev fritaget for den tidligere bestående "anmeldelsespligt" som almindelig betingelse for fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3 uden for gruppefritagelserne. Og den anden forordning fra 1999 indebar, at der skabtes hjemmel for Kommissionens gruppefritagelsesforordninger for konkurrencebegrænsende aftaler, som bl.a. omfattede mere end to virksomheder.

Med disse forordninger blev der navnlig signaleret en ny retning for behandling af vertikale konkurrencebegrænsende aftaler, men også horisontale konkurrencebegrænsende aftaler ville i større omfang end tidligere kunne nyde godt at de fremtidige gruppefritagelser. Siden har udviklingen imidlertid omfattet betydelige lovgivningsmæssige foranstaltning med vidtrækende konsekvenser for retsudøvel-

¹⁾ Rådets forordning (EF) nr. 1216/1999 af 10. juni 1999 om ændring af forordning nr. 17, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 81 og 82, EFT 1999 L 148/5.

²⁾ Rådets forordning (EF) nr. 1215/1999 af 10. juni 1999 om ændring af forordning nr. 19/65/EØF om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af aftaler og samordnet praksis, EFT 1999 L 148/1.

Jens Fejø

sen og for erhvervslivet. Det er således ikke mindst tilfældet med gennemførelsen af den store Rådsforordning 1/2003³, hvorved decentraliseringen blev en realitet, og hvormed der skete en aktivering af nationale konkurrencemyndigheder og nationale domstole med henblik på ikke blot at anvende national konkurrenceret, men også EU-konkurrenceretten. Hertil kom en omfattende præcisering af de EU-konkurrenceretlige princippers indhold og anvendelse gennem den sekundære regeludstedselse. Forordningens betydning for domstolene, såvel de nationale som EF-domstolen og Retten i Første Instans, må heller ikke undervurderes i denne sammenhæng.

Samtidig med iværksættelsen af Rfo 1/2003 den 1. maj 2004⁴ iværksattes den nye fusionskontrolforordning, Rfo 139/2004⁵. Det var ikke tilfældigt, at også dette rigtige redskab i konkurrencens tjeneste blev nyskabt. Den hidtidige udvikling siden den første fusionskontrolforordning, som var trådt i kraft i 1990⁶, havde vist, at en række mindre hensigtsmæssige konsekvenser var vokset frem og havde lagt sig hindrende i vejen for en strømlinet behandling af virksomhedssammenslutninger af forskellig art.

Konkurrencerettens orientering hen imod mere efficiente resultater, når de økonometriske konsekvenser bliver taget i betragtning, skulle desuden sikres gennem udstedelsen af gruppefritagelserne efter "den nye metode". Første gruppefritagelse efter den nye metode var Kfo 2790/1999⁷ om vertikale restriktioner, hvor de tidligere gruppefritagelsesforordninger om eneforhandling, eksklusivt køb og franchising blev erstattet af én forordning. Samtidig blev selektiv distribution, som hidtil i det væsentlige alene havde været dækket af Domstolens afgørelser inden for rammerne af artikel 81, stk. 1 som regulator for området, nu underlagt gruppefritagelsessystemet. Året efter betød de to nye gruppefritagelsesforord-

³⁾ Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EFT 2003 L 1/1.

⁴⁾ Rfo 1/2003 fastlagde i artikel 45 om "Ikraftræden", at forordningen "træder i kraft på tyvendedagen efter offentliggørelsen" i EFT (det ville have været i januar 2003), men samtidig siger det, at "Den anvendes fra den 1. maj 2004". Realiteten var, at den kunne anses for at træde i kraft den 1. maj 2004.

⁵⁾ Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«), EUT 2004 L 24/1. Denne forordning har i artikel 26 en til Rfo 1/2003 svarende ikraftrædelsesbestemmelse, altså i realiteten den 1. maj 2004.

⁶⁾ Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med virksomhedsammenslutninger, EFT 1990 L 257/13 (den berigtede version).

⁷⁾ Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, EFT 1999 L 336/21.

Den nye EU-konkurrenceret i nordisk perspektiv
ninger for horisontalt samarbejde, Kfo 2658/2000⁸ om specialiseringsaftaler og Kfo 2659/2000⁹ om forsknings- og udviklingsaftaler, at også dette område blev undergivet en håndtering, som i større omfang end tidligere kunne tillægge de økonomiske konsekvenser betydning ved den praktiske håndtering af konkurrencereglerne. Det samme gælder for udstedelsen af Kfo 772/2004¹⁰, gruppefritagelsesforordning for teknologioverførselsaftaler, der udstedtes til ikrafttrædelse den 1. maj 2004¹¹ og efter den nye metode.

Den store nye Rfo 1/2003 med udstrakt grad af decentralisering og afskaffelse af anmeldelsessystemet, samtidig med en nyorientering af fusionskontrollen i EU med klar inspiration fra USA, men dog samtidig en egenartet EU-regulering, og endelig gruppefritagelserne efter den nye metode har tilsammen betydet en væsentlig ny situation for virksomhederne. Således har afskaffelsen af anmeldelsessystemet betydet, at der ikke længere er nogen "sikker havn", hvorved virksomhederne som tidligere gennem anmeldelser kunne opnå immunitet for de anmeldte aftaler, indtil Kommissionen skred ind, en begivenhed som meget ofte lod vente særdeles lang tid, grundet et betydeligt administrativt besværligt system. Virksomhederne, og deres rådgivere, er herved blevet henvist til egenhændigt nu at skulle tage stilling til, om deres grænseoverskridende aftaler er omfattet af artikel 81, såvel stk. 1, som stk. 3. EU-lovgiver har vel dermed besluttet sig for at give det europæiske erhvervsliv status som "voksent", færdig med puberteten og parat til på egne ben at skulle tage stilling til de konkurrenceretlige vurderinger, som de hidtil i betydeligt omfang kunne overlade til Kommissionen. For erhvervslivet har den gennemførte decentralisering også betydet nye udfordringer. Med decentraliseringen er det ikke blot Kommissionen, der i første række behandler de EU-konkurrenceretlige sager. Ikke blot kan, men skal, nationale konkurrencemyndigheder og nationale domstole fremover, når der er tale om grænseoverskridende forhold, behandle EU-konkurrenceretlige problemstillinger, når de behandler en sag efter deres nationale konkurrencelove.

Dette kan gøre erhvervsbetigelserne inden for EU komplicerede. Således vil involverede virksomheder ofte stå over for muligheder for at henvende sig til forskellige myndigheder, f.eks. til Kommissionen eller til en eller flere nationale

⁸⁾ Kommissionens forordning (EF) nr. 2658/2000 af 29. november 2000 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af specialiseringsaftaler, EFT 2000 L 304/3.

⁹⁾ Kommissionens forordning (EF) nr. 2659/2000 af 29. november 2000 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler, EFT 2000 L 304/7.

¹⁰⁾ Kommissionens forordning (EF) nr. 772/2004 af 27. april 2004 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler, EUT 2004 L123/11.

¹¹⁾ Jf. artikel 11.

Jens Fejø

konkurrencemyndigheder. Men også myndighederne vil ofte være i den situation, at det ikke er klart fra begyndelsen, hvilken eller eventuelt hvilke myndigheder, der har den fornødne kompetence til at behandle de opståede konkurrencesager, og ofte vil den situation foreligge, at forskellige myndigheder kan blive involveret fra forskellige sider, klagere, berørte forbrugere, konkurrerende foretagender eller andre, som hver har deres interesse i, hvor og af hvem en sag behandles. Erkendelsen af disse rækker af usikkerhedsmomenter har ført til etableringen af at det europæiske net af konkurrencemyndigheder, ECN, European Competition Network, hvor en "indmeldingprocedure" for sager, primært opstået på nationalt plan, skal følges, så sagerne bliver placeret som en slags fælleseuropæiske konkurrencesager. ECN er nyt, og arbejdsgangen heri må optage enhver, der er EU-konkurrenceretligt interesseret, som følge af de store forventninger til resultaterne af arbejdet i ECN, der må stilles.

For virksomhederne må den nye fusionskontrol også byde på nyskabelser. Således rummer bl.a. den nye test, som skal være afgørende for, om en fusion er forenelig eller ej med det fælles marked, en approach, som har sit tankemæssige udspring i amerikansk ret, men med europæisk islæt, og mulighederne for at få sager henviset fra Kommissionen til nationale konkurrencemyndigheder eller omvendt bærer også nye muligheder med sig, som må overvejes allerede fra den første start på en overvejet eller planlagt fusion.

Disse, og andre, mange nyheder inden for EU-konkurrenceretten dannede baggrund for at afholde den konference, som længe havde været i støbeskeen og gennemførtes den 23. og 24. november 2004. Med konferencen blev det tilsigtet at foretage en foreløbig status over udviklingen, samtidig med at det blev tilstræbt at give plads for overvejelser over EU-konkurrencerettens fremtidig placering, når det udvidede EU i fuldt omfang sætter sig igennem.

MODERNISERINGSREFORMEN AV EU:S ANTITRUSTPOLITIK

FRÅN EN CENTRALISERAD ORDNING MED FÖRHANDSGODKÄNNANDE TILL ETT DECENTRALISERAT NÄTVERKSSAMARBETE

Sven Norberg*

1. Inledning

Den 1 maj 2004 trädde den mest genomgripande reformen av EU:s konkurrenspolitik sedan Romfördragets tillkomst i kraft, Moderniseringsreformen vad gäller tillämpningen av artiklarna 81 och 82 EG. Genom Rådsförordning 1/2003¹ som tillämpas sedan detta datum samtidigt med den Europeiska Unionens utvidgning med tio nya medlemsstater har nu den rättsliga grunden getts för en enhetlig tillämpning av artiklarna 81 och 82 såväl i samtliga EU:s 25 medlemsstater av dessas konkurrensmyndigheter och domstolar som av Kommissionen.

Inför ikraftträdet utarbetade Kommissionen också det s.k. Moderniseringspaketet, bestående av en Verkställighetsförordning och sex Tillkännagivanden, vilka alla publicerades i EUT den 27 april 2004. Dessa sju rättsakter är:

- Kommissionens verkställighetsförordning 773/04 rörande Kommissionens förvarande enligt art. 81 o. 82 (EUT 04/L123/ 18, 27.4.04),
- Kommissionens Tillkännagivande om samarbete inom Nätverket av konkurrensmyndigheter (ECN) (EUT 04/C101/43, 27.4.04,

* Jur.dr.h.c. Direktör vid EU-kommissionens Generaldirektorat Konkurrens. Uppfattningar som kommer till uttryck är författarens egna.

¹⁾ EGT L 1, 4.1.2003, s.1.

Sven Norberg

- Kommissionens Tillkännagivande om samarbete mellan Kommissionen och EU-medlemsstaternas domstolar vid tillämpningen av art. 81 och 82 EG (EUT 04/C101/54, 27.4.04),
- Kommissionens Tillkännagivande om handläggning vid Kommissionen av klagomål enligt art. 81 och 82 EG (EUT 04/C101/65, 27.4.04),
- Kommissionens Tillkännagivande om informell vägledning beträffande nya frågor rörande art. 81 och 82 EG som uppkommer i enskilda ärenden ("guidance letters") (EUT 04/C101/78, 27.4.04),
- Kommissionens Tillkännagivande med Riktlinjer rörande begreppet påverkan på handeln i art. 81 och 82 EG (EUT 04/C101/81, 27.4.04),
- Kommissionens Tillkännagivande med Riktlinjer rörande tillämpningen av art. 81.3 EG (EUT 04/C101/97, 27.4.04).

I det följande ges en sammanfattande redogörelse för de viktigaste inslagen i reformen, samt hur arbetet för Kommissionen, nationella konkurrensmyndigheter och domstolar förändrats genom Moderniseringssreformens ikraftträdande.

2. BAKGRUND TILL REFORMEN – SITUATIONEN FÖRE DEN 1 MAJ 2004

Syftet med hela moderniseringssreformen har varit att komma tillräffa med de brister som den sedan 1962 rådande ordningen enligt Förordning 17 efter hand fört med sig. Till dessa hör framförallt, å ena sidan, ett tungt byråkratiskt förfarande hos Kommissionen där "notifieringskulturen" (anmälningarna av avtal för negativattest eller undantag) bundit upp för mycket av Kommissionens knappa resurser och därigenom hämmat det effektiva bekämpandet av allvarliga brott såsom internationella karteller, svåra missbruk och hindrande av parallelhandel. Detta har, å andra sidan, medfört bristande effektivitet i utnyttjandet av de nationella konkurrensmyndigheternas resurser vilket i sin tur bl.a. förorsakats av otillräckliga möjligheter för samarbete de Europeiska konkurrensmyndigheterna sinsemellan. Mot denna bakgrund har huvudmålsättningarna för den nya ordningen i huvudsak varit tre:

- för det *första* att säkerställa ett utökat och mer effektivt genomförande av de Europeiska konkurrensreglerna i artikel 81 och 82 EG i EU:s samtliga 25 medlemsstater;
- för det *andra*, att åstadkomma "a level playing field" för företagen på den inre marknaden, särskilt genom att säkerställa en enhetlig tillämpning av

Moderniseringen av EU:s antitrustpolitik

EG:s konkurrensregler av samtliga verkställighetsorgan (såväl myndigheter och domstolar);

- för det *tredje* att kunna mer effektivt använda de knappa Komissionsresurserna för att bekämpa de mot allvarliga brotten.

Reformens huvudinslag kan i korthet sammanfattas i följande tolv punkter:

- Förordning 1/03 ersätter förordning 17,
- Skyldighet för nationella konkurrensmyndigheter att tillämpa artiklarna 81 och 82, så snart dessa kan gälla, med respekt för dessas företräde framför nationella konkurrensregler (art. 3 förordning 1/03),
- Slopande av kommissionens monopol att tillämpa artikel 81.3, (art. 1, 5 och 6 förordning 1/03)
- Direkt effekt av artikel 81.3 vid nationella konkurrensmyndigheter och domstolar (art. 1, 5 och 6 förordning 1/03),
- Endast negativa beslut, med eller utan sanktioner kommer att meddelas,
- Slopande av notifieringsordningen (art. 7 förordning 1/03),
- Nationella konkurrensmyndigheter deltar i ett nätverk, European Competition Network (ECN), med Kommissionen i centrum, så snart fråga uppkommer om tillämpning av artiklarna 81 och 82 (art. 11-14 förordning 1/03),
- Utbyte av information och lämnande av administrativt bistånd (t.ex. med inspektioner) inom nätverket för samtliga konkurrensmyndigheter (art. 12 och 22 förordning 1/03),
- Ökad tillämpning vid nationella domstolar av artiklarna 81 och 82, såväl vid verkställighet av avtal (eller icke-verkställighet om ogiltighet skulle föreligga enligt artikel 81.2) samt för att utdöma skadestånd,
- Stärkande av samarbetet mellan Kommissionen och nationella domstolar för att säkerställa en enhetlig tolkning (art. 15 förordning 1/03),
- Inriktning av Kommissionens verkställighet på de mest allvarliga konkurrensbrotten såsom internationella karteller, miss bruk av dominerande ställning, avskärning av marknader samt principfrågor,
- Inkraftträdande av reformen samtidigt med EU-utvidgningen den 1 maj 2004.

Sven Norberg

Den av Rådet med enhällighet antagna reformen innebär att medlemsstaterna i princip anammat Kommissionens förslag i dess helhet, något som säkerligen vissa kritiker av reformen knappast torde ha väntat sig.

3. EN STÄRKT OCH VIDARE TILLÄMPNING AV EG:S KONKURRENSREGLER

3.1 Komissionens nya roll

Huvudsyftet med hela reformarbetet har varit att utöka och stärka den effektiva tillämpningen av EG:s konkurrensregler genom att både tydligare fokusera Kommissionens agerande på de allvarligaste konkurrensbrottet och åstadkomma en medverkan av fler nationella aktörer. I det sammanhanget är det väsentligt att understryka att reformen inte på något vis skall uppfattas som att Kommissionen eller Gemenskapen tar ett steg tillbaka beträffande tillämpningen av dessa regler. Reformen i dess helhet avser att uppnå en utökad och stärkt tillämpning av de Europeiska konkurrensreglerna inom hela unionen. Kommissionen utgör här såsom också fördragets väktare centralpunkten för samordning och övervakning av nätverket. Härtill svarar Kommissionen för utvecklande av Gemenskapens konkurrenspolitik genom principbeslut i enskilda ärenden samt Gruppundantagsförordningar, Riktlinjer och Tillkännagivande.

Ett av de viktigaste inslagen i reformen är givetvis slopandet av "notifieringskulturen". Med den nya ordningen är det inte längre möjligt att anmälta avtal som eventuellt strider mot artikel 81.1 EG för s.k. negativattest eller undantag enligt artikel 81.3. Den nya förordningen har istället infört ett system med legalundantag dvs. direkt tillämplighet av undantagsregeln enligt 81.3, där medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar precis som Kommissionen har behörighet inte endast att tillämpa artikel 81.1 och artikel 82 i fördraget, vilka båda bestämmelser enligt EG-domstolens rättspraxis sedan tidigare är direkt tillämpliga, utan även artikel 81.3 i fördraget.

Ett huvudelement i förordning 1/03 är, som framgår av artikel 1, den direkta tillämpligheten av artikel 81.3. Denna innebär att företag inte längre erbjuds att anmälta avtal till Kommissionen för att erhålla ett beslut om undantag (eller vad som blivit regel, ett s.k. comfort letter). Enligt den nya förordningen är avtal som uppfyller villkoren i artikel 81.3 rättsligt giltiga och möjliga att verkställa utan ett mellankommende förvaltningsbeslut. Ingenting hindrar företag att åberopa undantagsregeln i artikel 81.3 till sitt försvar i alla tänkbara förfaranden t.ex. gentemot Kommissionen eller i förhållande till medlemsstaternas domstolar och konkurrensmyndigheter. Den nya ordningen har flyttat

Moderniseringen av EU:s antitrustpolitik

Kommissionens fokus mot ett proaktivt utredande av och ingripande mot allvarliga brott, som kommer till dess kännedom antingen genom klagomål eller på Kommissionens eget initiativ. Denna nya kultur är emellertid inte begränsad till Kommissionen. På ett avgörande sätt inbegriper den också företagen och deras rättsliga rådgivare. Den direkta tillämpligheten av undantagsregeln ger dessa mycket större rörelsefrihet samtidigt som det också innebär ett större ansvar. Enligt förordning 17 koncentrerades bedömningen av hur företagen verkställde ingångna avtal många gånger mera på förhållandena vid tidpunkten för anmälningsförfarandet. Denna bedömning måste i den nya ordningen där emot utföras med hänsynstagande till att ett avtal eller ett förfarande skall vara förenligt med lagen som sådan. Detta måste m.a.o. *under hela sin livstid* uppfylla samtliga villkor enligt artikel 81.3. I praktiken har många företag och advokatbyråer redan för länge sedan inriktat sig på en sådan bedömning, då man varit tvungen att ta hänsyn till de välkända problem som anmälningssystemet innehåller. Enligt den nya förordningen kommer det emellertid att vara denna linje som gäller för samtliga.

Förordning 1/03 har sålunda befriat Kommissionen från den tidigare tunga uppgiften att undersöka avtal som hänskjuts till den för godkännande. Bland de olika slag av beslut Kommissionen kan anta (artikel 7-10) ingår inte någon form som ersätter de tidigare undantagsbesluten. Det bör särskilt undertrykas att beslut av Kommissionen enligt artikel 10, varigenom Kommissionen kan konstatera att artikel 81 eller 82 i ett enskilt fall inte är tillämpliga, är avsedda att hantera frågan om enhetlig tillämpning och endast kan fattas av Kommissionen på eget initiativ och inte efter begäran av part. Den proaktiva verkställigheten gäller också för medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. De beslut som dessa kan anta för tillämpningen av artiklarna 81 och 82 anges i artikel 5 i förordningen. Enligt denna bestämmelse kan inte medlemsstaternas konkurrensmyndigheter meddela vare sig undantagsbeslut eller beslut med liknande verkan. Inom hela nätverket kommer det sålunda egentligen endast att kunna fattas negativa beslut med eller utan sanktioner. En myndighet kan sålunda endast i ett beslut att avsluta ett ärende konstatera, att det inte fanns skäl för den att agera. Ett sådant konstaterande kommer inte att ha någon som helst bindande verkan beträffande andra offentliga verkställighetsorgan eller nationella domstolar.

Sven Norberg

3.2 Nationella konkurrensmyngheters och domstolars tillämpning av EG:s konkurrensregler

En punkt i reformen där såväl Europaparlamentet som näringsslivet i Europa uttryckt oro har gällt risken, att avskaffandet av Kommissionens monopol beträffande artikel 81.3 skulle leda till åternationalisering av gemenskapens konkurrenspolitik. Kommissionen har givetvis inte under några omständigheter kunnat godta att reformen skulle leda till någonting sådant, vilket inte endast skulle vara helt fatal för den Inre Marknadens funktion utan också skulle ödelägga en större del av de stora framsteg som gjorts under de sista tio åren vad gäller att utveckla en verlig europeisk konkurrenspolitik. Det var för att avvärja en sådan risk och för att säkra att reformen skulle leda till en verlig tillämpning av EG:s konkurrensregler på nationell nivå som Kommissionen i sitt förslag till artikel 3 föreslog att man skulle reglera förhållandet mellan EG-reglerna och den nationella konkurrensrätten. Artikel 3, som den nu lyder, ålägger nationella domstolar och konkurrensmyngheter två grundläggande skyldigheter.

För det *första* ålägger artikel 3.1 nationella myndigheter och domstolar en skyldighet att, om nationell konkurrensrätt skall tillämpas, också tillämpa artikel 81 och 82 beträffande avtal eller missbruksbeteenden som kan påverka handeln mellan staterna. Detta innebär att när helst ett avtal eller en åtgärd kan falla under artikel 81 och 82 det inte längre blir möjligt att tillämpa enbart nationella konkurrensregler. Denna skyldighet garanterar vidare att alla mål från början blir bedömda på grundval av gemenskapsrätten och att nätförkets olika mekanismer, inklusive de som siktar på att säkerställa en enhetlig tillämpning, kan bli effektivt tillämpade. Särskilt viktigt blir det i detta hänseende att uppmärksamma förhållandet mellan artikel 3 och artikel 11.6 enligt vilken den behörighet som nationella konkurrensmyngheter kan ha att tillämpa artiklarna 81 och 82 upphör så snart Kommissionen öppnar ett förfarande beträffande samma ärende. I ett sådant fall kan den nationella konkurrensmyngheten inte efterleva sin skyldighet enligt artikel 3.1 att tillämpa EG:s konkurrensregler, vilket innebär att varje fall som bygger på nationell rätt också måste avslutas. Det enda undantaget från denna regel är en situation där tillämpningen av en strängare nationell konkurrensregel inte är uteslutet. Den frågan omfattas av den andra grundläggande skyldigheten enligt artikel 3.

För det *andra* är enligt artikel 3.2 nationella konkurrensmyngheter och domstolar skyldiga att underlåta, att enligt nationella konkurrensregler förbjudna avtal etc. som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna, men som inte är förbjudna enligt gemenskapsrättens konkurrensregler. Härav följer att ett

Moderniseringssreformen av EU:s antitrustpolitik

avtal som är tillåtet enligt artiklarna 81 och 82 inte kan förbjudas av nationella konkurrensregler. Denna konvergensregel, som utsträcker den företrädesregel som EG-domstolen utvecklat i *Walt Wilhelm*² till att också omfatta den del av artikel 81.1 som inte förbjuder, skapar, å andra sidan, likställda förhållanden för avtal över hela inre marknaden.

Däremot följer av sista meningens i artikel 3.2 att denna förordning inte hindrar en medlemsstat att på sitt territorium anta eller tillämpa en strängare nationell lagstiftning beträffande företags ensidiga uppträdande (jfr också ingressens punkt 8). Denna modifiering sammanhänger främst med att man i vissa nationella lagstiftningar har möjlighet att ingripa mot missbruksbeteenden mot ekonomiskt beroende företag t.ex. från en tillverkare mot en återförsäljare.

Genom att de nationella myndigheterna alltid inledningsvis i ett ärende måste pröva om artiklarna 81 och 82 kan bli tillämpliga blir de också skyldiga att från början anmäla ett ärende till nätverket. Allt detta måste också vara till stor fördel för det europeiska näringsslivet och dess önskemål om ett "level playing field". Skyldigheten för nationella myndigheter att tillämpa artiklarna 81 och 82 är givetvis också av stor betydelse för rättsenligheten och homogeniteten vid tillämpningen inom nätverket. Av det sagda följer också att en domstol som har att besluta i eller överpröva ett sådant ärende alltid har att respektera artikel 234 EG, och vid behov hänskjuta en tolkningsfråga till EG-domstolen för förhandsavgörande.

3.3 De nationella myndigheternas medverkan i nätverket

Medverkan av de nationella konkurrensmyndigheterna i tillämpningen av konkurrensreglerna, sker genom att dessa i artikel 5 i förordning 1/03 bemyndigas att tillämpa artikel 81 och 82. För detta ändamål får de på eget initiativ eller till följd av klagomål, besluta att: - kräva att en överträdeelse skall upphöra; - förordna om interimistiska åtgärder; - godta åtaganden; samt - ålägga böter, förelägga viden eller ålägga andra påföljder som föreskrivs i den nationella lagstiftningen. Om de på grundval av de uppgifter som de förfogar över finner att villkoren för ett förbud inte är uppfyllda, får de även besluta om att det inte finns skäl att ingripa.

²⁾

Mål 14/68 *Walt Wilhelm & Others v. Bundeskartellamt* [1969] ECR 1969, I

Sven Norberg

Den offentligrättsliga verkställigheten kommer därför att anförtros inte enbart Kommissionen utan också 25 medlemsstaters konkurrensmyndigheter. För att underlätta samarbetet mellan alla dessa konkurrensmyndigheter har också det tidigare nämnda nätverket - European Competition Network - ECN upprättats. I anslutning till antagandet av förordningen gjorde också Rådet och Kommissionen ett gemensamt uttalande rörande hur de såg på hur detta nätverk skall fungera. Uttalet utgjorde sedan underlag för Kommissionens senare Tillkännagivande om samarbete inom Nätverket av konkurrensmyndigheter (ECN)³.

Reformen innebär en ordning med parallella behörigheter. Till skillnad från området för fusionskontroll, där medlemsstaterna har exklusiv kompetens under ett visst tröskelvärde och Kommissionen ensam kan hantera ärenden ovanför detta tröskelvärde, hindrar förordning 1/03 inte Kommissionen från att handlägga varje fall, oavsett dess geografiska verkan. Att Kommissionen måste ha en sådan behörighet följer av fördraget såsom det tolkats i EG-domstolens fasta rättspraxis (se t.ex. *Masterfoods*⁴). Kommissionen kommer att utöva sin behörighet så att reglerna verkställs på ett effektivt sätt där så behövs men också för att utveckla gemenskapens konkurrenspolitik och säkerställa den enhetliga tillämpningen genom hela unionen. Nationella konkurrensmyndigheter kan inleda undersökning i varje ärende där de också har möjlighet att samla den nödvändiga bevisningen för att ett brott mot konkurrensreglerna skall på ett effektivt sätt kunna bringas att upphöra och på lämpligt sätt sanktioneras. I sitt Tillkännagivande rörande samarbetet inom Nätverket av konkurrensmyndigheter är utgångspunkten att det vid parallella behörigheter för flera konkurrensmyndigheter blir en fråga om praktisk arbetsfördelning med många olika situationer. Samtidigt som regler om exklusiv kompetens vore kontraproduktivt är det klart att flerfaldig kontroll bör undvikas. En sådan flexibilitet krävs för att man ska kunna säkerställa att konkurrensbrott blir effektivt behandlade.

Det tidigare nämnda tillkännagivandet om samarbetet inom ECN har myntat begreppet "well placed authority". En nationell Konkurrensmyndighet är "well placed authority" om tre kriterier är uppfyllda: för det första måste konkurrensbegränsningen ha faktisk eller potentiell effekt inom dess område. Vidare måste myndigheten ha möjlighet att effektivt bringa brottet att upphöra samt på lämpligt sätt sanktionera det, och slutligen måste myndigheten ha möjlighet att

³⁾ EUT 04/C-101/54, 27.4.04

⁴⁾ Mål C-344/98[2000] ECR I - 11369

Moderniseringssreformen av EU:s antitrustpolitik inhämta behövlig bevisning. Det senare kan givetvis också ske via en annan konkurrensmyndighet inom ECN. Härutöver finns också utrymme för parallellt handlande av flera konkurrensmyndigheter, t.ex. beträffande en internationell kartell. Slutligen gäller att det blir Kommissionen, som har hand om ett ärende, där gemenskapsintresset påkallar det eller om mer än tre medlemsstaters myndigheter är behöriga.

Genom förordningen har också skapats mekanismer för ömsesidigt informationsutbyte och rådslag i syfte att säkra en enhetlig tillämpning av EG-reglerna. I sista hand, om oenighet skulle bestå beträffande tilldelningen av ett visst ärende eller den lämpliga utgången av ett förfarande, kan Kommissionen genom att inleda ett förfarande i saken beröva en nationell myndighet dess behörighet att tillämpa EG-rätten i det särskilda fallet (artikel 11.6; jfr artikel 9.3 i förordning 17). Detta instrument bör emellertid tillämpas i yttersta undantagsfall och endast om inte någon annan tillfredsställande lösning kan finnas.

Förordning 1/03 har också skapat en helt ny grund för ett ökat horisontellt samarbete mellan nationella konkurrensmyndigheter. Dessa kan sålunda i fortsättningen såväl utbyta som använda som bevisning sådan information som har insamlats av annan konkurrensmyndighet, och de kan också utföra undersökningar åt varandra, något som i väsentlig grad kommer att öka effektiviteten.

3.4 Enhetlig rättstillämpning

Frågan om att säkerställa enhetlighet och homogenitet vid tolkningen av EG-rättsregler är förvisso varken ny eller unik för konkurrensrättens område. Ämnet har ända sedan EG-fördragets ikrafträdande varit av yttersta betydelse för att gemenskapen skall fungera väl. Fördraget innehåller också lösningar som under snart 50 års tillämpning visat prov på sin styrka. Sålunda har genom fördraget Kommissionen skapats som en institution som är oavhängig från medlemsstaterna och som har fått till uppgift att företräda gemenskapens intressen och att motsätta sig uppkomsten av varje ”centrifugalkraft”.

Kommissionen har till uppgift att övervaka enhetligheten i tillämpningen av gemenskapsreglerna för att därigenom kunna säkerställa att varje medlemsstat kan lita på att alla de övriga också respekterar spelreglerna. I detta hänseende fungerar Kommissionen som en skiljedomare under de europeiska domstolarnas överinseende.

Sven Norberg

EG-fördraget har också understrukit den helt grundläggande betydelsen av fördragets konkurrensregler för den gemensamma marknaden genom att anförtro åt Kommissionen, som just är den institution som är oavhängig av medlemsstaterna, att både utveckla och verkställa den gemensamma konkurrenspolitiken. I motsats till andra politikområden där det framförallt har lagts i händerna på medlemsstaterna att genomföra EG-rätten i den nationella rättsordningen är konkurrensreglerna fastlagda direkt i fördragets grundtext och direkt tillämpliga hos Kommissionen i enskilda ärenden. Det är i detta sammanhang av utomordentligt stor betydelse, att EG-domstolen, i fyra väsentliga ”landmark judgments” som avkunnats av domstolen i plenum under den tid som arbetet på moderniseringssreformens bedrivits, understrukit den särskilda betydelsen för fördraget och för den inre marknaden av artiklarna 81 och 82. Alla fyra domarna har meddelats i fall där nationella domstolar har hänskjutit mål för förhandsavgörande av EG-domstolen enligt artikel 234.

Den första av dessa domar meddelades i juni 1999 i målet *Eco Swiss China Time mot Benetton*⁵, där domstolen underströk den alldelvis speciella ställning dessa två artiklar har i fördraget såsom ingående i den s.k. *ordre public* (public order) vilket bl.a. innebär att nationella domstolar, inklusive skiljenämnder, är skyldiga att respektera och tillämpa dem *ex officio*. Den andra domen avkunnades den 14 december 2000 i målet *Masterfoods*⁶. Domstolen bekräftade här att Kommissionens beslut varigenom art. 81 och 82 tillämpas är bindande för samtliga rättsliga organ inom gemenskapen som har att tillämpa dessa bestämmelser och endast underkastade den rättsliga överprövning som utövas av de europeiska domstolarna. En nationell domstol kan därför inte döma på ett sätt som innebär att den går emot ett sådant beslut utan har antingen att vilanförklara sitt mål i avvaktan på att en talan mot kommissionsbeslutet prövats av de europeiska domstolarna eller att begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen.

Den tredje domen meddelades den 20 september 2001 i målet *Courage mot Crehan*⁷. Genom denna dom har domstolen slutligt klargjort att en enskild part som grund för en talan om skadestånd kan åberopa den skada han kan ha lidit p.g.a. ett brott mot art. 81.1. Domstolen uttalade i detta sammanhang:

⁵⁾ Mål C-126/97 [1999] ECR I-3055

⁶⁾ Mål C-344/98 [2000] ECR I-11369

⁷⁾ Mål C-453/99 [2001] ECR I-6297

Moderniseringssreformen av EU:s antitrustpolitik

"Den fulla verkan av artikel 81 i fördraget, och särskilt den ändamålsenliga verkan av det förbud som stadgas i dess första stycke, skulle kunna ifrågasättas om inte varje person kan begära ersättning för en skada som ett avtal eller ett handlande som kan begränsa eller snedvrida konkurrenserna påstås ha orsakat honom.

En sådan rättighet förstärker nämligen den verkningsfulla karaktären av gemenskapens konkurrensregler och avskräcker från sådana, ofta hemliga, avtal eller förfaranden som kan begränsa eller snedvrida konkurrenserna. Ur detta perspektiv kan talan om skadestånd inför de nationella domstolarna på ett väsentligt sätt bidra till att bevara en effektiv konkurrens i gemenskapen".⁸⁾

Den fjärde domen meddelades av EG-domstolen den 9 september 2003 i målet C-198/01 CIF (Consorzio Industrie Fiammiferi) mot Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Här förklarade domstolen att en nationell konkurrensmyndighet uttryckligen är skyldig att sätta åt sidan nationell lagstiftning som påbjudar eller uppmunstrar till brott mot artiklarna 81 eller 82. Detta avgörande är givetvis stor betydelse beträffande verksamhet som bedrivs av offentligt ägda företag.

Alla fyra domarna är av utomordentlig stor betydelse för det praktiska genomförandet och effektiviteten av moderniseringssreformen. Genom sina domar understryker EG-domstolen också betydelsen av Kommissionens roll när det gäller att säkerställa homogeniteten i tillämpningen av artiklarna 81 och 82. Med hänsyn till EG-domstolens dom i *Masterfoods* kom ordalydelsen av artikel 16 i förordningen att skärpas. Härigenom har skyldigheten för nationella domare att undvika motstridiga beslut stärkts, vilket innebär att enhetligheten i den decentraliserade ordningen förbättras. Samtidigt utsträcks principen i enlighet med rättspraxis också till beslut som Kommissionen ännu inte fattat men överväger att fatta.

Ett annat för Förordning 1/03 betydelsefullt avgörande av EG-domstolen kom den 22 oktober 2002 i målet *Roquette Frères*⁹⁾ som rörde Kommissionens kompetens i samband med inspektioner. Ordalydelsen av artiklarna 20 och 21 i Förordningen 1/03, som rör Kommissionens kompetens att göra inspektioner, har därför också utformats i enlighet med denna dom.

⁸⁾ Punkterna 26 och 27

⁹⁾ Mål C-94/00 Roquette Frères SA, [2002] ECR I - 9011.

Som framgår av det föregående har domstolarna i medlemsstaterna en väsentlig uppgift vid genomförandet av moderniseringssreformen. Detta gäller inte bara de domstolar som har att besluta i mål där talan förs av konkurrensmyndigheter eller där beslut av sådana överprövas, utan minst lika viktig blir den roll som de allmänna domstolarna kan komma att spela i frågor om giltighetsrespektive skadeståndsprövning beträffande enskilda avtal.

Beträffande den avgörande frågan om hur den nationelle domaren i sin tillämpning av artikel 81 och 82 skall kunna säkra en enhetlig tolkning föreligger i huvudsak två möjligheter. Den första är den som ju alltid föreligger när en nationell domstol har att tolka EG-rätten, dvs. att hänskjuta en tolkningsfråga för förhandsavgörande till EG-domstolen enligt artikel 234.

Genom förordning 1/03 har emellertid på konkurrensområdet skapats en ytterligare möjlighet som redan visat sig vara av stor praktisk betydelse. Redan 1993 utfärdade Kommissionen ett meddelande om samarbete mellan Kommissionen och nationella domstolar¹⁰. I meddelandet angavs att Kommissionen skulle kunna tillhandahålla nationella domstolar råd och upplysningar i enskilda konkurrensärenden med utgångspunkt i sin egen mycket rika praxis samt EG-domstolarnas rättspraxis. I detta sammanhang understöds också att det många gånger kunde vara förhållandevis enkla faktiska uppgifter som kunde tjäna till vägledning för en nationell domstol när den skall döma i ett konkurrensärende. Under de år som gått sedan meddelandet utfärdades har sådan vägledning eller rådgivning efterfrågats i mindre än hundratal ärenden. De situationer där sådana kontakter varit mest givande, torde ha varit sådana där det rört sig om relativt enkla faktiska upplysningar av ett slag som t.ex. huruvida Kommissionen tidigare haft att ta ställning till en viss frågeställning, huruvida i något ärende en ingående marknadsanalys som också skulle kunna vara av värde för en nationell domstol förebragts eller om Kommissionen f.n. handlägger något ärende rörande samma fråga. Spörsmål har emellertid också ställts rörande hur Kommissionen normalt brukar tolka bestämmelser i en av Kommissionen utfärdad gruppundantagsförordning.

Det är mot denna bakgrund man skall se den särskilda mekanism i förhållande till nationella domstolar som skall främja en enhetlig tillämpning och som

¹⁰⁾ Meddelande om samarbete mellan nationella domstolar och Kommissionen vid tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget EGT C 39, 13.2.93, s.6 ff.

Moderniseringssreformen av EU:s antitrustpolitik

kommer till uttryck i artikel 15 i förordning 1/03. Enligt artikel 15.1 får medlemsstaternas domstolar vid förfaranden där artiklarna 81 eller 82 skall tillämpas från Kommissionen begära upplysningar som den förfogar över eller yttranden i frågor rörande tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler. Härigenom lagfästs nu den ordning för rådgivning till nationella domstolar som har funnits sedan 1993. Kommissionen har också i sitt tillkännagivande om detta samarbete¹¹⁾ förklarat att man strävar efter att besvara förfrågningar från nationell domstol inom fyra månader. Denna tidsram kan jämföras med de omkring två år det tar för EG-domstolen att avge ett förhandsavgörande. Kommissionens yttrande är givetvis inte rättsligt bindande utan endast rådgivande

Av artikel 15.2 följer att medlemsstaterna till Kommissionen utan dröjsmål skall överlämna kopior av alla skriftliga avgöranden från nationella domstolar som gäller artikel 81 eller artikel 82 i fördraget. Genom artikel 15.2 tillses sålunda att Kommissionen hålls informerad om rättsutvecklingen vid medlemsstaternas domstolar. Av artikel 15.3 framgår vidare att medlemsstaternas konkurrensmyndigheter på eget initiativ får lämna skriftliga yttranden till de nationella domstolarna i sina respektive medlemsstater om frågor, som gäller tillämpningen av artikel 81 eller artikel 82. Med tillstånd av den berörda domstolen får de också avge muntliga yttranden till de nationella domstolarna i sina medlemsstater. Om den enhetliga tillämpningen av artikel 81 eller artikel 82 så kräver, får också Kommissionen på eget initiativ lämna skriftliga yttranden till medlemsstaternas domstolar. Efter tillstånd av domstolen i fråga får Kommissionen också avge muntliga yttranden. I syfte att utarbeta sådana yttranden (men endast för detta ändamål) får medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och Kommissionen begära att berörd nationell domstol överlämna alla handlingar som är nödvändiga för att bedöma ärendet.

Genom artikel 15.3 skapas sålunda en möjlighet för såväl de nationella konkurrensmyndigheterna som för Kommissionen att utöva en funktion liknande den som i anglosaxisk rätt är känd som *amicus curiae* (domstolens vän). Nationella konkurrensmyndigheter kan sålunda på eget initiativ avge skriftliga yttranden till den nationella domstolen i sin medlemsstat och kan också, om domstolen så medger, avge muntligt yttrande i saken. Kommissionen ges en motsvarande rättighet, om den enhetliga tillämpningen av artikel 81 eller 82 så

¹¹⁾ EUT 04/C-101/54, 27.4.04

Sven Norberg

kräver, att lämna skriftliga yttranden till medlemsstaternas domstolar eller att med medgivande av domstolen avge muntligt yttrande.

3.6 Moderniseringspaketets Tillkännagivanden om begreppet påverkan på handeln i art. 81 och 82 samt tillämpningen av art. 81.3.

Av de övriga rättsakterna i det ovannämnda Moderniseringspaketet förtjänar hän särskilt att nämnas de två nämnda Tillkännagivandena. Det första, som är benämnt Riktlinjer rörande begreppet påverkan på handeln i art 81 och 82¹², är utformat med syfte att ge en så utförlig handledning som möjligt utifrån den rättspraxis, som under åren utvecklats genom Kommissionens beslut och EG-domstolens rättspraxis. Avsikten har härvid också varit att lämna en uttömmande redogörelse för rättspraxis.

På liknande sätt har utformningen av det andra, riktlinjer rörande tillämpningen av art. 81.3 EG¹³, som rör en fråga som hittills varit föremål för kommissionens exklusiva kompetens, också skett med utgångspunkt i Kommissionens och EG-domstolens rättspraxis. Även i detta fall är redovisningen för rättspraxis utomordentligt ingående.

Sammanfattningsvis kan rörande Moderniseringspaketet, som tillsammans med texten till Förordning 1/03 genom Kommissionens försorg publicerats i en volym¹⁴, med fog sägas att härigenom en utomordentligt rik redovisning för rättspraxis rörande art. 81 och 82 tillhandahållits alla och envar som har att tillämpa dessa rättsregler.

3.7 ECN – State of play

Enligt artikel 11 i förordning 1/03 är varje konkurrensmyndighet skyldigt att informera Nätverket vid öppnande av ett ärende (art. 11.3) och om förslag till ett beslut i ett ärende (art. 11.4). I det förra fallet skall sådan underrättelse ges innan eller utan dröjsmål efter att man inlett en första formell utredningsåtgärd i ett ärende. Beträffande beslutsförslag skall underrättelsen lämnas senast 30 dagar före beslutets fattande. I båda fallen skall denna informations delges Nätverket genom en av Kommissionen för detta ändamål särskilt framtagen

¹²⁾ EUT 04/C-101/81, 27.4.04

¹³⁾ EUT 04/C-101/97, 27.4.04

¹⁴⁾ ISBN 92-894-7996-5

Moderniseringssreformen av EU:s antitrustpolitik

säkerhetsskyddad IT-applikation, ECN-Interactive Intranet. Hittills har detta fungerat utmärkt och 10 månader efter reformens ikrafträdande hade omkring 250 nya ärenden och ett 40-tal beslutsförslag anmälts. I ett stort antal fall har konkurrensmyndigheter också utväxlat information. Bistånd med inspektioner hade också begärts och lämnats i många fall. Även tolkningsfrågor från nationella domstolar har redan ställts i flera fall. I övrigt förekommer mycket kontakter mellan myndigheterna, t.ex. rörande ärendefördelning.

Nätverket arbetar såväl i plenumform med ett möte omkring var tredje månad som i arbetsgrupper. Härutöver har sedan verksamheten inleddes upprättats ett antal sektorgrupper för behandling av specifika konkurrensproblem i särskilda sektorer. Hittills finns 14 sådana grupper för följande sektorer: 1) Banking/Payment cards, 2) Securities, 3) Insurance, 4) Energy, 5) Food, 6) Pharmaceuticals, 7) Health care, 8) Liberal professions, 9) Media, 10) Telecom, 11) Motor vehicles, 12) Railways, 13) Waste, 14) IT, information & communication.

Avslutningsvis kan konstateras, att det vi nu upplever, åtta år efter att de första tankarna på denna reform föddes och började diskuteras inom Kommissionens General-Direktorat Konkurrens, är en högst omvälvande reform för tillämpningen av art. 81 och 82. Men inte nog med det, det synes faktiskt som om reformen redan från början är väl mottagen och genomförd. Det bör dock inte förnekas att mycket kan och kommer ytterligare att ske, inte minst på nationellt plan, särskilt för att harmonisera förfaranden och effektivisera besluts- och instansordningar.

DEN NYE EU-KONKURRENCERET OG DOMSTOLENE

Bo Vesterdorf¹⁾

Indledning

Med Rådsforordning 1/2003² er en ny æra for anvendelsen af EU's konkurrenceregler blevet indledt.

Den væsentligste nyskabelse i denne "nye EU-konkurrencerets" æra er uden tvivl afskaffelsen af det over 40 år gamle anmeldelsessystem og indførelsen af et system, hvor alle nationale myndigheder og domstole inden for den Europæiske Union har ret – og pligt – til at anvende EF-Traktatens (TEF) artikel 81, *inkl.* artikel 81, stk. 3, og artikel 82 i alle konkurrencesager med fællesskabsdimension³.

Dette har vidtrækkende konsekvenser for såvel nationale myndigheder og nationale domstole, der hidtil har manglet kompetence til at anvende TEF artikel 81, stk. 3, ligesom de i en række tilfælde har været hindret fra også at anvende TEF artikel 81, stk. 1, nemlig i tilfælde, hvor Kommissionen havde indledt procedure i en sag.

Det er klart, at vedtagelsen af den nye forordning også vil have vidtrækkende konsekvenser for de mange private virksomheder, der fremover ikke vil kunne foretage en anmeldelse til Kommissionen og alene vil kunne påberåbe sig artikel 81, stk. 3 i deres forsvar.

¹⁾ Præsident for De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans. Nærværende indlæg udtrykker alene mine personlige synspunkter og afspejler således ikke nødvendigvis Retten i Første Instans' holdning. Jeg vil gerne takke Michael Honré, referendar ved mit kabinet, for hans bidrag til dette indlæg.

²⁾ Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1/1).

³⁾ Se forordningens artikel 3.

Bo Vesterdorf

Det kan derfor ikke overraske, at en række indlæg i dag vil berøre de nationale konkurrencemyndigheders nye rolle under Forordning 1/2003, herunder skabelsen af netværket mellem konkurrencemyndighederne inden for EU, ligesom jeg har noteret mig, at forordningens betydning for private markedsaktører og deres rådgivere vil blive gjort til genstand for særskilt drøftelse.

I det følgende vil jeg derfor alene fokusere på nogle af de konsekvenser, som Forordning 1/2003 vil få for domstolene inden for den Europæiske Union, såvel de nationale domstole i EU's 25 medlemsstater som de to fællesskabsdomstole (EF-Domstolen og Retten i Første Instans).

A) Forordning 1/2003s betydning for de nationale domstole.

En øget anvendelse af EU konkurrencereglerne ved de nationale domstole

For så vidt angår de nationale domstole, skal det indledningsvis nævnes, at disse i principippet vil anvende EU's konkurrenceregler i såvel forvaltningsretlige, civilretlige som strafferetlige sogsmål, ligesom de i nogle lande vil varetage visse beføjelser som konkurrencemyndighed.

I et forvaltningsretligt sogsmål vil en fysisk eller juridisk person (borger eller virksomhed) typisk have anlagt sag imod den nationale konkurrencemyndighed med påstand om, at en afgørelse truffet af sidstnævnte er helt eller delvist ulovlig og derfor skal annulleres helt eller delvist.

I en civilretlig tvist vil en national domstol typisk skulle tage stilling til, om en indgået aftale er i strid med konkurrencereglerne og således ugyldig (i medfør af TEF artikel 81, stk. 2). En civilretlig tvist vil også kunne vedrøre en påstand om erstatning for skade, der er lidt som følge af en konkurrencestridig adfærd.

Et strafferetligt sogsmål kan blive anlagt i lande, som for eksempel Irland og England, hvor det er muligt at straffe eksempelvis virksomhedsledere for at have overtrådt konkurrencereglerne.

Endelig vil de nationale domstole i nogle lande varetage visse beføjelser som 'konkurrencemyndighed', typisk i forbindelse med pålæg af sanktioner. Som bekendt er situation i Danmark eksempelvis den, at Konkurrencestyrelsen og Konkurrencerådet kan udstede påbud til virksomhederne (fx om ophævelse af aftaler m.v.) og pålægge tvangsbøder (for manglende afgivelse af oplysning-

Den nye EU-konkurrenceret og domstolene er), mens egentlige bøder for overtrædelse af konkurrencereglerne pålægges af domstolene.⁴⁾

Meget tyder på, at der langsomt men sikkert vil ske en væsentlig forøgelse af antallet af sager, der bliver anlagt ved de nationale domstole inden for alle fire områder.

i. For så vidt angår de forvaltningsretlige tvister, må det formodes, at antallet af sager indbragt for de nationale domstole vil øge i takt med, at flere afgørelser vil blive truffet udstedt af de nationale konkurrencemyndigheder.

Det synes i den forbindelse uundgåeligt, at de nationale konkurrencemyndigheder vil træffe langt flere afgørelser under det nye system.

Til dette skal bemærkes, at under Rådsforordning 17/62 var det alene Kommissionen, der måtte anvende TEF artikel 81, stk. 3⁵⁾, ligesom det var bestemt, at nationale myndigheder var afskåret fra at behandle en konkurrencesag, så snart Kommissionen havde indledt en procedure⁶⁾.

I praksis kunne en national konkurrencemyndighed, som havde indledt en sag imod en virksomhed, således blive afskåret fra at forfølge denne sag videre, så snart virksomheden havde indsendt en anmeldelse til Kommissionen iht Forordning 17/62, art. 4. Det var således almindeligt udbredt, at virksomheder foretog såkaldte "defensive anmeldelser" til Kommissionen med det formål at forhindre en national myndigheds behandling af sagen.⁷⁾ En lang række klagere tövede således af naturlige årsager med at henvende sig til de nationale konkurrencemyndigheder, når de følte sig utsat for en overtrædelse af fælles-skabsretten, og valgte i stedet at henvende sig direkte til EU Kommissionen.

Det må forventes, at klagere fremover i langt højere grad vil henvende sig til de nationale konkurrencemyndigheder. Hertil kommer, at de nationale konkurrencemyndigheder nok fremover vil være mere tilskyndet til at indlede sager på eget initiativ.

Det kan måske indvendes, at Forordning 1/2003 foreskriver (i artikel 11, stk. 6), at medlemsstaternes konkurrencemyndigheder mister deres kompetence,

⁴⁾ Se Konkurrencelovens §§ 16, 22 og 23.

⁵⁾ Rådsforordning 17/62 (EFT 1959-1962, s. 81), art. 9, stk. 1.

⁶⁾ Rådsforordning 17/62, art. 9, stk. 3.

⁷⁾ Dette fremgår bl.a. udtrykkeligt af Hvidbog om Modernisering af 28 april 1999, punkt 39 (jf. også indledningens punkt 6).

Bo Vesterdorf

når Kommissionen indleder en procedure med henblik på at vedtage en beslutning i henhold til forordningens kapitel III. Det dog vigtigt at holde sig for øje, at Kommissionen ikke har pligt til at indlede en procedure og bl.a. kan afvise at behandle en sag (typisk på baggrund af en klage) med henvisning til, at den behandles af en national konkurrencemyndighed (forordningens artikel 13). Hertil kommer, at Kommissionen kun i særlige tilfælde vil indlede en procedure, hvis en sag allerede verserer ved en national konkurrencemyndighed.⁸ Det må således forventes, at de nationale konkurrencemyndigheder – modsat tidligere – kun i få tilfælde vil være afskåret fra at behandle en sag til bunds.

ii. Eftersom flere sager fremover vil blive behandlet af de nationale konkurrencemyndigheder, kan det også forventes, at der vil ske en forøgelse i antallet af sager, hvor de nationale domstole varetager visse beføjelser som konkurrencemyndighed (med henblik på at pålægge virksomheder bøder) og i de sager, hvor der skal ske egentlig strafforfølgning.

iii. For så vidt angår de civilretlige sager, betyder retstilstanden under Forordning 1/2003, at de nationale domstole fremover kan behandle en konkurrence-sag sideløbende med, at en konkurrencemyndighed (herunder Kommissionen) behandler sagen⁹.

Under det hidtidige regime skulle de nationale domstole som udgangspunkt afholde sig fra at træffe afgørelser i sager, der var blevet anmeldt til Kommissionen, med mindre det stod klart for den nationale dommer, at aftalen ”*utvivlsomt [var] uforenelig med artikel 8[1], stk. 1, og den under hensyn til fritagesforordningerne og Kommissionens hidtidige beslutningspraksis under ingen omstændigheder kan opnå fritagelse i medfør af artikel 8[5], stk. 3.*”¹⁰

Eftersom disse betingelser kun sjældent var opfyldt og eftersom en sagsøgt virksomhed altid kunne anmeldte sin aftale til Kommissionen under forordning 17/62, var de nationale domstole som oftest nødt til at udsætte behandlingen af en verserende sag, indtil Kommissionen havde truffet afgørelse.

⁸⁾ Se Kommissionens meddelelse om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder (EFT 2004 C 101/43).

⁹⁾ Vedr. forholdet til Kommissionen henvises til Forordning 1/2003, artikel 16, samt Kommissionens meddelelse om samarbejde mellem Kommissionen og domstolene i EU's medlemsstater (EFT 2004 C 101/54), punkt 12 og 13. For så vidt angår forholdet mellem de nationale domstole og de nationale konkurrencemyndigheder, vil det formentlig bero på de forskellige nationale retssystemer, om der skal ske udsættelse af en sag og i så fald hvilken instans, der skal udsætte sagen.

¹⁰⁾ Sag C-234/89, Delimitis, Saml. 1991 I-935, præmis 50.

Den nye EU-konkurrenceret og domstolene

Hertil kom, at Kommissionen ikke havde ressourcer til at behandle de mange anmeldelser, den modtog årligt, hvilket resulterede i, at en række anmeldelser fik lov at ligge længe, før de blev behandlet (og før en national domstol eventuelt ville kunne træffe endelig afgørelse i sagen). Til illustration af denne problematik nævner Kommissionen i sin Hvidbog om Modernisering (forløberen for Forordning 1/2003), at den allerede i 1967, blot fire år efter ikrafttrædelsen af forordning 17/62, havde fået en sagspukkel på 37.450 ubehandlede sager¹¹.

Med afskaffelsen af anmeldelsesinstituttet vil der ikke længere være mulighed for, at sager anlagt ved de nationale domstole *de facto* kan blive blokeret på de indklagede virksomhedernes initiativ.

Det må konkluderes, at hvor de nationale domstole siden 1962 har levet noget af en skyggetilværelse på området for håndhævelse af EU's konkurrenceregler, medfører Forordning 1/2003, at de nationale domstole fremover vil skulle og kunne håndhæve EU's konkurrenceregler fuldt ud og indtage rollen som fuldgylde 'fællesskabsdomstole' i forbindelse med håndhævelsen af EF-Traktatens regler, således som de allerede er det på mange andre områder omfattet af Traktaten, herunder området for fri bevægelighed.

Hvorledes sikres en sammenhængende og ens anvendelse af konkurrence-reglerne ?

I lyset af, at der med den decentraliserede anvendelse af konkurrencereglerne vil være et betydeligt antal nationale domstole, der vil komme til at anvende EU's konkurrenceregler, er det nærliggende at spørge, om den "nye EU-konkurrenceret" på betryggende vis sikrer en sammenhængende og ens anvendelse af EU's konkurrenceregler.

Det skal indledningsvist bemærkes, at for så vidt angår risikoen for modstridende eller materielt urigtige afgørelser inden for netværket af konkurrence-myndigheder, er der ved Forordning 1/2003 indført en ordning, der har til formål at sikre, at parallelle procedurer ved flere nationale konkurrencemyndigheder (– herunder Kommission –) undgås i videst muligt omfang, ligesom Kommissionen har mulighed for at gribe ind, inden en national konkurrence-myndighed eksempelvis træffer en materielt urigtig afgørelse¹².

¹¹⁾ Se Hvidbog om Modernisering, citeret ovenfor, punkt 25.

¹²⁾ Under Forordning 1/2003 bliver Kommissionen (og – om end indirekte - de øvrige konkurrencemyndigheder) underrettet, når én national konkurrencemyndighed indleder procedure i en sag (art. 11, stk. 3 og 4). Herved sikres det, at flere konkurrencemyndigheder har mulighed for at koordinere deres indsats, hvis en sag måtte vedrøre mere end ét nationalt område (hvilket jo oftest vil være tilfældet). Forordningen gør det i den

Bo Vesterdorf

Man kan håbe, at denne mekanisme vil betyde, at de fleste afgørelser, som indbringes for de nationale domstole vil være af en høj kvalitet, ligesom evt. kompetenceproblemer i forhold til andre nationale konkurrenceinstanser vil være afklaret. Dette må igen forventes at have en positiv indflydelse på de domme, som de nationale domstole vil afsige, i hvert fald i forbindelse med de forvaltningsretlige tvister.

Det er dog oplagt, at denne afledte virkning ikke sig selv vil kunne sikre en ensartet og sammenhængende retsanvendelse ved de nationale domstole, allerede fordi de nationale domstole også vil anvende konkurrencereglerne i andre situationer end ifm behandling af forvaltningsretlige søgsmål.

Forordning 1/2003 og de generelle fællesskabsretlige principper indeholder således en række mekanismer, som har formål at sikre en ensartet og sammenhængende anvendelse af konkurrencereglerne¹³.

For det første forudsætter Forordning 1/2003, at der etableres et samarbejde mellem Kommissionen og de nationale domstole, hvilket er klart i tråd med TEF art. 10 (om loyalt samarbejde mellem EU's institutioner og medlemsstaterne) og Domstolens dom i *Delimitis*-sagen¹⁴.

Kommissionen har i denne forbindelse i 2004 udsendt en 'Meddelelse om samarbejdet mellem de nationale domstole og Kommissionen om anvendelse af EF-traktatens artikel 81 og 82'¹⁵. Det fremgår heraf, at Kommissionen anser sig for forpligtet til at bistå de nationale domstole ved anvendelsen af EU's konkurrenceregler, når de har behov for en sådan bistand for at kunne træffe afgørelse. De hyppigste former for en sådan bistand (der også fremgår af forordningen artikel 15) består i (i) videregivelse af oplysninger, (ii) Kommissionens skriftlige udtalelse, begge dele efter anmodning fra en national domstol, og (iii) Kommissionens mulighed for at fremsætte mundtlige indlæg for de nationale domstole.

forbindelse klart, at en konkurrencemyndighed er berettiget til at afvise en klage eller suspendere en procedure, når en anden konkurrencemyndighed allerede har indledt procedure i en sag (art. 13). Hertil kommer, at Kommissionen kan indlede procedure ind i en sag (og derved fratage de nationale myndigheder kompetence til at fortsætte sagens behandling), hvis den eksempelvis skønner, at en national myndighed påtænker at træffe en beslutning, der er i klart strid med fast retspraksis eller Kommissionens tidligere afgørelser på området (se forordningens artikel 11, stk. 6 og Samarbejdsmeddelelsen, punkt 54).

¹³⁾ Se også Hvidbog om Modernisering, punkt 102.

¹⁴⁾ Sag C-234/89, *Delimitis*, Saml. 1991 I-935.

¹⁵⁾ EFT 2004 C 101/54.

Den nye EU-konkurrenceret og domstolene

- (i) For så vidt angår Kommissionens pligt til at videregive oplysninger, vil der typisk være tale om, at en national dommer ønsker at få udleveret dokumenter i Kommissionens besiddelse eller ønsker at få oplysninger af proceduremæssig art for at få kendskab til, om Kommission er i færd med at indlede en bestemt sag, om Kommission har indledt en procedure, eller om den allerede har taget stilling i en sag¹⁶.
- (ii) For så vidt angår Kommissionens mulighed for at fremsætte skriftlige udtalelser kan en national domstol anmode Kommissionen om at afgive en udtalelse om økonomiske, faktuelle og juridiske spørgsmål. Disse udtalelser er ikke retligt bindende for den nationale domstol¹⁷.
- (iii) For så vidt angår Kommissionens mundtlige indlæg for den nationale domstol har Kommissionen erklæret, at den vil begrænse sig til at fremsætte indlæg, når det skønnes nødvendigt at hensyn til den ensartede anvendelse af EFT artikel 81 eller 82. Disse indlæg vil være begrænset til en økonomisk og retlig analyse af de faktiske forhold i den verserende sag¹⁸.

For det andet foreskriver Forordning 1/2003 i art. 16, at i tilfælde, hvor Kommissionen har truffet afgørelse i en sag eller har indledt procedure og påtænker at træffe afgørelse, har en national dommer pligt til at undgå at træffe afgørelser, som er i strid med en beslutning, som Kommissionen har truffet eller agter at træffe. Denne pligt for den nationale dommer følger desuden af principippet om EU-rettens forrang og effektive virkning¹⁹.

For det tredje foreskriver Forordning 1/2003 i art. 15, at de nationale domstole skal fremsende en kopi af de domme, som de har afsagt i spørgsmål om anvendelsen af TEF art. 81 eller 82, og at en sådan fremsendelse skal ske ”*uden ophold efter, at den fulde dom er forkynkt for parterne i skriftlig form*”²⁰. Denne fremsendelsespligt skulle give Kommissionen mulighed for at reagere, inden en national dom bliver endelig. Det fremgår af Hvidbogen om Modernisering, at når en national domstol afsiger en dom, og denne ikke er blevet endelig, kan Kommissionen til enhver tid indlede en procedure og træffe en

¹⁶⁾ Ibid, pkt. 21-26. En national domstol kan også spørge Kommissionen om, hvornår en beslutning forventes vedtaget, så den kan tage stilling til, om den skal udsætte en sag, eller om det er nødvendigt at træffe foreløbige forholdsregler. Meddelelsen beskriver nærmere, hvorledes Kommissionen vil forholde sig i forbindelse med sådanne henvendelser, bl.a. når der er tale om oplysninger af fortrolig karakter

¹⁷⁾ Ibid, punkt 27-30.

¹⁸⁾ Ibid, punkt 31-35.

¹⁹⁾ Se sag C-344/98, Masterfoods, Saml. 2000 I-11369.

²⁰⁾ Se nærmere forordningens artikel 15, stk. 2, og Samarbejdsmeddeletsens punkt 37.

Bo Vesterdorf

anden afgørelse i sagen²¹. I så fald hviler principippet om at undgå modstridende afgørelser på appelinstanten.

For det fjerde skal nævnes adgangen – og i visse tilfælde pligten – for nationale domstole til at forelægge et præjudicielt spørgsmål til EF-Domstolen iht. TEF art. 234. Denne mekanisme vil blive berørt nærmere nedenfor. Det skal hér blot understreges, at efter art. 234 er sidste-instansdomstole principielt forpligtet til at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen, såfremt et spørgsmål om fortolkningen eller gyldigheden af en EU-regel foreligger²², mens det er op til enhver anden national domstol at skønne, om en præjudiciel forelæggelse er nødvendig.

Endelig skal nævnes, at Kommissionen lader til at være fortrøstningsfuld. Den nævner således (i Hvidbog om Modernisering), at konkurrencereglerne i artikel 81, stk. 1. og artikel 82 har været anvendt parallelt siden 1962, og at dette har givet anledning til meget få problemer, samt at EU's og de nationale konkurrencemyndigheder i dag er 'fortrolige med anvendelsen af et sæt konkurrenceregler, som i årenes løb er blevet præciseret og afdækket gennem Kommissionens beslutningspraksis, EF-Domstolens retspraksis og nye retsakter'²³.

Ovenstående giver anledning til enkelte kommentarer.

For så vidt angår både samarbejdet med Kommissionen og muligheden for at forelægge præjudicielle spørgsmål til EF-Domstolen, er det klart, at Kommissionen og EF-Domstolen i principippet ikke har nogen indflydelse på den nationale dommers afgørelse i en national sag, hverken med hensyn til, om der skal ske en forelæggelse eller med hensyn til den materielle afgørelse af hovedsagen.

Det bemærkes, at, i modsætning til hvad der er tilfældet i forbindelse med behandlingen af en sag inden for netværket af konkurrencemyndigheder, giver Forordning 1/2003 ikke Kommissionen nogen mulighed for eksempelvis at ”overtage” behandlingen af en sag i tilfælde, hvor der er risiko for, at en afgørelse vil være materielt urigtig og/eller i strid med en anden national domstols afgørelse.

Begge mekanismers succes afhænger således i vid udstrækning af, at de nationale domstole udviser den nødvendige vilje til at samarbejde.

²¹⁾ Hvidbog om Modernisering, punkt 102.

²²⁾ Se sag 283/81, CILFIT, Saml. 1982 s. 3415.

²³⁾ Ibid, punkt 102 og 137.

Den nye EU-konkurrenceret og domstolene

De sidste 40 års erfaring fra EF-Domstolen viser med al tydelighed, at de enkelte medlemsstaters domstole har vidt forskellige indstillinger til brugen af TEF art. 234 i sager, der vedrører spørgsmål om fortolkning eller gyldigheden af EU regler, ofte ud fra den opfattelse, at de juridiske spørgsmål rejst i sagen ikke nødvendiggør sådanne skridt og/eller et ønske om ikke at trække en sag i langdrag.

Det kan således ikke udelukkes, at en række medlemsstaters domstole fortsat vil tøve med at søge vejledning og bistand fra Kommissionen og/eller stille præjudicielle spørgsmål til Domstolen²⁴. For så vidt angår særligt adgangen til at konsultere Kommissionen, kan det ikke udelukkes, at visse nationale dommere vil være noget afvisende – for ikke at sige helt afvisende – over for at konsultere et administrativt – og oven i købet overnationalt – organ i forbindelse med deres løsning af en retlig strid. Eksempelvis ville det ikke overraske mig, om f.eks. danske dommere vil være blandt dem, som måtte tøve med at indhente bistand fra Kommissionen, i hvert fald hvis bistanden måtte bestå i at afgive andet end rent faktuelle oplysninger (fx om Kommissionen er i færd med at behandle en sag vedrørende samme forhold).

²⁴⁾ Kommissionen kan i principippet anlægge et traktatbrudssøgsmål efter TEF 226 imod en medlemsstat hvis domstole har truffet en afgørelse i strid med reglerne i EF-traktatens. Der kan i denne forbindelse henvises til sag C-224/01, Köbler (Saml. 2003 I-10239), hvoraf fremgår, at en medlemsstat anses for at have krænket sine EU forpligtelser regler i tilfælde, hvor en national domstol har truffet en afgørelse, der er i strid med EU's regler.

Der synes således – i teorien – ikke at være noget til hinder for, at Kommissionen vil kunne anlægge sag imod en medlemsstat, der har undladt at forelægge et præjudicielt spørgsmål. Der findes endnu ikke eksempler på, at medlemsstat er blevet dømt ved EF-Domstolen som følge af, at en domstol ikke har forelagt et præjudicielt spørgsmål til Domstolen (om end EF-Domstolen har udstukket relativt præcise retningslinjer for, hvornår en sidsteinstans-domstol - i medfør af doktrinen om *acte clair* - kan undlade at foretage en sådan forelæggelse; jf. sag 283/81, CILFIT, Saml. 1982 s. 3415). Det forlyder dog, at Kommissionen, bl.a. på baggrund af Domstolens dom af 4. juni 2002 i sag C-99/00, Lyckeskog (Saml. I-4839) har indledt en traktatbrudsprocedure iht. TEF Art. 226 imod den svenske stat som følge af *Högsta Domstolens* restriktive praksis mht tredjeinstansbevilling, der – efter Kommissionens opfattelse – har resulteret i, at *Högsta Domstolen* hidtil har foretaget et meget begrænset antal præjudicielle forelæggelser.

Det er i den forbindelse klart, at adgangen for Kommissionen til at anlægge traktatbruds-søgsmål ikke nødvendigvis sikrer de berørte virksomheder en materiel rigtig afgørelse i tilfælde hvor en dom afsagt af en national retsinstans er blevet endelig (efter udløbet af en sogsmålsfrist). En dom fra EF-Domstolen, der dømmer en medlemsstat for traktatbrud i en konkurrencesag, vil dog kunne påberåbes af de berørte virksomheder fx i forbindelse med et erstatningskrav imod den pågældende medlemsstat (jf. sagerne C-6/90 og C-9/90, Francovich og Bonifaci, Saml. 1991 I-5357). Tiden må vise, om Kommissionen i særlige tilfælde vil gøre brug af muligheden for at anlægge traktatbrudssøgsmål, f.eks. hvis en national dom i en konkurrencesag kan have en negativ indflydelse på et væsentligt antal markedsoperatører inden for EU.

Bo Vesterdorf

For så vidt angår Kommissionens mulighed for at træffe afgørelse i en sag med henblik på at påvirke den nationale appelinstans' afgørelse, må tiden vise, om denne mulighed er reel. Den synes i hvert fald at forudsætte, at Kommissionen har et konstant beredskab til både at overvåge de sager, der verserer ved alle de nationale domstole inden for EU's 25 medlemsstater og har kapaciteten til at reagere tilstrækkeligt hurtigt. Desuden forudsætter denne mekanisme, at den nationale dom bliver påanket af én af sagens parter.

For så vidt angår Kommissionens syn på de nationale myndigheders og domstoles fortrolighed med anvendelsen af EU konkurrencereglerne, skal det ikke glemmes, at, selv om de nationale konkurrencemyndigheder og domstole hidtil har haft kompetence til at anvende TEF art. 81, stk. 1 og 82, har de under det hidtidige regime ofte *de facto* været afskåret fra at behandle en sag, der involverede artikel 81, stk. 1, nemlig i sager, hvor Kommissionen havde modtaget en – ofte defensiv – anmeldelse i en sag.

Hertil kommer, at de nationale domstole (og konkurrencemyndigheder) aldrig tidligere har haft kompetence til at anvende artikel 81, stk. 3.

Det bør i den forbindelse tillige understreges, at langt fra alle nationale domstole vil have samme erfaring med anvendelsen af nationale bestemmelser, der ligner artikel 81, stk. 1 og stk. 3 (måske særligt i EU's nye medlemsstater, hvor de nationale konkurrenceregler ikke nødvendigvis har svaret til bestemmelserne i artikel 81 og 82). I dette lys synes Kommissionens udtalelse om, at de nationale konkurrencemyndigheder og -domstole i dag er "fortrolige" med anvendelsen af EU's konkurrenceregler, nok en anelse optimistisk.

Ovennævnte mekanismer er dog ikke de eneste, der muligvis vil udistikke visse grænser for de nationale domstoles 'autonomi' i deres anvendelse af EU's konkurrenceregler.

Jeg vil i denne forbindelse for det første nævne "*The Association of European Competition Law Judges*" (AECLJ), der blev oprettet i 2001 med henblik på at skabe et forum for udveksling af erfaringer og viden mellem dommere inden for EU i spørgsmål vedrørende konkurrenceret. Foreningen, hvis formand er Sir Christopher Bellamy, holdt sit første møde i Luxembourg i sommeren 2003.

For det andet vil jeg gøre opmærksom på eksistensen af principippet om "*Ne Bis in Idem*", der er beskyttet i den syvende tillægsprotokol til den Europæiske Menneskerettigheds Konvention (art. 4), nu bl.a. er indskrevet i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (art. 50), den nye forfat-

Den nye EU-konkurrenceret og domstolene
ningstraktat (artikel II-50) og Schengen-Konventionen²⁵ (art. 54 og 58) og
anerkendt som grundlæggende princip i fællesskabsretten²⁶.

Princippet har til formål at undgå, at en person, over for hvem der er afsagt endelig dom i én medlemsstat, retsforfølges på ny for de samme strafbare handlinger i en anden medlemsstat. En anvendelse af dette princip på området for EU-konkurrenceret vil betyde, at når en virksomhed er blevet endeligt dømt af én konkurrencemyndighed (national myndighed eller Kommissionen) og/eller domstol, kan den ikke blive dømt igen for de samme faktiske omstændigheder.

For at princippet finder anvendelse skal tre forhold skal være sammenfaldende. Der skal være tale om 1) at de faktiske omstændigheder er identiske, 2) at lovovertræderen er den samme person, og 3) at den retsbeskyttede interesse er den samme. Dette følger Domstolens dom i *Cement-sagen*²⁷.

For så vidt angår betingelsen om ”*sammenfaldende faktiske omstændigheder*”, vil denne i mange tilfælde være opfyldt, selv når flere nationale territorier er berørt, idet en given konkurrencestridig adfærd (typisk aftaler eller samordnet praksis), der har den fornødne EU-dimension, i mange tilfælde udspringer af ét samlet sæt af faktiske omstændigheder (samlet inden for ét nationalt område eller spredt over flere nationale områder). Dette afspejles da også i den omstændighed, at Forordning 1/2003 lægger op til, at de nationale konkurrencemyndigheder samarbejder på tværs af landegrænserne mhp at skaffe markedsdata etc. til den (eller de) nationale myndighed(er), der anses for bedst placeret til at behandle en sag²⁸. Muligheden for, at én konkurrencemyndighed (iht Forordning 1/2003 art. 16) kan afvise en klage med henvisning til, at en anden konkurrencemyndighed allerede behandler den samme aftale eller praksis, synes ligeledes at bygge på den forudsætning, at der er tale om nært sammenfaldende – hvis ikke identiske – faktiske omstændigheder.

²⁵⁾ Konventionen om gennemforelse af Schengen-aftalen af 14. juni 1985 mellem regeringerne for staterne i Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser (EFT 2000 L 239, s. 19), undertegnet den 19. juni 1990 i Schengen (Luxembourg).

²⁶⁾ Se bl.a. sag C-187/01 og C-385/01, Gözütok og Brügge, Saml. 2003 I-1345; dom af 7. januar 2004 i forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl., endnu ikke i Saml.; og dom af 29. april 2004 i sagerne T-236/01, T-239/01, T-244/01 til T-246/01, T-251/01 og T-252/01, Tokai Carbon, endnu ikke i Saml.

²⁷⁾ Se dom af 7. januar 2004 i sag C-213/00 P, Italcementi v Commission, endnu ikke i Saml., præmis 338.

²⁸⁾ Se også Kommissionens ”*Meddelelse om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder*”, citeret ovenfor, punkt 10-13.

Bo Vesterdorf

For så vidt angår den tredje betingelse, er det endnu ikke afklaret i retspraksis, hvorvidt der foreligger en *sammenfaldende beskyttelsesinteresse*, når to forskellige konkurrencemyndigheder og/eller -domstole har truffet afgørelse efter det samme regelsæt.

I sager, hvor der har foreligget en samtidig anvendelse af nationale konkurrenceregler og EU konkurrenceregler, har Domstolen afvist, at principippet skulle finde anvendelse²⁹.

Efter vedtagelsen af Forordning 1/2003, hvor de nationale domstole vil anvende de samme EU konkurrenceregler, synes der dog at kunne argumenteres for, at der normalt foreligger den fornødne grad af sammenfaldende beskyttelsesinteresse, og at principippet om *Ne Bis in Idem* vil finde anvendelse³⁰.

Det skal til slut nævnes, at i tilfælde, hvor *Ne bis in idem*-principippet ikke finder anvendelse, vil en virksomhed, der har modtaget en endelig afgørelse ved en konkurrencemyndighed eller -domstol for overtrædelse af EU's konkurrenceregler (og/eller eventuelt nationale konkurrenceregler), altid kunne påberåbe sig denne afgørelse ved andre domstole eller konkurrencemyndigheder (herunder Kommissionen), der vil være forpligtet til at tage højde herfor i deres behandling af en sag. Dette følger bl.a. af dommen i Walt Wilhelm-sagen, hvor Domstolen gjorde klart, at et almindeligt billighedshensyn ("general requirement of natural justice") kræver, at Kommissionen ved udmålingen af bøden skal tage hensyn til sanktioner, som allerede måtte være pålagt den samme virksomhed for det samme forhold³¹.

Til slut skal understreges, at principippet om *Ne Bis in Idem* ikke er til hinder for, at et offer eller enhver anden, der lider skade som følge af tiltaltes adfærd, kan anlægge eller fortsætte et civilt søgsmål med henblik på at kræve erstatning for det tab, den pågældende har lidt.

Fremtiden vil vise, om den nye decentraliserede anvendelse af EU-konkurrencereglerne sikrer en sammenhængende og ensartet anvendelse af konkurrencereglerne, og om Kommissionens positive forventninger i denne henseende viser sig at være velbegrunderede. Det kan man naturligvis kun håbe på.

²⁹⁾ Se bl.a. sag 14/68, Wilhelm v Bundeskartellamt, Saml. 1969 s.1, præmis 11 og dommen i Tokai Carbon, citeret ovenfor, præmis 132.

³⁰⁾ Se også Generaladvokat Colomers forslag til afgørelse i ovennævnte Italcementi-sag, præmis 91 ff.

³¹⁾ Sag 14/68, Walt Wilhelm, præmis 11. Se også bl.a. sag 7/72, Boehringer, præmis 3, Tokai Carbon-sagen, citeret ovenfor, præmis 132, samt sag T-141/89, Tréfileurope mod Kommissionen, Saml. 1995 II-791, præmis 191.

B) Forordning 1/2003s betydning for Fællesskabsdomstolene

1. Retten i Første Instans

For så vidt angår arbejdet ved Retten i Første Instans, er det endnu uvist, i hvilket omfang den ”nye EU-konkurrenceret” vil medføre en ændring i antallet af konkurrencesager, der indbringes for Retten. Meget tyder dog på, at det vil blive tilfældet.

Som bekendt behandler Retten i Første Instans alle direkte søgsmål, der anlægges af en fysisk eller juridisk person eller af en medlemsstat imod en af EU’s institutioner, hvorvidt det drejer sig om en påstand om en retsakts ugyldighed, en institutions passivitet eller betaling af erstatning. Det er således Retten, der behandler alle søgsmål i konkurrencesager, hvor sagsøger eksempelvis er en virksomhed, der anfægter Kommissionens beslutning om at pålægge den en bøde, eller hvor sagsøger er en virksomhed, der anfægter Kommissionens behandling af dens klage. Der er således typisk tale om sager, hvor Kommissionens anvendelse af artikel 81, stk. 1, anfægtes. I mere sjældne tilfælde hænder det, at Kommissionens (urigtige eller manglende) anvendelse af artikel 81, stk. 3, anfægtes. Retten modtager årligt mellem 30 og 60 søgsmål i konkurrencesager.

Jeg har nævnt ovenfor, at Kommissionen fremover i højere grad vil overlade det til de nationale konkurrencemyndigheder at anvende artikel 81, stk. 1 og 3. I takt med, at Kommissionen henviser stadig flere klagere til de nationale myndigheder, kunne det forventes, at antallet af Kommissionsbeslutninger – og således antallet af søgsmål ved Retten – tilsvarende vil falde.

Dette bliver dog næppe tilfældet. Noget synes nemlig at tyde på, at den nedgang i sager, der måtte følge af, at nationale konkurrenceinstanser i højere grad vil behandle klager i konkurrencesager, vil kunne opvejet af, at Kommissionen fremover vil indlede flere sager på eget initiativ, særligt med henblik på at bekæmpe de store transnationale karteller.

Det skal i den forbindelse nævnes, at ét af formålene med Forordning 1/2003 var at muliggøre en omprioritering af Kommissionens ressourcer, således at Kommissionen i fremtiden ville kunne rette sin indsats imod en bekämpelse af de alvorligste overtrædelser af konkurrencereglerne (som netop aldrig er blevet anmeldt til Kommissionen). I Hvidbog om Modernisering udtrykker Kommissionen det således (pkt. 45):

”I stedet for blot at reagere på det store antal anmeldelser, den modtager, bør Kommissionen kunne tage initiativet og selv tage sager op, når der er tale om

Bo Vesterdorf

aftaler og misbrug af dominerende stilling, der indebærer alvorlige konkurrencebegrænsninger og en trussel mod markedsintegrationen”.

Forordning 1/2003 (art. 17) giver i den forbindelse bl.a. Kommissionen visse nye midler til at foretage undersøgelser af bestemte erhvervssektorer eller af bestemte typer aftaler i forskellige sektorer, hvis den skønner, at ”udviklingen i handelen mellem medlemsstater, manglende priselasticitet eller andre forhold” foranlediger dette.

Nu, hvor Kommissionen med vedtagelsen af Forordning 1/2003 får frigjort ressourcer, kan det forventes, at antallet af sager indledt af Kommissionen til opklaring af de alvorlige konkurrenceovertrædelser vil blive øget. I det omfang disse sager måtte udmunde i bødebeslutninger, synes det uundgåeligt, at der ad denne vej vil blive anlagt et øget antal sager ved Retten. Erfaringerne viser, at det er meget sjældent, at en beslutning, hvorved der pålægges en bøde i en konkurrencesag, ikke anfægtes ved Retten.

Det forekommer således helt nærliggende at forvente, at Rettens arbejde med konkurrencesager vil blive forøget – måske endda væsentligt – som følge af vedtagelsen af Forordning 1/2003.

2. EF-Domstolen

Tilsvarende kan det forventes, at EF-Domstolens arbejdsbyrde i konkurrencesager vil vokse betydeligt i de kommende år.

Dette vil for det første ske som følge af, at Retten vil afsige et øget antal domme i store og tunge konkurrencesager, og at disse systematisk bliver påanket til Domstolen³².

For det andet synes det uundgåeligt, at antallet af præjudicielle forelæggelser vil vokse i konkurrencesager. Som nævnt ovenfor, vil Forordning 1/2003 højst sandsynligt bevirke en – med tiden formentlig ikke uvæsentlig – forøgelse af antallet af konkurrencesager, der anlægges ved de nationale domstole, både for så vidt angår fortolkningen af artikel 81(1) og artikel 81(3).

I betragtning af, at sådanne sager i deres natur vil have en klar EU-dimension, må det antages, at den nye forordning også vil medføre en forøgelse af antallet

³²⁾ Erfaringen viser, at alle domme hidtil afsagt af Retten i kartelsager er blevet indbragt for Domstolen.

Den nye EU-konkurrenceret og domstolene
af præjudicielle forelæggelser for EF-Domstolen. Dette er så meget desto mere sandsynligt, som de nationale domstole er blevet tillagt et nyt kompetenceområde (anvendelsen af artikel 81, stk. 3), hvor de ikke alle kan forventes at have nogen større erfaring (måske særligt for så vidt angår de nationale domstole i de 10 nye medlemslande, hvis nationale konkurrenceregler ikke nødvendigvis er/har været sammenfaldende med EU's konkurrenceregler).

Det må i den forbindelse antages, at de nationale dommeres mulighed for at modtage oplysninger og vejledning fra Kommissionen ikke vil kunne erstatte behovet for at foretage præjudicielle forelæggelser.

Spørgsmålet er imidlertid, om EF-Domstolen er gearet til at modtage et større antal præjudicielle forelæggelser i konkurrencesager, der ofte vil være faktuelt komplicerede samt i de fleste tilfælde vil forudsætte en – om end formelt kun indirekte – stillingtagen til den enkelte sags konkrete omstændigheder.

Som bekendt har EF-Domstolen iht TEF art. 234 kompetence til at fortolke EF-Traktaten og EU-regler, men er afskåret fra at tage stilling til en sags konkrete afgørelse, hvilket er overladt til den nationale dommer.

Således er proceduren i præjudicielle forelæggelser netop indrettet på, at EF-Domstolen ikke skal tage stilling til en sags faktum eller at løse en konkret retstvist mellem to parter. Ifm en art. 234-forelæggelse er det alene den nationale dommer, der i sin forelæggelseskendelse fremlægger sagens faktum, lige som sagens parter vil blive inviteret til at afgive indlæg, på lige fod med medlemsstaterne, Kommissionen og den/de retsaktdistedende institution/institutioner.

Afhængig af retstvistens karakter, vil EF-Domstolen dog som oftest have behov for at få et ganske præcist kendskab til en national sags faktum for at kunne afgive et tilstrækkeligt brugbart svar. Der er således klare eksempler fra retspraksis på, at EF-Domstolen har afvist præjudicielle forelæggelser, fordi de faktiske (og/eller retlige) oplysninger var mangelfulde³³⁾. Domstolen har udtalt, at det ”*for at opnå en fortolkning af fællesskabsretten, som den nationale ret kan bruge, er påkrævet, at denne giver en beskrivelse af de faktiske omstændigheder og de regler, som de forelagte spørgsmål hænger sammen med, eller i alt fald forklarer de faktiske forhold, der er baggrunden for dens spørgsmål*”³⁴⁾.

³³⁾ Se bl.a. sagerne C-320-322/90. Telemarsicabruzzo. Saml. 1993 I-393; og C-157/92, Banchero, Saml. 1993 I-1085.

³⁴⁾ Sag C-157/92, Banchero, præmis 4-5.

Bo Vesterdorf

Det er interessant at bemærke, at Domstolen ved flere lejligheder har afvist en forelæggelseskendelse netop på konkurrenceområdet under henvisning til, at kravet om en fyldestgørende redegørelse i forelæggelseskendelsen har særlig betydning på konkurrenceområdet, hvor de retlige og faktiske omstændigheder ofte er indviklede³⁵.

Den eneste mulighed Domstolen har for at indhente yderligere faktuelle oplysninger, er at den (efter behørigt at have hørt generaladvokaten) anmoder den nationale ret om at uddybe sin forelæggelse (D-procesregl. art. 104, stk. 5). Som det fremgår af ovennævnte retspraksis, giver denne bestemmelse dog ikke altid Domstolen nogen reel mulighed for i tilstrækkelig grad at oplyse en sags faktum.

Det erindres i denne forbindelse, at ifm anvendelsen af både artikel 81(1) og (3), vil det være nødvendigt, at den nationale dommer foretager en ofte kompleks vurdering af en aftales konkrete virkninger på et nærmere identificeret marked, der tilmed typisk indebærer en nøjere økonomisk analyse. For så vidt angår særligt anvendelsen af artikel 81(3), erindres det, at denne kun kan finde anvendelse, såfremt en aftale ”*bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, og uden at der a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, [og] b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer*”.

Hertil kommer, at en besvarelse af et præjudicielt spørgsmål i en kompliceret konkurrencesag efter al sandsynlighed oftest vil tage mere end de næsten 25 måneder, som i 2003 var den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for alle sager. En betydelig sagsbehandlingstid må så meget desto mere forventes, som EF-Domstolen ikke (i modsætning til Retten i Første Instans) siden 1989 har behandlet konkurrencesager i første instans og således ikke har skullet foretage de faktumtunge, komplicerede økonomiske og markedsmæssige bevisvurderinger.

En lang sagsbehandlingstid er ingenlunde tilfredsstillende i sager på konkurrenceområdet, hvor en afgørelse – for at have nogen egentlig virkning på det berørte marked – som regel er af en noget hastende karakter. Det forekommer mig i denne forbindelse næppe tilfredsstillende at henvise til muligheden for at anmode om en hasteprocedure ved EF-Domstolen eller muligheden for, at de

³⁵⁾ *Ibid idem.*

Den nye EU-konkurrenceret og domstolene
nationale domstole vedtager foreløbige forholdsregler med henblik på at sikre
en parts retsbeskyttelse³⁶.

På et mere overordnet judicielt plan kan det tillige overvejes, om EU-syste-
mets øverste domstol skal tynges af ofte komplekse spørgsmål i faktuelt tunge
sager vedr. artikel 81 og/eller 82, hvor det enkelte svar tilmed må antages at
have en begrænset principiel betydning for løsningen af andre sager.

Om Domstolen på sigt vil føle behov for – eller ende med at føle sig presset til
– at foreslå en overførsel af præjudiciel kompetence på konkurrenceområdet til
Retten i Første Instans, således som Nice-traktaten nu har gjort det muligt, må
tiden vise.

³⁶⁾

Der er foreløbig blevet anmodet om brug af hasteproceduren (efter Domstolens
procesreglement artikel 104a) i 21 præjudicielle sager, siden muligheden blev indført i
2001. Kun i ét tilfælde er anmodningen blevet efterkommet (sag C-198/01, Jippes.,
Saml. I-5689). Domstolen har desuden anvendt hasteproceduren (efter Domstolens pro-
cessreglement artikel 62a) i sag C-39/03 P, Kommission mod Artegodan Saml. 2003
I-7885, og i dom af 13. juli 2004 i sag C-27/04, Kommission mod Råd ("Stabilitets-
pagten"), endnu ikke trykt i Saml.

Fsva de nationale domstoles mulighed for at vedtage foreløbige forholdsregler, er dette
et alternativ, som nationale domstole formentlig vil vige tilbage for at anvende, hvis det
kan tænkes at skulle være i kraft i 2-4 år.

DEN NYA EU-KONKURRENSRÄTTEN I RELATION TILL DET NORDISKA

Ulf Bernitz

1. Inledning

Relationen mellan den europeiska konkurrensrätten och den nationella i bland annat våra nordiska länder har efter moderniseringen 2004 av det europeiska systemet blivit en väsentligt annan än tidigare. Hittills har de europeiska och de nationella systemen i stort sett tillämpats var för sig. Det blir inte längre möjligt. Åtminstone i huvudsak kan vi inte längre tillämpa egna nationella system som avviker från det europeiska. Man kan tala om ett paradigmskifte.

Tidigare hade vi i Norden en i stort sett likartad konkurrensrättslig modell i de olika länderna, ehuru det aldrig förekommit något systematiskt nordiskt lagstiftningsarbete på detta område.¹⁾ Modellen byggde på en generalklausul, riktad mot skadliga verkningar av konkurrensbegränsningar och som förutsatte att den ansvariga konkurrensmyndigheten ingrep i det enskilda fallet. Detta kompletterades med några särskilda förbudsbestämmelser, särskilt riktade mot bruttoprissättning och anbudskarteller. Sanktionssystemet var föga ingripande och hade ett stort inslag av förhandlingar och överenskommelser. Härvid spelade näringslivets olika branschorganisationer en aktiv roll. I praktiken rörde väldigt många saker leveransvägran till priskonkurrerande återförsäljare menan kartellbekämpning ofta hade lägre prioritet. Utifrån dagens situation framstår systemet som relativt idylliskt och från juridisk synpunkt rätt utvecklat.

Utifrån denna äldre ordning har de nordiska ländernas konkurrensrätt, om än i litet olika takt, utvecklats därhän att de materiella reglerna nu kommit att utgöra kopior av art 81 och 82 i EG-fördraget samt koncentrationsförordningen och dessas nära motsvarigheter i EES-rätten. Kartellförbudet har härigenom trätt i förgrunden som det mest centrala, medan fallen om leveransvägran, i den mån de fortfarande förekommer, tappat det mesta av sitt intresse.

¹⁾ På sin tid har jag behandlat denna nordiska modell komparativt i boken Konkurrens och priser i Norden, Stockholm 1971.

Ulf Bernitz

Genom att den nationella rätten följt förändringarna i EG-rätten genom moderniseringen har även motsvarigheterna i de nationella lagarna till undantaget i art. 81.3 EG-fördraget förvandlas från att vara ett undantag, som bedömdes av myndigheter efter ansökan, till ett direkt gällande andra led i kartellförbjudet, vars tillämplighet företagen har att bedöma på egen risk.

I detta bidrag kommer jag först att i sina huvuddrag behandla den nya ordningen för förhållandet mellan de europeiska och nationella systemen. Jag kommer därefter att utifrån några viktiga avgöranden att belysa, delvis kritiskt, hur relationen mellan systemen fungerar. Slutligen kommer jag, också litet kritiskt, att ta upp spörsmålet om samordningen mellan de europeiska och nationella konkurrensrättsliga systemen hittills gått tillräckligt långt. Det blir härvid anledning att se särskilt på den processuella ordningen.

2. Förhållandet mellan europeisk och nationell konkurrensrätt: konvergenskrav, parallell tillämpning m m

Den nationella konkurrensrätten måste numera hela tiden ses och tolkas mot bakgrund av den europeiska konkurrensrätten. Man skall ha klart för sig att i våra nordiska länder gäller ett dubbelt rättsystem inom konkurrensrätten, nämligen dels EG:s eller EES konkurrensrätt och dels nationell konkurrensrätt. För de nordiska EU-länderna är art. 81 och 82 samt koncentrationsförordningen och den europeiska konkurrensrätten i övrigt en del av den interna nationella rättsordningen, i likhet med vad som gäller i andra medlemsstater. I Island och Norge är rättsläget i sak knappast annorlunda.

Art 81 och 82 har som bekant direkt effekt inom hela EU, de nordiska EU-länderna inbegripna. Detta innebär att den europeiska konkurrensrätten är direkt gällande för enskilda och företag i medlemsstaterna och skapar rättigheter och skyldigheter för dessa. De förordningar som EU utfärdat inom konkurrensrätten, såsom den grundläggande konkurrensförordningen, koncentrationsförordningen och de olika gruppundantagsförordningarna, utgör också omedelbart gällande rätt i medlemsstaterna. Detta följer av EG-rätten; enligt denna får inte förordningar införlivas genom nationell lagstiftning. Enligt generella EG-rättsliga principer ligger de gemenskapsrättsliga reglerna på en högre nivå i normhierarkin än vår inhemska konkurrenslagstiftning och har anspråk på företräde framför nationell rätt. Föreligger oöverensstämmelse mellan vad som följer av EG:s konkurrensrätt och nationella rättsregler, konkurrensrättsliga eller andra, tar sålunda gemenskapsrätten över.

EG:s konkurrensrätt kan direkt åberopas inför de nationella domstolarna och tillämpas av dessa. Detta framgår numera uttryckligen av art. 6 konkurrens-

Den nya EU-konkurrensrätten i relation till det nordiska förordningen. Efter lagändringar kan även det svenska Konkurrensverket direkt tillämpa art. 81 och 82. Motsvarande gäller vad jag vet i övriga nordiska länder. Det är också den nationella konkurrensmyndigheten, i Sverige Konkurrensverket, som är den myndighet som bistår kommissionen vid dess tillämpning av EG:s konkurrensrätt i relation till inhemska företag. För Sveriges del kan tilläggas att det gällt sedan år 2000 att Konkurrensverket kunnat tillämpa art 81 och 82, men att så knappast hade skett i praktiken i Sverige före lagändringarna 2004 för att genomföra moderniseringen av den europeiska konkurrensrätten. När det gäller påföljder för överträdelser av art 81 och 82 tillämpas emellertid vid nationell tillämpning påföldssystemet enligt den nationella konkurrenslagstiftningen, liksom rättegångsordningen. Här gäller för hela norden att harmoniseringen ännu är ofullständig.

Utgångspunkten för gränsdragningen mellan de två regelsystemen är som bekant att EG:s konkurrensrätt, enligt vad som framgår av art. 81.1 och art. 82, är tillämplig på konkurrensbegränsningar som kan påverka handeln mellan medlemsstater, det ovannämnda *samhandelskriteriet*, medan den nationella konkurrenslagen i sak är inriktad på konkurrensbegränsningar på den nationella marknaden. Har en konkurrensbegränsning verkningar endast i det egna landet är sålunda bara den nationella konkurrenslagen tillämplig.

Samhandelskriteriet i EG:s konkurrensrätt tolkas som bekant extensivt i rättspraxis och innefattar alla märkbara konkurrensbegränsningar som, enligt vad EG-domstolen uttalat, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, har ett inflytande på handelsmönstret för varor eller tjänster mellan medlemsstaterna.² Med "handel" förstas även tjänster och alla andra former av kommersiell aktivitet. Detta är särskilt tydligt i fråga om konkurrensbegränsningar som medför någon form av nationell marknadsuppdelning eller eljest direkt påverkar export eller import men är ingalunda begränsat till sådana situationer. Berör ett konkurrensbegränsande samarbete eller förfarande två eller fler medlemsstater finns en stark presumption för att samhandeln påverkas. Men även om alla parterna i ett konkurrensbegränsande samarbete eller förfarande finns inom en medlemsstat, t ex Sverige, kan samhandeln påverkas genom att ha märkbara återverkningar utom landet, t ex genom påverkan på förutsättningarna för export eller import eller potentiell konkurrens från aktörer utanför landet. Förfarandet inom landet kan också ingå i ett vidare nätverk, t ex för distributionen av en märkesvara. Överhuvud krävs det inte särskilt mycket för att samhandelskriteriet skall vara uppfyllt.³

²⁾ Mål 56/65, Société Technique Miniére mot Maschinenbau Ulm, REG 1966 s 235 m fl senare domar.

³⁾ Kommissionen har mot bakgrund av tidigare rättspraxis publicerat såsom ett tillkännagivande Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i art 81 och 82, EGT 2004/C101,

Ulf Bernitz

I ett känt rättsfall fann EG-domstolen att en priskartell som endast omfattade cementhandlare i ett land (Nederlanderna) hade sådana verkningar på ett belgiskt företags möjligheter att bedriva importkonkurrens (nationell avskärmning) att kartellen påverkade samhandeln och föll under art 81.1.⁴⁾

Av Hugin-målet, som rörde leveransvägran av reservdelar till Hugin kassa-apparater till ett mindre engelskt företag som rekonditionerade Huginapparater för begagnatmarknaden, ett art. 82-fall, framgår att samhandelskriteriet är uppfyllt när ett förfarande delar upp de nationella marknaderna eller påverkar konkurrensstrukturen inom den gemensamma marknaden, förutsatt att påverkan på samhandeln är märkbar. I det konkreta fallet fann dock EG-domstolen att det inte förelåg påverkan på samhandeln eftersom det engelska företaget bara var verksamt i mindre skala i Londonområdet och inte hade någon export. Huginfallet är ovanligt genom att EG-domstolen *inte* fann samhandelskriteriet uppfyllt.⁵⁾

Belysande är även ett koncentrationsfall, som rörde den finska detaljhandelskedjan Keskos förvärv av konkurrentkedjan Tuko, och som i och för sig gällde konkurrensförhållandena på den finska dagligvarumarknaden. Kommissionen, och efter överklagande Förstainstansrätten, fann dock att EG:s koncentrationsförordning var tillämplig eftersom förvärvet påverkade importörers avsättningsmöjligheter för dagligvaror på den finska marknaden och därigenom samhandeln.⁶⁾ EG:s konkurrensrätt blir sålunda ofta tillämplig också på konkurrensförhållandena inom detaljhandeln i ett visst medlemsland.

När det gäller det inbördes förhållandet mellan EG:s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt slog EG-domstolen tidigt fast i målet *Walt Wilhelm* att tillämpning av nationell konkurrensrätt inte får störa den fulla och enhetliga tillämpningen av gemenskapsrätten eller effekten av de åtgärder som vidtas för att upprätthålla denna.⁷⁾ Tillämpningen av gemenskapsrätten skall alltså ges företräde. Nationella myndigheter och domstolar får inte tillåta ett förfarande som kommissionen eller EG-domstolarna förbjudit.

27.4.2004 s 81. Enligt tillkännagivandet tillämpar kommissionen en presumption att samhandeln inte påverkas om parternas sammanlagda marknadsandel inte överskrider 5 % på någon relevant marknad inom EU och företagens sammanlagda årsomsättning inte överskrider 40 miljoner €. Främst genom att marknadsandelen satts så lågt är det inte mycket som undantas.

⁴⁾ Mål 8/72, Cementhandelaren mot kommissionen, REG 1972 s 977.

⁵⁾ Mål 22/78, Hugin Kassaregister AB m fl mot kommissionen, REG 1979 s 1869.

⁶⁾ Mål T-22/97, Kesko mot kommissionen, REG 1999 s II-3775.

⁷⁾ Mål 14/68, Walt Wilhelm mot Bundeskartellamt, REG 1969 s 1, se t ex Wahl, Konkurrensförhållanden. Om förhållandet mellan EG:s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt, Stockholm 1994. Wetter m fl, Konkurrensrätt – en handbok, 3 uppl, 2004 s 52 ff, 49 ff.

Den nya EU-konkurrensrätten i relation till det nordiska

Denna huvudprincip har vidareutvecklats och preciserats i art. 3 i den nya konkurrensförordningen. Den slår fast att medlemsstaternas konkurrensmynigheter och de nationella domstolarna är *skyldiga* att tillämpa art. 81 och 82 i sådana fall där samhandelskriteriet är uppfyllt. Tillämpningen av gemenskapens konkurrensrätt skall vara *enhetlig*, dvs. densamma på EU-planet och nationellt. När det gäller förbudet i art. 81 mot konkurrensbegränsande avtal och samordnade förfaranden måste det råda full konvergens i tillämpningen, dvs. de nationella reglerna får inte leda till vare sig ett strängare eller en mildare bedömning än vad som följer av art. 81, det s k *konvergenskravet*. När det gäller art. 82 öppnas ändå möjlighet till strängare (men ej mildare) tillämpning av nationella regler mot företags ensidiga uppträdande. Detta är en uppmjukning som ej fanns med i kommissionens ursprungliga förslag, men som medlemsstaterna fick igenom under förhandlingarna i rådet. Denna möjlighet att avvika nationellt har emellertid inte utnyttjats i Sverige och veterligen heller inte i andra nordiska länder. Gemenskapsrättens företräde understyrks ytterligare av regeln i art. 16 konkurrensförordningen, som slår fast att medlemsstaternas konkurrensmynigheter och nationella domstolar vid tillämpning av art. 81 och 82 inte får fälla avgöranden som strider mot beslut som kommissionen redan har fattat.⁸

Med de starka begränsningar som följer av konvergenskravet får dock nationell konkurrensrätt tillämpas samtidigt med den europeiska, s k *parallell tillämpning*. Denna ordning har vi stannat för i Sverige. Den parallella tillämpningen skall ske med beaktande av det grundläggande lojalitetskrav på samarbete som gäller i förhållande till EG-rätten enligt art 10 EG-födragets och även med beaktande av EG-rättens allmänna rättsprinciper. Den svenska regeringen gick på denna centrala punkt emot vad som hade föreslagits i den bakomliggande offentliga lagstiftningsutredningen, dock att det förelåg oenighet inom utredningen. Enligt dess förslag skulle den svenska konkurrenslagen bara skulle tillämpas när art 81 eller 82 inte var tillämpliga. Ett viktigt skäl för regeringens och riksdagens ständpunktstagande var vikten av att säkerställa god överensstämmelse i praktiken vid tillämpningen av de två regelsystemen och alltså att undvika att det bibehölls eller uppkom en från den europeiska rätten avvikande praxis vid tillämpning av den svenska lagen.⁹ För egen del ansluter jag mig till denna uppfattning, också av ett annat skäl, nämligen svårigheterna att avgöra i ett konkret fall om samhandelskriteriet är uppfyllt eller ej.

⁸⁾ Denna bestämmelse uttrycker en princip som EG-domstolen redan tidigare hade slagit fast i mål C-344/98, Masterfoods mot HB Ice Cream, REG 2000 s I-11369.

⁹⁾ Se SOU 2003:73, Reformerad konkurrensövervakning respektive Prop 2003/04:80 s 48 ff. Se vidare Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt I, Stockholm 2005, särskilt s 69 ff.

Ulf Bernitz

Den nya konkurrensförordningen innehåller också särskilda regler om samarbete mellan kommissionens och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter inom ramen för ett europeiskt konkurrensrätsligt nätverk, *European Competition Network* (ECN). Det gäller bland annat informationsutbyte, principer för fördelning av ärenden och samråd i bedömningsfrågor inom ramen för en rådgivande kommitté. Huvudtanke är som känt att ärendena skall handläggas av konkurrensmyndigheten i den medlemsstat som är lämpligast placerad, ”best placed”. Härigenom engageras de nationella konkurrensmyndigheterna mycket mera aktivt än tidigare i tillämpningen av EG:s konkurrensregler. De kan också få att ta ansvar för ärenden som inte bara rör det egna landet. Antag att ett ärende om en misstänkt kartell rör både Finland och Sverige. Beroende på förhållandena i det konkreta fallet torde endera finska eller svenska Konkurrensverket få ansvaret för den huvudsakliga handläggningen av fallet i sin helhet. Tumregeln är dock att om att ärende rör fler än tre EU-länder bör det handläggas av kommissionen. Kommissionen samråder med medlemsstaternas konkurrensmyndigheter inom ramen för en särskild rådgivande kommitté.¹⁰ Vad som skett är en omfattande decentralisering av arbetsuppgifterna under kommissionens handfast ledning. Kommissionen har dock varit angelägen att kunna behålla kontrollen och har alltid möjlighet att främsta nationella konkurrensmyndigheter behörigheten att tillämpa art 81 och 82 genom att själv överta ärendet.¹¹

Det bör understrykas att de nu berörda principerna om parallell tillämpning *inte* är tillämpliga på bedömningen av företagskoncentration. Där gäller fortsatt att EG:s koncentrationsförordning är *exklusivt* tillämplig när tröskelvärdena för anmälan av en koncentration till kommissionen är uppfyllda.

Det råder föga tvekan om att den nationella konkurrensrätten i praktiken blivit underordnad den europeiska. I viktiga fall kommer samhandelskriteriet i regel att vara uppfyllt och i så fall måste det råda konvergens. Samordningen inom Nätverket och redan själva det faktum att den nationella konkurrensmyndigheten ibland också har att handlägga ärenden som direkt involverar andra länder förefaller göra det nödvändigt att man har en väsentligen enhetlig tillämpning. Det är en rimlig förutsägelse att de olikheter som föreligger i nuläget mellan länderna i regelverk och faktisk hantering och bedömning av olika typer av frågor inom de nationella konkurrensmyndigheterna successivt kommer att reduceras och jämnas ut.

¹⁰⁾ Närmare regler om ärendefördelning och samrådsförfarande m m återfinns i kommissionens tillkännagivande om samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter, 2004/C 101/03, EUT C 101/43, 27.4.2004.

¹¹⁾ Art 11.6 konkurrensförordningen.

Den nya EU-konkurrensrätten i relation till det nordiska

Före tillkomsten av den nya konkurrensförordningen hade man från EU:s sida aldrig genomfört någon lagharmonisering inom konkurrensrätten – till skillnad från så många andra rättsområden. Reglerna i konkurrensförordningen är ju heller inte direkt riktade mot själva den nationella konkurrensrätten. I sak har man emellertid åstadkommit en långtgående faktisk harmonisering av den konkurrensrätt som tillämpas i Europa.

3. Samspel i den faktiska tillämpningen – reflexioner mot bakgrund av aktuella svenska domstolsavgöranden

Den positiva bedömning av koordinationen mellan europeisk och nationell konkurrensrätt som nu gjorts kan emellertid behöva nyanseras. Ett spörsmål som behöver ställas är särskilt om domstolarna nått lika långt i förståelse för behovet av koordination som konkurrensmyndigheterna sannolikt har gjort.

Vi vet att den europeiska konkurrensrätten till mycket stor del har utvecklats på grundval av ett antal centrala avgöranden av EG-domstolen. Påfallande många av dessa har karaktären av förhandsavgöranden, där nationella domstolar i medlemsländerna sport EG-domstolen om den närmare förståelsen i olika hänseenden av art 81 och 82. Vilken roll har nordiska domstolar spelat härvidlag? Svaret är enkelt: Ingen alls. Det finns inget fall, där en nordisk domstol begärt förhandsavgörande av EG-domstolen i en konkurrensrättslig fråga.¹²⁾ Detta skall ses mot bakgrund av att reglerna om de civilrättsliga rättsverkningarna av handlande i strid mot förbuden i art 81 och 82 (ogiltighet och möjlighet till skadestånd) varit en del av den omedelbart gällande rätten i de nordiska EU-länderna alltsedan respektive land blev medlem i EU.

Kommissionen nyligen agerat kraftfullt mot Sverige i anledning av den uppfattat som obenägenhet av de högsta rättsliga instanserna, enkannerligen Högsta domstolen (HD) att begära förhandsavgöranden. I ett motiverat yttrande har kommissionen hävdat att denna obenägenhet strider mot de högsta instansernas skyldighet enligt art 234.3 EG-fördraget att begära förhandsavgörande när rättsfrågan inte är klar (*acte clair*) och att detta utgör ett fördagsbrott. Det är i nuläget oklart om denna konflikt kan lösas genom en förhandlingsuppgörelse som t ex innefattar en lagändring i Sverige eller om kommissionen kommer att föras saken till EG-domstolen. Jag har nyligen belyst frågan i en artikel.¹³⁾

¹²⁾ Det finns ett enstaka fall där norsk domstol tillfrågat EFTA-domstolen i en sak rörande bilhandel.

¹³⁾ Bernitz, Kommissionen ingriper mot svenska sistinstansers obenägenhet att begära förhandsavgöranden, *Europarättslig Tidskrift* 2005 s 109 ff.

Ulf Bernitz

I Sverige finns inte mindre än tre aktuella avgöranden i sista instans, som rört europeisk konkurrensrätt och där domstolarna beslutat att inte inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen, trots att fallen behandlat mycket intressanta och alls inte klara problemställningar och trots att det från parts sida särskilt begärts att förhandsavgörande skulle inhämtas.

Det första är målet SAS */>. Luftfartsverket* angående vilka civilrättsliga rättsverkningar som kan vara knutna till missbruk av dominerande ställning. I detta mål fann Göta hovrätt, liksom tingsrätten, att Luftfartsverket missbrukat sin dominerande ställning på Arlanda flygplats i strid med både art 82 EG-fördraget och motsvarande bestämmelse i 19 § konkurrenslagen genom prisdiskriminering i förhållande till SAS, som nödgats betala höga hyror m m för en terminalbyggnad som SAS inte längre använde. Särskilt intressant är att hovrätten knöt ogiltighetsverkningar till art 82 (och dess svenska motsvarighet) och jämkade avtalet med tillämpning av 36 § avtalslagen så att SAS befriades från betalningsansvar för ungefär 1 miljard SEK.¹⁴⁾ Sedan Luftfartsverket överklagat till HD, beslöt HD att inte inhämta förhandsavgörande och inte bevilja prövningstillstånd. I linje med sin praxis lämnade HD ingen motivering till beslutet. Kommissionen kritiserar explicit detta beslut av HD i det ovannämnda motiverade yttrandet. Kritiken torde hänga samman med att kärnfrågan i målet var den i EG-rättslig praxis högintressanta men uppklarade frågan om ogiltighetverkningar är knutna även till art 82 EG-fördraget (vilket allmänt antas i doktrinen), trots att detta till skillnad från art 81 inte framgår av födragstexten.

Härför har inträffat att Luftfartsverket begärt resning (dvs. omprövning) i HD av beslutet att ej bevilja prövningstillstånd i målet. Denna begäran har HD avslagit, i och för sig inte oväntat. Denna gång har emellertid HD lämnat en ingående motivering av beslutet att inte begära förhandsavgörande; i sitt slag en total nyhet i svensk rättspraxis.¹⁵⁾ HD gör därvid gällande att såsom frågorna hade ställts av Luftfartsverket rörde målet inte EG-rätten. Sammanfattningsvis fann HD att det inte förelåg någon tolkningsfråga som HD var skyldig att inhämta förhandsavgörande om. För egen del finner jag detta ställningstagande föga övertygande, särskilt som det obestridligen är den nationella domstolen som formulerar de frågor som skall ställas till EG-domstolen och inte parterna i rättegången.

¹⁴⁾ Se om detta avgörande Bernitz, Missbruk av dominerande ställning i form av prisdiskriminering – restitution och betalningsbefrielse, ERT 2003 s 382 ff.

¹⁵⁾ Detta beslut har publicerats i Nytt Juridiskt Arkiv, NJA 2004 s 735. Se även HD:s hemsida www.hogstedomstolen.se

Den nya EU-konkurrensrätten i relation till det nordiska

Det andra av HD avgjorda fallet är ett mål Boliden Mineral / . Fortum Värme angående frågan om civilrättslig ogiltighet även drabbar följdavtal som ingåtts till fullföljande av ett otillåtet konkurrensbegränsande samarbete, i detta fall ett prissamarbete inom ramen för ett mellan svenska elproducenter allmänt tillämpat standardavtal. Boliden förde sin talan i målet på grundval av såväl art 81 som dess svenska motsvarighet. HD fann att det inte framgick att det angripna samarbetet kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna och att art 81 alltså inte var direkt tillämplig i målet. HD fann det heller inte föreliggande förutsättningar att inhämta förhandsavgörande om det inhemsk rättsläget med bland annat den motivering att det framgick av lagförarbetena att tillämpningen av svensk konkurrenslag i vissa fall behövde anpassas efter de särskilda förhållanden som gäller i Sverige.¹⁶

Inte heller denna dom ter sig övertygande. Mot bakgrund av den vida bestämning av samhandelskriteriet som redovisats i det föregående ter det sig egenomligt att inte ett prisamarbete som innefattade alla större svenska elproducenter skulle påverka samhandeln. Lika litet framstår det som övertygande att någon skillnad skulle vara avsedd mellan art 81 och den svenska konkurrenslagens motsvarande regler vad gäller ogiltighetens verkningar. I denna del går HD:s resonemang inte väl ihop med vad som redovisats i det föregående om det nya förhållandet mellan europeisk och nationell konkurrensrätt.

Vidare kan nämnas en tredje dom, i detta fall från Marknadsdomstolen. Upplysningsvis bör nämnas att i Sverige (och även i Finland) prövar de allmänna domstolarna endast konkurrensrättsliga mål med karaktär av civilmål, dvs. fall där de civilrättsliga påföljderna ogiltighet och skadestånd utgör grundvalen för talan. Processer där Konkurrensverket är part prövas (också i likhet med Finland) av Marknadsdomstolen, en specialdomstol. I Sverige kan dess beslut inte överklagas. Fallet gällde frågan om ett företag kan vara ”i kartell med sig själv”. Den i Vägverket ingående resultatenheten Vägverket Produktion befanns kunna vara part i en mot Vägverket såsom upphandlande enhet riktad anbudskartell. Trots att problemställningen är obehandlad i EG-rättslig praxis förklarade Marknadsdomstolen helt kortfattat i sina domskäl att det inte förelåg skäl att inhämta ett förhandsavgörande.¹⁷

Oavsett vilka överväganden som må ha varit avgörande i vart och ett av dessa tre mål måste konstateras, att hade förhandsavgörande begärts hade det tro-ligen lett till viktiga och över Europa uppmärksammade ställningstaganden till

¹⁶⁾ NJA 2004 s 804, även på HD:s hemsida.

¹⁷⁾ MD 2004:21, se www.marknadsdomstolen.se Rättsfallscommentar av Henriksson i JT 2004-05 s 422 ff.

Ulf Bernitz

konkurrensrättsligt högintressanta frågeställningar. Hållningen från svenska domstolars sida till att begära förhandsavgöranden från EG-domstolen står i dålig överensstämmelse med de grundtankar om konvergens och parallell tillämpning som numera bär upp relationen mellan europeisk och nationell konkurrensrätt. Det förefaller som domstolarna i vart fall i Sverige inte tagit till sig den förändring som skett.

4. Bör samordningen mellan europeisk och nationell konkurrensrätt drivas längre – särskilt i processuellt hänseende?

Som nämnt i det föregående är det i första hand den materiella konkurrensrätten som har samordnats på europeiskt och nationellt plan. När det gäller det administrativa och processuella systemet är samordningen inte alls lika långt driven.

Karakteristiskt för den europeiska konkurrensrätten är som bekant att det är kommissionen som fattar de grundläggande besluten, vilka sedan kan överklagas till Förstainstansrätten respektive EG-domstolen. I EES-systemet fyller EFTA-domstolen en motsvarande roll. Grundläggande för utformningen är alltså att det finns starka och självständiga domstolar, som i sista hand beslutar och om utformar rättsläget och som balanserar kommissionen. Konkret har detta bland annat kommit till uttryck i en serie domar, där Förstainstansrätten ogiltigförklarat uppmärksammade beslut av kommissionen att förbjuda företagskoncentrationer såsom otillräckligt motiverade.

Hur är läget på denna punkt i Norden? I Finland och Sverige är Marknadsdomstolen en domstol med ställning som specialiserad konkurrensdomstol (jämte marknadsföringsdomstol), låt vara att de civilrättsliga tvisterna ligger i allmän domstol. Den tidigare, mer eller mindre korporativa ordningen med medverkan av intresseorganisationer utsedda på förslag av olika organisationer har avskaffats.

Här möter system av annan karaktär i Danmark och Norge. I Danmark gör man en uppdelning mellan Konkurrencestyrelsen, en myndighet som handhar det löpande arbetet, och Konkurrencerådet, ett organ som beslutar i större saker och saker av principiell betydelse. I Konkurrencerådet deltar dels ledamöter som är oavhängiga av särskilda intressen (jurister och ekonomer), dels ledamöter som är utsedda på förslag av olika danska organisationer. Inkluderar man suppleanterna synes nästan alla danska organisationer av någon betydelse på det ekonomiska området vara representerade i Konkurrencerådet. Sammanväntningen av Konkurrencerådet har ett tydligt korporativt drag. Det finns dock möjlighet att överklaga till den oavhängiga Konkurrenseankaevnet. Däri-

Den nya EU-konkurrensrätten i relation till det nordiska
från kan man klaga till Landsretten men i praktiken har domstolarna i Danmark spelat en obetydlig roll på konkurrensrättens område och så förefaller fallet fortfarande att vara.

I Norge har funnit en tradition att de större och övergripande konkurrensfrågorna ansetts ligga nära regeringen.¹⁸ En sådan ordning har delvis behållits i 2004 års nya konkurrencelov. Konkurrensetilsynets beslut i ärenden om företagskoncentrationer överklagas sålunda direkt till regeringen. Överträdelser av konkurrenselovens förbudsregler handläggs däremot av domstolarna, liksom privaträttsliga tvister med konkurrensrättslig grundval. Någon specialisering på konkurrensrätt sker dock inte inom ramen för domstolsorganisationen.

Självfallet har varit land sin rättsliga tradition och man kan på olika vägar finna välfungerande och rättssäkra system. Systemen måste emellertid fungera utan anmärkning i en europeisk rättsmiljö, där det numera saknas utrymme för nationella hänsynstaganden; något som nog inte varit ovanligt tidigare. Fundamentalt är att systemen säkerställer en objektiv behandling, som inte ger utrymme för speciella hänsyn influerade av agerande från intresseorganisationers eller politikers sida. Detta har alldelens särskilt betydelse på konkurrensrättens område, där fallen ofta rör stora värden och det är vanligt förekommande att företag och organisationer försöker sätta in särskilda lobbyinginsatser. Det är även viktigt, inte minst för förtroendet för rättssystemet i relation till utländska företag, inte bara att "justice is done" utan även att "justice is seen to be done".

Såsom *sammanfattande slutsats* har jag kommit till uppfattningen att det är fundamentalt för att den nationella konkurrensrätten skall fungera väl och kunna samspela på avsett sätt med den europeiska konkurrensrätten, att de grundläggande besluten fattas av en konkurrensmyndighet som är självständig både i relation till regeringsmakten och nationella intresseorganisationer. Det är också fundamentalt att dessa beslut kan överklagas och överprövas av oavhängiga domstolar. Olika modeller kan självfallet tänkas vad gäller utformningen av domstolsstrukturen, men det måste säkerställas att dessa domstolar har tillräcklig sakkunskap inom det högspecialiserade området som konkurrensrätten numera utgör. Av det föregående har framgått att konkurrensrätten i allt väsentligt utgör en europeisk rättsdisciplin också när den skall tillämpas nationellt.

Här synes mig ännu åtskilligt återstå att diskutera och reformera.

¹⁸⁾ Detta belyses, som framgår redan av titeln, i Kolstads arbete *Fra konkurransepoltikk til konkurransrett*.

SAMARBETET MELLAN KONKURRENSMYNDIGETERNA INOM EUROPEAN COMPETITION NETWORK, ECN

Monica Widegren

Det nya systemet för tillämpning av konkurrensreglerna som trädde i kraft den 1 maj 2004 syftar till att få till stånd en effektivare övervakning av konkurrensen inom EU. Samarbetet mellan konkurrensmyndigheterna är ett nytt och viktigt inslag i det nya systemet.

Samarbete mellan konkurrensmyndigheter har blivit allt viktigare i takt med den ökade internationaliseringen. Det gäller inte bara inom EU utan också globalt. Företag bedriver idag alltmer verksamhet utanför de egna nationsgränserna. Därmed ökar också sannolikheten för att en överträdelse av konkurrensreglerna inte begränsas till den egna hemmamarknaden. Informationsutbyte mellan konkurrensmyndigheter har i det sammanhanget blivit mer nödvändigt än tidigare.

Under senare år har också olika plattformar för informationsutbyte mellan konkurrensmyndigheter fått större betydelse och nya har skapats. Konkurrenskommittén i OECD och International Competition Network, ICN, är två exempel. Det som kännetecknar dem är att det endast är information av icke-konfidentiell natur som kan utbytas. Det räcker långt i många fall men knappast när det är fråga om att avslöja karteller och andra allvarliga överträdelser av konkurrensreglerna. För att utväxla konfidentiell information krävs i allmänhet avtal mellan stater. På nordisk basis har vi idag ett sådant mellan Danmark, Norge, Island och Sverige.

Det nya systemet för tillämpning av konkurrensreglerna inom EU innebär att ett nytt kraftfullt forum för samarbete har skapats mellan konkurrensmyndigheterna i 25 medlemsstater och Europeiska kommissionen, European Competition Network, ECN. I detta nätverk ingår de nationella konkurrensmyndigheterna.

Monica Widgren

Det som skiljer nätverket från andra samarbetsorgan och gör det unikt är fyra inom viktiga särdrag:

- samarbetet i nätverket är inte frivilligt som ju är fallet med samarbete i andra internationella förbund
- ärenden kan fördelas mellan medlemmarna i nätverket
- konfidentiell information kan utväxlas
- konkurrensmyndigheterna kan göra utredningsinsatser för varandras räkning, till och med genomföra inspektioner hos företag

Den grundläggande förutsättningen för ett effektivt samarbete inom ECN är skyldigheten för varje konkurrensmyndighet att tillämpa artiklarna 81 och 82 i alla ärenden där samhandeln mellan medlemsstaterna påverkas. I artiklarna 11-14 i rådsförordning 1/2003 finns de bestämmelserna om samverkan mellan konkurrensmyndigheterna och i ett tillkännagivande har formerna för och innebördens i denna samverkan närmare preciserats. (Tillkännagivande om samarbete inom Nätverket av konkurrensmyndigheter (ECN), EUT 04/C101/43, 27.4.04)

Myndigheterna är skyldiga att samarbeta Konkurrensmyndigheterna inom EU är skyldiga att samarbeta. När en myndighet påbörjar ett nytt ärende där artikel 81 eller 82 är tillämpliga, är myndigheten skyldig att informera de andra medlemmarna i nätverket (art.11.3) Bakom den skyldigheten ligger insikten att företag kan uppträda på marknaden på ett sätt som strider mot förbuden i konkurrensreglerna och att detta förfarande inte nödvändigtvis är begränsat till en medlemsstats jurisdiktion. Den kartell som den svenska konkurrensmyndigheten anser sig vara på spåren kanske uppträder även i Danmark och Tyskland.

Konkurrensmyndigheterna är också skyldiga att informera varandra om resultatet av sina utredningar i ärendena. Kommissionen har en särskild roll att övervaka att konkurrensreglerna inom EU tillämpas på ett enhetligt sätt, också när de tillämpas av de nationella myndigheterna. Därför ska utkast till beslut enligt artikel 81 eller 82 från de nationella myndigheterna granskas av kommissionen innan medlemsstaten får fatta beslut i ärendet (art 11.4). Om Kommissionen skulle anse att en nationell konkurrensmyndighet i ett visst ärende inte tillämpar konkurrensreglerna på ett korrekt sätt, kan Kommissionen främja den nationella myndigheten kompetensen genom att själv inleda ett förfarande i samma ärende (art.11.6). En motsvarande bestämmelse fanns också i den tidigare förordningen 17 från 1962 om tillämpning av konkurrensreglerna. För de inblandade företagen är den här kontrollmekanismen eniktig rätts-säkerhetsaspekt. Företag har naturligtvis ett starkt intresse av att de gemen-

Samarbetet mellan konkurrensmyndigheterna inom European Competition Network, ECN

samma konkurrensreglerna tillämpas lika inom hela EU, oavsett vilken konkurrensmyndighet som utreder ärendet.

Fördelning i nätverket

När marknader i flera medlemsstater påverkas av ett konkurrensbegränsande förfarande, t.ex. en kartell, kan frågan uppkomma vilken myndighet som egentligen är bäst lämpad att utreda ärendet. Vad menas då med att en myndighet är mest lämpad? För det första måste den misstänkta överträdelsen ha en väsentlig effekt på konkurrensen inom myndighetens behörighetsområde. För det andra måste konkurrensmyndigheten effektivt kunna stoppa överträdelsen. Därmed menas att myndigheten måste ha möjlighet att själv fatta beslut, eller se till att domstol eller liknande fattar beslut om att förbjuda kartellen så att förfarandet upphör. För det tredje måste det också finnas en möjlighet att utdöma tillräckliga sanktioner som är tillräckligt höga. Att de är tillräckligt höga innebär ju att de ska vara kännbara för de inblandade företagen men också avskräckande för andra. Jämfört med andra delar av Europa har vi i de nordiska länderna en tradition av låga böter för den här typen av ekonomisk brottslighet. Och för det fjärde måste konkurrensmyndigheten också ha resurser att prioritera utredningen av ärendet.

I de allra flesta fall är det den myndighet som får in ett klagomål eller på annat sätt får upp ett spår som också är den som utreder ärendet. Är många läanders marknader inblandade, anses Kommissionen vara mest lämpad att ta hand om ärendet. Kommissionen kan också anses mest lämpad när det gäller konkurrensproblem på nyligen liberaliserade marknader eller andra ärenden av principiell natur där rättspraxis saknas eller är begränsad. Erfarenheten hittills är att inga ärenden omfördelats i nätverket – möjliga har bilaterala kontakter mellan konkurrensmyndigheter tagits som undanröjt eventuella frågetecken.

Konfidentiell information

Utbyte av konfidentiell information är en mekanism som är nödvändig för att de gemensamma konkurrensreglerna på den inre markanden ska kunna tillämpas effektivt. Samtidigt är det en viktig rättssäkerhetsfråga för företagen. Den information som ett företag lämnar till en konkurrensmyndighet med ett önskemål, eller kanske till och med en försäkran från myndighetens sida, om att informationen ska kunna hållas konfidentiell, måste kunna skyddas av vilken konkurrensmyndighet som helst i nätverket på ett likvärdigt sätt. Detta är en viktig princip.

Monica Widegren

Principen gör sig kanske särskilt gällande när det gäller eftergift eller s.k. leniency-program. Det innebär att företag kan få nedsättning av böterna om man kommer till en konkurrensmyndighet och lämnar information som gör att myndigheten kan få fram bevis för att avslöja en kartell. Leniency finns inte uttalat behandlat i rådsförordning 1/2003. Hur funderar det då i det fria informationsflödet inom nätverket? Hur skyddas uppgiftslämnaren?

Medlemmarna i nätverket, dvs. de nationella myndigheterna och kommissionen har ingående diskuterat den frågan och har avgivit en försäkran om att informationen, även om den skickas vidare till en annan konkurrensmyndighet, inte ska kunna användas mot honom. Men eftersom inte alla medlemsstater i dagsläget har leniency-program och eftersom de heller inte är utformade på samma sätt i de länder som har dem, finns en rad frågor som ännu kanske inte helt är lösta. Det är däremot ingen tvekan om att leniency anses vara ett verksamt hjälpmittel för konkurrensmyndigheter för att få information om överträdelser på marknaden.

Insatser för en annan myndighet

Ett nytt element i för att göra konkurrensövervakningen inom EU mer effektiv är den möjlighet som nu finns till bistånd i andra konkurrensmyndigheters utredningar. Tidigare gällde ju att de nationella konkurrensmyndigheterna kunde bistå Kommissionen med uppgiftsinsamlande, t.ex. genom att företa oanmälda inspektioner hos företag, så kallade gryningsräder. Detta samarbete med Kommissionen fortsätter även nu men möjligheten till bistånd i informationsinhämtande har nu utsträckts till att även omfatta nationella konkurrensmyndigheter. Bestämmelserna om detta finns i artikel 22 i förordningen.

Bestämmelserna har redan kommit till tillämpning i ett ärende som det svenska Konkurrensverket haft under utredning. I oktober 2004 genomförde Konkurrensverket en gryningsräd i Sverige samtidigt som danska Konkurrencestyrelsen genomförde en liknande operation hos företag i Danmark. Vår erfarenhet av detta samarbete är mycket goda. Men troligen underlättades planeringen och genomförandet i hög grad av det goda samarbetet och nära kontakter som sedan lång tid finns mellan de svenska och danska konkurrensmyndigheterna.

Sammanfattningsvis är syftet med samarbetet i nätverket att konkurrensmyndigheterna inom EU effektivt ska kunna ingripa mot allvarliga konkurrensbegränsningar som påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Den bäst lämpade konkurrensmyndigheten ska utreda ärendet och de andra konkurrensmyndigheterna ska kunna bistå med uppgiftsinsamlande och informations-

Samarbetet mellan konkurrensmyndigheterna inom European Competition Network, ECN

utbyte, även av konfidentiell information. Genom rådsförordningen 1/2003 har myndigheterna fått mekanismer som ska göra det möjligt att effektivt bevara överträdelser av konkurrensreglerna på den inre marknaden, som skadar konsumenter och företag. Samarbetet kommer sannolikt att utvecklas och fördjupas inom de närmaste åren. Leniency-program och effektiva sanktioner är exempel på två områden som inte regleras i förordningen men där det kan visa sig önskvärt att sträva efter en ökad konvergens mellan de nationella ordningarna i medlemsstaterna i syfte att göra tillämpningen av de gemensamma konkurrensreglerna inom EU än mer effektiv.

RÅDETS FÖRORDNING 1/2003 – NYA UTMANINGAR FÖR FÖRETAG OCH DERAS RÅDGIVARE

Marja Hanski

Lagen om konkurrensbegränsningar reviderades i Finland 1.5.2004. De konkurrensrättsliga ändringarna har gjorts i enlighet med de övriga medlemsstaterna av Europeiska unionen. Fastän det huvudsakligen har varit fråga om processuella regler, kan man också säga att ändringarna och moderniseringarna har utlöst en kulturförändring bland finska företag. Kulturförändringen kommer att påverka substansen och utvecklingen av den framtida konkurrenspolitiken.

Utvecklingen av lagstiftningen i Finland

Under de senaste åren har flexibiliteten spelat en allt större roll i lagstiftningsarbetet. Exempel på detta är bland annat den nya konkurslagen, utkastet till den nya aktiebolagslagen, planer att implementera take-over direktivet samt den nya konkurrenslagen. Flexibiliteten leder till ökat krav på företag och gör det svårare att själv bedöma verksamhetens laglighet i förhållande till de olika lagarna. Detta är en relativt stort förändring jämfört med situationen tidigare då företagen, tack vare lagstiftningens bättre förutsebarhet, själv kunde förutspå följderna av olika arrangemang.

Förutsebarhet är speciellt viktigt för börsbolag. Detta på grund av att största delen av arrangemangen inom ett företag, till exempel en aktieemission, är svåra eller nästan omöjliga att upphäva. Påföljdsavgifterna för förbrytelser av lagstiftningen är också ofta betydande i jämförelse med företagens omsättning.

Flexibiliteten medför alltså en större frihet, men också ett strängare ansvar, att bedöma sin egen verksamhets lagenlighet. Detta är något av ett främmande element i finländsk rättskultur där man har varit van vid klara rättsregler som säger vad är rätt eller fel, och följaktligen inte varit tvungen att ta initiativ att själv dra gränserna för verksamhetens laglighet.

Marja Hanski

Finland som marknadsområde

Före de baltiska staternas inträde till Europeiska unionen var Finland till befolkningen en av de minsta medlemsstaterna i EU. På grund av sitt geografiska läge har Finland också alltid varit en relativt sluten marknad, fastän den öppnats under senare år framför allt på grund av medlemskapet i EU.

Med hänsyn till det ovan sagda kan man ifrågasätta företagens likställighet på EU-marknaden. Det är självklart att företagens storlek och volym är betydande även för prissättningen. Det är avsevärt lättare och snabbare att nå kritisk storlek och volym, inom gränserna för konkurrensreglerna, i Tyskland än det är Finland. Fastän konkurrenskraften kanske inte påverkas på kort sikt, har konkurrensreglerna på sätt och vis alltså en hämmande funktion på längre sikt på företag från mindre medlemsstater.

Kulturförändring

Redan de på 1990-talet införda konkurrensreglerna medförde stora förändringar i den finska företags- och businesskulturen. Förbindelserna mellan företag i Finland har präglats av en så kallad ”Bäste broder” –princip. Denna har inneburit bland annat resor till Lappland, bastubadande, luncher, middagar samt olika arrangemang för rabatter. Det här funktionssättet har också skapat och upprätthållit en hel del arbetsplatser.

Företagen har inte helt och hållt förstått konkurrensreglernas innehåll. Några företag har blivit tvungna att avstå från gammal affärssed och utveckla nya funktionssätt. Konkurrensreglerna har i många fall uppfattats mera som konkurrensbegränsande än befrämjande.

Hurden fördel konsumenterna får av konkurrensreglerna har varit svår begriplig, då påföljdsavgiften betalas till staten och nyttan därmed är högst indirekt och svår att fastställa. Fördelen är åtminstone sällan direkt och det är mycket svårt att säga hur lägre leverantörspriser återspeglas i konsumentpriser.

Frågan är om man behöver så att säga hårliga konkurrensregler i Norden överhuvudtaget. De nordiska länderna har alla välutvecklade och effektiva övervakningsmyndigheter och intressebevakare. Dessutom tillhör de världens minst korrumperade länder, med Finland som världens minst korrumperade land i oktober 2003.

Rådets förordning 1/2003 – Nya utmaningar för företag och deras rådgivare
Förordning 1/2003 och dess inverkan på företagen

Förordningen 1/2003 medförde tre större ändringar: avvecklandet av individuella dispens- och icke-ingripandebesked, utvidgning av inspektrationsrätten och införandet av *leniency*-systemet.

1) Icke-ingripande systemet

Bortfallet av individuella dispens- och icke-ingripandebesked utgör den största förändringen i de nya konkurrensreglerna. Genom beskedet har företagen förut exakt kunnat förutspå sin verksamhets lagenlighet. Antalet ansökta och beviljade dispens har därmed också varit stort: år 2000, 19 stycken beviljade dispensbesked; 2001, 23 stycken; 2002, 31 stycken; 2003, 21 stycken; och 2004, 14 stycken. För att företagens rättsäkerhet skulle kunna tryggas borde grunderna för beviljad dispens fungera som ett indicium på lagenlig verksamhet även i framtiden, och följdaktligen torde företagen kunna lita på förut erhållnen dispens som en del av självbedömningsprocessen.

Företagen kan, trots gruppundantagsförordningar och *de minimis* – regeln, inte heller försäkra sig om verksamhetens lagenlighet. Det finns helt enkelt för många gråa zoner då ett företags marknadsandel faller mellan 30 och 40 procent. Detta gör det svårt för företagen att planera sin framtida verksamhet och strategier.

2) Inspektrationsrätt

Utvägandet av inspektrationsrätten är en stor principiell fråga, eftersom en omfattande inspektrationsrätt oftast förknippats med straffprocesser. I Finland fungerar marknadsdomstolen som beslutsfattare i dessa ärenden. Frågan kan ställas, om marknadsrätten borde ha kompetens att besluta om en sådan personinriktad inspektion. Inspektrationsrättens gård desto djupare, då *legal privilege* inte tillämpas på bolagsjurister i Finland. Överlag varierar tillämpligheten av *legal privilege* inom EU från land till land.

3) Angivarsystemet

Angivarsystemets tillämplighet i den finska rätts- och sedkulturen debatterades och ifrågasattes livligt redan under lagstiftningsarbetet. Systemet har dock visat sig vara mycket populärt och användbart. Den första angivelsen gjordes den första måndagsmorgonen

Marja Hanski

efter att lagförändringen hade trätt i kraft lördagen 1 maj, 2004.
Hittills har antal angivelser varit betydande.

Från det ovan sagda kan man dra den slutsatsen att samhället har ändrats på många sätt. Å ena sidan har lagstiftningen utvecklats, så att man numera försvarar den svagare partens (konsumenter och småbolag) rättigheter i större utsträckning och på ett allmänna plan. Å andra sidan har bolagen lärt sig att använda systemet som konkurrensmedel mot varandra. Fördelarna med en angivning kommer fram genom att angivaren har en längre tid att anpassa sin verksamhet och kan dessutom undvika en påföljdsavgift.

Det är något oklart vem som får nyttan av en angivelse och på vilket sätt nyttan visar sig, om den alls gör det, för konsumenten. Företagen måste på något sätt kompensera påföljdsavgifterna och gör detta i allmänhet genom att minska på sina egna bidrag eller genom att höja priserna. Då påföljdsavgiften betalas till staten, synes staten och angivaren vara de största förmånstagarna i det nya systemet.

Efter det nya systemet trädde i kraft har konkurrensverket fått ett par angivelser som har lett till fortsatta åtgärder. Antalet angivelser och påföljder har klart väckt intresset inom företagen för en noggrannare och mer omfattande självbedömning. Vid denna har framför allt betydelsen av *corporate governance*, företagsetik och företagens samhällsansvar kommit tydligt fram.

Förändringarna ur företagets synvinkel

Den konkurrensrättsliga granskningen är idag en viktig del av företagens riskhantering, eftersom påföljdsavgifterna kan kraftigt påverka företagens årliga resultat. Avgifterna och rädslen över att gå miste om den goda företagsbilden på marknaden motiverar företagen att utföra en omfattande självbedömning. Problemet är dock att självbedömningen kräver betydande resurser, både pengar och personalens tid, vilket sätter stora och små bolag i en ojämlik ställning.

Åtgärder som företag borde vidta är en genomgång, med hjälp av experter, av företagets verksamhet och avtal, uppgörning av ett *compliance* program och anvisningar för *dawn raids*, fortlöpande konkurrensrättslig skolning samt regelbunden konkurrensrättslig självbedömning av verksamheten.

Rådets förordning 1/2003 – Nya utmaningar för företag och deras rådgivare

Den första självbedömningen kan leda till mycket stora förändringar inom företaget, i dess prissättning eller dess funktioner och organisationsstruktur. I flera fall kan det visa sig att företagen inte nödvändigtvis ännu är färdiga eller mottagliga för stora kulturförändringar. Riskvärderingen kan dessutom vara svår att genomföra på ett pålitligt sätt på grund av gråa zoner på kritiska områden. Antalet compliance program har ökat, men det är osäkert hur långt dessa räcker då rättssäkerheten minskar, påföljderna skärps och riskerna ökar.

Förändringarna ur advokatens synvinkel

Företagen kommer i framtiden att vara i större behov av konkurrensexperter som kan genomföra självbedömning av företagen, uppgöra compliance program och organisera skolning av personalen. Advokaterna har ett tillfälle att utveckla nya produkter som innehåller allt från självbedömning till skolning.

Advokatbyråerna har publicerat artiklar där vikten av konkurrensrätt och företagens självbedömning betonas. Advokaterna har rätt bra lyckats att få igenom tanken av att en konkurrensrättslig granskning är en del av god avtalspraxis. Detta bekräftas av att antalet konkurrensrättsliga uppdrag har klart ökat. Delvis beror detta på att konkurrensmyndigheterna i Finland har blivit aktivare.

UDFORDRINGERNE FRA OG FORVENTNINGERNE TIL DEN NYE EU-KONKURRENCERET FRA DE NATIONALE MYNDIGHEDERS SIDE

Finn Lauritzen

Indledning

Det nye EU-system på konkurrenceområdet er kommet godt i gang efter dets ikrafttræden 1. maj 2004. Forud for denne ikrafttræden er der gået flere år med intens diskussion blandt involverede, både i EU-Kommissionen og medlemsstaterne, om mål og midler i konkurrencepolitikken. Diskussionsdeltagerne var såvel politikere og embedsmænd som repræsentanter for kunderne – virksomheder, organisationer, domstole, advokater og andre rådgivere. Meget af denne diskussion er nu forstummet, men det er relevant at gøre status for at vurdere, om konsekvenserne af reformen svarer til forventningerne.

Jeg vil i det kommende både prøve at vurdere reformen ved at søge at perspektivere den historisk og internationalt og ved at vurdere, om den har fremmet effektiviteten i administrationen og håndhævelsen af konkurrencereglerne. Jeg vil endvidere søger at vurdere, hvordan reformen har påvirket forholdet mellem det centrale niveau, dvs. EU-Kommissionen, eller Generaldirektoratet for Konkurrence, DG Comp, og de nationale konkurrencemyndigheder.

Min konklusion er, at reformen i det store og hele må vurderes at leve op til forventningerne. Der er skabt et mere effektivt system til glæde for både virksomheder og forbrugere i hele Europa – og et system, som er mere effektivt end det, der kendes fra andre verdensdele. Det betyder dog ikke, at det nye system er fri for børnesygdomme. Blandt disse er længere sagsbehandlingstider og en vis uklarhed i forholdet mellem Kommissionen og de nationale myndigheder mht. rolle- og arbejdsfordeling.

Historisk perspektiv

I historisk perspektiv kan man sige, at EU-reformen er slutstenen for en lang årrække, hvor konkurrencereguleringen i de forskellige europæiske lande af-

Finn Lauritzen

veg en del fra hinanden. I perioden op til anden verdenskrig var regulerings-traditionerne i de fleste europæiske lande nogenlunde ens, nemlig præget af Londonkonventionen, der indebar et blødt kontrolprincip, hvorefter konkurrencebegrænsninger ikke som udgangspunkt var forbudte, men blot kunne bremses eller modificeres, hvis myndighederne angreb dem. I realiteten var der ikke tale om egentlige konkurrencemyndigheder, men om prisregulerings-myndigheder – i Danmark hed det Prisdirektoratet, der blev dannet i 1937. Prisreguleringsopgaven var så at sige et spejlbillede af den vareregulering, der fandtes på en række områder.

I efterkrigstiden blev konkurrencepolitikken skærpet i enkelte, større lande som Tyskland og Frankrig med hvert sit syn på, hvordan systemet skulle bygges op, da EU blev dannet. De tyske synspunkter fik størst vægt, da EU-systemet skulle etableres, hvorefter kernen i dette system blev et forbudsprincip kombineret med et anmeldelsessystem. Alle konkurrencebegrænsninger var herefter umiddelbart forbudte, men kunne dog modtage dispensation eller fritagelse efter en konkret anmodning herom. EU fik imidlertid monopol på at give sådanne fritagelser i sager, hvor EU-reglerne og ikke de nationale regler bruges, hvilket i alle årene har beroet på den – noget uklare – forudsætning, at en sag påvirkede handelen mellem medlemsstaterne.

I mange år var EU-systemet dog ikke særligt effektivt. Antallet af store sager med mediebevågenhed var lavt, bøderne begrænsede, og kommissærposten for konkurrence hørte ikke – som i dag – til de tungeste og mest eftertragtede. Dette ændrede sig i løbet af 80’erne. I 90’erne bredte diskussionen sig i en række af de – især nordeuropæiske – lande, som Danmark, der stadig havde et kontrolsystem, om ikke tiden var løbet fra dette system, og om ikke det ville være en langt bedre erhvervspolitik at skifte til forbudsprincippet. Dette var allerede sket i fx Sverige og Finland i 1995 som en af mange betingelser for EU-medlemskab, og i Danmark blev principippet indført i 1998.

Men selv efter at alle europæiske lande fra slutningen af 90’erne havde en konkurrencelovgivning baseret på det samme forbudsprincip må man sige, at der fortsat var betydelige landeforskelle i praksis – både mht. fortolkning, myndighedernes vilje og evne – dvs. ressourcer – til håndhævelse, organisering af straffesystemer osv.

Et andet problem var, at anmeldelsessystemet tvang DG Comp til at anvende en betydelig del af sit mandskab på anmeldelser af mindre vigtige konkurrencebegrænsninger, mens man manglede ressourcer til vigtige klage- og misbrugssager, fusionssager og de alvorlige kartelsager.

Dette var baggrunden for, at DG Comp allerede i slutningen af 90’erne havde igangsat overvejelser om en modernisering af systemet. Konkurrencestyrelsen blev præsenteret for tankerne i begyndelsen af 1999, da DG Comps direktion

Udfordringerne fra og forventningerne til den nye EU-konkurrenceret fra de nationale myndigheders side
var på rundtur til hovedstæderne forud for offentliggørelsen, som blev forsinket nogle måneder pga. Santer-Kommissionens afgang.

Styrelsen, samt vores ministerium, var fra starten klart positiv over for reformen, primært fordi vurderingen her var – lige som på mange andre områder – at reformer, der styrker Kommissionens effektivitet og dermed gennemslagskraft, oftest især er til fordel for de mindre medlemsstater. Vi vurderede desuden, at vi var klædt godt nok på til at tage del i en decentralisering af beslutningskompetencen, herunder at Kommissionen opgav sit monopol på anvendelsen af artikel 81, stk. 3.

Debatten om reformen

Som bekendt var hovedpunkterne i EU-reformen: 1) at anmeldelsessystemet blev erstattet af en lovbestemt fritagelsesadgang, 2) at anvendelsen af artikel 81, 3 ikke mere var forholdt EU-Kommissionen, 3) at myndighedsbeslutninger nu i højere grad end før skulle træffes decentralt, 4), men at EU-sager behandlet i de enkelte lande skal gennemgå en hørning i et nyt netværk, ECN, hvor alle lande og Kommissionen deltager, 5) pligt at anvende de fælles EU-regler, når myndighederne behandler en konkurrencesag, der påvirker samhandelen og 6) en ret for medlemslandende til at have skrappere – men ikke blidere – nationale regler vedr. ensidig adfærd eller misbrug af dominerende stilling end de fælles EU-regler.

Blandt de kritiske røster var erhvervsorganisationer i en del lande, herunder ikke mindst Dansk Industri, der var nervøs for den retlige usikkerhed, virksomhederne ville komme ud for, når de ikke mere kunne anmeldte konkurrencebegrænsende aftaler. Der var endvidere betydelig skepsis fra mange over for, om decentraliseringen ville betyde, at den øgede anvendelse af de fælles EU-regler ville blive mere end modsvaret af forskellig fortolkning af reglerne og forskellig håndhævelse.

Fra flere nationale myndigheders side kunne man spore en vis skepsis over for, om DG Comps ønske om mere decentralisering af beslutningsprocessen var et reelt og dybfølt ønske, og om de nye høringsprocedurer i ECN-netværket ville lede til mere bureaukratiske sagsgange og længere sagsbehandlings-tider.

Fra enkelte medlemslande, med Tyskland i spidsen, var der bekymring for, om afskaffelsen af anmeldelsessystemet ville betyde, at konkurrencemyndighederne ville miste vigtig information om, hvad der sker på markederne, og om virksomhedernes adfærd.

Finn Lauritzen

Konkurrencestyrelsens deltagelse i ECN-samarbejdet

I Konkurrencestyrelsen har vi skullet tage stilling til både, hvordan vi ville sende sager til høring i ECN-netværket, og i hvilket omfang, vi ville bruge ressourcer på at følge og deltage i drøftelser om andre landes sager.

Reglerne om høring af ”egne sager” er i principippet nogenlunde klare. Hvis en sag påvirker grænsehandelen, skal den i høring, hvis styrelsen – eller Konkurrencerådet – ønsker at give et påbud eller indgå aftale med virksomheden eller virksomhederne om, at de(n) agerer på en given måde, hvorefter styrelsen eller rådet undlader at tage stilling til, om den adfærd, der er gået forud for afgørelsen, var i strid med reglerne.

Til afgørelsen af grænsehandelsspørgsmålet anvendes den såkaldte NAAT-regel – non-appreciable affection of trade – hvorefter en sag antages ikke at påvirke samhandelen, hvis parternes markedsandel på de berørte EU-markeder er mindre end 5 pct., og hvis virksomhedernes EU-omsætning er under 40 mio. Euro. NAAT-reglen er imidlertid kun et udgangspunkt, som det er muligt at fravige. I praksis er der derfor et vist ráderum for skøn. Det betyder, at den enkelte konkurrencemyndighed kan anlægge forskellige linier, hvorefter flere eller færre sager er blevet hørt i EU-systemet.

Konkurrencestyrelsens holdning har på den baggrund været at sende sager i høring, hvor der kunne være tvivl om, hvorvidt samhandelskriteriet var opfyldt – så at sige hellere en sag for meget end en sag for lidt. Baggrunden for dette har været et ønske om at medvirke til den genseidige sparring og videnopbygning i systemet, herunder at styrelsens medarbejdere kunne drage værdifulde erfaringer, når sager skulle vendes og drøftes med erfarte kolleger fra andre lande. Ofte kan dette give både et konkret kvalitetsløft til de enkelte sager og et langsigtet bidrag til vidensopbygningen, som rigeligt modsvarer det administrative besvær.

Holdningen til at følge med i andre landes sager må selvsagt bero på en ressourceprioritering. Styrelsen kan vælge at følge en sag relativt passivt, dvs. blot læse afgørelsen med henblik på en overordnet vurdering af, om sagen kan indgå som præcedens i danske afgørelser eller om man på anden måde kan lære noget af den. Eller styrelsen kan følge en sag aktivt, dvs. følge med i den undervejs, stille spørgsmål til den myndighed, der har sagen, komme med forslag til løsninger, mv. Endelig kan styrelsen principielt anmode om at overtage sagen, hvis der kan fremføres argumenter for, at vi er den bedst placerede myndighed til at føre sagen, og at det beror på andre omstændigheder – fx ”forum shopping” – at en sag, fx gennem klage, er havnet hos en anden, mindre centralet placeret myndighed. Det sidste vil dog være en sjældenhed og er endnu ikke forekommet.

Udfordringerne fra og forventningerne til den nye EU-konkurrenceret fra de nationale myndigheders side

I praksis er styrelsens ressourcer til at følge med i andres sager imidlertid meget begrænsede – på årsbasis har styrelsen ikke mulighed for at anvende mere end et par årværk, selvagt fordelt på et større antal personer, på denne opgave. Styrelsen har derfor organiseret processen således, at det meget korte sagsresume, der meldes ind i systemet, fordeles til de enheder i styrelsen, der dækker det relevante område, og denne enhed kan så, gennem den eller de såkaldte ADO'er – authorised distribution officers – anmode om materiale i de udvalgte sager.

Hovedkriterierne for udvælgelse af sager er for det første om sagens principielle problemstillinger er forhold, der er af aktuel interesse for os, og for det det andet, om vi skønner at kunne bidrage positivt til sagen på grund af en konkret viden eller erfaring om problemstillingerne, markedet eller sagens parter. Styrelsen kan ikke indtage en rolle som advokat eller talerør for danske interesser i den pågældende sag.

Sagsstatistik for den første ECN-periode

Hvis man ser på statistikken for den første periode i ECN-systemet, fremgår det, at der må være betydelige forskelle mellem den praksis, forskellige lande har lagt til grund. For at gøre materialet så komplet som muligt er der nedenfor vist statistik for perioden frem til primo marts 2005, hvor denne artikel blev færdiggjort.

Tabellen viser hvor mange nye sager de enkelte lande har anmeldt til netværket.

Finn Lauritzen

Tabel 1 Indmeldte sager i ECN-netværket



Statistik ECN – 7. marts 2005

Konkurrence myndigheder (nye sager)	Total
1. Østrig	6
2. Kommissionen	108
3. Tjekkiet	3
4. Danmark	14
5. Holland	30
6. Estland	2
7. Finland	6
8. Frankrig (DGCCRF)	26
9. Frankrig (Council de la Concurrence)	29
10. Tyskland	43
11. Ungarn	10
12. Irland	7
13. Italien	6
14. Litauen	1
15. Polen	2
16. Portugal	9
17. Slovakiet	2
18. Spanien (Servicio)	13
19. Sverige	8
20. England	21
21. Belgien	4
22. Grækenland	1
23. Letland	2
Antal afsluttede sager i alt	353

Inden den nye forordning trådte i kraft var det min forventning, at der ville blive anmeldt mellem 1000 og 2000 sager årligt til netværket. Det ville svare til det niveau, vi kender fra Danmark, skaleret op til EU-niveau efter BNP eller lignende, og endda med en hensyntagen til, at en del myndigheder måske ville være tilbageholdende med at melde sager ind i systemet. DG Comp var dog klog nok til ikke at offentliggøre forventninger om sagstallet.

I forhold hertil må det betegnes som overraskende, at der kun er meldt ca. 350 nye sager ind i systemet. Der har været en stigende tendens de seneste måneder, men niveauet for det første hele år kommer næppe op på mere end 4-500 sager.

Tallene indikerer flere børnesygdomme ved systemet. I en række medlemslande synes aktivitetsniveauet at være lavt, hvilket kan skyldes manglende ressourcer eller manglende konkurrencefaglig kompetence. En anden forklaring

Udfordringerne fra og forventningerne til den nye EU-konkurrenceret fra de nationale myndigheders side

kan være, at flere lande i begyndelsen har været tilbageholdende med at indmelde sager til ”eksamination” blandt kolleger i EU-systemet.

Danmark ligger relativt højt, når størrelsen af den danske økonomi tages i betragtning, hvilket skyldes den ovenfor omtalte linie. Erfaringerne med sparringen i netværket for de sager, der har været indmeldt, har været blandede. I nogle sager har styrelsen modtaget kompetent sparring, der har sikret, at afgørelser har taget højde for også relativt ny EU-retlig praksis. I andre sager har høringen trukket ud og medvirket til, at sagsbehandlingstiden er forlænget – til irritation og ulempe for de involverede parter.

DG Comp er endvidere i flere tilfælde er kommet med bemærkninger eller ønsker om ændringer i aftaler indgået mellem styrelsen og virksomheder, idet DG Comp samtidig har ønsket, at bemærkningerne blev hemmeligholdt over for parterne. Denne metode er i modstrid med den forvaltningspraksis, der er tradition for i en række lande, fortrinsvis i Nordeuropa – herunder Danmark, og er svær at forklare de parter, vi som myndighed er i dialog med.

Endelig har der været enkelte sager, hvor DG Comp af konkurrencepolitiske grunde har ønsket, at Konkurrencerådet ”går foran” retspraksis i andre lande, måske med henblik på at ændre denne. Man kan sige, at der i ECN-netværket kan være en indbygget bias i retning mod en hårdere konkurrencepolitisk linie end ellers, idet det kan være relativt risikofrit for DG Comp eller andre landes myndigheder anspore et medlemsland til en hård linie på et område, når det ikke er de pågældende embedsmænd, der selv skal påtage sig at forsøre afgørelsen for den relevante ankemyndighed.

EU-samarbejde på andre områder

Det tætte samarbejde om sager i netværket har forøget kompetencerne og den indbyrdes tillid mellem myndighederne på en måde, der har ledt til, at samarbejdet også er blevet styrket på andre områder.

I fusionssager er det fx blevet mere almindeligt at søge vejledning, således at de involverede medarbejdere i en dansk fusionssag kan drøfte delspørgsmål med medarbejdere i Kommissionen. Når sager behandles i EU er det ikke ualmindeligt, at delspørgsmål kan drøftes med de involverede i Kommissionen i god tid inden sagerne forelægges for Det Rådgivende Udvælg.

Samarbejdet vil også i fremtiden gøre det naturligt, at større straffesager kan gå til Kommissionen, der som bekendt – på linie med konkurrencemyndighederne i næsten alle EU-lande, med undtagelse af Danmark, Estland, Malta og

Finn Lauritzen

Cypern – kan give bøder til virksomhederne, når der foreligger en lovovertrædelse.

Endelig har Kommissionen intensiveret samarbejdet om politikudvikling gennem nedsættelse af arbejdsgrupper om aktuelle konkurrencepolitiske spørgsmål, som kan lede til ændringer af forordningerne. For øjeblikket drøfter forskellige arbejdsgrupper fx spørgsmål om ændring af praksis for, hvornår der foreligger misbrug af en dominerende markedsposition, hvilket bl.a. skyldes en interesse for, at de europæiske regler til stadighed er på højde med fx de amerikanske regler, jf. nedenfor.

Internationalt perspektiv

EU-reformen har ikke betydet, at EU's konkurrencemyndigheder har reduceret andre former for internationalt samarbejde – tværtimod.

På regionalt niveau er det interessant, at det nordiske samarbejde faktisk er blevet intensiveret de seneste år og ikke svækket. De nordiske konkurrencemyndigheder har de seneste år sammen udført et større analyse- og udredningsarbejde om året, som har ledt til publikationer, der er offentliggjort på engelsk, og som har givet international opmærksomhed. Der er således gennemført analyser om luftfart, el- og telemarkedene i Norden. For øjeblikket arbejder en gruppe med en redegørelse om konkurrenceforholdene på de nordiske fødevaremarkede, som offentliggøres i efteråret 2005. Samtidig Samarbejder de nordiske myndigheder ad hoc om vigtige, grænseoverskridende enkeltsager.

På internationalt plan er samarbejdet i de senere år især styrket gennem ICN, der som organisation bl.a. gør et betydeligt arbejde for at fremme etableringen og udviklingen af konkurrencemyndigheder i en række lande i alle verdensdele.

Endelig er der stigende interesse i EU for at styrke samarbejdet med USA – bl.a. for at undgå sager, hvor Kommissionen og de amerikanske konkurrencemyndigheder træffer forskellige afgørelser i globale fusionssager og globale sager om aftaler eller misbrug. Den europæiske og amerikanske fusionskontrol er tilnærmet hinanden med indførelsen af SIEC-kriteriet i europæisk fusionskontrol.

På misbrugsområdet er der praksis for at kræve en større markedsandel end i EU, før de amerikanske myndigheder griber ind. De amerikanske myndigheder har endvidere traditionelt et mere afslappet syn på vertikale konkurrencebegrænsninger, ligesom misbrugssager i højere grad afgøres efter mikroøkonomiske case-by-case analyser end efter per-se regler. Nedsættelsen af den

Udfordringerne fra og forventningerne til den nye EU-konkurrenceret fra de nationale myndigheders side
ovenfor nævnte arbejdsgruppe er et blandt flere eksempler på en stigende bevidsthed i EU om, at der på de områder, hvor der er forskelle, kan være god grund til at overveje disse.

Det betyder ikke, at der er stemning i EU for at kalkere amerikanske regler eller systemer, ligesom det ikke er dækkende at betegne EU-reformen som en tilnærmedse til det amerikanske system. Det er korrekt, at amerikanerne ikke har haft de regler for fritagelse af aftaler, som nu er afskaffet. Der er dog også fortsat betydelige forskelle mellem systemerne.

Først og fremmest er det amerikanske system domstolsbaseret. Myndighederne kan som hovedregel kun gøre ind gennem afgørelser, der gennemføres ved domstolene og ikke som i Europa gennem administrative beslutninger, som parterne kan indbringe for domstolene. Det betyder, at omkostningerne pr. sag typisk er langt større end i Europa.

For det andet er der meget større vægt på civile sager, dvs. konkurrencesager, der anlægges af en privat part mod en anden.

Endelig er det amerikanske system mere centraliseret. En række amerikanske delstater har konkurrencelovgivning og fører lokale sager, men ofte dækkes området af ganske få, nogle gange 1-2 medarbejdere, i det lokale justitsministerium. En væsentlig del af "konkurrenceadministrationen" er således samlet i Washington hos de to centrale institutioner, FTC og Justitsministeriet. I Europa er den samlede bemanding hos de nationale konkurrencemyndigheder omvendt klart større end bemandingen i DG Comp.

Denne forskel betyder, at virksomheder i EU, der rammes af andre virksomheders konkurrencebegrænsninger, har konkurrencemyndigheder tættere på end i USA og derfor har lettere adgang til at få rejst sager.

Det er på den baggrund min vurdering, at der er skabt et godt og effektivt system til at håndtere konkurrencereglerne i Europa, som bedre end før vil komme europæiske forbrugere til gode og som vil anspore europæiske virksomheder til at være konkurrencedygtige også i global sammenhæng. Systemet lider dog stadig af nogle børnesygdomme, som formentlig vil blive kureret hurtigt.

Virksomhedens syn på Rådsforordning 1/2003

Anders Jensen

1. Novo Nordisk A/S

Novo Nordisk har været aktiv inden for diabetesbehandling og salg af diabetesprodukter (insulin) siden 1923. Selskabet har i dag datterselskaber i 69 lande og har ca. 21.000 ansatte over hele verden. Udover insulin har Novo Nordisk en ledende position inden for behandling af blødersygdomme med NovoSeven®, behandling af væksthormonmangel med humant væksthormon og behandling af kvinder i overgangsalderen med HRT-produkter. Novo Nordisks samlede omsætning i 2004 blev på DKK 28.2 mia. og Novo Nordisk anvendte i 2004 DKK 4,4 mia. på forskning.

Novo Nordisk er et aktieselskab, hvor aktierne er opdelt i A- og B-aktier. A-aktierne, som har 10 gange mere stemmevægt end B-aktierne, ejes alle af Novo A/S, som igen ejes af Novo Nordisk Fonden. Novo Nordisk Fonden er en erhvervsdrivende fond, som har til formål at understøtte videnskabelige og humanitære aktiviteter. Novo A/S kontrollerer 70% af stemmerne i Novo Nordisk. Selskabets B-aktier handles på børserne i København, London og New York.

Ser man på Novo Nordisks salg, er salget i Danmark mindre end 1% af selskabets samlede salg. Antallet af medarbejdere er i Danmark omkring 11.000. Den overvejende del af produktionen af insulin og de øvrige produkter sker i Danmark.

Selskabet arbejder med den såkaldte 3-delte bundlinie, som betyder, at ikke kun de økonomiske resultater af selskabets drift bliver målt, men også selskabets aktivitet inden for social ansvarlighed og miljømæssig ansvarlighed bliver målt. Selskabet aflægger årsrapport, som indeholder alle 3 elementer.

Ansvaret for juridiske forhold varetages af selskabets Juridisk Afdeling. Juridisk Afdeling har kontorer dels i København, dels i Princeton (USA), Zürich,

Anders Jensen

Brasilien og Japan. Juridisk Afdeling er ansvarlig for alle juridiske forhold i hele Novo Nordisk gruppen med undtagelse af Novozymes A/S.

Novo Nordisk har en klar målsætning, som siger, at Novo Nordisks forretningsaktiviteter skal leve op til de regler og love, der gælder for det pågældende område. Det betyder, at selskabet tilstræber en åben og fri konkurrence, og at selskabet skal sikre, at der ikke sker misbrug af en dominerende stilling i markedet.

Herudover skal selskabet sikre, at den nationale lovgivning efterleves, hvor selskabet har aktiviteter.

Juridisk bistand, som gives af selskabets Juridiske Afdeling sker uden beregning. Det betyder, at ingen medarbejder i selskabet skal opleve, at juridisk bistand er en unødig eller belastende omkostning. Juridisk Afdeling fremhæver ligeledes over for medarbejderne, at det er vigtigt at tage kontakt til Juridisk Afdeling så tidligt som muligt.

2. Compliance

En anden opgave for Juridisk Afdeling er at sikre, at selskabets i alle dets aktiviteter er i "compliance" med de eksisterende regler. Det gælder i særlig grad inden for konkurrenceret. Allerede i 1973 lavede selskabet en bog om compliance vedrørende de amerikanske konkurrenceretsregler. På det tidspunkt var der endnu ikke etableret opmærksomhed omkring konkurrenceretsreglerne i EU, og det første compliance-program koncentrerede sig derfor udelukkende om forholdene på det amerikanske marked. I 1987 blev complianceprogrammet udvidet til også at omfatte EU's konkurrenceretsregler.

Formålet med konkurrenceretsmanualen er at skabe forståelse hos selskabets medarbejdere for de konkurrencetlige regler. Situationen er ofte den, at medarbejderne ikke har forståelse for konkurrenceretsreglerne og ud fra en misforstået opfattelse tror, at aftaler med konkurrenter gavnner selskabets interesser uden at være opmærksomme på, at de er i strid med EU's regler, der skal sikre fri og fair konkurrence.

Det er vigtigt at medarbejderne er opmærksomme på reglernes eksistens. Ligeledes fremhæves vigtigheden af konkurrenceretsreglernes overholdelse. I programmet er det fremhævet, at aftaler i strid med konkurrenceretsreglerne ikke kan opretholdes. Det betyder, at aftaler, som strider mod konkurrenceretsreglerne, ikke kan effektueres, som de er indgået. Herudover kan aftaler, der er i

Virksomhedens syn på Rådsforordning 1/2003 (RFO 1/2003)
strid med konkurrenceretsreglerne, give selskabet bøder på op til 10% af den samlede omsætning.

Endelig og ikke mindst vil en overtrædelse af konkurrenceretsreglerne kunne skade selskabets omdømme og have ubodelig skade for det image, som selskabet igennem mange år har fået opbygget.

I compliance-programmet omtales særligt konkurrenceretsreglerne Artikel 81 med fokus på de såkaldte ”hard-core” begrænsninger, dvs. prisaftaler eller opdeling af markeder. Desuden er der i compliance-programmet en omtale af risikoen for misbrug af en dominerende stilling på markedet, som typisk kan ske ved leveringsnægtelse eller i forbindelse med indgåelse af forsknings- og udviklingssamarbejdsaftaler, hvor formålet kan være at udelukke en konkurrent.

Såfremt en medarbejder er i tvivl ved indgåelse af en aftale, skal medarbejderen kontakte Juridisk Afdeling.

I compliance-programmet er ligeledes omtalt en række særlige forhold, som medarbejderne skal opmærksomme på, herunder særlig kontakt til konkurrenter, det kan være sig under messer eller udstillinger. I den forbindelse er det meget vigtigt, at enhver kontakt til konkurrenter nøje registreres, og at der laves referater af møder, der holdes med konkurrenter.

Det understreges også over for medarbejderne, at valget af sprogbrug er vigtigt. Udtryk som ”etablere en dominerende stilling på markedet” eller ”eliminere konkurrenter” kan blive brugt imod selskabet. Ligeledes bliver det i programmet fremhævet, at der skal være speciel fokus på brug af e-mail og voice-mail, idet alt sådant materiale vil kunne bruges i en senere sag mod selskabet.

Sammenfattende er budskabet i compliance-programmet, at konkurrenceret er et vanskeligt og svært overskueligt område, og at det derfor er vigtigt for medarbejderne i enhver situation at gøre brug af den bistand, som Juridisk Afdeling kan tilbyde.

Selskabet har ligeledes for at skabe forståelse for reglerne etableret e-learning kursus for særligt udvalgte nøglemedarbejdere.

Der er ligeledes udarbejdet retningslinier for, hvordan medarbejderne skal håndtere ”dawn-raids”, såfremt en sådan situation skulle opstå. Der er udpeget ansvarlige personer i alle de europæiske datterselskaber, der er instrueret om,

Anders Jensen

hvordan EU Kommissionens medarbejdere skal behandles, såfremt de ønsker at få adgang til materiale til belysning af en sag vedrørende overtrædelse af konkurrenceretsreglerne.

3. Sager

Selskabet har haft erfaring med en række sager i relation til konkurrenceretsreglerne inden for EU.

Den første sag var fusionen mellem Nordisk Gentofte A/S og Novo Industri A/S i januar 1989. I 1989 var Fusionsforordningen endnu ikke vedtaget, men selskabet valgte alligevel at sende fusionsdokumenterne til EU Kommissionen med henblik på at få en vurdering af, om fusionen ville stride imod EU's konkurrenceretsregler. Selskabet fik en række spørgsmål om betydningen af den dominans, fusionen ville medføre inden for insulinområdet, men i lyset af, at det ville være til gavn for diabetikere og andre brugere af selskabets produkter, havde EU Kommissionen ingen indvendinger imod den foreslæde fusion.

En anden sag, som opstod, uden at Juridisk Afdeling havde været involveret, var sagen om indgåelse af en eksklusiv distributionsaftale vedrørende et produkt ved navn "Spongostan". De ansvarlige for markedsføringen havde lavet en eksklusiv distributionsaftale med en konkurrerende virksomhed, der havde en stor markedsandel for et tilsvarende produkt. Under hensyntagen til, at konkurrenten ved indgåelse af aftalen kunne eliminere det mindre produkt "Spongostan", ville aftalen ikke falde ind under gruppefritagelsen for distributionsaftaler. Situationen blev løst ved, at Novo Nordisk påtog sig en skriftlig forpligtelse til arbejde for at finde en alternativ distributør for det pågældende produkt i det pågældende marked. Samtidig blev den indgåede distributionsaftale gjort ikke-eksklusiv. Læren af denne sag er, at manglende kendskab til konkurrenceretsreglerne kan føre til en situation, hvor et forretningsmæssigt fornuftigt arrangement bliver ulovligt.

Endnu en sag, som opstod, uden at Juridisk Afdeling have været indblandet, omhandler en virksomhed, som indbragte en klage over Novo Nordisks markedsføringsmateriale til EU Kommissionen. Sagen var, at Novo Nordisk i forbindelse med salg af penne til insulin i sit markedsføringsmateriale fremførte, at Novo Nordisk penne skulle bruges sammen med Novo Nordisk nåle. Virksomheden anførte over for EU Kommissionen, at den form for markedsføring var misbrug af Novo Nordisks stilling inden for det relevante marked, som ifølge virksomheden var insulinpenne-markedet. Novo Nordisk fremførte, at det relevante marked var væsentligt bredere end anført af virksomheden og argumenterede det synspunkt over for EU Kommissionen. Resultatet blev

Virksomhedens syn på Rådsforordning 1/2003 (RFO 1/2003) imidlertid, at EU Kommissionen gav virksomheden medhold og meddelte Novo Nordisk, at alt det markedsføringsmateriale, som indeholdt oplysning om, at Novo Nordisk penne skulle bruges sammen med Novo Nordisk nåle, ikke kunne anvendes. Denne sag er igen udtryk for, at de ansvarlige for markedsføringen ikke havde et tilstrækkeligt kendskab til de konkurrenceretlige regler. Det manglende kendskab førte til, at markedsføringsmaterialet blev udformet uden hensyntagen til de krav, der påhviler selskabet i kraft af dets dominerende stilling. Novo Nordisk måtte destruere markedsføringsmaterialet og udarbejde nyt.

Denne sag har ført til, at Juridisk Afdeling skal godkende alt markedsføringsmateriale og involveres i alle sager omkring afgrænsning af det relevante marked. Spørgsmålet omkring afgrænsning af de relevante marked kommer til at spille en stadig større rolle i den udvikling, der ligger foran os. Afgrænsning af markedet vil få betydning for, hvornår selskabet kan anses for at være dominerende på markedet med de begrænsninger, der deraf følger.

4. Rådsforordning 1/2003

Allerede inden gennemførelse af RFO 1/2003 gav Novo Nordisk udtryk for betænkelighed ved den retstilstand, som selskabet frygtede kunne blive resultatet af en decentralisering af administrationen af EU's konkurrenceretsregler.

Selskabets usikkerhed går dels på hvilken rolle de nationale konkurrencemyndigheder skal spille, dels hvilken rolle EU Kommissionens konkurrencedirektorat skal spille, og dels hvilken rolle de nationale domstole vil få til sikringen af en ensartet fortolkning af Artikel 81 og 82.

Selskabets juridiske rådgivere og selskabets Juridiske Afdeling har hidtil haft en dialog med EU Kommissionen, når der opstod tvivl om forståelsen af udtryk i en aftale, ligesom afgrænsningen i forhold til gruppefritagelser kunne diskuteres direkte med EU Kommissionens embedsmænd.

Denne mulighed vil ikke fremover være tilstede, og selskabet oplever, at der herigenom skabes usikkerhed om den juridiske klarhed vedrørende ensartet anvendelse af konkurrenceretsreglerne inden for EU.

Novo Nordisk har i en række tilfælde gjort brug af muligheden for at få en individuel undtagelse fra Artikel 81 eller for at få et såkaldt "comfort-letter". Denne mulighed vil ikke længere eksistere fremover, og det opleves af selskabet som en klar forringelse i forhold til det system, der anvendes i dag.

Anders Jensen

Selskabet har også i en række tilfælde gjort brug af at fremsende aftaler til Kommissionen med henblik på en individuel vurdering og derved opnå en bødeimmunitet.

Det har også i visse sammenhænge været brugt som en pression over for mulige samarbejdspartnere i et forsøg på at få aftalen til at falde på plads. Risikoen for at skulle vente længe på en afgørelse fra EU Kommissionen og derved leve i usikkerhed om, hvorvidt aftalen kan opretholdes, har fået parterne til at finde en løsning, som faldt inden for gruppefritagelsens rammer. Den mulighed er ikke længere tilstede.

Ved behandling af konkurrencesager er det nødvendigt for virksomheden at afgive en række forretningsmæssige oplysninger til myndighederne til brug for behandling af sagen. Virksomhederne har gennem et tæt samarbejde med EU Kommissionen fået tillid til, at EU Kommissionen kan sikre virksomhedens fortrolige data under behandlingen af konkurrencesagerne.

Med decentraliseringen, hvor de nationale konkurrencemyndigheder skal behandle konkurrencesagerne, er der fra virksomhedernes side stillet spørgsmålstegn ved, om de nationale myndigheder vil have den samme mulighed for at sikre virksomhedens fortrolige data. Det er helt afgørende for virksomhederne, at dette sker, og det er derfor vigtigt, at de nationale myndigheder respekterer og forstår at holde virksomhedernes forretningsmæssige data fortroligt under behandling af konkurrencesagerne.

Den mulighed, der hidtil har eksisteret for at have en tæt dialog med en Kommissionens embedsmænd, vil ikke fremover være tilstede. Det vil være op til selskabets rådgivere at tage stilling til, hvilken national myndighed sagen eventuelt skal drøftes med. På grund af den tidsmæssige faktor og på grund af det manglende kendskab til de nationale myndigheders holdning til konkurrencesørgsmål er der ingen tvivl om, at selskabernes interne juridiske afdelinger fremover vil føle sig tvunget til at tage større risici i forbindelse med behandling af konkurrencesager, end det hidtil har været tilfældet.

Virksomhedernes juridiske afdelinger vil også i analysen af konkurrencemæssige forhold komme til i fremtiden at lægge mere vægt på den økonomiske analyse og den markedspåvirkning, samarbejdsaftaler og forskningsaftaler vil få på markedet. Virksomhederne kan ikke længere fremover alene foretage en ren juridisk vurdering; det er nødvendigt at foretage en mere økonomisk analyse for bedre at kunne vurdere, om sagerne skal drøftes med de relevante konkurrencemyndigheder.

Virksomhedens syn på Rådsforordning 1/2003 (RFO 1/2003)

For en virksomhed som Novo Nordisk, der opererer i hele Europa og kun har et meget begrænset salg i Danmark, er det ikke endnu afgivet, hvem der vil blive den fremtidige sparringspartner for selskabet i konkurrencesager. Der er ingen tvivl om, at Konkurrencestyrelsen i et vist omfang vil blive konsulteret, men også andre landes konkurrencemyndigheder vil blive inddraget.

Rådsforordningen vil betyde, at selskabets aktiviteter og selskabets lobbyisme i Bruxelles i relation til konkurrencemyndighederne vil blive begrænset fremover.

Gennemførelsen af Rådsforordningen om decentralisering vil betyde, at det eksisterende compliance-program skal opdateres. Programmet afspejler den situation, som kendes i dag, hvor EU Kommissionen behandler alle konkurrenceretlige sager, og programmet skal fremover afspejle det forhold, at de nationale myndigheder og de nationale domstole får en fremtrædende rolle i sikringen af EU's konkurrenceregler.

Forordningen vil også betyde, at der vil blive et tættere samarbejde med datterselskaberne i EU. Det vil fremover blive nødvendigt at få datterselskaberne og de nationale advokater inddraget tættere i processen i fortolkning og gennemførelse af EU's konkurrenceregler.

Fremover vil der blive et tættere samarbejde mellem selskabets in-house og eksterne advokater omkring afgørelse af konkurrenceretlige forhold, der påvirker selskabets situation i EU.

Der er endnu ikke mange erfaringer med RFO 1/2003, men selskabet har tillid til, at konkurrencemyndighedernes samarbejde såvel direkte som igennem EU Kommissionen vil sikre en ensartet fortolkning af konkurrencereglerne inden for hele EU.

HÅNDHEVELSE AV KONKURRANSEREGLENE – MOT EN DEFINERT ROLLE FOR PRIVATE?¹

Erling Hjelmeng

1. Potensialet i privat håndhevelse

Et stadig tilbakevendende tema i europeisk konkurranserettslig debatt de siste årene har vært adgangen til såkalt privat håndhevelse. Med dette menes at konkurransereglene i EF art 81 og 82 håndheves gjennom sivile søksmål for de alminnelige domstoler. Diskusjonen er ikke overraskende, av flere årsaker.

Den kanskje sterkeste drivkraften er det faktum at den overveiende andel av antitrustsøksmål i USA er private erstatningssaker.² Dette har sammenheng med at forholdene – både materielt og prosessuelt – er særlig tilrettelagt for slik håndhevelse. (Det tenkes særlig på den obligatoriske tredobling av erstatningssummen (treble damages), gruppesøksmål, contingency fees og jury i erstatningssaker). For det andre har det på generelt EF-rettslig plan vært en utvikling i retning av en styrkelse av privates håndhevelsesmuligheter der Traktaten gir private rettigheter. For det tredje er håndhevelsessystemet under forordning I tilpasset en mer desentralisert modell – gjennom mer konkurransehåndhevelse i medlemsstatene. Samlet sett har disse faktorer ført til at betydelig oppmerksamhet er blitt rettet mot privat håndhevelse av konkurransereglene for foretak.

Vanlige argumenter for en øket privat håndhevelse er først og fremst knyttet til effektivisering av håndhevelsen. Samtidig anses private søksmål å være resursbesparende i forhold til den offentlige håndhevelsen. Synspunktet er

¹⁾ Foredrag Køge, Danmark 23. november 2004. Fremstillingen bygger på forfatterens doktoravhandling "Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler", utgitt på fagbokforlaget, Bergen 2003 (Heretter Hjelmeng: Privat håndhevelse).

²⁾ Faktisk rundt 90 %, jf. *Herbert Hovenkamp; Federal Antitrust Policy*, St. Paul, Minn., 2nd ed, 1999, s. 593.

Erling Hjelmeng

videre at private parter, som umiddelbart berørt av konkurranseovertredelser, vil borge for en mer målrettet håndhevelse av konkurransereglene. I forlengelsen av dette antas at privat håndhevelse, og da fremst og fremst erstatningsansvar, vil føre til en øket preventiv virkning, og dermed indirekte bidra til konkurranserettlig måloppnåelse. Sist, men ikke minst, anses en effektiv privat håndhevelse som en forutsetning for å sikre de rettigheter private er tillagt ved konkurransereglene.

I denne artikkelen vil jeg undersøke nærmere hvilken rolle private søksmål vil kunne spille i konkurransehåndhevelsen. For dette formål vil det bli gitt en kortfattet gjennomgang av de ulike sanksjoner private har til rådighet. Videre vil det bli identifisert enkelte grunnleggende problemer som privat håndhevelse reiser, og det vil bli antydet løsninger.

2. Sanksjoner i konkurranseretten – offentlig og privat håndhevelse sammenlignet

Mulige privatretslige sanksjoner ved konkurranseovertredelser vil være forbudssøksmål og midlertidige forføyninger (fogedforbud), avtalers ugyldighet, herunder ikke-oppfyllelse og restitusjon, og erstatning. Utgangspunktet er at slike privatretslige sanksjoner primært er tilpasset oppgaven med å beskytte private rettsposisjoner. Dette i motsetning til offentligrettslige sanksjoner, der det primære formål er å stanse og avskrekke overtredelser, for derigjennom å sikre den samfunnsmessige interesse i effektiv konkurranse. Det følger av dette at privat og offentlig håndhevelse – i alle fall etter gjeldende rett – har ulike siktemål. Et nærmere blikk på de tilgjengelige sanksjoner viser likevel at de to formene for håndhevelse et stykke på vei har overlappende funksjoner. Dette kan illustreres gjennom følgende tabell, der hhv. privat og offentlig håndhevelse er gruppert etter den funksjon de kan spille i konkurransehåndhevelsen:

Type	Offentlig håndhevelse	Privat håndhevelse
Funksjon		
Represjon (stansing av overtredelse)	<ul style="list-style-type: none"> • Midlertidig vedtak • Cease-and-desist order • Strukturelle tiltak 	<ul style="list-style-type: none"> • Midlertidig forføyning • Forbudsdom • Ikke-oppfyllelse
Prevensjon	Bøter	
Kompensasjon		Restitusjon Erstatning

Håndhevelse av konkurransereglene – mot en definert rolle for private?
Håndhevelse av rettsregler kan ha tre funksjoner: Represjon, dvs. at overtredelser stanses og bringes til opphør; prevensjon, dvs. at fremtidige overtredelser avskrekkes og kompensasjon eller reparasjon, dvs. at skadefirkninger av overtredelser repareres.³⁾

Det fremgår av tabellen at offentlig og privat håndhevelse har et felles formål i *represjon*, dvs. å bringe overtredelser til opphør. Tilsynsmyndighetene vil ha hjemmel til å fatte vedtak som forbyr foretak å fortsette en ulovlig adferd, evt. pålegge positive tiltak der dette er nødvendig (typisk ved forretningsnektelser). Dette kan også skje ved midlertidige vedtak, jf. forordning 1 art 8. Private på sin side vil kunne ta i bruk de alminnelige mekanismene privatretten og sivilprosessen gir for å stanse et pågående rettsbrudd. På dette punkt synes det således å være en høy grad av sammenfall mellom de to håndhevelsesformene. Mht. represjon må også nevnes ikke-oppfyllelse av konkurransestridige avtaler. Dette er den eneste privatrettslige sanksjon som er hjemlet i Traktatens ordlyd, jf. art 81 nr 2 om at avtaler i strid med art 81 ikke skal ha noen rettsvirkning. Kommisjonen på sin side har ikke kompetanse til å fastslå ugyldigheten av avtaler i strid med bestemmelsen, men ikke-oppfyllelse vil i slike tilfeller følge direkte av forbudet mot videre overtredelse.

Ingen private sanksjoner er utelukkende begrunnet i *prevensjon*. Som utgangspunkt vil privat håndhevelse derfor ikke være noe alternativ til offentlig håndhevelse i form av bøter. Når dette er sagt, må det likevel fremheves at privatrettslige sanksjoner kan ha betydelig preventive *sideeffekter*. Først og fremst tenkes det her på den preventive virkning som ligger i erstatningssøksmål, og da kanskje i første rekke erstatningskrav fra egne kunder med tilhørende tap av good-will mv. I amerikansk rett har erstatningssanksjonen nettopp et slik tilskiktet preventivt formål i form av den obligatoriske tredoblingen.⁴⁾ Videre vil det kunne oppnås en preventiv effekt ved avskjæring av restitusjonskrav mellom overtredere, selv om denne effekten ikke er entydig; også utsikten til å måtte restituere kan nemlig også ha en preventiv virkning.

På den annen side har den offentlige håndhevelse ingen selvstendig *kompensatorisk* funksjon.⁵⁾ Hvis kompensasjon til private parter som er påført skader

³⁾ Dette kan nyanseres ytterligere. Prevensjon kan for eksempel deles i almen- og individprevensjon. Videre vil reparasjon kunne skje enten i form av naturalreparasjon eller gjennom et surrogat, dvs. kompensasjon gjennom erstatning. Naturalreparasjon i konkurransenretten vil det kunne være tale om der for eksempel en ulovlig ervervet markedsandel elimineres.

⁴⁾ Den reelle effekten av tredoblingen reduseres noe ved at det ikke kan kreves "pre-trial interests", selv om signaleffekten av en tredobling uansett er betydelig.

⁵⁾ Kommisjonen har imidlertid en viss adgang til å pålegge tiltak for å reparere skadefirkninger for fremtiden, dvs. avverge at overtredelser fortsetter å produsere skadeeffek-

Erling Hjelmeng

gjennom konkurranseovertrødelser anses som et mål i håndhevelsen, er privat håndhevelse således en nødvendighet. Dette vil kunne skje enten i form av erstatningsansvar, eller der skadelidte og overtrødene står i et kontraktsforhold; gjennom restitusjon.

3. De enkelte sanksjoner

3.1 Ikke-oppfyllelse av konkurransestridige avtaler (ugyldighet)

Rettsgrunnlaget for ugyldighet ved konkurransestridige avtaler er EF-traktaten art 81 nr 2. Ugyldighet etter bestemmelsen omfatter bare de deler av avtalen som strider mot forbudet i art 81. Dette følger av konsekvent praksis fra EF-domstolen.⁶ Hel ugyldighet kommer bare på tale hvis de deler som strider mot konkurransereglene ikke lar seg skille ut fra de resterende deler.

Det følger at eventuelle følger for de resterende deler av avtalen ikke reguleres av EF-retten.⁷ Etter forholdene vil det altså kunne skje en ytterligere sensur av "restavtalen" etter prinsipper i nasjonal rett. I de skandinaviske landene vil aktuelle grunnlag være avtaleloven § 36 eller forutsetningslæren.

Virkningen for de deler som faktisk strider mot konkuransereglene *vil* imidlertid styres av EF-retten.⁸ Ugyldighetsvirkningen kan karakteriseres som sterk og absolutt. Det er tidligere sagt at art 81 krever tilgang til den "*stærkeste af de*

ter på markedet etter at selve overtrødelsen er brakt til opphør. Eksempler på dette er TACA-beslutningen (EFT 1999 L 95 s. 1), art 9, der overtrødene ble pålagt å gjøre kunder oppmerksomme på adgangen til å reforhandle kontrakter. (Delvis annullert på annet grunnlag i forenede saker T-191/98 etc., *Atlantic Container Line m.fl. v Kommisjonen*, Sml. 2003 s. II-____), og sak C-119/97 P *Union française de l'express m.fl. v Kommisjonen*, Sml. 1999 s. I-1341, prem. 94-95, der det ble forutsatt at Kommisjonen hadde kompetanse til å pålegge tiltak for å avbøte skadefinningskriteriene av en overtrødelse som fremdeles virket på markedet. Videre er det grunn til å nevne adgangen til såkalte borgerlige rettskrav i straffesaker, dvs. at påtalemyngheten tar med fornærmedes erstatningskrav i en straffesak. Dette er det mulighet for også i konkuransesaker i de land der overtrødelser er straffesanksjonert, bl.a. Norge.

⁶⁾ De grunnleggende avgjørelser er sak 65/65 *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm*, Sml. 1965-68 s. 211, og forenede saker 56 og 58/64 *Établissements Consten S.à.r.l. og Grundig-Verkaufs-GmbH v Kommisjonen*, Sml. 1965-68, s. 245.

⁷⁾ Jf. således sak 319/82 *Société de vente de ciments et bétons de l'Est SA v Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG*, Sml. 1983 s. 4173, prem. 12.

⁸⁾ Dette har vært omdiskutert, men det er uansett på det rene etter sak C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan*, Sml. 2001 s. I-6297, at EF-retten regulerer rettsvirkningene mellom partene i konkurransestridige avtaler.

Håndhevelse av konkurransereglene – mot en definert rolle for private? i civilretten kendte former for manglende rettsvirkning af en aftale.⁹ Etter min oppfatning er det imidlertid ikke behov for å etablere rettsvirkninger ut fra internrettslige prinsipper om avtalers ugyldighet, idet rettsvirkningen ikke-oppfyllelse må anses som genuint fellesskapsrettslig. I denne sammenheng må det også være klart nok at nasjonale løsninger som kommer på tvers av de krav EF-retten stiller, vil måtte settes til side.

Art 81 er taus om mulige restitusjonsvirkninger. Generelt vil det ved lovstridige avtaler være aktuelt å avskjære restitusjon mellom parter som begge overtrer reglene. En slik avskjæring kan imidlertid neppe gjennomføres unyanseert under art 81, tatt i betraktning den beskyttelse for en underlegen part som EF-domstolen innrømmet i *Courage*.¹⁰

Art 82 inneholder ingen eksplisitt regulering av ugyldighet. Jeg tror imidlertid det må være ganske klart at EF-retten vil kreve at en avtale settes til side i medhold av nasjonal rett der et misbruk er nedfelt i avtale. Ikke-oppfyllelse i en slik situasjon vil også være en nødvendighet for effektivt å bringe et misbruk til opphør.

Et illustrerende eksempel er den svenske saken SAS v Luftfartsverket.¹¹ Tvissten gjaldt diskriminerende vilkår for adgang til innenriksterminalen på Arlanda, som ble påstått å utgjøre misbruk av dominerende stilling. SAS fikk tilbaketebetalt differansen mellom det selskapet hadde betalt og det andre selskaper hadde betalt. I tillegg ble betalingsplikten for fremtiden justert i samsvar med de øvriges vilkår.¹²

Ugyldighet og restitusjon vil også kunne tjene som grunnlag for å kreve *tilbaketebetaling av overpriser*. Med dette tenkes først og fremst på kunder som betaler en overpris til deltagere i et kartell. Det har vært vanlig å se dette som et spørsmål om ugyldighet for såkalte følgeavtaler. Den prinsipielle debatten om en avtale mellom en kunde og en overtreder, der vilkårene i avtalen er influert av det ulovlige samarbeidet, rammes av ugyldighet, har etter min

⁹⁾ Blok: Ugyldighetssanksjonen i Fællesmarkedets konkurrenseret, TfR 1974.489, s. 499, uthetvet i orig.

¹⁰⁾ Sak C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan*, Sml. 2001 s. I-6297, omtalt nærmere nedenfor.

¹¹⁾ Göta Hovrätt, mål T 33-00, dom av 27. april 2001. Om saken se *Bernitz* i Europarättslig tidskrift 2003.382.

¹²⁾ Saken gjelder således både det som ovenfor er rubrisert som represjon og kompensasjon.

Erling Hjelmeng

oppfatning utspilt sin rolle.¹³ I en situasjon der en kunde for eksempel skulle være forpliktet til å betale en kartellpris over en årrekke, vil kravene til effektive håndhevelsesmekanismer klart nok lede til at kunden må kunne si seg fri fra kontrakten. Når det gjelder ugyldighet som grunnlag for restitusjon av overpris følger det av praksis, jf. 3.3. nedenfor, at kunder uansett vil ha krav på erstatning. I en slik kontekst blir det merkelig å skulle avvise ugyldighet.¹⁴

3.2 Forbud og forføyninger

Forbud og forføyninger mot konkurransestridig adferd vil måtte forankres i nasjonal rett.¹⁵ Det er imidlertid på det rene at EF-retten krever at private har tilgang til midlertidige forføyninger der dette er nødvendig for å sikre sine rettigheter etter Traktaten, jf. her *Factortame*.¹⁶

Kravene som vil stilles til en midlertidig forføyning etter nasjonal rett vil ikke være vesensforskjelling fra det som gjelder for Kommisjonens midlertidige vedtak etter forordning 1 art 8; det må foreligge et krav og en sikringsgrunn. Kravet vil bestå i en overtredelse av konkurransereglene. Sikringsgrunnen vil måtte knytte seg til skadenvirkningen for den private part og konkurransen på markedet.

På dette punkt er det i forordning 1 lagt opp til en arbeidsdeling mellom Kommisjonen og de alminnelige domstolene, idet Kommisjonen fokuserer på saker hvor det er fare for skade på konkurransen, mens de tilfeller hvor skadenvirkningen først og fremst rammer en privat part må behandles nasjonalt.

Kommisjonens praksis under forordning 17 viser at det er to hovedtyper saker: Forretningsnektelser og praktisering av konkurransestridige avtaler. Det overveiende innslaget er å bringe misbruk av dominerende stilling til opphør.

¹³⁾ Dette fremgår etter min oppfatning med all tydelighet av debatten i svensk rett, se innlegg i Europaråtslig tidskrift 2002.749, 2003.337 og 2003.815. Om diskusjonen i tysk rett, som har vært preget av privatrettsdogmatikk, se *Hjelmeng: Privat håndhevelse* s. 242.

¹⁴⁾ Dette viser etter min oppfatning også viktigheten av at den enkelte rettsvirkning innenfor ugyldighetsbegrepet døftes separat.

¹⁵⁾ Forbud gjennom endelig dom (fullbyrdelsesdom) må anses mindre praktisk, først og fremst grunnet tidsaspektet. Siden forpliktelsene under konkurransereglene typisk vil være situasjons- og markedsbestemt, er det også usikkert om rettsforholdet er egnet til å fastlegges på denne måten. Midlertidige forføyninger for å avbøte akutte konkurranseproblemer må imidlertid anses som viktig. Jf. videre til dette *Hjelmeng: Privat håndhevelse*, avsnitt 9.2 og 9.4.

¹⁶⁾ Sak C-213/89 *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame LTD. m. fl.*, Sml. 1990 s. 1-2433, prem. 21.

Håndhevelse av konkurransereglene – mot en definert rolle for private?
Eksempler på forbud mot praktisering av ulovlige avtaler gir Ecosystem og Mars-sakene.¹⁷ Forretningsnektelser har vært behandlet i Boosey & Hawkes, Irish Continental Group, B&I Line, og IMS Health.¹⁸ ECS/AKZO dreide seg om rovprising.¹⁹

3.3 Erstatning²⁰

3.3.1 Ansvarsgrunnlag

EF-retten stiller krav om at private skal kunne kreve erstatning ved brudd på konkurransereglene. Dette var lenge et omdiskutert spørsmål, men i lys av utviklingen på andre områder, først og fremst medlemsstatenes erstatningsansvar og utviklingen av prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse, var det ikke overraskende da EF-domstolen i *Courage* fastslo eksistensen av et slikt ansvar. Her uttalte Domstolen at

"Den fulde virkning af traktatens artikel [81], og navnlig den effektive virkning af forbuddet i stk. 1, ville blive bragt i fare, hvis det ikke var muligt for nogen at kræve erstatning for skade påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordrøje konkurrencen.

Adgangen hertil forøger virkningen af Fællesskabets konkurrenceregler og er egnet til at hindre ofte skjulte aftaler eller former for adfærd, der kan begrænse eller fordrøje konkurrencen. Set i dette perspektiv kan erstatningssøgsmål for de nationale domstole yde et væsentligt bidrag til opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for Fællesskabet."²¹

¹⁷⁾ Ecosystem SA v Peugeot SA, [1990] 4 C.M.L.R. 449. Mars – 22nd Report on Competition Policy (1992.), p. 195. Vedtaket er gjengitt i Rettens kjennelse i sakene T-24 og 28/92 R Langnese-Iglo GmbH og Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG v Kommissionen, Sml. 1992 s. II-1839, prem. 11

¹⁸⁾ Boosey & Hawkes, EFT 1987 L 286 s. 36 (levering av messinginstrumenter), Irish Continental Group v CCI Morlaix, [1995] 5 C.M.L.R. 177 (pålagt å gi tilgang til havn for sommersesongen 1995), B&I Line plc v Sealink Harbours LTD og Sealink Stena LTD, [1992] 5 C.M.L.R. 255 (endring av rutetider), NDC Health/IMS HEALTH, EFT 2002 L 59 s. 18 (lisensieringsnektelse – vedtaket er senere trukket tilbake).

¹⁹⁾ EFT 1983 L 252, s. 13.

²⁰⁾ Se *Hjelmeng: Privat håndhevelse*, kap. 14-17, og *Wahl: Konkurrensskada*, Stockholm 2000.

²¹⁾ Sak C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan*, Sml. 2001 s. I-6297, prem. 26-27. Se også GA van Gervens forslag til avgjørelse i sak C-128/92 *H.J.Banks & Co. Ltd v British Coal Corporation*, Sml. 1994 s. I-1209, prem. 43.

Erling Hjelmeng

Domstolen har imidlertid ikke i *Courage* defmert et genuint fellesskapsrettslig erstatningsansvar, slik tilfelle er ved medlemsstatenes overtredelser.²² Dermed vil den nærmere utformingen av ansvaret støttes på nasjonal rett. I skandinavisk perspektiv vil dette være lite problematisk.²³ Erstatningsansvaret vil følge etablerte prinsipper om brudd på skrevne handlingsnormer.

Normalt vil rettsbruddet i seg selv være tilstrekkelig ansvarsgrunnlag. Det er imidlertid ikke støtte for å hevde at EF-retten gjør krav på et objektivt ansvar, jf. også kravet om kvalifisert overtredelse ved medlemsstatenes erstatningsansvar. Således vil det sannsynligvis bare være uaktsomme eller forsettlige overtredelser som kvalifiserer som erstatningsbetingende. Reelt sett blir et krav om culpa et spørsmål om faktisk eller rettslig villfarelse. Sannsynligvis skal det ganske mye til for å unngå ansvar, jf. også praktiseringen av skyldkravet i forbindelse med ileggelse av bøter etter forordning 17. Objektive rettmessighetsgrunner er neppe særlig aktuelt.

Ved brudd på skrevne handlingsnormer er det normalt et vilkår for erstatning at skadelidte representerer en ved normen beskyttet interesse. Gjennom *Courage* må EF-domstolen sies å ha bekreftet at private prinsipielt innehar en erstatningsrettslig beskyttet interesse.²⁴ Rammene må anses vide, jf. uttalelsen om at "enhver borger kan støtte ret på overtrædelsen af traktatens artikel [81], stk. 1".²⁵ Relevante skadelidte vil i første rekke være konkurrenter, kunder og (muligens) kunder i senere ledd. Disse vil lide tap hhv. gjennom tapt omsetning på markedet og betaling av overpriser. Videre åpner *Courage* for at underlegne parter i en konkurransestridig avtale kan kreve erstatning. Slikt ansvar vil likevel kunne være utelukket hvis parten "findes at bære en betydelig del af ansvaret for konkurrenceforstyrtelsen".²⁶

3.3.2 Årsakssammenheng og økonomisk tap

En betydelig vanskelighet knyttet til erstatningssaker ved brudd på konkuransereglene, er at skadelidte må påvise konsekvensene av overtredelsen (noe som

²²⁾ Se først og fremst forenede saker C-6/90 og C-9/90, *Andrea Francovich m.fl. v Italia*, Sml. 1991 s. I-5357.

²³⁾ De sperrer som svensk rett måtte oppstille i forhold til rene formuesskader i kraft av den såkalte "spärregeln" vil ikke kunne være til hinder for erstatningsansvar. For øvrig vil erstatningsansvaret i svensk rett også kunne etableres gjennom konkurrenslagen 33§, som i kraft av ekvivalensprinsippet også vil gjelde art 81 og 82.

²⁴⁾ I den utstrekning dette måtte være et vilkår for erstatningsansvar etter nasjonal rett.

²⁵⁾ Sak C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan*, Sml. 2001 s. I-6297, prem. 20-25, uthevet her.

²⁶⁾ Sak C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan*, Sml. 2001 s. I-6297, prem. 31.

Håndhevelse av konkurransereglene – mot en definert rolle for private? ikke er nødvendig der tilsynsmyndighetene konstaterer en overtredelse). Dette er spørsmål som om kartellet faktisk førte til en prisøkning, om konkurrentene i fravær av markedsdelingen faktisk ville ha konkurrert, om offer for rovpri sing eller forretningsnektelse likevel ville ha bukket under osv. Mer enn å vurdere om en gitt skade er forårsaket av en bestemt handling, slik tilfellet normalt er i erstatningssaker, dreier det seg om å kartlegge og kvantifisere virkingene av en overtredelse. Dette betyr at det må konstrueres et hypotetisk scenario, dvs. hvordan markedsforholdene ville sett ut uten overtredelsen. Det reelle problemet vil ofte være å utelukke alternative årsaker.

I amerikansk rett har en betydelig erfaring med å håndtere denne typen spørsmål.²⁷⁾ Her omtales gjerne tre metoder: "before-after" (en sammenligning av markedet før, under og etter overtredelsen), "yardstick-method" (en sammenligning med andre markeder), og økonometriske analyser (reelt sett avansert matematikk og statistikk). Det stilles i USA relativt små krav til kvantifiseringen av tap, såfremt eksistensen av tap er etablert. Det skiller således mellom "fact of injury" og "amount of damages". Det første må bevises med "reasonable certainty".²⁸⁾ Omfanget av det økonomiske tapet bestemmes "as a matter of just and reasonable inference".²⁹⁾ Avgjørende er "a just and reasonable estimate of the damage based on relevant data".³⁰⁾ Det er neppe grunn til å tro at utgangspunktet er særlig annerledes hos oss, idet dommeren vil kunne fastsette en erstatning skjønnsmessig der tapets omfang ikke lar seg fastlegge.³¹⁾

Et særlig problem ved overpriser er hvordan det faktum at en overpris kan være veltet videre til senere ledd skal håndteres. Dette kan dels dukke opp som et spørsmål om indirekte kunder kan kreve erstatning, dels som et spørsmål om overtreder kan forsøre seg med at kunden ikke har lidt noe økonomisk tap fordi prisen er veltet videre. I amerikansk rett ses det bort fra denne såkalte passing-on effekten, først og fremst av prosessøkonomiske og håndhevelsesmessige årsaker.³²⁾ Heller ikke her vil løsningene nødvendigvis være vesensforskjellig hos oss. Sannsynligvis vil krav fra indirekte kunder anses som som

²⁷⁾ På denne punkt kan det vises til utgivelsen Proving Antitrust Damages, Legal and Economic Issues, American Bar Association, Section of Antitrust Law, 1996. Litteraturen på området er ellers omfattende.

²⁸⁾ Se Proving Antitrust Damages, s. 31 med videre henvisninger.

²⁹⁾ STORY PARCHMENT CO. v. PATERSON PARCHMENT PAPER CO., 282 U.S. 555, 563 (1931).

³⁰⁾ BIGELOW v. RKO RADIO PICTURES, 327 U.S. 251, 264 (1946).

³¹⁾ Jf. for svensk rett 35 kap. 5 § Rättegångsbalken, for norsk rett tvistemålsloven § 192.

³²⁾ Bruken av passing-on som defense for skadenvolder avvist i HANOVER SHOE v. UNITED SHOE MACH., 392 U.S. 481 (1968); passing-on som basis for krav fra indirekte kunder avvist i ILLINOIS BRICK CO. v. ILLINOIS, 431 U.S. 720 (1977).

Erling Hjelmeng

fjerne og avlede til å være erstatningmessige (tredjemannsskade), mens den defensive bruken av passing-on vil måtte vurderes under prinsippet om compensatio lucri cum damno (slik at skadelidte ikke må oppnå en tilfeldig berikelse).³³ Under enhver omstendighet vil bevisbyrden for at overprisen er eliminert ved passing-on måtte påhvile skadenvolder.

Endelig må det sies noe om hva slags tap som vil kunne kreves erstattet. Utgangspunktet er at overtredelser av konkuransereglene kan ha tre virkninger, som ofte er vevet i hverandre; de kan være skadelig for konkuransen, nøytrale for konkuransen eller positive for konkuransen. I alle tre relasjoner kan overtredelsen påføre andre markedsaktører økonomiske tap. Dette betinger at de "relevante" skader og tap skiller fra de konkuranserettlig sett "irrelevante". Kunders krav om tilbakebetaling er kalt "the prototypical form of antitrust injury". Slike krav reiser få prinsipielle problemer (gitt den forutsetningen at konkuransereglene tar sikte på å beskytte mot denne formen for tap, jf. nærmere 4.1 nedenfor). For konkurrenter er bildet mer sammensatt, idet konkurrenter på markedet snarere lider tap som følge av øket enn begrenset konkurranse.³⁴ I amerikansk rett er det på denne bakgrunn formulert et krav om "antitrust injury", dvs. at "The injury should reflect the anticompetitive effect either of the violation or of anticompetitive acts made possible by the violation."³⁵ Tilsvarende vil hos oss følge av prinsippet om at skadelidte må representere en ved normen beskyttet interesse. Dette kan formuleres som et krav om at tapet som kreves erstattet, må utgjøre den *hele eller delvise grunnen for at handlingen i første omgang trekkes inn under forbudet*.³⁶

4. Mot en definert rolle for private?

4.1 Rettighetsbeskyttelse eller sanksjon?

Det følger av gjennomgangen i 2 ovenfor at eksistensen av privat håndhevelse kan begrunnes enten som ledd i rettighetsbeskyttelse (kompensasjon) eller ved en preventiv virkning og dermed bidrag til reglenes sanksjonering og etter-

³³ Et argument for å legge en streng norm til grunn her er at det fremstår som mindre rimelig at overtreder får beholde sin berikelse enn at skadelidte oppnår en berikelse. Samtidig er det på det rene at det ikke nødvendigvis er automatikk i at en overpris veites videre.

³⁴) Resonnementet slår ikke til ved utestengende adferd som typisk rovprising. I slike tilfeller vil konkurrenter lide tap som følge av ulovlig intens konkurranse, og deres posisjon vil nødvendigvis være beskyttet etter EF-konkuransereglene.

³⁵) BRUNSWICK CORP. v. PUEBLO BOWL-O-MAT, INC., 429 U.S. 477 (1977).

³⁶) Jf. nærmere *Hjelmeng: Privat håndhevelse*, s. 380.

Håndhevelse av konkurransereglene – mot en definert rolle for private?

levelse. Hvis det legges til grunn at formålet med konkurransereglene er å fremme samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk, åpner det seg interessante perspektiver. Noe forenklet kan resonnementet fremstilles som følger:³⁷ Det er på det rene at erstatningsutbetalinger utelukkende representerer en omdisponeering av velferd, og at de således i seg selv er samfunnsøkonomisk sett nøytrale. På den annen side er det forbundet en betydelig ressursbruk med håndteringen av erstatningssøksmål. Spørsmålet er om denne ressursbruken kan forsvarer. Svaret er at ressurser brukt på å skape kompensasjon *ikke* kan forsvarer, fremdeles forutsatt at formålet med konkurransereglene defineres som samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk. Samtidig er det på det rene at erstatning og restitusjon, i motsetning tilpressive sanksjoner, ikke leder til noen øket formålsrealisering in casu.

Denne ressursbruken kan imidlertid forsvarer hvis den leder til øket etterlevelse av reglene, dvs. prevensjon. Og det er nettopp dit det økonomiske resonnementet leder: Privat håndhevelse i form av erstatning har sin berettigelse ut fra prevensjon, mens kompensasjonen ikke har noen egenverdi. Iht. Økonomisk teori må det foretas en kost-nytteanalyse. Spørsmålet er da om privat håndhevelse faktisk er den mest effektive måten å skape prevensjon på. Dette er ikke opplagt.

I praksis vil det neppe være enighet om at konkurransereglenes eneste formål er samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk. I EF-retten kommer typisk også hensynet til integrasjon og (i mindre utstrekning) hensynet til små og mellomstore bedrifter inn. Samtidig er det på det rene at EF-reglene ikke er verdinøytrale; de bygger på en uttalt forutsetning om beskyttelse av forbrukerne. Dette gjør at erstatning kan forsvarer relativt enkelt under EFs konkurranseregler, både i kraft av kompensasjon og prevensjon. Derimot er det neppe grunnlag for å tilpasse erstatningssanksjonen særskilt til et preventivt formål, slik tilfellet er i USA. Holdningen til privat håndhevelse vil imidlertid være avhengig av hva en definerer som formålet med konkurransereglene, det samme vil utformingen av sanksjonen. Samtidig er det viktig å være bevisst på de ulike sammenhenger som gjør seg gjeldende.

I 2 ble det påvist at privat og offentlig håndhevelse et stykke på vei deler et repressivt formål. I denne sammenheng gjør den kritikk som ut fra økonomisk teori kan rettes mot erstatning seg gjeldende med mindre tyngde. Derimot er det, noe som ikke er spesielt for konkurransenretten, på det rene at det bør tilstrebes at den repressive funksjon ivaretas så effektivt som mulig.

³⁷⁾ Se for en kortfattet fremstilling av rettsøkonomiske teorier om privat håndhevelse av konkurransereglene Treble-Damages Remedy, utgitt av American Bar Association, Section of Antitrust Law Monograph 13 (1986).

Erling Hjelmeng

4.2 EF-rettslig forankring

På bakgrunn av det foregående er det grunn til å se nærmere på hvordan private håndhevelse er forankret i EF-retten. Det har fremgått at privat håndhevelse kan begrunnes på to måter; beskyttelse av private parter eller bidrag til håndhevelse og etterlevelse. Begge argumenter finner forankring i EF-retten. Utgangspunktet er at privat håndhevelse av EF-regler som gir private rettigheter styres av hhv. ekvivalens- og effektivitetsprinsippet. I ekvivalensprinsippet ligger at EF-rettslige rettigheter skal beskyttes minst like godt som tilsvarende rettigheter etter nasjonal rett. Effektivitetsprinsippet stiller opp minstekrav til sanksjoner på nasjonalt plan, de skal være adekvate og avskreckende.

Samtidig er det slik at hensynet til EF-rettens "fulde virkning" kommer inn.³⁸ Og i senere tid har det etter min oppfatning vært en glidning mot det siste, dvs. at fokuset legges mer på rettshåndhevelse enn rettsbeskyttelse. I *Courage* er det på det rene at Domstolen vektla begge hensyn. I en senere sak, som ikke gjaldt konkurransenetten, viste EF-domstolen utelukkende til hensynet til en effektiv håndhevelse av reglene, uten henvisning til "privates rettigheder". Her ble det uttalt:

"det er en betingelse for at sikre den fulde virkning af bestemmelserne ... at det skal være muligt for en erhvervsdrivende at kræve denne forpligtelse overholdt gennem et civilt søgsmål mod en konkurrent."³⁹

Det er verdt å merke seg at saken gjaldt et spørsmål om rettslig interesse ved et forbudssøksmål, dvs. repressiv håndhevelse. Det synes ikke opplagt at EF-domstolen også skulle være villig til å innrømme erstatning ut fra samme resonnement; dette virker fjernt i en europeisk tradisjon.

Det følger av denne kortfattede gjennomgangen at det i praksis rundt privat rettshåndhevelse i EF-retten finnes henvisninger til både represjon, prevensjon og kompensasjon. Det synes også å være grunnlag for å knytte sørlig vekt til prevensjonshensynet og hensynet til at reglene for fullt gjennomslag. Muligens

³⁸⁾ Jf. allerede sak 26/62 *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Den nederlandske Finansforvaltning*, Sml. 1954-64 s. 375: "[A]gt på give[n]heden hos de private, som er interesserede i at beskytte deres rettigheder, medfører en effektiv kontrol, der supplerer den kontrol, som det i artiklerne 169 og 170 overlades til Kommissionen og medlemsstaterne at drage omsorg for." (På s. 380.)

³⁹⁾ Sak C-253/00 *Antonio Muñoz y Cia SA og Superior Fruiticola SA v Frumar Ltd og Redbridge Produce Marketing Ltd.*, Sml. 2002 side I-7289, prem. 30. Om saken se Engström; Effektiv rätts skydd i förvirring – nationell process- och sanktionsrätt i ljuset av C-253/00 Muñoz, Europarättslig tidskrift 2003.167.

Håndhevelse av konkurransereglene – mot en definert rolle for private? kan denne utviklingen, og i særlig grad Muñoz, varsle om en ny tilnærming til privat håndhevelse, som i større utstrekning ser den privat som rettshåndhever, og at dette også kan påvirke innholdet i de sanksjoner EF-retten foreskriver.

4.3 Forordning 1/2003

Forordning 1 inneholder ikke særlige bestemmelser om privat håndhevelse, utover at den i art 6 slår fast at "De nationale domstole har kompetence til at anvende traktatens artikel 81 og 82." Derimot er det på det rene at forordning 1 løser en rekke problemer som tidligere har lagt hindringer i veien for privat håndhevelse. Dessuten legger forordningen opp til enkelte mekanismer som kan bidra til å effektivisere konkurransesøksmål for nasjonale domstoler.

Først og fremst løser forordning 1 de kompetanserelaterte problemer som Kommisjonens enerett til anvendelse av art 81 nr 3 tidligere skapte. Problemet bestod i at nasjonale domstoler måtte forholde seg til mulige dispensasjonsvedtak fra Kommisjonen, og derfor ikke kunne anvende art 81 fullt ut. Under art 82 var det ikke tilsvarende problemer.

De bestemmelser i forordning 1 som først og fremst er relevante for den private håndhevelse regulerer samarbeidet mellom Kommisjonen og nasjonale domstoler. For det første kan de alminnelige domstoler iht art 15 nr 1 "anmode Kommissionen om at få tilsendt oplysninger, som den er i besiddelse af, eller uttalelser om spørsgsmål vedrørende anvendelsen af Fællesskabets konkurrenceregler." Videre kan Kommisjonen eller de nasjonale konkurransemyndigheter etter art 15 nr. 3 inngi skriftlige eller muntlige innlegg for domstolene (amicus curiae). Endelig følger det av art 15 nr 2 at medlemsstatene er forpliktet til å fremsende nasjonale rettsavgjørelser om art 81 og 82 til Kommisjonen. Disse avgjørelsene offentliggjøres på DG Comps website.

Enkelte av forordningens øvrige bestemmelser er også av betydning ved privat håndhevelse, bl.a. art 16 om ensartet anvendelse og art 2 om bevisbyrde. Forordningens regulering fremtrer imidlertid som et spinkelt grunnlag å bygge en effektiv privat håndhevelse på.

Etter forordningens vedtagelse har arbeidet med å fremme privat håndhevelse fortsatt i Kommisjonen. En komparativ rapport om rettstilstanden i ulike medlemsland ble offentliggjort 31. august 2004 (Ashurst-rapporten). Denne føyer seg inn i rekken av tidligere studier i regi av Kommisjonen, som imidlertid i liten utstrekning har bidratt til å fremme den private håndhevelsen.⁴⁰ Det nye

⁴⁰⁾ Tidligere publiserte studier er *La réparation des conséquences dommageables d'une violation des articles 85 et 86 du traité instituant la CEE*, Série Concurrence, nr. 1

Erling Hjelmeng

med Ashurst-studien er imidlertid at den går konkret inn på modeller for å beregne tap som følge av overtredelser, og spesifikt diskuterer de tre modeller som er nevnt ovenfor i 3.3.2. Det er å forvente at det pågående arbeidet i Kommisjonen vil resultere i en Grønnbok i løpet av 2005.

5. Problemer og løsninger

5.1 Prosessuell

Uansett hvilken holdning man måtte innta til privat håndhevelse er det på det rene at det kreves flere tilpasninger både av materiell og prosessuell art for at "private action" skal kunne spille en selvstendig rolle i håndhevelsen av konkurransereglene. I dette avsnittet skal det kort pekes på noen sentrale problemstillinger og antydes mulige løsninger.

Det knytter seg betydelige prosessuelle utfordringer til privat håndhevelse. Disse er først og fremst knyttet til to forhold; bevisproblemer og organisering av søksmål. Bevisproblemer gjør seg spesielt gjeldende ved fordekte overtredelser. Det er ingen hemmelighet at slike overtredelser er utfordrende å avsløre, selv for tilsynsmyndighetene med omfattende etterforskningsfullmakter. Spørsmålet er om det bør introduseres discoverymekanismer etter modell av amerikansk rett for å bøte på dette. Etter min oppfatning er dette neppe veien å gå. Under enhver omstendighet vil det være tilsynsmyndighetene som er best rustet til å avsløre fordekte karteller, og hvis privat håndhevelse mot slike overtredelser er ønskelig, bør det snarere innføres mekanismer som sikrer at private kan utnytte det bevismaterialet tilsynsmyndighetene har i sin besittelsete.⁴¹ Også i USA er det på det rene at det store flertall av søksmål mot karteller er såkalte "follow-on suits", dvs. at private "henger seg på" den offentlige forfølgelse. Derimot er det på det rene at overtredelser som retter seg mot enkeltforetak, typisk misbruk av dominerende stilling, langt enklere lar seg håndtere innefor sivilprosessens regler om fremleggelse av dokumenter mv. Bildet er imidlertid ikke entydig, og en utvidet adgang til å fremskaffe bevismateriale kan vise seg verdifull. En slik mekanisme må imidlertid tilpasses slik at den ikke kan misbrukes, typisk til å få innblikk i andres forretningshemmeligheter.⁴²

Bruxelles 1966, og *Braakman* (ed); *The Application of Articles 85 & 86 of the EC Treaty by National Courts in the Member States*, Europakommisjonen, Brussel 1997. En intern rapport fra slutten av 80-tallet er ikke publisert.

⁴¹⁾ Jf. således regelen i den norske konkurranseloven § 27 om innsyn i bevismateriale.

⁴²⁾ Jf. til dette forslagene fremsatt i SOU 2004:10.

Håndhevelse av konkurransereglene – mot en definert rolle for private?

Det er neppe behov for særregler om utmåling av tap, selv om også dette må antas å representere en betydelig vanskelighet. Her ligger problemet snarere på det pedagogiske planet, jf. nedenfor.

Det er på det rene at konkurransovertredelser ofte vil ramme en ubestemt krets av markedsaktører, typisk vide kretser av forbrukere som hver for seg lider ubetydelige tap i form av overpriser. Høyt antall skadelidte kombinert med spredning i tap fører til at konkurrancesakene vanskelig lar seg håndtere innenfor de tilgjengelige søksmålsformer. Det opplagte svaret på dette er gruppesøksmål. Innføringen av dette reiser en rekke prinsipielle spørsmål som det vil føre for vidt å gå inn på her.⁴³⁾ Jeg tror imidlertid at man må akseptere den erkjennelse at en effektiv erstatningsadgang i konkurrancesaker krever tilgang til et slikt instrument, sannsynligvis i kombinasjon med contingency fees. Spørsmålet er imidlertid om ikke hensynet til kompensasjon vil kunne ivaretas på andre måter, typisk ved at tilsynsmyndighetene kan ta erstatningskrav med i sine prosesser, og sørge for en offentlig administrert ordning for å kompensere ofrene.

5.2 Materielt

Det vil ha fremgått at det materielle grunnlag for privat håndhevelse rettslig sett fremstår som rimelig klart. Det er derfor usikkert om det er et reelt behov for en nærmere regulering av særlig erstatningsadgangen. Like fullt er det på det rene at rettsområdet, bortsett fra utgangspunktet om at private vil ha krav på erstatning, fremstår som uklart. Særlig gjelder dette fraværet av klart definerte rettigheter/sanksjoner, kombinert med problemstillinger knyttet til enkeltforhold, typisk håndteringen av passing-on. Samtidig er det på det rene at den manglende harmoniseringen i seg selv skaper en uklarhet, og fører til at særregler på nasjonalt plan kan utgjøre hindringer for effektiv privat håndhevelse. Et initiativ på dette området vil såldedes være ønskelig.

5.3 Pedagogisk

Den kanskje mest påtagelige utfordringen for å realisere en effektiv privat håndhevelse ligger på det pedagogiske planet. Det må erkjennes at holdningen i Europa har vært at håndhevelsen av regler med offentligrettlig tilsnitt ivaretas av offentlige myndigheter. Samtidig er eksistensen av muligheten for privat håndhevelse forholdsvis dårlig kjent, samtidig som en gjennomgående hold-

⁴³⁾ Jf. for norsk rett diskusjonen i NOU 2001:33, der det foreslås innført slike regler i norsk rett.

Erling Hjelmeng

ning er at det er vanskelig å nå frem med slike søksmål. Til dette kommer mer grunnleggende holdninger til bruk at domstolene.

Oppgaven her vil først og fremst være å gjøre muligheten til privat håndhevelse kjent, og sørge for at den fremstår som reell. Samtidig bør europeiske advokater bli mer "trigger happy" i forhold til å påtale overtredelser av konkurranseregelverket. En slik holdningsendring vil sannsynligvis ta tid. Men som et første skritt er det på det rene at tilsynsmyndighetene aktivt bør søke å legge forholdene til rette for privat håndhevelse, og da først og fremst erstatnings-søksmål, i kartellsaker der forholdene ligger til rette for dette.

6. Konklusjon

Gjennomgangen viser at muligheten for privat håndhevelse av konkurransereglene er høyst reell. Samtidig er det viktig å erkjenne at den private håndhevelse som konkurransereglene krever vil kunne avvike fra "privatrettslige virkninger" av overtredelse. Det viktigste budskapet er at en konsis tilnærming er nødvendig, noe som innebærer en stillingtagen til håndhevelsens formål, kombinert med en adekvat tilretteleggelse. På dette punkt vil privat håndhevelse kreve drahjelp: Det er neppe tilstrekkelig å utvikle prinsippene om privat håndhevelse innenfor rammene av eksisterende privatrettslige sanksjoner slik disse fremstår *de lege lata* i de nasjonale rettssystemene.

DEN NY FUSIONSKONTROLFORORDNING – FORORDNING 139/2004

Morten Broberg

1. Baggrund

Den 1. maj 2004 var ikke blot dagen, hvor EU blev udvidet fra 15 til 25 medlemslande, og hvor den ny konkurrenceretlige procedureforordning¹ trådte i kraft. Det var også dagen, hvor den ny fusionskontrolforordning trådte i kraft.² Med den ny forordning gennemførtes en række væsentlige ændringer af EU's fusionskontrolregime. Særligt blev den materielle test ændret, jurisdiktionsreglerne blev justeret, og der blev gennemført en række vigtige processuelle ændringer.

I det følgende giver jeg et kort overblik over de væsentligste ændringer. Derpå vil jeg vurdere den ny forordning ud fra et nordisk perspektiv.

2. De væsentligste ændringer

a. Den materielle test

Ifølge den oprindelige fusionskontrolforordning³ skulle Kommissionen undersøge, om en anmeldt fusion:

¹⁾ Forordning 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EU-tidende 2003 L1/1.

²⁾ Rådets forordning nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, EU-tidende 2004 L24/1. Herefter den ny fusionskontrolforordning.

³⁾ Rådets forordning nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, EF-tidende 1989 L395 og 1990 L257, senest ændret ved Rådets forordning nr. 1310/97 af 30. juni 1997, EF-tidende 1997 L180/1. Herefter den gamle fusionskontrolforordning.

Morten Broberg

"Fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet."⁴⁾

Denne test gav anledning til flere problemer. For det første var det i længere tid noget tvivlsomt, om en fusion, der skabte eller styrkede kollektiv dominans – dvs. hvor to eller flere virksomheder tilsammen indtager en oligopolistisk stilling – var omfattet af forordningen.⁵⁾ Spørgsmålet blev forelagt EF-domstolen og Retten i Første Instans, der fastslog, at også kollektiv dominans er omfattet.⁶⁾

For det andet var EU's materielle test snævrere end særligt den tilsvarende amerikanske. Ifølge EU-testen kunne en fusion alene forbydes, hvis den skabte eller styrkede en dominerende stilling. Der var med andre ord krav om, at de(n) involverede virksomhed(er) havde eller opnåede dominans i det relevante marked. Heroverfor forbød den amerikanske test fusioner, hvis konsekvens "may be substantially to lessen competition or to tend to create a monopoly".⁷⁾ I forhandlingerne, der ledte op til vedtagelsen af den nye forordning, optog netop spørgsmålet om en udskiftning af dominanstesten med en "SLC-test" en væsentlig del af tiden. Slutresultatet blev et kompromis, hvor fokus ændredes fra at være rettet mod dominans (i den hidtidige test) til at være rettet mod de konkurrencemæssige konsekvenser af transaktionen (som i en SLC-test). Skabelsen eller styrkelsen af dominans er dog fastholdt i formuleringen i den nye bestemmelse, omend kun som et eksempel. Det hedder således nu:

"Fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet."⁸⁾

⁴⁾ Jf. den gamle fusionskontrolforordning, art. 2, stk. 3.

⁵⁾ Der skelnes ofte mellem dominans, hvor der er tale om én dominerende virksomhed ("monopol"), fællesdominans, hvor der er tale om to fællesdominerende virksomheder ("duopol") og kollektiv dominans, hvor flere end to virksomheder sammen har dominans ("oligopol"). Jeg har her valgt ikke at sondre mellem anden og tredje kategori.

⁶⁾ Se Domstolens dom i forenede sager C-68/94 og 30/95, Frankrig mod Kommissionen, Saml. 1998 I-1375 og Rettens domme i sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Saml. 1999 II-753 og sag T-342/99, Airtours mod Kommissionen, Saml. 2002 II-2585.

⁷⁾ Clayton Act citeret efter "Getting the Deal Through - Merger Control 2004", s. 289. Testen "substantial lessening of competition" omtales normalt blot som en SLC-test.

⁸⁾ Jf. de nye fusionskontrolforordning art. 2, stk. 3.

Den ny fusionskontrolforordning – forordning 139/2004

I praksis må vi nok forvente, at Kommissionen fortsat vil benytte den gammel-kendte dominanstest i hovedparten af sagerne. I det begrænsede antal sager, hvor en fusion skaber konkurrencemæssige problemer, som ikke kan relateres direkte til skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, giver den nye test imidlertid Kommissionen mulighed for at skride ind.⁹⁾

b. Jurisdiktionsreglerne

Et af de mere bemærkelsesværdige kendetegn ved fusionskontrolforordningen – både den ny og den gamle – er, at den er baseret på et såkaldt ”one-stop-shop” princip. Dette indebærer, at en fusion enten skal anmeldes til Kommissionen eller til en (eller flere) medlemsstatskonkurrence-myndigheder.¹⁰⁾ En fusion kan således ikke være anmeldelsespligtig begge steder. Der er med andre ord tale om en gensidigt eksklusiv kompetence mellem de to niveauer. Med henblik på at sikre, at denne afgrænsning skulle være så entydig som muligt, blev det besluttet, at den skulle ske ud fra ”de deltagende virksomheders” omsætning. Under de oprindelige forhandlinger om den gamle fusionskontrol-forordning tilbage i firserne var det tydeligt, at medlemsstaterne ønskede at begrænse det antal fusioner, som Kommissionen skulle have (eksklusiv) kompetence over. Medlemsstaterne valgte derfor at anlægge nogle meget høje omsætningstærskler for at sikre, at kun få fusioner ville blive anmeldelsespligtige til Kommissionen.

Tærskelværdier baseret på omsætning udgør i sagens natur en kvantitativ afgrænsning. Afgrænsningen mellem de fusioner, som det er mest hensigtsmæssigt at vurdere nationalt, og de fusioner, som det er mest hensigtsmæssigt at vurdere på fællesskabsniveau, er imidlertid i første række et spørgsmål om, hvor konkurrencevirkningerne af den pågældende fusion mærkes – på medlemsstatsniveau eller på fællesskabsniveau. Der er med andre ord tale om et spørgsmål af kvalitativ karakter. Denne inkonsistens var både medlemsstaterne og Kommissionen imidlertid ganske opmærksomme på. Med henblik på at afhjælpe det problem, som brugen af de kvantitative omsætningstærskler indebærer, indførte man derfor allerede med den oprindelige fusionskontrol-forordning i 1989 mulighed for, at fusioner, der opfylder tærskelværdierne, og derfor hører under Kommissionens kompetence, kan henvises til en eller flere

⁹⁾ Kommissionen er af den opfattelse, at ændringen af den materielle test ikke indebærer en egentlig ændring, men alene skal gøre den oprindeligt eksisterende test klarere/lettere forståelig, jf. ”New Merger Regulation frequently asked questions”, Memo 04/9, Brussels 20 January 2004. Som udgangspunkt synes det forventeligt, at den nye test – ud over dominans – vil være rettet mod såkaldt ”*tacit coordination*”, men testen er formuleret så bredt, at også andre former for konkurrencebegrænsninger vil kunne omfattes.

¹⁰⁾ Der er her tale om en vis forsimpling. For eksempel kan en fusion tænkes, hverken at omfattes af Kommissionens eller af medlemsstaternes kompetence.

Morten Broberg

medlemsstatsmyndigheder til behandling.¹¹ Ligeledes indførte man mulighed for, at en fusion, der falder under tærskelværdierne og således skal anmeldes hos de relevante medlemsstatsmyndigheder, kan henvises til behandling hos Kommissionen.¹²

Med den nye fusionskontrolforordning er disse henvisningsmuligheder blevet forbedret. Det er således nu ikke alene medlemsstaternes konkurrencemyndigheder, der kan anmode om, at en sag bliver henvist. Også parterne til en fusion kan fremdeles, inden de indgiver fusionsanmeldelsen, for det første anmode Kommissionen om at behandle fusionen, såfremt fusionen ellers er anmeldelsespligtig i mindst tre medlemsstater.¹³ Kommissionen vil dog kun have kompetence til at undersøge sagen, hvis ingen af de medlemsstater, der ellers ville have haft jurisdiktion, gør indsigelser imod henvisningen til Kommissionen.¹⁴ For det andet kan parterne efter ikrafttrædelsen af den nye fusionskontrolforordning forud for indgivelsen af en anmeldelse til Kommissionen anmode om, at sagen behandles af en national konkurrencemyndighed i stedet for af Kommissionen.¹⁵ En sådan henvisning til den nationale myndighed forudsætter, at denne myndighed ikke gør indsigelse samt at Kommissionen indvilliger deri.

Disse ændringer af henvisningsreglerne vil formentlig først og fremmest have betydning for det – ganske betragtelige – antal sager, som ikke giver anledning til egentlige konkurrenceproblemer.¹⁶ I sager af mere principiel karakter er det til gengæld mest sandsynligt, at de nationale konkurrencemyndigheder henholdsvis Kommissionen vil være tilbageholdende med at acceptere en afgivelse af kompetence.

c. Processuelle ændringer

Under den gamle fusionskontrolforordning skulle en fusion anmeldes inden for én uge fra det tidspunkt, hvor fusionen blev skabt.¹⁷ Dette var ganske

¹¹⁾ Jf. forordningens art. 9.

¹²⁾ Jf. den gamle fusionskontrolforordnings art. 22, stk. 3.

¹³⁾ Jf. den nye fusionskontrolforordnings art. 4, stk. 5, første afsnit.

¹⁴⁾ Jf. den nye fusionskontrolforordnings art. 4, stk. 5, tredje - femte afsnit.

¹⁵⁾ Jf. den nye fusionskontrolforordnings art. 4, stk. 4.

¹⁶⁾ Det samme gælder et antal yderligere mindre ændringer af henvisningsreglerne.

¹⁷⁾ Det hed således i den gamle art. 4, stk. 1, at "Fusioner af fællesskabsdimension, der er omfattet af denne forordning, skal anmeldes til Kommissionen senest en uge efter aftalens indgåelse, offentliggørelsen af overtages- eller ombytningstilbuddet eller erhvervelsen af en kontrollerende andel. Fristen løber fra den første af disse begivenhedsers indtræden."

Den ny fusionskontrolforordning – forordning 139/2004 uflexsibelt, og man har derfor ændret bestemmelsen, således at det i den ny fusionskontrolforordning nu blot hedder, at fusioner ”skal anmeldes før de gennemføres, og så snart fusionsaftalen er indgået, overtagelsestilbuddet offentliggjort eller en kontrollerende andel erhvervet”.¹⁸ Det hedder videre, at anmeldelse også kan ske på et tidligere tidspunkt, således at også en planlagt fusion kan anmeldes. Dette giver virksomhederne væsentligt større fleksibilitet, idet de nu kan anmelde inden effektueringen af fusionen.¹⁹

En anden – i praksis væsentlig – ændring er, at tidsfristerne nu beregnes i arbejdssdage i stedet for uger og måneder. I realiteten giver dette Kommissionen mere tid til at undersøge den enkelte fusion.²⁰ Hertil kommer, at undersøgelsesperioden kan forlænges, såfremt de deltagende virksomheder fremkommer med tilslagn eller hvis en medlemsstats konkurrencemyndigheder anmelder om at få sagen henvist. Fristerne kan endvidere afbrydes, som følge af forhold, der kan tilskrives en deltagende virksomhed,²¹ ligesom Kommissionen kan forlænge fristerne, hvis de anmeldende parter samtykker deri.²²

Hvor den nye konkurreceretlige procedureforordning²³ på antitrustområdet lægger op til en helt ny arbejdsdeling og et intensiveret samarbejde mellem på den ene side Kommissionen og på den anden side medlemsstaternes konkurrencemyndigheder, fastholder den nye fusionskontrolforordning i det væsentlige den hidtidige skarpe arbejdsdeling de to niveauer imellem.

3. Et nordisk perspektiv

a. EØS-aftalen

Da EØS-aftalen trådte i kraft i 1994 blev EU's indre marked i principippet udbredt til også at dække EFTA-landene, dvs. Norge, Island, Liechtenstein,

¹⁸⁾ Jf. den nye fusionskontrolforordnings art. 4, stk. 1.

¹⁹⁾ Den væsentligt løsere formulering af bestemmelsen i art. 4, stk. 1, hvor der nu blot kræves, at anmeldelse sker ”så snart” fusionen er skabt, bruges tilsyneladende også til at udskyde det tidspunkt, hvor anmeldelsen formelt fremsendes, langt ud over den tidligere gældende en-uges frist.

²⁰⁾ Dette gælder selvfølgelig særligt, hvor undersøgelsestidsrummet indbefatter større ferieperioder. For eksempel omkring jul.

²¹⁾ Jf. den nye fusionskontrolforordnings art. 10, stk. 4. Bestemmelsen er først og fremmest rettet mod den situation, hvor Kommissionen er nødt til at anmode om yderligere oplysninger.

²²⁾ Jf. den nye fusionskontrolforordnings art. 10, stk. 3, andet afsnit.

²³⁾ Forordning 1/2003, jf. note 1 ovenfor.

Morten Broberg

Sverige, Østrig, Finland og Schweiz. Svejserne stemte imidlertid nej til aftalen, og Sverige, Østrig og Finland blev siden hen EU-medlemmer. Norge og Island (samt Liechtenstein) står dog fortsat uden for EU, men er omfattet af EØS-aftalens bestemmelser.

På konkurrenceområdet indeholder EØS-aftalen en række bestemmelser om samarbejde mellem på den ene side mellem EU og EFTA-landene. På fusionsområdet ville EU imidlertid ikke acceptere et samarbejde. Tværtimod ville man have, at Kommissionen skulle have enekompetence til at vurdere fusioner, der var omfattet af den gamle fusionskontrolforordning. Denne kompetence fik Kommissionen, og dette gælder også under den nye fusionskontrolforordning. En fusion, der opfylder tærskelværdierne i fusionskontrolforordningen,²⁴ hører således under Kommissionens eksklusive kompetence. Sagt med andre ord, så indebærer dette, at ikke blot EU-medlemsstaterne, men også EFTA-staterne Norge og Islands konkurrencemyndigheder er afskåret fra at undersøge fusionen efter deres respektive nationale fusionskontrolregler. Til gengæld skal Kommissionen (også) undersøge fusionens virkninger i disse stater og inddrage disse i vurderingen af, om fusionen kan tillades.

Ændringerne af fusionskontrolforordningen – herunder ændringen af den materielle test omtalt ovenfor under pkt. 2(a) - slår således også igennem i forhold til de to nordiske stater, som ikke er medlem af EU. Tilsvarende gælder, at den nye fusionskontrolforordnings regler om henvisning mellem medlemsstaterne og Kommissionen principielt er udstrakt til også at gælde Norge og Island (samt Liechtenstein).²⁵

b. Diskrimination af små markeder

Professor Ulf Bernitz og Irina Gutu har påpeget, at fusionskontrolforordningen er en større hindring for virksomheder i mindre EU-medlemsstater og EØS-stater som de nordiske end for tilsvarende virksomheder i større medlemsstater.²⁶ Årsagen er, at mange markeder i EU fortsat i høj grad er nationale. Der

²⁴⁾ Tærskelværdierne er uændret blevet videreført i den nye fusionskontrolforordning.

²⁵⁾ Se hertil Decision of the EEA Joint Committee No 78/2004 of 8 June 2004 amending Annex XIV (Competition), Protocol 21 (On the implementation of competition rules applicable to undertakings), Protocol 22 (Concerning the definition of 'undertaking' and 'turnover' (Article 56)) and Protocol 24 (On cooperation in the field of control of concentrations) to the EEA Agreement såvel som Decision of the EEA Joint Committee No 79/2004 of 8 June 2004 amending Annex XIV (Competition), Protocol 21 (On the implementation of competition rules applicable to undertakings) and Protocol 24 (On cooperation in the field of control of concentrations) to the EEA Agreement.

²⁶⁾ Se deres meget interessante artikel "The Effect of EU Merger Policy on Large Multinationals Based in Sweden and Other Smaller EU Member States: Is the Policy Discriminatory?", European Competition Law Review 2003 pp. 19-29.

Den ny fusionskontrolforordning – forordning 139/2004
skal følgelig mindre til for at være dominerende i en lille medlemsstat end i en stor medlemsstat, hvilket betyder, at det er lettere at fusionere sig stor i en stor medlemsstat uden at komme i karambolage med fusionskontrolforordningens forbud. Eksempelvis blev lastbilproducenten Volvo forhindret i at overtage lastbilproducenten Scania.²⁷⁾ Tilsammen ville de to virksomheder have ca. 30% af det fulde EØS-marked, men i de nordiske lande ville markedsandelen blive omkring 2/3. Og i Sverige ville Volvo og Scania sidde på 90% af markedet. Kommissionen forbød derfor fusionen.

Pointen er, at hvis Volvo og Scania havde været placeret i Tyskland eller Frankrig, ville de med samme produkter og samme omsætning have haft en væsentligt svagere markedsposition. De ville derfor lettere kunne have fået tilsladelse til fusionen, hvis de havde været placeret i en af disse store medlemsstater.²⁸⁾

Bernitz og Gutu anfører fuldstændig rigtigt, at problemet grundlæggende skyldes, at det indre marked kun delvis er blevet virkelig gjort. Hvis vi havde et virkeligt indre marked, ville der principielt ikke være tale om nationale marker, men om ét stort fællesmarked. Konsekvensen ville være, at en svensk virksomhed opererede i det samme marked som en tysk – nemlig i EU-markedet.

Har ændringerne af fusionskontrolforordningen da betydet en afhjælpning af det problem, som Bernitz og Gutu har identificeret? Svaret er formentlig nej.

Udskiftningen af den oprindelige dominanstest med den nye test, hvor det er tilstrækkeligt, at fusionen ”hæmmer den effektive konkurrence betydeligt”, indebærer, at virksomheder, der ikke opnår dominans, nu også vil kunne blive omfattet af forbudet. Hvis to virksomheder i Tyskland derfor fusionerer uden derved at opnå dominans, vil Kommissionen følgelig alligevel have kompetence til at forbyde fusionen, forudsat at fusionen hæmmer den effektive konkurrence betydeligt.

For en umiddelbar betragtning kan det således se ud som om, at sænkningen af kravene i den materielle test i højere grad har ligestillet virksomheder i små og i store medlemsstater. Men herved overser man, at den nye test ikke kun indebærer, at ikke-dominerende virksomheder i store medlemsstater lettere kan forbydes. Det samme er naturligvis tilfældet i små stater som de nordiske. Med

²⁷⁾ Volvo/Scania, (sag COMP/M1672).

²⁸⁾ I deres artikel peger Bernitz og Gutu yderligere på sagerne SCA/Metsä Tissue (sag IV/M2097), sag Enso/Stora (sag IV/M1225) og Föreningssparbanken/SEB (IV/M2380).

Morten Broberg

den nye test vil en fusion mellem to svenske virksomheder derfor kunne forbydes, selv om fusionen ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, hvis blot den hæmmer den effektive konkurrence betydeligt.

På et andet punkt kan det imidlertid tænkes, at den nye fusionskontrolforordning vil vise sig at få en praktisk betydning. De forbedrede muligheder for at henvise en sag til enten de nationale konkurrencemyndigheder eller Kommissionen kan tænkes med tiden at få øget praktisk betydning. I hvilket omfang det også vil få praktisk betydning for resultatet af den afgørelse, som træffes i den konkrete sag, er det imidlertid stort set umuligt at spå om.²⁹

c. Disharmoni mellem de nationale nordiske systemer og fusionskontrolforordningen?

Alle de nordiske fusionskontrolsystemer er i forskellig grad modelleret over fusionskontrolforordningen. Der er således tale om en slags frivillig harmonisering af de nationale fusionskontrolsystemer med EU's fusionskontrolsystem. Ændringerne af forordningen indebærer, at graden af harmonisering mindskes. Dette har størst betydning på det processuelle område – særligt i relation til anmeldelsestidspunkt og beregning af sagsbehandlingstid. På det materielle område er betydningen mindre, idet alle de nordiske lande bortset fra Island enten allerede har – eller er ved at indføre – en test, hvor der ikke kræves dominans for at kunne forbyde en fusion.

Undtagelsesvis kan forskellene mellem de nationale fusionskontrolsystemer og fusionskontrolforordningen formentlig tænkes at have væsentlig betydning for virksomhederne og deres rådgivere. I de fleste tilfælde vil forskellene dog givetvis fremstå som mindre betydningsfulde. Grundlæggende er der således god harmoni mellem de nationale nordiske fusionskontrolsystemer og EU's fusionskontrolforordning.³⁰

²⁹⁾ Hvis en virksomhed anmoder om at få en sag henvist til en national konkurrencemyndighed eller til Kommissionen, er det naturligvis fordi virksomheden mener, at der er en fordel ved en sådan henvisning. Eksempelvis fordi fusionen vil blive behandlet mere lempeligt hos "den anden konkurrencemyndighed". I praksis er det imidlertid umuligt efterfølgende at fastslå, om der har været tale om en mere lempelig behandling. Eksempelvis i form af en tilladelse i stedet for et forbud eller i form af en tilladelse med mindre byrdefulde betingelser tilknyttet, end hvad der ellers ville have været tale om.

³⁰⁾ Det er nærliggende at antage, at de nationale nordiske fusionskontrolsystemer indenfor overskuelig fremtid vil overtage de væsentligste af de ændringer, som er blevet indført i den nye fusionskontrolforordning.

4. Afrunding

Som det fremgår af det foregående, er der med den nye fusionskontrolforordning indført i praksis væsentlige ændringer. Som følge af den entydige adskillelse mellem de nationale konkurrencemyndigheders henholdsvis Kommissionens kompetence, og som følge af det forhold, at de nationale nordiske fusionskontrolordninger i meget høj grad er baseret på EU's fusionskontrolforordning, giver disse ændringer ikke anledning til problemer i større omfang.

GRUPPEFRITAGELSEN FOR TEKNOLOGIOVERFØRSELSAFTALER - OVERBLIK OG ANVENDELSE I PRAKSIS¹

Christian Karhula Lauridsen, Mikkel Vittrup og Jacob Borum

1. Introduktion

1.1 Ny regulering af licensaftaler

Den 7. april 2004 vedtog Europa-Kommissionen ("Kommissionen") den længe ventede nye gruppefritagelse for teknologioverførselsaftaler² ("Gruppefritagelsen"), som trådte i kraft i forbindelse med udvidelsen af EU den 1. maj 2004. Gruppefritagelsen indgår som en del af moderniseringen af EU-traktatens artikel 81³. Gruppefritagelsen med de tilhørende Retningslinjer for anvendelse af EU-traktatens artikel 81 på teknologioverførselsaftaler⁴ ("Retningslinjerne") erstatter den tidligere forordning nr. 240/96 og indebærer en omfattende ændring af reguleringen af licens- og visse overdragelsesaftaler (samlet betegnet som "licensaftaler").

¹⁾ Artiklen er baseret på det foredrag, som Christian Karhula Lauridsen holdt på Konference om den nye EU-konkurrenceret i nordisk perspektiv. Konferencen var med støtte fra Nordisk Ministerråd arrangeret af Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København og blev afholdt i Køge den 23. og 24. november 2004.

²⁾ Kommissionens forordning (EF) nr. 772/2004 af 27. april 2004 om anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler, EFT 2004 L 213/11.

³⁾ Se blandt andet den såkaldte moderniseringforordning, Rådets forordning (EF) 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EFT 2003 L 1/1.

⁴⁾ Offentliggjort i EFT 2004 C 101/2.

Christian Karhula Lauridsen, Mikkel Vittrup og Jacob Borum

Denne artikel søger - efter en kort redegørelse for retstilstanden i Danmark og de væsentligste ændringer forbundet med Gruppefritagelsen (punkt 1.2 og 1.3) - at skabe et overblik over strukturen i Gruppefritagelsen (punkt 2). Artiklen fokuserer herefter på en række konkrete fordele ved Gruppefritagelsen og de tilhørende Retningslinjer (punkt 3), mens enkelte ulemper ved Gruppefritagelsen derefter behandles (punkt 4). På denne baggrund opstiller artiklen 3 analysemodeller til brug for en praktisk anvendelse af reglerne (punkt 5). Afslutningsvis indeholder artiklen enkelte bemærkninger om Gruppefritagelsen i et nordisk perspektiv (punkt 6).

1.2 Den danske retstilstand

I dansk konkurrenceret er Gruppefritagelsen implementeret som en del af regelsættet i tilknytning til det danske forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler i den danske konkurrencelovs § 6⁵. Dette betyder, at Gruppefritagelsens principper også finder anvendelse på licensaftaler, som har virkning i Danmark, men som til gengæld ikke påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

Det danske anmeldelsessystem blev ikke ændret samtidig med ophævelsen af anmeldelsessystemet i EU den 1. maj 2004. En licensaftale, som opfyldte betingelserne for opnåelse af en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8⁶, men som ikke var omfattet af den danske version af Gruppefritagelsen, skulle således fortsat anmeldes til Konkurrencerådet. På grund af den manglende fokus på et eventuelt behov for anmeldelse betød dette, at den analoge anvendelse af Retningslinjerne i dansk konkurrenceret var stærkt begrænset. Med den nu ændrede danske konkurrencelov, som trådte i kraft den 1. februar 2005⁷, er denne uhensigtsmæssige retstilstand heldigvis ændret, idet aftaler ikke længere skal anmeldes, før § 8 kan påberåbes. Til forskel fra det EU-retlige system har parterne dog efter nærmere bestemte regler fortsat mulighed for at anmeldе licensaftalerne. Da denne mulighed dog næppe forventes at blive brugt i større omfang, har "self assessment" fået en væsentlig rolle i den nødvendige "risk management", som parterne til en licensaftale altid må foretage.

⁵⁾ Bekendtgørelse nr. 622 af 16. juni 2004 om gruppefritagelse for kategorier af teknologioverførselsaftaler.

⁶⁾ Svarer i vidt omfang til EU-traktatens artikel 81, stk. 3.

⁷⁾ Lov nr. 1461 af 22. december 2004 om ændring af konkurrenceloven.

Gruppfritagelsen for teknologioverførselsaftaler – overblik og anvendelse i praksis

1.3 De væsentligste ændringer

Det er Kommissionens hensigt, at Gruppfritagelsen både skal sikre en effektiv konkurrence og give virksomhederne tilstrækkelig retssikkerhed, hvilket blandt andet skal ske ved en forenkling af reglerne på området. Strukturen i den nye gruppfritagelse er ændret således, at den nu følger strukturen i gruppfritagelsen for vertikale aftaler⁸⁾. Det betyder, at den tidligere "hvide liste" over lovlige bestemmelser, som i samspil med den øvrige opbygning af den gamle gruppfritagelse af mange blev anset for en "spændetroje" for virksomhederne⁹⁾, er udgået af Gruppfritagelsen, der således nu kun indeholder en "sort liste" over kvalificerede konkurrencebegrænsninger (de såkaldte hardcore begrænsninger, jf. artikel 4) og en liste over konkurrencebegrænsninger, der falder uden for gruppfritagelsen (de ikke-fritagne begrænsninger, jf. artikel 5). Samtidig er der indført markedsandelstærskler for, hvornår virksomhederne kan nyde godt af Gruppfritagelsens "sikre havn" (eller "safe harbour"). For licensaftaler mellem konkurrenter må aftaleparternes samlede markedsandele på de relevante produkt- og teknologimarkeder ikke overskride 20 %. For licensaftaler mellem ikke-konkurrenter må ingen af aftaleparterne have en markedsandel på de samme markeder, der overskridt 30 %.

Overordnet set udgør Gruppfritagelsen og de tilhørende Retningslinjer et flot og yderst anerkendelsesværdigt tiltag på et komplekst retsområde. Imidlertid kan der muligvis stilles spørgsmålstege ved, om Gruppfritagelsen reelt medfører en sådan forenkling af reglerne på området, at virksomhederne opnår større retssikkerhed i forbindelse med indgåelsen af licensaftaler¹⁰⁾. Herudover kan det naturligvis altid diskuteres, om Gruppfritagelsen i tilstrækkelig grad tager hensyn til de immaterielle rettigheders funktion, således at Gruppfritagelsen blandt andet medvirker til at sikre, at de europæiske virksomheder også på længere sigt har den nødvendige tilskyndelse til at satse på forskning og udvikling og anser det for

⁸⁾ Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, EFT 1999 L 336/21.

⁹⁾ Det er imidlertid diskutabelt, om dette synspunkt er bæredygtigt, især hvis den gamle gruppfritagelse var blevet opretholdt i forbindelse med moderniseringspakken.

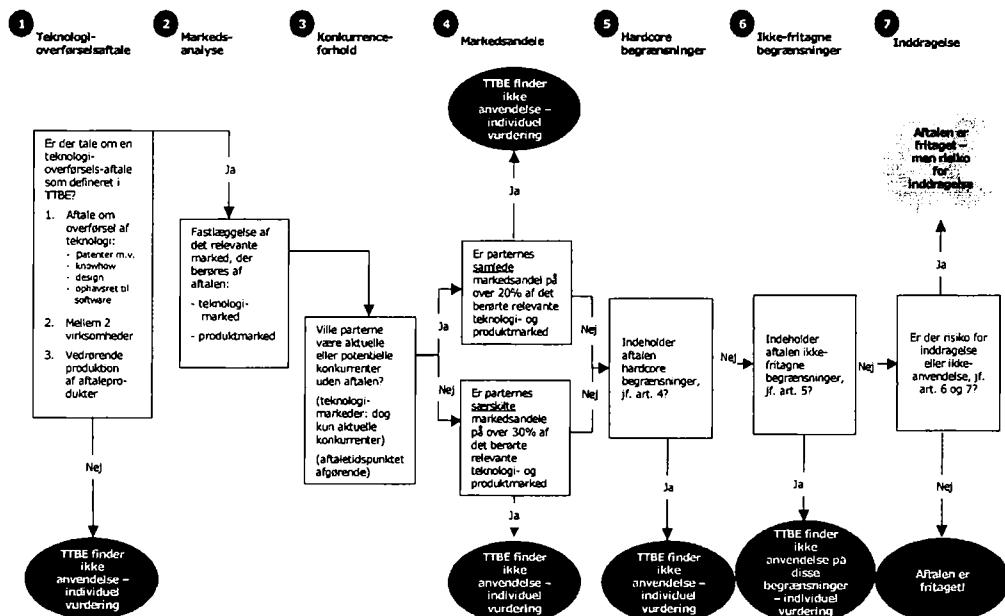
¹⁰⁾ Som en enkelt blandt de relevante overvejelser i denne forbindelse, kunne det diskuteres, om ikke det havde været hensigtsmæssigt blot at nøjes med Retningslinjerne – i hvert fald så længe der måtte være en tendens til at slutte modsætningsvis fra Gruppfritagelsen, uanset Gruppfritagelsen og Retningslinjers klare advarsel herimod.

Christian Karhula Lauridsen, Mikkel Vittrup og Jacob Borum
 hensigtsmæssigt at sprede deres teknologi gennem indgåelsen af licensaftaler¹¹.

2. Struktur for anvendelse af Gruppefritagelsen – de syv trin

Gruppefritagelsen kan inddeltes i syv punkter, der alle har betydning for spørgsmålet, om en licensaftale er omfattet af Gruppefritagelsen. Dette kan skematisk illustreres som vist på figur 1 med en opdeling af den konkurrenceretlige analyse af en licensaftale i syv trin. For at afgøre om en licensaftale falder inden for Gruppefritagelsens "sikre havn", kan man således følge disse syv trin.

Figur 1



2.1 Teknologioverførselsaftale

¹¹⁾ Se f.eks. Robert C. Lind and Paul Muyser: The European Commission's Draft Technology Block Exemption and Guidelines: A Departure from Accepted Policy Principles, [2004] E.C.L.R. 181.

Gruppfritagelsen for teknologioverførselsaftaler – overblik og anvendelse i praksis

Gruppfritagelsen finder anvendelse på teknologioverførselsaftaler indgået mellem to virksomheder med henblik på produktion af aftaleprodukter. Gruppfritagelsens anvendelsesområde er udvidet i forhold til den tidlige gældende gruppfritagelse, idet begrebet *teknologi* nu tillige omfatter software- og designrettigheder¹². Derudover omfatter Gruppfritagelsen fortsat patenter og patentansøgninger, brugsmøller og ansøgninger om brugsmøller, forædlerrettigheder, halvlederprodukters topografi, supplerende beskyttelsescertifikater for lægemidler eller andre produkter, for hvilke der kan udstedes supplerende beskyttelsescertifikater, samt know-how¹³. Desuden har Kommissionen meddelt, at den som hovedregel vil tage udgangspunkt i principperne i Gruppfritagelsen i relation til aftaler om overførsel af ophavsrettigheder, der indgås med henblik på reproduction og distribution af det ved ophavsretten beskyttede værk¹⁴.

Gruppfritagelsen finder kun anvendelse på aftaler *indgået mellem to virksomheder*¹⁵. Aftaler indgået mellem flere virksomheder falder således uden for Gruppfritagelsen. Kommissionen har dog meddelt, at den vil anvende principperne i Gruppfritagelsen, hvis en sådan aftale i øvrigt er af samme art som dem, der er omfattet¹⁶.

Endelig skal aftalen vedrøre *produktion af aftaleprodukter*, det vil sige produkter (varer eller tjenesteydelser), der inkorporerer eller produceres ved hjælp af den overførte teknologi¹⁷. Aftalen skal med andre ord give licenstageren ret til at udnytte den overførte teknologi til produktion af varer eller tjenesteydelser. Gruppfritagelsen finder også anvendelse på

¹²⁾ Jf. artikel 1, stk. 1, litra b) og h).

¹³⁾ For at en aftale om overførsel af knowhow kan falde ind under gruppfritagelsen, er det en betingelse, at den overførte knowhow er *hemmelig, væsentlig og identificeret*, jf. artikel 1, stk. 1, litra i). Med hensyn til betingelsen om identifikation af den overførte knowhow, vil det i tilfælde, hvor den overførte knowhow består i praktisk viden, som licensgiverens ansatte er i besiddelse af, som noget nyt være tilstrækkeligt i aftalen at beskrive den pågældende knowhows generelle karakter og oplyse navnene på de ansatte, der vil blive eller har været involveret i videregivelsen af den pågældende knowhow til licenstageren, jf. Retningslinjerne punkt 47.

¹⁴⁾ Retningslinjerne punkt 51-53. Derimod vil Gruppfritagelsen og Retningslinjerne ikke kunne anvendes analogt på licensaftaler om fremførelsesrettigheder og andre rettigheder forbundet med ophavsret samt varemærkelicensaftaler.

¹⁵⁾ Denne begrænsning skyldes, at Kommissionen har ikke bemyndigelse under forordning nr. 19/65 til at gruppfritage aftaler mellem flere end to parter.

¹⁶⁾ Retningslinjerne punkt 40.

¹⁷⁾ Artikel 1, stk. 1, litra e) og f).

Christian Karhula Lauridsen, Mikkel Vittrup og Jacob Borum

aftaler, hvor licenstageren har ret til at meddele tredjemand underlicens på den overførte teknologi, dog forudsat at produktionen af aftaleprodukter udgør aftalens hovedformål¹⁸. Gruppfritagelsen dækker endvidere underleveranceaftaler, hvor licensgiveren overfører teknologi til licenstageren, der forpligter sig til at producere bestemte produkter til licensgiveren på basis af den overførte teknologi, dog forudsat at den overførte teknologi og ikke eventuelt leveret udstyr til brug for licenstagerens produktionen udgør aftalens hovedgenstand¹⁹.

Som en nyskabelse i forhold til den tidligere gruppfritagelse finder Gruppfritagelsen desuden anvendelse på aftaler, der indebærer, at licenstageren skal gennemføre supplerende forskning og udvikling for at kunne frembringe et produkt eller en proces, der kan udnyttes kommercielt, forudsat at der er blevet identificeret et aftaleprodukt. I modsætning hertil dækker Gruppfritagelsen ikke aftaler, der indgås med henblik på udlægning af forskning og udvikling til en underleverandør²⁰. Gruppfritagelsen dækker heller ikke den situation, hvor parterne til en forsknings- og udviklingsaftale meddeler licens til hinanden eller til en fælles enhed som led i aftalen²¹. Sådanne licensaftaler skal vurderes i henhold til gruppfritagelsen for forsknings- og udviklingsaftaler²².

Endelig er det vigtigt at være opmærksom på, at visse overdragelsesaftaler også er omfattet af Gruppfritagelsen. Dette vil navnlig være tilfældet,

¹⁸⁾ Retningslinjerne punkt 42. En aftale, hvis hovedformål består i meddelelse af underlicens, falder ikke ind under Gruppfritagelsen, men Kommissionen har anført sted meddelt, at den vil anvende principperne i Gruppfritagelsen og Retningslinjerne analogt på sådanne "hovedlicensaftaler".

¹⁹⁾ Retningslinjerne punkt 43. Underleveranceaftaler er samtidig omfattet af Kommissionens meddelelse af 18. december 1978 om bedømmelse af underleveranceaftaler i forhold til traktatens artikel 81, stk. 1, EFT 1979 C 1/2, der fortsat er gældende. Det fremgår af denne meddelelse, at underleveranceaftaler, hvorved underleverandøren forpligter sig til at producere bestemte produkter udelukkende for ordregiveren, almindeligvis falder uden for forbuddet i traktatens artikel 81, stk. 1.

²⁰⁾ Præambiens syvende betragtning og Retningslinjerne punkt 45. En sådan underleveranceaftale vedrørende forskning og udvikling kan derimod være omfattet af gruppfritagelsen for forsknings- og udviklingsaftaler.

²¹⁾ Retningslinjerne punkt 60.

²²⁾ Kommissionens forordning (EF) nr. 2659/2000 af 29. november 2000 om anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler, EFT 1999 L 304/7. Da en udenforstående tredjemand ikke er part i forsknings- og udviklingsaftalen, kan en licensaftale, hvorefter parterne til forsknings- og udviklingsaftalen meddeler licens til tredjemand, være fritaget i henhold til Gruppfritagelsen.

Gruppfritagelsen for teknologioverførselsaftaler – overblik og anvendelse i praksis

hvor den pris, der skal betales for den overførte teknologi, afhænger af den erhvervende parts omsætning fra eller mængden af de produkter, der produceres ved hjælp af den overførte teknologi²³.

2.2 Fastlæggelse af det relevante marked

Når man har konstateret, om licensaftalen udgør en licensaftale som defineret i Gruppfritagelsen, må man herefter afgøre, om parternes markedsandele ligger inden for de i Gruppfritagelsen fastsatte markedsandelstærskler. For at kunne afgøre dette spørgsmål er det for det første nødvendigt at definere det eller de relevante markeder, som berøres af aftalen. Gruppfritagelsen sondrer i den forbindelse mellem det relevante teknologimarked og det relevante produktmarked. Parternes markedsandele skal opfylde markedsandelstærsklerne på begge markeder.

Det relevante *teknologimarked* omfatter den overførte teknologi og alternativerne hertil, det vil sige andre teknologier, der af licenstagere anses for substituerbare med den overførte teknologi på grund af deres egenskaber, royalties og anvendelsesformål²⁴. Det er vigtigt at være opmærksom på, at der i relation til beregningen af parternes markedsandele på teknologimarkedet anvendes en særlig fremgangsmåde i Gruppfritagelsen, jf. nedenfor.

Det relevante *produktmarked* omfatter alle de produkter, der af købere anses for substituerbare med de aftaleprodukter, der inkorporerer den overførte teknologi som følge af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål²⁵.

2.3 Konkurrenceforholdet mellem parterne

For at kunne afgøre om parternes markedsandele ligger inden for de i Gruppfritagelsen fastsatte markedsandelstærskler, er det for det andet nødvendigt at afklare, om aftaleparterne er konkurrenter eller ikke-konkurrenter på et eller flere af de relevante markeder.

²³⁾ Artikel 1, stk. 1, litra b). Dette vil især være tilfældet, hvor den pris, der skal betales for den overdragede teknologi, beror på den erhvervende parts omsætning fra de produkter, der produceres ved hjælp af den overførte teknologi, mængden af producerede produkter eller antallet af operationer gennemført ved hjælp af pågældende teknologi.

²⁴⁾ Retningslinjerne punkt 22.

²⁵⁾ Retningslinjerne punkt 21.

Christian Karhula Lauridsen, Mikkel Vittrup og Jacob Borum

I relation til Gruppfritagelsen anses parterne for at være konkurrenter, hvis de enten er faktiske og potentielle konkurrenter på produktmarkedet, eller hvis de er faktiske konkurrenter på teknologimarkedet²⁶. Derimod anses parterne ikke i relation til Gruppfritagelsen for at være konkurrenter, hvis de kun er potentielle konkurrenter på teknologimarkedet. Det er desuden værd at bemærke, at Gruppfritagelsen indeholder en forholdsvis snæver definition på aktuelle konkurrenter på teknologimarkedet, idet parterne kun anses for at være aktuelle konkurrenter på dette marked, hvis de meddeler licens på konkurrerende teknologier.

2.4 Parternes markedsandele

På baggrund af afgrænsningen af det relevante marked og aftaleparternes status som enten konkurrenter eller ikke-konkurrenter er det herefter muligt at afgøre, om parternes markedsandele ligger inden for de i Gruppfritagelsen fastsatte markedsandelstærskler.

For licensaftaler mellem *konkurrenter* finder Gruppfritagelsen kun anvendelse, hvis aftaleparternes *samlede* markedsandel ikke overskridt 20 %, jf. artikel 3, stk. 1.

For licensaftaler mellem *ikke-konkurrenter* finder Gruppfritagelsen kun anvendelse, hvis *ingen* af aftaleparterne har en markedsandel, der overskridt 30 %, jf. artikel 3, stk. 2.

Med hensyn til beregningen af parternes markedsandele på teknologimarkedet følger det af Gruppfritagelsens artikel 3, stk. 3, at disse markedsandele skal beregnes ud fra den overførte teknologis udbredelse på de(t) relevante produktmarked(er). En licensgivers markedsandel på det relevante teknologimarked er således lig med den sammenlagte andel på det relevante produktmarked, der indtages af aftaleprodukter produceret af licensgiveren og dennes licenstagere.

Beregningen af markedsandele tager udgangspunkt i omsætningen på markedet i det forudgående kalenderår²⁷. Dette medfører eksempelvis, at nye teknologier, der endnu ikke har genereret noget salg, har en markedsandel i det første år på nul.

²⁶⁾ Artikel 1, stk. 1, litra j).

²⁷⁾ Artikel 9.

Gruppfritagelsen for teknologioverførselsaftaler – overblik og anvendelse i praksis

2.5 Hardcore begrænsninger

Hvis partens markedsandele ligger inden for de i Gruppfritagelsen fastsatte markedsandelstærskler, skal man herefter tage stilling til, om aftalen indeholder nogen hardcore begrænsninger som angivet i artikel 4. Hvis det er tilfældet, falder *hele* aftalen uden for Gruppfritagelsens anvendelsesområde med det resultat, at hele aftalen skal vurderes individuelt²⁸.

Den i Gruppfritagelsen indeholdte liste over hardcore begrænsninger varierer alt afhængig af, om parterne er konkurrenter eller ikke-konkurrenter. Generelt udgør licensaftaler mellem konkurrenter en større risiko for konkurrencen end aftaler mellem ikke-konkurrenter, og listen over hardcore begrænsninger er derfor mere omfattende for aftaler mellem konkurrenter i forhold til listen i relation til aftaler mellem ikke-konkurrenter.

Derudover sondres der i relation til aftaler mellem konkurrenter mellem gensidige aftaler og ikke-gensidige aftaler. Gensidige aftaler er krydslicensaftaler, hvor de overførte teknologier udgør konkurrerende teknologier eller kan benyttes til produktion af konkurrerende produkter²⁹. Ikke-gensidige aftaler er aftaler, hvor kun en af parterne overfører sin teknologi til den anden part, eller – i tilfælde af krydslicensering – hvor de overførte teknologier ikke udgør konkurrerende teknologier og ikke kan benyttes til produktion af konkurrerende produkter³⁰. Listen over hardcore begrænsninger er mere omfattende for gensidige aftaler end for ikke-gensidige aftaler.

Det er vigtigt at være opmærksom på bestemmelsen i Gruppfritagelsens artikel 4, stk. 3. Ifølge denne bestemmelse finder listen over hardcore begrænsninger mellem ikke-konkurrenter anvendelse i hele aftalens løbetid, såfremt aftaleparterne ikke var konkurrenter på tidspunktet for aftaleindgåelsen – uanset at parterne efter aftalens indgåelse måtte blive konkurrenter. Dette gælder dog ikke, hvis aftalen efterfølgende ændres i nogen materiel henseende. Det følger heraf, at en licensaftale mellem ikke-kon-

²⁸⁾ Dette følger af artikel 4, stk. 1 og 2, jf. også Retningslinjerne punkt 75. Før moderniseringsforordningen kunne dette have store konsekvenser for øvrige dele af aftalen. Det er imidlertid diskabelt, om denne konsekvens har nogen større betydning i dag. EU-traktatens artikel 81, stk. 3, kan således nu ikke desto mindre påberåbes (i det omfang betingelserne i øvrigt er opfyldt), uanset at Gruppfritagelsen ikke finder anvendelse.

²⁹⁾ Artikel 1, stk. 1, litra c).

³⁰⁾ Artikel 1, stk. 1, litra d).

Christian Karhula Lauridsen, Mikkel Vittrup og Jacob Borum

kurrenter, der indeholder en bestemmelse, som udgør en hardcore begrænsning i relation til aftaler mellem konkurrenter (men ikke i relation til aftaler mellem ikke-konkurrenter), fortsat vil kunne nyde godt af Gruppfritagelsen, selv om parterne under aftalens løbetid bliver konkurrenter.

2.6 Ikke-fritagne begrænsninger

Gruppfritagelsen indeholder derudover i artikel 5 en liste over ikke-fritagne begrænsninger. Såfremt licensaftalen indeholder en eller flere ikke-fritagne begrænsninger, falder disse uden for Gruppfritagelsen og skal vurderes individuelt. Dette forhindrer dog ikke resten af licensaftalen fra at være omfattet af Gruppfritagelsen³¹.

Gruppfritagelsen finder ikke anvendelse på følgende tre typer af begrænsninger indeholdt i licensaftaler:

2.6.1 Grant-back-klausul

En forpligtelse for licenstageren til at overdrage (helt eller delvist) eller meddele eksklusivlicens til licensgiveren eller en af denne udpeget tredjepart til licenstagerens egne selvstændige forbedringer (det vil sige forbedringer, der kan udnyttes uden at krænke den overførte teknologi) eller på nye anvendelser af den overførte teknologi udviklet af licenstageren, jf. artikel 5, stk. 1, litra a) og b).

2.6.2 No-challenge-klausul

En forpligtelse for licenstageren til ikke at anfægte gyldigheden af licensgiverens intellektuelle ejendomsrettigheder inden for fællesmarkedet. Derimod falder en bestemmelse om, at licensgiveren kan opsigte licensaftalen, hvis licenstageren anfægter gyldigheden af den overførte teknologi, inden for Gruppfritagelsen, jf. artikel 5, stk. 1, litra c).

2.6.3 Konkurrenceklausul

En forpligtelse i en aftale mellem ikke-konkurrenter, der begrænser licenstagerens muligheder for at udnytte sin egen teknologi eller til at begrænse en af aftaleparternes adgang til at udføre forskning og udvikling, medmindre sidstnævnte begrænsning er nødvendig for at forhindre, at tredjemand får kendskab til den overførte knowhow, jf. artikel 5, stk. 2. En

³¹⁾ Dette følger af artikel 5, jf. også Retningslinjerne punkt 107.

*Gruppfritagelsen for teknologioverførselsaftaler –
overblik og anvendelse i praksis*

sådan klausul udgør en hardcore begrænsning i licensaftaler mellem konkurrenter.

2.7 Inddragelse af Gruppfritagelsen

Endelig må det afklares, om der er en risiko for, at Kommissionen (eller Økonomi- og Erhvervsministeren) – til trods for at licensaftalen opfylder alle de øvrige betingelser i Gruppfritagelsen – vil tilbagekalde Gruppfritagelsen i relation til den individuelle aftale, jf. artikel 6, eller om licensaftalen måtte være i strid med en af Kommissionen udstedt forordning om, at Gruppfritagelsen ikke finder anvendelse på licensaftaler, som indeholder bestemte begrænsninger vedrørende det pågældende marked, jf. artikel 7.

3. Fordeler ved Gruppfritagelsen og Retningslinjerne

Retningslinjerne og Gruppfritagelsen indeholder ved en sammenligning hver især fordele, hvoraf nogle enkelte skal fremhæves.

3.1 Gruppfritagelsen

Gruppfritagelsen indeholder især følgende tre fordele.

3.1.1 Efterfølgende overskridelse af markedsandelstærsklerne

For det første er Gruppfritagelsens regler i tilfælde af efterfølgende overskridelse af markedsandelstærsklerne forholdsvis fordelagtige. Hvis partenes markedsandele på aftaletidspunktet er under de krævede 20 % henholdsvis 30 %, men efterfølgende overskrides, gælder Gruppfritagelsen fortsat i to på hinanden følgende kalenderår efter det år, hvor 20 %-grænsen eller 30 %-grænsen første gang blev overskredet, jf. artikel 8, stk. 2. Da markedsandelene desuden beregnes på grundlag af oplysninger fra det forudgående år, jf. artikel 8, stk. 1, 3. afsnit, medfører dette, at helt nye teknologier altid vil opnå tre års fritagelse.

3.1.2 Fastlåsning af konkurrenceforholdet mellem parterne

For det andet finder Gruppfritagelsen som nævnt fortsat anvendelse på en aftale mellem parter, som på aftaletidspunktet var ikke-konkurrenter, selv om parterne efterfølgende bliver konkurrenter til hinanden, og aftalen

Christian Karhula Lauridsen, Mikkel Vittrup og Jacob Borum
indeholder bestemmelser, som udgør hardcore begrænsninger i relation til
aftaler mellem konkurrenter, jf. artikel 4, stk. 3.

3.1.3 Snæver definition af potentielle konkurrenter

For det tredje anses *potentielle* konkurrenter på teknologimarkedet ikke som konkurrenter på teknologimarkedet³², når Gruppfritagelsen finder anvendelse. Ved anvendelsen af Retningslinjerne uden for Gruppfritagelsen er dette derimod ikke tilfældet. Her betragtes potentielle konkurrenter også som konkurrenter til hinanden med den hårdere konkurrenceretlige vurdering til følge.

3.2 Retningslinjerne

Retningslinjerne indeholder især to fordele, som skal fremhæves.

3.2.1 Ingen formodningsregel

For det første er det nu udtrykkeligt fastslået, at selv om en licensaftale falder uden for Gruppfritagelsens anvendelsesområde, så gælder der ikke nogen formodning for, at aftalen er omfattet af EU-traktatens artikel 81, stk. 1, endige at aftalen ikke opfylder betingelserne i artikel 81, stk. 3, forudsat aftalen ikke indeholder nogen af de i Gruppfritagelsen indeholdte hardcore begrænsninger³³. Dette gælder især, hvis licensaftalen falder uden for Gruppfritagelsens anvendelsesområde alene af den grund, at parterne overskridt markedsandelstærsklerne. Man skal således være varsom med at tillægge markedsandele for stor betydning ved den konkurrenceretlige vurdering af licensaftaler. Derimod er det nødvendigt at foretage en individuel vurdering af licensaftaler i denne situation. Det skal således først vurderes, om aftalen i det hele taget er konkurrencebegrænsende og derfor i strid med EU-traktatens artikel 81, stk. 1 (konkurrencelovens § 6). Hvis det er tilfældet, må det vurderes, om aftalen opfylder betingelserne for opnåelse af fritagelse efter EU-traktatens artikel 81, stk. 3 (konkurrencelovens § 8).

3.2.2 Second safe harbour

For det andet har Kommissionen meddelt, at hvis en licensaftale ikke indeholder hardcore begrænsninger, er det usandsynligt, at EU-traktatens

³²⁾ Dette følger modsætningsvis af artikel 1, stk. 1, litra j), punkt (i).

³³⁾ Præambles tolvte betragtning og Retningslinjerne punkt 37 og 130.

*Gruppfritagelsen for teknologioverførselsaftaler –
overblik og anvendelse i praksis*

artikel 81 vil være overtrådt, når der findes fire eller flere selvstændigt kontrollerede teknologier (foruden de teknologier, der kontrolleres af aftaleparterne), der kan substituere den overførte teknologi til en sammenlignelig pris for brugeren³⁴. Aftaleparterne kan derfor som den helt klare hovedregel gå ud fra, at en licensaftale ikke er i strid med EU-traktatens artikel 81, hvis der er fire konkurrerende teknologier på markedet, og licensaftalen ikke indeholder hardcore begrænsninger³⁵. Dette kaldes Retningslinjernes "second safe harbour", som således finder anvendelse uanset, at markedsandelstærsklerne i Gruppfritagelsen måtte være (endog væsentligt) overskredet³⁶.

4. Ulemper ved Gruppfritagelsen – markedsafgrænsningen

Gruppfritagelsen indeholder de klassiske ulemper, som relaterer sig til markedsandelstærskler. Disse ulemper forstærkes imidlertid af den særlige beregningsmodel, som introduceres i artikel 3. Brugen af markedsandelstærskler som indikator for markedsmagt på teknologimarkeder er derudover mere problematisk sammenlignet med den tilsvarende brug af markedsandelstærskler i eksempelvis gruppfritagelsen for vertikale aftaler.

Disse ulemper er blevet diskuteret indgående i forbindelse med Gruppfritagens tilblivelsesproces. Som det fremgår af gennemgangen ovenfor, er afgrænsningen af det relevante marked ikke desto mindre et centralet element ved vurderingen af, hvorvidt en licensaftale er omfattet af Gruppfritagelsen. Hvis aftalen falder uden for Gruppfritagelsen og heller ikke er omfattet af den såkaldte second safe harbour, så er konsekvensen, at aftaleparterne må foretage en fuldstændig analyse af, om aftalen falder ind under forbuddet i EU-traktatens artikel 81, stk. 1 (konkurrencelovens § 6), og i bekræftende fald undersøge, om aftalen opfylder betingelserne for individuel fritagelse efter EU-traktatens artikel 81, stk. 3 (konkurrencelovens § 8).

³⁴⁾ Retningslinjerne punkt 131.

³⁵⁾ Retningslinjerne afskærer alene hardcore begrænsninger fra second safe harbour. Ikke desto mindre kan det imidlertid diskuteres, om artikel 5 klausulerne uden videre automatisk er omfattet af second safe harbour.

³⁶⁾ Principperne bag second safe harbour genkendes fra amerikansk praksis, der opererer med den såkaldte second safety zone jf. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, US Department of Justice and the Federal Trade Commission, april 1995, side 22-23.

Christian Karhula Lauridsen, Mikkel Vittrup og Jacob Borum

Denne konkurrenceretlige analyse af licensaftaler, som involverer de vankelige markedsandelsanalyser, bliver således hurtigt omkostningskrævende for aftaleparterne. Og analysen må desuden gentages flere gange i løbet af aftalens løbetid. Selv hvis aftaleparterne ligger under markedstærskel-værdierne i artikel 3 på aftaletidspunktet, kan aftalen nemlig senere falde uden for Gruppfritagelsen, hvis parternes efterfølgende markedsandele overstiger tærskelværdierne³⁷.

5. Tre analysemodeller for licensaftaler

Som det fremgår ovenfor, kan den konkurrencemæssige analyse af licensaftaler være ganske kompleks og usikker. Med henblik på at navigere i dette potentiel lumske farvand er der nedenfor forsøgt opstillet 3 analysemodeller af stigende kompleksitet.

Konkurrenceretten er i dag baseret på "self assessment", som igen involverer "risk management", hvor en cost/benefit analyse er et uundgåeligt del-element. Der tænkes ikke her på risikoen for opdagelse, men derimod på risikoen for, at blandt andet konkurrencemyndighederne ikke er enige i den foretagne (muligvis overfladiske) vurdering, som parterne har foretaget.

På den baggrund må parterne i enhver situation bevidst beslutte sig for dybden af den analyse, som parterne ønsker at foretage. Og det er her de tre analyseniveauer kommer i betragtning.

5.1 Bronzemodellen – undgå hardcore begrænsninger

Parterne bør altid som et minimum sikre sig, at licensaftalen ikke indeholder de alvorlige konkurrencebegrænsninger, som fremgår af Gruppfritagelsens artikel 4³⁸. Listen over hardcore begrænsninger i artikel 4 er

³⁷⁾ Som fremhævet oven for under punkt 3 er reglerne vedrørende efterfølgende overskridelse af markedsandelstærsklerne dog mere hensigtsmæssige end f.eks. reglerne i gruppfritagelsen for vertikale aftaler, hvor fritagelsen gælder i et eller to år afhængigt af, hvor stor overskridelsen af den fastsatte markedsandelstærskel er. Dette var oprindeligt foreslægt også at skulle gælde i relation til licensaftaler, men bestemmelsen i Gruppfritagelsens artikel 8, stk. 2, blev på dette punkt ændret i forbindelse med konsultationsprocessen.

³⁸⁾ En licensaftale, som indeholder en hardcore begrænsning, er ikke automatisk i strid med EU-traktatens artikel 81. Det er dog Kommissionens erfaring, at sådanne begrænsninger næsten altid er til skade for konkurrencen. Det er derfor op til parterne at dokumentere, at licensaftalens konkurrencemæssige fordele opvejer dens konkurrencebegrænsninger jf. Retningslinjerne punkt 74.

*Grupbefritagelsen for teknologioverførselsaftaler –
overblik og anvendelse i praksis*

dog lang og ikke nødvendigvis let tilgængelig. Herudover forudsætter listen blandt andet, at parterne har vurderet, om de er konkurrenter eller ikke-konkurrenter.

Som et første alternativ til en gennemgang af artikel 4 kan parterne indledningsvis screene aftalen for at vurdere, om aftalen overhovedet indeholder bestemmelser, som potentielt kan være omfattet af artikel 4 – eller sagt på en anden måde; om aftalen overhovedet befinner sig i følgende "Red Light District"³⁹:

- Begrænses licenstagers adgang til at fastsætte sine egne priser ved salg af aftaleproduktet til tredjemand?
- Begrænses produktionen, opdeles markeder/kunder, begrænses licenstagers mulighed for at udnytte sin egen teknologi, eller begrænses en part i forskning og udvikling? (Gælder kun for aftaler mellem konkurrenter)
- Begrænses licenstagers passive salg ind i geografiske områder eller til kundegrupper? (Gælder for aftaler mellem ikke-konkurrenter)

Er svaret ja på blot et af de ovennævnte spørgsmål, er det nødvendigt nærmere at vurdere, om aftalen er omfattet af artikel 4. Kan alle de ovennævnte spørgsmål imidlertid besvares med et nej, er det typisk muligt at konkludere, at aftalen ikke indeholder hardcore begrænsninger. Dette er for så vidt en væsentlig konklusion, idet hardcore begrænsninger betragtes som de alvorligste konkurrencebegrænsninger med de deraf følgende konsekvenser. Modellen fokuserer derimod ikke på de øvrige bestemmelser i en aftale, som kunne vise sig at være ulovlige.

5.2 Sølvmodellen – undgå både hardcore begrænsninger og "artikel 5" klausuler

Sølvmodellen indeholder samme analyse som ovennævnte bronzemodel, men tager analysen et skridt videre. Udover hardcore begrænsninger skal

³⁹⁾ Listen over potentielt problematiske tilfælde er ikke udtømmende.

Christian Karhula Lauridsen, Mikkel Vittrup og Jacob Borum

parterne nu også undgå de klausuler, som fremgår af Gruppfritagelsens artikel 5. Artikel 5 er mindre vanskeligt tilgængelig end artikel 4 og er beskrevet ovenfor.

Sølvmodellen har således til formål at undgå de klausuler, som er omtalt i artikel 4 og 5 i Gruppfritagelsen. Sølvmodellen indebærer dog to problemer. For det første kræver modellen, at parterne undgår artikel 5 klausulerne. Disse klausuler er imidlertid ikke nødvendigvis i strid med EU-traktatens artikel 81. Parterne udelader således bestemmelser, som muligvis er lovlige, og som muligvis ville have optimeret aftalen. For det andet fokuserer modellen ikke på de øvrige bestemmelser i en aftale, som kunne vise sig at være ulovlige.

5.3 Guldmodellen – den fulde analyse

Guldmodellen repræsenterer den fulde analyse, som har det til fælles med bronze- og sølvmodellen, at aftalen skal renses for hardcore begrænsninger.

Derefter lægger guldmodellen op til to alternative analyser.

5.3.1 Markedsandelsanalysen

Parterne kan vælge at analysere markedet for at vurdere, om markedsandelstærsklerne er overskredet. Hvis parternes markedsandele ligger under markedsandelstærsklerne, kan parterne enten vælge at undgå artikel 5 klausulerne (se sølvmodellen) eller foretage en egentlig konkurrenceretlig analyse med henblik på at vurdere, om de relevante klausuler i artikel 5 i det konkrete tilfælde giver anledning til konkurrenceretlige problemer. Men bortset fra overvejelserne om artikel 5 klausulerne er hele aftalen med alle de øvrige konkurrencebegrænsende bestemmelser fritaget⁴⁰.

Overskider parternes markedsandele derimod markedsandelstærsklerne må parterne i stedet vurdere forholdet til second safe harbour.

5.3.2 Second safe harbour

Som alternativ til markedsandelsanalyesen (eller fordi markedsandelstærsklerne er overskredet) kan parterne i stedet vurdere, om aftalen er omfattet af second safe harbour.

⁴⁰⁾ I det omfang disse øvrige begrænsninger i øvrigt anses for en del af teknologioverførselsaftalen som nærmere defineret i artikel 1, stk. 1, litra b).

Grupbefritagelsen for teknologioverførselsaftaler – overblik og anvendelse i praksis

Er det tilfældet, giver aftalen typisk ikke konkurrenceretlige problemer⁴¹. Er det derimod ikke tilfældet, fordi betingelserne for second safe harbour ikke er til stede, må parterne foretage den ovennævnte markedsandelsanalyse, såfremt denne analyse ikke har været overvejet i først række.

5.3.3 Individuel vurdering på grundlag af Retningslinjerne

Viser det sig, at markedsandelstærsklerne er overskredet, og at betingelserne for second safe harbour ikke er opfyldt, er der ikke andre alternativer end en individuel analyse af alle de potentielt konkurrencebegrænsende bestemmelser i aftalen. I forbindelse med en sådan analyse er Retningslinjerne et væsentligt og analytisk flot udgangspunkt.

6. Et nordisk perspektiv

Grupbefritagelsen og Retningslinjerne indeholder ikke umiddelbart i større grad aspekter, som er af særlig betydning for Norden. Som en modifikation kan opmærksomheden henledes på en problemstilling, som muligvis giver små markeder større vanskeligheder. Grupbefritagelsen og Retningslinjerne vedrører overførslen af teknologi. Konkurrenceforholdene på teknologimarkedet spiller derfor en stor rolle. Samtidig er det rimeligt at antage, at teknologimarkerede ofte er globale⁴².

På trods af dette forhold er markedsandelstærsklerne i Grupbefritagelsens artikel 3 selv for teknologimarkedet baseret på en afgrænsning af det produktmarked, på hvilke aftaleprodukterne sælges. Dette vil ofte medføre en relativt snæver geografisk afgrænsning af markedet til eksempelvis de enkelte nationalstater. I modsætning til markedsandelen på ét globalt teknologimarked vil en afgrænsning, hvor de afledte, geografisk snævert definerede produktmarkeder er afgørende, ofte føre til væsentligt højere markedsandele i visse markeder, herunder parternes egne hjemmemarkereder. En forringet position for virksomheder fra små medlemslande som de nordiske, som eksempelvis kendes fra EU's fusionskontrolregler, er hermed overført til reguleringen af teknologioverførselsaftaler. Det kan på denne baggrund muligvis fremføres, at nordiske teknologivirksomheder

⁴¹⁾ Idet der dog henvises til ovennævnte bemærkning i note 35 om artikel 5 klausulerne forhold til second safe harbour.

⁴²⁾ Med den modifikation, at vurderingen naturligvis i et vist omfang afhænger af den relevante immaterialretlige beskyttelse, som i sin grundstruktur fortsat i det væsentlige er national.

Christian Karhula Lauridsen, Mikkel Vittrup og Jacob Borum
med den nye Gruppefritagelse stilles ringere end deres konkurrenter fra de
store medlemslande.

TEKNIKÖVERFÖRINGSFÖRORDNINGEN – ETT SÄTT ATT HITTA EN SÄKER HAMN?¹

Katarina Olsson

1. Inledning

Denna artikel utgår från det föredrag jag höll på konferensen och behandlar ett antal mer övergripande frågeställningar inom ramen för TTBER.²

Det ska redan från start sägas att Förordningen inte är en lätt lagstiftningsprodukt. Den utgör kanske rentav den mest komplicerade gruppundantagsförordningen inom konkurrensrätten.³

Förordningen reglerar licensiering av teknik. Det handlar framför allt om patentlicensavtal, know-howlicensavtal och licensavtal om upphovsrätt till programvara, se TTBER artikel 1.1.b). I botten, som grund för licensavtalet, finns alltså nästan alltid någon form av immaterialrättsligt skyddad kunskap. Det finns en mycket nära koppling mellan immaterialrätt och konkurrensrätt.

¹⁾ Ett tack till professor Jens Fejø för inbjudan att delta och tala vid konferensen i Køge.

²⁾ Technology Transfer Block Exemption Regulation, Kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april 2004 om tillämpning av artikel 81.3 i förfaraget på grupper av avtal om tekniköverföring, 27.4.2004 EUT L 123/11 (betecknas här nedan som Förordningen eller TTBER).

³⁾ Komplexiteten framgår tydligt av t.ex. remissvaren, vilka finns tillgängliga på kommissionens hemsida www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/technology_transfer, Comments received in relation to the "Draft new block exemption regulation and draft guidelines on the application of Article 81 to technology transfer agreements". TTBER och dess "förarbeten" diskuteras av bl.a. Robert C. Lind/Paul Muyser, The European Commission's Draft Technology Transfer Block Exemption Regulation and Guidelines: A Significant Departure from Accepted Competition Policy Principles, (2004) E.C.L.R. Issue 4 s. 181 ff., Valentine Korah, Draft Block Exemption for Technology Transfer, (2004) E.C.L.R. Issue 5 s. 247 ff. Marc Hansen/Omar Shah, The New EU Technology Transfer Regime – Out of the Straightjacket into the Safe Harbour?, (2004) E.C.L.R. Issue 8 s. 465 ff, Erik Vollebregt, The Changes in the New Technology Transfer Block Exemption Compared to the Draft, (2004) E.C.L.R. Issue 10 s. 660 ff.

Katarina Olsson

Inledningsvis kommenterar jag därför kort immaterialrättigheterna som sådana och deras förhållande till konkurrensrätten.

Därefter sätts förordningen in i ett vidare perspektiv – globalt, gemenskapsrättsligt och nationellt. TTBER är ett viktigt instrument i gemenskapens politik för att stärka medlemsstaternas industri och möta konkurrensen från länder utanför gemenskapen.

I avsnitt fyra behandlar jag så förordningen som lagstiftningsprodukt. Det är uppenbart att förordningen är ett led i den s.k. moderniseringssprocessen⁴ som bl.a. innehåller en ny lagstiftningsteknik från kommissionens sida. Det kan då finnas anledning att fundera något över de grundläggande principerna om legalitet, rättssäkerhet och proportionalitet.

När jag så småningom landar i konkurrensrätten handlar det inte om att detaljgranska och kommentera enskilda bestämmelser i Förordningen utan mer om att se effekterna av Förordningen för industrien. Det är ju företagen som TTBER riktar sig till och det är företagen som själva ska klara av att tillämpa bestämmelserna.

2. Immateralrättigheter och dess användning

2.1 Immaterialrättens funktion

Innan man börjar diskutera licensiering måste man hantera frågan om vad det är man licensierar. Äganderätten till en immateriell rättighet – t.ex. patent, varumärke eller upphovsrätt – består i de flesta länder av ett antal i lag givna rättigheter och skyldigheter som till viss del är möjliga att ”handla med” och avtalsmässigt dela med sig av till andra. Innehav av en immateriell rättighet innehåller en ensamrätt till ägande och utnyttjande, en form av legitimt monopol. Lagstiften tillerkänner innovativa personer dessa monopolisknande rättigheter som belöning för ett kreativt arbete.

Innehavaren av en immateriell rättighet har rätt att hindra andra från att använda rättigheten eller göra andra ingrepp i rättigheten och har också rätt att utnyttja rättigheten genom att licensiera den till tredje man.⁵ En licens är alltså ett utflöde av de rättigheter och skyldigheter man får genom den immaterial-

⁴⁾ Se vidare <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation>.

⁵⁾ Kommissionens tillkännagivande, Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på avtal om tekniköverföring (2004/C 101/02) EUT 27.4.2004, punkten 4 (betecknas här nedan som Riktlinjerna).

Tekniköverföringsförordningen – ett sätt att hitta en säker hamn?
rättsliga lagstiftningen och innebär någon form av utnyttjande. Licensen innebär också att rättighetsinnehavaren avstår från att göra gällande sin ensamrätt för det område som täcks av licensen. Stora licensavtal kan vara mycket komplicerade och innehålla patent, ansökningar om patent, varumärken, know-how och företagshemligheter.

Licensgivarens grundrättigheter regleras i de flesta länder i västvärlden genom lag, i Sverige t.ex. patentlagen (SFS 1967:837). En licens reglerar sedan i avtalsmässig form hur en licenstagare får använda den rättighet man får del av och också vilka skyldigheter som kopplas till nyttjandet. Den immaterialrättsliga regleringen kan skilja sig åt i olika länder. Även om det skett omfattande harmonisering på området finns det även inom EU skillnader mellan medlemsstaternas lagstiftning. Skyddsområdet är oftast nationellt.

Tekniklicenser rör alltså avtal om nyttjande av immaterialrätter. Sådana avtal är mycket vanliga inom näringslivet. Det är inte särskilt förvånande eftersom immaterialrätterna nästan förutsätter möjligheten att låta andra än rättighetsinnehavaren nyttja den teknik och kunskap som skyddas. Man vill sprida sin kunskap och teknik till andra för att på så sätt tjäna pengar genom royaltyintäkter. Immaterialrättsligt skydd är belöningen för alla ensamma timmar i laboratoriet eller verkstaden. Det är också relativt vanligt att licensavtal är globala, i den meningen att licenstagaren har rätt att använda licensen ”i hela världen” och stora kommersiella intressen knyts till en rad avtalsfrågor i samband med immateriella rättigheter.

Licensiering i Förordningens mening innebär att en licensgivare tillåter en licenstagare att utnyttja den licensierade tekniken för att producera varor eller tjänster, TTBER artikel 1.1.b). Ett licensavtal är en upplåtelse men innehåller också oftast element av andra rättsområden, förutom immaterialrätt t.ex. avtalsrätt, köprätt, skadeståndsrätt och konkurrensrätt.⁶⁾ Om man t.ex. studerar ett patentlicensavtal kan man ta utgångspunkt i skillnaden mellan de patenträttsligt verkande begränsningarna för licenstagaren och de avtalsrättsligt verkande begränsningarna för licenstagaren. Om licenstagaren åsidosätter en patenträttsligt verkande begränsning, gör han sig troligen skyldig till både avtalsbrott och kanske även patentintrång.

I det konkurrensrättsliga perspektivet är avtalsparterna ofta medvetna om att det kan komma att uppstå en konkurrens mellan licensgivaren och licenstagaren och troligen också i förhållande till andra. Ett licensavtal innebär nor-

⁶⁾ Ang. den rättsliga klassificeringen av patentlicensavtal, se *Ulf Bernitz/Gunnar Karnell/Lars Pehrson/Claes Sandgren, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, (7:e uppl. 2001) s. 147 ff.

Katarina Olsson

malt att såväl licensgivare som licenstagare åtar sig olika typer av förpliktelser som i sin tur kan begränsa konkurrenSEN. När man t.ex. har ett licensavtal som binder ihop patent och know-how är det ingen tvekan om att man har en mycket stark potentiell påverkan på konkurrenssituationen på marknaden. Know-how leder helt enkelt till en förstärkning av den konkurrensbegränsning som utnyttjande av patentet i sig innehåller.

2.2 Immateriellrättens förhållande till konkurrenrsätten

Denna konferens fokuserar på konkurrenrsättsliga frågeställningar i ett EU-perspektiv. Det finns därför anledning att fråga sig hur den monopolisknande immateriellrättens förhållande till de konkurrenspolitiska målsättningarna och den konkurrenrsättsliga regleringen i EG-fördraget (EGF).

Syftet med artikel 81 EGF är att skydda konkurrenSEN för att främja konsumenternas välfärd och en effektiv resursfördelning⁷ samt att verka för marknadsintegration. Konkurrenrsätten syftar till att öka den ekonomiska effektiviteten genom ökat utbud av produkter och tjänster vilket leder till lägre priser för konsumenterna. En konkurrenskraftig marknadsekonomi förutsätter innovation. För att företag ska vilja utveckla nya eller förbättra produkter eller processer måste det immateriellrättsliga regelverket vara sådant att det uppmuntrar till innovation. Immateriellrätten uppnår detta syfte genom att medge begränsade monopol som ger incitament att utveckla och vara innovativ för en kommersialisering av den nya tekniken i form av nya produkter. Det flesta länder i den industrialiserade världen har också kraftfulla immateriellrättslagar.

Konkurrenrsätten syftar till att motverka negativa verkningarna av monopol (t.ex. i form av ett konkurrensbegränsande avtal eller missbruk av en dominerande ställning). I fördragets konkurrenslag regler skiljer man inte ut de immateriellrättsliga monopolen till särskild behandling.

En effektiv konkurrens ställs alltså mot ett legitimt monopol. Det finns ett spänningsförhållande, men inte nödvändigtvis en grundläggande motsättning mellan immateriellrätten och konkurrenrsätten. Syftet med båda regelsystemen är ju det samma – att öka ekonomisk effektivitet och att öka konsumenternas välfärd.⁸ Det finns alltså snarare ett beroendeförhållande mellan immateriella rättigheter och konkurrens.⁹ Den gemensamma nämnaren är ökad ekonomisk välfärd för konsumenterna.¹⁰

⁷⁾ Riktlinjerna punkten 5.

⁸⁾ Riktlinjerna punkten 7.

⁹⁾ Konkurrenrsättsliga frågeställningar behandlas även i den immateriellrättsliga litteraturen. Se t.ex. *Mogens Koktvedgaard/Marianne Levin*, Lärobok i Immateriellrätt (7:e

Tekniköverföringsförordningen – ett sätt att hitta en säker hamn?

Innehavet av en immateriell rättighet och licensiering ska inte i sig ge en presumption om marknadskraft eller konkurrensproblem.¹¹ Licensiering innebär oftast något positivt för konkurrensen. Nya produkter kan komma in på marknaden eller t.o.m. skapa en ny marknad med stöd av den licensierade tekniken. Licensiering innebär också att överflödig eller duplicerad forskning inte behövs.

Helt klart är att immaterialrätten inte är skyddad från tillämpning av konkurrensrätten. Detta framkom redan tidigt i EG-domstolens praxis.¹² Konkurrensrätten ska kunna tillämpas när immateriella rättigheter används.¹³ Beteckningen effektiv konkurrens - "workable competition" - innebär ju som fastställts av EG-domstolen att man accepterar vissa konkurrensbegränsningar eller viss typ av monopol, antingen under en begränsad tid eller på en avgrändad marknad.¹⁴

När det gäller den potentiella konflikten mellan immaterialrätt och konkurrensrätt skulle man kunna argumentera att konkurrensrättens syfte är att skydda endast det område som skyddar rättigheten i sig. I EG-domstolens praxis utvecklades tidigt doktrinen om existens och utnyttjande ("existence" – "exercise") genom domar som Consten/Grundig¹⁵ och Volvo/Veng¹⁶. Med stöd av domstolens domar och diskussionen om existens och utnyttjande kan man alltså göra gällande att de konkurrensbegränsningar som inte anses strida

uppl. 2003) s. 23 f och 435 ff och *Ulf Bernitz/Gunnar Karnell/Lars Pehrson/Claes Sandgren*, Immateralrätt och otillbörlig konkurrens, (7:e uppl. 2001) s. 147 ff.

¹⁰⁾ Nu går inte alltid immaterialrätt och konkurrensrätten åt samma håll. Ett exempel på detta är prispolitik. I konkurrenspolitikens mening är låga priser bra. Immaterialrättens konsekvens – det begränsade monopolet – leder ofta till en prisökning, låt vara kortsiktigt. Det ökade priset accepteras som en ersättning och kompenstation för innovationsvilja och den risk innovatören tagit.

¹¹⁾ Riktlinjerna punkten 9.

¹²⁾ I förhållande till artikel 81 EGF se t.ex. målen 56 & 58/64 Etablissement Consten S.A. & Grundig Verkaufs-GmbH mot kommissionen (1966) REG 299 och 193/83 Windsurfing International mot kommissionen (1986) REG 611. I förfallande till artikel 82 EGF se t.ex. målen 24/67 Parke Davis & Co mot Centrafarm (1968) REG 85 och 241/91 P Radio Telefis Eireann (RTE) mot kommissionen (Magill) (1995) REG L-743

¹³⁾ I denna artikel behandlas inte frågor om konsumtionsprincipen eller parallelhandel. Se vidare *Hans Henrik Lidgard*, Parallelhandel Konsumtion av immaterialrätt i Europa och USA (2002).

¹⁴⁾ Se också Tillkännagivande från kommissionen, Riktlinjer om vertikala begränsningar (2000/C 291/01) EGT 13.10.2000 punkten 30 ff.

¹⁵⁾ Mål 56 & 58/64 Etablissement Consten S.A. & Grundig Verkaufs-GmbH mot kommissionen (1966) REG 299.

¹⁶⁾ Mål 237/87 Volvo AB mot Erik Veng (U.K.) Ltd (1988) REG 6211.

Katarina Olsson

mot artikel 81 är sådana som täcks av existensen eller innehållet i t.ex. patentet (i USA ”the scope of the patent”).

Den vanligen accepterade synen är numera att man ska fullt ut respektera de immateriella rättigheterna och rätten att licensiera sådana rättigheter, så länge man inte går utöver den monopolrättighet som rättigheterna i sig innehåller eller ett förfarande som innehåller en konkurrensbegränsning som i grunden inte har med transferering av immaterialrätterna att göra. Rättighetsinnehavaren kan genom licens överföra alla rättigheter som immaterialrätten ger (om det är möjligt enligt nationell immaterialrätt) men inte tillåta villkor som antingen utökar dessa monopolrättigheter utöver vad immaterialrätten själv medger eller som begränsar konkurrensen på ett sätt som inte kan relateras till syftet med avtalet.

Konkurrensregleras roll ska vara att tillhandahålla verktyg för att ingripa mot konkurrensbegränsningar som inte relateras till kärnområdet, t.ex. klausuler som tvingar licenstagaren att avstå från konkurrens på andra marknader än den som avtalet avser, klausuler som innehåller prisstyrning, kopplingsklausuler som förklaras till licenser eller teknologipooler som är förklädda karteller.

I allmänhet är det så att klausuler i ett licensavtal som begränsar användandet av immaterialrätten – t.ex. exklusivitet i territoriet eller begränsningar i användningsområde (”field of use”)- inte bör ifrågasättas. I de flesta fall av licensiering mellan icke-konkurrenter så innehåller inte dessa klausuler att konkurrensen begränsas i förhållande till den konkurrens som skulle ha funnits om innehavaren exploaterade rättigheten själv. Licensiering mellan konkurrenter kan i och för sig skapa problem men inte heller där är det säkert att avtalsvillkoren innehåller att konkurrens som annars skulle ha funnits blir begränsad. I denna mening innehåller Förordningen och Riktlinjerna att incitamenten för innovation minskar eftersom dessa dokument begränsar möjligheten att vidareföra exklusivitet i licensen i vissa fall.

Det följer av det exklusiva elementet i ett licensavtal att det leder till en marknadsuppdelning av något slag. Licensgivaren vill troligen ”tvinga” licenstagaren att arbeta aktivt på sitt område med att sprida den teknik som licensieras. Ur licenstagarens perspektiv är detta något positivt eftersom han vet att han normalt är ensam på den geografiska marknaden och kanske också ensam om såväl tekniken som den produkt som ska produceras med hjälp av tekniken. Om inte rättighetshavaren har möjlighet att fullt ut exploatera sin rättighet genom licens kommer kanske innehavaren att själv vilja exploatera på viktiga marknader eller att sälja rättigheten till någon som kan tillverka och sälja globalt.

Tekniköverföringsförordningen – ett sätt att hitta en säker hamn?
Exklusiviteten är ofta ett mycket viktigt värde i licensen och därför också för värdet av hela immaterialrättigheten. Om man angriper exklusiviteten angriper man immaterialrätten i sig. Men en sak ska man ha klart för sig! Om man nu tycker att immaterialrätten är för vidsträckt kan man inte ändra den genom konkurrensrätten och genom enskilda beslut om licensiering.

Konkurrensrätt och immaterialrättsligt skydd måste alltså arbeta tillsammans när det gäller licensiering. Det är många variabler att hålla reda på. Balangången är svår mellan att låta lagstiftningen verka som ett incitament för innovativa mäniskor men samtidigt inte tillåta skadliga konkurrensbegränsningar.

3. Förordningen i ett större perspektiv

3.1 Det globala perspektivet

Den grundläggande synen på förutsättningarna för varaktig tillväxt och ekonomisk utveckling är inte exklusiv inom EU utan gäller generellt, åtminstone inom den industrialiserade världen. Innovation kräver legala och politiska strukturer som inbjuder mäniskor att vara kreativa. Immaterialrätterna kan då fungera som en verktygslåda för att främja innovation och stimulera till investeringar.

Inom OECD har man tidigt fokuserat på frågor om konkurrens och immaterialrättsligt skydd.¹⁷ Arbetet har betoning på effektiv konkurrens och ett starkt immaterialrättsligt skydd med effektiva sanktioner. Det är viktigt med starka mekanismer för att främja vetenskaplig innovation och en stark och varaktig grundläggande FoU-infrastruktur.

Immaterialrätterna är viktiga därför att de:¹⁸

- stimulerar innovation och uppmanar till hållbar ekonomisk tillväxt genom incitamentsstrukturen
- främjar information om uppfinningar och pionjärarbete
- främjar riskfyllda och ekonomiskt kostsamma investeringar
- ger konsumentskydd (inte minst genom varumärkesskydd).

¹⁷⁾ Se t. ex. Competition Policy and Intellectual Property Rights, OECD 1989, tillgänglig på www.oecd.org.

¹⁸⁾ Business and Industry Advisory Committee to the OECD (BIAC), Creativity, Innovation and Economic Growth in the 21st century, An Affirmative Case for Intellectual Property Rights, (2003) www.biac.org. Se också Patents and Innovation: Trends and Policy Challenges, OECD (2004) www.oecd.org.

Katarina Olsson

En effektiv konkurrenspolitik är beroende av immaterialrättslig lagstiftning. Inom OECD menar man att immaterialrätt och konkurrenspolitik ska kunna användas som kompletterande redskap för att nå målet.

Inte bara inom OECD utan även andra internationella organisationer finns en tydlig fokus på immaterialrättsliga och konkurrensrättsliga frågeställningar och deras betydelse för den ekonomiska utvecklingen i världen. Licensavtal är ofta globala eller omfattar marknader även utanför EU. Därför kan Förordningen komma att påverka licensöverföring även utanför EU-området.

3.2 Gemenskapen

Licensiering av teknik berör flera viktiga gemenskapsintressen. Under denna rubrik behandlar jag kort de allmänna målsättningarna i fördraget, reglerna om fri rörlighet för varor, konkurrensreglerna samt mycket kort anknytningen till den nya större unionen. EU vill ju framstå som en dynamisk kraft, kanske den mest dynamiska ekonomiska regionen i världen. Hur passar Förordningen in i detta synsätt?

Många uppfattar TTBER som en rätt hård reglering av licensiering. Det finns en rädsla för att alltför hårda eller oflexibla regler leder till att licensiering sker utanför EU. Det kan leda till minskat teknologiflöde inom EU och därmed också utveckling av vetenskap och teknologiska processer. Licensgivare kan välja att överföra teknologi till områden utanför EU där det finns mer flexibla regler eller att man helt enkelt behåller kunskapen för sig själv. Affärer riskerar att gå till konkurrenter utanför EU. Det finns också en oro för Förordningens påverkan på forskningen. Vetskapen om hårda regler för licensiering kan leda till att forskning flyttar ut ur gemenskapen. Det kan nog finnas en viss anledning till oro. Det är ju som sagts inledningsvis ingen lätt lagstiftningsprodukt vi har framför oss, särskilt för innovatören och rättighetsinnehavaren.

3.2.1 Allmänna målsättningar och konkurrens

Samarbetet inom gemenskapen ska skapa ett ökat välfärd för medlemsstaterna och deras medborgare. Målsättningarna anges tydligt i artikel 2 EGF. Målsättningen för gemenskapen är bl.a. en hållbar utveckling, hög sysselsättning, hög konkurrenskraft och ett gott miljöskydd. Inom EU ska medlemsstaterna verka för en höjning av levnadsstandard och livskvalitet och en ekonomisk och social sammanhållning. De flesta är överens om att den europeiska industrien måste tillåtas och förbli innovativ för att vi ska klara dess mål. Det sägs ofta att den europeiska industrien måste kunna möta konkurrensen från USA och från Asien.

Tekniköverföringsförordningen – ett sätt att hitta en säker hamn?

Den verksamhet som ska bedrivas för att uppnå målen i stycket ovan anges i artikel 3 EGF. Gemenskapen ska bedriva en verksamhet som innefattar en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrider, som stärker gemenskapsindustrins konkurrenskraft och som främjar forskning och utveckling. Medlemsstaterna ska enligt artikel 98 EGF föra sin ekonomiska politik så att den står i överensstämmelse med principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens.

Konkurrens och innovation är alltså högprioriterade områden i gemenskapspolitiken och ger också uttryck för det marknadsekonomiska system som EU:s verksamhet vilar på.¹⁹

3.2.2 Fria varurörelser

Marknadsintegrationen med en gemensam och inre marknad är ett viktigt grundläggande mål för gemenskapsarbetet. Detta innebär bl.a. fria varuflöden som ett mycket viktigt politikområde. Genom artikel 28 och 29 EGF får vi klart för oss att restriktioner för handeln mellan medlemsstaterna är oacceptabla. Undantag görs i artikel 30 för regler som styr äganderätten och där ligger kommersiell och industriell äganderätt.

Lagstiftning om patent och andra immateriella rättigheter regleras nationellt utan begränsningar av EG:rätten.²⁰ Som framgått ovan rör det rör själva existensen men inte nödvändigtvis all form av utövande. Flera rättsfall från EG-domstolen har visat att man inte får utnyttja t.ex. en upphovsrätt för en direkt eller indirekt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.²¹

Fria varurörelser är centralt i konkurrenspolitiken inom gemenskapen. TTBER passar väl in i detta synsätt. De bestämmelser som finns i "den svarta listan", artikel 4 TTBER, relateras till olika försöka att göra ingrepp i det fria varuflödet, t.ex. prissättningsklausuler och marknadsuppdelningar.

¹⁹⁾ Se t.ex. *Ulf Bernitz/Anders Kjellgren*, Europarättens grunder (1999) s. 247 med ytterligare hänvisningar.

²⁰⁾ Man kan härvid utgå från artikel 295 EGF som anger att fördraget inte i något hänseende ska ingripa i medlemsstaternas egendomsordning. Immateriellrätt betraktas som en äganderätt och ska därför inte påverkas av EGF, se vidare *Hans Henrik Lidgard, Licensavtal i EU* (1997) s. 39 f.

²¹⁾ Se ovan avsnitt 2.2.

3.2.3 Effektiv konkurrens

Det finns konkurrensbegränsande inslag på alla marknader. Trots detta kan man anse att det finns tillräcklig konkurrens på en marknad. Effektiv konkurrens är ett nyckelbegrepp för såväl politiken som den rättsliga regleringen av konkurrensförhållanden.²² Konkurrenspolitiken får sin rättsliga reglering i artikel 81-89 EGF. TTBER ska emellertid ställas i relation endast till artikel 81 eftersom Förordningen ju är ett generellt undantag, i linje med artikel 81.3, från tillämpning av artikel 81.1. Men rättspraxis ger tydligt uttryck för att man inte kan läsa artikel 81 isolerat. Man måste också se till målsättningarna, inte minst det viktiga målet med marknadsintegration.

Konkurrensrätten är dynamisk i den meningen att det är ett regelverk utsatt för ständiga förändringar. Detta följer av att konkurrensrätten är en spegel av det samhälle och den ekonomi som ska regleras och den politik som ”skriver reglerna”. Dynamiken och förmågan till anpassning till samhällsförändringar utmärker ett levande regelverk. Det är därför vi är här på konferensen – vi tycker om dynamiken i systemet och kanske utmanas av den.

Teknologilicensavtal är ofta mycket svårbedömda inte minst om de ska ställas i relation till begreppet effektiv konkurrens. I perspektivet av en effektiv konkurrens måste man poängtera att den grundläggande inställningen till tekniksamverkan är positiv. Licensiering av teknik kan vara ett sätt att uppnå en effektiv konkurrens på en marknad.²³

3.2.4 En större union

Från 1 maj, 2004 har EU tio nya medlemsländer. Alla nya medlemsstater har inte den rättsliga traditionen att skydda innovation och kunskap. För företag i dessa nya medlemsstater blir det alltså en ny legal och ekonomisk omgivning av verka i.

Konkurrensens betydelse har på olika sätt betonats i processen med utvidgning. I en rapport till kommissionen för något år sedan anges teknologiöverfö-

²²⁾ De teoretiska modellerna om konkurrens hämtas från ekonomisk teori. Se t.ex. *Simon Bishop/Mike Walker, The economics of EC Competition Law* (2002) och *Doris Hildebrand, The Role of Economics Analysis in the EC Competition Rules*, (second ed. 2002).

²³⁾ Se TTBER preambeln punkten 5 f och Riktlinjerna punkten 7.

Tekniköverföringsförordningen – ett sätt att hitta en säker hamn?
ring som en faktor som kan möjliggöra för de tio nya medlemsstaterna att ekonomiskt hinna ikapp Västeuropa²⁴

Lisabonstrategin²⁵ från mars 2000 handlar också om att göra EU konkurrensmässigt till den mest dynamiska och kunskapsbaserade ekonomin i världen år 2010. I denna målsättning är TTBER mycket viktig. I en rapport hösten 2004 konstateras att målsättningarna i Lisbonstrategin riskerar att inte kunna uppfyllas i tid. Europas ”gap” till USA har ökat. De 140 målen som finns i strategin ska bli 14. Ett av målen är att EU-länderna måste satsa mycket mer på kunskap och forskning - bl.a. sätta ner foten i fråga om patentfrågorna.²⁶

3.3 Tillämpning av Förordningen på nationell nivå

Avtal som omfattas av TTBER är rättsligt giltiga och genomförbara. Detta gäller i förhållande till såväl kommissionen som nationella myndigheter och domstolar och givetvis i förhållandet mellan parterna. Ett avtal som omfattas av TTBER kan endast förbjudas ”framåt i tiden” och då genom att kommissionen eller en nationell konkurrensmyndighet återkallar rätten att omfattas av gruppundantaget.²⁷

En av tankarna bakom moderniseringsprocessen är att decentralisera tillämpningen av konkurrensreglerna i fördraget. I detta sammanhang innebär det att nationella domstolar och konkurrensmyndigheter ska ha rätt och skyldighet att tillämpa Förordningen. Företagen ska kunna åberopa bestämmelserna i Förordningen såväl i en civilprocess vid allmän domstol som i ett administrativt förfarande inför konkurrensmyndigheten.

Från företagens perspektiv innebär moderniseringen att ansvaret ligger på avtalsparterna att själv avgöra hur avtalet ska bedömas inom ramen för konkurrensreglerna. Man kan inte längre gå till kommissionen och begära en ”negative clearance” eller ett individuellt undantag.

²⁴⁾ Wim Kok, Enlarging the European Union, Achievements and Challenges, Report to the European Commission, s. 10, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies (2003).

²⁵⁾ Lisbonstrategin har en egen hemsida vid kommissionen,
http://europa.eu.int/comm/lisbon_strategy/index_en.html.

²⁶⁾ Facing the Challenge, The Lisbon strategy for growth and employment, report from the High Level Group chaired by Wim Kok, november 2004,
http://europa.eu.int/comm/lisbon_strategy/index_en.html.

²⁷⁾ TTBER artikel 6, Riktlinjerna punkterna 34 och 117 ff.

Katarina Olsson

Artikel 81 EGF är en tvingande bestämmelse som är av väsentlig betydelse för fullgörande av gemenskapens uppgifter.²⁸ Som alla förordningar är TTBER tillämplig direkt och ska inte implementeras i medlemsstaternas interna lagstiftning. Förordningen har också direkt effekt, dvs. den skapar rättigheter och skyldigheter för enskilda.

Det finns enligt min mening åtminstone tre perspektiv att fokusera på.

Det första perspektivet har jag redan hanterat inledningsvis. Den nationellt baserade immaterialrätten står här mot den gemenskapsrättsliga konkurrensrätten men även mot nationella konkurrensregler.

Det andra perspektivet rör den materiella tillämpningen av reglerna och innebär en parallell tillämpning av nationell konkurrensrätt och EG:s konkurrensrätt på nationell nivå. Kommissionen fortsätter, i den mån det är aktuellt, att tillämpa EG:s konkurrensregler.²⁹

Det tredje perspektivet rör frågan om vem som ska tillämpa reglerna. Vi har numera en parallell tillämpning mellan myndigheter och domstolar på EG:nivå respektive nationell nivå.³⁰ Samma ärende kan i princip handläggas i nationell domstol (t.ex. som ett mål om avtalsbrott där ena parten gör gällande o giltighet p.g.a. att avtalet inte omfattas av TTBER), nationell konkurrensmyndighet (t.ex. som ett initiativärende om förbjuden konkurrensbegränsning enligt artikel 81) eller av kommissionen eller EG-domstolarna (t.ex. som ett anmälningsärende om förbjuden konkurrensbegränsning enligt artikel 81).

Svenska företag har alltså följande regelverk att hantera inom ramen för ett avtal om licensiering av teknik:

- svenska nationella immaterialrättsliga regler³¹

²⁸⁾ Kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan kommissionen och EU-medlemsstaternas domstolar vid tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, (2004/C101/04) EUT 27.4.2004, punkten 3 och EG-domstolens dom i mål C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd mot Benetton International NV, REG 1999 s. I-3055.

²⁹⁾ Den svenska lagstiftningstekniken beträffande nationella gruppundantag innebär antagandet av en nationell förordning som i stort sett hänvisar till motsvarande EG-förordning med tillägg av några bestämmelser som är mer nationellt betonade. För tekniköverföring se Förordning (2004:1073) om gruppundantag enligt 8 a § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om tekniköverföring som träder i kraft 1 januari 2005.

³⁰⁾ Rådets Förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, 4.1.2003 EGT L1/I, artikel 5 och 6 samt preambeln punkten 7 (betecknas här nedan som Tillämpningsförordning 1/2003).

³¹⁾ Främst patentlagen (SFS 1967:837) men också upphovsrättslagen (SFS 1960:729) och varumärkeslagen (SFS 1960:644).

Tekniköverföringsförordningen – ett sätt att hitta en säker hamn?

- nationella konkurrensregler³²
- EG:s konkurrensregler³³
- samt annan relevant lagstiftning, tillkännagivanden och riktlinjer på nationell nivå och EG:nivå.³⁴

Förhållandet mellan dessa rättskällor följer olika principer och är inte alltid solklart. Det säger sig självt att få företag klarar en tillämpning utan expert-hjälp. Några ord på vägen kan emellertid ges.

Nationella domstolar har en erkänd viktig roll inte minst genom kompetensen att förklara ett avtal ogiltigt eller utdöma skadestånd.³⁵ Förhållandena mellan artikel 81 EGF och nationell konkurrensrätt regleras i artikel 3 i Tillämpningsförordning 1/2003. Nationella domstolar är inte skyldiga att tillämpa nationell konkurrensrätt utan kan välja att tillämpa artikel 81. Men, det kan också vara fråga om en parallell tillämpning av EG:rätt och nationell rätt.³⁶ En sådan tillämpning får inte leda till en annan utgång än vad tillämpning av EG:s konkurrensrätt skulle leda till. Detta innebär bl.a. att om ett avtal omfattas av TTBER så kan det inte förbjudas enligt nationell rätt. Samma sak om avtalet inte innebär en överträdelse av art 81.1.

Om en nationell domstol tillämpar EG:s konkurrensregler verkar den inom gemenskapsrätten och är då tvungen att iaktta de allmänna gemenskapsrättsliga principerna.³⁷ Nationell domstol har bl.a. att söka ledning i tillkännagivanden från kommissionen. Nationella domstolar och konkurrensmyndigheter kan också samråda med kommissionen och begära yttranden. Grunden för rätts-tillämpningen finns i lojalitetsförpliktelserna i artikel 10 EGF.

³²⁾ Konkurrenslagen (SFS 1993:20), och Förförordning (2004:1073) om gruppundantag enligt 8 a § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om tekniköverföring.

³³⁾ Artikel 81 EGF, TTBER och Riktlinjerna.

³⁴⁾ Se t.ex. konkurrensverkets hemsida "Konkurrenslagen och andra regelverk", http://www.kkv.se/konkurrens/konkurrenslagen_regelverk.shtml.

³⁵⁾ Kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan kommissionen och EU-medlemsstaternas domstolar vid tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, (2004/C101/04) EUT 27.4.2004, punkten 4.

³⁶⁾ Kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan kommissionen och EU-medlemsstaternas domstolar vid tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, (2004/C101/04) EUT 27.4.2004, punkten 6.

³⁷⁾ Kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan kommissionen och EU-medlemsstaternas domstolar vid tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, (2004/C101/04) EUT 27.4.2004, punkten 7.

Katarina Olsson

Men vad händer vid en konflikt mellan TTBER och nationell svensk konkurrensrätt? Förordningen har företräde framför konkurrenslagen och den svenska motsvarande gruppundantagsförordningen. Man kan alltså hävda att Förordningen i egenskap av EG-rätt är den primära rättskällan som står över nationell konkurrensrätt. Ett undantag med stöd av EG:s förordning har därför företräde framför nationella regler.

En viss oro kan åtminstone i teoretiskt hänseende hysas för systemet med parallell tillämpning av regler. Samma licensavtal kan i ett visst fall vara förbjudet enligt nationella regler men tillåtet i ett gemenskapsperspektiv. Den här typen av regelkonflikter får lösas med de kollisionsprinciper som utvecklats av EG-domstolen. Nationella och gemenskapsrätsliga rättsregler ska kunna existera sida vid sida. Tillämpningen av nationell rätt får dock inte hindra gemenskapsrätten fulla och enhetliga tillämpning.³⁸ Konkurrensrätten är ett ”strakt” regelområde inom EG:rätten i den meningen att konkurrenspolitiska hänsyn får stor tyngd vid avgöranden där andra intressen kanske står i konflikt med konkurrensrätten.³⁹

Denna konferens handlar ju om EU-rätten i ett nordiskt perspektiv. Någon gemensam eller specifik nordisk frågeställning vad avser TTBER kan vad jag ser inte identifieras. Varje land får svara för sig utifrån de rättsregler och principer man har i sitt land dock med gemenskapsrätten som överordnad rättskälla.

4. Förordningen som lagstiftningsprodukt

4.1 TTBER - ett led i moderniseringen

Förordningen kan ses som det senaste (men kanske inte sista?) ledet i den fem år långa processen med att se över procedurregler och andra tillämpningsregler avseende artikel 81 EG-fördraget. 1999 antogs gruppundantagsförordningen om vertikala avtal.⁴⁰ Härefter har vi fått en lång rad rättsakter såväl bindande som icke-bindande. Även om antalet icke-bindande rättsakter – riktlinjer och

³⁸⁾ Mål 14/68 Walt Wilhem mot Bundeskartellamt, REG 1969 s 1 och mål 6/64 Costa mot ENEL, REG 1964 s 585.

³⁹⁾ Sven Norberg har i sitt föredrag redan pekat på viktiga rättsfall som hanterar dessa frågor.

⁴⁰⁾ Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, 29.12.1999 EGT L 336/21.

Tekniköverföringsförordningen – ett sätt att hitta en säker hamn?
förordningar – inte är så många så är de omfattande både till sidantal och
innehåll.⁴¹

TTBER är alltså ett led i den s.k. moderniseringen och decentraliseringen av konkurrensreglerna som kulminerade 1 maj, 2004 genom ikraftträdande av bl.a. TTBER men också av Tillämpningsförordningen 1/2003. Förordningen innebär inte enbart en förändring av den formella tillämpningen av konkurrensreglerna. Viktigare är kanske ändringarna i materiellt avseende, där Förordningen ska ses som ett styrmedel för konkurrenspolitiken. Kommissionen ser en möjlighet till ökad verkställighet i nationella domstolar av artikel 81 EGF beträffande ogiltighet och möjlighet till skadestånd. Dessutom stärker man samarbetet med nationella domstolar för att få en enhetlig tolkning av konkurrensreglerna.⁴²

Precis som flera andra rättsakter i moderniseringssprocessen bygger Förordningen på en mindre formell approach och ett mer uttalat stöd för en ekonomisk analys av ett licensavtal och dess verkningar.⁴³ Tanken är att man ska ge företagen en större frihet att strukturera licensavtal som är kommersiellt vettiga. Men hur sant är det? Är det kanske så att den större friheten har skett på bekostnad av minskad rättssäkerhet? Se vidare nedan i avsnitt 4.4.

TTBER måste också ses i ljuset av att kommissionens ”monopol” för tillämpning av artikel 81.3 har försunnit i den meningen att kommissionen inte längre utfärdar individuella undantag.⁴⁴ Detta utgjorde tidigare ett hinder för nationella myndigheter och domstolar. Det är numera en skyldighet för nationella konkurrensmyndigheter och domstolar att tillämpa hela artikel 81.⁴⁵ Artikel 81.3 har direkt effekt såväl hos nationella konkurrensmyndigheter som hos domstolar.

4.2 Lagstiftningsteknik

Gruppundtagen inom konkurrensrätten som rör olika typer av immateriella ensamrätter tog lång tid att arbeta fram. Redan 1962 hanterade kommissionen första gången uttryckligen frågor om patentlicenser. Ändå tog det ända till mitten av 1980-talet innan den första gruppundtagsförordningen kom. Anledningen till denna fördröjning var sannolikt att kommissionen ville att domsto-

⁴¹⁾ Se vidare <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation>.

⁴²⁾ Tillämpningsförordning 1/2003 artikel 15.

⁴³⁾ TTBER preambeln punkten 4.

⁴⁴⁾ Tillämpningsförordning 1/2003 artikel 1, 5 och 6.

⁴⁵⁾ Tillämpningsförordning 1/2003 artikel 4 och 6.

Katarina Olsson

len skulle ta ställning till några centrala frågeställningar rörande patentlicenser.⁴⁶

Ofta licensieras både patent och know-how tillsammans. Trots detta blev det först två förordningar som kompletterade varandra.⁴⁷ Tekniköverförföringsförordningen från 1996 sammanfogade de två i en förordning.⁴⁸ De blev också den sista förordningen enligt den gamla modellen med svarta och vita klausuler där marknadsställning och andra ekonomiska förhållanden beaktas i begränsad omfattning. Idag med färre gruppundantag är de lättare att få en överblick. Tidigare fanns flera gruppundantag som i praktiken bitvis gick in i varandra. Man kunde ibland fråga om avtalet i sina huvuddelar rörde distribution eller licensiering, kanske franchise eller licensiering.

Den gamla förordningen byggde på ett antal formalistiska regler, där ett antal särskilt uppräknade klausuler möjliggjorde undantag (s.k. "straightjacket"). Dessa földe i stort sett tidigare praxis för individuella undantag av kommissionen. Denna "per se" attityd medförde också att det inte behövdes några riktlinjer eller anvisningar. Gruppundantaget skulle helt enkelt återspeglar de individuella besluten av kommissionen och på så sätt skapa rättssäkerhet och trygghet hos företagen. Man skulle hamna i samma läge som om man fått ett individuellt beslut. Om avtalet inte föll in under gruppundantaget fick man gå till kommissionen och begära ett individuellt undantag.

Kommissionens monopol över undantag enligt artikel 81.3 EGF medförde att kontrollen låg hos myndigheten och företagen hade att rätta in sig i ledet. Rådgivarna arbetade mycket med standardavtal som innehöll just de tillåtna klausulerna, den s.k. "vita listan".

Den nya Förordningen går medvetet ifrån detta tidigare synsätt.⁴⁹ Till Förordningen finns knutet Riktlinjer som innehåller 235 punkter och alltså är mycket omfattande. Dessa Riktlinjer medverkar till att skapa rättssäkerhet och konsekvens för företagen.⁵⁰ Riktlinjerna är därför mycket viktiga. De ska ju möjlig-

⁴⁶⁾ För en historisk beskrivning, se *Jens Fejo*, EU-Konkurrenceret, Almindelig Del (2003) s. 382 ff

⁴⁷⁾ Kommissionens förordning (EEG) 2349/84 av den 23 juli 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal, EGT 1984 L219/15 och Kommissionens förordning (EEG) 559/89 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av know-howlicensavtal, EGT 1989 L61/1.

⁴⁸⁾ Kommissionens förordning (EEG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring, EGT 1996 L31/2.

⁴⁹⁾ Se TTBER preambeln punkten 4.

⁵⁰⁾ TTBER och Riktlinjerna har sin tydliga förebild i regleringen av vertikala avtal, Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om

Tekniköverföringsförordningen – ett sätt att hitta en säker hamn?
göra för enskilda företag att bedöma hur deras licensavtal kommer att uppfattas vid en tillämpning av konkurrensreglerna. Riktlinjernas funktion är även att ge vägledning om tillämpning av Förordningen och om tillämpning av artikel 81 EGF på avtal om tekniköverföring som inte omfattas av förordningen.⁵¹ Följden av den nya Tillämpningsförordningen 1/2003 är, som sagts ovan, att avtalsparterna inte kan anmäla sitt avtal för ”negative clearance” eller för undantag. Företagen ska själva avgöra om avtalet faller under förbudet i artikel 81.1 och vidare om avtalet uppfyller rekvisiten för undantag i artikel 81.3 eller faller in under gruppundantaget.⁵²

Det här systemet med riktlinjer kan låta komplicerat. Det kan konstateras att ett liknande system har använts sedan 1995 i USA i Guidelines for the Licensing of Intellectual Property.⁵³ Många licensgivare och deras rådgivare är därför vana vid den praktiska tillämpningen av detta lagstiftningskoncept.

4.3 Legalitetsprincipen

I artikel 7 EGF anges den s.k. legalitetsprincipen - ”Varje institution ska handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats genom detta fördrag”.⁵⁴ EG-domstolen (Domstolen och förstainstansrätten) har enligt artikel 220 EGF anförtrots uppgiften att säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördraget.

Grunden för TTBER finns i en kedja av delegationer, uttalade eller mer underförstådda.⁵⁵ Man kan diskutera om det är riktigt att delegera ansvaret för utfärdandet av gruppundantag till kommissionen. Konkurrensrättens gruppundantagsförordningar innebär de facto att man sätter huvudregeln i artikel 81.1 ”ur spel” och överlämnar till kommissionen att närmare reglera möjligheter till undantag inom ramen för de mer generella reglerna i artikel 81.3. Reglerna i gruppundantagsförordningarna innebär i vissa avseende rejäla ingrepp i sam-

tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, 29.12.1999 EGT L336/21 och Tillkännagivande från kommissionen, Riktlinjer om vertikala begränsningar (2000/C291/01) EGT 13.10.2000 EGT.

⁵¹⁾ Riktlinjerna punkten 2.

⁵²⁾ Kommissionen kan enligt Tillämpningsförordning 1/2003 preambeln punkten 38 ge informella råd till parterna, eller ett beslut som innebär att artikel 81 inte ska tillämpas på avtalet om allmänintresset så kräver, i Tillämpningsförordning 1/2003 artikel 10.

⁵³⁾ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, issued by U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, April 6, 1995, www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm.

⁵⁴⁾ Jfr Fördraget om Europeiska Unionen artikel 5.

⁵⁵⁾ *Ulf Bernitz/Anders Kjellgren, Europarättens grunder (1999)* s 100 f.

Katarina Olsson

handeln och industriellt samarbete. Kommissionens konkurrensdirektorat har emellertid under åren upparbetat en betydande erfarenhet, såväl om regeltillämpningen som om konkurrensbeteendet hos företag i olika branscher. Det är med denna erfarenhet i bagaget som lagstiftningsprodukterna idag utformas. Kommissionen bör därför vara den institution inom EU som är bäst lämpad att reglera även frågor om tekniköverföring.

Det har också under åren riktats mycket kritik mot att så mycket av kommissionens arbete sker bakom stängda dörrar. Det finns därmed inte utrymme för vare sig kontroll eller diskussion och ännu mindre åtgärder. Moderniseringsprocessen och även tillkomsten av TTBER präglas emellertid av större insyn och samarbete där parterna har fått möjlighet att komma med synpunkter.⁵⁶ Det är tydligt att kommissionen åtminstone i viss utsträckning har lyssnat till remissinstanserna.⁵⁷

4.4 Rättssäkerhet

I Tillämpningsförordning 1/2003 stadgas⁵⁸: "Rättslig säkerhet för företag som verkar enligt gemenskapens konkurrensregler bidrar till att främja innovation och investeringar".⁵⁹ Skapar då TTBER rättssäkerhet för avtalsparterna?

TTBER och Riktlinjerna ska tjäna som mall för avtalsparterna att hitta "säkra gränser" för att bedöma om avtalet:

- faller utanför artikel 81⁶⁰ eller
- faller in under gruppundantaget⁶¹ eller
- faller in under artikel 81.3⁶² eller
- faller in under artikel 81.1⁶³

⁵⁶⁾ Se www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/technology_transfer. Comments received in relation to the "Draft new block exemption regulation and draft guidelines on the application of Article 81 to technology transfer agreements".

⁵⁷⁾ Se Erik Vollebregt, The Changes in the New technology Transfer Block Exemption Compared to the Draft, (2004) E.C.L.R., Issue 10 s. 660 f.

⁵⁸⁾ Tillämpningsförordning 1/2003 preambeln punkten 38.

⁵⁹⁾ Den allmänna principen om enskildas rättssäkerhet har EG-domstolen hänvisat till vid flera tillfällen och inte endast i mål om konkurrens.

⁶⁰⁾ Riktlinjerna punkten 36.

⁶¹⁾ Riktlinjerna punkten 38 ff.

⁶²⁾ Riktlinjerna punkterna 37 och 130 ff.

⁶³⁾ Riktlinjerna punkterna 10 ff och 130 ff.

Tekniköverföringsförordningen – ett sätt att hitta en säker hamn?

I debatten och i remissvaren har framför allt reglerna om beräkning av tröskelvärdens och avgränsning av marknaden kritiseras.⁶⁴ Kritikerna menar att rättsosäkerheten kommer att leda till ökade kostnader för företagen och förseningar i finansiering av teknologi p.g.a. de risker som förknippas med osäkerhet om vilka regler som ska tillämpas på avtalet. Det finns vidare en risk för minskad licensiering vad avser små och medelstora företag eftersom det är viktigt att teknikinnovativa mindre företag kan ta sig in på en marknad genom licensavtal där man tillåts dra nytta av större företags resurser. Det konstateras vidare att nationella domstolar med liten erfarenhet av konkurrensrätt och ekonomi inte kan tillämpa Förordningen och Riktlinjerna. Företagen kommer att behöva ta kontakt med konkurrensmyndigheterna och be om informell vägledning.

Konkurrenslagstiftningen är idag ett regelverk riktat till experter. Inte ens en jurist med god allmän juridisk kunskap klarar regelverket och den omfattande praxis som finns. Detta är svårt att förstå för personer i företagen som i sin dagliga verksamhet ska ”tjäna pengarna”. Reglerna skapar då ett osäkert klimat för verksamheter inom industrin, där innovation och teknik är viktiga byggstenar.

Rättssäkerhetsdiskussionen har flyttats upp på dagordningen i samband med moderniseringprocessen. Det faktum att företagen själva ska avgöra om avtalet omfattas av en förbudsregel eller av någon form av undantag ställer stora krav på rådgivarna. Risken finns att osäkerheten kan användas av en motpart i en förhandlingssituation. Man kanske vill ”krypa ur” avtalet och hävdar att avtalet bryter mot konkurrensreglerna. Det som från början var en ren köprättslig tvist kan utvecklas till ett mål med komplicerad bevisning om ett avtals påverkan på konkurrensen på en viss marknad.⁶⁵

Konkurrensrätten ställs ibland mot urgamla avtalsrättsliga principer och inte minst respekten för avtalet som institutet inom handeln - *pacta sunt servanda*. Man måste kunna lita på att avtal kan hållas. En komplicerad reglering som ”bryter in i” avtalsrätten innebär då att respekten för avtalskonstruktionen kan luckras upp. Det är viktigt i ett rättssamhälle att man inte luckrar upp förtroendet för avtal. Osäkerheten om regelsystemet och dess tillämpning kan också leda till ett ökat antal rättsprocesser. Risken är vidare, som påtalats

⁶⁴⁾ Den rättssäkerhetsaspekt som rör den parallella tillämpning av konkurrensreglerna, dvs. EG:s konkurrensregler och nationella konkurrensregler tas inte upp här.

⁶⁵⁾ Bevisbördereglerna är ju numera tydligt formulerade i Tillämpningsförordning 1/2003 artikel 2. Bevisbördan åvilar den part eller myndighet som gör gällande överträdelse av artikel 81.1 eller artikel 82. Det företag som vill åberopa undantagsbestämmelserna i artikel 81.3 har bevisbördan för att villkoren är uppfyllda.

Katarina Olsson

ovan, att man avstår från licensiering till förmån för andra sätt att överföra värden, t.ex. försäljning eller vertikal integration.

Kritiken om bristande rättssäkerhet kan balanseras mot kravet på förutsebarhet. Den individuella bedömningen ska ju ske mot bakgrund av Riktlinjerna. Riktlinjerna är visserligen omfattande men också relativt tydliga i fråga om bedömning av de avtal som av någon anledning inte omfattas av TTBER men där det kan bli aktuellt att tillämpa art 81.1 eller 81.3. I själv verket är det nog så att Riktlinjerna bidrar till en ökad rättssäkerhet för företagen när de ska tillämpa Förordningen.

4.4 Proportionalitet

Principen om proportionalitet, artikel 5.3 EGF, genomsyrar EG:rätten och dess tillämpning. Gemenskapen ska inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen med fördraget. Balansen mellan mål och medel måste alltid upprätthållas.⁶⁶ Är regleringen i TTBER proportionell i förhållande till det mål man vill uppnå? Idag har vi en övergripande Förordning med tydliga Riktlinjer. Målsättningarna är relativt klart angivna om än något övergripande och kommer främst till uttryck i ingressen i Förordningen och i inledningen till Riktlinjerna.

En viktig utgångspunkt är att det är klart uttalat att det inte finns någon presumption för att de avtal som faller utanför gruppundantaget är olagliga.⁶⁷ Detta innebär att de flesta licensavtal ska betraktas som lagliga antingen därför att de helt faller utanför tillämpningen av artikel 81 eller därför att de omfattas av en undantagsmöjlighet. Ett förbjudet licensavtal ska därför vara en ovanlig företeelse.

De krav som ställs på Förordningen från kommissionens sida är att den ska garantera en effektiv konkurrens och ge företagen rättssäkerhet. Ett sätt att uppnå dessa mål är enligt kommissionens mening att förenkla regelverket.⁶⁸

På den politiska agendan står att EU måste verka dynamiskt. Nya teknologier måste tillåtas utvecklas. Teknologierna måste också snabbt komma ut på marknaden. Därför måste det finnas system som gör det lätt att få ut teknologi till tredje person. Den som innehåller en immateriell rättighet måste erbjudas

⁶⁶⁾ *Ulf Bernitz/Anders Kjellgren*, Europarättens grunder (1999) s 108. Det ska ske ett proportionalitetstest i tre steg med utgångspunkt i frågorna: Kan åtgärden uppnå syftet? Är åtgärden nödvändig för att uppnå syftet? Står åtgärden i skälig proportion till syftet?

⁶⁷⁾ Riktlinjerna punkterna 9 och 130.

⁶⁸⁾ TTBER preambeln punkten 4.

Tekniköverföringsförordningen – ett sätt att hitta en säker hamn? incitament att tillåta andra att använda teknologin. T.o.m. en begränsad konkurrens är bättre en ingen konkurrens alls (dvs. att innovatören inte meddelar någon licens alls). Det är ju innovatören/rättighetshavaren själv som avgör om andra ska få utnyttja hans innovationer.

Till skillnad från många andra avtal innehåller licensavtal ofta en mycket högre risk om avtalet misslyckas. Överlämnad information kan aldrig föras tillbaka. Förordningen fokuserar här på vissa typer av risker med särskilda klausuler i ett licensavtal och mindre på de ekonomiska fördelarna med licensiering. En innovatör borde uppmuntras att dela teknologisk information med andra. Risken är att företagen väljer vertikal integration genom att köpa teknologi, istället för att investera i licenser. Om man bara läser gruppundantaget är det alltså lätt att få intycket att licensiering är något olagligt eller åtminstone omgärdat med en hård och restriktiv reglering. Så är nu inte fallet.

Man ska inte glömma att Förordningen har en styrande effekt i den meningen att parterna troligen väljer att förhandla in sig i gruppundantaget i stället för att välja den ur företagens synvinkel kanske mest effektiva lösningen enbart p.g.a. oro för konkurrensmyndighetens ingrepp.

Slutsatsen blir nog ändå att om man jämför med tidigare förordningar med all sin detaljreglering är det nya systemet betydligt bättre. Nu är systemet mer flexibelt och troligen också mer proportionellt i förhållande till det mål kommissionen vill nå. Den ”flexibla” regleringen i sig skapar dock vissa problem, se vidare nedan avsnitt 5.

5. Konkurrensrätten

Utgångspunkten är att vi rör oss i området inom eller runt artikel 81 EGF. Det kan kanske förefalla överflödigt att konstatera att ett licensavtal faller inom ramen för rekvisitet avtal i artikel 81 EGF.⁶⁹⁾ Under processens gång har man att hantera frågor om märkbarhet, avtalsklausuler som kan innehåra en förbjuden konkurrensbegränsning, undantagsmöjligheter och samhandelskriterium. Här nedan kommer jag endast att beröra några punkter som kan diskuteras rörande TTBER.

⁶⁹⁾ Även om jag rör mig inom artikel 81 EGF får man inte glömma möjligheten att tillämpa artikel 82 om det är frågan om ett dominant företag som använder immaterialrätten på sådant sätt att det kan betraktas som ett missbruk.

5.1 Ingen presumption för olaglighet

Precis som i den gamla tekniköverföringsförordningens preamble så får man i Förordningens preamble klart för sig att kommissionen i ett konkurrensrättsligt perspektiv ställer sig allmänt positiv till licensiering av teknik. Läser man sedan de materiella bestämmelserna kan man nästan få intryck av att licensiering av teknik borde vara helt förbjudet. Särskilt den s.k. svarta listan i artikel 4 TTBER är mycket omfattande. Den svarta listan fungerar ju som ett undantag från undantaget. Den pedagogiska utmaningen blir sedan att det finns ytterligare en nivå av undantag i artikel 4.

Det finns numera inte någon presumption för att avtal som inte omfattas av förordningen skulle falla under artikel 81.1, eller att det skulle vara uteslutet med ett individuellt undantag enligt artikel 81.3.⁷⁰ Det finns inte heller någon presumption för att immateriella rättigheter och licensavtal i sig medför konkurrensproblem.⁷¹ Enligt kommissionens mening är det så att de flesta licensavtal inte begränsar konkurrenserna utan tvärtom skapar effektivitetsvinster vilket är konkurrensbefrämjande. De allra flesta licensavtal är alltså förenliga med artikel 81 eller omfattas inte av artikel 81 p.g.a. de inte begränsar konkurrenserna eller därför att konkurrensbegränsningen inte är märkbar.

5.2 ”Säkra” avtal

Den nya Förordningen definierar ett antal kategorier av tekniklicensavtal som ”säkra”. Förutsättningarna är att företagen p.g.a. sin marknadsnärvaro faller under vissa tröskelvärden och därför befinner sig i en ”positive safe harbour” eller, om man faller utanför tröskelvärdena, att det finns tillräcklig konkurrerande teknologi - ”negative safe harbour”.⁷² Dessutom är det en förutsättning att avtalet inte innehåller några särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar - ”hard core restrictions”.⁷³ Allt detta tillsammans innebär en säker hamn - ”safe harbour”. Avtalsparterna ska alltså – under förutsättning att det vet sin marknadsandel - kunna känna sig säkra på att avtalet kan tillämpas ”som det är skrivet”.

⁷⁰⁾ Förordningen preambeln punkten 12 och Riktlinjerna punkten 130.

⁷¹⁾ Riktlinjerna punkterna 9 och 37.

⁷²⁾ Se Riktlinjerna punkterna 24 och 131. Om de finns fyra eller flera tekniker som kontrolleras av andra än avtalsparterna och som dessutom kan vara utbytbara mot den licensierade tekniken är det inte troligt att parterna bryter mot artikel 81.1.

⁷³⁾ TTBER artikel 4.

Tekniköverföringsförordningen – ett sätt att hitta en säker hamn?

Utanför ”safe harbour” krävs en individuellt bedömning av varje avtal. I Riktlinjerna anges⁷⁴ ett antal viktiga faktorer att ta hänsyn till. Faktorernas relativa betydelse kan variera utifrån förutsättningar i det enskilda fallet.

I Riktlinjerna ges också förutsättningarna för bedömning för undantag enligt artikel 81.3. De tolkningsprinciper som framgår av Riktlinjerna innebär ett supplement till ”safe harbour” genom att det ställs upp principer och förutsättningar för den effektbaserade tillämpning som ”safe harbour-systemet” bygger på. Den effektbaserade synen, som också de vertikala och horisontella riktlinjerna⁷⁵ bygger på, grundas på en analys av ett avtals troliga ekonomiska effekter på den relevanta marknaden.⁷⁶

5.3 Konkurrenter eller inte

I TTBER görs en tydlig åtskillnad mellan om företagen är konkurrenter eller inte.⁷⁷ Åtskillnaden bygger på synsättet att avtalet mellan konkurrenter ofta är mer konkurrensbegränsande än mellan icke-konkurrenter. Redan tröskelvärdena härförs till detta - 30 % för icke-konkurrenter och 20 % för konkurrenter. Konkurrerande teknik och konkurrerande företag har givetvis stor betydelse vid bedömningen. I Förordningens mening ska man titta på konkurrenssituationen mellan företag med konkurrerande teknik och företag som använder samma teknik. Inte nog med det utan man ska även ta hänsyn till konkurrensen mellan parterna och konkurrensen från tredje man.⁷⁸

Artikel 4 i Förordningen innehåller särskilt allvarliga begränsningar ur konkurrensspunkt och innebär att avtalet kan ”trilla ur” undantaget. Även i dena viktiga bestämmelse måste man ”hålla tungan rätt i munnen” och kunna avgöra om företagen är konkurrenter eller inte. Bestämmelserna tillämpas helt enkelt olika beroende på hur förhållandet är parterna emellan.

Konkurrensbegränsningar är mest troliga i situationen när ett licensavtal skadar konkurrensen mellan företag som hade varit faktiska eller potentiella konkurrenter på den relevanta marknaden om licensen inte funnits.

⁷⁴⁾ Riktlinjerna punkten 132.

⁷⁵⁾ Tillkännagivande från kommissionen Riktlinjer om vertikala begränsningar (2000/C 291/01) EGT 13.10.2000 och Tillkännagivande från kommissionen Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal (2001/C 3/02) EGT 6.1.2001.

⁷⁶⁾ TTBER preambeln punkten 4

⁷⁷⁾ Se definitionen i Förordningen artikel 1 (1.j).

⁷⁸⁾ Riktlinjerna punkten 12 a.

Katarina Olsson

Avtalsparterna måste alltså redan när avtalet skrivs ha skaffat sig en god uppfattning om hur konkurrenterna ser ut, vem som kan vara potentiell konkurrent och vilka företag som betraktas som icke-konkurrenter.

5.4 Vad är marknaden?

Om de avtalsslutande företagen hamnar över ovan nämnda tröskelvärden kan avtalet inte åtnjuta förmånen av ett undantag enligt Förordningen. Detta synsätt fanns inte i den gamla förordningen. Det har framförts kritik mot lagstiftningstekniken att utgå från ”trösklar”. Många anser att det är alltför statiskt sätt att avgöra en potentiell konkurrenspåverkan. Icke desto mindre förekommer tröskelvärden numera i flera gruppundantagsförordningar från kommissionen.

I nästan varje situation där konkurrenstrycket eller påverkan på konkurrensen ska avgöras måste man göra en avgränsning och analys av den marknad som är aktuell. Det är därför inte förvånande eller unikt att så sker även i Förordningen.⁷⁹ Marknadsdefinitionen är i själva verket helt central. För att kunna tillämpa TTBER måste man först göra en marknadsavgränsning och sedan se till företagens position på denna marknad. Man tittar även på konkurrenternas marknadsställning, köparnas marknadsställning, förekomsten av potentiella konkurrenter och inträdeshinder.

Om avtalsparternas marknadsandel vid något tillfälle överstiger ovan nämnda tröskelvärden kommer avtalet att falla utanför förordningen.⁸⁰ Om det – förutom avtalsparternas teknik - finns färre än fyra oberoende kontrollerade och utbytbara tekniker vid något tillfälle så kommer avtalet också sannolikt att falla utanför förordningen.⁸¹ Avtalsparterna måste alltså hela tiden ha kontroll över sin marknad.

Lägg därtill att marknaden i förordningens terminologi kan delas in i produktmarknad, teknikmarknad och även innovationsmarknad.⁸² Företagen måste alltså bevakta sina marknadspositioner både vad avser produkter och teknologi. Avtsrättsligt borde detta innebära att man bör förhandla klausuler i avtalet som lätt medger förändringar om verkligheten förändras.

⁷⁹⁾ Riktlinjerna punkten 16.

⁸⁰⁾ Vissa ”övergångsregler” finns i Förordningen artikel 8.2.

⁸¹⁾ Riktlinjerna punkten 131.

⁸²⁾ Riktlinjerna punkterna 21, 22 och 25.

Tekniköverföringsförordningen – ett sätt att hitta en säker hamn?

Många remissinstanser har varit kritiska till tröskelvärdena just med anledning av svårigheterna att fastställa marknaden. De komplicerar tillämpningen av Förordningen och leder till rättsosäkerhet. Dessutom ska parterna göra en *ex ante* bedömning, dvs. redan innan de träffar avtalet. När konflikten väl har uppstått handlar de oftast om en *ex post* bedömning. Konflikten uppstår ofta när avtalet redan tillämpas en tid och man kanske har ”facit i hand”.

Marknadsandelsgränser kan vara bra i många sektorer av industrin men när det gäller högteknologiska marknader kan läget vara ett annat. En hög marknadsandel är inte alltid liktydig med marknadsstyrka. Redan själva ”naturen” hos en licens innebär att man har kanske närmare 100 % av marknaden. Många licensavtal kommer därför inte att omfattas av förordningen p.g.a. tröskelvärdena. Men olika sektorer inom näringslivet har olika utmärkande drag. Inom IT sektorn är antalet pantent mycket stort men det ovanligt att en patentägare äger och/eller licensierar ut en hel teknologi. Ett nytt läkemedel har kanske bara tio patent knutna till sig. En 3G telefon lär ha mer än 4 326 patent bara i Frankrike. När man licensierar ut en teknologi kan det vara mycket svårt att veta hur många applikationer tekniken kan användas till. Detta kan innebära problem vid marknadsavgränsningen.

Innovationsmarknaderna är under en ständig förändring, kanske mer än någon annan marknad. Relevant marknad och marknadsandelar kan skifta snabbt över tiden och ett avtal kan därför ”hoppa in och ur förordningen” över tid. Hur agerar man då som rådgivare? När det gäller helt nya produkter är det möjligt att dessa initialt kan utgöra en egen marknad medan de så småningom går in i en annan marknad. Att inte omfattas av TTBER kan då ses som en ”bestrafning” för dessa nya teknologier. För att komma tillräffa med dessa problem har flera remissinstanser föreslagit att man inför ett generellt 5 årsundantag oberoende av marknadsandelen vid olika typer av ny teknologi. Så har emellertid inte blivit fallet i Förordningen.

Oron över kraven på marknadsavgränsning för tillämpning av TTBER visas tydligt i remissvaren. Det enskilda remissvaret ger ofta uttryck för just den marknad som företaget eller företagen i fråga befinner sig på.

Det som möjligtvis talar för användande av marknadströsklar är att ett sådant system är själva inkörsporten till ett mer ekonomiska angreppssätt och det är ju något som industrin ställer sig positiv till.

5.5 Kristallkulen ska fram

För företagen kommer tillämpningen av TTBER att innebära att man nu måste lämna standardavtalssynen och man måste i varje fall göra en dynamisk risk-

Katarina Olsson

analys av avtalet i marknadens kontext. Det handlar ofta om att titta i kristallkulen! Anledningen till detta är ju att ”safe harbours” är hänskilda till potentiellt fluktuerande marknadsandelar eller till antalet utbytbara tekniker. Den gamla förordningen hänvisade direkt till ett antal förbjudna klausuler.

Den analysteknik som kommissionen anvisar⁸³ i riktlinjerna är att man ska ta utgångspunkt i de konkurrensförutsättningar som skulle råda om det aktuella avtalet inte existerade. Man ska fråga sig hur skulle konkurrenssituationen ha sett ut på marknaden om rättighetsinnehavaren hade utvecklat teknologin själv som en monopolproducent.

Problemet kan bli att företagen måste göra en *ex ante* bedömningen både vad avser marknadsandelar och tänkbara substitut eller jämförbara kostnader. Den långsiktiga bedömningen blir självtklart svår. Lagligheten av en bestämd konkurrensbegränsning kommer ju i praktiken att prövas när licensgivare försöker att genomföra den, dvs. i en *ex post* situation, och inte vid tidpunkten när avtalet träffas.

6 Avslutning

Flexibilitet har varit viktig för kommissionen.⁸⁴ För att flexibilitet ska fungera är det viktigt med tydliga dokument. Att generellt diskutera TTBER och läsa Riktlinjerna med 235 punkter är svårt. Lagstiftningspaketet framstår då mer som ett ”mixmax” av detaljregler, undantag från undantaget från undantaget. Hur ser t.ex. ett licensavtal ut där användningsområdet är assymetriskt och där avtalet innehåller ömsesidiga förpliktelser mellan konkurrerande företag och där man vill förbjuda passiv försäljning till ett exklusivt område och där licenstagaren åtar sig begränsningar i att utnyttja egen teknik och där avtalet dessutom innehåller grant-back klausuler?

För avtalsparterna i det enskilda avtalet däremot, kan Förordningen och Riktlinjerna upplevas som relativt flexibla. Företagen kan sin teknik, kan förhoppningsvis sin marknad och sina konkurrenter. I det läget behöver det inte bli så komplicerat.

Generellt kan nog sägas att en mer ändamålsinriktad bedömning med ett ekonomiskt synsätt i grunden är bättre än stelbenta förbudsregler och lika stelbenta undantagsregler som tillämpas utan hänsyn till marknadens specifika förhållanden. Men det kan bli kostsamt för företagen att omfattas av grupp-

83) Riktlinjerna punkten 11.

84) Det syns redan i Riktlinjerna punkten 3.

Tekniköverföringsförordningen – ett sätt att hitta en säker hamn? undantaget. I cost–benefit analyser är det inte säkert att företagen tycker att det är värt kostnaden att genomföra de ingående undersökningarna som man måste göra för att vinna någorlunda klarhet i om licensen är tillåten eller inte.

I det enskilda förhållandet tror jag att Riktlinjerna kommer att vara till stor hjälp, men det kräver en god rådgivare som kan läsa och förstå och sedan ge råd. Den pedagogiska tekniken är att ha god kunskap om strukturen och innehållet i riktlinjerna och att sedan plocka ut de punkter som rör det aktuella avtalet. År avtalsparterna t.ex. konkurrerande företag är det vissa avsnitt i riktlinjerna som man ska läsa.

I grunden är licenssamverkan en effektiv samarbetsform som ger små och medelstora företag en möjlighet att tillsammans lösa problem som de inte klarar var och en för sig. Alternativen till att licensiera ut teknik är egentablering eller förvärv. Det klarar ett mindre företag oftast inte av. Licenssamverkan leder därför till mångfald och därmed också en ökad konkurrens.

Den nya Förordningen kommer att kräva en annan approach av licensgivarna och deras rådgivare. Det som i den gamla förordningen var ”straight jacket” kommer inte helt att ersättas av en ”safe harbour”. Det innebär minskad rättssäkerhet. Systemet i Tillämpningsförordning 1/2003 – ingen möjlighet till undantag *ex ante* – kommer också att innebära en mindre grad av rättssäkerhet. Licensgivarna måste göra ”självutvärdering” utifrån principerna i Riktlinjerna. Riktlinjerna ligger också närmare amerikansk rätt vilket kan medföra att det blir lättare att förhandla globala avtal.

Som en akademiker kan jag läsa Förordningen och Riktlinjer och se en konsekvens. Men ingen reglering lever i ett vacum. Regleringen ska användas av verkliga mäniskor i verkliga företag. Vi vet alla att verkligheten ofta är mer komplicerad och mångfacetterad än en teorins önskemål om konsekvens och enhetlighet.

DET OFFENTLIGE OG KONKURRANSE I MARKEDSSTATEN – SÆRLIG OM SEKTORREGULERING OG KONKURRANSEREGLER PÅ DE REGULERTE SEKTORER

Hans Petter Graver

Innledning – sektorlovgivningens Janusansikt

Sektorregulering og regulerte sektorer er begreper som kan dekke over en rekke ulike fenomener. Ser man over landegrensene, finner man at vidt forskjellige økonomiske aktiviteter er gjenstand for særregulering. Disse kan spenne over områder som markedsføring, transport, helsetjenester, kraftforsyning, radio- og TV-produksjon, finansielle tjenester og liberale yrker for å nevne et lite utvalg. Gjennomgående finner vi i dag at det stort sett er tjenester som er underlagt slik regulering og i mindre grad industri og handel.

Formålene med sektorregulering varierer fra sektor til sektor. Innen telekomunikasjon, energi og transport er det et viktig formål å åpne sektoren for konkurranse. På andre områder som liberale yrker, helsetjenester og avfallsbehandlingen har reguleringen til formål å korrigere for markedsimperfeksjoner knyttet til for eksempel informasjonsmangel eller behovet for fellestjenester. På etter andre områder er formålet ikke å bedre eller korrigere konkurransen, men å forfølge andre mål av politisk og sosial karakter som for eksempel å beskytte forbrukere mot helsekadelige produkter eller å sikre en sosial fordeling. Denne oppdelingen er stilisert, idet det i praksis gjerne vil være slik at reguleringen på en sektor i større eller mindre grad forfølger flere mål på en gang.

I denne presentasjonen vil jeg ta for meg spørsmål knyttet til den første gruppen av sektorregulering, den hvor det å åpne en sektor for konkurranse i alle fall er ett av reguleringens sentrale mål. En av de mest omfattende endringer som er skjedd med overgangen fra velferdsstat til markedsstat er avmonopoliseringen av industrier og tjenester som tidligere var forbeholdt statsselskaper. Blant disse sektorene finner vi energiproduksjon og -forsyning, telekommuni-

Hans Petter Graver

kasjon, post, jernbane for å nevne noen. Dette er en utvikling som er parallel i alle land i EØS-området.¹⁾

Avmonopoliseringen skaper med et slag markedsaktører, men skaper ikke av den grunn et marked. Ofte må andre aktører hjelpes til å etablere seg, i form av tilgang til infrastruktur og andre fasiliteter som den tidligere monopolisten rår over. Siden ressursene ofte er resultat av investeringer som i store deler for lengst er betalt og nedskrevet av staten, gir forhold som kostnader og priser seg ikke uten videre av markedet. Og så lenge det ikke eksisterer en virksom konkurranse, står kundene i praksis ubeskyttet i forhold til den tidligere statsmonopolisten, som i tillegg til sin markedsstilling ofte er produsent eller leverandør av en ytelse kundene er avhengige av. Slike grunner tilsier at det utvikles et regelverk som gir muligheter til en mer aktiv oppfølging enn de generelle konkurranseregler gir til pålegging av leveringsforpliktelse, prisregulering og strukturelle tiltak.

Samtidig som regulering er nødvendig for å skape en situasjon med marked og konkurranse, finnes imidlertid gjennomgående "public interest" grunner til offentlig regulering av sektoren.²⁾ Slike hensyn kan være forsyningssikkerhet i energisektoren, kulturhensyn i radio- og tv-sektoren, det å sikre landsomfattende dekning med utjevnede priser i kommunikasjon og samferdsel etc. Hensynet til at aktørene skal kunne utføre vareta slike offentlige hensyn kan kreve at de i en viss grad gis beskyttelse mot konkurranse fra aktører som ikke er underlagt slike forpliktelser. Beskyttelsen kan for eksempel bestå i at de gis særlige eller eksklusive rettigheter på et område, at de pålegges å operere ut fra ikke-kommersielle hensyn eller at det offentlige gis særlig innflytelse over virksomheten og driften.

Anvendelse av konkurranseregler og oppbygningen av et sektorspesifikt regelverk med offentlig intervension representerer to forskjellige måter å organisere et marked på. Ofte er det slik at konkurransereglene har til formål å fremme

¹⁾ Se Rauf Gonenc, Maria Maher and Giuseppe Nicoletti, *The Implementation and the Effects of Regulatory Reform: Past Experience and Current Issues*, Economics Department Working Papers no. 251, OECD 2000. For en behandling av forholdet mellom generelle konkurranseregler og regulerte sektorer i svensk rett se Bernitz og Edwardsson (red.) *Konkurrens på reglerade marknader*, Juridiska fakulteten i Stockholm, skriftserien nr. 59, 1999. Eva Edwardsson, *Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar*, Uppsala 2003 gir en generell behandling av forholdet mellom konkurranseregler og offentlige reguleringer, men går ikke spesielt inn på de regulerte sektorer slik jeg avgrenser dem her.

²⁾ For en fremstilling av reguleringen av elektrisitets- og telesektoren med særlig vekt på regulering for å vareta "public interest" se Ulf Hammer, *EC Secondary Legislation of Network Markets and Public Service: An Economic and Functional Approach* i *Journal of Network Industries Volume 3* (2002) s. 39-75.

Det offentlige og konkurranse i markedsstaten – særlig om sektorregulering og konkurranseregler på de regulerte sektorer

økonomisk effektivitet gjennom virksom konkurranse, mens offentlig regulering for øvrig fremmer andre samfunnshensyn av almen betydning. Innen de liberaliserte sektorer er dette sammepillet som regel annerledes fordi sektorreguleringen både har et konkurransefremmende og et sett av almene formål som skal fremmes samtidig.

Forholdet mellom konkurransereglene og sektorregler

Det er flere fasetter i forholdet mellom generelle konkurranseregler og sektorregelverk. Generelt kan man si at offentlige regler og konkurranseregler står i et komplementært forhold til hverandre og førfølger forskjellige mål og sider ved foretakenes oppreden. Mens konkurransereglene skal sikre økonomisk effektivitet, skal reguleringene sikre mål som markedet ikke uten videre tar seg av som miljø, sikkerhet for arbeidstakere og en rimelig sosial fordeling av velferd. Slike reguleringer opphever imidlertid ikke behovet for konkurranseregler og muligheten til for eksempel å hindre karteller eller misbruk av monopolmakt.

På de liberaliserte sektorer har som nevnt sektorreguleringen konkurransen som mål i tillegg til sektormålene. I disse tilfellene kan reglene ses på som en erstatning for de generelle konkurranseregler. For eksempel vil direkte regulering av prissettingen til en naturlig monopolist gjøre en konkurranserettlig kontroll med at foretaket ikke misbruker sin monopolstilling overflødig. I slike tilfeller foreligger det i det minste potensial for overlapp mellom sektorreguleringen og konkurranselovgivningen som kan gi opphav til rettsusikkerhet der som overlappet ikke reguleres i lovgivningen eller i samarbeid mellom de myndigheter som fører tilsyn med regelverket.

I en viss utrekning vil imidlertid sektorreglene i seg selv fungere som etableringshindre i markedet. Dette er tilfellet med konsesjons- og godkjenningsordninger og andre forhold som gir særrettigheter til etablerte aktører. I disse tilfellene vil det være et potensial for diskusjon og uenighet mellom sektormyndigheter på den ene side og konkurransemyndigheter på den annen side om etableringsskranken kan begrunnes i særlige almene behov eller om den går ut over dette.

Et viktig spørsmål er derfor hvordan forholdet mellom sektorreguleringen og de generelle konkurransereglene er ordnet. Spørsmålet kan oppstå på nasjonalt nivå, på felleskapsrettsnivå og mellom de to nivåene. På nasjonalt nivå må spørsmålet løses ut fra en tolkning av de aktuelle lovene da det ikke kan oppstilles noe generelt prinsipp om at den ene typen regler går foran den andre

Hans Petter Graver

dersom de er av samme trinnhøyde, noe jo lovgivning normalt vil være.³⁾ Om konflikter mellom nasjonal sektorlovgivning og de fellesskapsrettslige konkurranseregler er det heller ikke så mye å si av den grunn at det er klart at fellesskapsretten har forrang. Det spørsmål som dermed gjenstår som analyseobjekt er forholdet mellom konkurranseregler og sektorregler på fellesskapsnivå.

Utgangspunktet i fellesskapsretten er at konkurransereglene har forrang fremfor den sektorspesifikke reguleringen i den forstand at det ikke i medhold av sektorreglene kan pålegges ordninger i strid med de generelle konkurransereglene. Dette gjelder selv om den nasjonale sektorreguleringen har basis i fellesskapsregler, fordi direktiver og forordninger må tolkes og praktiseres innenfor de rammene som traktatens bestemmelser setter.⁴⁾ På den annen side pålegger EF-traktaten art. 16 Fellesskapet og medlemsstatene å sørge for at tjenester av almen økonomisk betydning ytes på grunnlag av prinsipper og vilkår som gjør det mulig for dem å oppfylle sine oppgaver. I tilknytning til dette gir artikkel 86 (2) den nødvendige frihet til å fravike konkurransereglene for slike foretak. De nærmere kriterier for anvendelsen av denne bestemmen går jeg ikke inn på her.⁵⁾

Konkurransereglene kan på den annen side ikke være til hinder for at sektorlovgivningen gir hjemmel for å gå lengre i reguleringen enn det konkurransereglene selv gir hjemmel til. Det kan for eksempel ofte være vanskelig ut fra en ren konkurranserettlig vurdering å fastslå om den pris en dominerende aktør krever for tilgang til en nødvendig tjeneste er urimelig, da dette krever påvisning fra konkurransemyndighetenes side av bl.a. kostnader, kapasitet og kompensasjon for innsats og rettigheter knyttet til tjenesten. Dette er ikke til hinder for at sektormyndighetene har og bruker en hjemmel til å fastsette en pris for tredjepartstilgang, og den pris som fastsettes kan ikke angripes med den begrunnelse at myndighetene ikke kan påvise at vilkårene for å gripe inn etter konkurransereglene foreligger. Dette er for eksempel lagt til grunn i forarbeidene til den norske ekomloven:

³⁾ Et stykke på vei, men ikke særlig langt kan man nå med *lex specialis* og *lex posterior*-prinsippene, men ikke særlig langt, og neppe med særlig tyngde i forhold til mer spesifikke faktorer som de aktuelle lovbestemmelsene og deres utforming, se Eva Edwardsson, *Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar* Uppsala 2003 s. (kap 1 og 2)

⁴⁾ Se EF-domstolen sak 66/86 Ahmed Saeed, Saml. 1989 s. 803 særlig avsnitt 51-52 og Kommisjonens retningslinjer for anvendelse av EFs konkurranseregler på telekommunikasjonsektoren EFT 1991 Nr. C 233/2.

⁵⁾ For en generell behandling se Jens Fejø, EU-konkurrenceret almindelig del 3 utg., København 2003 kapittel IV.

Det offentlige og konkurransen i markedsstaten – særlig om sektorregulering og konkurranseregler på de regulerte sektorer

"Bruk av en tilnærmet konkurranserettlig metode på dette området medfører ingen automatikk i at resultatet av en eventuell konkurranserettlig vurdering av markedsmakt blir identisk med den sektorspesifikke vurdering av sterk markedsstilling. Ulike resultater kan følge av ulik markedsavgrensning eller ulik vurdering av markedsstilling. Dette følger blant annet av at sektorreguleringen søker å ta hensyn til utviklingen frem i tid (ex ante) og dermed har et videre perspektiv på markedsinndelingen enn konkurransereguleringen, av at sektorreguleringen tar utgangspunkt i forhåndsdefinerte markeder, samt av at sektorreguleringens periodiske gjennomganger kan gi informasjon som fører til andre resultater enn om resultatet var basert på en enkeltstående markedsjennomgang."⁶

Konkurransereglene kan med andre ord ikke brukes som forsvar av foretak mot inngrep fra myndighetenes side der for eksempel dominans eller misbruk av denne ikke er påvist.

Nærmere om reguleringen av liberaliserte sektorer

Selv om vi holder oss til de liberaliserte sektorer og retten på fellesskapsnivå er forholdet det at det er tale om regler som både i målsetting, struktur og innhold varierer meget fra sektor til sektor.⁷ Det finnes for eksempel ingen enhetlig tilnærming til bruk av konsesjoner, konsesjonsvilkår eller saksbehandling for å fremme konkurranse og likebehandling. Dette er uttrykk for at de krav som stilles, må tilpasses de aktuelle tekniske, økonomiske og politiske forhold. I tråd med dette uttaler kommisjonen i grønnboken om tjenester av almen økonomisk betydning:

"The Community has adopted different regulatory strategies for different network industries and services of general interest. This is because these industries are indeed different and at different stages of the liberalisation process. They differ notably in their profitability, their production structure, their capital intensity, their methods of service delivery, and their demand structure."⁸

⁶⁾ Se Ot.prp. nr. 58 s. 99

⁷⁾ Se i samme retning Klaus J. Hopt, Transsectoral Issues of Regulation i Jürgen Basedow, Harald Baum, Klaus J. Hopt, Hideki Kanada and Toshiyuki Kono (eds.) Economic Regulation and Competition, The Hague 2002 s. 306.

⁸⁾ Green paper on services of general interest COM/2003/0270 final avsnitt 71.

Hans Petter Graver

Det er ikke mulig innenfor rammene av denne presentasjonen å dekke mangfoldet eller gi noen oversikt over reguleringen på tvers av sektorer. Den som er interessert i å studere den enkelte sektor må henvises til spesiallitteraturen som er meget omfattende.⁹ Jeg vil i det følgende illustrere spennet i sektorreguleringen ved å gi en kort skisse over reguleringen på to sektorer, elektronisk kommunikasjon og jernbanetransport. Fokus er lagt på reguleringen av tildeiling av ene- og særrettigheter og kravet til konkurransen. På den ene sektoren er liberaliseringen kommet langt og det fellesskapsrettslige regelverket meget utviklet. På den andre er utviklingen nærmest ikke kommet i gang, og det finnes lite sektorregler på det fellesskapsrettslige plan. Deretter vil jeg se nærmere på to spørsmål som er av strategisk betydning for alle de regulerte sektorer, tildeling av særrettigheter til enkelte aktører og sikring av offentlig kontroll over kommersielle aktører som utfører oppgaver med særlig offentlig betydning.

Elektronisk kommunikasjon

Statens rolle i telesektoren har gått fra å selv eie, finansiere og drive telekommunikasjonsnett, til å legge til rette for at private aktører kan gjøre dette under bestemte betingelser. Dette er en utvikling som dels har skjedd på grunnlag av en omfattende fellesskaplig regulering. Reguleringen av elektronisk kommunikasjon i dag består av et generelt direktiv, rammedirektivet¹⁰ og fire spesifikke direktiver.¹¹ I tillegg til sektorlovgivningen, er virksomheten berørt av de generelle konkurransereglene og reglene om fri bevegelighet særlig av tjenester.

⁹⁾ Artikler med oversikt over elektrisitetssektoren, post og medier/presse finnes i Bernitz og Edwardsson (red.) Konkurrans på regulerade marknader, Juridiske fakulteten i Stockholm, skriftserien nr. 59, 1999. Studier i reguleringen av energisektoren og telekommunikasjon finnes i Peter-Christian Müller-Graff og Erling Selvig (eds.), EEA-EU Relations, Berlin 1999 og i Peter-Christian Müller-Graff og Erling Selvig(eds.), European Law in the German-Norwegian Context, Berlin 2001.

¹⁰⁾ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF av 7. mars 2002 om felles rammebestemmelser for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester.

¹¹⁾ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF av 7. mars 2002 om tillatelsesplikt for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester (tillatelsesdirektivet), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF av 7. mars 2002 om adgang til og samtrafikk mellom elektroniske kommunikasjonsnett og tilhørende fasiliteter, Europa- Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF av 7. mars 2002 om forsyningsplikttytelser og brukerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF av 12. juli 2002 om behandling av personopplysninger og beskyttelse av privatlivets fred i den elektroniske kommunikasjonssektor (Direktiv om databeskyttelse innenfor elektronisk kommunikasjon). I tillegg finnes bl.a. Kommisjonens direktiv 2002/77/EF av 16. september 2002 om konkurransen på markedene for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester vedtatt med hjemmel i artikkel 86 (3).

Det offentlige og konkurranse i markedsstaten –

særlig om sektorregulering og konkurranseregler på de regulerte sektorer

Rammedirektivet fastlegger harmoniserte rammer for regulering av "elektroniske kommunikasjonstjenester, elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter og tjenester".¹² Dette omfatter alle typer elektronisk kommunikasjonsteknikk, virksomhet og myndighetsutøvelse i forbindelse med bruk og utvikling av slik kommunikasjon, dvs. all transmisjonsvirksomhet med tilhørende tjenester, utstyr og installasjoner innenfor området elektronisk kommunikasjon, uten hensyn til hvilken teknologi virksomheten tar utgangspunkt i. Dermed omfattes eksempelvis Internet, bakkenett for overføring av digital kringkasting og bruk av elektriske anlegg og el-forsyningssnett til elektronisk kommunikasjon. Forholdet til nett som er lukket for offentlig bruk og som tjener spesielle sikkerhetsmessige eller ikke-kommersielle formål er ikke uttrykkelig behandlet i regelverket. Det fremgår imidlertid forutsetningsvis bl.a. av artikkel 11 at direktivet også gjelder elektroniske kommunikasjonsnett som ikke er offentlig tilgjengelig.

Ekomreglene formål er å sikre brukerne gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon. Konkurranse er med andre ord sentralt i reglene formål som et virkemiddel for å oppnå en effektiv ressursbruk, og dermed sikre brukerne gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester. I overgangen fra å utvikle markedene fra monopoltilstand til virksom konkurranse, har det vært nødvendig med sektorspesifikke tiltak som neppe ville vært mulig å anvende innenfor rammen av generell konkurranserett. I og med at målsetningen er at konkuransen på sikt skal bli bærekraftig, er det et formål at sektorreguleringen skal bidra til å fjerne behovet for særskilt regulering på sikt. Reglene formål favner dessuten videre enn de generelle konkurransereglene, ved at den også omtaler kvalitet, næringsutvikling og innovasjon.

Reglene utgangspunkt er at det skal være konkurranse. Reglene går atskillig lengre i å regulere markedet for å oppnå konkurranse enn det som følger av konkurransereglene i fellesskapstraktaten. Etter tillatelsesdirektivet skal alle nett og tjenester omfattes av en generell tillatelse, dvs. et rettslig rammeverk

¹²⁾ Rammedirektivet artikkel 1. Elektronisk kommunikationsnett defineres i artikkel 2 som "transmissionssystemer og, hvor det er relevant, koblings- og dirigeringsutstyr og andre ressurcer, som gjør det muligt at overføre signaler ved hjælp af trådforbindelse, radio-bølger, lyslederteknik eller andre elektromagnetiske midler, herunder satellitnet, jordbaserte fastnet (kredsløbs- og pakkekoblede, herunder Internettet) og mobilnet, elkabelsystemer, i det omfang de anvendes til transmission af signaler, net, som anvendes til radio- og tv-spredning samt kabel-tv-net, uanset hvilken type informasjon der overføres".

Hans Petter Graver

som sikrer rett til å tilby elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester se artikkel 3. Tildeling av særlige eller eksklusive rettigheter er med andre ord i utgangspunktet i strid med reglene. Individuelle tillatelser er begrenset til å omfatte frekvenstillatelser og nummer innenfor nasjonal nummerplan, dvs. bruk av ressurser som er begrenset av naturlige eller tekniske grunner.

Tilgangsreglene i går også lengre enn de generelle konkurransereglene. Reglene om tilgang og ikke-diskriminering følger av adgangsdirektivet.¹³ Adgangsdirektivet gir harmoniserte regler for hvordan medlemsstatene kan regulere adgang til og samtrafikk mellom elektroniske kommunikasjonsnett og tilhørende fasiliteter, se artikkel 1 nr. 1. Det fremgår av artikkel 8 nr. 3 og direktivets fortale at det er et totalharmoniseringsdirektiv, det vil si at medlemsstatene ikke kan gå lengre i å regulere adgang enn det direktivet gir adgang til. Direktivet gir i artikkel 12 hjemmel til å pålegge virksomheter med en sterk markedsposisjon plikt til å gi adgang på ikke diskriminerende vilkår til tjenester som de selv, deres datterselskaper eller partnere utbyr. Med adgang forstås ”tilrådighedsstillelse af faciliteter og/eller tjenester for en anden virksomhet”. Ved bruk av denne kompetansen må myndigheten foreta en avveining av tilbyders interesse i å disponere egen infrastruktur mot behovet for å gi andre tilgang som er nødvendig for å kunne tilby konkurrerende tjenester.

Man må skille mellom på den ene siden infrastruktur og på den annen side drifts- og støttesystemer den dominerende aktøren har utviklet for sin egen bruk av denne infrastrukturen. Etter adgangsdirektivet artikkel 12 bokstav h er det et vilkår for å kunne gi pålegg om tilgang til driftsstøttesystemer eller lignende softwaresystemer at de ”er nødvendige for at skabe reelle konkurrenceforhold på tjenestemrådet”. Dette synes å samsvare med de retningslinjer for vurderingen EF-domstolen har trukket opp i forhold til traktatens generelle regler i *Bronner*.¹⁴ For at det skal bli tale om å pålegge en levering ut fra kriteriene i dommen må det være tale om en ytelse som er absolutt nødvendig for den annen virksomhets utøvelse av konkurrerende aktiviteter og nektelsen må ha vesentlig innvirkning på konkurransen. Det er ikke nok at forholdene for en konkurrent vil være tjent med å få tilgang til det som det dominerende foretaket har.

Reglene stenger ikke helt for at medlemsstatene i nødvendig utstrekning kan gjøre unntak fra konkurranse bl.a. ”for at træffe nødvendige foranstaltninger til sikring af deres væsentlige sikkerhedsinteresser, beskyttelse af ordre public og

¹³⁾ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF av 7. mars 2002 om adgang til og samtrafikk mellom elektroniske kommunikasjonsnett og tilhørende fasiliteter.

¹⁴⁾ Sak C-7/97 Saml. 1998 s. I-7791.

Det offentlige og konkurransen i markedsstaten – særlig om sektorregulering og konkurranseregler på de regulerte sektorer

den offentlige sikkerhed samt til skabelse af de rette betingelser for efterforskning, afsløring og retsforfølgning af strafbare handlinger, herunder også de nationale tilsynsmyndigheders indsørelse af specifikke og forholdsmaessigt affassede forpligtelser for udbydere af elektroniske kommunikationstjenester”, se fortalen til rammedirektivet pkt. 7. Slike unntak må holde seg innenfor rammene av traktatbestemmelserne, særlig artikkel 55, jf. 46 og artikkel 86 og er underlagt fellesskapsrettens proporsjonalitetskrav og –vurdering. Reglene åpner for gjennom avtale eller pålegg å sikre brukerne alle geografiske områder gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, og for å kunne oppfylle sentrale distrikts-, sosialpolitiske-, sikkerhets- og beredskapsmessige hensyn. Det kan også gjøres unntak fra konkurransen helt for oppbygging av egne nett med særlige beredskaps- eller sikkerhetsoppgaver for eksempel innen rednings- og nødetatene og flysikkerhetstjenesten.

Selv om det gjøres nasjonale unntak vil likevel reglene om konkurransen mellom foretak og statsstøtte sette rammer for de ordninger som kan etableres. Dersom enheter som får spesielle oppgaver også er kommersielle aktører, vil disse reglene legge føringer både på valget av aktør, og på de vilkår som etableres mellom staten som oppdragsgiver og den enhet som bygger og driftet nettet. Etter vanlige regler er forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet ikke tillatt med mindre det kan begrunnes som et forholdsmaessig tiltak i forhold til de hensyn som lovlig kan fremmes i forhold til de enkelte traktatbestemmelser. Når det gjelder tildeling av oppgaver knyttet til bygging og drift, kan man fra forbudet mot forskjellsbehandling utlede krav om åpenhet om tildelingskriterier og prosess og krav til upartiske prosedyrer. I den utstrekning utbygging og drift skjer av staten selv, med kjøp av varer og tjenester fra private operatører, vil anbudsreglene gjelde. I forhold til driften av telenett, vil den pris som betales av staten være underlagt de krav statsstøttere reglene setter til at den kompensasjon staten betaler ikke utgjør en fordel som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å styrke virksomhetens konkurransemessige stilling, jf. artikkel 87 EF.

Selv om reglene som sektorregler innebærer tiltak og løsninger tilpasset sektorens særlige tekniske og markedsmessige situasjon, kan være instruktivt å se dem på bakgrunn av hva som følger av de generelle konkurransereglene. Et mål for reglene er som nevnt at konkurransen på sikt skal bli bærekraftig og at reguleringen og praktiseringen av den skal bidra til å fjerne behovet for særsiktlig regulering. I proposisjonen til den norske loven som gjennomfører bestemmelsene heter det:

”Regjeringen ønsker å legge til rette for økt konkurranse i markedet for elektronisk kommunikasjon for å stimulere til innovasjon, økonomisk vekst og økt

Hans Petter Graver

velferd for innbyggerne. Den nye loven viderefører en sektorspesifikk regulering, men det legges opp til en gradvis overgang til å regulere sektoren med utgangspunkt i generell konkurranserett. Sektorspesifikke forpliktelser for tilbydere skal kun pålegges i deler av markedet der det ikke er oppnådd tilstrekkelig konkurranse. Det skal gjennomføres analyser av delmarkeder for å vurdere hvorvidt det er bærekraftig konkurranse eller om det er utsikter til at slik konkurranse kan etableres. Særskilte forpliktelser kan bare pålegges tilbydere som vurderes å ha sterk markedsstilling i det enkelte delmarked.”¹⁵

Det er viktig å være oppmerksom på at ekomreglene konkurranseregler skiller seg fra de alminnelige konkurranseregler på enkelte sentrale punkter. Dette illustreres i definisjonen av ”bærekraftig konkurranse” som i den norske proposisjonen s. 25 defineres som en situasjon der ”at ingen aktører har sterk markedsstilling, og/eller kan utnytte sin posisjon til skade for konkurransen.” Tatt på ordet innebærer dette at en situasjon hvor en aktør har en sterk markedsstilling i seg selv er i strid med lovens fornål. Dette er et vesentlig forskjellig utgangspunkt fra konkurransereglene som bygger på at en dominerende stilling i seg selv ikke er uheldig. Reglene bygger uansett ikke på at det skal være påvist misbruk av sterk markedsstilling før særlige regulatoriske plikter pålegges. Det vil si at tilbydere kan pålegges forpliktelser etter ”føre var” –prinsippet (ex ante). I konkurranselovgivningen derimot er det kun påvist misbruk av dominerende markedsstilling som utløser eventuelle regulatoriske inngrep, dvs. at inngrepet skjer i etterkant av misbruket (ex post).

Selv om ekomreglene på denne måten skiller seg fra de alminnelige konkurranseregler, skal deres fullmakter praktiseres ut fra prinsippet om minimumsregulering. Prinsippet om minimumsregulering innebærer blant annet at sektorspesifikk regulering ikke skal anvendes dersom de telepolitiske målene kan nås gjennom anvendelse av generell konkurranserett. For norsk rett understrekker forarbeidene viktigheten av at ”sektorspesifikke forpliktelser bare pålegges i markeder hvor det er en eller flere virksomheter med sterk markedsstilling, og hvor konkurranserettlige virkemidler ikke er tilstrekkelig for å løse de markedsmessige problemene.”¹⁶

Jernbanetransport

Innenlands transport med jernbane er et område som i liten grad er liberalisert og jernbanereguleringen ikke er harmonisert i nevneverdig grad på felles-skapsplan. Av sentral betydning er også at transport er unntatt fra tjene-

¹⁵⁾ Ot.prp. nr. 58 s. 8.

¹⁶⁾ Ot.prp. nr. 58 s. 26.

Det offentlige og konkurranse i markedsstaten – særlig om sektorregulering og konkurranseregler på de regulerte sektorer

stereglene, se EF art. 51.1. Det innebærer at restriksjoner for eksempel i form av konsesjonskrav eller statlige enerettigheter på adgangen til å drive innenlands jernbanetransport ikke rammes av fellesskapsrettens regler om adgangen til å tilby tjenester. EF-domstolen har likevel fastslått at transportvirksomhet ikke er unntatt fra de fire friheter i større utstrekning enn det som uttrykkelig følger av reglene om tjenester.¹⁷ De andre frihetene gjelder derfor likevel, og dessuten er konkurransereglene er anvendelige på transport.¹⁸ Det samme er tilfelle med det generelle forbud mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling i artikkel 12.

Det pågår arbeid på politisk nivå i EU med sikte på liberalisering av jernbane-transporten. Det første skritt ble tatt i 1991 med direktivet om regnskapsmessig atskillelse av infrastruktur og drift i jernbanesektoren. På dette grunnlag har flere medlemsstater etablert særskilte selskaper for henholdsvis driften av jernbanelinjene og forvaltningen av nettet. Første jernbanepakke med regler for infrastrukturen ble vedtatt i 2001. I 2002 fremla kommisjonen forslag til tiltak for åpne markedene for internasjonal og nasjonal godstransport.¹⁹ Målet er en full åpning som også omfatter persontrafikk innen 2010.²⁰

Når det gjelder konkurransereglene, er det gitt egne sekundærregler for transportsektoren både med hensyn til de materielle og de prosessuelle regler. Med forordning 1/2003 er disse særreglene i det alt vesentlige fjernet. Med unntak for egne unntak for tekniske avtaler og for sammenslutninger av små og mellomstore virksomheter skal traktatens artikkel 81 og 82 anvendes fullt ut på transportområdet.²¹ Saksbehandlingen reguleres fullt ut av forordning 1/2003.

Siden tjenestereglene i fellesskapsretten ikke kommer til anvendelse på innenlands transportvirksomhet, reiser særrettigheter til å trafikkere jernbanenettet ikke problemer i forhold til de fire friheter. Når det gjelder persontrafikk finnes heller ingen sekundærregler i avtalen som denne rettstilstanden er problematisk i forhold til.

¹⁷⁾ Sak 167/73 Kommisjonen mot Frankrike, Saml. 1974 s. 359.

¹⁸⁾ Se EF-domstolens avgjørelse i sak 156/77 Kommisjonen mot Belgia, Saml. 1978 s. 1881 premiss 10.

¹⁹⁾ COM (2002)18, of 23 January 2002: Towards an integrated European railway area, tabled together with 4 legislative proposals and one proposal for a Recommendation.

²⁰⁾ KOM(2001)370 endelig HVIDBOG Den europeiske transportpolitik frem til 2010 – De svære valg.

²¹⁾ Unntakene finnes i artikkel 3 og 4 i den reviserte Rådsforordning nr. 1017/68 av 19. juli 1968 om anvendelse av konkurranseregler for transport med jernbane, ad landeveier og seilbare vandveier.

Hans Petter Graver

Et annet spørsmål er hvordan slike eksklusive rettigheter står i forhold til konkurransereglene. Dette må først og fremst løses ut fra traktatens artikkel 86. I forhold til denne bestemmelsen kan man stille to spørsmål. Det første er hvilke begrensninger som ligger på staten i forhold til å tildele særlige eller eksklusive rettigheter til å drive jernbanevirksomhet. Det andre er hva som ligger i bestemmelsens annet ledd når den sier at konkurransereglene kommer til anvendelse på foretak som er tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning ”i den utstrekning anvendelsen av disse reglene ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem”.

Konkurransereglene ikke er til hinder for å tildele et foretak en særlig eller eksklusiv rettighet.²² Utgangspunktet etter de generelle regler er at medlemsstatene kan velge om de selv vil drive en kommersiell aktivitet, om de vil gi lisens til offentlig- eller privateide virksomheter, eller om de vil overlate det økonomiske liv til private virksomheter uten et offentlig engasjement.²³ Artikkel 86 nr. 1 legger etter sin ordlyd legger ikke selv begrensninger på avtalepartenes adgang til å gi foretak særlige eller eksklusive rettigheter. Hvor langt medlemsstatene kan gå i å forbeholde visse aktiviteter til virksomheter med konsesjon, og dermed begrense andre virksomheters markedsadgang, må bedømmes etter andre regler i traktaten, særlig etableringsreglene og tjenesteytingsreglene. Siden transportvirksomhet ikke går inn under de generelle regler om adgangen til fritt å yte tjenester, kan staten med andre ord fritt regulere spørsmålet om adgangen til tilby togjenester. Denne friheten består så lenge det ikke er gitt sekundærregler om transportvirksomhet som begrenser statens reguleringsskompetanse. Som nevnt innledningsvis finnes det foreløpig ingen slike regler som begrenser statens adgang til å regulere adgangen til å yte personbefordring med jernbane, mens noen begrensninger gjelder for godstransport.

Statens kompetanse på dette området kan heller ikke være avskåret fra å bestemme at tjenesten skal ytes av offentlige foretak. Staten står med andre ord fritt til å bestemme om tjenesten skal være forbeholdt en statsbedrift, et foretak som det offentlige eier eller på annen måte kontrollerer, private foretak i kraft av eksklusive rettigheter eller særrettigheter eller i fri konkurranse mellom foretak som har generell tillatelse til å drive personbefordring med jernbane. Det er med andre ord ikke av betydning om staten selv eier alle aksjene i selskapene eller om aksjene delvis eller fullt ut overdras til private.

²²⁾ For en gjennomgang av reglene for tildeling og utøvelse av særlige og eksklusive rettigheter på bakgrunn av EF-domstolens senere praksis se Ulla B. Neergaard, Privilegerede virksomheder, Juridisk Institut Julebog 2001, København 2001 s. 133-167.

²³⁾ Se Jens Fejø, EU-konkurrencestatutet almindelig del 3 utg., København 2003 s. 169.

Det offentlige og konkurransen i markedsstaten –

særlig om sektorregulering og konkurranseregler på de regulerte sektorer

Spørsmålet om en særlig prioritet for en statsbedrift kan komme i en annen stilling dersom staten velger å åpne for at flere selskapet skal kunne drive innenlands persontrafikk på jernbanenettet. Det forhold at flere selskaper får tillatelse til generell trafikkeringsrett for å frakte passasjerer på det nasjonale jernbanenettet, kan neppe få betydning for myndighetenes adgang til å forbeholde spesielle trafikktjenester som for eksempel tilbringertjenesten til hovedflyplasser til ett selskap og å gi denne tjenesten prioritet på jernbanenettet. Det er et samferdselspolitisk spørsmål å fastlegge hvilke typer av tjenester som skal ha prioritet på nettet. Konkurranserettlig sett kan man si at når myndighetene gjennom sine reguleringer definerer en egen tjeneste innebærer det at denne tjenesten og alminnelige passasjertjenester opererer i forskjellige markeder. Forutsetningen er likevel at tjenesten har egenskaper i form av hyppighet, hastighet, stoppesteder etc. som gjør at den for forbrukerne fremstår som en tjeneste som ikke er likeverdig eller substituerbar med den alminnelige persontrafikktjenesten. En særlig prioritet for en slik tjeneste vil derfor i en slik situasjon ikke i seg selv være i strid med konkurransereglene.

Dette vil kunne falle annerledes ut dersom selskapet ikke har kapasitet til å dekke etterspørselen etter tjenesten. I en slik situasjon vil en enerett for selskapet kunne innebære en kapasitetsbegrensning som utgjør et misbruk av en dominerende stilling i strid med EØS-avtalen artikkel 54. Dette fremgår av EF-domstolens praksis bl.a. i Höfner hvor domstolen avgjorde at en medlemsstat skaper en situasjon hvor ytelsen er begrenset i strid med denne bestemmelsen ”når det organ, som den har indrømmet en eneret, som omfatter (en tjeneste), åbenbart ikke er i stand til at dække etterspørgslen på markedet for denne form for tjenesteydelser, og når private selskabers faktiske udøvelse af en sådan (tjeneste) umuliggøres af, at der opretholdes en lovbestemmelse, som forbyder denne (tjenesteytingen).²⁴⁾

Hvis det gis tillatelse til flere selskaper til å yte samme tjenester på en strekning, er det vanskelig å begrunne en særlig prioritet for et offentlig selskap som ikke også likt skal gjelde andre selskaper med tillatelse til å yte denne tjenesten. Det er kanskje ikke så mye konkurransereglene som vil hindre dette, som det generelle forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet.

²⁴⁾ Sak C-41/90 Saml. 1991 s. I-01979.

Hans Petter Graver

Krav til prosedyrer for tildeling av rettigheter til å utføre tjenester av almen økonomisk betydning²⁵

Generelt

Det generelle felleskapsrettslige utgangspunktet er at det er den nasjonale forvaltningsrett i det enkelte land som skal følges når det gjelder administrasjon og prosedyrer ved håndheving av fellesskapsregler. I norsk rett finnes det ingen bestemte krav til hvordan tildeling av konsesjoner skal skje utover de generelle regler i forvaltningsloven. Hvilken prosedyre som følges varier fra område til område. Der hvor tildeling skjer etter initiativ fra myndighetene, må forvaltningen på en eller annen måte skaffe oversikt over hvem som er aktuelle for å få konsesjon. En vanlig måte å få slik oversikt på, er gjennom kunngjøring eller utlysning på annen måte om at det er aktuelt å tildele konseksjon. I de senere år er det blitt stadig mer vanlig å bruke konkurranse og anbudsmekanismer ved valg av hvem som skal få en konsesjon, og som metode for å fastsette betingelsene for konsesjonen. Anbudsformen brukes bl.a. ved tildeling av konsesjon til å drive rutegående transport, radio, tv og telefoni. Ser vi på tvers av landene innen EØS-området, blir bildet det samme. En av grunnene til at konsesjonskontrakter ikke er inkludert i reglene om offentlige anskaffelser, er at reglene varierer sterkt mellom medlemsstatene.

Forut for en konsesjonstildeling har vi imidlertid ofte offentlige utlysninger selv om anbudsformens rigide saksbehandlingsregler ikke benyttes. Utlysninger kan i større eller mindre grad binde opp de kriterier forvaltningen skal benytte i tildelingen. I de senere årene har det innenfor kringkasting og telefoni i norsk rett vært vanlig med såkalte ”skjønnhetskonkurranser” eller ”tilbuds konkurranser” hvor myndighetene kunngjør et sett av kriterier som skal oppfylles av konsesjonhaveren, og hvor konsesjonssøkerne i søknaden gjør rede for hvordan de tenker seg disse oppfylt. Myndighetene gir så konsesjonen til den av søkerne som de synes best oppfyller de krav myndighetene har til tjenesten. I noen tilfeller brukes en mer formalisert anbudsform. I slike tilfeller vil myndighetene på rent forvaltningsrettslig grunnlag ha bundet seg til å gi konseksjonen på bakgrunn av de kriterier som er kunngjort, uten muligheter til å trekke andre momenter inn i en skjønnsmessig vurdering av hvem som skal tildeles konsesjonen, se Rt. 1998 s. 1398.²⁶

²⁵⁾ Disse spørsmålene har jeg behandlet mer utførlig i artikkelen Konsesjoner og konkurranser – om krav fra fellesskapsretten ved tildeling av offentlige tillatelser, Lov og rett 2004 s. 224-244.

²⁶⁾ Se Hans Petter Graver, Alminnelig forvaltningsrett s. 257–258.

Det offentlige og konkurransen i markedsstaten –

særlig om sektorregulering og konkurranseregler på de regulerte sektorer

Det er selvsagt mange gode grunner som taler for at myndighetene foretar en utlysning før det tildeles konsesjoner. Særlig gjelder dette konsesjoner som gir rett til å utnytte et begrenset gode. Utlysning sikrer like muligheter for dem som er interessert i å delta til å søke om konsesjon, bidrar til at myndighetene kan få informasjon om aktuelle konsesjonshavere og sikrer åpenhet om at en konsesjon skal tildeles. I enkelte tilfeller kan det likevel være begrunnet å gjøre unntak fra en utlysning. Det kan tenkes at man på forhånd vet hvem som er aktuelle kandidater, eller at man ønsker å tildele konsesjon til en aktør ut fra spesielle hensyn.

I fellesskapsrettens traktatrett finnes ingen uttrykkelige krav til medlemsstatenes prosedyrer ved tildeling av konsesjoner eller andre offentlige tillatelser. Medlemsstatens nasjonale forvaltningsrett er ikke harmonisert. Her som ellers er likevel ikke nasjonal forvaltningsrett upåvirket av fellesskapsrettens krav. Siden en konsesjonsordning per definisjon griper inn i en av traktatens frihetsrettigheter, stilles det krav til den nasjonale forvaltningsprosess under behandlingen av en konsesjonssak.²⁷ Disse kravene følger først og fremst av ikke-diskrimineringsprinsippet og proporsjonalitetsprinsippet, og innebærer særlig at behandlingen skal være åpen og kontrollerbar og avgjørelsen skje ut fra kjente og objektive kriterier. Effektivitetshensynet taler også for åpenhet og kontrollerbarhet i prosedyrene. Selv om tjenestereglene ikke gjelder transport, gjelder jo avtalens generelle prinsipper. Jeg vil derfor anta at det generelle krav til ikke-diskriminerende prosedyrer vil måtte få anvendelse også på konsesjoner til å yte transporttjenester. I den utstrekning en konsesjon innebærer tildeling av en dominerende markedsposisjon, kan det også tenkes krav til saksbehandlingen utledet av artikkel 86.

Det ingen overgripende regulering av medlemsstatenes tildeling av konsesjoner på sekundærregelnivå. Mangel på generell harmonisering har flere ganger vært tatt opp av EUs økonomiske og sosiale utvalg, se for eksempel uttalelsen fra 2001 som gir en oversikt over rettstilstanden og forslag til hva en regulering bør inneholde.²⁸ På en rekke områder inneholder imidlertid sekundærregler også krav til saksbehandlingen ved tildeling av sær- og enerettigheter. Særlig tett er reguleringen av tidligere monopoliserte offentlige tjenester innen samferdsel, kommunikasjon og kraftforsyning. Disse skal kort omtales nedenfor. Det pågår også en diskusjon om hvor langt reglene for offentlige anskaffelser og de prinsipper som er utviklet gjennom disse, får anvendelse for kon-

²⁷⁾ Se generelt Hans Petter Graver, *Forvaltningsrett i markedsstaten*, Oslo 2002 s. 83 flg.

²⁸⁾ Det Økonomiske og Sosiale Utvalgs uttalelse om "Styrkelse af lovgivningen om koncessioner og kontrakter vedrørende offentlige og private partnerskaber" EF-Tidende nr. C 014 av 16/01/2001 s. 0091 – 0099.

Hans Petter Graver

sesjonstildelinger. En gruppe konsesjoner, konsesjonskontrakter i bygg og anlegg (for eksempel tillatelsen til å kreve bompenger i tilknytning til en privat finansiert vei) går direkte under anskaffelsesreglene.

Det finnes ingen rettspraksis som direkte avgjør spørsmålet om den forvaltningsmessige behandlingsmåte av konsesjonssaker i forhold til traktatens generelle regler. Det finnes imidlertid dommer som indirekte kan si noe om hvilke krav som eventuelt kan utledes av fellesskapsrettens generelle prinsipper om forbud mot restriksjoner på de fire friheter, forbud mot forskjellsbehandling og kravet til ikke å begrense konkurransen gjennom særrettigheter.

Det fremgår av EF-domstolens dom i Unitron Scandinavia²⁹ at det materielle kravet til likebehandling inneholder krav til åpenhet, men ikke med nødvendighet et krav til tildeling på grunnlag av en anbudsprosedyre. Saken dreide seg om en anskaffelseskontrakt, men reglene om offentlige anskaffelser kom ikke til anvendelse fordi kjøperen ikke var myndighet som falt inn under direktivenes krav. EF-domstolen slo imidlertid fast at forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling kom til anvendelse på kontraktstildelingen, og uttalte seg om hva dette forbudet innebar av krav til saksbehandlingen. Domstolen sa her at ”en ordregivende myndighed ikke skal kræve, at det pågældende organ overholder udbudsprocedurerne i direktiv 93/36”, samtidig som den sa at ”princippet om, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet ikke er tilladt, ikke må fortolkes indskrænkende. Dette indebærer navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan fastslå, at princippet overholdes.”

En sentral avgjørelse fra EF-domstolen om konsesjonskontrakter er Telaustria hvor gjennomsiktighetskravet ble utdypet nærmere.³⁰ Krav til tildelingsprosedyren måtte derfor utledes på grunnlag av traktatens generelle bestemmelser. I denne saken uttalte domstolen:

”Det bemærkes i denne forbindelse, at selv om de pågældende aftaler på fælles-skabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed.

Som Domstolen fastslog i sin dom af 18. november 1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S (Sml. I, s. 8291, præmis 31), indebærer dette prin-

²⁹) Sak C-275/98 Unitron Scandinavia A/S og 3-S A/S, Danske Svineproducenters Service-selskab mot Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, Saml. 1999 s. I-08291.

³⁰) Sak C-324/98 Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG, Saml. 2000 s. I-10745 premiss 60–62.

Det offentlige og konkurransen i markedsstaten – særlig om sektorregulering og konkurranseregler på de regulerte sektorer

cip navlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at princippet overholdes.

Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske.”

Telekom Austria hadde i denne saken kunngjort en oppfordring om å komme med tilbud, slik at saken ikke direkte gjaldt spørsmål om en offentlig myndighet må bruke en anbuds- eller konkurranseprosedyre ved tildeling av en konseksjon. Dommen er således direkte bare avgjørende for de krav som stilles til offentlighet og konkurransen når det er utgått en offentlig oppfordring i markedet. Det som denne dommen bringer inn i tillegg til åpenhetskravet som ble slått fast i Unitron Scandinavia, er kravet om upartiske prosedyrer.

Generaladvokat Fennelly fremhever i premiss 43 i sin uttalelse i saken at kravene til likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet særlig skal ”*sikre en grundlæggende retfærdighed og åbenhed i tildelingsprocedurerne* (min uthvelse)”. Samtidig understreker han at dette ikke innebærer at den ordregivende myndighet er forpliktet til å anvende reglene om offentlige anskaffelser analogt.

Spørsmålet om det foreligger en generell plikt på grunnlag av traktatbestemmelserne til å gjennomføre en utlysningsprosedyre ved valg av samarbeidspartner, er berørt av generaladvokat Alber i RI.SAN Srl mot Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA og Ischia Ambiente SpA. EF-domstolen tok ikke stilling til realiteten i saken fordi den etter domstolens mening ikke inneholdt noe grenseoverskridende element. Generaladvokaten avgrenset mot spørsmålet om det gjelder et utlysningskrav, men uttalte likevel at det ikke er åpenbart at en forpliktelse til å gjennomføre en anbudsprosedyre kan utledes av traktaten.³¹⁾ Vi ser med andre ord fra EF-domstolens praksis at likebandlingskravet klart innebærer krav til åpenhet og upartiskhet, men ikke så klart et krav til utlysning og konkurranseprosedyrer.

De nevnte sakene er saker fra grenselandet mot offentlige anskaffelser og konsesjonskontrakter. Kravene til likebehandling, gjennomsiktighet og upartiskhet gjelder imidlertid ikke bare i forhold til såkalte konsesjonskontrakter, men er et generelt krav til enhver form for offentlig godkjennelsesordning som innebærer en restriksjon på de fire friheter. I tillegg kommer et krav til forholds-

³¹⁾ Sak C-108/98 Saml. 1999 side I-05219 avsnitt 38.

Hans Petter Graver

messighet, fordi en konsesjonsordning som bygger på forbud mot etablering eller tjenesteytelse, per definisjon utgjør en restriksjon i forhold til de fire friheter. I saken mot Frankrike om regler som gir adgang til skjønnsmessig godkjenning av aksjer i privatiserte selskaper ("Golden shares") uttaler domstolen:

"For så vidt angår en forudgående administrativ godkendelsesordning (...) har Domstolen allerede fastslættet, at den skal være forholdsmaessig ud fra det tilstræbte mål på en sådan måde, at det samme mål ikke kan realiseres ved mindre restriktive foranstaltninger, navnlig ved en ordning med efterfølgende anmeldelser. (...). En sådan ordning skal bygge på objektive kriterier, der ikke er udtryk for forskelsbehandling og kendt på forhånd af de berørte virksomheder, og enhver person, der er berørt af en sådan restriktiv foranstaltning, skal kunne have retsmidler til rådighed."³²

Også forholdsmessighetskravet rommer med andre ord krav til prosedyrer og tildelingskriterier i retning av åpenhet, upartiskhet, forutberegnelighet og overprøvbarhet. Siden disse kravene er ledd i et krav til forholdsmessighet innebærer det at de kan fravikes, men bare i den utstrekning det kan begrunnes i de almene hensyn som berettiger restriksjonen. Dette innebærer at både det forhold at en aktivitet krever konsesjon, og den nærmere utforming av ordningen med hensyn til kriterier og saksbehandling, må kunne begrunnes ut fra læren om almene hensyn.

Konklusjonen av gjennomgangen av rettspraksis er at saksbehandlingen ved tildeling av konsesjoner må tilfredsstille generelle krav til likebehandling, gjennomsiktighet og upartiskhet. Det er imidlertid intet generelt krav til at tildeling må skje ut fra anbud eller andre konkurranseprosedyrer.

På en rekke rettsområder gjelder det fellesskapsrettslige sekundærregler både om innholdet av konsesjonsordninger og om krav til måten de tildeles på. Ser vi på sekundærregler for tildeling av konsesjoner på forskjellige områder, finner vi imidlertid intet entydig bilde. Dette er uttrykk for at de krav som stilles, må tilpasses de aktuelle tekniske, økonomiske og politiske forhold. I tråd med dette uttaler kommisjonen i grønnboken om tjenester av almen økonomisk betydning:

"The Community has adopted different regulatory strategies for different network industries and services of general interest. This is because these industries are indeed different and at different stages of the liberalisation process. They differ notably in their profitability, their production structure,

³²⁾ Sak C-483/99 Kommisjonen mot Frankrike, Saml. 2002 side I-4781 premiss 46.

*Det offentlige og konkurranse i markedsstaten –
særlig om sektorregulering og konkurranseregler på de regulerte sektorer
their capital intensity, their methods of service delivery, and their demand
structure.”³³*

Det har vært diskutert om det kan stilles generelle prosessuelle krav og krav til tildeling av kommersielle posisjoner fra det offentlige ut fra en analogi fra reglene om offentlige anskaffelser. Særlig har dette vært hevdet i forhold til såkalte konsesjonskontrakter, dvs. utføring av oppdrag om å utføre en offentlig oppgave som anlegg og drift av en vei eller trafikkrute, hvor utførelsen skjer på foretakets egen regning og risiko og hvor det offentliges vederlag helt eller delvis består av retten til å utnytte anlegget. Dersom det er tale om bygg og anlegg, går slike konsesjonskontrakter direkte inn under anskaffelsesreglene. Er det imidlertid tale om ren tjenesteyting omfattes forholdet ikke av disse reglene. Dette er fastslått i artikkel 17 i det nye innkjøpsdirektivet.

Selv om konsesjonskontrakter generelt ikke går inn under anskaffelsesdirektivene har det vært hevdet at tildeling må skje på grunnlag av kunngjøring og konkurranse. Kravene til bruk av offentlig kunngjøring og konkurranse utenfor direktivenes område har vært hevdet å hvile på generelle EF-rettslige prinsipper. Kommisjonen har i sin fortolkningsmeddelelse om konsesjoner i EU-lovgivningen lagt til grunn at krav til konkurranse, offentliggjøring og utföring av tildelingskriterier kan utledes av traktatens regler om de fire friheter gjennom prinsipper om likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet. Denne fortolkningsmeddelelse omfatter etter sin ordlyd bare konsesjonskontrakter og ikke ”tilfælde, hvor en offentlig myndighed udsteder en bemyndigelse eller en tilladelse til at udøve en økonomisk aktivitet, selv om disse i visse medlemsstater betragtes som koncessioner”. I den utstrekning det kan utledes regler om prosedyre og tildelingskontrakter fra traktatenes alminnelige bestemmelser, må tilsvarende prinsipper imidlertid også gjelde for andre typer av offentlige tillatelser. Dette fremgår tydelig av Kommisjonens argumentasjon:

”Koncessionskontrakter er imidlertid, ligesom enhver statslig akt, der fastsætter betingelserne for udøvelse af økonomiske aktiviteter, underkastet bestemmelserne i traktatens artikel 28–30 (tidl. 30, 34 og 36) og 43–55 (tidl. 52–66) og de principper, der er udledt af Domstolens retspraksis på området (33). Det drejer sig især om principperne om ikke-forskelsbehandling, ligebehandling og proportionalitet (34). Traktaten begrænser ikke en medlemsstats frihed til at benytte koncessioner, når blot tildelingen sker efter fremgangsmåder, som er forenelige med fællesskabsretten.”

³³⁾ Green paper on services of general interest COM/2003/0270 final avsnitt 71.

Hans Petter Graver

Kommisjonens oppfatning om at forbudet mot å legge restriksjoner på de fire friheter innebærer positive krav til en spesiell fremgangsmåte ved tildeling av konsesjoner, er imidlertid ikke ubestridt. Braun hevder at de saker fra EF-domstolen som Kommisjonen viser til som en begrunnelse for krav til fremgangsmåten, alle utleder generelle ulovfestede prosessuelle krav fra direktive-ne om offentlige anskaffelser, og ikke fra traktatbestemmelsene om de fire friheter.³⁴ Han mener det er en tilsnikelse å si at disse bestemmelsene kan tas til inntekt for mer enn det *negative*, nemlig plikten til å avstå fra å innføre restriksjoner. Det er nettopp dette som er begrunnelsen for at det er behov for sekundærregler på området, nemlig for å innføre *positive* krav til den fremgangsmåte medlemsstatene skal følge når de tildeler offentlige kontrakter.

Etter mitt syn kan det som nevnt ovenfor ikke utledes noe generelt krav til utlysning og konkurranse, verken av de fire friheter, likebehandlingskravet eller konkurransereglene. Det er derfor ikke grunnlag for å anvende de prinsipper Kommisjonen gir anvisning på i sin meddelelse på konsesjoner i egentlig forstand. Det er også tvilsomt om det Kommisjonens sier er holdbart for konsesjonskontraktene.

På den annen side er det klart at bruk av en konkurranseprosedyre vil innebære at det er vanskelig å angripe en tildeling på EØS-rettslig grunnlag med den begrunnelse at det foreligger forskjellsbehandling eller støtte til en bestemt aktør som opererer i konkurranse med andre. Dersom man velger andre måter å tildele konsesjonen på, må man på andre måter vise at tildelingen skjer ut fra objektive og ikke-diskriminerende kriterier.

Krav til tildeling av konsesjoner etter sektorregler

Tildelinger av konsesjoner innen *elektronisk kommunikasjon* reguleres av tillatelsesdirektivet.³⁵ Å gjøre en virksomhet avhengig av konsesjon er ut fra det systemet direktivene legger opp til å tildele en særlig rettighet. Utgangspunktet etter tillatelsesdirektivet artikkel 3 er at medlemsstatene skal sikre fri adgang til at utby elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester. Bare der det er nødvendig å tildele individuelle bruksrettigheter til radiofrekvenser og numre, kan antallet bruksrettigheter begrenses og gjøres avhengig av konsesjon. I dette

³⁴⁾ Peter Braun, A Matter of Principle(s) – The Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives, (2000) 9 Public Procurement Law Review s. 39–48.

³⁵⁾ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF av 7. mars 2002 om tillatelser til elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester. For en analyse av reglene krav til tildeling av konsesjoner til å bygge og operere nett for formidling av kringkastings-tingssendinger se Tarjei Bekkedal, Digitalt bakkenett for kringkasting og EØS-avtalen, Tidsskrift for Forretningsjus, nr. 1 2004 s. 92–118.

Det offentlige og konkurranse i markedsstaten –

særlig om sektorregulering og konkurranseregler på de regulerte sektorer

ligger et proporsjonalitetskrav. I denne forbindelse kan det stilles spørsmål med om slike konsesjoner må tidsbegrenses, eller om en aktør kan gis en ubegrenset rett til å operere på en frekvens. Det kan argumenteres for at å tildele evigvarende bruksrettigheter innebærer en uproporsjonal begrensning i den frie markedstilgangen som kan bidra til å svekke konkuransen fordi den innebærer en sperre mot etablering av konkurrerende virksomhet. På den annen side kan det argumenteres for at en slik evigvarende rett ikke er noen sperre mot nyetableringer som følge av at nye frekvensområder frigjøres og tas i bruk. Det kan også diskuteres i hvilken utstrekning tidsbegrensning av konsesjoner fører til effektiv ressursbruk. Hvis formålet er å motvirke at en konsesjon skal virke som en sperre mot å komme inn i markedet kan andre tiltak benyttes som for eksempel å sikre at de selskaper som innehar konsesjon er omsettelige.

Den aktuelle bestemmelse i direktivet når det gjelder tildeling og vilkår for en frekvenstillatelse er artikkel 7. Denne bestemmer at

"Hvis det er nødvendigt at begrænse tildelingen af brugsrettigheder til radiofrekvenser, tildeler medlemsstaterne sådanne rettigheder på grundlag af udvælgelseskriterier, som skal være objektive, transparente, ikke-diskriminerende og forholdsmaessigt afpassede."

Bestemmelsen gir ingen uttrykkelige krav til saksbehandlingen, men sier

"Hvis der bruges konkurrenceprægede eller sammenlignende udvælgelsesprocedurer, kan medlemsstaterne forlænge den i artikel 5, stk. 3 omhandlede maksimumsperiode på seks uger så meget, som det måtte være nødvendigt for at sikre, at sådanne procedurer er retfærdige, rimelige, åbne og transparente for alle interessererde parter, dog højest med otte måneder."

Direktivet setter ikke krav til den gyldighetsperiode som en frekvenstillatelse kan ha. I artikkel 5 nr. står at hvis medlemsstatene tildeler bruksrettigheder med en begrenset gyldighetsperiode, skal denne være rimelig for den pågældende tjeneste. I vedlegg B pkt 4 er det angitt at myndigheten kan stille vilkår om maksimal gyldighedsperiode. Vedlegget angir de vilkår som lovlig kan knyttes til bruksret til radiofrekvenser. Det må således kunne sies at direktivet forutsetter at medlemsstatenes myndigheter står fritt i spørsmålet om en frekvenstillatelse skal tidsbegrenses eller ikke.

Direktivene inneholder ingen klare føringer på utformingen av saksbehandlingsreglene og hvordan valget av dem som skal få konsesjon skal skje. Forarbeidene viser at dette spørsmålet var omstridt. På denne bakgrunn må det

Hans Petter Graver

kunne konkluderes med at når direktivet ikke uttrykkelig krever bestemte prosedyrer ved tildeling av konsesjoner beror det på et bevisst valg om ikke å binde medlemsstatene til en bestemt løsning.³⁶

Gassmarkedsdirektivet overlater til medlemsstatene spørsmålet om det skal kreves tillatelse til bygging eller drift av naturgassanlegg.³⁷ Men dersom medlemsstatene har et tillatelsessystem, følger det av artikkel 4 nr. 2 at de "skal fastsette objektive og ikke-diskriminerende kriterier som skal oppfylles av foretak som søker om tillatelse til å bygge og/eller drive naturgassanlegg, eller som søker om tillatelse til å levere naturgass. De ikke-diskriminerende kriteiene og framgangsmåtene for tildeling av tillatelser skal offentliggjøres." Direktivet stiller med andre ord ikke krav om at det skal skje en offentlig kunngjøring før tildeling av lisenser eller konsesjoner. I direktivets fortale pkt. 17 er nevnt at "det bør innføres grunnleggende kriterier og framgangsmåter for tillatelsene som medlemsstatene kan gi for bygging eller drift av de aktuelle anleggene innenfor rammen av sine nasjonale systemer". Det sies imidlertid straks videre at "disse bestemmelsene bør ikke berøre gjeldende bestemmelser i den nasjonale lovgivning om krav om tillatelse til bygging eller drift av de aktuelle anleggene. Dette kravet bør imidlertid ikke føre til at konkurransen mellom foretakene på dette området begrenses." Direktivet åpner med andre ord bevisst opp for at medlemsstatene selv velger den ordning de vil ha for å tildele konsesjoner og tillatelser innenfor rammen av det generelle forbudet mot forskjellsbehandling.

Elektrisitetsdirektivet artikkel 4 bestemmer uttrykkelig at "ved opprettelse av ny produksjonskapasitet kan medlemsstatene velge mellom en konsesjonsprosedyre og/eller en anbudsprosedyre. Ved bruk av konsesjon og anbud skal det anvendes objektive, oversiktlige og ikke-diskriminerende kriterier."³⁸ Direktivet åpner med andre ord uttrykkelig for bruk både av forvaltningsbaserte og konkurransebaserte prosedyrer.

³⁶⁾ Se nærmere Hans Petter Graver, Konsesjoner og konkurranse – om krav fra felles-skapsretten ved tildeling av offentlige tillatelser, Lov og rett 2004 s. 240-241.

³⁷⁾ Europaparlaments- og rådsdirektiv 98/30/EU av 22. juni 1998 om felles regler for det indre marked for naturgass.

³⁸⁾ Europaparlaments- og rådsdirektiv 96/92/EU av 19. desember 1996 om felles regler for det indre marked for elektrisitet.

*Det offentlige og konkurransen i markedsstaten –
særlig om sektorregulering og konkurranseregler på de regulerte sektorer*
**Statens kontroll med selskaper som utfører tjenester av almen økonomisk
betydning**

Det er gjerne politisk ønskelig med offentlig kontroll over selskaper som utfører tjenester som oppfattes å være av almen økonomisk betydning. Slik er situasjonen ofte tilfelle innen de regulerte sektorer og var tidligere del av grunnen for at disse sektorene var underlagt statsmonopoler og unndratt markedet. Når sektoren er avmonopolisert, må kontroll sikres på annen måte enn gjennom direkte statsdrift.

Prinsipielt kan slik kontroll sikres på tre måter; som eierkontroll, gjennom offentligrettslig pålegg eller ved bruk av kontrakt. Staten kan utøve eierkontroll etter salg av aksjer enten ved å beholde en så stor andel av aksjene at dette i seg selv sikrer staten avgjørende innflytelse på selskapet, eller gjennom selskapsrettslige klausuler som for eksempel tilegger statens aksjer særlige rettigheter til å bestemme over selskapet eller som gir kontroll med hvem som får erverve aksjer i selskapet. Offentligrettslig pålegg kan gis i forbindelse med at selskapet gis konsesjon til å utføre tjenesten. Kontraktsrettslig kan staten sikre seg kontroll ved at staten fortsatt selv står for tjenesten og inngår kontrakt med en operatør om selve utførelsen av den.

Eierkontroll

Den enkleste måten staten kan sikre seg kontroll på er gjennom eierkontroll. Så lenge en sektor ikke er liberalisert gjennom fellesskapsregelverk, kan staten velge å holde kommersielle aktører ute og stå for utførelsen av en oppgave selv eller gjennom et heleid statlig foretak. Dersom området er liberalisert gjennom fellesskapsretten eller nasjonale regler er det imidlertid ikke selvsagt at særrettigheter kan gis til et selskap kontrollert av det offentlige. Dette må avgjøres på grunnlag av de generelle regler om tildeling av konsesjoner presentert ovenfor, dvs. ut fra objektive kriterier og kravet til ikke-diskriminering. Bare dersom objektive grunner tilslirer at aktiviteten må underkastes en sterkere offentlig kontroll enn den som kan oppnås over rene kommersielle aktører, kan det være tillatt å forbeholde en liberalisert aktivitet til et statlig eid eller dominert selskap.

Et annet spørsmål som kan stilles er om staten kan opprettholde en særlig kontroll over selskaper som privatiseres, dvs. der andeler selges ut til private. I hvilken grad staten kan sikre seg fortsatt eierkontroll på selskapsrettslig grunnlag etter salg av aksjer til private er i første rekke et selskapsrettslig spørsmål som jeg ikke går inn på her. I tillegg reiser en slik fremgangsmåte spørsmål i forhold til regler om kapitalbevegelser, da regler om særlige rettigheter for sta-

Hans Petter Graver

tens andeler i selskapet eller om godkjennelse av private aksjekjøpere vil være en restriksjon i forhold til disse.

Det er mange eksempler fra EF-domstolens praksis på forskjellige måter medlemslandene søker å beholde kontroll over privatiserte selskapers utførelse av tjenester av almen økonomisk eller strategisk betydning.³⁹ Gjennom denne praksis har domstolen for det første fastslått at forskjellige typer ordninger som skal sikre at statens andel i selskapet ikke utvannes som terskler på hvor store eierandeler en privat investor kan ha og krav til statlig godkjennning av kapitalutvidelser, fusjoner o.lign, utgjør restriksjoner på kapitalbevegelsene. Det samme er tilfelle med ordninger som skal sikre at selskapet fortsetter med å drive en bestemt virksomhet gjennom for eksempel krav til statlig godkjennelse av vedtektsendringer eller godkjennelse av oppløsning, nedleggelse, salg og pantsettelse av eiendeler. Felles for slike tiltak er at de ”påvirker situasjonen for den, der erhverver en kapitalandel som sådan, og derfor kan afholde investorer fra andre medlemsstater fra at foretage sådanne investeringer, og at de følgelig oppstiller betingelser for adgangen til markedet”.⁴⁰ Man kan selv sagt spørre hvordan det kan være en restriksjon på kapitalbevegelsene at de rettigheter som kan oppnås i et bestemt selskap på børsen er begrensete. Kapitalfriheten kan jo neppe oppfattes som en frihet til å investere i ethvert børsnotert selskap uten at det skal kunne gjelde særregler for omsetningen av aksjer og beslutninger i det enkelte selskap innenfor de rammer lovgivningen setter. Men etter domstolens praksis vil slike særregler i alle fall i tidligere statsbedrifter måtte være å oppfatte som en restriksjon.

Siden slike forhold utgjør en restriksjon, kan de bare opprettholdes dersom de forfølger et alment hensyn på en forholdsmessig måte. Domstolen har på den ene siden avvist at tobakksproduksjon og bankvirksomhet er et slikt alment hensyn, men har på den annen side godtatt energiforsyning og telekommunikasjon.

Kontroll gjennom konsesjonsvilkår

Adgangen til å tilby tjenester av almen økonomisk betydning forutsetter som nevnt ofte tillatelse. En slik tillatelse kan utformes spesifikt og begrenset til spesielle tjenester eller markeder og inneholde vilkår om plikt til å utnytte tillatelsen, plikt til å avsette kapasitet til offentlige formål, til å operere med

³⁹⁾ Kommisjonen mot Portugal sak C-367/98, Saml. I, s. 4731, Kommisjonen mot Frankrike sak C-483/99, Saml. I, s. 4781, Kommissionen mot Belgia sak C-503/99, Saml. I, s. 4809, Kommisjon mot Spania sak C-463/00 Saml. 2003 s. I-04581 og Kommisjonen mot Storbritannia sak C-98/01 Saml 2003 s. I-

⁴⁰⁾ Kommisjonen mot Storbritannia sak C-98/01 Saml 2003 s. I- premiss 47.

Det offentlige og konkurransen i markedsstaten – særlig om sektorregulering og konkurranseregler på de regulerte sektorer

utjevnende priser etc. Dette forutsetter selvsagt at loven nasjonalt åpner adgang for å stille slike vilkår.⁴¹ Videre forutsetter det at slike vilkår lovlig kan stilles i forhold til fellesskapsrettens regler. I tilfelle hvor tillatelsen følger av generelle regler eller hvor myndighetene ikke har noe skjønn med hensyn til å vurdere om en konsesjon skal gis eller ikke når lovens betingelser er oppfylt, må vilkår ha uttrykkelig hjemmel fordi de ellers vil være direkte i strid med loven. Det er derfor ingen adgang til å stille vilkår overfor aktører innen ekosektoren siden deres driftstillatelser følger direkte av de generelle regler.

Konsesjonskrav vil som regel i seg selv utgjøre restriksjoner på adgangen til å yte tjenester, etablering eller i investering i det nasjonale marked og må derfor begrunnes som proporsjonale i forhold til de almene hensyn som restriksjonene skal fremme. Det samme vil være tilfellet med eventuelle vilkår som stilles. Det generelle forbudet mot forskjellsbehandling kommer til anvendelse i tillegg. Disse reglene setter derfor klare rammer for offentlig styring gjennom vilkår for konsesjoner.⁴² Det er imidlertid ikke lett å tenke seg at dette vil kunne være til hinder for konsesjonsbestemmelser om generelle forpliktelser ut fra offentlige hensyn så lenge disse settes og praktiseres likt for alle selskaper som måtte få konsesjon.

Kontroll på kontraktrettslig grunnlag

En tredje mulighet for å sikre kontroll over driften er å inngå kontrakt med et selskap som forplikter seg til å utføre en tjeneste av almen betydning. Her kan man tenke seg to hovedmodeller. Den ene er at det inngås en slik kontrakt med et selskap som får en rett og plikt til å stå for tjenesten på egen regning og risiko, såkalt konsesjonskontrakt. Den andre er at staten selv beholder den økonomiske risiko, men inngår avtale med et privat selskap om å utføre selve tjenesten.

Utgangspunktet må være at staten står fritt til å kjøpe tjenester hos et foretak enten dette skjer i form av en konsesjonskontrakt eller som et regulært tjenestekjøp. Det er således ingen skranker for at staten sikrer seg kontroll over utførelsen av en tjeneste av almen økonomisk betydning på denne måten. De rettslige spørsmål som denne måten å sikre kontroll på reiser, oppstår først og fremst i forhold til å sikre at slike kontrakter ikke innebærer kamuflert støtte til enkeltaktører og at den fordel en slik kontrakt innebærer tildeles ut fra objek-

⁴¹⁾ Om adgangen generelt til å stile vilkår etter norsk forvaltningsrett se Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* 2. utg. Oslo 2002 s. 278.

⁴²⁾ Se for en behandling av styring av petroleumsnæringen i Norge Finn Arnesen, *Statlig styring og EØS-rettslige skranker*, Oslo 1996 bl.a. s. 344-375.

Hans Petter Graver

tive og ikke-diskriminerende kriterier. Ved rene tjenestekjøp reguleres spørsmålet om tildeling av kontrakt av anskaffelsesreglene. Jeg går ikke nærmere inn på dem her.

Ved kontraktsstyring av utførelsen av oppgaver av almen interesse kan det imidlertid bli spørsmål om å sikre at staten ikke gjennom sin tilknytning til en operatør subsidierer operatørens aktiviteter i markedet. En kontrakt eller en konseksjon vil kunne anses for å være støtte, hvis den direkte eller indirekte favoriserer visse virksomheter eller den begunstigede virksomhet oppnår en økonomisk fordel, som den ikke ville ha oppnådd under sedvanlige markedsbetingelser.

Denne problemstillingen vil neppe være aktuell dersom løsningen blir at levering av tjenester skjer i konkurranse mellom flere aktører. Også hvor det tildeles en eksklusiv rettighet, vil valg av den som skal tildeles rettigheten ved bruk av anbudsprosedyrene i henhold til de regler som gjelder for offentlige anskaffelser, innebære at det ikke vil være nødvendig å underkaste forholdet en nærmere analyse med sikte på å avklare om det foreligger et støtteelement. Dette fremgår forutsetningsvis av EF-domstolens dom i Altmark, hvor det i pkt. 2 i konkusjonen fremholdes at:

"For det fjerde skal størrelsen af den nødvendige kompensation, når udvælgelsen af den virksomhed, der skal overdrages en forpligtelse til offentlig tjeneste, i et konkret tilfælde ikke gennemføres inden for rammerne af en procedure for tildeling af offentlige kontrakter, fastlægges på grundlag af en analyse ...".⁴³⁾

Skjer derimot utpekingen av operatør uten anvendelse av anbudsprosedyre, vil prisen måtte fastslegges og kunne etterprøves ut fra de kriterier som er trukket opp i Altmark-dommen. For det første skal virksomheten faktisk være pålagt å oppfylle forpliktelser til offentlig tjeneste, og disse forpliktelser skal være klart definert. For det andre skal de kriterier, som er grunnlaget for beregningen av kompensasjonen, være fastlagt på forhånd på en objektiv og gjennomsiktig, måte for å unngå at kompensasjonen innebærer en økonomisk fordel som kan begunstige den virksomheten i forhold til konkurrerende virksomheter. Kompenasjoner må for det tredje ikke overstige det som er nødvendig for å dekke virksomhetens netto utgifter hensyn tatt til en rimelig fortjeneste ved oppfyllelsen av forpliktelsene.

⁴³⁾ EF-domstolen sak C-280/00, Altmark Trans GmbH, mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Saml. 2003 s.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

- strejf af den seneste udvikling

Ulla Neergaard¹⁾

1. Indledning

“During the late 1980s and 1990s, the Commission shifted the emphasis in competition law away from its traditional concerns with private conduct and toward the problem of governmental interference with the competitive process, and the courts have supported this shift of focus.”²⁾ Med disse ord udtrykker Gerber, at fokus indenfor konkurrenceretten i nyere tid har ændret sig. Således gælder, at i de første mange år af Fællesskabets levetid var det konkurrenceretlige

¹⁾ Artiklens indhold baserer sig i et vist omfang på bl.a. følgende litteratur af Neergaard, U.: *Competition & Competences. The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member States* (DJØF Publishing Copenhagen, 1998); “State Action and European Competition Rules: A New Path? Case Note Concerning Case C-35/96, Commission of the European Communities v. Italian Republic, Judgment of the Court of Justice of 18 June 1998 (not yet reported)” (1999) 6 *Maastricht Law Journal* 380-396; “Privilegerede virksomheder. Den seneste domspraksis vedrørende art. 86 smh. m. art. 82 EF”, (DJØF Publishing Copenhagen, 2001) *Julebog 2001* 133-167; “Kollektiv arbejdsret og den europæiske state action-doktrin” (Nordisk Ministerråd, 2002) *Skæringsfeltet mellem kollektive overenskomster og konkurrenceretten* 63-74; “EU-konkurrenceret og national regulering af advokaterhvervet” (2002) 3 *Europaråtligt Tidsskrift* 498-513; “Privilegerede virksomheder og saglige begründelser for konkurrencebegrænsninger i h.. art. 86, stk. 2 EF” (DJØF Publishing Copenhagen, 2002) *Julebog 2002* 313-335; “EU-konkurrencerettens offentlige drejning” (DJØF Publishing Copenhagen, 2003) *Julebog 2003* 81-111; “Nationale konkurrencemyndigheders ‘nye’ forpligtelse til ikke-anvendelse af konkurrencebegrænsende offentlig regulering” *UfR 2003.409*; og “Når en virksomhed ikke er en virksomhed - afgrænsning af virksomhedsbegrebet i EU-konkurrenceretten især belyst ved dommen om de tyske sygekasser (AOK-sagen)” (DJØF Publishing Copenhagen, 2004) *Julebog 2004* 145-187. Dertil baserer artiklens indhold sig på et foredrag afholdt ved konferencen om den nye EU-konkurrenceret i nordisk perspektiv i Køge den 23.-24. november 2004.

²⁾ Jf. Gerber, D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus* (Clarendon Press Oxford, 1998) 382ff.

Ulla Neergaard

fokus fra såvel EU-myndighedernes som EF-Domstolens side hovedsageligt på, hvad der kan betegnes som den traditionelle konkurrenceret som især udmøntet i art. 81 og 82 EF. I nyere tid, d.v.s. fra omkring 1985 og frem, har fokus taget en drejning i retning af også at inkludere de nationale myndigheders foranstaltninger med konkurrencebegrænsende virkninger. Denne drejning kan ses som at bero på en antagelse om, at mange af de væsentligste begrænsninger af konkurrencen skyldes nationale myndigheders foranstaltninger. Der er således økonomer, der hævder, at al form for regulering hindrer den fri konkurrence. Drejningen synes især kendt af offentligheden i form af en række liberaliseringsinitiativer primært indenfor telekommunikation, energi og transport.

Denne artikels formål er at analysere den absolut nyeste udvikling indenfor EU-konkurrenceretten med valgt fokus på to i denne forbindelse også ganske væsentlige retsområder af relevans for offentlige konkurrencebegrænsninger, hvortil kendskab dog endnu ikke synes at være nær så stort. Det drejer sig om: a) *state action*-doktrinen, d.v.s. samspillet mellem art. 3, stk. 1, litra g) EF, art. 10 EF og 81 EF og b) art. 86, stk. 1 EF læst i forening med art. 82 EF. Førstnævnte retsområde kan kort fortalt siges at vedrøre nationale myndigheders forpligtelse til ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende regler. Sidstnævnte retsområde kan kort fortalt siges at vedrøre forbuddet mod, at nationale myndigheder i tilknytning til tildeling af særlige eller eksklusive rettigheder til virksomheder foranlediger disse til at udnytte deres dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug. Førstnævnte retsområde kan betegnes som *lex generalis* vedrørende konkurrencebegrænsende nationale foranstaltninger, hvorimod sidstnævnte kan betegnes som *lex specialis*.³ Disse to retsområder er i principippet ikke umiddelbart berørt af den nye forordning 1/2003 og deres udvikling er i det hele taget domineret af EF-Domstolens afgørelser.⁴ På denne baggrund er det

³⁾ Se også Baquero Cruz, J., *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community* (Hart Publishing, 2002) 130.

⁴⁾ Jf. Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. December 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EFT 04.01.2003 L1. I "Kommissionens meddelelse om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder", EFT 27.04.2004 C101, Afsnit 15, som er en del af moderniseringspakken, er følgende princip for hvilke sager, der forbeholdes behandlet af Kommissionen frem for de nationale myndigheder, formuleret: "Desuden har Kommissionen særlige forudsætninger for at behandle sagen, hvis denne er noje knyttet til andre EU-bestemmelser, som Kommissionen har enekompetence til at anvende eller kan anvende mest effektivt, eller hvis der af hensyn til EU's interesser skal vedtages en kommissionsbeslutning for at udvikle EU's konkurrencepolitik, når der opstår nye konkurrenceopgørsål, eller for at sikre en effektiv håndhævelse af konkurrence-reglerne." Dette må ses som at pege i retning af, at sager, der involverer offentlige konkurrencebegrænsninger, ofte vil skulle behandles af Kommissionen.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

hensigten i det følgende at redegøre for indholdet af fem nyere domme afsagt af EF-Domstolen af betydning for offentlige konkurrencebegrænsninger.⁵⁾ Det drejer sig om: Ambulanz Glöckner, Wouters, Arduino, CIF og AOK, der alle i det store hele kan ses som afsagt inden for de seneste tre år.⁶⁾ Alle sagerne er opstået som præjudicielle forespørgsler. De analyseres i kronologisk rækkefølge begyndende med den ældste. Formålet er at opnå et billede af status quo.

2. Ambulanz Glöckner-dommen

Ambulanz Glöckner-sagen blev afgjort af blot 5 dommere. Den vedrører art. 86, stk. 1 EF læst i forening med art. 82 EF.⁷⁾ Det bestemmes i art. 86, stk. 1 EF, at:

"Medlemsstaterne afstår, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne Traktats bestemmelser, navnlig de i artiklerne 12 og 81-89 nævnte."

Bestemmelsens fortolkning har i mange år været præget af tvivl med hensyn til grænserne for Medlemsstaternes kompetence til at indrømme særlige eller eksklusive rettigheder. Imidlertid har der i løbet af især de sidste 10-15 år udviklet sig en særlig forståelse af bestemmelsen læst i forening med art. 82, stk. 1 EF, hvorefter det er relevant at kende dennes ordlyd:

"En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf er uforenelig med fællesmarkedet og forbudt i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes."

⁵⁾ Afgørelser fra Retten i Første Instans er m.a.o. udeholdt fra betragtningen.

⁶⁾ Se for reference n.f. under analysen af de enkelte domme. Første gang øvrige domme nævnes, opstilles deres reference. Ret beset kunne bl.a. også Sag 221/99, Giuseppe Conte mod Stefania Rossi, 29. november 2001, Saml. I-9359; Sag C-218/00, Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas mod Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), 22. januar 2002, Saml. I-691; Sag C-82/01P, Aéroport de Paris mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, 24. oktober 2002, Saml. I-9297; Sag C-207/01, Altair Chimica mod ENEL Distribuzione SpA, 11. september 2003, Saml. I-8875; og De forenede sager C-34/01-C-38/01, Enirisorse SpA mod Ministero delle Finanze, 27. november 2003, Endnu ikke i Saml. også være medtaget, da de er afsagt indenfor den betragtede periode. Imidlertid er de udeladt, da de ikke anses for at indeholde nye aspekter af væsentlig eller principiel karakter.

⁷⁾ Jf. Sag C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner mod Landkreis Südwestpfalz, 25. oktober 2001, Saml. I-8089.

Ulla Neergaard

Den kombinerede læsning af art. 86 og 82 EF har givet anledning til en særegen konkurrenceretlig vurdering af traktatmedholdeligheden af såvel tildelingen som udøvelsen af særlige og eksklusive rettigheder. Således gælder, at Medlemsstaterne ikke må skabe en situation, hvorefter en virksomhed alene ved udøvelse af særlige eller eksklusive rettigheder foranlediges til at misbruge sin dominerende stilling.⁸ Selv om en rettighedstildeling og/eller en rettighedsudøvelse måtte være fundet at være i strid med art. 86, stk. 1, og 82 EF, kan en lovliggørelse finde sted i henhold til art. 86, stk. 2 EF, der bestemmer følgende:

“Virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopolier, er underkastet denne Traktats bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelse af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.”

Den typiske analytiske systematik, som EF-Domstolen anvender i forbindelse med vurderingen af privilegerede virksomheders eventuelle konkurrencebegrænsninger og de tilknyttede nationale foranstaltninger, tager almindeligvis sin begyndelse ved en afgørelse af, om der foreligger en særlig eller eksklusiv rettighed i art. 86's forstand. I givet fald tages dernæst stilling til, hvorvidt der foreligger dominerende stilling og misbrug deraf i art. 82's forstand. Endelig overvejes det i de situationer, hvor et misbrug statueres, om det kan retfærdiggøres i henhold til art. 86, stk. 2 EF.⁹

Formålet med art. 86, stk. 2 EF er at forlige Medlemsstaternes interesse i at G26 nvende visse virksomheder som økonomiske eller skattepolitiske instrumenter mod Fællesskabets interesse i, at konkurrencereglerne og bestemmelserne om det

⁸⁾ Se nf. om det såkaldte Höfner-kriterium.

⁹⁾ Hertil vil EF-Domstolen sædvanligvis også betinge, at samhandelen er påvirket, hvilket er forudsætningen for EU-rettens anvendelse. Det må påpeges, at i visse sager følger EF-Domstolen en noget anden systematik, idet den helt undlader at statuere, at der foreligger en overtrædelse af art. 86, stk. 1, smh. m. art. 82 EF, jf. eksempelvis Sag C-320/91, Straffesag mod Paul Corbeau, 19. maj 1993, Saml. I-2533; og september-trilogien, d.v.s. Sag C-67/96, Albany International BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, 21. september 1999, Saml. I-5751; Sag C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken NV mod Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, 21. september 1999, Saml. I-6121; og De forenede sager C-115/97, C-116/97 og C-117/97, Brentjens' Handelsonderne-ning BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmateriaal, 21. september 1999, Saml. I-6025. Om betydningen af denne alternative analytiske systematik, se Gyselen, L., “Case C-67/96, Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindu-strie...” (2000) 37 *Common Market Law Review* 445.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten indre marked overholdes.¹⁰ Bestemmelsen indeholder efter sin ordlyd for det første en forpligtelse for virksomheder til at overholde Traktatens bestemmelser. For det andet indeholder bestemmelsen som nævnt, hvad der må betegnes som en undtagelsesmulighed for sådanne virksomheder. Da der således er tale om en bestemmelse, der giver mulighed for at gøre undtagelse fra Traktatens regler, er udgangspunktet, at den skal fortolkes snævert.¹¹

Bestemmelsen retter sig efter sin ordlyd mod virksomheder, hvilket bør sammenholdes med, at art. 86, stk. 1 EF, ligeledes efter sin ordlyd kun retter sig mod Medlemsstaterne. Imidlertid læses begge bestemmelser i praksis som af betydning for såvel virksomheder som Medlemsstater. Herefter gælder, at bestemmelsen kan påberåbes af virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse med henblik på retfærdiggørelse af adfærd, der måtte være i strid med eksempelvis konkurrencereglerne. Endvidere gælder, at bestemmelsen kan påberåbes af Medlemsstater med henblik på retfærdiggørelse af visse foranstaltninger, der ellers måtte være i strid med eksempelvis konkurrencereglerne.¹² Hindringsbegrebet er det centrale begreb i relation til selve spørgsmålet, om der foreligger en saglig grundlse for en konkurrencebegrænsning. I givet fald kan en eventuel konkurrencebegrænsning som nævnt oprettholdes. Begrebet særlige opgaver refererer til de opgaver, der skal udføres i henseende til de nævnte tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse eller fiskale monopolier.

Ambulanz Glöckner-dommen må overordnet set kategoriseres som at vedrøre den situation, hvor en virksomhed ønsker markedsadgang, men er forhindret deri, fordi andre markedsdeltagere er tildelt rettighederne hertil. Ved en påberåbelse af

¹⁰ Jf. eksempelvis Albany-sagens præmis 103-104.

¹¹ Jf. eksempelvis Sag C-340/99, TNT Traco SpA mod Poste Italiane SpA, 17. maj 2001, Saml. I-4109, præmis 56.

¹² Bestemmelsen er i øvrigt først i nyere tid blevet tillagt akademisk interesse og domstolsmæssig vigtighed. Herom anfører Sierra: "Contrary to what might be expected, it is not until very recently that academics and the Court of Justice have begun to pay much attention to Article 86(2). The initial interest shown by academics in the 1960s [fodnote udeladt] met no response from the Commission or from the Court of Justice. The very restrictive interpretation of the prohibitions of former Article 37 and former Article 90(1) then in force made the exception contained in former Article 90(2) almost superfluous. If exclusive rights were not, in general, prohibited there was obviously no need for an exception. In this context, it is not surprising that academics lost interest in Article 90(2). As could be expected, interest in Article 90(2) (now Art. 86(2)) revived once the provisions prohibiting exclusive right were interpreted in a much wider manner." Jf. Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (formerly Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 273f.

Ulla Neergaard

EU-retten søger denne situation ændret. Endvidere indeholderes i sagen den problemstilling, om det ønskede marked udgør et selvstændigt, men tilstødende, marked til kernemarkedet eller er en del heraf. Kernemarkedet er markedet for udrykningskørsel, hvorimod det tilstødende marked er markedet for sygetransport.

Den private virksomhed Ambulanz Glöckner har i perioden 1990 til oktober 1994 tilladelse til at udføre sygetransport. Denne type transport vedrører syge og tilskadekomne med behov for hjælp, men som dog ikke er akut syge, hvorfor deres transport foretages med sygetransportvogn under ledsagelse af faguddannet personale. Således vedrører denne type transport ikke udrykningskørsel, der defineres som at vedrøre transport af livsfarligt tilskadekomne eller syge personer med lægeambulancer eller redningsvogne under ledsagelse af faguddannet personale. I juli 1994 ansøger virksomheden om forlængelse af sin tilladelse hos den tyske mindste statslige forvaltningsmyndighed, Landkreis, der imidlertid - efter at have hørt de to sanitetsorganisationer, der er ansvarlige for driften af den offentlige redningstjeneste og ikke arbejder med gevinst for øje - giver et afslag. Afslaget sker i lyset af en "Landkreis"-bestemmelse, hvorefter: "Tilladelse skal afslås, såfremt det må forventes, at udnyttelsen af tilladelsen vil være til skade for den offentlige interesse i en funktionsdygtig redningstjeneste... Det skal herved... navnlig tages hensyn til ønsket om at sikre, at redningstjenesten står til rådighed i hele dækningsområdet, og at ressourcerne udnyttes effektivt, hvorved også antallet af udrykninger, ankomsttidspunktet og udrykningernes varighed samt udviklingen med hensyn til udgifter og indtægter skal lægges til grund..." Ambulanz Glöckner anlægger herefter sag ved en "Verwaltungsgericht" og vinder. Landkreis appellerer imidlertid denne dom til en "ObERVERWALTUNGSgericht", der forelægger et enkelt præjudicielt spørgsmål for EF-Domstolen vedrørende forfolkningen af art. 86 smh. m. art. 81 EF f.

Afgørelsen tager sin begyndelse ved en undersøgelse af, om de pågældende sanitetsorganisationer kan anses for virksomheder tildelt særlige eller eksklusive rettigheder i art. 86, stk. 1's forstand. Spørgsmålet besvares bekræftende.¹³ Herefter følger en kort - og ikke her relevant - stillingtagen til art. 86 smh. m. art. 81 EF.¹⁴ Næste trin er en opstilling af detaljerede retningslinjer for vurderingen af spørgsmålet, om der foreligger en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet.¹⁵

¹³⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 18-25.

¹⁴⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 26-29.

¹⁵⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 31-38.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

Det væsentlige spørgsmål, om hvorvidt misbrug af dominerende stilling foreligger, behandles af EF-Domstolen med en henvisning til det såkaldte Höfner-kriterium i den såkaldte udvidede version:¹⁶

“Det bemærkes, at den omstændighed, at der skabes en dominerende stilling ved tildeling af særlige eller eksklusive rettigheder som omhandlet i traktatens artikel 90, stk. 1 [nu art. 86, stk. 1 EF], ikke i sig selv er uforenelig med dennes artikel 86 [nu art. 82 EF]. En medlemsstat overtræder kun forbudene i disse to bestemmelser, såfremt den pågældende virksomhed alene ved udøvelse af de særlige eller eksklusive rettigheder, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug, eller såfremt rettighederne må antages af skabe en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådant misbrug...”¹⁷

Herefter fokuseres på, om der foreligger den form for misbrug, hvorefter en virksomhed, der har en dominerende stilling på et bestemt marked, uden at det er objektivt nødvendigt, forbeholder sig dermed forbundne arbejdsopgaver, som kunne udføres af en anden virksomhed som led i dennes virksomhed på et beslægtet, men selvstændigt marked, med fare for, at enhver konkurrence fra den anden virksomheds side bliver udelukket.¹⁸ Under henvisning til Chemische Afvalstoffen-sagen anføres det i præmis 40, at såfremt den virksomhed, som Medlemsstaten har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder, udvider sin dominerende stilling i kraft af en statslig foranstaltning, vil en sådan foranstaltning stride mod traktatens art. 86 smh. m. art. 82 EF (da art. 90 smh. m. art. 86 EF).¹⁹ Problemstillingen er således - som antydet ovf. - om sanitetsorganisationerne, der har en dominerende stilling på markedet for udrykningskørsel tillige kan udvide denne stilling i kraft af en offentlig foranstaltning - d.v.s. ovf. citerede “Landkreis”-bestemmelse - til også at inkludere det beslægtede, men selvstændige marked for sygetransport, således at Ambulanz Glöckner udelukkes fra at udøve sin virksomhed på dette sidstnævnte marked. EF-Domstolen udtrykker eksplisit, at konkurrencebegrænsningen udgør en tilsidesættelse af art. 86 smh. m. art. 82 EF (da art. 90 smh. m. art. 86 EF).²⁰ Det præciseres, at den nationale myndighed har favoriseret sanitetsorganisationerne, der allerede er indehavere af en eksklusiv

¹⁶⁾ Se nærmere herom i de i fodnote 1 nævnte analyser.

¹⁷⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 39.

¹⁸⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 40.

¹⁹⁾ Jf. Sag C-203/96, Chemische Afvalstoffen Dusseldorf BV m.fl. mod Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, 25. juni 1998, Saml. I-4075.

²⁰⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 42. Som nævnt skal visse andre betingelser dog være opfyldt.

Ulla Neergaard

ret på markedet for udrykningskørsel, ved også at give dem tilladelse til med eneret at udføre sygetransport.²¹ Den pågældende “Landkreis”-bestemmelse anses for at medføre en begrænsning af ”*Afsætning [...] til skade for forbrugerne*”, jf. art. 82, stk. 2, litra b) EF (da art. 86, stk. 2, litra b) EF) ved at forbeholde en dermed forbundet transportopgave, der kunne udføres af en selvstændig erhvervsdrivende, for de nævnte sanitetsorganisationer.²²

Herefter følger en opstilling af retningslinjerne vedrørende vurderingen af, om en påvirkning mellem Medlemsstater finder sted, samt af meget stor vigtighed, om den omtvistede foranstaltning er berettiget i henhold til art. 86, stk. 2 EF (da art. 90, stk. 2 EF).

Vedrørende spørgsmålet om art. 86, stk. 2 EF, konstaterer EF-Domstolen, at sanitetsorganisationerne har fået overdraget en opgave af almen økonomisk interesse, der består i forpligtelsen til døgnet rundt at sikre udrykningskørsel med syge eller tilskadekomne personer på hele det berørte område til ensartede takster og efter ensartede kvalitetskrav uden hensyntagen til særlige forhold ved eller til lønsomheden af hver enkelt kørsel.²³

Herefter opstilles følgende overordnede princip om bestemmelsens fortolkning:

“Traktatens artikel 90, stk. 2, sammenholdt med denne bestemmelses stk. 1 [nu art. 86, stk. 2 smh. m. stk. 1 EF], gør det muligt for medlemsstaterne at indrømme virksomheder, som de overdrager udførelsen af tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, eksklusive rettigheder, der kan hindre anvendelsen af traktatens konkurrenceregler, i det omfang en begrænsning af konkurrencen - eller en udelukkelse af al konkurrence - fra andre erhvervsdrivende er nødvendig for, at de virksomheder, som har fået tillagt eksklusive rettigheder, kan udføre de særlige opgaver, som er betroet dem...”²⁴

Det afgørende spørgsmål er følgelig efterprøvelsen af, om konkurrencebegrænsningen er nødvendig for, at indehaveren af en eksklusiv ret kan udføre sin opgave af almen interesse på økonomisk acceptable vilkår. I denne forbindelse gælder, at den, der påtager sig en opgave af almen økonomisk interesse er forpligtet til at sikre tjenesteydelser på rimelige økonomiske vilkår, hvilket forudsætter en

²¹⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 43.

²²⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 43.

²³⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 55.

²⁴⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 56.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten
udligning mellem rentable og mindre rentable aktivitetsområder.²⁵⁾ Således kan en begrænsning af konkurrencen fra private erhvervsdrivende være berettiget på rentable aktivitetsområder.²⁶⁾

Herefter følger en omhyggelig differentiering fra Corbeau-sagen, hvor det i præmis 19 er anført, at udelukkelse af konkurrence i visse tilfælde af særlige tjenesteydelser, der ikke står i forbindelse med de i sagen omhandlede tjenesteydelser af almen interesse, ikke er berettiget, når disse tjenesteydelser ikke bringer den økonomiske ligevægt i de tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, der udføres af indehaveren af den eksklusive ret, i fare.²⁷⁾ Det anføres således:

“Dette er dog navnlig af to grunde ikke tilfældet for de to tjenesteydelser, der er omhandlet i hovedsagen. For det første er - i modsætning til under de faktiske omstændigheder, der gav anledning til den ovennævnte Corbeau-sag - de to tjenesteydelser, der traditionelt varetages af sanitetsorganisationer, så tæt forbundne, at sygetransport uden udrykning kun vanskeligt kan udskilles fra den opgave af almindelig økonomisk interesse, som udrykningskørsel udgør, og med hvilken sygetransport i øvrigt har fælles kendeteogn. For det andet gør udvidelsen af sanitetsorganisationernes eksklusive rettigheder til området for sygetransport uden udrykning det netop muligt for dem, at varetage deres opgave af almen interesse, nemlig udrykningskørsel, på rimelige økonomiske vilkår. Den mulighed, som de private virksomheder vil have for på området for transport uden udrykning at koncentrere sig om de økonomisk mest fordelagtige strækninger, kunne skade lønsomheden af den tjenesteydelse, der udføres af sanitetsorganisationerne, og derfor skabe usikkerhed om den nævnte ydelses kvalitet og pålidelighed.”²⁸⁾

Bemærkelsesværdigt er det, at EF-Domstolen herefter inddrager efterspørgselskriteriet, der almindeligvis tages i anvendelse i relation til vurderingen af en overtrædelse, jf. art. 86 smh. m. art. 82 EF. Således anføres det, at “...[“Landkreis”-bestemmelsen] er berettiget i henhold til traktatens artikel 90, stk. 2 [nu art. 86, stk. 2 EF], når den ikke hindrer tildelingen af en tilladelse til selvstændige erhvervsdrivende i tilfælde af, at det godtgøres, at det er åbenbart, at de sanitetsorganisationer, der har fået overdraget at udføre redningstjeneste, ikke er i stand til at dække efterspørgslen efter udrykningskørsel og sygetransport.”²⁹⁾

²⁵⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 57.

²⁶⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 57.

²⁷⁾ Jf. Sag C-320/91, Straffesag mod Paul Corbeau, 19. maj 1993, Saml. I-2533. Se i øvrigt Hancher, L., “Case C-320/91, Procureur du Roi v. Paul Corbeau, Judgment of the Full Court, 19 May 1993” (1994) 31 *Common Market Law Review* 105-122.

²⁸⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 60-61.

²⁹⁾ Jf. Ambulanz Glöckner-sagens præmis 65.

Ulla Neergaard

Om misbrugsvurderingen skal blot angives nogle få korte bemærkninger. For det første er det påfaldende, at der kun henvises til RTT- og Chemische Afvalstofensagerne og ikke til Corbeau-sagen, som vedrører samme problematik.³⁰ For det andet bør det påpeges, at det interessante ved denne kategori af sager, der vedrører privilegerede virksomheder udvidelse af deres dominerende stilling til sideordnede, men beslægtede markeder i kraft af statslige foranstaltninger, er, at disse foranstaltninger uden videre anses for at være forbudte konkurrencebegrænsninger i h.t. art. 86 smh. m. art. 82 EF. Med megen ret kan imidlertid anføres, at en foranstaltning, der udvider et oprindeligt marked med et sideordnet marked, isoleret betragtet i virkeligheden blot kan anses som endnu en rettighedsindrømmelse. Derved demonstrerer EF-Domstolen - ganske vist i tilsløret form - at den i disse sagstyper er parat til at anse sådanne rettighedsindrømmelser for *per se* forbudte, dog underlagt en bedømmelse i h.t. art. 86, stk. 2 EF. I RTT-sagen gik EF-Domstolen i øvrigt så vidt som til eksplisit at angive, at den ikke forlanger en formel overtrædelse af art. 82 EF (da art. 86 EF).³¹

Om selve undtagelseselementet indeholdt i art. 86, stk. 2 EF, fremgår det af sagen, at EF-Domstolen anvender en to-ledet test, hvorefter det først undersøges, om der foreligger en virksomhed, der har fået overdraget en opgave af almen økonomisk interesse. Dernæst undersøges det, i hvilket omfang de til rettighedsindrømmelserne knyttede konkurrencebegrænsninger er nødvendige for, at disse privilegerede virksomheder kan udføre den opgave, som er blevet betroet dem.

³⁰⁾ Jf. Sag C-18/88, Régie des télégraphes et des téléphones mod GB-Inno-BM SA, 13. december 1991, Saml. I-5941; og Sag C-203/96, Chemische Afvalstoffen Dusseldorf BV m.fl. mod Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, 25. juni 1998, Saml. I-4075.

³¹⁾ Endelig bør det for en god ordens skyld påpeges, at idet EF-Domstolen i dommen vælger at fokusere på spørgsmålet om kernemarkeder kontra tilstødende markeder, fravælges samtidig en stillingtagen til to øvrige misbrugsformer, som ellers blev gjort gældende af Ambulanzen Glöckner som foreliggende. Det drejer sig om spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en retstilstand, hvor dominerende virksomheder åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen og spørgsmålet, om der foreligger en interessekonflikt. Om det første spørgsmål fremgår det, at Ambulanzen Glöckner bl.a. gør gældende, at sanitetsorganisationerne ikke altid er i stand til at overholde de fastsatte udrykningstider, at der hyppigt forekommer forsinkelser og at sanitetsorganisationerne opkræver uforholdsmaessig høje brugerafgifter. Om det andet spørgsmål fremgår det, at virksomheden gør gældende, at sanitetsorganisationerne og de offentlige myndigheder i fællesskab får mulighed for at begrænse deres potentielle konkurrenters adgang til markedet, hvorfor sanitetsorganisationerne og myndighederne ikke burde kunne deltage i beslutningstagningen m.h.t. tilladelser til at udføre private ambulancetjenester. Begge spørgsmål behandles omhyggeligt af generaladvokat Jacobs i dennes forslag til afgørelse.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

Nødvendighedsvurderingen knytter sig til det i bestemmelsen indeholdte hindringsbegreb, hvorefter disse virksomheder er undtaget fra Traktatens regler, såfremt disse retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som virksomhederne er betroet. Det må understreges, at der indtræder en opblødning i ordvalget, når ”nødvendighed” anvendes fremfor ”hindring”. Sidstnævnte udtryk ville da også ud fra en umiddelbar forståelse indebære en ganske restriktiv mulighed for undtagelse, hvilken EF-Domstolen da således i sin praksis har valgt ikke at være fuldstændig bundet af. Mange forfattere læser i øvrigt nødvendighedsvurderingen som et omskrevnt proportionalitetsprincip.³² Det er den gængse opfattelse i litteraturen, at undtagelsesmuligheden i h.t. art. 86, stk. 2 EF, har udviklet sig i retning af at være mere og mere lempelig. Således anfører eksempelvis Hancher, at undtagelsens anvendelsesområde ”...might well be wider than any of the exemptions available either under Article 36, 56 and 66, or in terms of the ‘mandatory requirements’ and it may be seen as an additional safety net which will ‘save’ national measures which would otherwise have failed to meet the conditions for exemptions.”³³

Det fremgår af dommen, at efterprøvelsen af om en konkurrencebegrænsning er nødvendig for, at den privilegerede virksomhed kan udføre sin opgave af almen interesse, omskrives til at være en efterprøvelse af, om denne virksomhed kan udføre opgaven på ”*økonomisk acceptable vilkår*”. Herved sigtes på, at de pågældende tjenesteydelser skal kunne udbydes på rimelige økonomiske vilkår, hvorefter det kan være nødvendigt for den privilegerede virksomhed at kunne

³²⁾ Om dets udvikling fra en strikt til en mere lempelig fortolkning anføres det af Sierra: ”The traditional analysis of proportionality is therefore based on a strict interpretation: only those restrictions which are indispensable in order to achieve an objective of general interest will be allowed. Accordingly, faced with a particular measure the question which must be asked is whether or not other less restrictive measures exist by which this end could be achieved. If such measures exist Article 86(2) cannot be relied on... This strict interpretation of the principle of proportionality is far from being unanimously accepted. The principle difficulty is the question of legality of exclusive rights since it is here that the main change has taken place: the move from an almost irrebuttable presumption of the legality of exclusive rights to the current situation where one could almost say that the reverse presumption applies. Thus, if the majority of exclusive rights breach, in principle, Articles 31 and 86(1) the question whether they can find support in Article 86(2) becomes crucial. This question in turn forms part of the larger question of the proportionality of the exclusive rights will depend on how this principle of proportionality is interpreted. This explains the hesitancy and the ambiguity of the two Community Courts as well as the seesaw nature of the case law. It also explains the Commission’s approach, the sudden academic attention, and the intense political interest caused by an apparently simple legal question.” Jf. Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (formerly Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 304.

³³⁾ Jf. Hancher, L., ”Case C-320/91 P, *Procureur du Roi v. Paul Corbeau*, Judgment of the full Court, 19 May 1993”, (1994) 31 *Common Market Law Review* 121.

Ulla Neergaard

foretage en udligning mellem rentable og mindre rentable aktivitetsområder.³⁴⁾ Kriteriet lider af den skavank, at det bogstaveligt forstået kun er anvendeligt, så fremt det kan lade sig gøre at fastslå, hvad der vil være den økonomiske virkning af afskaffelsen af en given konkurrencebegrænsning.³⁵⁾

Det fremgår, at sagens kerne således anses for at vedrøre problematikken om økonomisk udligning mellem rentable og mindre rentable aktivitetsområder. Baggrunden for problematikken er, at en virksomhed, der har fået overdraget at udøvere tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, i realiteten har fået tildelt en forpligtelse til at varetage en samfundsmæssig vigtig, men også bekostelig opgave. En oplagt mulighed for at dække det hermed forbundne tab ligger som i nærværende sag i, at virksomheden får udvidet sit aktivitetsområde (i sagen ud-

³⁴⁾ Eksempler på kriteriets anvendelse i nyere praksis: I Sag C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) mod Københavns Kommune, 23. maj 2000, Saml. I-3743 udlægges det som, at det er tilladeligt at gøre brug af en eneretstildeling for at gøre et nyt anlæg til behandling af affald rentabelt. Således anføres det bl.a. i sagen, at det var berettiget, at der med henblik på at gøre det interessant for virksomhederne at deltage i driften af et anlæg med stor kapacitet, fandtes at være behov for en eneret, der tidsmæssigt var begrænset til en normal afskrivningsperiode for investeringerne, og som geografisk var begrænset til kommunens område, jf. præmis 79. I De forenede sager C-147/97 og C-148/97, Deutsche Post AG mod Gesellschaft fur Zahlungssysteme mbH (GZS) og Citicorp Kartenservice GmbH, 10. februar 2000, Saml. I-825, udlægges kriteriet som, at forpligtelsen for en enhed som Deutsche Post til at befodre og omdele forsendelser, hvis adressater har bopæl i Tyskland, og som indleveres i stort antal til postvæsenene i andre Medlemsstater af afsendere, der har bopæl i Tyskland, uden at der er givet denne enhed mulighed for at få dækket alle de udgifter, den pågældende forpligtelse medfører, vil kunne være til hinder for opfyldelsen af denne opgave af almindelig interesse under økonomisk forsvarlige vilkår, jf. præmis 50. I Albany-sagen lægges fokus på, at "Sådanne begrænsninger, der gør den ydelse, fonden tilbyder, mindre konkurrencedygtig end en tilsvarende ydelse, der tilbydes af forsikringsselskaberne, er med til at begrunde fondens eneret til at administrere tillægspensionsordningen", jf. præmis 110. Endelig skal nævnes, at eksempelvis i dommen C-157/94, Kommissionen mod Nederlandene, 23. oktober 1997, Saml. I-5699, præmis 43, anfører EF-Domstolen, at det ikke er nødvendigt for, at art. 86, stk. 2 EF, kan finde anvendelse, at selve virksomhedens eksistens er truet.

³⁵⁾ Jf. Lundgaard Hansen, K., m.fl., *EU-konkurrenseretten* (København: GadJura, 1998) 225. Det anføres her: "Dette vil langtfra altid være tilfældet. Virksomheder af den i art. 90, stk. 2, omhandlede karakter udover en i både geografisk og indholdsmæssig henseende vidt udstrakt aktivitet, og det vil bl.a. i kraft af deres (halv-)offentlige karakter være undtagelsen snarere end reglen, at det er muligt at udtale sig om rentabiliteten af virksomhedens enkelte aktiviteter og om virkningerne af eventuelle ændringer i udstrækningen de særlige og/eller eksklusive rettigheder, som disse virksomheder er tillagt. Det vil derfor også være vanskeligt eller endog nærmest umuligt præcist at angive, i hvilket omfang krydssubsidiering mellem rentable og ikke-rentable aktiviteter er nødvendig for at sikre virksomhedens opfyldelse af sine opgaver af almindelig økonomisk interesse på 'acceptable økonomiske vilkår' [fodnote udeladt]. Bevisbyrdeovervejelser vil derfor få en afgørende indflydelse på udfaldet af sager, der indebærer en stillingtagen til, om artikel 90, stk. 2, kan bringes i anvendelse."

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

rykningskørsel) til at omfatte mere profitable områder (her således sygetransporten). Hensynet til den fri konkurrence sættes dog herved betragteligt til side, idet et marked, der ellers kunne fungere vel frit, typisk da underkastes et lovbestemt monopol, el.lign. Endnu en ulempe er, at der i virkeligheden foretages krydssubsidiering, her forstået som overførelse af indtægter indhøstet fra det profitable til det ikke-profitable marked.³⁶ Denne form for krydssubsidiering anses dog almindeligvis ikke for nær så skadelig som den form, hvor ressourcer overføres fra et lukrativt eneretsområde til et konkurrenceudsat område. Synspunktet, der taler for fordelagtigheden ved økonomisk udligning er, at private virksomheder ikke bør kunne koncentrere sig om de profitable aktiviteter, hvorved den privilegerede virksomheds mulighed for at varetage sine forpligtelser mindskes væsentligt. Fænomenet set fra denne synsvinkel går i øvrigt under betegnelsen “cherry-picking” eller “cream-skimming”.

I sagen inddrages det såkaldte efterspørgselskriterium under spørgsmålet om, hvorvidt en saglig begrundelse for konkurrencebegrænsningen i h.t. art. 86, stk. 2 EF, foreligger. Almindeligvis spiller dette kriterium en rolle i selve misbrugsvurderingen, jf. art. 86, stk. 1, smh. m. art. 82 EF.³⁷ At det inddrages i stk. 2-behandlingen har antageligvis sin oprindelse i generaladvokatens forslag til afgørelse.³⁸

³⁶⁾ Se i øvrigt om begrebet eksempelvis Abbamonte, G. B., “Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?” (1998) 23 *European Law Review* 414-433; eller Broncher, C. E. J., “Cross-subsidisation in EEC Competition Law” i *State Entrepreneurship, National Monopolies and European Competition Law*, Red. af Stuych, J. H. V. & Vossestein, A. J., (Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993) 103-112. Førstnævnte opererer i øvrigt p. 414 med den mere almengylige definition af krydssubsidiering, at dette foreligger “...when an undertaking [fodnote udeladt] provides financial support in whatever form to one of its activities or a segment of activity from internal resources generated by another activity or segment.” Om det negative ved krydssubsidiering fra en økonomisk synsvinkel præciserer Abbamonte, p. 415, at dette er “...that it confronts consumers with a false alternative and induces them to purchase substitute goods which cost society more to produce. If as a result of cross-subsidisation the output traded in the competitive market is sold for a price lower than its marginal costs, such an illusory low price will detract from outputs which are less costly to produce.”

³⁷⁾ Der henvises til de i fodnote 1 angivne analyser.

³⁸⁾ Således forklarer generaladvokaten, at “[H]vis tilladelser til private erhvervsdrivende afslås, selv om sanitetsorganisationer, der har fået overdraget at udføre den offentlige ambulancetjeneste, åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen (f.eks. i spidsbelastningsperioder) [fodnote udeladt], kan man efter min opfattelse ikke henholde sig til de økonomiske årsager, som jeg lige har behandlet, som begrundelse for en restriktiv tilladelsespolitik. I disse situationer kan afslag på tilladelser til private erhvervsdrivende være finansielt fordelagtigt for de pågældende sanitetsorganisationer. Denne økonomiske fordel vil imidlertid blive opnået på bekostning af hovedformålet med den omhandlede nationale lovgivning, nemlig at stille effektive ambulancetjenester af høj kvalitet til rådighed for befolkningen. Det vil desuden være i strid med formålet med artikel 86, stk. 2, EF, som er en effektiv tilvejebringelse af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse.”

3. Arduino-dommen

I Arduino-dommen, der er afgjort af 13 dommere, tages stilling til, hvorvidt elementer af den italienske regulering af advokatbranchen er i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten.³⁹ Den vedrører især *state action*-doktrinen, hvorfor dennes indhold først kort skal præsenteres.

EU's konkurrencebestemmelser, herunder af særlig relevans her, art. 81 EF, retter sig efter ordlyden udelukkende mod virksomheders aktiviteter. EF-Domstolen har imidlertid over en lang årrække i sin domspraksis udviklet et overordnet princip baseret på sammespillet mellem art. 3, stk. 1, litra g EF, art. 10, stk. 2 EF, og art. 81 EF (og først i nyere tid tillige art. 82 EF) om, at Medlemsstaterne ikke ved lov eller administrativt må indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler.

De tre relevante bestemmelser skal for en god ordens skyld præsenteres nærmere. I henhold til art. 3, stk. 1, litra g EF, bestemmes det, at Fællesskabets virke indebærer en "gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordres".

I henhold til art. 10, stk. 2 EF, bestemmes det, at Medlemsstaterne skal afholde "sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af denne Traktats målsætning i fare".⁴⁰ Medlemsstaternes forpligtelse kan her betegnes som en pligt til ikke-handling. Den hævdede forbindelse mellem art. 3, stk. 1, litra g, og art. 10, stk. 2 EF, er selvagt, at de målsætninger, som art. 10, stk. 2 EF, henviser til, findes i bl.a. art. 3, stk. 1, litra g EF. Således kan art. 10, stk. 2 EF, i denne sammenhæng læses som følger: Medlemsstaterne afholder sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe gennemførelsen af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordres, i fare.

Endvidere skal nævnes art. 81 EF, som vedrører konkurrencebegrænsende aftaler o.l. mellem virksomheder, m.m. Den hævdede forbindelse mellem denne bestemmelse og art. 3, stk. 1, litra g, og art. 10, stk. 2 EF, er, at art. 81 EF kan opfattes som at rumme en præcisering af art. 3, stk. 1, litra g EF, som jo altså så igen rummer en af de i art. 10, stk. 2 EF, nævnte målsætninger.

³⁹⁾ Jf. Sag C-35/99, Straffesag mod Manuele Arduino, Domstolens dom af 19. februar 2002, Saml. I-1529.

⁴⁰⁾ Se i øvrigt Temple Lang, J., "The Duties of Cooperation of national authorities and Courts under Article 10 E.C.: two more reflections", *European Law Review*, Vol. 26, 2001, s. 84-93.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

Den første markante sag vedrørende doktrinen er Leclerc-sagen fra 1985, hvori introduceres det generelle princip for bestemmelsernes fortolkning:⁴¹

"Selv om disse regler [læs: art. 81, stk. 1 og 3 EF] ganske vist vedrører virksomheders adfærd og ikke de af medlemsstaterne ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, er staterne ikke desto mindre i henhold til traktatens art. 5, stk 2 [nu art. 10, stk. 2 EF], forpligtet til ikke ved national lovgivning at skade den ensartede anvendelse - i hele fællesmarkedet - af fællesskabsreglerne og den fulde virkning af de retsakter, som udstedes i henhold til disse regler, samt til ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler."⁴²

Princippet har sidenhen konsekvent udgjort det fortolkningsmæssige udgangspunkt for EF-Domstolen i analoge sager. Det fremgår, at EF-Domstolen her indfortolker, at Medlemsstaterne er omfattet af de tre bestemmelser.

Den næste væsentlige sag, der bør fremhæves, er Van Eycke-sagen fra 1988. I sagen sammenstiller EF-Domstolen på grundlag af tidligere sager tre hovedkriterier til angivelse af, om en foranstaltung er i overensstemmelse med de tre betragtede traktatbestemmelser eller ej. Denne tre-trins-test gentages konsekvent i den efterfølgende praksis. Kriterierne forstås bedst ved at relatere dem til, hvorvidt de vedrører aktiviteter, der finder sted før den omtvistede foranstaltnings vedtagelse, eller aktiviteter, der er afledt af en sådan foranstaltung. Således angår det første kriterium, "foreskrivelseskriteriet", aktiviteter afledt af foranstaltningen, idet:

- Medlemsstater må ikke foreskrive eller fremme indgåelse af aftaler, eller tilsvarende, i strid med artikel 81 EF.

Det andet kriterium, "forstærkningskriteriet", vedrører derimod aktiviteter, der finder sted før den omtvistede foranstaltnings vedtagelse, idet:

- Medlemsstater må ikke forstærke virkningerne af sådanne ulovlige aftaler, eller tilsvarende.

⁴¹⁾ Jf. Sag 229/83, Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc m.fl. mod Sàrl "Au blé vert", 10. januar 1985, Saml. 1, Præmis 14.

⁴²⁾ Jf. Præmis 14.

Ulla Neergaard

Det førstnævnte kriterium angår med andre ord "nye" aftaler, m.m., hvorimod det andet vedrører "forudgående" aftaler, m.m. De relaterede nationale foranstaltninger kan således betegnes som henholdsvis aftaleetablerende eller aftaleinitieret. Endelig kan det tredje kriterium, "delegeringskriteriet", ligesom det førstnævnte, siges at vedrøre aktiviteter afledt af foranstaltningen, idet:

- c) Medlemsstater må ikke berøve sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegerere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention.

Om dette sidstnævnte kriterium er det i øvrigt væsentligt at fremhæve, at det kan anvendes uafhængigt af de to førstnævnte, og at der ikke behøver at foreligger en aftale for, at det kan komme i anvendelse.

Arduino-sagen vedrører spørgsmål indgået til EF-Domstolen i medfør af art. 234 EF. De opstod i kølvandet på, hvad der i den større sammenhæng må betegnes som en temmelig inferiør straffesag mod Manuele Arduino om tilsidesættelse af de italienske færdselsregler. Da de i forbindelse med retssagen afholdte omkostninger skulle udmåles, afviste den nationale ret imidlertid at anvende den advokatsalærtakst, der var blevet godkendt ved ministerielt dekret. Dette begrundede retten med, at det var tvivlsomt, om dekretet var i overensstemmelse med EU-retten.

Det pågældende dekret er fra den 5. oktober 1994 og er udtryk for justitsministerens godkendelse af de advokatsalærtakster, som det italienske advokatråd, CNF, i overensstemmelse med national lovgivning havde fastsat i henhold til en afgørelse af 12. juni 1993, som ændret den 29. september 1994.⁴³ Forinden godkendelsen havde justitsministeren hørt det såkaldte tværministerielle prisudvalg, CIP, og rådført sig med Statsrådet.

Indledningsvis angiver EF-Domstolen sin forståelse af spørgsmålene som at være, hvorvidt art. 10 og 81 EF er til hinder for, at en medlemsstat træffer en foranstaltning ved lov eller administrative bestemmelser, der på grundlag af et udkast udarbejdet af en advokatorganisation godkender takster, der fastsætter under- og overgrænser for salæret til standens medlemmer, når denne statslige foranstaltung er en del af en procedure som den, der er foreskrevet ved den italienske lovgivning.⁴⁴

⁴³⁾ Se Arduino-sagens præmisser 7-12 vedrørende det nærmere indhold af takstfastsættelsen.

⁴⁴⁾ Jf. Arduino-sagens præmis 32.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

Det næste trin i besvarelsen af det, der nu er blevet til blot et enkelt spørgsmål, er en angivelse af, at den betragtede statslige foranstaltning kan påvirke handelen mellem Medlemsstaterne.⁴⁵ Det vil med andre ord sige, at EU-retten kan finde anvendelse. Herefter gengives indholdet af Leclerc- og Van Eycke-principperne, jf. ovf.⁴⁶ Den herefter følgende analyse af, om en overtrædelse foreligger, tager sit udgangspunkt i, om det forhold, at en medlemsstat påbyder, at en faglig organisation udarbejder et udkast til taksterne for udført arbejde, fratagger de endelige takster deres karakter af statslige bestemmelser.⁴⁷

Sagen falder således inden for den underkategori af sager vedrørende *state action*-doktrinen, der vedrører den specifikke situation, hvor den nationale foranstaltning overlader et udvalg, råd eller lignende at varetage især prisfastsættelsen indenfor en bestemt sektor.⁴⁸ Sådanne foranstaltninger kan på den ene side betragtes som en for lovgiver attraktiv form for beslutningsredskab.⁴⁹ På den anden side kan de ses som en lovindhyllet form for kartel. I denne kategori er det først og fremmest det ovennævnte delegeringskriterium, der er under prøvelse. De herskende retningslinjer for, hvornår takstfastsættelsen i sådanne situationer er lovlig, dvs. den statslige karakter er bevaret, formulerer EF-Domstolen således:

⁴⁵⁾ Jf. Arduino-sagens præmis 33.

⁴⁶⁾ Jf. Arduino-sagens præmis 34-35.

⁴⁷⁾ Jf. Arduino-sagens præmis 36.

⁴⁸⁾ Jf. i nyere tid især Librandi-sagen, Sag C-38/97, Autotrasporti Librandi Snc di Librandi F. & C. mod Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl, af 1. oktober 1998, Saml. s. I-5955; CNSD-I-sagen, Sag C-35/96, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik, 18. juni 1998, Saml. s. I-3851; Corsica Ferries-sagen, Sag C-266/96, Corsica Ferries France SA mod Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl m.fl., 18. juni 1998, Saml. I-3949; DIP-sagerne; Forenede sager C-140/94, C-141/94 og C-142/94, DIP SpA m.fl. mod Comune di Bassano del Grappa og Comune di Chioggia, 17. oktober 1995, Saml. I-3257; Spediporto-sagen, Sag C-96/94, Centro Servizi Spediporto Srl mod Spedizioni Marittima del Golfo Srl, 5. oktober 1995, Saml. s. I-2883; Delta-sagen, Sag C-153/93, Bundesrepublik Deutschland mod Delta Schifffahrts- und Speditionsgeellschaft mbH, 9. juni 1994, Saml. s. I-2517; samt Güterfernverkehr-sagen, Sag C-185/91, Bundesanstalt für den Güterfernverkehr mod Gebr. Reiff GmbH & Co. KG, 17. november 1993, Saml. I-5801.

⁴⁹⁾ Jf. Holst-Christensen, N. & Høegh, K., "Lovgivers forpligtelser i henhold til EU-konkurrenceretten", *Ugeskrift for Retsvæsen*, 1995B, s. 5.

Ulla Neergaard

“Det forholder sig således, når medlemmerne af den faglige organisation kan anses for sagkyndige, der er uafhængige af de berørte erhvervsdrivende, og når de ved loven er forpligtet til at fastsætte taksterne under hensyntagen til ikke blot interesserne hos de virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder i den pågældende sektor, som har udpeget dem, men også almenvellet og interesserne hos virksomheder i andre sektorer eller brugere af de pågældende tjenesteydelser...”⁵⁰

EF-Domstolen relaterer herefter de nævnte retningslinjer til sagen og finder, at de ikke kan anses for fulgt, især fordi foranstalteningen reelt ikke opregner de kriterier af almen interesse, som CNF skal tage i betragtning. Således præciserer EF-Domstolen, at de nationale bestemmelser, der er omtvistet i hovedsagen, hverken indeholder de nærmere procedurer eller de materielle forskrifter, der med en rimelig sandsynlighed kan sikre, at CNF ved udarbejdelsen af udkastet til takster handler som en udskilt del af den offentlige magt, der arbejder i almenvellets interesse.⁵¹

Særligt iøjnefaldende i dommen er det, at EF-Domstolen på trods af de nævnte iagttagelser herefter - via det, der kan ligne lidt af en kovending - når frem til en anerkendelse af den betragtede nationale foranstaltung. Resultatet nås ved en kraftig vægtning af et slags ekstra delkriterium til kontrol af, om den italienske stat har givet afkald på at udøve sin kompetence:

“Det fremgår dog ikke, at den italienske stat har givet afkald på at udøve sin kompetence til at træffe afgørelse i sidste instans eller at kontrollere taksternes iværksættelse, hvilket synes at bekræfte de omstændigheder, der er anført i denne doms præmis 10. Dels har CNF alene til opgave at udarbejde et udkast til takster, der ikke som sådan er bindende. Såfremt ministeren ikke godkender udkastet, træder taksterne ikke i kraft, og de senest godkendte takster skal fortsat anvendes. Ministeren har derfor kompetence til at ændre CNF’s udkast. Endvidere støttes ministeren af to offentlige organer, Statsrådet og CIP, hvis udtalelse skal indhentes før enhver godkendelse af taksterne. Dels bestemmer artikel 60 i det kongelige lovdekret, at salæret skal udmåles af retsmyndighederne på grundlag af kriterierne i artikel 57 i det kongelige lovdekret under hensyn til de behandlede spørgsmåls betydning og antal. Herudover kan retten i visse undtagelsestilfælde ved begrundet afgørelse fravige de over- og undergrænser, der er fastsat ved artikel 58 i det kongelige lovdekret. Under disse omstændigheder kan det ikke antages, at den italienske stat har delegeret ansvaret for at træffe afgørelser om økonomiske indgreb til private erhvervsdrivende, hvilket ville have haft til følge, at de bestemmelser, der er omtvistet i hovedsagen, blev frataget deres statslige karakter.”⁵²

⁵⁰) Jf. Arduino-sagens præmis 37.

⁵¹) Jf. Arduino-sagens præmis 38.

⁵²) Jf. Arduino-sagens præmis 40-43.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

På denne baggrund konkluderer EF-Domstolen, at art. 10 og 81 EF ikke anses for at være til hinder for den betragtede statslige foranstaltning.

Afgørelsen i Arduino udmærker sig positivt ved for det første at fremkomme med det modsatte udfald, end hvad tilfældet var i den faktuelt stort set identiske tidligere sag, CNSD-I, og for det andet ved at vægte ovennævnte “kompetenceafkalds-delkriterium” højt.⁵³

I forhold til Van Eycke-testens tre-trins-test indgår “kompetenceafkalds-delkriteriet” som en del af det tredje trin, dvs. af delegeringskriteriet. At det må ses som en del af delegeringskriteriet er ikke ganske overraskende, da dette forsåvidt har et dobbeltsidigt formål. På den ene side kan det siges at supplere foreskrivelseskriteriet som kontrol af, om en aftale foreligger. På den anden side kan det også forstås som en undersøgelse af, om den omtvistede foranstaltning udtrykkeligt udgør en statslig handling.⁵⁴ Set i dette lys kan delkriteriet ikke anskues som en absolut nyskabelse, hvilket også understreges af, at det kan antages for nævnt i eksempelvis CNSD-I-sagen.⁵⁵ Nyt er det imidlertid, at EF-Domstolen tillægger

⁵³⁾ Jf. Sag C-35/96, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik, 18. juni 1998, Saml. s. 3851. Denne dom bør læses i forening med CNSD-II-sagen, Sag T-513/93, Consiglio Nazionale degli Speziazionieri Doganali mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, 30. marts 2000, Saml. s. II-1807. I CNSD-I-sagen fandt EF-Domstolen ganske opsigtsvækkende, at en overtrædelse af *state action*-doktrinen forelå. Jeg har tidligere kritiseret udfaldet af denne dom under henvisning til især det problematiske ved fordommelse af en ordning, hvorefter en national foranstaltning først til veje bringer mulighed for taktfastsættelse via en komité, som dernæst via endnu en national foranstaltning anerkendes, jf. Neergaard, U. B., “State Action and European Competition Rules: A New Path?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 6, Nr. 4, 1999, især s. 388 og 396. Se også generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i september-trilogien, afsnit 303, s. I-5821, hvor samme tankegang synes vægtet, jf. Sag C-67/96, Albany International BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie; Forenede sager C-115/97, C-116/97 og C-117/97, Brentjens Handelsondernehmning BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen; Sag C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken BV mod Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven - alle afgjort den 21. september 1999, Saml. I-5751, I-6025 og I-6121. Se endelig generaladvokat Légers forslag til afgørelse i Wouters-sagen, hvor denne temmelig eksplisit gør sig til fortaler for den nævnte anskuelse, jf. især afsnit 202. Kritikken gik især på, at i sådanne tilfælde må vægten lægges på, at lovgiver til fulde har omgårdet aktiviteten med lovgivningsmæssige initiativer ad de vanligt demokratiske kanaler hermed demonstrerende sin “myndighedsudøvelse”. Det nu i Arduino-sagen utvetydigt opstillede og højt vægtede ekstra “kompetenceafkalds-delkriterium” synes fuldt ud at indfri denne tidligere fremsatte kritik.

⁵⁴⁾ Jf. Fenger, N. & Broberg, M. P., “National Organisation of Regulatory Powers and Community Competition Law”, *European Competition Law Review*, Vol. 16, 1995, Nr. 6, s. 364 og 367.

⁵⁵⁾ Jf. CNSD-I-sagens præmis 57.

Ulla Neergaard

det den store vægt i Arduino-sagen, som tilfældet er. Hermed synes det samtidig som om, at delkriteriets fortolkning er anderledes end i CNSD-I-sagen, hvor EF-Domstolen fandt, at den italienske stat havde givet afkald på sin kompetence til at fastsætte tariiffer til private erhvervsdrivende på trods af, at i CNSD-I-sagen fordroede tariifferne godkendelse af den ansvarlige minister - helt ligesom i Arduino.

4. Wouters-dommen

Wouters-sagen er medtaget i nærværende analyse, selv om den måske ud fra en umiddelbar betragtning vedrører privates adfærd og ikke i første omgang en Medlemsstats foranstaltning.⁵⁶ Imidlertid får det afgørende betydning for sagens afgørelse, at den omtvistede aktivitet havde til formål at sikre, at advokaterhvervet blev udøvet korrekt i henhold til den ordning, som erhvervet var underlagt i den pågældende medlemsstat.

I lighed med de to foregående sager vedrører Wouters-sagen spørgsmål forelagt EF-Domstolen i henhold til art. 234 EF. Disse blev denne gang stillet af det hollandske *Raad van State* og vedrørte et hollandsk forbud mod, at advokater udover advokatvirksomhed i integrerede samarbejder med revisorer. Spørgsmålene opstod i forbindelse med to advokaters indbyrdes uafhængige meddelelser til det relevante tilsynsnævn i henholdsvis Rotterdam og Amsterdam om deres ønske om at udøve den nævnte form for samarbejde med revisorer. Ønsket kunne imidlertid ikke efterkommes af de pågældende tilsynsnævn eller af de efterfølgende konsulterede højere instanser under henvisning til ovennævnte forbud som især udmøntet i art. 4 i *Samenwerkingsordenning 1993* (det hollandske advokatsamfunds vedtægter). Disse vedtægter er udstedt med hjemmel i den såkaldte advokatlov, *Advocatenwet*, der igen er udstedt med hjemmel i grundloven. Selv om der i sagen blev stillet hele ni præjudicielle spørgsmål, skal i det følgende alene fokuseres på EF-Domstolens behandling af i alt fem problemer, der er af væsentlighed for nærværende artikel.

Det første problem vedrører spørgsmålet om, hvorvidt advokater kan betragtes som virksomheder i den betydning, som begrebet tillægges inden for EU-konkurrenceretten. Dette besvares bekraftende, idet det anføres, at de advokater, der er registreret i Holland, udover økonomisk virksomhed og dermed udgør virksomheder som omhandlet i art. 81, 82 og 86 EF. Desuden anføres det, at det er uden

⁵⁶⁾ Jf. Sag C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mod Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, 19. februar 2002, I-1577.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten
betydning, at de leverer tjenesteydelser af en kompleks og teknisk karakter, eller
at udøvelsen af deres erhverv er reguleret.⁵⁷⁾

Det næste væsentlige problem, er, om regler som dem, der er indeholdt i *Samenwerkingsverordening 1993* og som er udstedt af en faglig organisation som det hollandske advokatsamfund, skal anses for at være en vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder, jf. art. 81 EF.⁵⁸⁾ EF-Domstolen anfører indledningsvist, at en aktivitet, der som følge af sin art, sit formål og de regler, den er undergivet, ikke er af økonomisk karakter eller er knyttet til udøvelsen af de beføjelser, der henregnes til offentlig myndighed, falder uden for anvendelsesområdet for traktatens konkurrenceregler.⁵⁹⁾ Herefter præciserer EF-Domstolen, at det hollandske advokatsamfund ved udstedelsen af de omtvistede bestemmelser hverken udøver en social funktion, der bygger på et princip om solidaritet, eller udøver beføjelser, der typisk henregnes til offentlig myndighed, men derimod opträder som den institution, der skal regulere et erhverv, hvis udøvelse i øvrigt udgør en økonomisk virksomhed.⁶⁰⁾ På denne baggrund anfører EF-Domstolen, at en faglig organisation som det nederlandske advokatsamfund skal anses for at være en sammenslutning af virksomheder i henhold til traktatens art. 81, stk. 1 EF, når den udsteder bestemmelser som f.eks. *Samenwerkingsverordening 1993*, idet sådanne bestemmelser er udtryk for, at repræsentanterne for medlemmerne af et erhverv har villet opnå, at medlemmerne agerer på en bestemt måde inden for rammerne af den økonomiske virksomhed, som de udøver.⁶¹⁾ Alt i alt bestemmer EF-Domstolen, at bestemmelserne i *Samenwerkingsverordening 1993* må anses for at være en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder som omhandlet i art. 81, stk. 1 EF.

Det tredje problem, som EF-Domstolen tager stilling til, handler om, hvorvidt bestemmelser som dem, der er fastsat i *Samenwerkingsverordening 1993* - med henblik på at sikre, at en advokat, der yder juridisk bistand i samarbejde med andre udøvere af liberale erhverv, handler uafhængigt og i overensstemmelse med klientens interesser, fastsætter almindeligt bindende regler om indgåelse af integrerede samarbejder - har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen inden for fællesmarkedet. Dette finder EF-Domstolen at være tilfældet. Der henvises til, at ordningen indebærer en begrænsning af produktionen og den tekniske

⁵⁷⁾ Jf. Wouters-sagens præmis 49.

⁵⁸⁾ Jf. Wouters-sagens præmis 56.

⁵⁹⁾ Jf. Wouters-sagens præmis 57.

⁶⁰⁾ Jf. Wouters-sagens præmis 58. Se også præmis 59-63.

⁶¹⁾ Jf. Wouters-sagens præmis 64-66.

Ulla Neergaard

udvikling i henhold til art. 81, stk. 1, litra b.⁶² I denne forbindelse pointeres det, at arrangementet er til hindring for, at integrerede samarbejder mellem advokater og revisorer vil kunne muliggøre tilbud om en bredere vifte af ydelser samt udvikling af nye ydelser. Endvidere er det bl.a. til hindring for stordriftsfordele, der igen ville kunne få positiv indvirkning på priserne. Omvendt nævner EF-Domstolen, at forbuddet mod interessekonflikter kan virke positivt derhen, at det udgør en strukturelt betinget hindring for, at der sker en stærk koncentration af antallet af advokatkontorer.

Det fjerde problem, der vedrører påvirkningen af samhandlen, løses uden den store argumentation, og med det resultat, at en påvirkning findes at foreligge.⁶³

Lanceringen og behandlingen af det femte problem udgør sagens mest interessante og epokegørende, idet EF-Domstolen her fokuserer på den sammenhæng, som den konkurrencebegrænsende aktivitet indgår i. Denne kan medføre, at aktiviteten ikke omfattes af forbuddet i art. 81, stk. 1 EF:

“Det bemærkes imidlertid, at det ikke nødvendigvis er alle aftaler mellem virksomheder eller alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, som begrænser parternes eller én af parternes handlefrihed, der er omfattet af det forbud, der er fastsat i traktatens artikel 85, stk. 1 [nu art. 81, stk. 1 EF]. Ved anvendelsen af denne bestemmelse på en konkret sag, skal det nemlig først tages i betragtning, i hvilken overordnet sammenhæng den pågældende virksomhedssammenslutnings vedtagelse indgår og har virkninger, og herunder særligt, hvilke mål der søges nået med vedtagelsen. I det foreliggende tilfælde hænger disse mål sammen med nødvendigheden af at fastsætte regler om organisationstilknytning, kvalifikationer, faglig etik, kontrol og ansvar, som giver de endelige forbrugere af juridiske tjenesteydelser den nødvendige garanti for advokatens vandel og erfaring og for en ordnet retspleje... Det skal herefter undersøges, om de konkurrencebegrænsende virkninger, som opfyldelsen af de nævnte mål medfører, er uadskilleligt forbundne hermed.”⁶⁴

Mere konkret om ordningen anfører EF-Domstolen følgende:

“...Det må derfor fastslås, at Samenwerkingsordenning 1993 skal sikre overholdelsen i den pågældende medlemsstat af de fagetiske regler, der dér gælder for advokater, og at det nederlandske advokatsamfund, under hensyn til den i medlemsstaten gældende ordning for advokaterhvervet, med føje har kunnet antage, at en advokat ikke er i stand til at bevare sin uafhængighed og at overholde sin tavshedspligt ved

⁶²⁾ Jf. Wouters-sagens præmis 90.

⁶³⁾ Jf. Wouters-sagens præmisser 95-96.

⁶⁴⁾ Jf. Wouters-sagens præmis 97.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

rådgivningen af klienten og ved varetagelsen af dennes interesser, hvis han tilhører en organisation, som tillige har til opgave at gøre rede for de økonomiske følger af de transaktioner, som han har rådgivet om, samt at verificere disse. Hertil kommer, at en sammenlægning af den lovbestemte kontrol af regnskaberne med rådgivningen, herunder den juridiske rådgivning, også giver anledning til problemer for så vidt angår revisor erhvervet... Bestemmelser som dem, der er indeholdt i Samenwerkingsverordening 1993, har derfor med rette kunnet anses at være nødvendige til sikring af, at advokaterhvervet udøves korrekt i henhold til den ordning, som erhvervet er underlagt i den pågældende medlemsstat.”⁶⁵

Herefter inddrager EF-Domstolen proportionalitetsprincippet, der findes overholdt. Det konkluderes, at nationale bestemmelser som dem, der er fastsat i *Samenwerkingsverordening 1993*, der er udstedt af et organ som det nederlandske advokatsamfund, ikke er i strid med art. 81, stk. 1 EF. Opsummerende er begrundelsen, at organet med rette har kunnet anse de nævnte bestemmelser for at være nødvendige til sikring af, at advokaterhvervet udøves korrekt i henhold til den ordning, som erhvervet er underlagt i den pågældende medlemsstat, på trods af de konkurrencebegrænsende virkninger, som er uadskillelig forbundne med bestemmelserne.⁶⁶

Da selve aktiviteten, *Samenwerkingsverordening 1993*, anses for lovlig i henhold til art. 81 EF, anser EF-Domstolen det ikke for nødvendigt at tage stilling til selve de tilknyttede nationale foranstaltningers lovlighed i henhold til *state action*-doktrinen.⁶⁷ Alt i alt anses det hollandske arrangement for at være lovligt i henhold til EU-retten.

Når sagen sammenlignes med Arduino-sagen, er det først og fremmest væsentligt at notere sig, at involveret i begge er nationale foranstaltninger, der i et vist omfang kan siges at legitimere private aktørers etablering af konkurrencebegrænsende aktiviteter. Disse aktiviteter af aftalelignende karakter må anses for isoleret betragtet at være i strid med art. 81 EF. I Arduino-sagen udtrykkes dette ikke eksplisit af EF-Domstolen, men må antages at være forudsat. Aktiviteten må her kunne kategoriseres som værende af priskartellignende karakter og under alle omstændigheder værende til hinder for den frie prisdannelse.⁶⁸ I Wouters-sagen udtaler EF-Domstolen eksplisit, at der er tale om en aktivitet, der medfører en

⁶⁵⁾ Jf. Wouters-sagens præmis 105-107.

⁶⁶⁾ Jf. Wouters-sagens præmis 109-110.

⁶⁷⁾ Jf. Wouters-sagens præmis 118.

⁶⁸⁾ Se i øvrigt analyse af spørgsmålet i generaladvokat Légers forslag til afgørelse i Arduino-sagen, afsnit 58-81.

Ulla Neergaard

begrænsning af produktionen og den tekniske udvikling i strid med art. 81, stk. 1, litra b EF. Således kan det noteres, at det faktuelle udgangspunkt i begge sager er nationale foranstaltninger, der foranlediger konkurrencebegrænsende aktiviteter. Faktuelt er der imidlertid den afgørende forskel, at i Arduino opfølges aktiviteten med endnu en foranstaltning, hvilket øjensynligt ikke i samme udstrækning er tilfældet i Wouters.⁶⁹ Måske begrundet i denne faktuelle forskel, bliver det retlige argumentationsmønster ved vurderingen af de to nationale ordninger også ganske forskellig i de to sager.

Endvidere er det relevant at hæfte sig ved, at i Arduino-sagen behandles kun ét af de i Wouters-sagen fem behandlede problemer, nemlig det om hvorvidt samhandlen påvirkes. Samtidig kan Wouters-sagen siges at stoppe på et tidligere tidspunkt i analyserækken, idet selve “aftalen”, *Samenwerkingsordenning 1993*, formås løftet uden for art. 81's anvendelsesområde i kraft af “sammenhængskriteriet”.⁷⁰ I modsætning hertil må det som anført ovenfor antages, at EF-Domstolen forudsætter takstvedtagelsen i Arduino for at være ulovlig i henhold til art. 81 EF. Her inddrages ikke “sammenhængskriteriet”. I stedet inddrages i modsætning til Wouters *state action*-doktrinen. Denne fører i første omgang til EF-Domstolens registrering af, at adskillige bekymringsværdige forhold foreligger. Imidlertid lykkes det for EF-Domstolen også i denne sag at gennemtrumfe en lovliggørelse af ordningen i kraft af et “kompetenceafkalds-delkriterium”, hvor vægten lægges på, at der efter “aftalevedtagelsen” finder adskillige offentligretlige handlinger sted, jf. ovenfor.

Under alle omstændigheder er fælles for begge domme, at EF-Domstolen synes villig til at gå langt i bestræbelserne på at anse nationale foranstaltninger med konkurrencebegrænsende virkninger og de hertil knyttede aktiviteter for lovlige i h.t. EU-retten. I begge sager, dog mest udpræget i Wouters, synes EF-Domstolen til støtte for bestræbelserne at lancere nye kriterier til vurdering af sådanne nationale ordninger.

Om Wouters-sagen gælder, at EF-Domstolens løsning af de første fire problemer, jf. ovenfor, er forholdsvis ukontroversiel. Løsningen af det femte problem giver derimod anledning til adskillige kommentarer. Det er her, hvor EF-Domstolen lancerer det såkaldte “sammenhængskriterium”, hvis opfyldelse synes så at sige at kun-

⁶⁹⁾ Af præmis 9 i Wouters-sagen fremgår det, at vedtægterne umiddelbart efter at de er udstedt, skal fremsendes til Justitsministeriet og dernæst offentliggøres i det hollandske stats- og ministerialtidende.

⁷⁰⁾ Derved finder EF-Domstolen ikke anledning til at tage stilling til det af den nationale domstol rejste spørgsmål 6 om *state action*-doktrinen.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten
ne retfærdiggøre en ellers ulovlig aktivitet. Kommissionen taler ligefrem om “Wouters-undtagelsen” i en meddelelse om konkurrencen indenfor de liberale erhverv.⁷¹

Kriteriet kan ses som bestående af en tre-ledet test til vurderingen af, om en aktivitet kan anses for ikke omfattet af forbuddet i art. 81, stk. 1 EF. Første led består af en undersøgelse af den overordnede sammenhæng, som aktiviteten indgår i og har virkninger. Her undersøges det især hvilke mål, aktiviteten har til hensigt at opfylde. Andet led består af en undersøgelse af, om de konkurrencebegrænsende virkninger, som opfyldelsen af de nævnte mål medfører, er uadskilleligt forbundne hermed. Sidste led består af proportionalitetsprincipiets inddragelse.

Kriteriets oprindelse angives ikke af EF-Domstolen selv. Imidlertid giver generaladvokat Léger en grundig redegørelse for dets baggrund i sit forslag til afgørelse af sagen. Det fremgår, at det er kommet på banen, først og fremmest fordi bl.a. det hollandske advokatsamfund i sagen gjorde gældende, at et kriterium af næsten tilsvarende indhold var anvendt af Kommissionen i EPI-sagen⁷² og derfor måtte anskues som gældende ret med relevans for sagen.⁷³ Det kan på denne baggrund slås fast, at kriteriet er en nyskabelse i selve EF-Domstolens praksis.⁷⁴

Generaladvokat Léger kategoriserer i øvrigt kriteriet som en slags *rule of reason*-test og gennemfører i denne sammenhæng en temmelig informativ analyse af

⁷¹⁾ Jf. “Meddelelse fra Kommissionen. Rapport om konkurrencen indenfor de liberale erhverv”, Bruxelles 09.02.2004, KOM(2004)83, afsnit 5.I.5.

⁷²⁾ Jf. Kommissionens beslutning 1999/267/EF af 7. april 1999, EFT L106, s. 14. Her anfører Kommissionen, jf. afsnit 38: “Bestemmelserne er på grund af branchens særlige karakteristika nødvendige for at sikre de anerkendte fuldmægtiges upartiskhed, kompetence, integritet og ansvarlighed og for at undgå interessekonflikter og vildledende reklame, beskytte tavshedspligten og sikre, at Den Europæiske Patentmyndighed kan fungere effektivt. De falder derfor ikke ind under anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1... Bestemmelserne er ikke konkurrencebegrænsende, hvis de anvendes objektivt og ikke-diskriminerende.” Se også Sag T-144/99, Instituttet af anerkendte fuldmægtige for Den Europæiske Patentmyndighed mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, 28. marts 2001, Saml. II-1087, hvor beslutningen delvist annulleres.

⁷³⁾ Jf. generaladvokat Légers forslag til afgørelse i Wouters-sagen, afsnit 97.

⁷⁴⁾ Desuden må det konstateres, at EF-Domstolen ved at lancere kriteriet er gået imod generaladvokat Légers anbefalinger, jf. nf., samt har ændret ved hidtidig opfattelse af gældende ret, som denne bl.a. har været formuleret af Retten i Første Instans i EPI-sagen, præmis 64, hvor det anføres, at det ikke kan “...godtages, at bestemmelser som regulerer udøvelsen af et erhverv principielt ikke omfattes af anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1 EF, alene som følge af, at reglerne af de kompetente organer kvalificeres som ‘erhvervetiske’”.

Ulla Neergaard

amerikansk ret og EU-ret herom.⁷⁵ Analysen fører generaladvokaten frem til en afvisning af kriteriet som udtryk for gældende EU-ret. I det hele taget er generaladvokaten temmelig kritisk overfor kriteriet og dets eventuelle lancinger.⁷⁶

Kriteriet kan rent funktionelt være vanskeligt helt at kategorisere. På sin vis har det træk i retning af at være en ulovbestemt undtagelsesregel til art. 81, stk. 1 EF.⁷⁷ Der skal i denne sammenhæng erindres om art. 81, stk. 3 EF, der eksplicit hjemler adgang til at fritage aftaler m.m. fra forbuddet i stk. 1 samt derved også ugyldighedsvirkeningen i stk. 2. I henhold til art. 9, stk. 1, i forordning 17, er imidlertid alene Kommissionen kompetent til at bringe art. 81, stk. 3 EF i anvendelse og det er jf. forordningens art. 4, stk. 1, en forudsætning for fritagelse, at aftalen, m.m. forinden er anmeldt.⁷⁸ Det er derfor klart, at art. 81, stk. 3 EF, ikke i den konkrete sag udgjorde et umiddelbart anvendeligt værktøj for EF-Domstolen.⁷⁹ Det er også klart, at testen indeholdt i "sammenhængskriteriet" er af et ganske anderledes tilsnit end testen indeholdt i art. 81, stk. 3 EF. Da kriteriets funktion imidlertid synes at være af analog karakter, er det et stort skridt, at EF-Domstolen hermed tilskriver sig en mulighed for at kunne anse visse aktivitetsformer for ikke omfattet af stk. 1, når denne mulighed af lovgiver var tiltænkt forbeholdt Kommissionen. Skridtet synes at være mindst lige så stort, som da EF-Domstolen i september-trilogien lancerede et princip, hvorefter kollektive aftaler, der indgås mellem arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, anses for ikke at falde ind under art. 81's anvendelsesområde.⁸⁰

Kriteriet kan også bringe associationer hen på de tvingende samfundsmaessige hensyn, som kan påberåbes til retfærdiggørelse af restriktioner for den fri be-

⁷⁵⁾ Jf. generaladvokat Légers forslag til afgørelse i Wouters-sagen, afsnit 99-104.

⁷⁶⁾ Jf. generaladvokat Légers forslag til afgørelse i Wouters-sagen, afsnit 104-107.

⁷⁷⁾ Endvidere kan det hævdes at have en vis analogi til art. 86, stk. 2 EF.

⁷⁸⁾ Jf. Rådets forordning nr. 17 om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler 85 og 86, EFT spec 1959-1962, s. 81, med senere ændringer. Forordningen er nu erstattet med Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EFT 04.01.2003 L1.

⁷⁹⁾ Således anføres det af Lundgaard Hansen, K. m.fl., at hverken fællesskabsdomstolene eller de nationale domstole på tidspunktet for dommens afgørelse var kompetente til at bringe art. 81, stk. 3 EF, i anvendelse, jf. *EU-konkurrenceretten*, (København: GadJura, 1998), s. 42.

⁸⁰⁾ Jf. Albany-sagens præmis 59-60; Brentjens-sagens 56-57; samt Drijvende Bokken-sagens præmis 46-47. Se i øvrigt omtale af disse sager i Neergaard, U., "Kollektiv arbejdsret og den europæiske *state action* doktrin", i *Skæringsfeltet mellem kollektive overenskomster og konkurrenceretten*, Redigeret af Nielsen, R. & Fejø, J., Nordisk Ministerråd, 2002, s. 63-74.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

vægelighed af varer, tjenesteydelser, m.m.⁸¹ Disse hensyn kan påberåbes enten under henvisning til traktatbestemmelser eller under henvisning til domstolspraksis.⁸² Det undersøges ligeledes indenfor dette retsområde, om en foranstaltung er grundet i et tvingende samfundsmæssigt hensyn/mål, der kan retfærdiggøre en given restriktion, og om proportionalitetsprincippet er opfyldt.⁸³ Hvis dette er en korrekt antagelse, kan EF-Domstolen med denne sag siges at have taget det første skridt i retning af at få indført en tilsvarende afvejningstest i relation til *state action*-doktrinen.⁸⁴

Såfremt EF-Domstolen ikke havde lanceret ”sammenhængskriteriet”, ville konsekvensen have været en statuering af aktiviteten som værende ulovlig i h.t. art. 81, stk. 1 EF.⁸⁵ Det næste trin ville da være at vurdere selve den tilgrundliggende nationale foranstaltnings lovighed i henhold til *state action*-doktrinen.⁸⁶ Især

⁸¹⁾ Jf. også O'Loughlin, R., ”EC Competition Rules and Free Movement Rules: An Examination of the Parallels and their Furtherance by the ECJ Wouters Decision” (2003) *European Competition Law Review* 62-69.

⁸²⁾ Jf. eksempelvis Nielsen, R., *EU Ret*, (København: Forlaget Thomson, 1999), 2. udg., s. 220 ff.

⁸³⁾ Se også Wouters-sagens præmis 122, hvor en parallelitet anses som givet.

⁸⁴⁾ Det skal bemærkes, at det hyppigt i litteraturen har været foreslægt, at EF-Domstolen i sin vurdering af nationale foranstaltninger bør indføre en to-trins-test, i henhold til hvilken det - forenkledd gengivet - for det første skal vurderes, om en foranstaltung har konkurrencebegrænsende virkninger og i givet fald for det andet i tilfælde skal vurderes, om Medlemsstaterne med rette kan gøre eventuelle tvingende samfundsmæssige hensyn gældende. Se eksempelvis Gyselen, L., ”State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty's Competition Provisions”, *Common Market Law Review*, Vol. 26, 1989, s. 33-60; eller generaladvokat Légers forslag til afgørelse i Arduino-sagen, især afsnit 91. Kommissionen er i sammenhæng hermed fortaler for, at der anvendes et proportionalitetskriterium ved alle undersøgelser af regulering i henhold til hvilket, reglerne objektivt set skal være nødvendige for at nå et klart defineret og berettiget mål i den offentlige interesse, og de skal udgøre den mindst konkurrencebegrænsende metode til at nå dette mål, jf. ”Meddelelse fra Kommissionen. Rapport om konkurrencen indenfor de liberale erhverv”, Bruxelles 09.02.2004, KOM(2004)83, p. 5.

⁸⁵⁾ Dette var også generaladvokat Légers konklusion i dennes forslag til afgørelse i Wouters-sagen, jf. afsnit X, nr. 2.

⁸⁶⁾ Et sideordnet spørgsmål ville være spørgsmålet om advokatsamfundets ansvar. I CNSD-II-sagen opsummeres herom følgende retningslinjer: ”Det fremgår af retspraksis, at traktatens artikel 85 og 86 (nu artikel 81 EF og 82 EF) således kun tager sigte på konkurrencestridig adfærd fra virksomhedernes side på deres eget initiativ... Såfremt virksomhederne pånødes en konkurrencestridig adfærd ved en national lovgivning, eller såfremt denne lovgivning skaber en retlig ramme, som på sin side berover dem enhver mulighed for at konkurrere retmæssigt, finder traktatens artikel 85 og 86 ikke anvendelse. I denne situation skyldes begrænsningen af konkurrencen ikke, som det forudsættes i disse bestemmelser, en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side... Derimod kan traktatens artikel 85 og 86 finde anvendelse i en situation, hvor der efter den nationale lovgivning fortsat består en mulighed

Ulla Neergaard

forudsat en tilstrækkelig forbindelse mellem foranstaltning og konkurrencebegrensende aktivitet og forudsat at en overtrædelse af Van Eycke-testens kriterier kunne findes at foreligge, ville udfaldet være statuering af foranstaltningens manglende overensstemmelse med EU-retten. Der er således overvejende sandsynlighed for, at EF-Domstolen ad denne vej ville have været havnet i en situation, hvor den hollandske ordning nødvendigvis måtte erklæres for at være i strid med EU-retten. Måske derfor valgte EF-Domstolen i stedet for den nye vej.

Udover spekulationer vedrørende baggrunden og grundelsen for indførelsen af det nye kriterium, samt hvorledes det rent funktionelt bør kategoriseres, melder der sig i sagens natur spørgsmålet om dets fremtidige betydning.⁸⁷ Først må det noteres, at som en indikation af den af EF-Domstolen oplevede vigtighed af de i sagen indeholdte spørgsmål kan tages den omstændighed, at den blev afgjort af ikke færre end 13 dommere. Samtidig må dette tages som udtryk for dommens høje grad af præjudikatsværdi. Afgørende synes det imidlertid uvægerligt at være, om kriteriet udelukkende vil få betydning i sager, der i større eller mindre omfang kredser sig om *state action*-doktrinen eller om det også vil kunne få almen betydning, dvs. i relation til mere klassiske art. 81-sager. Med andre ord er det afgørende for kriteriets fremtidige betydning, hvad begrebet "sammenhæng" m.m. omfatter, især om det alene refererer til en retlig sammenhæng eller ej. Således er det af væsentlighed, at det afklares, om kriteriet eksempelvis vil kunne bringe faglige organisationers vedtagelser, herunder brancheforeningsvedtagelser, udenfor art. 81's anvendelsesområde, selv i de situationer hvor disse måtte være vedtaget løsrevet fra en såkaldt retlig kontekst. På grund af kriteriets ganske anderledes opbygning end art. 81, stk. 3 EF, er det klart, at det har potentiale til at kunne få en væsentlig betydning.

for konkurrence, men hvor denne konkurrence kan hindres, begrænses eller fordrjes ved en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side... Desuden bemærkes, at muligheden for at udelukke en bestemt konkurrencestridig adfærd fra anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1, fordi den er blevet pålagt de pågældende virksomheder af den bestående nationale lovgivning, eller fordi denne fratager dem enhver mulighed for at konkurrere, er blevet fortolket snævert af Fællesskabets retsinstanser..."

⁸⁷⁾ Se især Sag T-313/02, David Meca-Medina og Igor Majcen mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, 30. September 2004, Endnu ikke i Saml., hvor der henvises til Wouters-sagen. Retten er af den opfattelse, at den foreliggende sag adskiller sig fra Wouters-sagen, jf. præmis 65.

5. CIF-dommen

I CIF-sagen behandler EF-Domstolen spørgsmålet om nationale konkurrencemyndigheders opgave med at kontrollere overholdelsen af art. 81 EF, når konkurrencebegrænsende adfærd er pålagt eller begunstiget af national lovgivning.⁸⁸ At domstolen har opfattet spørgsmålet som vigtigt, kan ses som udtrykt ved, at hele 11 dommere har deltaget i afgørelsen.

Der er tale om en art. 234-sag, hvor en national ret har forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål. Disse opstod i en hovedsag vedrørende en afgørelse truffet af den italienske konkurrencemyndighed af 13. juli 2000. I denne fastslag myndigheden, at lovgivningen vedrørende etablering og drift af sammenslutningen af italienske tændstikproducenter, Consorzio Industrie Fiammiferi (herefter CIF) strider mod art. 10 og 81 EF samt at CIF og de virksomheder, som er medlemmer af CIF, tilslidtesatte art. 81 EF ved at fordele produktionsvoter. Afgørelsen pålagde CIF og virksomhederne at bringe den konstaterede tilslidesættelse til ophør. Den 14. november 2000 anlagde CIF imidlertid sag til prøvelse af konkurrencemyndighedens afgørelse ved Tribunale amministrativo regionale per il Lazio. CIF gjorde bl.a. gældende, at myndigheden ikke havde kompetence til at efterprøve nationale bestemmelser gyldighed og virksomhed, eftersom denne mulighed hverken tillægges den i national lov eller ved principippet om fællesskabsrettens forrang. Således anførte CIF, at forrangsprincipippet kun kan bringes i anvendelse med henblik på konkret at undlade at bringe en bestemmelse i anvendelse, men ikke med henblik på at fastslå, at en sådan bestemmelse helt generelt ikke er virksom.

Den nationale ret fandt det nødvendigt at forelægge EF-Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

"1) Skal eller kan en national konkurrencemyndighed, som stilles over for omstændigheder, hvor en aftale mellem virksomheder fremkalder skadefirekninger for fællesskabshandelen, og når nævnte aftale enten er krævet eller begunstiget af et

⁸⁸⁾

Jf. Sag C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) mod Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 9. september 2003, Saml. I-8055. Spørgsmålet har ikke tidligere været behandlet. I De forenede sager C-430/93 og C-431/93, Jeroen van Schijndel og Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mod Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, 14. december 1995, Saml. I-4705, bestemmer EF-Domstolen i præmis 15, at "...en national domstol under behandlingen af en sag vedrørende civilretlige rettigheder og forpligtelser, som parterne frit disponerer over, når den har mulighed herfor i henhold til de nationale retsregler, skal anvende bestemmelserne i traktatens artikel 3, litra f), og artikel 85, 86 og 90 [nu art. 3, stk. 1, litra g, 81, 82 og 86 EF], selv om den part i sagen, som har interesse i, at de anvendes, ikke har påberåbt sig dem."

Ulla Neergaard

nationalt lovgivningstiltag, som legitimerer eller forstærker virkningerne, navnlig ved prisfastsættelse og markedsfordeling - undlade at anvende de pågældende regler og pålægge sanktioner eller - i det mindste - nedlægge forbud for fremtiden mod virksomhedernes konkurrencestridige adfærd - og hvad er retsvirkningerne heraf?

2) Kan en national lovgivning, som giver et ministerium beføjelse til at fastsætte salgspriser for et produkt og desuden tildeler en obligatorisk sammenslutning af producenter beføjelse til at fordele produktionen mellem virksomhederne, med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1 EF, anses for en lovgivning, som bevarer muligheden for konkurrence, som kan hindres, begrænses eller fordrejes ved en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side?“⁸⁹

I forbindelse med besvarelse af det første spørgsmål opstiller EF-Domstolen først *state action*-doktrinens såkaldte generelle princip, jf. ovf.⁹⁰ I naturlig forlængelse heraf opstiller EF-Domstolen dernæst ovennævnte Van Eycke-test.⁹¹

På denne baggrund bestemmer EF-Domstolen, at det følger af fællesskabsrettens forrang, at bestemmelser i national lovgivning, som strider mod en fællesskabsbestemmelse, hvad enten de er ældre eller yngre end denne, ikke må anvendes. Hvad der ligger i denne forpligtelse til ikke-anwendung, uddybes således:

“Denne pligt... påhviler ikke blot de nationale domstole, men ligeledes alle statsorganer, herunder forvaltningen..., hvilket i påkommende tilfælde indebærer en pligt til at træffe enhver bestemmelse til fremme af den fulde gennemførelse af fællesskabsretten... Når en national konkurrencemyndighed som den italienske myndighed har fået til opgave bl.a. at kontrollere, at artikel 81 EF overholdes, og når denne bestemmelse sammenholdt med artikel 10 EF pålægger medlemsstaterne en undladelsesforpligtelse, ville EU-konkurrencerettens effektive virkning mindskes, såfremt konkurrencemyndighedeninden for rammerne af en undersøgelse af virksomheders adfærd i forhold til artikel 81 EF ikke måtte fastslå, at en national bestemmelse tilsidesætter artikel 10 EF sammenholdt med artikel 81 EF, og såfremt den som følge heraf ikke undlod at anvende bestemmelsen. I den sammenhæng er det uden betydning, at en til sidesættelse af artikel 81 EF og 82 EF i det tilfælde, hvor den nationale lovgivning pålægger virksomhederne en konkurrencebegrænsende adfærd, ikke også kan gøres gældende over for disse virksomheder... De pligter, som påhviler medlemsstaterne i medfør af artikel 3, stk. 1, litra g), EF, artikel 10 EF, 81 EF og 82 EF, og som er uafhængige af virksomhedernes forpligtelser i medfør af artikel 81 EF og 82 EF, gælder uformindsket, hvorfor den nationale kon-

⁸⁹⁾ Jf. CIF-sagens præmis 39.

⁹⁰⁾ Jf. CIF-sagens præmis 45.

⁹¹⁾ Jf. CIF-sagens præmis 46.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

kurrencemyndighed fortsat er forpligtet til at undlade at anvende den omhandlede nationale bestemmelse.”⁹²

Om de sanktioner, som kan pålægges virksomhederne, præciserer EF-Domstolen, at en national konkurrencemyndighed: 1) ikke kan pålægge de berørte virksomheder sanktioner for deres adfærd, når denne var blevet dem pålagt af denne nationale lovgivning, 2) derimod godt kan pålægge virksomhederne sanktioner for deres adfærd i tiden efter beslutningen om, at den pågældende nationale lovgivning ikke kan finde anvendelse, når denne beslutning er blevet endelig i forhold til virksomhederne, og 3) kan pålægge de berørte virksomheder sanktioner for deres tidligere adfærd, når denne adfærd blot blev gjort lettere eller fremmet af den nationale lovgivning, hvorved der dog skal tages hensyn til det særlige indhold af den lovgivning, på grundlag af hvilken virksomhederne handlede.⁹³

Det andet spørgsmål besvares med, at det tilkommer den forelæggende ret at bedømme, hvorvidt en national lovgivning, som den, der omhandles i hovedsagen, der giver et ministerium beføjelse til at fastsætte detailsalgspriser for et produkt og desuden tildeler en obligatorisk sammenslutning af producenter beføjelse til at fordele produktionen mellem virksomhederne, med henblik på anvendelsen af art. 81, stk. 1 EF, kan anses for en lovgivning, som bevarer muligheden for konkurrence, som kan hindres, begrænses eller fordrøjes ved en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side.⁹⁴ I forbindelse med denne besvarelse opstiller EF-Domstolen en række retningslinjer til støtte for bedømmelsen, jf. præmis 66-79.

Den altdominerende konsekvens af sagen er, at det nu med fasthed er statueret af EF-Domstolen, at nationale konkurrencemyndigheder er forpligtet til at undlade at anvende nationale bestemmelser, der tilsidesætter art. 10 smh. m. art. 81 EF. Med andre ord er eksempelvis det danske Konkurrenceråd nu forpligtet til i behandlingen af sager vedrørende virksomheders adfærd, der strider mod art. 81, stk. 1 EF, og som er pålagt eller begunstiges af en national lovgivning, der legitimerer eller forstærker virkningerne af denne adfærd, at undlade at anvende denne nationale lovgivning.⁹⁵ Herved bliver Konkurrencerådet i sager, hvor EU-retten finder

⁹²⁾ Jf. CIF-sagens præmis 49-51.

⁹³⁾ Jf. CIF-sagens præmis 52-57.

⁹⁴⁾ Jf. CIF-sagens præmis 80.

⁹⁵⁾ Temple Lang. J., “National measures restricting competition, and national authorities under Article 10 EC” (2004) 29 *European Law Review* 398, præciserer: “Every national court and every national authority is a court or authority with *general* jurisdiction to apply any rule of Community law which may be relevant, even if its jurisdiction or powers under national law

Ulla Neergaard

anvendelse, forpligtet til at underkaste national regulering i sager af den pågældende karakter en vurdering i forhold til *state action*-doktrinens indhold. En ikke-anvendelse indebærer, at den involverede nationale lovgivning skal være retlig uvirksom, men ikke at den er ugyldig.⁹⁶ Forstærket af muligheden for at pålægge virksomheder sanktioner for deres adfærd i tiden efter beslutningen om, at den pågældende nationale lovgivning ikke kan finde anvendelse, er der imidlertid tale om en rimelig effektiv retsvirkning.⁹⁷

Dommen er formuleret i vendinger, der giver indtryk af, at forpligtelsen til at undlade at anvende nationale bestemmelser, der til sidesætter art. 10 EF smh. m. art. 81 EF, altid har eksisteret. En væsentlig del af argumentationen er i denne forbindelse, at forpligtelsen udledes af forrangsprincippet samt kravet om EU-konkurrencerettens effektive virkning. Argumentationen er helt gængs i "EU-

are limited or specialised. This power has important implications for national competition and regulatory authorities, and for enterprises complaining to them and enterprises over which they may exercise their jurisdiction. It means that although the authorities concerned may have no power to question directly the compatibility with Community law of national measures on their own initiative, they may disregard those measures in exercising their normal powers under Community law against enterprises which rely on the measures as a defense. This power is limited in several respects: - It arises only when the authority is applying a rule of Community law, and the national measure is relied on as a defense. It would not arise if the authority was applying only national competition law or national regulatory rules not based on or implementing Community law. - It arises only when the defendant enterprises themselves are acting or have acted in a way which is contrary to Community law. It does not arise when the enterprise is not itself acting in this way, but the national measure has created, strengthened or extended a dominant position without justification, without leading the enterprise to do anything, which would itself be contrary to Arts 81 to 82 or to Community regulatory rules. (If the measures lead to an abuse, of course, the abuse can be prohibited). - The power does not enable the authority to bring proceedings to challenge the national measure directly (which would make the state the effective defendant), but only to enforce a rule of Community law which the authority has jurisdiction already to enforce. So Art. 10 does not alter the scope of the jurisdiction or competence of the authority, but confers greater power within its normal scope. It is not limited to Community competition law..."

⁹⁶⁾ Jf. eksempelvis Nielsen, R., *EU RET* (Forlaget Thomson, 2002) 176.

⁹⁷⁾ Dette indtryk forstærkes yderligere ved, at Kommissionen hidtil har været tilbageholdende med at indlede sager mod Medlemsstater under henvisning til *state action*-doktrinen, jf. også Nebbia, P., "Case C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Judgment of the Full Court of 9 September 2003" (2004) *Common Market Law Review* 843. For andre kommentarer til dommen, se især Rizza, C., "The Duty of National Competition Authorities to Disapply Anti-Competitive Domestic Legislation and the Resulting Limitations of the Availability of the State Action Defense (Case C-198/01 CIF)" (2004) *European Competition Law Review* 126; og Kaczorowska, A., "The Power of a National Competition Authority to Disapply National Law Incompatible with EC Law - and its Practical Consequences" (2004) *European Competition Law Review* 591.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

universet" og må, set fra denne synsvinkel, forekomme overbevisende. Således anføres da også af generaladvokat Jacobs i dennes forslag til afgørelse, at: "Efter min opfattelse er det centrale spørgsmål ikke, hvorvidt en national konkurrence-myndighed kan, eller under givne omstændigheder skal, undlade at anvende nationale bestemmelser, der er i strid med fællesskabsretten. Det står principielt fast, at alle nationale retter er forpligtet hertil, når det drejer sig om fællesskabsretlige bestemmelser med direkte virkning. Dette følger nemlig af fællesskabsrettenens direkte virkning og af fællesskabsrettens forrang for national ret. Beføjelsen eller pligten til ikke at anvende nationale bestemmelser, der er i strid med fællesskabsretten, tilkommer ikke kun nationale retter, men også ifølge Domstolens praksis 'samtlige forvaltninger'"⁹⁸ Det bør dog samtidig understreges, at forpligtelsen - udelukkende forstået i relation til *state action*-doktrinen - ikke synes at være videre kendt, da det ikke har været muligt for denne forfatter bortset fra en enkelt undtagelse at finde den omtalt i litteraturen.⁹⁹ I eksempelvis forarbejderne til den danske konkurrencelov har det heller ikke været muligt at finde en henvisning til forpligtelsen. Endelig kan det forhold, at hele 11 dommere har været

⁹⁸⁾ Jf. Forslag til afgørelse af generaladvokat Francis Jacobs afgivet den 30. januar 2003, Sag C-198/01 C.I.F. Consorzio Industrie Fiammiferi mod Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Saml. I-8055, pkt. 42. Det bør nævnes, at citatet afrundes af en fodnote, der henviser til Sag 103/88, Fratelli Costanzo SpA mod Comune di Milano og Impresa Ing. Lodigiani SpA, 22. juni 1989, Saml. I-1839. Fra denne dom er det værd at citere præmis 30-31: "Det må herved fremhæves, at når private under de ovenfor beskrevne betingelser kan påberåbe sig et direktivs bestemmelser ved nationale domstole, beror dette på, at de af disse bestemmelser følgende forpligtelser gælder for samtlige myndigheder i medlemsstaterne. Det vil i øvrigt være ulogisk at statuere, at private kan påberåbe sig bestemmelser i et direktiv, der opfylder de ovenfor angivne betingelser, ved de nationale domstole i tvister med forvaltningen, hvis det samtidigt antages, at forvaltningen ikke er forpligtet til at anvende direktivets bestemmelser og bortse fra de bestemmelser i national ret, der ikke er i overensstemmelse hermed. Heraf følger, at sådanne direktivbestemmelser, når de opfylder de i Domstolens praksis forudsatte betingelser, kan påberåbes af borgerne ved de nationale domstole, og at samtlige forvaltninger, herunder sådanne lokalforvaltninger som kommuner er forpligtet til at anvende disse bestemmelser."

⁹⁹⁾ Undtagelsen er at finde i Temple Langs forfatterskab, hvori det eksempelvis i en artikel fra 1998 anføres, at: "The Court of Justice has repeatedly stressed the duties of national courts to protect rights given by Community law.[fodnote udeladt] There has not yet been the same emphasis on the corresponding duties of national non-judicial authorities to protect and respect those rights. But Community law duties apply to all national authorities, including the legislature, irrespective of the division of powers between them... The authority has a duty of its own. It does not need to wait until it is ordered by a court to carry it out." Herved opstiller Temple Lang en række forpligtelser, herunder med henvisning til *state action*-doktrinen, jf. Temple Lang, J. "The Duties of National Authorities Under Community Constitutional Law", (1998) 23 European Law Review 109-110. Også i Temple Langs senere artikel: "National measures restricting competition, and national authorities under Article 10 EC" (2004) 29 European Law Review 406, understreger han sin opfattelse af, at principperne i CIF-sagen allerede forinden dommens afsigelse var gældende. Dog erkender han, at principernes implikationer i kraft af dommen nu fremstår mere klare.

Ulla Neergaard

udpeget til at afgøre sagen eventuelt ses som tegn på, at helt åbenbar har forpligtelsens eksistens ikke forekommet at være. Alt i alt må det anses for at være af stor betydning, at forpligtelsen nu eksplisit er formuleret af EF-Domstolen.

Som en sidste implikation af dommen skal det forhold omtales, at det er af stor praktisk betydning, at retsstillingen for virksomheders eventuelle ansvarsprægelse klargøres. Gældende ret baserer sig på en sondring mellem Medlemsstaters undladelsesforpligtelse, jf. især art. 10 EF og 81 EF (og evt. art. 82 EF), og virksomheders adfærd i forhold til art. 81 EF (og evt. art. 82 EF). Imidlertid er det et helt særegent problem for virksomheder i de tilfælde, hvor de udøver aktiviteter, der i større eller mindre omfang er påkrævet i henhold til national lovgivning, men som sidenhen måtte anses for stridende mod *state action*-doktrinen. EF-Domstolen udtalte sig første gang om spørgsmålet i Ladbroke-sagen fra 1997.¹⁰⁰ Med nærværende dom synes EF-Domstolen at bekræfte indholdet af bl.a. denne sag. Det præciseres dog yderligere, at for så vidt angår de sanktioner, som kan pålægges virksomhederne, skal der foretages en dobbelt sondring alt efter, hvorvidt den nationale lovgivning udelukker, henholdsvis giver mulighed for en konkurrence, som stadig kan hindres, begrænses eller fordrejes ved en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side, og - i den førstnævnte situation – hvorvidt de omhandlede faktiske forhold fandt sted før eller efter konkurrencemyndighedens erklæring om, at den nationale lovgivning ikke må finde anvendelse.¹⁰¹ I forhold til hver af disse situationer opstiller EF-Domstolen rammerne for sanktionsmulighederne. Det er i forlængelse heraf tillige af stor praktisk betydning at kunne afklare, hvornår der er tale om lovgivning, som bevarer muligheden for konkurrence, som kan hindres, begrænses eller fordrejes ved en selvstændig

¹⁰⁰⁾ Her bestemmes det: "Traktatens artikel 85 og 86 [nu art. 81 og 82 EF] tager således kun sigte på konkurrencestridig adfærd fra virksomhedernes side på deres eget initiativ... Såfremt virksomhederne pånødes en konkurrencestridig adfærd ved en national lovgivning, eller såfremt denne lovgivning skaber en retlig ramme, som på sin side bør over dem enhver mulighed for at konkurrere retmæssigt, finder traktatens artikel 85 og 86 [nu art. 81 og 82 EF] ikke anvendelse. I denne situation skyldes begrænsningen af konkurrencen ikke, som det forudsættes i disse bestemmelser, en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side... Derimod kan traktatens artikel 85 og 86 [nu art. 81 og 82 EF] finde anvendelse i en situation, hvor denne konkurrence kan hindres, begrænses eller fordrejes ved en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side." Jf. Forenede sager C-359/95P og C-379/95P, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og Frankrig mod Ladbroke Racing Ltd, 11. november 1997, Saml. I-6265, præmis 33-34. Andre eksempler på domme vedrørende virksomheders eventuelle ansvarsprægelse er: Sag C-401/96P, Somaco SARL mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, 7. maj 1998, Saml. I-3949.; Sag T-513/93, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, 30. marts 2000, Saml. II-1807; og Sag C-207/01, Altair Chimica SpA mod ENEL Distribuzione SpA, 11. september 2003, Endnu ikke i Saml.

¹⁰¹⁾ Jf. CIF-sagens præmis 52.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten
adfærd fra virksomhedernes side. Det er i relation til denne problematik, at EF-Domstolens besvarelse af det andet spørgsmål skal ses.

6. AOK-dommen

Dommen om de tyske sygekasser, d.v.s. AOK-sagen, afsiges i foråret 2004 og udgør den nyeste blandt de her analyserede.¹⁰² Den vedrører først og fremmest afgrænsningen af virksomhedsbegrebet. Dette afgrænsning har betydning i relation til offentlige konkurrencebegrænsninger derved, at såfremt en forholdsvis stor række af aktiviteter betragtes som henhørende udenfor virksomhedsbegrebet, da kommer konkurrenceretten slet ikke i spil, og området opnår en slags immunitet overfor en prøvelse. Dommen må i øvrigt anses for at have en forholdsvis høj præjudikatsværdi, idet hele 11 dommere har deltaget i dens afsigelse.

Der er tale om forenede sager, idet såvel Oberlandesgericht Düsseldorf og Bundesgerichtshof hver i medfør af art. 234 EF har forelagt EF-Domstolen adskilige præjudiciale spørgsmål ved hver to kendelser. Spørgsmålene er blevet rejst i forbindelse med en række retssager mellem på den ene side visse sygekasseorganisationer¹⁰³ og på den anden side visse lægemiddelproducenter.¹⁰⁴

Sagens kerne er i al korthed lovligheden af sygekassernes fastsættelse af maksimumsbeløb for sygekassernes afholdelse af udgifter til medicin og hjælpemidler. Maksimumsbeløbene har den ganske håndgribelige betydning, at sygekasserne kun betaler for lægemidlerne på det apotek, der har udleveret lægemidlerne til et medlem, hvis deres pris er lavere eller svarer til det faste maksimumsbeløb. Hvis prisen overstiger maksimumsbeløbet, skal medlemmet selv betale forskellen mellem dette beløb og lægemidlets salgspris.

Sygekassernes fastsættelse af faste maksimumsbeløb sker i henhold til national lovgivning, der bl.a. rummer forskrifter for den præcise procedure, som skal iagt-

¹⁰²⁾ Jf. De forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, AOK Bundesverband m.fl. mod Ichtyol-Gesellschaft Cordes, Hermanni & Co., m.fl., 16. marts 2004, Endnu ikke i Saml.

¹⁰³⁾ D.v.s. AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen eV, Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft og See-Krankenkasse.

¹⁰⁴⁾ D.v.s. Ichtyol-Gesellschaft Cordes, Hermanni & Co., Mundipharma GmbH, Gödecke GmbH og Intersan, Institut für pharmazutische und klinische Forschung GmbH.

Ulla Neergaard

tages ved fastsættelsen. Første trin involverer en fastlæggelse af de grupper af lægemidler, for hvilke der skal fastsættes faste maksimumsbeløb. På det andet trin skal selve maksimumsbeløbene for hver kategori fastsættes. Ansvarlig for første trin er forbundsudvalget for læger og sygekasser, hvorimod det alene er sygekasseorganisationerne, der i fællesskab er ansvarlige for det andet trin. Visse krav stilles til fastsættelsen, herunder om udnyttelse af alle lønsomhedsreserver hos lægemiddelproducenterne, udløsning af en effektiv priskonkurrence, m.m.

De involverede lægemiddelproducenter anlægger sag mod de relevante sygekasseorganisationer om, at sidstnævnte skal undlade at anvende de faste maksimumsbeløb, der angår dem, samt betale erstatning for tab. I forbindelse med disse retssagers forløb forelægger de involverede nationale retter en række præjudicielle spørgsmål for EF-Domstolen. Denne sammenfatter disse spørgsmål til følgende fire spørgsmål:

1. "Skal sammenslutninger af sygekasser, såsom de i hovedsagerne omhandlede sygekasseorganisationer, anses for virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder i artikel 81 EF's forstand, når de fastsætter maksimumsbeløb svarende til det maksimumsbeløb for lægemidler, som sygekasserne afholder udgifterne til?"¹⁰⁵
2. "Såfremt dette første spørgsmål besvares bekræftende: Handler disse sammenslutninger i strid med bestemmelserne i artikel 81 EF, når de træffer afgørelser med henblik på fastsættelsen af disse beløb?"¹⁰⁶
3. "Såfremt dette andet spørgsmål besvares bekræftende: Finder undtagelsen i artikel 86, stk. 2, EF, anvendelse for så vidt angår disse afgørelser?"¹⁰⁷
4. "Såfremt der foreligger tilsidesættelse af traktatens konkurrenceregler, består der da i forhold til sådanne sammenslutninger krav om ophør med den skadevoldende omstændighed og om erstatning for det lidte tab?"¹⁰⁸

Om det første spørgsmål gør sygekasseorganisationerne og Kommissionen gældende, at der ikke er tale om virksomheder i art. 81 EF's forstand, hvorimod lægemiddelproducenterne gør det modsatte synspunkt gældende. EF-Domstolen når som kort nævnt oven frem til, at der ikke er tale om virksomheder i bestemmelsens forstand. Argumentationen, der fører til denne konklusion, tager sit udgangspunkt

¹⁰⁵⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 32.

¹⁰⁶⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 32.

¹⁰⁷⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 32.

¹⁰⁸⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 32.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

i principippet om, at: "...begrebet virksomhed inden for konkurrenceretten omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde."¹⁰⁹ Der henvises til Höfner- og Cisal-sagerne, som kilder til sætningens etablering.¹¹⁰

Herefter indkredser EF-Domstolen den nødvendige vurdering til kun at skulle tage sit afsæt i de sager, der er afsagt på socialsikringsområdet. Mere præcist henvises til Poucet og Pistre-, Cisal-, FFSA- og Albany-dommene.¹¹¹ På grundlag af en opsummering af de væsentligste principper, der kan udledes af disse domme, argumenterer EF-Domstolen således:

"Det bemærkes, at i lighed med de organer, der var genstand for den sag, der gav anledning til Poucet og Pistre-dommen, medvirker sygekasserne under den lovbestemte tyske sygesikringsordning ved administrationen af den offentlige socialsikring. I den forbindelse udfører de en funktion af rent social karakter, der bygger på principippet om national solidaritet, og drives ikke med vinding for øje.

Det skal navnlig understreges, at sygekasserne er retligt forpligtet til at yde deres medlemmer obligatoriske ydelser, som i det væsentlige er identiske, og som er uafhængige af bidragenes størrelse. Nævnte sygekasser har således ingen mulighed for at yde indflydelse på disse ydelser.

I forelæggelseskendelerne har Bundesgerichtshof i den forbindelse anført, at sygekasserne er organiseret i en slags solidaritetsfællesskab ('Solidargemeinschaft'), som gør det muligt for dem at foretage en form for udligning mellem dem for så vidt angår omkostninger og risici. I henhold til SGB V's § 265ff. sker der således udligning mellem de sygekasser, hvis udgifter er lavest, og de sygekasser, der dækker de mest omkostningstunge risici, og hvis udgifter, der er forbundet hermed, er størst.

¹⁰⁹⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 46.

¹¹⁰⁾ Jf. Sag C-41/90, Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macroton GmbH, 23. April 1991, Saml. I-1979; og Sag C-218/00, Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas mod Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), 22. januar 2002, Saml. I-691.

¹¹¹⁾ Jf. Forenede sager C-159/91 og C-160/91, Christian Poucet mod Assurances générales de France og Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon og Daniel Pistre mod Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans, 17. februar 1993, Saml. I-637; Sag C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance, m.fl. mod Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, 16. november 1995, Saml. I-4013; Sag C-67/96, Albany International BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, 21. september 1999, Saml. I-5751; Sag C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken NV mod Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, 21. september 1999, Saml. I-6121; og De forenede sager C-115/97, C-116/97 og C-117/97, Brentjens' Handelsondernehmung BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmateriale, 21. september 1999, Saml. I-6025.

Ulla Neergaard

Sygekasserne konkurrerer således hverken indbyrdes eller med private selskaber med henblik på leveringen af de lovbestemte ydelser vedrørende behandling eller lægemidler, som udgør deres væsentligste funktion.¹¹²

På denne baggrund statuerer EF-Domstolen, at de involverede sygekasser ligner de organer, der var omtvistet i Poucet og Pistre-dommen og Cisal-dommen, hvorfor deres virksomhed skal anses for at være af ikke-økonomisk art og derfor heller ikke virksomheder i art. 81 og 82 EF's forstand.¹¹³ Det understreges, at det forhold, at sygekasserne råder over en frihed i henseende til fastsættelse af bidrags-satserne og på at indgive sig på en vis konkurrence med henblik på at tiltrække medlemmer, ikke ændrer på nævnte konklusion.¹¹⁴

Hertil føjer EF-Domstolen, at det er nødvendigt at undersøge, om sygekasseorganisationernes fastsættelse af faste maksimumsbeløb er forbundet med sygekassernes opgaver af rent social karakter, eller om fastsættelsen falder uden for dette område og således udgør virksomhed af økonomisk art.¹¹⁵ Begrundelsen herfor er, at det ikke kan udelukkes, at sygekasserne og de organer, som repræsenterer dem, dvs. sygekasseorganisationerne, ud over deres rent sociale opgaver inden for rammerne af forvaltningen af den tyske sygesikringsordning, udøver anden virksomhed, som har et andet formål end et socialt formål, og som kan være af økonomisk art.¹¹⁶ I sådanne tilfælde er det EF-Domstolens opfattelse, at der kan være tale om vedtagelser mellem virksomheder eller inden for sammenslutninger af virksomheder.¹¹⁷

Undersøgelsen falder dog ud til sygekasseorganisationernes fordel, idet det gælder, at når de:

"...fastsætter de faste maksimumsbeløb, handler de alene med henblik på at opfylde en forpligtelse, som påhviler dem i medfør af SGB VB's § 35 med henblik på at sikre den tyske socialsikringsordnings varige beståen. Denne bestemmelse fastsætter således på detaljeret måde de betingelser, der gælder for fastsættelsen af nævnte beløb, og angiver nærmere, at sygekasseorganisationerne skal iagttagte visse krav om kvalitet og rentabilitet. SGB V bestemmer ligeledes, at hvis de nævnte organisa-

¹¹²⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 51-55.

¹¹³⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 55 og 57.

¹¹⁴⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 56.

¹¹⁵⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 59.

¹¹⁶⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 58.

¹¹⁷⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 58.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

tioner ikke kan nå til enighed om en fastsættelse af de faste maksimumsbeløb, tilkommer det vedkommende minister at fastsætte dem. Således er det alene de faste maksimumsbeløbs størrelse, der ikke er fastsat ved lov, men som fastsættes af sygekasseorganisationerne under hensyn til kriterier, som er fastlagt af lovgiver. Desuden råder sygekasseorganisationerne herved over et vist skøn, men dette vedrører det maksimumsbeløb, som sygekasserne afholder udgifterne til, hvilket er et område, hvor sygekasserne ikke konkurrerer indbyrdes. Det følger heraf, at sygekasseorganisationerne ved fastsættelsen af disse faste maksimumsbeløb ikke forfølger en egen interesse, der kan adskilles fra sygekassernes rent sociale formål. Tværtimod opfylder de nævnte organisationer ved denne fastsættelse en forpligtelse, som i det hele er forbundet med sygekassernes virksomhed inden for rammerne af den tyske lovbestemte sygesikringsordning. Det må derfor fastslås, at sygekasseorganisationerne ved fastsættelsen af de faste maksimumsbeløb alene udfører en forvaltningsopgave vedrørende den tyske socialsikringsordning, som er pålagt dem ved lov, og at de ikke handler som virksomheder, der udøver økonomisk virksomhed."¹¹⁸

Fordi det første spørgsmål således besvares med, at der ikke er tale om virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder i art. 81 EF's forstand, når de fastsætter faste maksimumsbeløb svarende til den maksimumspris for lægemidler, som sygekasserne afholder udgifterne til, finder EF-Domstolen ikke anledning til at besvare de øvrige spørgsmål.

Overordnet gælder i overensstemmelse med hidtidig praksis fortsat efter AOK-dommen, at hovedkriteriet er, om der er tale om en enhed, der udøver økonomisk virksomhed. Argumentationen i dommen kan herudover siges at udgøre en slags to-trins-test, hvor første trin vedrører en undersøgelse af, om den eller de involverede organisationer er virksomheder, når de leverer ydelser og det andet trin en undersøgelse af, om den eller de omtvistede konkurrencebegrænsende aktiviteter er omfattet af de involverede organisationers opgaver af rent social karakter. Disse to trin svarer til de første to trin i en tre-trins-test, der præsenteres af generaladvokat Jacobs i dennes forslag til afgørelse af sagen.¹¹⁹ Hver af disse to trin skal nu underkastes en nærmere vurdering.

¹¹⁸⁾ Jf. de forenede tyske sygekassesagers præmis 61-64.

¹¹⁹⁾ Jf. Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs i de forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 fremsat den 22. maj 2003, pkt. 24: "Der er tre trin i besværselen af dette spørgsmål. Først skal det undersøges, om de sygekasser, som appellanterne repræsenterer, er virksomheder, når de leverer sygesikringsydelser. Er dette tilfældet, skal det dernæst afgøres, om fastsættelsen af faste beløb som udgangspunkt er omfattet af sygekassernes økonomiske virksomhed. Endelig skal det undersøges, om appellanterne optræder som sammenslutninger af virksomheder, når de fastsætter de ensartede faste beløb, som sygekasserne derefter anvender." Det sidste trin bliver p.g.a. konklusionerne ved de første to trins undersøgelser ikke nødvendige at håndtere.

Ulla Neergaard

Hvad angår det første trin, kan det iagttages, at EF-Domstolen lægger særlig vægt på følgende kriterier: 1) om organet har et socialt formål; 2) ordningens solidariske elementer; 3) om organet arbejder med vinding for øje eller ej; og 4) beslutningsmekanismerne og de økonomiske faktorer, som influerer på bidragenes og ydelsernes størrelse. Ved en sammenligning med hidtidig praksis gælder, at også her blev det andet og fjerde kriterium anset for at være af afgørende betydning, hvorimod det første og det tredje kriterium blev anset for ikke at være absolut relevante.¹²⁰ Således afviger dommen eksempelvis fra september-trilogien, hvor det ikke blev tillagt afgørende vægt, at de involverede fonde ikke handler med gevinst for øje, at der er visse elementer af solidaritet involveret, at der forfølges et socialt formål, og der gælder visse begrænsninger og kontrol med hensyn til foretagne investeringer.

Hertil kommer, at det i afgørelsen påpeges, at sygekasserne ikke konkurrerer indbyrdes eller med private selskaber. Samtidig ansøres det dog, at de råder over en vis frihed i henseende til fastsættelse af bidragssatserne og på at indgive sig på en vis konkurrence med henblik på at tiltrække medlemmer, hvilket dog ikke skal påvirke den overordnede konklusion. Om det problematiske heri kritiserer Lasok: "...the German sickness funds *could* control their contributions and the German legislature had provided for such control precisely so that competition between the funds on contribution rates would encourage the funds to operate efficiently. That problem was dismissed with the laconic observation that it did not call the ECJ's analysis into question."¹²¹ Det skal fremhæves, at EF-Domstolens konklusion er modsat generaladvokat Jacobs, der i sit forslag til afgørelse finder, at der er tale om virksomheder.¹²² Sagen viser, at konkurrenceelementet må formodes at have en betydning, uden at det overhovedet er klart, hvorledes det skal måles eller hvor megen vægt EF-Domstolen reelt vil tillægge det. Hvad angår det andet trin

¹²⁰⁾ For en analyse af hidtidig praksis, se Neergaard, U., Når en virksomhed ikke er en virksomhed - afgrænsning af virksomhedsbegrebet i EU-konkurrenceretten især belyst ved dommen om de tyske sygekasser (AOK-sagen)" (DJØF Publishing Copenhagen, 2004) *Julebog 2004* 145-187.

¹²¹⁾ Jf. Lasok, K. P. E., "When is an Undertaking not an Undertaking?", *European Competition Law Review* 2004, 383.

¹²²⁾ Denne lægger vægten på konkurrenceelementet og er således af den opfattelse, at den omtvistede ordning utvivlsomt har: "...en række træk til fælles med de ordninger, som var omhandlet i Poucet og Pistre-dommen og Cisal-dommen. Imidlertid adskiller den tyske ordning sig efter min opfattelse også fra disse på grund af nogle særlige træk, hvorved der indføres en vis konkurrence mellem sygekasserne indbyrdes og mellem sygekasserne og private forsikringsselskaber, og som derved viser, at omfordelingselementet ikke er så udpræget, at det udelukker, at der kan være tale om økonomisk virksomhed." Jf. Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs i de forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 fremsat den 22. maj 2003, pkt. 37-41.

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

fokuserer EF-Domstolen på en undersøgelse af, om sygekasseorganisationernes fastsættelse af faste maksimumsbeløb er forbundet med sygekassernes opgaver af rent social karakter eller om fastsættelsen heraf falder uden for dette område og således udgør virksomhed af økonomisk karakter. EF-Domstolen finder, at den førstnævnte situation er foreliggende. Vægten lægges på, at sygekasseorganisationerne kun handler med henblik på at sikre den forpligtelse, der påhviler dem i henhold til national lov og at de ikke forfølger en egen interesse, der kan adskilles fra deres rent sociale formål. I forlængelse heraf er kernen i argumentationen, at de alene udfører en forvaltningsopgave.

Dette trins tilføjelse må formentlig forstås i sammenhæng med, at en given enhed ganske vist kan betragtes som en virksomhed i sin helhed, men at det i visse tilfælde imidlertid kun er visse dele af enhedens aktiviteter, der betragtes som økonomisk virksomhed. Den resterende del af enhedens aktiviteter betragtes da typisk som udøvelse af offentlig myndighed. I dette tilfælde er det da hovedaktiviteten, der består i udøvelse af offentlig myndighed, og hvor EF-Domstolen vil sikre sig, at der ikke foreligger en biaktivitet, der udgør økonomisk virksomhed. Trinet kan ses som en slags ekstra kontrol af, om enkelte af de aktiviteter som en enhed udfører som led i sin offentlige myndighedsudøvelse, måtte være udtryk for økonomisk virksomhed.

Til denne del af dommen må bemærkes, at dens konsekvenser ikke umiddelbart er helt gennemskuelige. Det må således haves i erindring, at den betragtede aktivitet i sig selv er stærkt konkurrencebegrænsende. Til støtte for dette synspunkt kan nævnes, at generaladvokat Jacobs anfører, at der er tale om en prisfastsættelse, der både har til formål og til følge at begrænse konkurrencen på markedet for lægemidler i art. 81, stk. 1's forstand.¹²³ Jacobs anvender i denne forbindelse betegnelsen "köbspriskartel".¹²⁴ Når EF-Domstolen kategoriserer aktiviteten som "...en forvaltningsopgave vedrørende den tyske socialsikringsordning, som er pålagt dem ved lov", hvorefter sygekasseorganisationerne ikke handler som virksomheder, der udøver økonomisk virksomhed, er det uklart, om dommen kan ses som en generel udelukkelse fra konkurrencereglerne anvendelse af de aktiviteter, der måtte være pålagt virksomheder ved lov. Med andre ord er det uklart, om dommen kan læses som, at *state action*-doktrinen - vedrørende nationale myndigheders forpligtelse til ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder

¹²³⁾ Jf. Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs i de forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 fremsat den 22. maj 2003, pkt. 67ff.

¹²⁴⁾ Jf. Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs i de forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 fremsat den 22. maj 2003, pkt. 69.

Ulla Neergaard

gældende regler - i mange tilfælde ikke længere vil være af betydning. I givet fald ville dette betyde, at megen national regulering med konkurrencebegrænsende virkninger ikke længere er i fare for at blive erklæret for at være i strid med *state action*-doktrinen. Imidlertid må opmærksomhed samtidig haves på, at der muligvis skal sondres mellem de situationer, hvor hovedaktiviteten i sig selv anses for omfattet af virksomhedsbegrebet og hvor den i sig selv ikke anses for omfattet, således at udelukkelsen kun er anvendelig i sidstnævnte situation, jf. altså muligvis AOK-sagen.

Udover en kommentering af de to trin i dommen synes det nødvendigt at overveje, hvorfor dommens udfald bliver det modsatte af indholdet af den almindeligvis højt respekterede generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse, visse elementer af præcedens og muligvis også en mere bogstavelig forståelse af virksomhedsbegrebets indhold.¹²⁵ En mulig forklaring kunne være, at EF-Domstolen, hvis den havde fundet, at organisationerne var omfattet af virksomhedsbegrebet, ville være nødsaget til at anse aktiviteten for at være i strid med art. 81 EF. Disse organisationer ville muligvis kunne se sig selv som immune herfra under henvisning til det såkaldte *state action*-defense (principippet om strafffrihed som følge af statslig regulering).¹²⁶ Samtidig ville den nationale regulering dog kunne anses for at være i strid med *state action*-doktrinen.¹²⁷ Det kan derfor muligvis formodes, at det kan have været af stor betydning for EF-Domstolen ikke at lade ordningen - der udgør et væsentligt element i en veludviklet velfærdsstat - som værende i strid med traktatens bestemmelser. Dette kan således være et bud på, hvorfor endnu en dom om virksomhedsbegrebet ikke til fulde passer ind i det vel ellers efterhånden

¹²⁵⁾ Smh. m. Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 53, der anfører: "Indeed, explaining to a layman that State social security activities are not economic activities is difficult, as it goes against the most basic common sense. Explaining it to a jurist is no easier".

¹²⁶⁾ Jf. Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs i de forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 fremsat den 22. maj 2003, pkt. 72ff.

¹²⁷⁾ Smh. hermed Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs i de forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 fremsat den 22. maj 2003, pkt. 85, hvor det anføres: "Hvis principippet om strafffrihed som følge af statslig regulering kan påberåbes, ifalder appellanterne ikke ansvar i den foreliggende sag. Det skal dog erindres, at de bestemmelser i tysk ret, der finder anvendelse, måske i sig selv kan ansæges under henvisning til, at de indebærer en til sidesættelse af den forpligtelse, der påhviler medlemsstaterne i henhold til artikel 3, stk. 1, litra g), EF samt artikel 10 EF og 81 EF [fodnote udeladt], idet de dog eventuelt kan begrundes med henvisning til artikel 86, stk. 2, EF. Ifølge Domstolens faste praksis må en medlemsstat ikke foreskrive eller fremme indgåelse af aftaler i strid med artikel 81 EF eller forstærke sådanne aftalers virkninger, eller berøve sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegerere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention [fodnote udeladt]."

Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten

dominerende mønster blandt domme. Således må det på indeværende udviklings-trin anses for almindeligvis problematisk på fundamental vis at angribe indholdet af Medlemsstaternes organisation, herunder finansieringen, af sundhedsvæsenet. Det er således formentlig lettere at bøje forståelsen af virksomhedsbegrebet, end hvad der udgør en overtrædelse af art. 81, stk. 1 EF og *state action*-doktrinen.

For tilhængere af et så bredt virkefelt for konkurrencebestemmelserne som muligt er dommens udfald uheldigt (og omvendt). Virksomhedsbegrebets afgrensnings kan således ses som værende væsentlig i henseende til ikke-anvendelighed i forhold til såkaldte offentlige konkurrencebegrænsninger. Ved en bred forståelse kan flere af disse rammes (og omvendt).

Det vil af visse anses for problematisk, når organer/aktiviteter kategoriseres som værende udenfor virksomhedsbegrebet, når dette ses i sammenhæng med, at en del Medlemsstater i disse år bestræber sig på at overdrage forskellige samfund-sopgaver udenfor eget regi netop for at trække på den effektivitet, der herved formodes opnåelig på det frie marked. En sådan effektivitet synes dog kun opnåelig bl.a. såfremt konkurrenceretten også i sådanne situationer står ved magt. Art. 86, stk. 2 EF, kan antageligvis påberåbes med henblik på at bringe organet/-aktiviteten udenfor rækkevidde, dvs. til at opnå en beskyttelse fra konkurrence-rettens eventuelle uhensigtmessige indgriben.¹²⁸

¹²⁸⁾ Smh. hermed Forslag til afgørelse i Sag C-343/95, *Diego Cali & Figli mod Servizi ecologici porto di Genova (SEPG)*, fra generaladvokat Cosmas fremsat den 10. december 1996, pkt. 47-49; og Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs i de forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 fremsat den 22. maj 2003, pkt. 72ff, hvor det i henseende til AOK-sagen anføres: "En sådan fælles fastsættelse er i henhold til artikel 86, stk. 2, EF ikke omfattet af Fællesskabets konkurrenceregler, medmindre det kan godtgøres, at den udgør en åbenbart uforholdsmæssig metode til at sikre, at sygekasserne er i stand til at udføre deres opgave af almindelig økonomisk interesse uden at bringe den økonomiske ligevægt i fare. Det tilkommer de nationale retter at afgøre, om denne betingelse er opfyldt." I visse sager forekommer EF-Domstolen ikke helt stringent at sondre mellem spørgsmålet om virksomhedsbegrebet og "rettfærdiggørelse" i h.t. art. 86, stk. 2 EF. I samme retning, se Gyselen, L., "Case C-67/96, *Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie; Joined Cases C-115-117/97, Brentjens' Handelsonderneming v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de handel in bouwmaterialen*; and Case C-219/97, *Drijvende Bokken v. Stichting Pensioenfonds voor de vervoer- en havenbedrijven*. Judgments of the Full Court of 21 September 1999, not yet reported", *Common Market Law Review* 2000, 439. Muligvis kan det såkaldte sammenhængskriterium opstillet i Wouters-dommens præmis 97 også have interesse, jf. ovf.

7. Konklusion

De udvalgte domme giver et ganske repræsentativt indblik i de relevante problemstillinger i henseende til offentlige konkurrencebegrænsninger. Således kan det konstateres, at der efterhånden er tale om forholdsvis veludviklede principper, dog af høj kompleksitet. De vigtigste bidrag til denne udvikling er formentlig Wouters- og CIF-dommene. Den førstnævnte dom fordi den rummer potentiale til at betyde en indførelse af et proportionalitetskriterium til anvendelse ved undersøgelse af konkurrencebegrænsende erhvervsregulering. Den sidstnævnte fordi nu også de nationale konkurrencemyndigheders forpligtelse til at anvende nationale bestemmelser, der tilsidesætter art. 10 EF med art. 81 EF er præciseret og tydeliggjort.

Beskyttelsesmulighederne for national erhvervsregulering med konkurrencebegrænsende virkninger er muligvis øget. Således gælder, at art. 86, stk. 2 EF i sager vedrørende samspillet mellem art. 86, stk. 1 EF og 82 EF i højere grad må forventes at komme i spil. Endvidere gælder, at EF-Domstolen i Wouters-sagen har lanceret, hvad der formentlig må betegnes som en *rule of reason*-test, der i den konkrete sag har som konsekvens, at det slet ikke bliver nødvendigt at inddrage den forenede læsning af art. 3, stk. 1, litra g, art. 10 og art. 81 EF, fordi testens funktion er at bringe en ellers ulovlig vedtagelse udenfor art. 81's anvendelsesområde. Også Arduino-sagens såkaldte "kompetenceafkalds-delkriterium" må forstås som understøttende, at den nævnte tendens synes at finde sted. Med AOK-sagen forekommer EF-Domstolen ligeledes at intendere en afgrænsning af virksomhedsbegrebet, der har som virkning, at flere typer af aktiviteter af Offentlig karakter falder udenfor konkurrencerettens anvendelsesområde.

De analyserede sager demonstrerer samtidig, at praksis endnu ikke synes at have fundet et solidt - og dermed et retligt forudsigeligt - leje. Dette kan eksempelvis Arduino-sagen tages som udtryk for, såfremt den sammenlignes med den næsten identiske sag CNSD-I-sag. Alt i alt forekommer udviklingen af retsområdet at bære præg af at være "filigran-jura".

Program for Den nye EU-konkurrenceret i nordisk perspektiv

Tirsdag den 23. november 2004

Velkomst og Introduktion til den nye EU-konkurrenceret

10:00-10:15 Velkomst til konferencen v/Professor, dr.jur. **Jens Fejø**, Juridisk Institut, Handelshøjskolen i København

10:15-10:55 Den nye EU-konkurrenceret v/Director **Sven Norberg**, European Commission, Competition Directorate-General

11:05-11:45 Den nye EU-konkurrenceret og domstolene v/Retspræsident **Bo Vesterdorf**, Retten i Første Instans

11:50-12:30 Den nye EU-konkurrenceret i relation til det nordiske v/Professor, jur.dr., dr.jur.h.c. **Ulf Bernitz**, Stockholms Universitet

Den nye procedureforordning - Rfo 1/2003

13:30-14:10 Netværket mellem de nationale konkurrencemyndigheder v/Avdelningschef **Monica Widegren**, Konkurrensverket, Stockholm

14:15-15:00 Rådets förordning 1/2003 - Nya utmaningar för företag och deras rådgivare v/ Senior Advisor **Marja Hanski**, Advokatbyrån Borenius & Kemppinen, Helsinki

15:05-15:45 Udfordringerne fra og forventningerne til den nye EU konkurrenceret fra de nationale konkurrencemyndigheders side v/direktør **Finn Lauritzen**, Konkurrencestyrelsen, København

16:00-16:40 Nye udfordringer for virksomhederne og deres rådgivere, (fortsat) Virksomhedernes syn på Rfo 1/2003 v/Afdelingsleder, advokat **Anders Jensen**, NovoNordisk A/S

16:45-17:25 Håndhevelse av konkuransereglene - mot en definert rolle for private? v/ Førsteamanuensis, dr.juris **Erling Hjelmeng**, Universitetet i Oslo

17:30-18:00 Opsamling

Onsdag 24. november 2004

Fusionskontrol og Rfo 134/2004

- 9:00-9:40 Den nye forordning og forholdet til nordisk konkurrenceret v/Lektor, PhD, **Morten Broberg**, Det Juridiske fakultet, Københavns Universitet
- 9:45-10:25 Fusionskontrol fra virksomhedssynsvinkel v/Juridisk direktør **Petri Kuoppamäki**, Dr. iur., docent i handelsrätt, Director Legal, Nokia Corporation, Finland

Teknologioverførselsaftaler og Kfo 772/2004 - gruppefritagelse

- 10:40-11:20 Den nye forordning Kfo 772/2004 v/Advokat **Christian Karhula Lauridsen**, Plesner, Advokatfirma. København
- 11:25-12:15 Kommentarer v/Docent, jur. dr. **Katarina Olsson**, Juridiska Institutionen vid Lunds Universitet

Det offentlige og konkurrencen

- 13:15-13:55 De regulerede sektorer v/Professor, dr.juris **Hans Petter Graver**, Universitetet i Oslo
- 14:05-14:45 Offentlige konkurrencebegrænsninger v/Lektor, PhD **Ulla Neergaard**, Juridisk Institut, CBS
- 14:45-15:00 Afslutning - Fremtiden