

# Bensinkartell domen MD 2005:7 — fördragsstridig tillämpning av EG:s konkurrensrätt?

AV INGEBORG SIMONSSON och ULF ÖBERG\*

*Den 21 februari 2005 meddelade Marknadsdomstolen dom i det s.k. bensinkartellmålet.<sup>1</sup> Marknadsdomstolen, som är högsta instans i konkurrensrätt, tog ställning i flera för kartellmål vägledande frågor, däribland begreppen samhandelseffekt och samordnat förfarande. Trots Marknadsdomstolens uppenbara ambition att tillämpa EG-rätten på ett riktigt sätt, framstår avgörandet som svårövertygligt med gemenskapsrätten. Vid prövning av samhandelskriteriet har Marknadsdomstolen gjort en egen tolkning av artikel 81 EG, trots att tolkningsfrågor i högsta instans måste hänskjutas till EG-domstolen. Vid tillämpning av begreppet samordnat förfarande, vars materiella innebörd upprepade gånger har uttolkats i EG-rätten, har Marknadsdomstolen tillämpat EG-rättslig praxis gällande konkurrensbegränsande avtal, vilket leder till att viss bevisning inte alls beaktas av domstolen. Dessutom underlät Marknadsdomstolen att begära förhandsavgörande i frågor gällande tolkningen av den presumptionsregel för samordnade förfaranden som utvecklats av EG-domstolen. Avgörandet illustrerar problematiken med vad som kan kallas åternationaliseringen av EG:s konkurrensrätt, d.v.s. faran med att nationell tillämpning leder till divergerande resultat, vilket äventyrar EG-rättens enhetliga tillämpning. Avgörandet väcker frågan om nyttan av att konkurrenslagen anvisar en specialdomstol som högsta instans, samtidigt som statsmakterna tilldelar domstolen utomordentligt begränsade resurser för uppgiften.*

## **Inledande anmärkningar om konkurrensbegränsande avtal och samordnade förfaranden**

Artikel 81 EG förbjuder avtal och samordnade förfaranden, liksom beslut av företagssammanslutningar, som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden. Fördragsbestämmelsen är direkt tillämplig,<sup>2</sup> dock begränsas dess tillämpningsområde till förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater. Artikel 81 EG motsvaras av konkurrenslagens 6 § i kombination med dess 3 §. Konkurrenslagens bestämmelser kan tillämpas parallellt med artikel 81 EG och förväntas

\* Doktorander i konkurrensrätt respektive europarätt vid Stockholms universitet.

<sup>1</sup> MD 2005:7.

<sup>2</sup> Artikel 1.1 i rådets förordning 1/2003, EGT L 1, s. 1, vilken kodifierar EG-domstolens praxis i bl.a. dom av den 30 januari 1974 i mål 127/73 BRT m.fl., REG 1974, s. 51, punkt 16, svensk specialutgåva, volym 2, s. 201.

leda till samma resultat i de fall där samhandelseffekt föreligger.<sup>3</sup> Om det däremot är fråga om en rent intern situation som inte kan påverka samhandeln gäller enbart konkurrenslagen.<sup>4</sup>

Även lösligare former av koordination omfattas av förbudsbestämmelsen i artikel 81 EG, genom att bestämmelsen inkluderar s.k. samordnade förfaranden. Gränsdragningen mellan förbjudna samordnade förfaranden och helt lagliga ageranden är inte helt trivial, av flera skäl. Företag har intresse och i vissa fall, t.ex. i enlighet med tillämpliga börsregler, skyldighet att kommunicera sitt marknadsagerande med omvärlden. Det finns många marknader där prisbildning sker mer eller mindre öppet på en marknadsplats eller kommuniceras med omvärlden på annat sätt. Det förekommer en hel del informationsspridning vilken kan utnyttjas av ett företag som av affärsmässiga skäl söker förstå sina konkurrenters beteenden. De vanligaste källorna i denna omvärldsanalys är troligen nyhetsbevakning och information från kunder, t.ex. i samband med anbuds förfaranden. Under det att intelligent marknadsbeteende godtas av de konkurrensvårdande myndigheterna, är synen däremot mer omedgörlig om företagen börjar utbyta företags specifik information med varandra.<sup>5</sup>

För fullständighetens skull bör även nämnas att samarbeten mellan konkurrenter kan godtas, om samarbetet antingen saknar märkbar effekt på konkurrensen eller om det vid en avvägning är konkurrensfrämjande och därför kvalificerar sig för undantag från det generella förbudet mot konkurrensbegränsande avtal och samordnade förfaranden. Bestämmelser om undantag finns i artikel 81.3 EG samt i 8 § konkurrenslagen. Kartellsamarbeten får anses ha rätt små möjligheter till undantag.

### **Bensinkartellmålet — bakgrund och utgång**

Scenariot i bensinkartellen var — kraftigt förenklat — att företrädare för fem oljebolag träffades vid ett flertal tillfällen under sommaren och hösten 1999, inledningsvis under legitima former för att diskutera ett gemensamt miljöprojekt. Samtalen kom dock delvis att handla om en eventuell rabattsanering. Rabattsanering består i en sänkning av de rabatter som företagskunder m.fl. uppbär på drivmedel, samti-

<sup>3</sup> Prop. 2003/04:80 Moderniserad konkurrensövervakning s. 2 och 48–49.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> För en ekonomisk och teoretisk bakgrund till den konkurrensrättsliga problematiken om informationsutbyten, se bl.a. Venayre, Florent, *Les apports de la théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations*, *Revue Lamy de la concurrence* 2005, n. 2, s. 122–125; Venayre, Florent, *Échanges d'informations: les jurisprudences française et communautaire. A l'aune des prédictions théoriques*, *Revue d'économie industrielle* 2004, n. 108, s. 91 ff.; Lenares, Livia, *Economic foundations of E.U. legislation on information sharing among firms*, *European Competition Law Review* 1997, vol. 18, s. 66–71; för motsvarande problematik ur ett amerikanskt perspektiv, se bl.a. Aviram, Amitai och Tor, Avishalom, *Overcoming Impediments to Information Sharing*, 55 *Alabama Law Review* 231, Winter, 2004 och Teece, David J., *Information Sharing, Innovation and Antitrust*, 62 *Antitrust L.J.* 465, Winter, 1994, 465 ff.

digt som man också sänker det s.k. stolppriset, alltså det pris som anges vid bensinpumpen. Bakgrunden till den återkommande företeelsen rabattsanering är att de förhandlade rabatterna till företag tenderar att med tiden stiga till höga nivåer, vilket i förlängningen leder till en obalans i förhållande till stolppriset. Normalt sett fungerar det så att marknadsledaren går ut och samtidigt sänker rabatterna och stolppriset och därigenom tvingar övriga marknadsaktörer att följa med (domen s. 22). I det aktuella fallet kom Marknadsdomstolen fram till att bolagen istället hade samordnat sig om en rabattsanering.

Konkurrensverket ansökte i juni 2000 om stämning och yrkade att fem oljebolag skulle förpliktas betala sammanlagt 740 miljoner SEK i konkurrensskadeavgift. Yrkandet sänktes i tingsrätten till 651 miljoner SEK. Konkurrensverket anförde att bolagen hade avtalat eller samordnat sig om en s.k. rabattsanering. Överträdelsen omfattade enligt verkets talan ett flertal moment. Det primära var en sänkning av stolppriset på bensin med 15 öre per liter per den 1 november 1999 kombinerat med rabattsänkning med samma belopp. Vidare gjorde verket gällande att oljebolagen hade gjort en indelning av kunder i olika kategorier för vilka man bestämde maximirabatter, justering av kundernas rabatter och samordnad uppsägning av kundavtal, med tillämpning av kategorier och nivåer. Enligt verket hade oljebolagen samordnat sig eller avtalat om att inte konkurrera med varandra om kunderna genom rabatter (vapenvila), att hålla högre pris under september och oktober 1999 och successivt öka sina marginaler efter den 1 november 1999. Dessutom hade bolagen enligt Konkurrensverket samordnat sig om olika åtgärder beträffande rabattsaneringen genom att utbyta information.

Oljebolagens inställning kan sammanfattas enligt följande. I varierande omfattning medgav de att deras företrädare deltagit vid möten med konkurrenterna, och att frågan om rabattsanering hade nämnts vid olika tillfällen. Det var också ostridigt i målet att bolagen den 1 november 1999 hade genomfört en stolpprissänkning med 15 öre på 95-oktanig blyfri motorbensin och under dagarna 1–8 november inlett en sänkning av rabatterna. Alla bolagen förnekade att de skulle ha träffat avtal om rabattsanering m.m. Däremot vitsordade de i varierande utsträckning att det förekommit visst informationsutbyte. Hydro vitsordade att det förekommit visst informationsutbyte, som dock saknat konkurrensbegränsande syfte och märkbar effekt, och hävdade att Hydros deltagande under alla förhållanden hade saknat betydelse för såväl rabattsaneringen som Hydros eget agerande. OKQ8 medgav deltagande i ett begränsat informationsutbyte. Preem bestred att bolaget hade vidtagit åtgärder med syfte eller effekt att märkbart begränsa konkurrensen. Shell vitsordade att bolaget vid sammanträdena åhört diverse lösliga och till sin natur otillförlitliga meningsyttringar rörande rabattsaneringar, men gjorde gällande att bolaget inte lämnat någon information till de andra bolagen och i alla avseenden

handlat självständigt. Samtliga bolag utom Statoil bestred att det som förekommit skulle kvalificeras rättsligt som avtal eller samordnat förfarande; Statoil vitsordade en oaktsam samordning med andra bolag avseende tidpunkten för genomförande av bolagets rabattsanering.<sup>6</sup>

Stockholms tingsrätt förpliktade oljebolagen att betala konkurrensskadeavgift med sammanlagt 52 miljoner SEK och tillerkände oljebolagen ersättning med allmänna medel för rättegångskostnader med cirka 17 miljoner SEK.<sup>7</sup> Tingsrätten fann att bolagen kommit överens att genomföra en rabattsanering med 15 öre vilken kom att ske den 1 november 1999 (domen s. 138). Beträffande rabattkategorier och nivåer fann tingsrätten detta endast visat ifråga om kundkategorin Taxi. Bolagen ansågs ha ägnat sig åt intensivt informationsutbyte om kategorier och maximirabatter även avseende andra kundgrupper, men det saknades övertygande bevisning för att bolagen nått avtal i de delarna. Tingsrätten presumerade att bolagen tagit hänsyn till informationen i sin rabattgivning. Marknadsbeteendet föll dock utanför de tidsramar som Konkurrensverket angett i sin talan. Detsamma gällde för gemensamma uppsägningar liksom kundkategorier och rabattnivåer. Den s.k. vapenvilan ansågs inte styrkt, ej heller att bolagen skulle ha avtalat eller samordnat sig om högre pris i september och oktober 1999 eller om höjda marginaler.

I Marknadsdomstolen sänkte Konkurrensverket sina yrkanden till 405 miljoner SEK och justerade sin talan något. Marknadsdomstolen förpliktade bolagen att betala sammanlagt 112 miljoner SEK i konkurrensskadeavgifter. I sak skiljer sig utgången mellan de olika instanserna väsentligt. Tingsrätten fann att det förelåg ett konkurrensbegränsande avtal om ett gemensamt genomförande av en rabattsanering liksom maximirabatter för en enda kundkategori, dessutom samordnade förfaranden som dock föll utanför de tidsramar som Konkurrensverket angett i sin talan. Marknadsdomstolen har gjort en annan bevisvärdering än tingsrätten och fann inte styrkt något *avtal* om rabattsanering (domen s. 19), däremot fick Konkurrensverket bifall till sin andrahandsgrund om ett *samordnat förfarande*. Marknadsdomstolen fann att bolagen ägnat sig åt informationsutbyte och informationsinhämtande avseende rabattsanering, indelning av kunder i olika kategorier, maximirabatter för de olika kundkategorierna och samordnat agerande mot de olika rabattkunderna (domen s. 5 och 27).

### **Samhandelseffekten**

Enligt artikel 3.1 rådets förordning 1/2003 har nationella konkurrensmyndigheter och domstolar skyldighet att tillämpa artikel 81 EG om nationell konkurrensrätt tillämpas och samhandelseffekt förelig-

<sup>6</sup> I Marknadsdomstolen förklarade Statoil att bolaget inte längre vitsordade oaktsam samordning, domen s. 13.

<sup>7</sup> Stockholms tingsrätts dom 2003-04-29, T9902-00.

ger. Materiellt gäller, för att handeln mellan medlemsstater skall anses kunna påverkas, att det med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att avtalet i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan inverka på handelsflödet mellan medlemsstater, på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av en gemensam marknad mellan medlemsstaterna. Den inverkan som ett avtal kan ha på handeln mellan medlemsstaterna skall bland annat bedömas med beaktande av avtalsparternas ställning och betydelse på den berörda produktmarknaden.<sup>8</sup> Kommissionen framhåller i sina riktlinjer om begreppet påverkan på handeln att tre beståndsdelar måste behandlas vid tillämpningen av samhandelskriteriet, nämligen begreppet *handel mellan medlemsstater*, begreppet *kan påverka* och begreppet *märkbar effekt*.<sup>9</sup>

Begreppet samhandelseffekt är en rättsregel som avgör när gemenskapsrätten är tillämplig.<sup>10</sup> Det råder ingen tvekan om att samhandelskriteriet är ett behörighetskriterium,<sup>11</sup> vilket också kommissionen påpekar i sina riktlinjer om begreppet påverkan på handeln.<sup>12</sup> EG-domstolen har slagit fast att tolkningen av samhandelskriteriet måste utgå från bestämmelsens syfte, som är att avgränsa tillämpningsområdet för EG:s konkurrensrätt.<sup>13</sup>

Kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar synes vara att nationella domstolar genom sin bevisvärdering tar ställning till vilka sakomständigheter som föreligger av rele-

<sup>8</sup> Se t.ex. dom av den 28 april 1998 i mål C-306/96, Javico, REG 1998, s. I-1983, punkterna 16–17 med hänvisningar.

<sup>9</sup> Kommissionens tillkännagivande, Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT [2004] C 101, s. 81 (nedan Riktlinjerna), punkt 18.

<sup>10</sup> Dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen, REG 1966, s. 429, svensk specialutgåva, volym 1, s. 277: "Villkoret ovan skall, på detta rättsområde, ange gränsen mellan vad som omfattas av gemenskapsrätten respektive den nationella rätten". Ännu tydligare i dom av den 31 maj 1979 i mål 22/78, Hugin m.fl. mot kommissionen, REG 1979 s. 1869, punkt 17: "The interpretation and application of the condition relating to effects on trade between member states contained in articles 85 and 86 of the treaty must be based on the purpose of that condition which is to define, in the context of the law governing competition, the boundary between the areas respectively covered by community law and the law of the member states. Thus community law covers any agreement or any practice which is capable of constituting a threat to freedom of trade between member states in a manner which might harm the attainment of the objectives of a single market between the member states, in particular by partitioning the national markets or by affecting the structure of competition within the common market. On the other hand conduct the effects of which are confined to the territory of a single member state is governed by the national legal order."

<sup>11</sup> Se t.ex. Burnley, Richard, *Interstate Trade Revisited — The Jurisdictional Criterion for Articles 81 and 82 EC*, ECLR, 2002, 23(5), 217–226, samt Kerse, Christopher och Khan, Nicholas, *EC Antitrust Procedure*, 5th ed., London Sweet & Maxwell 2005, s. 13.

<sup>12</sup> Riktlinjerna, punkt 12.

<sup>13</sup> Utöver ovan nämnda dom i Hugin, se dom av den 5 oktober 1988 i mål 247/86, Alsatel, REG 1988, s. 5987, punkt 11.

vans för samhandelskriteriet.<sup>14</sup> Enligt artikel 234 EG är det EG-domstolen som har behörighet att tolka fördraget, och en nationell domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel har skyldighet att föra frågan vidare dit. EG-domstolen har i avgörandet CILFIT klargjort att skyldigheten att föra en fråga vidare till domstolen är ett led i samarbetet mellan de nationella domstolarna, som skall tillämpa gemenskapsrätten, och EG-domstolen. Syftet är att säkerställa att gemenskapsrätten tillämpas korrekt och tolkas enhetligt i alla medlemsstater, i synnerhet för att hindra att det inom gemenskapen uppkommer skillnader i rättspraxis i gemenskapsrättsliga frågor.<sup>15</sup>

Det är svårt att komma till någon annan slutsats än att Marknadsdomstolen har gett sig in på en självständig tolkning av samhandelskriteriet i bensinkartell domen. Vid prövningen om det föreligger skyldighet att tillämpa artikel 81 EG i bensinkartellmålet, fann Marknadsdomstolen omständigheter som talade för att samhandelseffekt skulle anses föreligga, nämligen att det var fråga om horisontellt samordnat förfarande som omfattade en hel medlemsstat där de berörda företagen har en högst betydande andel av den relevanta marknaden. Marknadsdomstolen, som fann att det samordnade förfarandet pågick i cirka tre månader (domen s. 35), avfärdade ändå samhandelseffekten med följande motivering: ”Mot en sådan slutsats talar emellertid att förfarandet avsett *en* rabattsanering och att informationsutbytet pågick under begränsad tid. Vid sådana förhållanden torde det på den relevanta marknaden föreligga naturliga handelshinder av sådan beskaffenhet att det är uteslutet att förfarandet kunnat ha effekt på samhandeln i den mening som avses i artikel 81 i fördraget” (domen s. 40). Med andra ord skulle en kortvarig och till omfattningen begränsad kartell sakna samhandelseffekt, trots att den omfattar en hel medlemsstat och parterna har en mycket hög sammanlagd marknadsandel.

Kan alltså det förhållandet att en kartellsamverkan upptäcks och avbryts på ett tidigt stadium i sig innebära frånvaro av samhandelseffekt? Marknadsdomstolen utvecklar inte vilka faktorer som har bedömts utgöra naturliga handelshinder. Ett uppenbart motargument är att på en marknad med stora etableringshinder, där konkurrenterna inte kan gå in på kort sikt, borde en kartell påverka handeln mellan medlemsstater desto mer, eftersom den får antas upprätthålla eller förstärka traditionella handelsmönster.<sup>16</sup>

Mot bakgrund av att kommissionen i sina riktlinjer menar att karteller som omfattar en hel medlemsstat normalt sett kan påverka

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Dom av den 6 oktober 1982 i mål 283/81, CILFIT, REG 1982, s. 3415, svensk specialutgåva, volym 6, s. 513. Jfr. dom av den 15 september 2005 i mål C-495/03, Intermodal Transports, REG 2005, s. I-0000.

<sup>16</sup> För ett sådant resonemang se Riktlinjerna, punkt 32.

handeln mellan medlemsstater,<sup>17</sup> hade man kunnat förvänta sig en mer ingående prövning. Detta särskilt som den praxis som kommissionens riktlinjer grundar sig på inte ger några entydiga förklarings- eller analysmodeller i frågan om samhandelseffekt för karteller vars verksamhet begränsas till en enda medlemsstat. Förstainstansrätten har dock i en dom av den 15 september 2005, vid en prövning av en priskartell i Belgien, funnit att en konkurrensbegränsande samverkan som berör en medlemsstats hela territorium genom själva sin karaktär har till resultat att förstärka avskärmningen av marknaderna på nationell nivå och följaktligen hindra den ekonomiska växelverkan som eftersträvas i fördraget, varför påverkan på handeln föreligger i en sådan situation.<sup>18</sup> Avgörandet har kommit efter domen i bensinkartellmålet och det är förvisso lätt att vara efterklok. Inte desto mindre kan konstateras att det vid tiden för bensinkartell domen fanns ett flertal kartellavgöranden där samhandelseffekt ansetts föreligga, trots att kartellverksamheten begränsats till en enda medlemsstat. En faktor av betydelse tycks vara förekomsten av import av de produkter som omfattas av samarbetet eller närliggande produkter.<sup>19</sup>

Något resonemang om förekomsten av konsumenters och företagskunders gränsöverskridande köp av bensin förs inte i domen, ej heller om det samordnade förfarandet potentiellt hade kunnat påverka parternas import av råolja eller andra petroleumprodukter, eller deras eventuella handel med varandra och med andra inhemska aktörer. Domskälens i bensinkartellmålet är i denna del mycket kortfattade.

Frågan är om inte Marknadsdomstolen avvikit från EG-rättslig praxis enbart genom att introducera en tidsaspekt som kriterium för samhandelseffekt. Detta kan illustreras med hur kommissionen har tolkat samhandelskriteriet i ärendet Färjerederier — Valutatillägg.<sup>20</sup> Där fann kommissionen att det förelåg samhandelseffekt i en situation när fem färjerederier hade samordnat sig om s.k. valutatillägg i samband med det brittiska pundets devalvering år 1992. Överträdelsen hade pågått i tre månader, således lika lång tid som bensinkartellen. Kommissionen konstaterade att, med hänsyn till rederiernas betydelse på marknaden för fraktjänster till sjöss mellan England, norra Frankrike, Belgien och Nederländerna, kunde det inte råda något

<sup>17</sup> Riktlinjerna, punkt 78 ff.

<sup>18</sup> Förstainstansrättens dom av den 15 september 2005 i mål T-325/01, DaimlerChrysler mot kommissionen, REG 2005 s. II-0000, punkt 212.

<sup>19</sup> Exempel i senare tids avgöranden är kommissionens beslut av den 5 december 2001, ärende COMP/37.800/F3, Luxembourg Brewers, EGT [2002] L 253, s. 21 (efter överklagande förstainstansrättens dom av den 21 juli 2005 i förenade målen T-49-51/02, Brasserie nationale mot kommissionen REG 2005 s. II-0000, ingen ändring), kommissionens beslut av den 5 december 2001 i ärende COMP/37.614/F3, PO/Interbrew och Alken-Maes, EGT [2003] L 200, s. 1, samt kommissionens beslut av den 24 juli 2002 i ärende COMP/E-3/36.700, Industrial and medical gases, EGT [2003] L 84, s. 1.

<sup>20</sup> Kommissionens beslut av den 30 oktober 1996, ärende IV/34.503 — Färjerederier — Valutatillägg, EGT [1997] L 26, s. 23.

tvivel om att arrangemanget haft åtminstone potential att påverka handeln mellan medlemsstater, och fortsatte: "Det ligger i sakens natur att ett samordnat förfarande mellan de största producenterna av en viss tjänst påverkar det handelsmönster som annars skulle ha utvecklats".<sup>21</sup> Att överträdelsen endast hade pågått i tre månader beaktas inte ens av kommissionen vid prövningen av samhandelskriteriet. Såvitt kan utläsas av hittillsvarande praxis har tidsaspekten ingen särskild betydelse för samhandelskriteriet.<sup>22</sup>

Sammanfattningsvis har Marknadsdomstolen tagit saken i egna händer och tolkat en bestämmelse som avgör EG-rättens tillämpningsområde, trots att EG-domstolen ytterst har behörighet att tolka fördraget. Förfarandet skulle kunna anses strida mot artikel 234 tredje stycket EG, mot bakgrund av att Marknadsdomstolen är högsta instans i konkurrens mål. Uppenbarligen har Marknadsdomstolen betraktat frågan som mindre betydelsefull eftersom domstolen ändå är förvissad om riktigheten i sina egna EG-rättsliga bedömningar. Detta framgår inte minst av skrivningen att det kan "framhållas att de bedömningar som Marknadsdomstolen har gjort i det föregående avseende avtalskriteriet och konkurrensbegränsningskriteriet får anses väl grundade i gällande EG-rätt vad avser tillämpningen av artikel 81.1" (domen s. 40).

### **Samordnat förfarande**

När Marknadsdomstolen bedömde om informationsutbytet mellan oljebolagen utgjort ett samordnat förfarande, inledde domstolen sitt resonemang med ställningstagandet att bevisningen skulle bedömas i enlighet med EG-rättsliga regler för bevispresumtioner i konkurrens mål (domen s. 32–33). Marknadsdomstolen konstaterade att bevisläget i målet var sådant att det ankom på bolagen att visa att det saknades ett orsakssamband mellan informationsutbytet och bolagens efterföljande agerande på marknaden (domen s. 33). Med andra ord hade Konkurrensverket lyckats visa att det förekommit informationsutbyte, och det ankom därför på bolagen att visa att detta inte hade påverkat deras marknadsuppträdande. Så långt får avgörandet betraktas som invändningsfritt i förhållande till EG-rättslig praxis.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Ibid, punkterna 60–61.

<sup>22</sup> I det s.k. Pokémonärendet anförde en av parterna som argument för frånvaro av samhandelseffekt att överträdelsen endast varit kortvarig; 10 månader. Argumentet bemöts inte ens av kommissionen, beslut 26.05.2004, COMP/C-3/37.980 *Souris* — *Topps*, punkt 129–132, publicerad på kommissionens hemsida [http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/index/by\\_nr\\_75.html#i37\\_980](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/index/by_nr_75.html#i37_980).

<sup>23</sup> Därmed inte sagt att samtliga de bevisbörderegler och presumptionsregler som utvecklats av EG-domstolen och förstainstansrätten i konkurrens mål per definition och helt okritiskt kan överföras till den svenska indispositiva konkurrensprocessrätten. Partsställningen och föremålet för legalitetsprövningen respektive lämplighetsprövningen i de olika processerna skiljer sig nämligen åt. För en liknande problematik såvitt gäller mål om offentlig upphandling, se Hettne, Jörgen

Därefter övergick Marknadsdomstolen till att bedöma om bolagen hade uppfyllt sin bevisbörda. Samtliga bolag hade gjort gällande att det saknades orsakssamband mellan ett eventuellt informationsutbyte och deras respektive agerande. Grunderna i dessa delar verkar ha varit av varierande slag, allt ifrån argument om marknadens transparenta karaktär och generella funktionssätt, till mer konkreta invändningar om självständigt agerande oberoende av vad som förevarit vid mötena.

Marknadsdomstolen bedömde dock inte invändningarna i sak utan kom fram till att bolagen borde ha styrkt att de tydligt förklarat för sina konkurrenter att de deltagit i informationsutbytet med annan inställning än dessa. Eftersom bolagen "inte ens påstått än mindre visat att de gjort detta", fann Marknadsdomstolen att det varit fråga om ett samordnat förfarande (domen s. 34). Marknadsdomstolen hänvisade till EG-domstolens avgörande i det s.k. Cement-målet och uttalade att "det finns anledning att påpeka att även ett passivt deltagande i konkurrensbegränsande möten, i avsaknad av ett tydligt avståndstagande, är tillräckligt för att bolagen skall ha kunnat ådra sig ansvar". Marknadsdomstolen har alltså slagit fast en ny rättsregel, enligt vilken ett företag måste göra ett tydligt offentligt avståndstagande för att undgå ansvar för deltagande i samordnat förfarande.

Marknadsdomstolens synsätt framstår emellertid som oförenligt med gällande EG-rättslig kartellpraxis. Det finns ett drygt halvduzin vägledande EG-rättsliga avgöranden där samordnade förfaranden prövats mer ingående av gemenskapsdomstolarna.<sup>24</sup> Begreppet har visat sig vara tillräckligt elastiskt för att kunna rymma olika former av ageranden. Detta illustreras av förhållandet att avgörandena täcker såväl institutionaliserade informationsutbyten som mer lösliga kontakter mellan företag. Därutöver har samordnade förfaranden vid ett flertal tillfällen prövats som delar i stora och komplexa överträdelser. Samordnade förfaranden kan som framgått utgöra separata överträdelser, men även fylla en subsidiär funktion att understödja konkurrensbegränsande avtal, t.ex. när kartellmedtagare upprättar system för informationsutbyten för att övervaka att var och en efterlever sina lagstridiga åtaganden.

och Öberg, Ulf, Fritt skön och domstolskontroll vid offentlig upphandling, SvJT 2005, s. 194–233.

<sup>24</sup> Domar av den 14 juli 1972 i mål 48/69, ICI mot kommissionen, REG 1972, s. 619, svensk specialutgåva, volym 2, s. 25 (nedan ICI), av den 16 december 1975 i förenade målen 40/73 – 48/73, 50/73, 54/73 – 56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, av den 31 mars 1993 i förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114(85), C-116/85, C-117/85 och C-125/85 – C-129/85, Åhlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1307, svensk specialutgåva volym 14, s. I – III (nedan Woodpulp), av den 8 juli 1999 i målen C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni, REG 1999, s. I-4125 (nedan Anic), C-199/92 P, Hüls mot kommissionen, REG 1999, s. I-4287 (nedan Hüls), C-235/92 P, Montecatini mot kommissionen, REG 1999, s. I-4539 och av den 2 oktober 2003 i mål C-194/99 P, Thyssen Stahl mot kommissionen, REG 2003, s. I-10821 (nedan Thyssen Stahl).

Grunden för synsättet på samordnade förfaranden lades i målen *ICI* och *Suiker Unie*, vilka båda avgjordes på 1970-talet. Begreppet samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 81 EG avser en form av samordning mellan företag som, utan att ha gått så långt att ett avtal i egentlig mening slutits, ändå medvetet byter ut de risker som konkurrensen innebär mot ett inbördes praktiskt samarbete.<sup>25</sup> Kriterierna för samordning och samarbete måste förstås utifrån grundtanken i fördragets konkurrensbestämmelser, enligt vilken varje ekonomisk aktör självständigt skall bestämma vilken politik den vill tillämpa på marknaden.<sup>26</sup> Kravet på självständighet utesluter inte att aktörerna har rätt att rationellt anpassa sig till sina konkurrenters konstaterade eller förväntade beteende. Däremot förbjuder artikel 81 EG helt och hållet att det förekommer direkta eller indirekta kontakter mellan sådana aktörer som kan medföra påverkan på en faktisk eller potentiell konkurrents beteende på marknaden. Detsamma gäller att för en sådan konkurrent avslöja det beteende man har beslutat eller som man överväger att själv tillämpa på marknaden, när dessa kontakter syftar till eller resulterar i konkurrensvillkor som inte motsvarar de normala villkoren på marknaden.<sup>27</sup> Det sagda bekräftades i *Woodpulp* år 1993.<sup>28</sup>

I de s.k. *Polypropylenmålen* fick EG-domstolen tillfälle att utveckla synsättet på samordnade förfaranden. Domstolen hänvisade till sin tidigare praxis och förklarade att begreppet samordnat förfarande — förutom samförstånd mellan företagen — även förutsätter *ett beteende på marknaden som svarar mot detta samförstånd* och ett orsakssamband mellan dessa båda rekvisit.<sup>29</sup> Vidare slog EG-domstolen fast en presumptionsregel för samordnade förfaranden. Såvida motsatsen inte bevisas, vilket åvilar de berörda aktörerna att göra, antas att de företag som deltar i det samordnade förfarandet och som fortsätter att vara aktiva på marknaden ta hänsyn till de uppgifter som de har lämnat till varandra när de bestämmer sitt beteende på marknaden. Detta gäller i än högre grad när överläggningar har skett regelbundet under en lång period.<sup>30</sup>

Avgörandena i *Polypropylenmålen* är av central betydelse för förståelsen av begreppet samordnade förfaranden.<sup>31</sup> Huruvida det krävdes såväl samordning som ett efterföljande marknadsbeteende för att artikel 81 EG skulle anses ha överträtts var föremål för olika meningar

<sup>25</sup> *ICI*, punkt 64, *Suiker Unie*, punkt 26.

<sup>26</sup> *Suiker Unie*, punkt 173.

<sup>27</sup> *Suiker Unie*, punkt 174.

<sup>28</sup> *Woodpulp*, punkt 63.

<sup>29</sup> *Anic*, punkt 118.

<sup>30</sup> *Anic*, punkt 121, *Hüls*, punkt 162.

<sup>31</sup> Kommentarer i kronologisk ordning se Wessely, Thomas W., CMLR 38: 739–765, 2001 (nedan Wessely), Simonsson, Ingeborg, Bevisbörda och beviskrav i kartellmål, JT 2001-02 nr 3 s. 556–577, Whish, Richard, Competition law, Lexis Nexis 2003, 5th ed. s. 99 ff., Wetter m.fl. Konkurrensrätt, Advokatfirman Vinge och Thomson Fakta 2004, s. 155 ff.

i gemenskapsdomstolarna. Förstainstansrätten menade att följden av samordning var att företagen inte kunde underlåta att ta hänsyn till den information som utbyts,<sup>32</sup> under det att generaladvokaten menade att samordning i princip var tillräckligt och att begreppet förfarande var oberoende av resultatet och till och med någon verksamhet på marknaden.<sup>33</sup> Resonemangen underkändes implicit av EG-domstolen, som istället skapade en bevispresumtion för att samordning vid informationsutbyte resulterar i ett efterföljande marknadsbeteende. Wessely noterar att EG-domstolen ”nonetheless provides the undertakings concerned with the possibility to refute this presumption by showing that their market conduct has not been influenced by the previous contacts between them, but was determined by other factors or considerations.”<sup>34</sup>

Beträffande frågan om ett informationsutbyte *per se* kan anses konkurrensbegränsande är det vägledande avgörandet *John Deere*, som rörde ett institutionaliserat informationsutbyte på den engelska traktormarknaden.<sup>35</sup> Fastän det var fråga om ett regelrätt avtal mellan företag om att utbyta information (affärshemlig försäljningsinformation som spreds systematiskt med korta intervaller) behandlade gemenskapsdomstolarna saken som ett samordnat förfarande. Troligen beror det på att själva avtalet om att utbyta information inte nödvändigtvis är konkurrensbegränsande. Begränsningen ligger i att ett system för utbyte av information på ett skadligt sätt påverkar eller undanröjer graden av osäkerhet om marknads funktion och följaktligen kan påverka konkurrensen mellan tillverkarna.<sup>36</sup> Gemenskapsdomstolarna konstaterade att informationen spreds mellan de viktigaste leverantörerna, uteslutande till deras egen nytta, och inte var tillgänglig för andra leverantörer och konkurrenter.<sup>37</sup>

Förhållningssättet att behandla informationsutbyten som samordnade förfaranden har bekräftats i senare avgöranden gällande informationsutbyte. I stålbalksmålet *Thyssen Stahl* fann gemenskapsdomstolarna att system för informationsutbyte upprättat av stålbalksproducenter minskade osäkerheten angående marknads funktion, vilket klart påverkade självständigheten i deltagarnas beslut. Självständigheten i beslut som fattas av de företag som deltog i systemet ansågs inte bara ha påverkats, utan klart ha minskat.<sup>38</sup> Den rättsliga grunden för avgörandet var artikel 65 EKSG-fördraget, men EG-domstolen hänvi-

<sup>32</sup> Förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-6/89, Enichem Anic mot kommissionen, REG 1991 s. II-1623, svensk specialutgåva, volym 11, s. 1, punkt 201.

<sup>33</sup> Förslag till avgörande av generaladvokat Cosmas föredraget den 15 juli 1997, REG 1999 s. I-4125, punkt 27.

<sup>34</sup> Wessely s. 747, se även s. 751–754.

<sup>35</sup> Dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, Deere mot kommissionen, REG 1998, s. I-3111 (nedan Deere).

<sup>36</sup> Deere, punkt 90.

<sup>37</sup> Deere, punkt 89.

<sup>38</sup> Thyssen Stahl, punkt 89.

sade till sin tidigare praxis i *John Deere*. I ett annat av stålballsmålen, vilket avgjordes samma dag, framhöll EG-domstolen att ett informationsutbyte kan påverka eller undanröja graden av osäkerhet om marknadens funktion, vilket skapar sådana förutsättningar under vilka företaget inte på ett självständigt sätt beslutar om vilken politik det skall följa på marknaden.<sup>39</sup>

I *British Sugar*<sup>40</sup> uppkom frågan om en slags envägskommunikation kunde klassificeras som ett samordnat förfarande. Sockerproducenten Tate & Lyle och sockergrossisten Napier Brown infann sig med jämna mellanrum hos marknadsledaren British Sugar, som vid mötena berättade om sina marknadsplaner. Förstainstansrätten bedömde företagets agerande som ett samordnat förfarande i strid med artikel 81 EG, men kvalificerade bedömningen i en rad avseenden. Det framhålls att det var fråga om flera möten och att var och en visste efter att ha deltagit i ett av dessa möten att dess främsta konkurrent och det ledande företaget inom industrin under de kommande mötena skulle avslöja sina avsikter angående sin framtida prissättning.<sup>41</sup>

Var gränsen går mellan löst prat och samordning är dock inte helt klarlagt i praxis. *British Sugar* har tolkats som att ett samordnat förfarande kan föreligga om parterna kommunicerar sina planerande marknadsbeteenden med varandra, oavsett om det verkligen uppstår något agerande baserat på ömsesidig tilltro.<sup>42</sup> Men det beror på att kommunikation av var och ens planerade marknadsbeteende *normalt* utgör ett steg mot ett gemensamt agerande. Black noterar att "if, for some extraordinary reason, it were known that the parties never acted on their own or each other's expressed intentions, these cases would not have been brought within the concept of a [concerted practice]".<sup>43</sup>

Utgångspunkten verkar alltså vara att när ett företag får detaljerad insikt i konkurrenternas affärsförhållanden, så korrumperas företagets beslutsprocess; dess affärsbeslut kommer i större eller mindre utsträckning att grundas på information från konkurrenterna. Beslutsfattarna kan inte återställa situationen genom att drabbas av plötslig minnesförlust. Följaktligen råder en mycket stark presumtion för att informationsutbyten påverkar företagets efterföljande marknadsbeteende.

Samtidigt som EG-domstolen envist håller fast vid marknadsbeteende som en nödvändig del i ett samordnat förfarande enligt artikel 81 EG — låt vara att beteendet kan presumeras — har praxis avseen-

<sup>39</sup> Dom av den 2 oktober 2003 i mål C-179/99 P, Eurofer mot kommissionen, REG 2003 s. I-10725, punkt 59.

<sup>40</sup> Förstainstansrättens dom av den 12 juli 2001 i förenade målen T-202/98, T-204/98 och T-207/98, Tate & Lyle m.fl. mot kommissionen, REG 2001, s. II-2035 (nedan *British Sugar*).

<sup>41</sup> *British Sugar*, punkt 67.

<sup>42</sup> Black, Oliver, *Concerted Practices, Joint Action and Reliance*, ECLR 2003, 24 (5), 219–228, s. 224.

<sup>43</sup> *Ibid.*

de konkurrensbegränsande avtal utvecklats enligt en annan linje. Här är utgångspunkten den motsatta; det räcker med en överenskommelse, oavsett om parterna verkligen följer den eller inte. Inte nog med det; det räcker att passivt delta vid ett möte där ett konkurrensbegränsande avtal träffas för att betraktas som medskyldig.<sup>44</sup> Om det träffas ett konkurrensbegränsande avtal vid ett möte, måste företrädaren för ett företag således tydligt ta avstånd från avtalet för att företaget skall undgå ansvar.<sup>45</sup> Avståndstagandet måste av allt att döma ske vid själva mötet.

EG-domstolen har uttalat att det "åligger (...) detta företag att anföra omständigheter som visar att bolaget deltog i nämnda sammanträden utan någon som helst konkurrensfientlig inställning genom att styrka att bolaget förklarat för sina konkurrenter att det deltog i sammanträdena med en annan inställning än dessa".<sup>46</sup> EG-domstolen motiverar detta med att företaget, genom att delta i ett sammanträde utan att öppet ta avstånd från det som där avhandlas, ger övriga deltagare intrycket av att det instämmer med vad som beslutas på sammanträdet och att företaget kommer att rätta sig därefter. Det tysta medgivandet av ett olagligt initiativ kommer därför, i avsaknad av ett öppet avståndstagande från innebörden av detta eller ett avslöjande för de administrativa myndigheterna, att uppmuntra till fortsatt överträdelse och äventyra upptäckten av denna.<sup>47</sup> Ett företag som deltagit vid vad som kan kallas ett beslutsmöte kan inte heller undgå ansvar genom att fuska med sitt eget fullgörande av avtalet.<sup>48</sup> Efterföljande marknadsagerande är alltså helt irrelevant för ansvarsfrågan vid konkurrensbegränsande avtal. Däremot är det relevant vid samordnade förfaranden.

Det är viktigt att notera att EG-domstolen uttryckligen har begränsat sin praxis om krav på öppet avståndstagande till konkurrensbegränsande *avtal*.<sup>49</sup> Jones och Sufirin konstaterar således: "The position thus appears to be that there is a distinction between cooperation identified as a concerted practice and cooperation identified as an agreement. The former requires not only concertation *but also* subsequent conduct."<sup>50</sup>

När det är fråga om långvariga, kraftiga överträdelser som innefattar ett flertal olika konkurrensbegränsande ageranden av flera parter,

<sup>44</sup> Dom av den 15 oktober 2002 i mål C-238/99, P, C-244/99P, C-245/99P, C-247/99P, C-250/99P – C-252/99P och C-294/99P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 2002 s. I-8375, punkt 509.

<sup>45</sup> Hüls, punkt 155 och Anic, punkt 96.

<sup>46</sup> Dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P och C-219/00P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-213 (nedan Cement), punkt 81 med hänvisningar till Anic och Hüls.

<sup>47</sup> Cement, punkt 82–84.

<sup>48</sup> Cement, punkt 85.

<sup>49</sup> Cement, punkt 81.

<sup>50</sup> Jones, Alison och Sufirin, Brenda, EC Competition Law, 2nd ed., Oxford University Press 2004, s. 153.

ibland inom flera olika geografiska områden, har EG-domstolen insett svårigheten för konkurrensmyndigheterna att i efterhand och utifrån ett komplext händelseförlopp särskilja enskilda avtal eller samordnade förfaranden. EG-domstolen godtar att konkurrensmyndigheter och domstolar klassificerar en komplex kartell som en enda överträdelse, som kan inrymma både avtal och samordnade förfaranden.<sup>51</sup>

Här uppstår dock ett dilemma: om ett företag försöker undgå ansvar för deltagande i en komplex överträdelse, ska man då tillämpa den regel om avståndstagande som gemenskapsdomstolarna utvecklat för att bedöma möten där konkurrensbegränsande avtal träffas, eller regeln om en bevispresumtion för efterföljande marknadsbeteende som utvecklats för samordnade förfaranden? Frågan är av stor betydelse för utgången i ett kartellmål.

I *Hüls* (ett av Polypropylenmålen) indikerar EG-domstolen att det ställs krav på offentligt avståndstagande när det är fråga om komplexa karteller med kombinationer av avtal och samordnade förfaranden. EG-domstolen uttalar att "[e]ftersom kommissionen hade förmått visa att Hüls deltog i sammanträden mellan företag som var uppenbart konkurrensfientliga åvilade det emellertid Hüls att anföra omständigheter som visade att bolaget deltog i nämnda sammanträden utan någon som helst konkurrensfientlig inställning genom att styrka att bolaget hade förklarat för sina konkurrenter att det deltog i sammanträdena med en annan inställning än dessa".<sup>52</sup> Polypropylenmålen rörde en komplex kartell som pågått under åren 1977–1983, där kommissionen valde att rättsligt kvalificera agerandet som ett enda *fortlöpande* avtal i strid med artikel 85 i EG-fördraget (numera 81 EG), och i andra hand anförde att agerandena i vart fall utgjorde samordnade förfaranden.<sup>53</sup> EG-domstolens uttalande i *Hüls* måste ses mot den bakgrunden.

I bensinkartell domen har Marknadsdomstolen haft den unika möjligheten att ta ställning till just en sådan situation som begreppet samordnat förfarande primärt tar sikte på, nämligen ett slags samarbete som ännu inte nått den konkretisering som kännetecknar ett avtal. Marknadsdomstolen synes dock ha kopplat ihop skilda företeelser i EG-rättslig kartellpraxis och fogat ihop dem till vad som måste betraktas som en helt ny rättsregel. Det krav på öppet avståndstagande som gemenskapsdomstolarna utvecklat för konkurrensbegränsande avtal (och möjligen komplexa karteller, se ovan) har överförs till samordnade förfarande. Marknadsdomstolen ser sig därför inte föranledd att ens pröva den bevisning som oljebolagen hade åberopat i syfte att styrka att de hade agerat oberoende av informationsutbytet.

<sup>51</sup> Anic, punkt 131–132.

<sup>52</sup> Hüls, punkt 155.

<sup>53</sup> Kommissionens beslut av den 23 april 1986 i ärende IV/31.149 — Polypropylen, EGT [1986] L 230, s. 1 punkt 81 och 88.

I denna del strider Marknadsdomstolens rättstillämpning mot EG-domstolens klara uttalanden om den materiella innebörden av begreppet samordnat förfarande, som förutom samordning även innebär krav på efterföljande marknadsbeteende och orsakssamband däremellan. Bedömningen är inte heller förenlig med den presumptionsregel som EG-domstolen uppställt i Polypropylenmålen, en regel som uttryckligen innebär en möjlighet för företagen att motbevisa antagandet att de tagit hänsyn till information från konkurrenterna:

”För det första måste det, såvida motsatsen inte bevisas, vilket åvilar de berörda aktörerna att göra, antas att de företag som deltar i det samordnade förfarandet och som fortsätter att vara aktiva på marknaden tar hänsyn till de uppgifter som de har lämnat till varandra när de bestämmer sitt beteende på marknaden. Detta gäller i än högre grad när överläggningar har skett regelbundet under en lång period, vilket såsom förstainstansrätten har fastställt var fallet i förevarande mål.”<sup>54</sup>

Marknadsdomstolen (domen s. 34) hänvisar i sin dom i stället till förstainstansrättens avgörande i *Greek Ferries*<sup>55</sup> och menar att ”Bolagen måste således styrka att de deltagit i informationsutbytet med en annan inställning än dessa”. Det bör dock understrykas att kommissionens beslut i *Greek Ferries* innebar att en serie ageranden av grekiska färjerederier rättsligt bedömdes som ett *konkurrensbegränsande avtal*, inte som ett *samordnat förfarande*.<sup>56</sup> Förstainstansrätten synes vid prövning av överklagandet inte ha gjort några uttalanden som går utanför saken, vilken alltså begränsades till avtal. Det uttalande av EG-domstolen som verkar ha varit styrande för Marknadsdomstolens bedömning — nämligen det i *Cement-målet* — gäller som redan nämnts endast avtal och inte samordnade förfaranden, men det tycks inte Marknadsdomstolen ha uppmärksammat eller brytt sig om. Eftersom det finns vägledande praxis som rör just situationer där företag samordnar sig utan att riktigt ha nått fram till avtal, saknade Marknadsdomstolen enligt vår uppfattning skäl att hämta vägledning i EG-domstolarnas praxis som rör konkurrensbegränsande avtal. Ett rimligt minimikrav för en sådan rättstillämpning hade varit att Marknadsdomstolen först hänskjutit en tolkningsfråga till EG-domstolen i denna del med stöd av artikel 234 EG.

<sup>54</sup> Anic, punkt 121.

<sup>55</sup> Förstainstansrättens dom av den 11 december 2003 i mål T-61/99, *Adriatica di Navigazione* mot kommissionen, REG 2003, s. II-5349, punkt 135.

<sup>56</sup> Kommissionens beslut av den 9 december 1998 i ärende IV/34.466 — *Greek Ferries*, EGT [1999] L 109, s. 24–50, punkt 141: ”Av bevisen i detta ärende framgår att parterna deltog i regelbundna, direkta överläggningar för att fastställa passagerarpriser och fraktavgifter mellan Grekland och Italien. Varje år fördes regelbundna och ingående diskussioner för att besluta tariffnivåerna för nästa år och särskilda överläggningar hölls för att besluta hur parterna skulle reagera på frågor som uppkom under året, t. ex. devalvering eller nya fordonskategorier. Det står också klart att diskussionerna hölls mellan chefer på hög nivå inom företagen. Det råder inget tvivel om att detta arrangemang utgjorde ett avtal, som hade till syfte att fastställa parternas försäljningspriser och andra handelsvillkor.”

Ett allvarligt problem med Marknadsdomstolens rättstillämpning är att den verkar öppna för en generell möjlighet att slippa ansvar för ett samordnat förfarande genom att göra ett offentligt avståndstagande. Under det att ett öppet avståndstagande kan förväntas skapa osäkerhet och sabotera tillskapandet av en gemensam solidaritetskänsla när företag söker ingå konkurrensbegränsande avtal, är rena informationsutbyten helt enkelt en annan typ av överträdelse. Det konkurrensbegränsande i ett informationsutbyte består dels i den minskning av osäkerheten om konkurrenternas marknadsbeteende som ligger i att viss information övergår från att vara hemlig till att bli känd för konkurrenten, dels i att inträdeshindren höjs när företagsspecifik information görs tillgänglig för en begränsad krets och inte för andra på marknaden.<sup>57</sup> Genom att på ett konstlat sätt öka marknadstransparensern underlättar företagen tyst (underförstådd) samordning, särskilt på marknader där det endast finns ett fåtal aktörer.<sup>58</sup>

Eftersom ett informationsutbyte presumeras korrumpiera deltagarnas marknadsbeteende genom att reducera överraskningsmomenten och underlätta tyst samordning, kan invändas att deltagarna knappast förblir okorrumpierade genom att i samband med ett möte där information utbyts deklarerar att de minsann deltar utan någon som helst konkurrensfientlig inställning. Den konkurrensbegränsning som ligger i att informationsutbytet ökar inträdeshindren på marknaden i och med att informationen endast är tillgänglig för deltagarna och inte för andra, minskar inte heller nämnvärt genom att ett företag gör ett avståndstagande. Skadan är alltså redan skedd och företagen kan endast undgå ansvar genom att bevisa att de agerat utan hänsyn till informationen.

Det är uppenbart att EG-rättslig praxis kring informationsutbyten fokuserar på vilken typ av information som utbyts och hur kommunikationen har gått till. Under det att undersökningar utförda av oberoende institut baserade på publikt tillgänglig information godtas, utgör direkta informationsutbyten mellan konkurrenter typiskt sett och *per se* överträdelser av artikel 81 EG, i vart fall om det rör sig om sådan information som normalt är konfidentiell såsom priser, kvantiteter, de villkor som tillämpas i förhållande till enskilda kunder samt strategiskt agerande.<sup>59</sup> Ett företags ensidiga offentliga tillkännagivanden om sin prispolitik har däremot godtagits, eftersom företaget vid den tidpunkt då det vidtar en sådan åtgärd, inte kan vara säkert på hur konkurrenterna kommer att bete sig.<sup>60</sup> Historiska data (mer än 12

<sup>57</sup> Deere, punkt 89–90, Capobianco, Antonio, Information Exchange under EC Competition Law, CMLR 41: 1247–1276, 2004, s. 1252 och 1256.

<sup>58</sup> Capobianco s. 1257–1258.

<sup>59</sup> Ibid, s. 1260–1263.

<sup>60</sup> Woodpulp, punkt 64. För bedömning av frågor om cirkulärskrivelser avseende prispförändringar enligt engelska regler om kontroll av företagskoncentrationer, se Cosceli, Andrea, The Competitive Effects of Headline Price Announcements, ECLR 2005, 425–427.

månader gamla) är mindre känsliga än färsk information, och uppgifter om totala försäljningsvolymerna är mindre känsliga än individuella data.<sup>61</sup> Marknadsstrukturen kan också ha viss betydelse, om än begränsad. EG-domstolen har i stålbalksmålet *Thyssen Stahl* klargjort att informationsutbyten kan vara konkurrensbegränsande inte bara på oligopolmarknader utan även i andra marknadssituationer.<sup>62</sup>

Frågan om enskilda företags uppträdande i samband med informationsutbytet verkar däremot sakna varje relevans i sammanhanget. Idén om avståndstagande som ett sätt att slippa ansvar blir än mer besynnerlig om man beaktar att informationsutbyten kan ske på många olika sätt — ska företagen kunna skicka varandra detaljerad och företagshemlig information elektroniskt eller via fax och samtidigt friskrivna sig genom att göra deklatoriska uttalanden om frånvaron av konkurrensfientliga motiv? En fördjupad förståelse av varför informationsutbyten enligt en vedertagen uppfattning anses hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen, visar tydligt på problematiken i Marknadsdomstolens resonemang.<sup>63</sup>

Förstainstansrätten har också i två fall, *Atochem* och *British Sugar*, underkänt invändningar om avståndstagande och noterat att även om offentligt avståndstagande skulle ha skett, räcker den omständigheten att företaget vid mötena fick upplysningar om konkurrenterna som en oberoende aktör skulle ha bevarat som företagshemligheter, för att visa att företaget hade konkurrensbegränsande avsikter.<sup>64</sup>

En annan beklaglig konsekvens av Marknadsdomstolens rättstillämpning är att domstolen har missat chansen att bringa klarhet i två betydelsefulla rättsfrågor avseende den presumtionsregel för samordnade förfaranden som utvecklats i Polypropylenmålen. Den första frågan är om regeln överhuvudtaget utgör en tolkning av artikel 81 EG; den skulle lika gärna kunna anses ge uttryck för grundläggande EG-rättsliga principer som rätten till försvar. Kanske kan regeln till och med ses som ett utflöde av särdragen i den gemenskapsrättsliga konkurrensprocessen, vilket skulle innebära att den saknar varje tillämpning vid prövning av artikel 81 EG i nationell domstol.<sup>65</sup>

Om man okritiskt antar att presumtionsregeln äger tillämplighet vid prövning av artikel 81 EG i nationell domstol, återstår ändå en ytterligare tolkningsfråga: vad krävs egentligen för att ett företag skall anses ha distanserat sig och uppträtt oberoende av föregående sam-

<sup>61</sup> Capobianco s. 1265.

<sup>62</sup> *Thyssen Stahl*, punkt 86. Den svenska översättningen är svårtillgänglig, men den engelska lyder i aktuell del ”the only general principle applied in relation to the market structure being that supply must not be atomised”.

<sup>63</sup> En fråga som får behandlas närmare i ett annat sammanhang är om EG-domstolarnas och EG-kommissionens restriktiva syn på informationsutbyten, som mer eller mindre *per se* anses hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på den inre marknaden, verkligen är välgrundad.

<sup>64</sup> *British Sugar*, punkt 64–66 samt förstainstansrättens dom av den 24 oktober 1991 i mål T-3/89, *Atochem mot kommissionen*, REG 1991, s. II-1177 punkt 54.

<sup>65</sup> Se ovan, not 23.

ordning med konkurrenter? EG-domstolen fastslog i Polypropylen-målen en presumtion för att företagen tar hänsyn till de uppgifter som de har lämnat till varandra när de bestämmer sitt beteende på marknaden. Företagen måste alltså visa att de inte ens tagit hänsyn till uppgifterna när de bestämt sitt marknadsbeteende. Det har framhållits i doktrinen att det torde vara mycket svårt att motbevisa denna presumtion.<sup>66</sup>

Det torde därför finnas all anledning för Marknadsdomstolen att i framtiden söka ett klarläggande från EG-domstolen om innebörden av denna närmast diaboliska bevisbörderegeln. Hur kan ett företag någonsin bevisa att det inte har tagit hänsyn till information som utväxlats mellan konkurrenter? Gäller den av EG-domstolen uppställda presumptionsregeln även om företaget ifråga kan styrka att det egna efterföljande marknadsbeteendet, till följd av informationsutbytet med konkurrenterna, tvärtom stärkt konkurrensen på marknaden eller främjat teknologiskt eller ekonomiskt framåtskridande?

Om det verkligen är så att bevispresumtionen är så stark att den knappast kan motbevisas, torde det i praktiken vara nödvändigt, för att ett företag ska undgå ansvar för samordnat förfarande genom informationsutbyte, dels att säga ifrån, dels att lämna mötet och *avstå från varje form av fortsatt diskussion*.<sup>67</sup> EG-domstolen antyder dock i Anic att presumtionen kan vara mer eller mindre stark beroende på vilken grad av samordning som förekommit.<sup>68</sup>

Även i denna del borde Marknadsdomstolen ha begärt förhandsavgörande från EG-domstolen i syfte att få ett tolkningsbesked som öppnat för en mer nyanserad tillämpning. Statoil och Shell framställde begäran om förhandsavgörande i målet, vilket avslogs av Marknadsdomstolen (saken nämns i domen s. 4). Frågan om bevisning tangerar också den svåra gränsdragningen mellan bevisregler och beviskrav. Beviskrav är en fråga för nationell domstol<sup>69</sup> medan fördrags-tolkning och tolkning av allmänna EG-rättsliga principer i sammanhanget endast kan ske i EG-domstolen.

Sammanfattningsvis visar en fördjupad analys av Marknadsdomstolens dom i bensinkartellmålet att det fanns minst tre principiellt viktiga frågor i målet som borde ha hänskjutits till EG-domstolen för ett förhandsavgörande. Frågan om samhandelseffekt gällde EG-rättens tillämpningsområde, vilket endast EG-domstolen kan avgöra. Om samhandelseffekt hade ansetts föreligga, borde rimligen ytterligare två frågor ha aktualiserats, nämligen om EG-domstolens presumtions-

<sup>66</sup> Se Wessely s. 747, Jones, Alison och Sufrin, Brenda, *EC Competition Law*, 2nd ed., Oxford University Press 2004, s. 153 samt Van Bael, Ivo och Bellis, Jean-Francois, *Competition Law of the European Communities*, 4<sup>th</sup> ed., Kluwer Law International 2005, s. 55.

<sup>67</sup> Van Bael, Ivo och Bellis, Jean-Francois, *Competition Law of the European Communities*, 4<sup>th</sup> ed., Kluwer Law International 2005, s. 55

<sup>68</sup> Anic, punkt 121: "Detta gäller i än högre grad när överläggningar har skett regelbundet under en lång period".

<sup>69</sup> Rådets förordning 1/2003, ingressen, punkt 5.

regel för samordnade förfaranden gäller vid nationell prövning av artikel 81 EG samt om vad som närmare kan krävas för att ett företag skall anses ha distanserat sig och uppträtt oberoende av föregående samordning med andra företag. Obenägenheten att begära förhandsavgörande verkar vara återkommande i Marknadsdomstolen,<sup>70</sup> liksom hos övriga svenska högsta instanser. Bernitz har med rätta framhållit att det inte är frånvaron av skyldighet för sistainstanserna att motivera varför de låter bli att begära förhandsavgörande som är problemet, utan själva hållningen till sakfrågan.<sup>71</sup>

### Marknadsdomstolens funktion i konkurrens mål

Förtroendekommissionen har i en utredning, där bl.a. konkurrensfrågor behandlats, framhållit behovet av förstärkta resurser för Marknadsdomstolen. Utredningen, som bl.a. hänvisar till en OECD-rapport, påtalar att Marknadsdomstolen utöver konkurrenslagen har att tillämpa sju ytterligare lagar, där flest ärenden gäller marknadsföringslagen. Till sitt förfogande har Marknadsdomstolen ordföranden, som är heltidsanställd lagfaren domare, en vice ordförande samt fem särskilda ledamöter. Vice ordföranden samt en av de särskilda ledamöterna är jurister med domarerfarenhet medan de andra särskilda ledamöterna är ekonomiska experter. Endast ordföranden har heltidstjänst, under det att övriga ledamöter tjänstgör i domstolen som extrauppdrag. Därutöver har Marknadsdomstolen fyra jurister (s.k. sekreterare) och tre administratörer.<sup>72</sup> Under rubriken "Tillförsäkran om att MD har en ändamålsenlig resurstilldelning, sammansättning och kompetens" påtalar utredningen behovet av resursförstärkning i form av heltidsanställda lagfarna domare samt sekreterare (d.v.s. jurister).<sup>73</sup> Utredningen anser också att de ekonomiska experterna vid domstolen i större utsträckning bör ha akademisk kompetens motsvarande doktorsgrad och praktiska erfarenheter gällande marknadernas organisation och funktion.<sup>74</sup>

Marknadsdomstolens kostnader år 2004 uppgick till drygt 9 miljoner SEK, och den genomsnittliga kostnaden för handläggning av ett konkurrens mål var samma år 164 000 SEK.<sup>75</sup> Ett tankeexperiment är att jämföra resurserna med ombudskostnaderna för oljebolagen, som enbart i tingsrätten uppgick till närmare 28 miljoner SEK. En annan tänkbar jämförelse är att Konkurrensverket har drygt 100 anställda och anslag på drygt 80 miljoner SEK. Konkurrensverket torde för att kunna driva ett kartellmål behöva en eller flera årsarbetskrafter, me-

<sup>70</sup> Motsvarande fråga i det s.k. asfaltkartellmålet, se Henriksson, Lars, I kartell mot sig själv, JT 2004–05 nr 2 s. 432.

<sup>71</sup> Bernitz, Ulf, Kommissionen ingriper mot svenska sistainstansers obenägenhet att begära förhandsavgöranden, ERT nr 1 2005 s. 114.

<sup>72</sup> SOU 2004:47 Näringslivet och förtroendet s. 352–353.

<sup>73</sup> SOU 2004:47 Näringslivet och förtroendet s. 369.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Marknadsdomstolens årsredovisning för 2004 s. 3.

dan Marknadsdomstolen inom ramen för sin ordinarie budget saknar motsvarande resurser för prövning av ett överklagande. För att hantera bensinkartellmålet fick Marknadsdomstolen ett engångsbelopp på 1 miljon SEK. Budgetförslaget för 2006 innebär anslag på samma nivå som tidigare år, drygt 9 miljoner SEK.<sup>76</sup>

Situationen framstår därför sammanfattningsvis som djupt otillfredsställande, särskilt som det är fråga om indispositiva tvistemål. En specialdomstol som saknar nödvändiga resurser ställs inför en omöjlig uppgift. Eftersom Konkurrensverket först på senare år har börjat prioritera kartellmål framför andra slags överträdelser, är dessa mål en ny företeelse i svenska domstolar<sup>77</sup> som kräver överväganden om de resurser domstolarna har att förfoga över och hur instansordningen bör se ut. Om lagstiftaren menar allvar med vikten av att karteller skall lagföras,<sup>78</sup> bör detta tydligt återspeglas i resurstilldelningen till de domstolar och myndigheter som har att tillämpa regelverket.

Avgörandet i bensinkartellmålet som ger uttryck för åternationalisering av EG:s konkurrensrätt, väcker därmed frågan om Marknadsdomstolens framtid. Domen visar med all önskvärd tydlighet att det inte heller på konkurrensrättens område finns några genvägar förbi tolkningen och tillämpningen av EG-rätten.

<sup>76</sup> Budgetpropositionen, prop. 2005/06:1 utgiftsområde 24 s. 124.

<sup>77</sup> Simonsson, Ingeborg, Konkurrensverkets domstolsprocesser 1993–2004 — En utvärdering, Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie: 2005:2, s. 77–78.

<sup>78</sup> Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning, m.m., sammanfattning av prop. 2001/02:167, faktablad från Näringsdepartementet N2010 mars 2002.