

**Slutrapport, 87/2004 – Artikel [101 FEUF] efter reformen av EG:s konkurrensrätt,
Dan Eklöf, 2013-12-16**

Inledning

Den amerikanska Högsta domstolen hade under hösten 2013 att avgöra hur s.k. *reverse payments* – dvs. betalningar från läkemedelsbolag till s.k. generikatillverkare för att de sistnämnda ska avstå från att gå in på marknaden direkt konkurrerande ”kopierade” läkemedel – ska bedömas konkurrensrättsligt. Mer exakt var spørsmålet huruvida sådana avtal skulle anses vara lagliga eller granskas genom doktrinen om *rule of reason* enligt Section 1 i Sherman Act, den amerikanska ”kusinen” till artikel 101 FEUF. Fördelar respektive nackdelar från konkurrenssynpunkt ska vid en sådan prövning vägas mot varandra varefter slutsatsen ska dras om tillåtlighet.

Slutsatsen blev att *rule of reason*-doktrinen ska tillämpas. I en skiljaktig mening uttalade ordföranden i målet: “*Good luck to the district courts that must, when faced with a patent settlement, weigh the ‘likely anticompetitive effects, redeeming virtues, market power, and potentially offsetting legal considerations present in the circumstances.’*” Vad domaren avsåg med sitt ”*Good luck*” var bl.a. att ifrågavarande typ av mål rymmer sådan komplexitet att det i praktiken blir vanskligt för en underdomstol att faktiskt göra en korrekt bedömning av huruvida avtalen är konkurrensbegränsande eller inte. Det ter sig inte långsökt att domaren också syftade på den luddiga karaktären i begrepp som ska läggas i den ena vågskålen, ”*likely anticompetitive effects*” och, i den andra, ”*redeeming virtues*”, ”*market power*” samt därtill dessutom ta ställning till ”*potentially offsetting legal considerations*”.

Även om samtliga konkurrensrättsprövningar inte är så komplicerade som ”reverse payments” är det en vansklig uppgift för en domstol att avgöra om ett avtal ska tillåtas eller inte, när det rymmer materia som innehåller båda positiva respektive negativa marknadseffekter.

När artikel 101.3 FEUF i samband med ikraftträdandet av Förordning 1/2003 fick direkt effekt (artikel 101.1 FEUF hade sedan tidigare direkt effekt) var det nog inte få som skänkte ett liknande ”*Good luck*” till de europeiska nationella domstolar som nu fick till uppgift att göra en avvägning mellan gynnsamma respektive negativa verkningar av avtal. Den tillgängliga rättspraxisen hade visserligen utmejslat rättsläget i viss mån. Men varken artikel 101.1 eller 101.3 FEUF kan anses lättillämpade, vare sig nu eller då.

Projektets syfte

Det övergripande syftet med projektet har varit att ur ett rättsligt perspektiv identifiera de element i artikel 101.1 respektive innehållet de fyra kriterier i 101.3 FEUF som rättstillämparen står inför, samt att analysera och systematisera dessa till stöd för rättstillämpningen.

Kommissionens tillkännagivande år 2004

Kommissionen torde ha insett det vanskliga från praktisk synpunkt i att ge artikel 101.3 FEUF direkt effekt, mot bakgrund av tillämpningssvårigheterna. I sammanhanget bör också noteras att Förordning 1/2003 infördes vid en tidpunkt då kommissionen även engagerat sig djupt i en materiell modernisering av det substantiella innehållet i konkurrensrätten. Ekonomisk analys fick en mer framträdande roll på bekostnad av en juridisk-formell ansats.

I relativt tät anslutning till Förordning 1/2003 lanserades därför *Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel (101.3) i fördraget, EUT C 101, 2004, s. 97*, där vägledning ges om hur konkurrensbegränsningsbegreppet i artikel 101.1 respektive de fyra kriterierna i 101.3 FEUF bör tolkas och tillämpas.

Det kan konstateras att tillkännagivandet innehåller en skarp klyvning av artikel 101: negativa aspekter för konkurrensen ska handhas inom artikel 101.1 och gynnsamma effekter ska identifieras och vägas in i samband med en prövning enligt 101.3 (bevisbördan är också strikt fördelad mellan parterna i enlighet härmed).

Kommissionen kan, som tes betraktat, anses ha haft tre huvudsyften med tillkännagivandet:

- Ett ökat inslag av ekonomisk analys i vad som utgör en konkurrensbegränsning enligt artikel 101.1 samt vid tillämpningen av 101.3
- Att understryka konsumentvälfärden som den främsta ledstjärnan
- En skarp klyvning av 101 i en "negativ" komponent (101.1) och en "positiv" (101.3), med iakttagande av de fyra kriterierna som där anges, med distinkt fördelning av bevisbördan.

Arbetet i projektet

Projektet tog sitt avstamp i en förväntan att den direkta effekten hos artikel 101.3 i kombination med tillkännagivandet skulle få genomslag och att ett någorlunda rikligt rättskällematerial baserat på detta skulle växa fram relativt snabbt. Detta skedde emellertid ej. Emellertid uppfattade jag det som befogat att göra ett sådant antagande. Det material som producerades – *Konkurrensbegreppet och konsumentvälfärden i artikel 81 efter moderniseringen av EU:s konkurrensrätt*, Juridisk tidskrift Nr 1 2006/07 (se bilaga), samt *Om modernt och rester av omodernt i den konkurrensrättsliga moderniseringen – marknadsstyrka, "counterfactuals" och handlingsbegränsande restriktioner*, Europarättslig tidskrift 2/2006, s. 259-285 (se bilaga) – innehåller därför analyser av bl.a. följande, i avvaktan på ett mer handfast rättskällematerial i form av domstolsavgöranden, kommissionesbeslut etc.:

Konkurrensbegreppet i artikel 101.1, ekonomisk analys som hjälpinstrument samt betydelsen av marknadsinflytande (marknadsstyrka. "market power")

I enlighet med kommissionens ansats ska en noggrann ekonomisk analys göras, med en metod som innefattar s.k. counterfactuals (hur skulle marknaden ha sett, eller komma att

se ut, ut i avsaknad av det aktuella, ifrågasatta avtalet (eller i avsaknad av ifrågasatta delar av avtalet, t.ex. vissa restriktiva klausuler)?.

Artikeln i JT innehåller en beskrivning och analys av vad som kan avses med konkurrens (angivet som olika typer av effektivitet) som alltså kan avtalsmässigt kan begränsas. ERT-artikeln (avsnitt 2-3) kompletterar i denna del med en beskrivning och analys av den grundläggande metod som tillkännagivanden anvisar ("counterfactuals").

I anknytning till bestämningen av huruvida en överträdelse skett i enlighet med "counterfactual"-metoden innehåller tillkännagivandet klara anvisningar om att frågan om parternas marknadsinflytande måste inkorporeras i bedömningen. Tillkännagivandet för här i praktiken in en tredje counterfactual, en jämförelse med "*normala konkurrensförhållanden*", som i viss mån kryper in i och interagerar med de två explicita counterfactuals som angetts.

Kommissionens understrykande av marknadsinflytandets betydelse för prövningen av om en överträdelse av artikel 101.1 ligger helt i linje med den "moderna" approach som präglar tillkännagivandet (i vart fall ansågs detta som "modernt" för 10 år sedan). Ekonomisk analys framhävs på bekostnad av juridisk formalism (som t.ex. "beskrivning av handlingsfriheten i form av en restriktiv klausul gör att en överträdelse kan befaras"). Emellertid för detta med sig att det s.k. märkbarhetskriteriet i artikel 101.1 ("de minimis") rimligen torde kunna mönstras ut – åtminstone ter det sig oklart vad detta kriterium fyller för funktion mot bakgrund av den grundläggande betydelse som marknadsinflytande har i analysen.

De tentativa slutsatserna i denna fråga (tentativ av den anledningen att projektet ej helt slutförts med ett "knytande ihop av säcken") är att tillkännagivandet helt speglar den ekonomiska approach och ligger i linje med EU-domstolarnas ansats samt den rättsvetenskapliga/ekonomisk-vetenskapliga diskursen på konkurrensrättsområdet. Emellertid har det knappast klarlagts (och detta kanske ej heller är möjligt) vad som egentligen avses med den "konkurrens" som kan begränsas enligt artikel 101.1. Frågetecken kan sättas kring metoden med "counterfactuals", även om det möjligen är svårt att ta fram metodologiska alternativ. Slutligen kan konstateras att understrykandet av marknadsinflytande ter sig okontroversiell och lovvärd, men kommer att sammanblandas med de explicita "counterfactuals" samt är systematiskt svårförenlig med märkbarhetskriteriet (som eventuellt torde kunna utmönstras).

Konsumentvälfärden som ledstjärna

Att det är konsumentkollektivet (inklusive företag som är "slutanvändare") som utgör konkurrensrättens främsta skyddsobjekt framhålls i tillkännagivandet. Det gäller dels den analys som ska företas enligt artikel 101.1 och den anknytande bedömningen enligt 101.3.

Framför allt JT-artikeln uppehåller sig vid denna fråga. Här beskrivs och granskas den traditionella distinktionen mellan totalvälfärd jämte konsumentvälfärd som mycket av den konkurrensrättsliga debatten uppehållit sig kring. Det kan konstateras att i den metod som tillkännagivandet förespråkar läggs stor vikt föreskriften i artikel 101.3 att konsumenterna ska få ta del av den effektivitet som genereras av det avtal som är under konkurrensrättslig

prövning. I vart fall ska konsumenterna inte behöva tåla ett sämre utfall, däremot får de nöja sig med ett neutralt utfall i händelse av att skapad effektivitet i och för sig hamnar hos producenterna. Effektivitetsvinsterna behöver således inte i sin helhet överföras på konsumentkollektivet.

Vilket är då det konsumentkollektiv som man laborerar med? Det konstateras att det är den "relevanta marknadens" konsumenter, som får fungera som schabloniserad referenspunkt, inte samtliga konsumenter. Testet är med kommissionens egna ord "marknadsspecifikt". Undersökningen diskuterar huruvida detta verkligen är lämpligt från policysynpunkt.

Det kan diskuteras om detta alltid är adekvat. I den mån avtalsgenererad effektivitet realiserar utanför den relevanta marknaden (t.ex. leder till kostnadsbesparingar för avtalsparternas samtliga produkter och därmed ökad konkurrens på andra produktmarknader) beaktas den inte. Om konsumenterna på andra marknader drar t.o.m. kraftiga fördelar utelämnas detta i den konkurrensrättsliga ekvationen. Med tydlig pragmatism kvalificerar dock tillkännagivandet den relevanta marknadens konsumenter som exklusiv referenspunkt: Om två i och för sig skilda marknader är "närliggande" och står "i samband" med varandra kan effektivitetsvinsternas gränsöverskridande effekter beaktas, förutsatt att den konsumentgrupp som skadas av konkurrensbegränsningen samtidigt som den drar nytta av effektiviteten "i allt väsentligt" består av samma personer.

Också tidsaspekten, d.v.s. hur snabbt vinsterna skall komma konsumentkollektivet till del för att tillräckligt kompensera för konkurrensbegränsningen, är relevant. Det konstateras i tillkännagivandet: *"I vissa fall kan det ta tid innan effektivitetsvinsterna uppnås. Till dess kan det hända att avtalet har enbart negativa verkningar. Det faktum att konsumenterna får del av nyttan först efter ett visst dröjsmål utesluter inte i sig en tillämpning av artikel [101.3]. Ju större dröjsmålet är, desto större måste dock effektivitetsvinsterna vara för att konsumenterna skall kompenseras också för de nackdelar de åsamkats under dröjsmålet."* En sådan policy förefaller visserligen rimlig, men under ett dröjsmål kan konsumenternas identitet skifta trots att man i och för sig befinner sig på samma relevanta produktmarknad. Det skulle i så fall vara fråga om en interpersonell jämförelse, i vilken dagens konsumenter kan "offras" till förmån för morgondagens.

Det ter sig inte självklart att konceptet "relevant marknad" – ursprungligen ett redskap för att uppskatta graden av marknadsinflytande, men knappast mer än så – verkligen är ett lämpligt verktyg för att i 101.3- granskningen avgränsa den konsumentgrupp som drar nytta av kontraktsgenererad effektivitet. I praktiken innebär valet av nyttan för den relevanta marknadens konsumenter som referensområde att ett avtals kanske kraftiga nyttoeffekter utanför denna zon inte alls kommer att räknas. Kommissionens i och för sig förståeliga aversion mot interpersonella jämförelser löser heller inte problemet med att konsumentkollektivet på en relevant marknad ytterst sällan är homogent och att ett avtal i stället kan skapa både vinnare och förlorare. Trots att man håller sig inom den anvisade zonen – den relevanta marknaden – präglas cost/benefit- analysen av interpersonella jämförelser och ett värderande inslag i rättstillämpningen kan inte alltid förbigås.

Den tentativa, ej fullbordade slutsatsen av projektet i denna del är att framhållandet av konsumentvälfärden är centralt men att rättsläget synes ofullständigt utmejslat i två centrala hänseenden: Hur verkningarna för konsumentkollektivet ska fungera i bedömningen enligt artikel 101.1 samt hur det mer precist ska bedömas i förhållande till artikel 101.3.

En skarp klyvning av artikel 101 samt frågan om bevisbördans placering

Den av kommissionen förespråkade klyvningen av artikel 101 i två distinkta delar synes tveksam att upprätthålla, särskilt som EU-domstolarna inte övergett en bredare bedömning av artikel 101.1, där positiva verkningar vägs in. Kommissionen själv synes också i den rättspraxis som aktualiserats efter tillkännagivandet inte göra den skarpa distinktion man själv anlade i tillkännagivandet från 2004.

Vad gäller tillkännagivandet från 2004 kan det i vart fall konstateras att negativa effekter företrädesvis uppskattas under 101.1, varefter eventuellt uppvägande gynnsamma verkningar identifieras och värderas enligt 101.3. Någon helhetsbedömning av avtalets betydelse för välfärden – enligt en *rule of reason* efter amerikansk förebild – görs inte under 101.1.

Käranden behöver således endast påvisa faktiska eller potentiella negativa effekter i effektivitetshänseende för att aktivera 101.1. Han behöver inte visa att avtalet efter en helhetsbedömning medför en nettoförsämring. Parterna har enligt tillkännagivandet ett delat/gemensamt ansvar, och lyckas svaranden påvisa uppvägande fördelaktiga effekter enligt 101.3 är avtalet lagligt. De negativa effekter som käranden har att visa i ekonomisk mening – bristande allokerings effektivitet och/eller reducerad produktions-, dynamisk eller transaktionseffektivitet går inte att kvantifiera med precision enligt någon vedertagen modell eller enkelt schema. Tillkännagivandet anvisar därför tre ”genvägar” för den praktiska rättstillämpningen:

(i) Legalpresumtion: Om käranden kan påvisa förekomsten av vissa sorters ”svartlistade” avtal, som t.ex. horisontella prisöverenskommelser, marknadsuppdelning m.m. – eller på annat sätt påvisa ett konkurrensbegränsande syfte med avtalet – föreligger automatiskt en överträdelse av 101.1; ineffektivitet anses definitionsmässigt vara för handen. Svaranden kan, något förenklat, inte föra motbevisning avseende 101.1-överträdelsen utan endast stödja sig på 101.3. Bara under särskilda omständigheter kan avtalet undantas.

(ii) Direkt påvisande: Om negativa effekter ex post avtalsslutandet kan observeras och påvisas – t.ex. prishöjningar – och härledas till avtalet föreligger en överträdelse av 101.1. Prövningen är retrospektiv. Motbevisning från svaranden är tillåten om att effekterna inte orsakats av avtalet.

(iii) Presumtion som kan brytas: Kan käranden påvisa att ett avtal resulterat/ kommer att resultera i uppkomsten, upprätthållandet eller förstärkandet av marknadsinflytande – eller gör det möjligt för parterna att utnyttja en sådan marknadsstyrka ekonomiskt – presumeras överträdelse av 101.1, trots att inga negativa effekter identifierats. Metoden kan användas i både framåtblickande och retrospektiva prövningar. Höjda priser, minskad variation i utbudet och fördröjd innovation – antingen en av dessa effekter, flera eller

alla – hålls i så fall för sannolika. Förutom att kunna åberopa 101.3 till sitt försvar kan svaranden även föra motbevisning avseende huruvida marknadsinflytande uppstår, upprätthålls eller förstärks eller avtalet medför möjlighet att utnyttja inflytandet, d.v.s. huruvida 101.1 överhuvudtaget överträts.

Efter det att 101.1 aktiverats till kärandens fördel ankommer det på svaranden att visa att det totala utfallet är positivt eller neutralt. Det vid en första anblick paradoxala är alltså att nettoeffekten kan bli bättre när art. 101.1 överträds i kombination med ett undantag enligt 101.3 än om ingen överträdelse av 101.1 alls äger rum från början. För samhället kan det alltså vara sämre om ingen överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal enligt 101.1 sker än motsatsen.

Detta förefaller ologiskt men är konsekvensen av att art. 101 enligt kommissionen är en helhet med två konstituerande delar, med en bestämd funktions- och arbetsfördelning mellan 101.1 och 101.3 och även en fastslagen rollfördelning mellan parterna i bevishänseende.

Det är också i en djupare mening konsekvensen av att man med art. 101 inte kan beordra fram vad som i och för sig vore ett effektivt samarbete mellan två ovilliga parter, något man dock räknar med sker under den press som en upprätthållen konkurrens innebär.

Den tentativa slutsatsen i denna del är att den skarpa klyvning som tillkännagivandet laborerar med är tydligare, klarare och därmed mer förutsebar än nuvarande rättsläge, där positiva verkningar ska vävas även in i artikel 101.1 och inte exklusivt i 101.3. Emellertid får det anses osannolikt att den etablerade praxis som säger att en bedömning som är snarlik den amerikanska *rule of reason* (*Nungesser, Delimitis* m.m.) kommer att ändras.

Alldeles oaktat om man tillämpar en ”stark klyvning” eller en *rule of reason*-liknande metod inom artikel 101.1 ter sig frågan om bevisbördan outredd i bägge fallen. I en *rule of reason*-ansats ter det sig oklart vilken part som har bevisbördan för vilka omständigheter. Tillkännagivandet undviker med sin skarpa klyvning denna brist – det ankommer på käranden att visa en 101.1-överträdelse och för svaranden att de fyra kriterierna i 101.3 är uppfyllda. Emellertid ligger detta inte nödvändigtvis i linje med vad som torde vara universellt tillämpliga principer om bevisbörda, dvs. att den part som har närmast till och enklast och billigast kan förebringa bevisning stundom bör åläggas bördan i detta avseende trots att bevisbördan i strikt mening inte åligger denne.

Avslutning

Det kan konstateras att projektet är ett tillkortakommande i den meningen att den avslutande fasen i ett rättsvetenskapligt projekt – en sammanfattning där de granskade spörsmålen, inkl. renodlade teser, deskription och analys samt konkreta slutsatser – saknas.

De tentativa slutsatserna rörande artikel 101 i ljuset av tillkännagivandet är under dessa omständigheter följande:

- Det ökade inslag av ekonomisk analys som eftersträvat speglas helt i tillkännagivandet. Emellertid framstår det som oklart vad som avses med den ”konkurrens” som enligt artikel 101.1 måste begränsas för att bestämmelsen ska aktiveras. Det är heller inte klart hur de s.k. counterfactuals ska tillämpas och vilken betydelse marknadsinflytande ska ges i förhållande till märkbarhetskriteriet.
- Konsumentvälfärden har etablerats som ledstjärna vid en slutlig bedömning av artikel 101 som helhet. Oklarheter kvarstår dock kring frågan vilken konsumentgrupp det mer konkret är som ska beaktas i tid och rum.
- Den skarpa klyvningen av artikel 101 i två konstituerande delar framgår klart av tillkännagivandet. Emellertid ter det sig alltjämt oklart vad som i praktiken är de mer exakta gränsdragningskriterierna mellan de två komponenterna och frågan kan ställas om en överlappning i delar inte är oundviklig – gynnsamma marknadseffekter kan komma att vägas in under 101.1 och negativa verkningar kommer att flyta in. Detta faktum medför också komplikationer för bevisbördans placering.
