

**Problematiken kring definitionen av samordnade  
förfaranden inom den EG-rättsliga konkurrensrätten**

**Uppsats 10 p inom ämnet Konkurrensrätt, Juridiska institutionen,  
Stockholms Universitet**

**Författare: Isabelle Zeidan, 770927-0628**

**Handledare: Professor Nils Wahl**

**Medhandledare: jur kand Linda Billfalk**

## Innehållsförteckning

<b>1 Presentation</b>	<b>s 3</b>	<b>5 Effektfrågan</b>	<b>s 35</b>
<b>2 Bakgrund</b>	<b>s 4</b>	5.1 Introduktion	s 35
2.1 Introduktion	s 4	5.2 Dyestuffs	s 35
2.2 Proceduren	s 4	5.3 Den efterföljande debatten	s 37
2.3 Samordnandet	s 5	5.4 Woodpulp	s 38
2.4 Övriga rekvisit	s 6	5.5 Domens betydelse i effektfrågan	s 39
<b>3 Bevisfrågan</b>	<b>s 7</b>	5.6 Polypropenfallen	s 40
3.1 Introduktion	s 7	5.7 Domarnas betydelse i effektfrågan	s 41
3.2 Parallellagerande på oligopola marknader	s 7	5.8 Kommentrar	s 42
3.3 Passiva företag i komplexa karteller	s 9	5.9 Slutsats	s 44
3.4 Deltagande i form av möten	s 12	<b>6 Sammanfattning</b>	<b>s 45</b>
3.5 Kommentrar till Cement	s 14	<b>7 Källförteckning</b>	<b>s 46</b>
3.6 Bevisbörderegler	s 16	7.1 Fördrag	s 46
3.7 Presumptionsregler	s 17	7.2 Förordningar	s 46
3.7.1 Presumtion vid möten med bevisat konkurrensbegränsande syfte	s 17	7.3 Rättsfall	s 46
3.7.2 Situationen vid möten med oklart syfte	s 18	7.3.1 Domar från EG-domstolen	s 46
3.7.3 Presumtion vad gäller efterföljande agerande på marknaden	s 19	7.3.2 Domar från Förstainstansrätten	s 46
3.8 Slutsats	s 20	7.3.3 Beslut från Förstainstansrätten	s 47
<b>4 Kausalitetsfrågan</b>	<b>s 22</b>	7.4 Beslut från Europeiska kommissionen	s 47
4.1 Introduktion	s 22	7.5 Doktrin	s 47
4.2 Kravet på kausalitet	s 22	7.5.1 Inbundet material	s 47
4.3 Bakgrund till polypropenmålen	s 23	7.5.2 Tidskrifter	s 48
4.4 Kommissionens beslut	s 23	7.6 Övrigt	s 48
4.5 Överklagandet till Förstainstansrätten	s 24		
4.6 Förstainstansrättens dom i ANIC	s 25		
4.7 Generaladvokatens yttrande i ANIC	s 26		
4.8 EG-domstolens dom i ANIC	s 26		
4.9 Kommentrar till ANIC	s 28		
4.10 Montecatini	s 28		
4.11 EG-domstolens dom i Montecatini	s 29		
4.12 Kommentrar till Montecatini	s 30		
4.13 Polypropenmålen i doktrin	s 32		
4.14 Kommentrar	s 33		
4.15 Slutsats	s 33		

## 1 Presentation

Som titeln antyder behandlar denna uppsats ett begrepp som hör till de mest omdiskuterade inom EG:s konkurrensrätt. Bakom den svårdefinierbara termen samordnade förfaranden i artikel 81 döljer sig några av de mest spännande rättsfallen inom EG-rätten eftersom det är till denna överträdelse man oftast räknar karteller. I motsats till de andra två överträdelser som regleras i art 81, avtal och beslut av företagssammanslutningar, lämnar vagheten kring samordnade förfaranden ett utrymme för spännande definitions- och tolkningsfrågor, en utmaning som bidrog till att jag valde just detta ämne till min uppsats. Dessutom skapar ämnet en chans att närmare undersöka den rättsliga aspekten av karteller, den säkerligen mest massmediala formen av konkurrensöverträdelser.

Jag har delat upp min uppsats i tre analyserande avsnitt som vart och ett behandlar de tre huvudfrågor jag ställt mig. Det första avsnittet behandlar frågan om hur de materiella reglerna och bevisbörderegler samverkar i utredandet av ett påstått samordnat förfarande. Här diskuteras även de presumtionsregler som fastslagits i den EG-rättsliga praxisen och de praktiska konsekvenser dessa får för de anklagade företagen. Det andra avsnittet berör hur EG-domstolen definierat samordnade förfaranden, och koncentrerar sig på det krav på kausalitet mellan samordnandet och förfarandet som Domstolen uppställt. Slutligen tar jag i det tredje avsnittet upp diskussionen om ett samordnat förfarande bör, för att utgöra en överträdelse, ha åtföljts av en konkurrensbegränsande effekt på marknaden. Uppsatsen inramas av två avsnitt av mer redogörande karaktär, ett inledande bakgrundsavsnitt där den grundläggande rättsliga kontexten ges och ett avslutande sammanfattande avsnitt där slutsatserna från uppsatsen samlas ihop och knyts samman.

## 2 Bakgrund

### 2.1 Introduktion

I artikel 81 finns tre olika överträdelser av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete uppräknade; avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden. Eftersom artikeln inte ger närmare besked om vad som avses med samordnade förfaranden, har detta lämnats åt de rättsskipande organen inom EU att bestämma, d v s Kommissionen, Förstainstansrätten samt, i sista hand, EG-domstolen. Dessa har genom sina beslut och domar genom åren arbetat fram flera olika definitioner av samordnade förfaranden. De allra flesta av dessa beslut och domar har rört omfattande och komplexa karteller med många företag inblandade. 1999 kom EG-domstolens dom i målet *ANIC*<sup>1</sup> som klargjorde vilka rekvisit som krävs för att ett samordnat förfarande skall vara för handen. Först och främst fordras ett samförstånd mellan ett antal konkurrerande företag. Utöver detta samförstånd krävs dels ett beteende på marknaden som svarar mot detta samförstånd, dels ett orsakssamband mellan samförståndet och beteendet<sup>2</sup>.

### 2.2 Proceduren

Den primära bevisbördan för att en överträdelse av konkurrensreglerna skett ligger på Kommissionen. Det finns dock undantag till denna huvudregel i form av presumtionsregler men jag återkommer till dessa nedan, under stycket ”Bevisbörderegler”. När Kommissionen fattat misstankar om ett samordnat förfarande på en viss marknad, inleds ofta själva proceduren med en s k gryningsråd under vilken Kommissionen samlar in eventuella bevis, såväl skriftliga och digitala som muntliga. Dessa bevis används sedan i ett förfarande under Förordning 17/62<sup>3</sup> som mynnar ut i ett beslut av Kommissionen huruvida en överträdelse av artikel 81 skett. Om så är fallet kan Kommissionen döma ut ett bötesbelopp. Beslutet kan sedan överklagas hos Förstainstansrätten. Rätten prövar då beslutets lagenlighet enligt artikel 230 EG-fördraget och kan i enlighet med artikel 231 förklara beslutet ogiltigt. I *Cartonboard*<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Domstolens dom den 8 juli 1999, *Europeiska kommissionen ./. ANIC Partecipazione SpA*, C-49/92 P.

<sup>2</sup> *ANIC*, ovan not 1, § 118.

<sup>3</sup> Rådets Förordning 17/62/EEC av den 6 februari 1962.

<sup>4</sup> Domstolens dom den 16 november 2000, *NV Koninklijke ./.Europeiska kommissionen*, C-248/98 P, § 38-40.

fastslog EG-domstolen att Förstainstansrätten dessutom har rätt att pröva lämpligheten av det eventuella bötesbeloppet. Vad sedan gäller Förstainstansrättens dom kan denna i sin tur överklagas till EG-domstolen men en sådan prövning omfattar endast rättsfrågor, d v s frågor om bristande behörighet, rättegångsfel, åsidosättande av gemenskapsrätten o s v<sup>5</sup>.

### 2.3 Samordnandet

För att kunna bevisa att ett samordnat förfarande förekommit krävs först och främst att Kommissionen kan visa på ett samordnande i form av en direkt eller indirekt kontakt parterna emellan<sup>6</sup>. Kontakten kan ske på många olika sätt där det mest självklara är kontakt i form av möten, telefonsamtal, fax - eller mailmeddelanden e t c. Det väsentliga är dock att kontakten inneburit en medveten kommunikation mellan parterna, d v s det måste finnas en intention hos minst en av parterna att kommunicera information till den andra parten eller åtminstone göra informationen tillgänglig för denne<sup>7</sup>. Dessutom måste Kommissionen kunna visa att den part som mottar informationen gör detta i visshet om att informationen var riktad till just den parten. Det handlar alltså om ett medvetet och ömsesidigt givande och mottagande av information. Här bör noteras att EG-domstolen konstaterat att det självständighetskrav som ställs på företagen "inte utesluter att de ekonomiska aktörerna har rätt att på ett förståndigt sätt anpassa sig till konkurrenternas konstaterade eller förväntade beteende"<sup>8</sup>.

Om enbart vetskapen om hur konkurrenterna betar sig skulle vara tillräckligt för att konstituera en otillåten kontakt skulle företagen aldrig kunna utnyttja rätten till en intelligent anpassning av sitt agerande. Att företag på ett eller annat sätt får kunskap om dess konkurrenters framtida beteende räcker alltså inte för att etablera en kontakt mellan företagen. Annars skulle företag, särskilt på transparenta marknader, få mycket svårt att agera på det sätt som för dem vore ekonomiskt riktigt<sup>9</sup>. EG-domstolen lämnade emellertid ett utrymme för en

---

<sup>5</sup> artikel 225 EG-fördraget samt Simonsson, I., *Bevisbörda och beviskrav i kartellmål*, JT 2001-2002 nr 3, Stiftelsen Stockholms juridiska fakultets tidskrift, Stockholm, s 559-560 och där angiven not 15.

<sup>6</sup> Domstolens dom den 16 december 1975, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" m fl ./Europeiska kommissionen*, C-40/73, § 174 samt Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, Juristförlaget, Stockholm, 1994, s 131.

<sup>7</sup> Goyder, D.G., *EEC Competition Law*, Oxford European Community Law Series, Oxford University Press, Oxford, 1988, s 91. Se även EG-domstolens formulering i *Suiker Unie*, ovan not 6: "...avses med samordnat förfarande 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 praktiskt samarbete.", § 26.

<sup>8</sup> *Suiker Unie* ovan not 6, § 174 samt Domstolens dom den 14 juli 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd ./Europeiska kommissionen*, C-48/69 § 118.

<sup>9</sup> jfr Goyder, i not 7 a a, s 91.

vidare tolkning av begreppet samordnat förfarande i fallet *Züchner*<sup>10</sup>. Fallet gällde frågan om enhetliga bankavgifter vid utlandsgireringar kunde utgöra ett otillåtet samordnat förfarande bankerna emellan. Domstolen uttalade att denna typ av parallellagerande skulle kunna omfattas av förbudet i art 81 ”om det, mellan de banker som uppvisar ett parallellbeteende, har tagits kontakt eller åtminstone utväxlats upplysningar om t ex procentsatsen på de avgifter som faktiskt tas ut för jämförbara överföringar...”<sup>11</sup>. Här skulle det alltså kunna vara tillräckligt med att bankerna utväxlat upplysningar för att ett samordnande skall föreligga.

## 2.4 Övriga rekvisit

Som ovan nämnts, krävs utöver kontakten parterna emellan, ett förfarande på marknaden samt ett orsakssamband mellan samordnandet och förfarandet. Dessa två övriga rekvisit kommer behandlas utförligare under avsnitten om kausalitet respektive effekt.

---

<sup>10</sup> Domstolens dom den 14 juli 1981, *Gerhard Züchner ./. Bayerische Vereinsbank AG*, C-172/80.

<sup>11</sup> *Züchner*, ovan not 10, § 21.

## 3 Bevisfrågan

### 3.1 Introduktion

Som redan framgått är samordnade förfaranden företeelser som inte så lätt låter sig definieras. En intressant fråga blir då naturligtvis vilka beviskrav som bör ställas för att visa på existensen av ett samordnat förfarande. För Kommissionens del kan framhållas vikten av att på ett kraftfullt sätt kunna ingripa mot konkurrensbegränsande samordningar som har skadat eller haft till syfte att skada den fria konkurrensen. Ett alltför strängt beviskrav skulle leda till svårigheter för Kommissionen att kunna bötfälla företag i brist på skriftliga bevis som klart och tydligt angav ett konkurrensstridigt syfte. Dessutom uppstår en klar obalans mellan Kommissionen och de misstänkta företagen, då företag som gjort sig skyldiga till konkurrensbegränsande samordningar sällan upprättar några skriftliga handlingar om detta som sedan kan tjäna som bevis för den olagliga verksamheten<sup>12</sup>. Å andra sidan måste företagen kunna förlita sig på att inte behöva bli oskyldigt anklagade för olovligt samarbete enbart för att de haft otur att vara aktiva på en marknad som lämnar föga utrymme för ett agerande opåverkat av konkurrenternas. En balans måste sålunda råda mellan Kommissionens behov av slagkraftiga medel mot svåråtkomliga överträdelser och företagens rätt till skydd mot obefogade intrång i deras verksamhet. Nedan kommer materiella regler angående samordnade förfaranden presenteras tillsammans med de bevisbörderegler som fastslagits i EG-praxis. Skälet till detta är att det ofta är svårt att skilja dessa regler från varandra då de har ett naturligt samband. Icke desto mindre är det viktigt att göra denna distinktion och jag har därför sökt upprätthålla en sådan.

### 3.2 Parallellagerande på oligopola marknader

Problemet med att skilja medveten och riktad information som konkurrerande företag delger varandra med syfte att påverka deras självständiga agerande, från information som företag skaffar sig genom prognoser och antaganden om hur deras konkurrenter kommer att bete sig, blir särskilt akut på marknader med hög transparens. Dit hör bl a oligopola marknader,

---

<sup>12</sup> Jones, A., *Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism?*, ECLR Volume 14, issue 6, Nov - Dec 1993, Sweet & Maxwell, London, s 276; Soames, T., *An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference?*, ECLR Volume 17, issue 1, Jan. 1996, Sweet & Maxwell, London, s 27 samt där angiven not 27.

d v s marknader med få aktörer. Ett exempel på en sådan marknad är elmarknaden, där prishöjningar av ett bolag tenderar att följas av prishöjningar hos de övriga bolagen, utan att det för den skull behöver ligga ett olovligt samarbete bakom. Istället använder sig företagen av rätten att på ett förståndigt sätt anpassa sig till övriga aktörers agerande på marknaden. Men hur vet man då när ett parallellagerande är resultatet av ett hemligt samordnande och när det helt enkelt är den normala konsekvensen av intelligenta marknadsaktörer? Några exempel ur EG-praxis belyser problemet.

I *Dyestuffs*<sup>13</sup>, det allra första fall där EG-domstolen definierade begreppet samordnat förfarande, argumenterade företagen att deras parallella prishöjningar var just den normala konsekvensen av den oligopola blekmedelsmarknaden. EG-domstolen var dock av en annan åsikt och ansåg att ett samordnat förfarande var den enda möjliga förklaringen till företagets agerande. Till saken hör att Kommissionen även presenterat andra bevis än det parallella marknadsbeteendet, bl a bevis för att företagen haft regelbundna möten där priser diskuterats. Dessa bevis lämnade dock Domstolen därhän, vilket kan tyckas en smula märkligt<sup>14</sup>.

Domslutet blev det motsatta i *Woodpulp*<sup>15</sup>. Här var fråga om prispubliceringar som gjordes en gång i kvartalet av producenter av pappersmassa. Kommissionen misstänkte att en samordning låg bakom, då publiceringarna skedde i stort sett samtidigt och då priserna var identiska. EG-domstolen menade dock att ett samordnat förfarande inte var den enda möjliga förklaringen till den parallella publiceringen av priser. Domstolen tog bl a hänsyn till det faktum att den aktuella marknaden var en långsiktig marknad där köpare och säljare hade ett gemensamt behov av att begränsa riskerna samt att marknaden var oligopolistisk och kännetecknades av en hög grad av transparens. Eftersom det alltså fanns alternativa förklaringar till agerandet och ”i brist på en uppsättning tungt vägande, exakta och samstämmiga bevis” slog Domstolen fast att Kommissionen inte lyckats bevisa någon samordning av de aviserade priserna<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> *ICI*, ovan not 8.

<sup>14</sup> se fortsatt diskussion om detta under stycket ”Bevisbörderegler” samt under avsnittet om effektfrågan.

<sup>15</sup> Domstolens dom den 31 mars 1993, *A. Åhlström Osakeyhtiö m fl ./Europeiska gemenskapernas kommission*, C-89/85.

<sup>16</sup> *A. Åhlström*, ovan not 15, § 126-127.



I *PVC II*<sup>17</sup> hade Förstainstansrätten att ta ställning till en situation där det, förutom ett konstaterat parallellagerande på plastmarknaden, dessutom fanns skriftliga bevis för ett samordnat förfarande. Här uttalade Förstainstansrätten att det således inte räckte med en alternativ förklaring till parallellagerandet för att företagen skulle kunna rentvå sig från misstankarna. Dessutom måste företagen kunna motbevisa förekomsten av de förhållanden som handlingarna påvisade<sup>18</sup>. Det nämndes tidigare att det kan vara svårt att hålla isär de materiella reglerna och bevisbördereglerna. Det är lätt att tolka rättsens dom i *PVC II* som ett uppställande av en presumptionsregel - om Kommissionen kan peka på ett parallellagerande går "bördan" över till företagen att presentera en alternativ förklaring till agerandet. Om sedan Kommissionen dessutom har handlingar som stöder antagandet måste företagen motbevisa även dessa. Men vad Förstainstansrätten gör i *PVC II* är helt enkelt att tillämpa de materiella regler som gäller för samordnade förfaranden. Om Kommissionen kan visa att det parallella marknadsagerandet är resultatet av en samordning, är de materiella rekvisit som EG-domstolen sedermera ställde upp i *ANIC* uppfyllda.

### 3.3 Passiva företag i komplexa karteller

En av de vanligare formerna av samordnade förfaranden är karteller. Karteller kan ofta vara av en mycket komplex natur med många inblandade eller misstänkt inblandade företag<sup>19</sup>. Under det här avsnittet kommer jag diskutera hur EG-praxis behandlat karteller där företagen i en varierande grad varit aktiva.

I det ovan nämnda fallet *PVC II* hade Förstainstansrätten att ta ställning till misstankar om en mycket omfattande kartell på plastmarknaden där möten med konkurrensbegränsande syfte påstods ha förekommit under flera år. Kommissionen hade bötfällt samtliga inblandade företag. En del av företagen anförde då att Kommissionen pålagt dem ett otillåtet kollektivt ansvar för överträdelsen i sin helhet. De vände sig bl a mot den del av beslutet där Kommissionen anförde:

"Vad beträffar det praktiska förebringandet av bevisningen anser Kommissionen att det inte bara är nödvändigt att med övertygande bevisning styrka att det förelåg en konkurrensbegränsande samverkan, utan även att styrka att varje presumerad deltagare anslöt

---

<sup>17</sup> Förstainstansrättens beslut av den 20 april 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV m fl. / Europeiska kommissionen*, förenade målen T-305/94 till T-307/94, T-313/94 till T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 samt T-335/94.

<sup>18</sup> *PVC II*, ovan not 17, § 23.

<sup>19</sup> se t ex *A. Åhlström*, ovan not 15, där domen berörde 16 företag.

sig till det gemensamma systemet. Det innebär dock inte att det nödvändigtvis krävs handlingar som bekräftar att varje deltagare deltog i varje del av överträdelsen. ... I föreliggande fall har det inte varit möjligt att styrka att varje producent faktiskt deltagit i de samordnade prisinitiativen på grund av att det saknades handlingar rörande priser. Därför har Kommissionen undersökt om det finns tillräcklig och säker bevisning för att varje presumerad deltagare anslutit sig till den konkurrensbegränsande samverkan som helhet, snarare än bevisning för att varje deltagare deltagit i varje del av den konkurrensbegränsande samverkan."<sup>20</sup>

Förstainstansrätten godtog Kommissionens resonemang. Först och främst ansåg rätten att det framgick att Kommissionen varit medveten om kravet på att styrka deltagandet för vart och ett av företagen i den påstådda samordningen. Rätten menade vidare att Kommissionens syftning till "den konkurrensbegränsande samverkan som helhet" inte innebar en tillämpning av principen om kollektivt ansvar i betydelsen att Kommissionen skulle ha tillskrivit vissa företag ansvar för deltagande i överträdelser som de inte var inblandade i enbart på den grunden att övriga företag deltagit i dessa överträdelser<sup>21</sup>. Istället syftade detta till att söka beskriva överträdelsens karaktär, eftersom överträdelsen bestod i regelbundna möten med konkurrensbegränsande syfte under flera års tid mellan konkurrerande företag. Därefter fastslog Förstainstansrätten att ett företag kan hållas ansvarigt för en övergripande samverkan även om det har styrkts att det endast deltagit direkt i ett eller flera av de moment som tillsammans utgör samverkan. Detta kräver dock att företaget dels kände till eller tveklöst borde ha känt till att den samverkan i vilken det deltog ingick i en plan som syftade till att snedvrیدا konkurrensen, dels att denna plan omfattade samtliga de moment som tillsammans utgör den konkurrensbegränsande samverkan<sup>22</sup>.

Detta resonemang förde Förstainstansrätten även i fallet *BPB*<sup>23</sup> där man på ett tydligare sätt beskrev de situationer där företag som deltagit i en komplex kartell åläggs ansvar för hela den överträdelsen av konkurrensreglerna som kartellen gjort sig skyldig till. Situationerna är följande:

1. När det aktuella företaget godtagit en generell plan över samtliga de moment som tillsammans utgör överträdelsen eller
2. När företaget under den aktuella perioden deltagit direkt i alla dessa moment eller

---

<sup>20</sup> *PVC II* ovan not 17, § 768

<sup>21</sup> *PVC II* ovan not 17, § 771.

<sup>22</sup> *PVC II* ovan not 17, § 773.

<sup>23</sup> Förstainstansrättens beslut av den 14 maj 1998, *BPB de Eendracht NV ./. Europeiska kommissionen*, T-311/94, § 237.

3. När det aktuella företaget endast deltagit i vissa av dessa moment men det kan visas att företaget kände till eller tveklöst borde ha känt till att dessa moment ingick i en övergripande plan som omfattade samtliga moment och att denna plan utgjorde en överträdelse.

Vid situationer som beskrivs under den första punkten, nämligen att företaget godkänt någon form av övergripande plan, föreligger oftast ett avtal. Den situationen lämnas därför därhän. Under punkt 2 beskrivs situationen när ett företag direkt deltar i samtliga de åtgärder som bildar kartellen. Att ett sådant företag tillskrivs ansvar för kartellen i sin helhet är kanske inte så förvånande. Men situationen under punkt 3 är desto märkligare. En kartell kan, som nämnts tidigare, vara oerhört komplex och bestå av en mängd olika överträdelser med varierande allvar och omfattning. Ett företag som exempelvis deltagit i möten under en begränsad tid där viss känslig information utbyts kan alltså komma att ansvara för alla de handlingar som skapar överträdelser i sin helhet. Förstainstansrätten vidareutvecklar inte i sina domskäl hur det skulle gå till att visa att företaget kände till eller tveklöst borde ha känt till den övergripande planen. Inte heller definieras vad som menas med ”en övergripande plan”. Är det tillräckligt att ett företag känner till att andra företag deltar i överträdelserna? Eller krävs kunskap om samtliga överträdelser och att de var just överträdelser? Såsom rätten definierat domskälen skulle ett företag vars agerande i sig inte utgör en överträdelse men som ingår i en överträdelse kunna ansvara för överträdelserna i sin helhet.

EG-domstolen kom senare i *ANIC* att skärpa kraven på företags individuella agerande för att de skall kunna tillskrivas ett övergripande ansvar för hela överträdelserna. Här uttalade Domstolen bland annat:

”Mot denna bakgrund finner domstolen att Förstainstansrätten med rätta kunde anse att ett företag som deltagit i en sådan överträdelse genom beteenden som ägde rum under företagets egna förutsättningar, men där beteendena omfattades av begreppen avtal eller samordnat förfarande med konkurrensbegränsande syfte i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget och som syftade till att bidra till förverkligandet av hela överträdelserna för hela den tid som företaget deltog i överträdelserna, även var ansvarigt för beteendena som genomfördes av andra företag inom ramen för en och samma överträdelse. Så är nämligen fallet när det konstateras att företaget i fråga kände till övriga deltagares överträdelser eller rimligen kunde förutse dem och företaget var berett att acceptera risken att de andra företagen begick överträdelser.”<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> *ANIC*, ovan not 1, § 82.

Till skillnad från Förstainstansrättens avgörande i *BPB* kräver EG-domstolen som första förutsättning att företagets beteende i sig inneburit ett deltagande i ett samordnat förfarande med konkurrensbegränsande syfte. Det räcker alltså inte med att företaget genom sitt deltagande bidragit till en överträdelse, utan företagets eget agerande måste utgöra en överträdelse. Ur det citerade stycket framgår dessutom att företagets beteende måste vara ägnat att förverkliga överträdelsen i sin helhet. Den tredje och nödvändiga förutsättningen är att företaget känt till övriga deltagares överträdelser eller att det rimligen kunnat förutse dessa och var berett att acceptera denna risk.

### 3.4 Deltagande i form av möten

I många av de fall där misstänkta karteller undersöks av Kommissionen har det förekommit möten mellan ett antal företag. Vad som exakt diskuterats under dessa möten kan då bli avgörande för om en överträdelse skett eller ej. I fallet *Hercules* fastslogs nämligen att deltagande i möten med ett visat konkurrensbegränsande syfte är tillräckligt för att företaget skall anses ha deltagit i överträdelserna<sup>25</sup>. Vad menas då med ”deltagande”? Kan ett företag hävda till sitt försvar att det mer eller mindre tvingats delta i mötet? Denna fråga diskuterade Förstainstansrätten i målet *Hüls*<sup>26</sup>. Ett av de företag som var inblandat i den stora polypropylenkartell som behandlades i *ANIC* sökte försvara sig med att det tvingats in i samarbetet av de övriga företagen. Förstainstansrätten menade dock att detta inte kunde åberopas till försvar eftersom företaget skulle ha kunnat anmäla de påtryckningar som det utsattes för, istället för att ge efter för dem<sup>27</sup>.

Mötesformen aktualiserar ofta frågan om passiva företag och deras ansvar. Man kan lätt föreställa sig en situation där ett eller flera företag är drivande i mötesprocessen, exempelvis genom att vara de sammankallande parterna, medan andra företag passivt mottar information genom sitt mötesdeltagande. Görs det då någon skillnad mellan ett aktivt eller ett passivt deltagande? I formuleringen från *Hercules* finner man ingen sådan distinktion. Det torde dock vara så att det försvar som företaget åberopar ser olika ut beroende på hur företaget agerat under mötena. I målet *Tréfileurope* hade ett av de företag som deltagit i möten

---

<sup>25</sup> Förstainstansrättens dom av den 17 december 1991, *SA Hercules Chemicals NV ./. Europeiska gemenskapernas kommission*, T-7/89 § 259.

<sup>26</sup> Förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992, *Hüls AG ./.Europeiska gemenskapernas kommission*, T-9/89.

<sup>27</sup> *Hüls*, ovan not 26, §123.

anfört att dess syfte med att delta i mötena inskränkt sig till att samla information om marknaderna, och att företaget ej deltagit aktivt i mötena<sup>28</sup>. Förstainstansrätten konstaterade dock att företaget deltagit aktivt i mötena eftersom företaget alltid betraktades som en sedvanlig deltagare vars åsikt var viktig för det gemensamma ställningstagandet. Dessutom hade företaget åtagit sig ordförandeskapet vid tillfällen då sådant saknats<sup>29</sup>. Genom *Tréfileurope* exemplifieras alltså situationer där ett företag kommer att betraktas som en aktiv deltagare.

Frågan om passiva företags ansvar kom under Förstainstansrättens bedömning i fallet *Cement*<sup>30</sup>, ett sällsynt typexempel på olovlig kartellverksamhet. Där hade flera europeiska cementtillverkare gått samman och bildat en grupp för att motarbeta billig export av cement från bl a Grekland. Gruppen sammanträdde flertalet gånger och noggranna protokoll fördes vid mötena. Ur dessa protokoll framkom att specifika åtgärder skulle vidtas för att bekämpa den billiga cementen och i ett av protokollen anmärktes dessutom särskilt att gruppen bildats i just detta syfte. Under processen argumenterade vissa av företagen att de spelat en passiv roll under mötena och att de gått till mötena i ett helt annat syfte. Med anledning av detta uttalade Rätten bl a

”Om ett företag eller en företagssammanslutning utan att spela någon aktiv roll har deltagit i ett eller flera möten, vid vilka det har uttryckts eller bekräftats en gemensam vilja om en princip att agera på ett konkurrensbegränsande sätt, och företaget eller sammanslutningen genom sin närvaro har samtyckt till innehållet i det vid dessa möten ingångna och senare bekräftade konkurrensbegränsande avtalet, eller åtminstone har givit de andra deltagarna ett sådant intryck, skall företaget, eller sammanslutningen, anses ha varit delaktigt i avtalet, om det inte bevisar att det öppet tagit avstånd från den otillåtna samordningen eller att det underrättat övriga deltagare om att det deltog i mötena i ett annat syfte än dessa.”<sup>31</sup>

Även om detta utdrag gäller huruvida ett företag skall anses ha varit delaktigt i ett avtal eller ej, kan ett liknande resonemang överföras till fall där företag åberopar passivitet till försvar mot delaktighet i samordnade förfaranden. Det något tungfotade uttryckssättet ovan kan omformuleras på så sätt att om ett företag deltagit i möten där vissa konkurrensbegränsningar beslutats kommer det företaget att anses ha samtyckt till dessa beslut om inte företaget kan visa att dess representanter vid mötet klart och tydligt tagit avstånd från

---

<sup>28</sup> Förstainstansrättens dom av den 6 april 1995, *Tréfileurope Sales SARL ./Europeiska kommissionen*, T-141/89, § 80.

<sup>29</sup> *Tréfileurope*, ovan not 28, § 84.

<sup>30</sup> Förstainstansrättens beslut av den 15 mars 2000, *Cimenteries CBR m fl ./Europeiska kommissionen*, T-25/95.

<sup>31</sup> *Cimenteries*, ovan not 30, ur sammanfattningen §15.

besluten. Vidare slår Rätten fast att i brist på bevis för ett avståndstagande räcker det inte med att företaget inte agerar som överenskommet för att företaget skall undgå ansvar.

### 3.5 Kommentar till Cement

Domen i *Cement* ger upphov till en rad intressanta frågeställningar. För det första kan man fråga sig vad som menas med att företaget ”genom sin närvaro har samtyckt till innehållet i avtalet” eller ”åtminstone har givit de andra deltagarna ett sådant intryck”. Som beskrivits ovan torde det första ledet kunna tolkas på så vis att en närvaro vid möten där konkurrensbegränsningar beslutas är tillräckligt för att företaget skall anses ha samtyckt till det som beslutas på mötet.

Vad som åsyftas med att ge de andra deltagarna ett sådant intryck är mer kryptiskt. Man kan här föreställa sig en situation med representanter för ett företag som går på ett möte som i och för sig har ett legitimt syfte, exempelvis ett samarbete inom forskning eller för ett ställningstagande av något slag. Skulle då en eller flera av de övriga mötesdeltagarna plötsligt börja diskutera konkurrensbegränsande åtgärder måste alltså det företag som inte vill kännas vid dessa diskussioner öppet ta avstånd från vad som därvid beslutas och dessutom se till att kunna bevisa detta i efterhand, exempelvis genom att begära att detta förs till protokollet. Men anta att ett antal mötesrepresentanter betvivlar att deras företag vill bli inblandade i otillåtna samordningar och därför begär att det skall föras till protokollet att de tar avstånd från dessa diskussioner. Av EG-domstolens resonande i *Cement* går det inte att utläsa om dessa deltagare dessutom måste lämna mötet. Om deltagarna kan sitta kvar kommer de ju oundvikligen att uppfatta viss information som genom sitt spridande till konkurrenter i sig utgör en konkurrensöverträdelse. Hur skall man då kunna veta om företaget ändå utnyttjar denna information på ett otillbörligt sätt? Rimligtvis måste ett företag, oavsett dess eventuella protester under mötet, kunna hållas ansvarigt för konkurrensöverträdelser om det kan visas att företaget utnyttjat information som framkommit under mötet på ett sätt som rimmar illa med kravet på självständigt agerande företag. Å andra sidan, hur skall man kunna bevisa att företaget trots sina protester låtit sig påverkas av den otillåtna informationen? Det kan ju hända att företaget hur som helst tänkt agera på ett visst sätt som stämmer överens med ett ”misstänkt” beteende. För att undvika sådana här tveksamma situationer verkar det rimligt att kunna kräva av ett företag att det skall lämna mötet för att det skall anses öppet ha tagit avstånd från den otillåtna samordningen. En sådan bedömning gjordes också av EG-

domstolen i fallet *Polypropylene* där Kommissionen ansågs ha gjort en korrekt bedömning när den förutsatte att de företag som deltagit i ett möte med bevisat konkurrensstridigt syfte anslutit sig till samtliga beslut fattade under mötet. Dessutom presumeras företag bli påverkade av utbytt information om varandras marknadsagerande, något som EG-domstolen slog fast i *ANIC*.<sup>32</sup>

En annan fråga är om det spelar någon roll om det otillåtna samordnandet står med som en punkt i dagordningen eller inte. Det lär vara en smula ovanligt att så öppet som i *Cement-fallet* skylta med det otillbörliga syftet<sup>33</sup>, men man kan likväl tänka sig att det redan av dagordningen framgår att något ”suspekt” kommer att diskuteras. Kan man då ställa högre krav på de deltagande företagen att redan av dagordningen kunna dra slutsatsen att mötet kommer överskrida de gränser som finns för umgänge konkurrenser emellan?

Om det öppna avståndstagandet är något som måste ske genast under mötet eller om ett avståndstagande i efterhand också är godtagbart framgår inte av EG-domstolens domskäl. Den andra möjligheten för ett ovilligt företag att frikänna sig från misstankar om deltagande är emellertid att företaget kan visa att det underrättat övriga företag om att dess deltagande i mötet var begränsat till vad som varit mötets huvudsakliga syfte. Detta måste ju oundvikligen ske under själva mötet eller kort tid därefter. Men även här blir den praktiska konsekvensen för företagen en smula diffus. För att visa en sådan underrättelse krävs antagligen även här en anteckning i protokollet. Det lär vara svårt, särskilt ur en praktisk synvinkel, för ett företag att på ett möte som behandlar för företaget viktiga frågor behöva tillkännage för de övriga deltagarna i vilket syfte det är där.

För att åskådliggöra hur svårt det är att upprätthålla en balans mellan å ena sidan en effektiv kartellbekämpning och å andra sidan en reell möjlighet för misstänkta företag att kunna rentvå sig har jag i detta stycke förstärkt de praktiska konsekvenserna av utgången i *Cement*. Jag skall nu gå över till att diskutera själva bevisbördereglerna som självfallet också har stor betydelse för denna balansgång.

---

<sup>32</sup> se mer om detta nedan under stycket ”Presumptionsregler”.

<sup>33</sup> Som tidigare nämnts nämndes i ett av mötesprotokollen att syftet med den samordning som skett mellan cementproducenterna var just att motverka den export av billig cement som skedde till andra medlemsstater.

### 3.6 Bevisbörderegler

Det är Kommissionen som skall presentera och bevisa de fakta som fastställer det olagliga samarbetets existens, dess omfattning och hur länge det pågått<sup>34</sup>. Att det är den påstående parten som har bevisbördan för påståendet är en viktig princip ur rättssäkerhetssynpunkt och den kommer antagligen att lagfästas så småningom. Vad gäller hur svårt det är att fullgöra beviskravet har EG-domstolen fastslagit att Kommissionen ”på ett tillfredsställande sätt” skall bevisa överträdelserna<sup>35</sup>. Det är värt att notera att det alltså inte krävs en bevisning upp till ”utom rimligt tvivel”. Formuleringen ”på ett tillfredsställande sätt”<sup>36</sup> har en vag klang och man kan ställa sig frågan vad som egentligen krävs för att Kommissionen skall anses ha uppfyllt detta beviskrav. Särskilt när fråga är om karteller är förfarandena ofta av mycket komplex karaktär och kan sträcka sig över flera år vilket försvårar bevisningen. Beroende på vilken typ av bevis som förekommer i utredningen kan man utkristallisera tre typer av karteller<sup>37</sup>. En bevisad kartell kännetecknas av förekomsten av skriftliga bevis i form av regelrätta erkännanden eller mötesprotokoll, avtal och dyligt. I en indiciekartell saknas däremot entydiga bevis men övriga bevis i form av vittnesutsagor, interna promemorior etc leder till att överträdelserna ändå anses bevisad ”på ett tillfredsställande sätt”. Men vad händer då i situationer där företagets marknadsbeteenden i sig tyder på ett otillåtet samarbete men Kommissionen inte kan stödja sig på någon form av bevis? Då föreligger en s.k. effektkartell där bevisbördan ligger på Kommissionen att presentera fakta som visar att företagets beteende inte kan ha någon annan rimlig förklaring än just ett otillåtet samordnat förfarande.

Ett antagande om att företagets beteende inte kan förklaras på något annat sätt än genom ett dolt samordnat förfarande kan alltså många gånger räcka<sup>38</sup>. Detta innebär en möjlighet för domstolarna att grunda ett avgörande på en hypotetisk förklaring av ett visst marknadsskeende, vilket kan verka en smula vanskligt<sup>39</sup>. I *Dyestuffs* hade Kommissionen i sitt

---

<sup>34</sup> Domstolens dom den 17 december 1998, *Baustahlgewebe GmbH* ./ *Europeiska kommissionen*, C-185/95, § 58 samt Domstolens dom den 8 juli 1999, *Montecatini SpA* ./ *Europeiska kommissionen*, C-235/92, § 179. Se även *European Cartels*, Student Reports 2000, ed. Levinsohn, M., Olsson, G., Sigfrid, N., Wrangel, C., Faculty of Law, Lund University, Lund 2000, s 46.

<sup>35</sup> *Baustahlgewebe*, ovan not 34, § 58 samt *Montecatini*, ovan not 34, § 179

<sup>36</sup> Jmfr den engelska versionen ”to the requisite legal standards”.

<sup>37</sup> *European Cartels*, ovan not 34, s 46.

<sup>38</sup> se avsnitt ”Parallellagerande” ovan samt bl a *ICI*, ovan not 8.

<sup>39</sup> jmf van Bael, I. & Bellis, F., *Competition Law of the EC*, 3 ed, CCH Europe, Bicester, 1994, s 37.



beslut lagt vikt vid att företagen upprepade gånger höjt priserna på olika varor med exakt samma procentenheter och vid samma tillfällen, samt att de använt identiska formuleringar till deras distributörer angående prishöjningarna<sup>40</sup>. Dessutom hade Kommissionen bevis för att företagen träffats regelbundet och diskuterat priser. I sin dom nämnde dock EG-domstolen ingenting om dessa möten trots att de skulle kunnat fungera som det stödjande bevis som behövs när domstolen tidigare i domskälen påpekat att parallellagerande i sig inte räcker som bevis för ett otillåtet samordnat förfarande<sup>41</sup>. Istället låter alltså domstolen företagens agerande utgöra beviset för ett samordnat förfarande.

### 3.7 Presumptionsregler

Ingeborg Simonsson beskriver i sin artikel ”Bevisbörda och beviskrav i kartellmål”<sup>42</sup> ett antal situationer där huvudregeln om att bevisbördan placeras hos Kommissionen modifieras. Jag kommer att presentera dessa situationer och kommentera dem.

#### 3.7.1 Presumtion vid möten med bevisat konkurrensbegränsande syfte

Denna presumptionsregel rör situationer där Kommissionen lyckats visa att företagen mötts och diskuterat olovliga konkurrensbegränsningar. I dessa situationer presumeras varje enskilt företag ha deltagit i överträdelsen. Bevisbördan går alltså över till företagen att visa att de inte varit delaktiga i överträdelserna. Två av de rättsfall där detta berörts är *Montecatini*<sup>43</sup> samt *Thyssen Stahl*<sup>44</sup>.

I *Montecatini* hade ett av de företag som deltagit i en stor polypropenkartell som bötfällts av Kommissionen överklagat Förstainstansrättens fastställande av beslutet. Företaget ansåg att Förstainstansrätten åsidosatt reglerna om bevisbördans placering, bl a genom att ålägga företaget att ge en annan förklaring till vad de möten som det deltagit i haft för innehåll och genom att anta att de deltagande företagen anslutit sig till samtliga förslag som framförts vid mötena<sup>45</sup>. EG-domstolen ansåg dock att Förstainstansrättens presumtion var korrekt

---

<sup>40</sup> *ICI*, ovan not 8.

<sup>41</sup> *ICI*, ovan not 8, § 66.

<sup>42</sup> Simonsson, I., i not 5 a a.

<sup>43</sup> *Montecatini*, ovan not 34.

<sup>44</sup> Förstainstansrättens beslut av den 11 mars 1999, *Thyssen Stahl AG./Europeiska kommissionen*, T-141/94.

<sup>45</sup> *Montecatini*, ovan not 34, § 173.

eftersom Kommissionen lyckats styrka att företaget deltagit i dessa möten samt att de haft ett konkurrensbegränsande syfte<sup>46</sup>.

I *Thyssen Stahl* kom Förstainstansrätten till samma slutsats. Där gällde det ett överklagat kommissionsbeslut där det aktuella företaget inte bestred sin närvaro vid ett antal möten men tillbakavisade att något konkurrensbegränsande avtal slutits under dessa möten. Dessutom menade företaget att de avtal och samordnande förfaranden som det anklagats för inte hade bevisats i tillräcklig utsträckning<sup>47</sup>. Förstainstansrätten godtog dock inte företagets argument och konstaterade med hänvisning till *Montecatini*:

”Att ett företag har deltagit i möten där konkurrensbegränsande verksamhet har utövats är tillräckligt för att visa att företaget deltagit i denna verksamhet, om det inte finns tecken som tyder på motsatsen.”<sup>48</sup>

Det är intressant att notera att medan EG-domstolen i *Montecatini* ålägger företaget att presentera en annan förklaring vad avser sammanträdenas innehåll för att bryta presumptionen, talar Förstainstansrätten i *Thyssen Stahl* om ”tecken som tyder på motsatsen” för att företaget deltagit i den konkurrensbegränsande verksamheten. Det här innebär alltså att EG-domstolen kräver att det enskilda företaget motbevisar mötenas syfte för att friskriva sig från ansvar medan Förstainstansrätten hänvisar till företagets eget beteende. Ur företagets perspektiv torde det vara enklare att kunna uppvisa tecken som tyder på att det inte deltagit i den konkurrensbegränsande verksamheten än att kunna ge en annan förklaring till mötenas innehåll.

Jag har tidigare under stycket ”Kommentar till *Cement*” gett exempel på de praktiska svårigheter företag kan stå inför och dessa gör sig gällande även här. I *Cement* fastslog EG-domstolen den materiella regeln att det räcker med närvaro vid ett möte där konkurrensbegränsningar beslutats för att företaget skall anses delaktigt. I *Montecatini* och *Thyssen Stahl* gäller frågan däremot om tillämpningen av en presumptionsregel och i båda fallen kom alltså domstolarna fram till att presumptionen var korrekt.

### 3.7.2 Situationen vid möten med oklart syfte

Att, som i *Cement*, de sammanträdande företagen helt öppet deklarerar ett

---

<sup>46</sup> *Montecatini*, ovan not 34, § 181.

<sup>47</sup> *Thyssen Stahl*, ovan not 44, § 174.

<sup>48</sup> *Thyssen Stahl*, ovan not 44, § 177.

konkurrensbegränsande syfte i dagordningen eller protokollet får anses höra till ovanligheterna. De fall där Kommissionen faktiskt lyckas bevisa att ett möte gällt olovliga konkurrensbegränsningar bör därför vara förhållandevis få. Däremot torde antalet fall där Kommissionen kan visa på möten mellan konkurrenter men inte lyckats klarlägga vad som sagts på dessa möten vara desto fler. I dessa fall gäller inte presumtionen beskriven ovan, d v s det räcker inte endast med deltagande i möten med sina konkurrenter för att ett individuellt företag skall presumeras ha deltagit i konkurrensbegränsande verksamheter. Däremot är det en graverande omständighet och i kombination med andra fakta som pekar åt samma håll kan detta vara tillräckligt för att företaget skall tillerkännas ett individuellt ansvar för förbrytelsen. I *PVC II*<sup>49</sup> hade de aktuella företagen deltagit i möten med konkurrenter men syftet med dessa möten lyckades inte Kommissionen utröna. Kommissionen hade emellertid kommit över handlingar som bevisade att företagen sinsemellan avtalat en viss prissättning. Dessa omständigheter tillsammans med deltagandet i möten ansåg Förstainstansrätten vara tillräckligt för att hålla varje enskilt företag ansvarigt för kartellverksamheten.

Det görs alltså ingen presumtion om individuellt deltagande i kartellen om mötessyftet inte kan fastställas. Bevisbördan ligger fortfarande hos Kommissionen att visa ett konkurrensbegränsande beteende hos varje enskilt företag.

### 3.7.3 Presumtion vad gäller efterföljande agerande på marknaden

Simonsson diskuterar också i sin artikel en andra presumtion, nämligen den att information som utbyttts konkurrenter emellan presumeras påverka företagen i deras efterföljande agerande på marknaden. Denna presumtion fastslogs av EG-domstolen i *ANIC* men redan i det tidigare nämnda målet *Hercules* såddes fröet till en sådan presumtion. Där konstaterade nämligen Domstolen att:

”I det aktuella fallet deltog sökanden i sammanträden som hade till syfte att fastställa mål för priser och försäljningsvolymmer.”...”Genom att delta i dessa sammanträden deltog sökanden tillsammans med sina konkurrenter i en samverkan som syftade till att påverka deras beteende på marknaden och att informera om det beteende som var och en av producenterna själv avsåg att iaktta på marknaden. Sökanden eftersträvade således inte endast att i förväg undanröja ovissheten om sina konkurrenters framtida beteende, utan kunde inte heller underlåta att vid bestämmandet av den policy som sökanden avsåg att följa på marknaden ta hänsyn till, direkt eller indirekt, de upplysningar som sökanden erhöll vid dessa sammanträden. Även sökandens konkurrenter måste vid fastställelsen av den policy som de avsåg att följa med nödvändighet ta hänsyn till, direkt eller indirekt, de upplysningar som

---

<sup>49</sup> *PVC II*, ovan not 17.

sökanden lämnade dem om det beteende som sökanden själv hade beslutat sig för eller övervägde att iakttas.”<sup>50</sup>

Domstolen upprepar alltså den nu välbekanta regeln att deltagande i möten där denna typ av information utbyts utgör ett samordnat förfarande. I motiveringen till detta, nämligen att företagen inte kan undgå att påverkas av denna information, finner vi alltså vad som senare i *ANIC* skulle utvecklas till en presumtionsregel. Där formuleras den på följande vis:

”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>51</sup>

Presumtionsregeln innebär alltså att ett företag som deltar i någon form av samordnande med sina konkurrenter och som förblir aktivt på marknaden förutsätts bli påverkat av den utbytta informationen i sitt efterföljande agerande på marknaden. Denna presumtion blir särskilt stark om samordnandet pågått under en längre tid. Det är alltså företagen som måste bryta presumtionen och bevisa motsatsen.

Det har tidigare konstaterats att deltagande i möten med konkurrensbegränsande syfte är tillräckligt för att ett företag skall kunna åläggas ett individuellt ansvar för överträdelser av konkurrensreglerna. I sådana situationer, där det lagvidriga syftet med mötena kan bevisas, blir presumtionsregeln som diskuterats i detta avsnitt betydelslös eftersom det redan föreligger en presumtion om deltagande i en konkurrensöverträdelse. Presumtionen om påverkan av företagets marknadsbeteende blir alltså bara aktuell i situationer där möten mellan konkurrenter där viss information utbyts kan påvisas men där ett konkurrensbegränsande syfte med själva mötet inte kunnat bevisas.

### 3.8 Slutsats

I detta avsnitt har jag försökt visa hur de materiella reglerna och bevisbördereglerorna samverkar vid utredandet av om ett samordnat förfarande ägt rum. Tillämpandet av dessa

---

<sup>50</sup> *SA Hercules Chemicals*, ovan not 25, §§ 259-260.

<sup>51</sup> *ANIC*, ovan not 1, § 121.

regler blir i synnerhet intressant i komplexa situationer i form av långvariga karteller med ett stort antal inblandade företag, eller möten med varierande grad av aktiva deltagare. Här blir den balansgång som omtalades i introduktionen särskilt besvärlig, vilket jag sökt visa vid beskrivandet av de praktiska konsekvenser som kan bli följden av de rättsliga instansernas praxis. I vissa situationer underlättas Kommissionens arbete av presumtioner som i praktiken blir mycket svåra för företagen att bryta. Ett exempel på en sådan situation är när kontakter i form av möten mellan konkurrerande företag förekommit, och syftet med dessa möten visats vara konkurrensbegränsande. I ett sådant fall presumeras samtliga företag som närvarat på mötet även ha deltagit i själva överträdelsen. Detta förutsätter dock att själva överträdelsen består av mötena i sig som hålls i ett konkurrensbegränsande syfte, alldeles oavsett hur företagen senare agerar på marknaden, en förutsättning som inte är helt oproblematiske och som jag i kommande avsnitt skall analysera. Dessutom presumeras företag låta den information som utbyts på dessa möten styra deras framtida marknadsagerande, något som också kommer att diskuteras under det följande avsnittet om kravet på ett orsakssamband mellan samordnandet och förfarandet, samt i avsnittet som diskuterar ett eventuellt krav på att samordnandet lett till en verklig effekt på marknaden.

## 4 Kausalitetsfrågan

### 4.1 Introduktion

När EG-domstolen avkunnade sina domar i den stora polypropenkartellen, presenterade den även en utvecklad definition av begreppet samordnat förfarande. De tre kriterier som Domstolen angav för ett samordnat förfarande är att det skall finnas ett samförstånd mellan företagen, ett agerande på marknaden i enlighet med detta samförstånd samt att det skall finnas en kausalitet mellan samförståndet och agerandet.<sup>52</sup> Fokus för detta avsnitt ligger på det tredje rekvisitet, d v s orsakssambandet. Nedan kommer jag att med utgångspunkt i polypropenkartellen titta närmare på hur Domstolen kom fram till denna definition och hur den därefter tillämpades. Jag kommer även att redogöra för den kritik som domarna i polypropenmålen utsattes för, samt själv kommentera både domsluten och kritiken mot dem.

### 4.2 Kravet på kausalitet

Det nydanande med EG-domstolens definition av ett samordnat förfarande i *ANIC* var framför allt kravet på ett orsakssamband mellan företagens samförstånd och deras efterföljande agerande på marknaden. Tidigare domar angående samordnade förfaranden har ju som nämnts lagt tyngdpunkten vid att undersöka vad själva samförståndet bestått av och huruvida ett parallellt agerande på marknaden kunnat utgöra tillräckliga bevis för samordnandet. Kausalitet kan vara ett abstrakt begrepp och jag skall därför exemplifiera olika situationer för att visa hur kausaliteten kan inverka på bedömningen av företags agerande.

Först och främst kan man tänka sig en situation där ett antal företag inom bilindustrin träffas under regelbundna möten. Under dessa möten utbyter de känslig information om framtida prishöjningar, produktionskvoter o s v. Detta motsvarar alltså det Domstolen kallar själva samförståndet. Sedan avgör företagen sitt framtida marknadsagerande på grundval av de uppgifter som utbyts på mötena, det andra av Domstolens kriterier. Detta agerande är direkt föranlett av vad som skett på mötena, vilket Kommissionen också lyckats visa. I en sådan situation finns det en kausal länk mellan mötena och agerandet och samtliga villkor för ett samordnat förfarande är uppfyllda.

---

<sup>52</sup> *ANIC*, ovan not 1, § 118.

Hur blir då läget när ett eller flera företag bestrider denna kausala länk? Vi tänker oss att samma företag inom bilindustrin träffas några år senare och utbyter samma typ av information. Deras agerande efter mötena präglas av prishöjningar och produktionskvoter. På samma sätt som tidigare är alltså de två första kriterierna för ett samordnat förfarande uppfyllt. Men till skillnad från tidigare hävdar nu företagen att prishöjningarna och produktionskvoterna skett helt oberoende av vad som diskuterats under mötena och att dessa istället föranletts av kraftigt höjda priser på aluminium. Enligt företagen finns det alltså ingen kausalitet. Hur ställer sig EG-rätten till en sådan situation? Kan företag med framgång driva ett sådant försvar? Vilka beviskrav ställs på företagen för att visa att de inte haft någon reell valmöjlighet i deras situation? En närmare titt på de domar som rörde den stora polypropenkartellen ger viss vägledning.<sup>53</sup>

### **4.3 Bakgrund till polypropenmålen**

I början av 1980-talet befann sig polypropenmarknaden i kris p g a alltför många producenter och ett för stort utbud. Några av producenterna vände sig då till Kommissionen för att få tillåtelse att genomföra en s k kriskartell men Kommissionen avslog deras begäran. En gryningsråd genomfördes senare hos tio polypropenproducenter och de dokument som påträffades hos företagen ledde sedan till att Kommissionen tillsatte en utredning. Den 23 april 1986 dömde Kommissionen femton polypropenproducenter att betala ett av de för den tiden högsta bötesbeloppen någonsin<sup>54</sup>. Beslutet motiverades med att dessa producenter under slutet av 1970-talet och början av 1980-talet bildat en kartell som låst priser och produktionskvoter.

### **4.4 Kommissionens beslut**

Kommissionen kom i sin undersökning fram till att producenterna sinsemellan byggt upp ett system med minimipriser och gjort upp om produktionskvoter som delade upp marknaden. Detta system hade genomförts med hjälp av avtal och samordnade förfaranden<sup>55</sup>. Kommissionen gjorde i beslutet gällande att företagen bl a haft regelbundna hemliga möten

---

<sup>53</sup> I polypropenmålen ingick bl a *ANIC, Montecatini, Hüls* samt *Hercules*.

<sup>54</sup> Kommissionens beslut den 23 april 1986, *Polypropen*, O.J. 1986, L 230/1.

<sup>55</sup> *Polypropen* ovan not 54, art. 1.

där deras marknadsagerande diskuterats, att företagen bestämt minimipriser i varje medlemsstat och att de genomfört simultana prishöjningar för att implementera dessa minimipriser. Företagen hade sålunda gjort sig skyldiga till överträdelser av art. 85 (1). För att kunna komma fram till detta beslut stödde sig Kommissionen på en rad förutsättningar varav en av de viktigaste var att det var möjligt att betrakta alla möten, överenskommelser, prishöjningar och övriga ageranden på marknaden såsom en enda överträdelse. Vidare förutsatte Kommissionen att det var möjligt att betrakta denna överträdelse som ett avtal och ett samordnat förfarande<sup>56</sup>, eftersom det system som företagen byggt upp delvis grundades i avtal och delvis i samordnade förfaranden. Slutligen ansåg Kommissionen att varje företag vars deltagande i något moment blivit bevisat, kunde hållas ansvarigt för överträdelserna i sin helhet och alltså inte enbart för dess individuella agerande i det aktuella momentet.

#### 4.5 Överklagandet till Förstainstansrätten

14 av de 15 bötfällda företagen överklagade beslutet till Förstainstansrätten<sup>57</sup>. Rätten hade att ta ställning till om de antaganden som Kommissionen gjort var korrekta, d v s om Kommissionen tolkat art 85(1) EG-fördraget på ett riktigt sätt. Vad som var särskilt intressant var att Rätten för första gången hade att ta ställning till en situation där Kommissionen hade bevisat att ett samordnande förekommit mellan parterna men där frågan gällde till vilken grad Kommissionen måste bevisa implementerandet av samordnandet, d v s agerandet på marknaden. Till skillnad från tidigare fall där begreppet samordnat förfarande diskuterats<sup>58</sup> fanns här inget tydligt ”misstänkt” handlande i form av t ex ett parallellagerande<sup>59</sup>.

De överklagande företagen hävdade dels att Kommissionen misstolkat själva begreppet samordnat förfarande, dels att det inte var möjligt att betrakta samtliga handlingar som en enda överträdelse. Även om det sistnämnda är en intressant fråga har den mindre relevans för diskussionen om kravet på kausalitet och jag kommer därför koncentrera mig på hur Förstainstansrätten och senare EG-domstolen kommenterade begreppet samordnat förfarande. Företagen framhöll att själva termen samordnat förfarande förutsatte dels ett

---

<sup>56</sup> *Polypropene*, ovan not 54, art 87.

<sup>57</sup> dessa överklaganden behandlades vart och ett i separata mål. I fortsättningen görs referens till målet *ANIC* om inte annat anges.

<sup>58</sup> se ex *ICI*, ovan not 8, *A. Åhlström*, ovan not 15.

<sup>59</sup> för detta resonemang se även kommentaren av Wessely, T. till polypropenfallen, *Common Market Law Review*, vol 38, no 3, June 2001, Kluwer Law International, Leiden.



samordnande, dels ett förfarande<sup>60</sup>. Om det, som Kommissionen menade, räckte med ett samordnande utan att detta följts av ett förfarande i form av ett marknadsagerande för att ett företag skulle göra sig skyldig till en överträdelse av art 85(1), skulle detta leda till att ett särskiljande mellan ”avtal” och ”samordnat förfarande” blev meningslöst. Den enda skillnaden mellan de båda begreppen skulle då bestå i att ett avtal uttryckte en gemensam avsikt att genomföra något, medan ett samordnat förfarande uttryckte en ensidig avsikt.

Kommissionen gjorde å sin sida gällande att företagen missuppfattat begreppet samordnat förfarande på så sätt att förfarandet skulle vara likställt med ett marknadsagerande och alltså något objektivt märkbart<sup>61</sup>. Vidare menade Kommissionen att företagens argumentering skulle leda till strängare beviskrav på samordnade förfaranden än för avtal. För avtal räcker det ju med att syftet är konkurrensbegränsande medan någon effekt inte behöver påvisas. Företagens resonemang byggde ju på att det skulle krävas att samordnandet lett till ett påvisbart resultat i form av ett visst handlande på marknaden för att ett samordnat förfarande skulle föreligga. På så sätt skulle hela syftet med att skriva in samordnade förfaranden i art 85(1) förfelas, eftersom begreppet införts just för att söka förhindra samarbeten som inte tagit så pass fast form att ett avtal kunde sägas ha ingåtts. Kommissionen menade att man istället skulle se art 85(1) som innehållandes förbud för två olika typer av samverkan, samverkan genom avtal och samverkan genom samordnat förfarande. För båda dessa former av samverkan var det tillräckligt med att syftet var konkurrensbegränsande för att förbudet skulle ha överträtts. Något krav på ett efterföljande marknadsbeteende kunde alltså inte ställas vare sig för avtal eller samordnade förfaranden.

#### **4.6 Förstainstansrättens dom i ANIC**

Vad gällde frågan om ett samordnat förfarande krävde en efterföljande effekt på marknaden ansåg Förstainstansrätten att någon typ av implementering av samordnandet på marknaden var nödvändigt. Emellertid utgick Rätten ifrån att företagen *oundvikligen* skulle komma att ta hänsyn, direkt eller indirekt, till den information som de fått tillgång till under mötena, när de bestämde deras framtida agerande på marknaden.<sup>62</sup> Alltså utgjorde all form av

---

<sup>60</sup> Förstainstansrättens dom av den 17 december 1991, *Enichem ANIC SpA ./ European Communities Commission*, T-6/89, § 103.

<sup>61</sup> *Enichem ANIC*, ovan not 60, § 195.

<sup>62</sup> *Enichem ANIC*, ovan not 60, § 201.

marknadsagerande ett iscensättande av samordnandet, d v s själva förfarandet. Det är viktigt att notera att Rätten inte nämner något om ett eventuellt orsakssamband mellan samordnandet och förfarandet. För Rätten var det alltså inte relevant att undersöka vilka faktorer som kunde ligga bakom företagens agerande, eftersom det enligt Rätten uteslutande rörde sig om konsekvenserna av den utbytta informationen. Rätten lät alltså Kommissionens beslut stå fast i den delen och ANIC överklagade domen till EG-domstolen.

#### **4.7 Generaladvokatens yttrande i ANIC**

Generaladvokaten refererade i sitt yttrande till den tidigare praxis där det fastslagits att all typ av kontakt mellan konkurrerande parter vars syfte eller effekt är att avslöja den egna partens framtida marknadsagerande är en överträdelse av art 85.<sup>63</sup> Alltså bryter företagen mot konkurrensreglerna så fort de delger varandra hur de tänkt handla i framtiden, eftersom företagen då inte längre självständigt bestämmer deras egen policy på marknaden. Enligt generaladvokaten var det därför korrekt ur både en bokstavs- och syftestolkning av konkurrensreglerna att låta art 85 även omfatta samordnade förfaranden som enbart haft till syfte att påverka konkurrensen.<sup>64</sup> Han ansåg därför att Förstainstansrättens dom borde stå fast. Följden av generaladvokatens resonemang blir att samordnandet i sig utgör själva förfarandet, eftersom det efterföljande förfarandet i form av ett agerande på marknaden blir ointressant så fort samordnandet har ett konkurrensbegränsande syfte. Begreppet samordnat förfarande blir följaktligen en sorts pleonasm.

#### **4.8 EG-domstolens dom i ANIC**

EG-domstolen stod inför uppgiften att ta ställning till inte mindre än fyra olika uppfattningar om begreppet samordnat förfarande. Kommissionen hade intagit ståndpunkten att då det för ett avtal räckte med ett konkurrensbegränsande syfte för att det skulle anses bryta mot art 85 måste samma sak gälla för ett samordnat förfarande, d v s något efterföljande iscensättande av samordnandet var ej nödvändigt. Förstainstansrätten menade att all form av marknadsagerande utgjorde ett iscensättande av samordnandet, d v s själva förfarandet. Någon form av agerande på marknaden måste förekomma men eftersom det är omöjligt för företagen

---

<sup>63</sup> *Suiker Unie* ovan not 6, § 174.

<sup>64</sup> *ANIC*, ovan not 1, § 25-26.

att inte ta hänsyn till sitt samordnande blir den oundvikliga konsekvensen förfarandet. Generaladvokaten var inne på samma linje men gick t o m ett steg längre i det att han ansåg att förfarandet var inneboende i samordnandet så att de båda elementen var oskiljaktiga och därmed ett och samma. Företagen slutligen var av den uppfattningen att det rörde sig om två skilda moment som tillsammans utgjorde en överträdelse; först och främst måste parterna ha utbytt information och därefter måste de ha låtit denna information styra deras efterföljande marknadsagerande.

EG-domstolen gick dock emot alla fyra uppfattningar när den fastslog den nu välkända definitionen av ett samordnat förfarande:

”Därav följer för det första att begreppet samordnat förfarande, såsom framgår av ordalydelsen av artikel 85.1 i fördraget, förutom samförstånd mellan företagen även förutsätter ett beteende på marknaden som svarar mot detta samförstånd och ett orsakssamband mellan dessa båda rekvisit. Förstainstansrätten har således gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning vad avser tolkningen av begreppet samordnat förfarande när den ansåg att samförståndet med nödvändighet hade följder för de företag som deltagit i detsamma.”<sup>65</sup>

Detta skulle kunna tolkas som ett stöd för hur ANIC och övriga företag argumenterat, nämligen att det krävs både ett samordnande *och* ett beteende på marknaden *och* att Kommissionen måste kunna visa att det var just samordnandet som förorsakade beteendet. I nästföljande paragrafer uttalar emellertid Domstolen den tidigare nämnda presumtionsregeln som betydligt underlättar för Kommissionen att visa detta orsakssamband:

”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>66</sup>

Men hade inte redan Förstainstansrätten fastslagit en liknande presumtionsregel, då den ansåg att företagen oundvikligen skulle komma att ta hänsyn till den information de fått tillgång till under mötena vid bestämmandet av sitt framtida marknadsagerande?<sup>67</sup> Detta var dock ingen presumtionsregel eftersom Rätten använde termen ”oundvikligen”, utan snarare ett ovillkorligt handelsmönster som företagen skulle komma att följa. Till skillnad från Förstainstansrätten ger EG-domstolen företagen möjligheten att bryta presumptionen genom att

---

<sup>65</sup> ANIC, ovan not 1, §§ 118-119.

<sup>66</sup> ANIC, ovan not 1, § 121.

<sup>67</sup> se s 21-22 ovan.

visa att deras agerande inte var påverkat av de möten och kontakter de haft med sina konkurrenter, utan hade sin grund i andra orsaker.

#### 4.9 Kommentar till ANIC

Hur svårt är det då att bryta denna presumtion? ANIC hade till sitt försvar hävdade att företagets prissättning alltid skett oberoende av kontakter med konkurrenter och att det parallellagerande som uppstått på marknaden var en normal konsekvens av råvaruprishöjningar på en oligopol marknad.<sup>68</sup> EG-domstolen förhöll sig dock kallsinnig till deras argument och menade att detta enbart skulle kunna visa att företaget inte genomfört de prissättningar som diskuterats på mötena. Detta var heller inte nödvändigt för att företaget skulle ha begått en överträdelse av reglerna i art 85(1). Eftersom det redan konstaterats att mötena hade ett konkurrensbegränsande *syfte* var det irrelevant huruvida ett implementerande så småningom skett av dessa konkurrensbegränsningar. Enligt Domstolen måste ett brytande av presumtionen innebära att ANIC lyckas visa att företagets följande marknadsagerande beslutats oberoende av dess deltagande i mötena.<sup>69</sup> Som ovan nämnts blir alltså presumtionsregeln endast möjlig att bryta när det inte går att bevisa att kontakterna mellan företagen haft ett konkurrensbegränsande syfte. Så fort ett olovligt syfte kunnat fastställas saknar företagen all möjlighet att rentvå sig. Men hur väl stämmer detta med Domstolens definition på ett samordnat förfarande? De tre led som Domstolen kräver, blir till ett enda när ett otillbörligt syfte kunnat fastställas eftersom det då räcker med enbart ett samordnande, och följaktligen saknar orsakssambandet all relevans här. Jag kommer vidareutveckla diskussionen om hur förekomsten av ett olovligt syfte inskränker företagets möjligheter att exculpera sig under avsnittet om kravet på effekt.

#### 4.10 Montecatini

Vi lämnar nu fallet ANIC för att titta närmare på ett annat av de i polypropenkartellen inblandade företagen, nämligen Montecatini. Detta företag hävdade nämligen i sitt överklagande av Kommissionens beslut att Kommissionen inte tagit hänsyn till de alternativa

---

<sup>68</sup> ANIC, ovan not 1, § 127.

<sup>69</sup> ANIC, ovan not 1, § 128.

förklaringar till företagets agerande som det presenterat och bestred därmed orsakssambandet mellan samordnandet och förfarandet. Montecatini menade bl a att branschförhållanden och den ekonomiska kontexten i form av den kris som polypropenbranschen befann sig i, skulle kunna förklara parallellagerandet i form av identiska prisdirektiv. Detta avfärdades dock av Förstainstansrätten. De likartade åtstramningar som alla producenter tvingats till på grund av krissituationen kunde inte förklara de identiska prisdirektiven, då dessa åtstramningar endast gällde vissa faktorer i produktionen. De påverkade ju inte allmänna omkostnader, lönekostnader, skatter o s v. Därför hade företagen varierande lönsamhetsströklar och påverkades sålunda olika av eventuella åtstramningar enligt Förstainstansrätten.<sup>70</sup>

#### 4.11 EG-domstolens dom i Montecatini

I sitt överklagande till EG-domstolen vidareutvecklade Montecatini sitt argument angående de konkurrenspåverkande omständigheter som företaget inte kunde råda över men kopplade det nu tydligare till frågan om kausalitet. Montecatini gjorde nämligen gällande att Förstainstansrätten i de ovan refererade paragraferna godtyckligt presumerat ett orsakssamband mellan två på varandra följande händelser.<sup>71</sup> Enligt företaget hade alltså ingen egentlig prövning av kausaliteten skett. För att en kausalitet skulle föreligga, måste det kunna visas att sammanträdena lett till att företagen agerat på ett annat sätt än vad de skulle gjort om dessa sammanträden aldrig ägt rum. Montecatini menade att de ekonomiska förluster som drabbat samtliga producenter inom branschen lämnade föga utrymme för dem att handla på annat sätt än att söka minska dessa förluster, eller som företaget uttryckte det lite underfundigt: ”När alla skeppsbrutna simmar i riktning mot land är detta inte uttryck för ett samförstånd utan den naturliga överlevnadsinstinkten.”<sup>72</sup>

Montecatini ansåg dessutom att Förstainstansrätten gått emot den princip som fastslagits i fallet *Tournier*<sup>73</sup>, nämligen att i valet mellan två alternativa förklaringar till företagets agerande bör man ge företräde åt den förklaring som kan rättfärdiga beteendet.<sup>74</sup> Enligt Montecatini hörde det till branschpraxis på oligopola marknader att producenterna regelbundet angav sina priser i förväg, eftersom deras kunder måste kunna planera sina

---

<sup>70</sup> Förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992, *Montedipe SpA ./Europeiska gemenskapernas kommission*, T-14/89, § 133.

<sup>71</sup> *Montecatini*, ovan not 34, § 140.

<sup>72</sup> *Montecatini*, ovan not 34, § 140.

<sup>73</sup> Domstolens dom den 13 juli 1989, *Brottmål mot Jean-Louis Tournier*, C-395/87.

<sup>74</sup> *Montecatini*, ovan not 34, § 145.

beställningar lång tid i förväg. Denna alternativa förklaring var ju ägnad att rentvå företagets handlande och skulle därför ges företräde.

EG-domstolen godtog dock inte företagets argument i dessa frågor. Vad gällde argumentet om att företagen på grund av den ekonomiska krisen varit tvungna att handla på det sätt de gjort, oberoende av deras eventuella samordnande, uttalade Domstolen:

”Vad avser den del där Monte kritiserar förstainstansrätten för att den inte beaktat att företagen med nödvändighet var tvungna att vidta de åtgärder som de klandras för, finner domstolen att även om det inte kan uteslutas att det kan förekomma tvingande omständigheter som gör att ett beteende som annars skulle anses strida mot artikel 85.1 i fördraget kan anses tillåtet, kan en sådan situation inte anses föreligga endast av det skälet att den berörde är tvungen att försöka undgå en ekonomisk förlust.”<sup>75</sup>

Montecatinis påstående om att Förstainstansrätten frångått principen fastslagen i fallet Tournier avfärdade EG-domstolen genom att påpeka att Tournier saknade relevans eftersom Kommissionen enligt Förstainstansrättens bedömning lyckats styrka att överläggningar med konkurrensbegränsande syfte pågått mellan företagen.<sup>76</sup> Montecatini hade således ingen framgång med sitt argument rörande brister i kausaliteten, och EG-domstolen lät Förstainstansrättens dom stå fast.

#### **4.12 Kommentar till Montecatini**

Som framgår ur ovan citerade paragraf behandlar EG-domstolen Montecatinis påstående om bristande kausalitet ytterst knapphändigt. Domstolen delar upp frågan i två moment. Det första momentet gäller Montecatinis ifrågasättande av Förstainstansrättens bedömning att det ekonomiska sammanhanget inte kunde förklara varför producenternas prisinstruktioner överensstämde dels med varandra, dels med vad som överenskommits på sammanträdena. Detta ifrågasättande lämnade Domstolen därhän eftersom det rörde bevisvärdering, vilket inte kan överprövas i EG-domstolen.<sup>77 78</sup>

Det andra momentet gäller påståendet att Förstainstansrätten inte beaktat de tvingande omständigheter som företaget befann sig i. Montecatini använde sig i sitt överklagande till EG-domstolen av argumentet att företaget var tvingat till att agera på ett visst sätt på grund av de ekonomiska förhållandena på marknaden. Marknadsagerandet var

---

<sup>75</sup> Montecatini, ovan not 34, § 143.

<sup>76</sup> Montecatini, ovan not 34, § 147.

<sup>77</sup> Montecatini, ovan not 34, § 142.

<sup>78</sup> ovan s 4 under ”Proceduren” samt därtill hörande not 5.

alltså inte grundat i samordnandet med övriga polypropenproducenter, utan hade sin förklaring i risken för stora förluster. Det är intressant att notera hur Domstolen behandlar detta relevanta ifrågasättande av kausaliteten. Domstolen nämner överhuvudtaget inte kausaliteten, utan avfärdar Montecatini's argument med att det visserligen kan förekomma situationer där ett handlande som annars skulle anses förbjudet kan vara tillåtet, men att en ekonomisk krissituation inte hör till dessa.<sup>79</sup> Det innebär att Domstolen lämnar en viktig fråga obesvarad, nämligen om ett företag med framgång kan argumentera att andra orsaker framkallat det beteende som det står åtalad för.

Hur bör då EG-domstolen ställa sig till denna fråga? Enligt författarens mening är orsakssambandet lika viktigt att utreda i ett mål om samordnat förfarande som utredandet av de övriga två rekvisiten, nämligen samordnandet och förfarandet. Den presumptionsregel som Domstolen fastslår, att företag i sitt framtida agerande presumeras ta hänsyn till information som utbyttts konkurrenser emellan, är emellertid helt naturlig. Ett företags beslut skall ju grundas på all information som finns tillgänglig vid beslutstidpunkten. Men denna presumtion av orsakssambandet måste vara möjlig att bryta, annars finns ju ingen mening med att Domstolen ställer upp kausaliteten som ett rekvisit. Applicerat på *Montecatini* hade Kommissionen lyckats bevisa att företaget deltagit i möten där viss information utbyttts. Mycket riktigt placeras då bevisbördan på Montecatini att visa att dess marknadsagerande varit påverkat av vad som skett på mötena. Det är detta företaget söker göra genom att hänvisa till den ekonomiska kris som rådde på polypropenmarknaden. Men ett brytande av presumtionen riskerar att bli en omöjlig uppgift, eftersom företaget måste bevisa något de *inte* har gjort. Då det är omöjligt att visa att man inte tagit hänsyn till viss information vid ett beslutsfattande, bör det avgörande för företaget bli att lyckas visa att den *huvudsakliga* orsaken till varför företaget agerade på ett visst sätt var en annan än kontakterna med konkurrenterna, d v s att företaget skulle ha agerat på detta sätt oberoende av om kontakterna skett eller ej. När, som i *Montecatini*, företaget för fram en alternativ orsaksgrund till sitt agerande, bör de dömande instanserna utreda om denna alternativa orsaksgrund är en godtagbar förklaring till vad som skett, och om den därmed kan bryta presumtionen att det är samordnandet som varit orsak till förfarandet.

---

<sup>79</sup>Montecatini, ovan not 34, § 143.

#### 4.13 Polypropenmålen i doktrin

I sin utförliga kommentar till polypropenmålen uttrycker Thomas W. Wessely oro inför vad han ser som en utveckling mot att de tre olikartade överträdelser som räknas upp i art 81(1) sammanförs till en enda, nämligen samverkan.<sup>80</sup> Han anser att en sådan utveckling skulle medföra allvarliga brister i rättssäkerheten och en heterogen rättspraxis eftersom begreppet samverkan är så luddigt. Wessely vill hellre se att de dömande instanserna upprätthåller den åtskillnad som görs mellan de olika formerna av samarbete. Enligt honom bör ett avtal föreligga när den kontakt som tagits mellan företagen innehållit ett uttryck för deras gemensamma vilja att handla på ett visst sätt, medan ett samordnat förfarande är för handen när någon sådan gemensam vilja inte förmedlats men den information som utbyts via kontakterna används i syftet att agera parallellt och begränsande på marknaden.<sup>81</sup> Ett sådant särskiljande har enligt Wessely den stora fördelen att tydligt avgränsa vad för slags agerande som skall utgöra en överträdelse av art 81(1).

Artikelförfattarens slutsats blir att ett samordnat förfarande måste bestå av tre moment som Kommissionen måste fastslå, nämligen

- förekomsten av ett parallellt och begränsande handlande som
- föregicks av ett utbyte av den aktuella informationen mellan de berörda företagen, samt
- ett orsakssamband där emellan.

Detta orsakssamband bör dock vara föremål för en presumtion som är möjlig att motbevisa. Wessely ger som exempel på ett fall där ett sådant samband saknas en situation där producenterna av en viss vara utbyter informationen att deras råvarukostnader inte ger utrymme för några prissänkningar. Priset på varan ligger följaktligen stilla under de närmaste månaderna. Men på grund av de rådande marknadsförhållandena skulle några prissänkningar ändå inte blivit aktuella, oberoende av producenternas samordnande. I en sådan situation brister alltså kausaliteten och ett samordnat förfarande är inte för handen eftersom inte alla tre kriterier är uppfyllda.

---

<sup>80</sup> för hela stycket se Wessely, T., i not 59 a a, s 759.



#### 4.14 Kommentar

Mot Wesselys argument kan man för det första invända att EG-domstolens dom inte alls går mot ett sammanförande av de olika överträdelsena i art 81(1). Tvärtom fastslår Domstolen faktiskt för första gången tre tydliga rekvisit som måste uppfyllas för att ett samordnat förfarande skall vara för handen. Även bevisläget blir klarare genom att Domstolen inför regeln att företag presumeras ta hänsyn till utbytt information i sitt marknadsagerande. För det andra kan hävdas att överträdelsena av art 81(1) ändå leder till samma resultat, nämligen bötfällning av företagen. När det dessutom ligger i överträdelsernas natur att det inte finns vattentäta skott dem emellan, är det då inte onödigt formellt att söka särskilja dem med exakta beskrivningar av ett handlande som inte alltid låter sig beskrivas exakt?

Svaret på den frågan är, enligt min mening, nej. Jag anser att Wesselys oro är befogad. Det är mycket viktigt att hålla isär de olika typer av överträdelser i art 81(1) just därför att det ofta handlar om mycket komplexa handlingsmönster med många inblandade parter. Det blir då särskilt angeläget att företagen kan förutse vilken typ av agerande från deras sida som kan resultera i en överträdelse av konkurrensreglerna. För övrigt ledde inte Domstolens kriterier till en tydligare tillämpning eftersom Domstolen i sina domskäl inte tydligt definierar vad i företagets agerande som utgjort själva samordnandet respektive det följande förfarandet på marknaden. Tvärtom har Domstolen, som Wessely också påpekar i sin artikel<sup>82</sup>, genom sin presumtion att företag i sitt marknadsagerande tar hänsyn till samordnandet, eliminerat den synliga, objektiva delen av begreppet samordnat förfarande, vilket även kommer att diskuteras under avsnittet om effekt nedan.

#### 4.15 Slutsats

När EG-domstolen i *ANIC* fastslår de tre klara rekvisiten för ett samordnat förfarande öppnar Domstolen i teorin dörren för en tydligare och mer enhetlig rättspraxis runt ett av den EG-rättsliga konkurrensrättens mest svårdefinierade begrepp. Dessvärre följs inte dessa tre rekvisit av en lika tydlig tillämpning av dem i de efterföljande paragraferna i fallet. Den presumptionsregel som presenteras i *ANIC* bidrar inte till klarheten eftersom den innebär att

---

<sup>81</sup> Den tredje formen av samarbete som förbjuds i art 81(1), beslut av företagssammanslutningar, lämnas åt sidan av Wessely

<sup>82</sup> Wessely, T., i not 59 a a, s 764.

Kommissionen kan utgå ifrån att företagets samtliga aktioner på marknaden är just det förfarande genom vilket samordnandet implementeras. Presumtionen gäller alltså själva orsakssambandet, även om detta inte uttrycks särskilt tydligt. Domen i *Montecatini* visar att det är mycket svårt för företagen att bryta denna presumtion. Hittills har till författarens kännedom inget mål avgjorts där ett företag lyckats bryta denna presumtion och visat att företagets agerande var helt oberoende av de eventuella kontakter som tagits konkurrenterna emellan. Det återstår att se om EG-domstolen kommer tillerkänna det tredje rekvisitet, d v s kravet på ett orsakssamband, samma betydelse som de övriga rekvisiten och inte låta en teoretisk presumtion bli en praktisk tvingande regel.

## 5 Effektfrågan

### 5.1 Introduktion

De omfattande polypropenmålen aktualiserar även en gammal debatt om huruvida en påvisbar effekt krävs för att ett samordnat förfarande skall vara för handen. Denna debatt går tillbaka till tiden för det första fallet av betydelse för begreppet samordnat förfarande, nämligen *Dyestuffs* från början av 1970-talet.<sup>83</sup> Debatten gäller alltså om ett samordnat förfarande förutsätter ett subjektivt element i form av ett samordnande och ett objektivt element i form av ett påtagligt agerande. För att illustrera frågan med ett exempel kan vi tänka oss en situation med fyra grönsakshandlare på Hötorget som träffas och utbyter framtida marknadsstrategier. Detta samordnande ger dock ingen konkurrensbegränsande effekt på grönsakshandeln på torget, eftersom övriga tjugo grönsakshandlare fortsätter att konkurrera friskt med varandra. Denna situation är alltså ett exempel på när en effekt på marknaden knappast ens är möjlig. Man kan också tänka sig en situation där tjugo grönsakshandlare utbyter information och där alltså en begränsande effekt är möjlig, men där konkurrensen ändå förblir opåverkad på grund av att handlarna ansett ett konkurrensagerande som mer fördelaktigt än samverkan. Vi har redan konstaterat att kontakter med ett konkurrensbegränsande syfte räcker för att utgöra en överträdelse av art 81(1), men även om effektfrågan inbegriper syftediskussionen går frågan utöver denna diskussion och jag anser att den förtjänar ett eget avsnitt. Jag kommer att diskutera frågan utifrån de rättsfall där frågan diskuterats, samt utifrån den diskussion som uppstått efter domsluten.

### 5.2 Dyestuffs

Det är vid det här laget ett välkänt faktum för läsaren att fallet *Dyestuffs* var det första att närmare granska begreppet samordnat förfarande.<sup>84</sup> Bakgrunden till målet var följande: Efter att ett antal allmänna och enhetliga prishöjningar inträffat på marknaden för färgmedel inom cirka tre års tid, uppstod frågan om ett samordnat förfarande förekommit mellan producenterna. Kommissionen tillsatte en utredning som utmynnade i ett bötfällande av färgmedelsproducenterna för att ha deltagit i ett samordnat förfarande. Producenterna

---

<sup>83</sup> *ICI*, ovan not 8.

<sup>84</sup> *ICI*, ovan not 8.

överklagade till EG-domstolen och kritiserade bl a Kommissionen för att inte ha analyserat marknaden för att ta ställning till om de parallella prisannonseringar som producenterna gjort faktiskt var en naturlig del av det oligopol som kännetecknade färgämnesmarknaden.

Generaladvokat A.G. Mayras tog redan här en tydlig ställning till effektproblematiken i sitt yttrande.<sup>85</sup> Enligt honom måste ett samordnat förfarande innehålla ett objektivt element, nämligen att företagen måste ha agerat på samma sätt som de kommit överens om. Det är en av skillnaderna i definition mellan samordnade förfaranden och avtal. Därför kan man inte särskilja ett samordnat förfarande från den reella effekt som samordnandet har på den aktuella marknaden.

EG-domstolen inledde med att definiera samordnade förfaranden på följande breda sätt:

”...en form av samordning mellan företag som utan att det har lett fram till att det ingåtts ett egentligt avtal medvetet ersätter den fria konkurrensens risker med ett praktiskt inbördes samarbete.”<sup>86</sup>

Vad gäller betydelsen av att ett parallellagerande konstaterats på marknaden, menade Domstolen att ett parallellagerande *i sig* inte kunde identifieras med ett samordnat förfarande. Däremot kunde det utgöra ett starkt indicium för att ett samordnande förekommit, om agerandet lett till marknadsförhållanden som inte kunde betraktas som normala.<sup>87</sup> Sedan undersökte Domstolen färgämnesmarknaden vilket ledde till ett konstaterande att de nationella marknaderna var oligopolistiska. Men detta kunde dock inte ursäkta de parallella prisannonseringar som företagen genomfört. Domstolen menade att:

”Genom dessa tillkännagivandena i förväg undanröjde de olika företagen all inbördes osäkerhet rörande sitt uppträdande i framtiden och därmed en stor del av den normala risk som är förenad med varje självständig förändring av ett uppträdande på en eller flera marknader.”<sup>88</sup>

EG-domstolen fastslog därmed att producenterna hade gjort sig skyldiga till överträdelser av art 85(1), genom att ha deltagit i samordnade förfaranden i form av prisannonseringar.

---

<sup>85</sup> *ICI*, ovan not 8, generaladvokatens yttrande

<sup>86</sup> *ICI*, ovan not 8, § 64.

<sup>87</sup> *ICI*, ovan not 8, § 66.

<sup>88</sup> *ICI*, ovan not 8, § 101.

### 5.3 Den efterföljande debatten

EG-domstolens dom i *Dyestuffs* kom att kritiseras från flera håll.<sup>89</sup> En av de mest kritiska rösterna tillhörde René Joliet, som så småningom kom att sitta med i EG-domstolen och döma i ett annat mycket betydelsefullt mål, nämligen *Woodpulp*. Joliet skrev redan 1974, alltså två år efter domen i *Dyestuffs*, en artikel där han gav en egen definition av samordnade förfaranden.<sup>90</sup> Enligt Joliet hade EG-domstolen blandat ihop själva bevisfrågan med den substantiella definitionen av ett samordnat förfarande.<sup>91</sup> De prisannonseringar som gjorts var normalt förekommande på marknader med obegränsad konkurrens och de var inte av det slag att de kunde undanröja oförutsägbarheten hos konkurrenternas beteende. Joliet kritiserade Domstolen för att se de parallella annonseringarna som exempel på själva samordnandet, i stället för att betrakta dem som indicier på att ett samordnande skett företagen emellan.<sup>92</sup> På det sättet riskerade Domstolen att definiera prisannonseringar i sig som samordnade förfaranden. Joliet kritiserade även generaladvokaten i *Dyestuffs* för att han, liksom Domstolen, förband begreppet samordnat förfarande med en viss ekonomisk effekt på marknaden och därmed blandade ihop definitionsfrågan med bevisfrågan. Joliet definierade själv ett samordnat förfarande som en ömsesidig kommunikation mellan konkurrenter som syftar till att påverka det framtida agerandet och som får till följd att minska eller helt undanröja den sedvanliga osäkerheten om konkurrenternas beteende på marknaden.<sup>93</sup> Enligt Joliet kunde det alltså inte krävas att samordnandet satts i funktion eller fått någon ekonomisk effekt på marknaden:

”L’article 85 permettant à la Commission de s’attaquer à une pratique concertée qui a pour objet (c’est-à-dire pour objectif) de restreindre la concurrence, il n’est pas requis que la concertation ait été mise en œuvre et qu’elle ait produit des effets anticoncurrentiels: il suffit qu’elle soit de nature à les produire.”<sup>94</sup>

Alltså kunde själva definitionen på ett samordnat förfarande enligt Joliet helt fränkopplas den reella effekt som samordnandet har på konkurrensvillkoren, det är tillräckligt

---

<sup>89</sup> van Gerven, G. & Navarro-Varona, E., *The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices*, CMLR, vol. 31 June 1994 no 3, Kluwer Academic Publishers, Leiden, s 589 och där tillhörande not 28.

<sup>90</sup> Joliet, R., *La notion de pratique concertée et l’arrêt I.C.I. dans une perspective comparative*, Cahiers de droit européen, 1974, no 3-4, Maison Ferdinand Larcier S.A., Bryssel.

<sup>91</sup> Joliet, R., i not 90 a a, s 268.

<sup>92</sup> Joliet, R., i not 90 a a, s 269.

<sup>93</sup> Joliet, R., i not 90 a a, s 271 samt s 285.

<sup>94</sup> Joliet, R., i not 90 a a, s 271.

att samordnandet *skulle kunna ha* konkurrensbegränsande effekter. Det var emellertid inte EG-domstolens definition av samordnade förfaranden i *Dyestuffs* som Joliet vände den största delen av sin kritik mot, utan snarare det faktum att Domstolen så lättvindigt konstaterade att företagen genom prisannonseringarna gjort sig skyldiga till ett förbjudet samordnat förfarande, utan att närmare ha analyserat de ekonomiska villkor som rådde på marknaden och utan andra bevis på ett samordnande än just företagets agerande.<sup>95</sup> På så sätt blev prisannonseringarna både bevis för, och exempel på samordnandet.

Sammanfattningsvis är det enligt Joliet alltså tillräckligt med att en konkurrensbegränsande effekt skulle kunna bli följd av det samordnande som företagen ägnat sig åt för att de skall ha gjort sig skyldiga till ett otillåtet samordnat förfarande. Joliet ansåg emellertid att en ordentlig utredning måste göras av de ekonomiska villkor som råder på den aktuella marknaden och varnade för ett konstaterande av ett samordnat förfarande grundat enbart på hur företagen betett sig på marknaden, eftersom detta leder till en sammankoppling av ett samordnat förfarande med en påvisbar effekt. Joliets artikel utgör ett av de första inläggen i en debatt som pågått i snart 30 år angående effektkravet vid definitionen av samordnade förfaranden. Debatten tog en ny vändning i o m domen i *Woodpulp* som blir nästa rättsfall vi skall titta närmare på.

## 5.4 Woodpulp

Som många av tidigare refererade rättsfall gällde *Woodpulp* en mycket omfattande kartell, denna gång inom pappersmasseindustrin. Kommissionen bötfällde 43 pappersmasseproducenter för att bl a ha samordnat sina prisnivåer genom ett utbyte av information samt genom simultiga prisannonseringar.<sup>96</sup> Kommissionen lade inte enbart fram skriftliga bevis i form av telexmeddelanden och mötesanteckningar, utan pekade även på att de närmast simultiga prisannonseringar som skett kvartalsvis knappast varit möjliga utan ett ständigt informationsutbyte producenterna emellan. Dessutom menade Kommissionen att prisannonseringarna i sig innebar ett informationsutbyte om företagets framtida marknadsagerande.<sup>97</sup>

De flesta producenter överklagade beslutet till EG-domstolen och argumenterade

---

<sup>95</sup> Joliet, R., i not 90 a a, s 272 samt van Gerven, G. & Navarro-Varona, E., i not 89 a a, s 590.

<sup>96</sup> Kommissionens beslut den 19 december 1984, *Woodpulp*, O.J. 1985, L 85/1

<sup>97</sup> A. Åhlström, ovan not 15, § 108. Se även van Gerven, G. & Navarro-Varona, E., i not 89 a a, s 582.

att det parallella agerandet i form av samtida prisannonseringar var ett resultat av den oligopola pappersmassemarknaden. Domstolen, med René Joliet som refererande domare, upphävde i sin dom stora delar av Kommissionens beslut.<sup>98</sup> Domstolen inledde med att förkasta Kommissionens ståndpunkt att de kvartalsvisa prisannonseringarna *i sig* utgjorde överträdelser av art 85(1) i form av samordnade förfaranden:

”I det här fallet är meddelandena en följd av de prisaviseringar som sänts ut till avnämarna. De utgör i sig en åtgärd på marknaden som inte är av den arten att den minskar osäkerheten hos de enskilda företagen om vilken hållning konkurrenterna kommer att inta.”  
”...Systemet med kvartalsvisa prisaviseringar på pappersmassemarknaden kan följaktligen inte i sig betraktas som en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget.”<sup>99</sup>

Vad gällde Kommissionens slutsats att systemet med prisaviseringar utgjorde ett bevis för att producenterna deltagit i ett samordnat förfarande, uttalade Domstolen:

”Med avseende på bedömningen av dessa olika faktorerers bevisvärde måste det erinras om att ett parallellt beteende endast kan anses som bevis på samordning, om samordningen är den enda rimliga förklaringen till ett sådant beteende. Det är viktigt att ta hänsyn till att artikel 85 i fördraget, även om den förbjuder allt hemligt samförstånd som kan snedvrída konkurrensen, inte utesluter rätten för företagarna att på ett intelligent sätt anpassa sig till sina konkurrenters konstaterade eller förväntade beteende.”<sup>100</sup>

Efter en detaljerad genomgång av pappersmassemarknaden kom Domstolen så småningom fram till att samordning inte var den enda rimliga förklaringen till producenternas parallella beteende, och i brist på en samling tungt vägande, exakta och samstämmiga bevis fastslog Domstolen att Kommissionen inte lyckats bevisa att ett samordnat förfarande förekommit. Därför ogiltigförklarades Kommissionens beslut i den delen.<sup>101</sup>

## 5.5 Domens betydelse i effektfrågan

I artikeln *The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices* ställer sig författarna frågan om en effekt i form av ett parallellagerande på marknaden är ett tillräckligt eller nödvändigt villkor för att ett samordnat förfarande skall föreligga.<sup>102</sup> En av de viktigaste konsekvenserna av *Woodpulp* var att EG-domstolen fastslog att prisannonseringar *i sig* inte kan utgöra ett samordnat förfarande, där man alltså följde den uppfattning René Joliet gett

---

<sup>98</sup> A. Åhlström, ovan not 15.

<sup>99</sup> A. Åhlström, ovan not 15, §§ 64-65.

<sup>100</sup> A. Åhlström, ovan not 15, § 71.

<sup>101</sup> A. Åhlström, ovan not 15, §§ 126-127.

<sup>102</sup> van Gerven, G. & Navarro-Varona, E., i not 89 a a, s 592.

uttryck för i sin artikel. Orsaken till detta var att Domstolen inte ansåg att dessa prisannonseringar ledde till en minskad osäkerhet om konkurrenternas framtida beteende.<sup>103</sup>

Vad gäller frågan om ett parallellagerande utgör ett nödvändigt villkor är vi här inne på kärnfrågan för hela detta avsnitt, nämligen huruvida man kan kräva att samordnandet resulterat i en effekt på marknaden. Som tidigare nämnts ansåg René Joliet i sin artikel att det räckte med att samordnandet var av en sådan natur att det skulle kunna producera effekter på marknaden. I sin roll som domare i *Woodpulp* uttalade dock varken han eller någon annan ledamot av Domstolen något nytt om själva definitionen av samordnade förfaranden. Däremot uttalade sig generaladvokaten i *Woodpulp* på följande sätt angående ett eventuellt krav på ett objektivi rekvisit:

”If parallel conduct is included within the concept of concerted practices as 'objective criterion', how can the prohibition in Article 85(1) extend to types of concertation which, albeit not implemented, nevertheless pursued a restrictive object? Accordingly, to take the view that *de facto* identical conduct forms part of the concept of concerted practices would lead to a particularly restrictive conception of the Treaty, which is contrary to the scheme of Article 85(1).”<sup>104</sup>

Detta uttalande kom sedan att direkt refereras till av generaladvokaten i *ANIC* vilket är nästa fall vi skall studera ur en effekt-synvinkel.

## 5.6 Polypropenfallen

De rättsliga efterspelen till den stora polypropenkartellen i slutet av 1970-talet har redan redogjorts för ovan, under avsnittet ”Kausalitetsfrågan”<sup>105</sup>, men denna gång låter jag domarna utgöra en bakgrund till frågan om kravet på en effekt vid samordnade förfaranden.

Som vi har sett tidigare anslöt sig både Kommissionen och Förstainstansrätten i huvudsak till den linje som Joliet presenterat i sin artikel 1974 och som längre fram präglade EG-domstolens dom i *Woodpulp*. Med vissa variationer grundade sig Kommissionens och Förstainstansrättens ställningstaganden i polypropenmålen i att de möten mellan konkurrenterna där ett eventuellt samordnande diskuterats redan i sig utgjorde överträdelser av konkurrensbestämmelserna, då de hade till syfte att begränsa konkurrensen på marknaden.

Vid första anblick kan EG-domstolens dom verka vara av den motsatta uppfattningen. Förstainstansrätten bedömdes ha begått en felaktig rättstillämpning när den

---

<sup>103</sup> A. Åhlström, ovan not 15, § 64.

<sup>104</sup> A. Åhlström, ovan not 15, I-1489

<sup>105</sup> ovan s 19-26.



tolkade begreppet samordnat förfarande på så sätt att samordnandet nödvändigtvis måste fått en effekt på de deltagande företagens efterföljande beteende. Istället fastslog Domstolen att ett samordnat förfarande består av två olika moment, det subjektiva samordnandet och det efterföljande förfarandet i form av ett marknadsagerande.<sup>106</sup> Vad som ser ut som införandet av ett krav på en efterföljande effekt villkorades dock av två mycket viktiga reservationer. För det första följde Domstolen Förstainstansrätten och Kommissionens linje om att ett konkurrensbegränsande syfte är tillräckligt för att samordnandet skall innebära en överträdelse redan under själva ”samordningsstadiet”. Här menade Domstolen att man inte skall förväxla agerandet (som enligt Domstolen utgör ett moment i det samordnade förfarandet) och en eventuell effekt:

”Även om begreppet samordnat förfarande förutsätter att de deltagande företagen beter sig på ett visst sätt på marknaden, så innebär detta inte nödvändigtvis att detta beteende har som konkret verkan att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen.”<sup>107</sup>

För det andra införde ju Domstolen den välkända presumtionsregeln, enligt vilken företagens beteende presumeras ha påverkats av själva samordnandet.<sup>108</sup>

## 5.7 Domarnas betydelse i effektfrågan

Wessely beskriver i sin artikel hur det praktiska resultatet av domarna i polypropenfallen blir att Kommissionen i framtiden endast behöver bevisa att ett samordnande ägt rum, inte dess eventuella konsekvenser på marknaden.<sup>109</sup> Enligt Wessely har den ståndpunkt som generaladvokaten ger uttryck för i sitt yttrande i polypropenfallen sin utgångspunkt i en sammanblandning av marknadsagerandet med den effekt på konkurrensen som blir konsekvensen av detta agerande.<sup>110</sup> För att illustrera skillnaden ger han oss följande exempel: två konkurrenter träffas och berättar om sina ömsesidiga avsikter att höja priserna med en viss procentsats (samordnandet). Några dagar senare instruerar konkurrenterna sina försäljare att höja priserna med just denna procentsats (marknadsagerandet, eller förfarandet). Det visar sig emellertid att dessa prishöjningar inte kan realiseras på grund av de rådande marknadsförhållandena, således får inte agerandet någon konkurrensbegränsande effekt på marknaden. Detta är alltså

---

<sup>106</sup> ANIC, ovan not 1, § 118.

<sup>107</sup> Montecatini, ovan not 34, § 123. Se även Hüls, ovan not 26, § 165 samt ANIC, ovan not 1, § 124.

<sup>108</sup> ANIC, ovan not 1, § 121.

<sup>109</sup> Wessely, T., i not 59 a a, s 753.

<sup>110</sup> Wessely, T., i not 59 a a, s 754.

ett exempel på hur ett samordnande realiserats i ett förfarande med syfte, men inte effekt, att begränsa konkurrensen.

Förväxlandet av marknadsagerandet med den konkurrensbegränsande effekten förekommer enligt Wessely även hos EG-domstolen och visar sig i Domstolens bemötandet av Montecatini's argument om att företaget aldrig implementerat vad som diskuterats på mötena.<sup>111</sup> Domstolen tillbakavisar detta argument med att det på sin höjd kan visa att företaget inte satt i effekt vad som resulterat från mötena. Här menar Wessely att det blir svårt att följa Domstolens resonering eftersom det inte är effekten på marknaden som är i fråga, utan om företaget överhuvudtaget agerat på marknaden i enlighet med samordnandet.

Wesselys egen definition på ett samordnat förfarande inleder han med att betona att det avgörande för ett samordnat förfarande är att ett företag betar sig på ett visst vis därför att det på basis av tidigare utbytt information förväntar sig att konkurrenterna betar sig på ett korresponderande sätt, och att resultatet av deras agerande blir en begränsning av konkurrensen.<sup>112</sup> Ett begränsande beteende är alltså essentiellt för ett samordnat förfarande. Ett samordnat förfarande beskriver en situation där kontakterna mellan konkurrenterna är begränsade till ett informationsutbyte vars vaga karaktär inte i sig kan anses som en förbrytelse, men som får till följd ett parallellagerande. Det är alltså det påföljande identiska agerandet som rent materiellt utgör överträdelsen av art 81(1).<sup>113</sup> Att, som EG-domstolen fastslår i *ANIC*, låta allt agerande på marknaden utgöra ett samordnat förfarande leder till att det i praktiken är i själva utbyttandet av information som överträdelsen begås. Enligt Wessely är detta inte bara svårt att förena med själva ordalydelsen samordnat förfarande, utan medför även problem med att upprätthålla skillnaden mellan de två olika formerna av överträdelser i art 81(1).<sup>114</sup>

## 5.8 Kommentar

En rent bokstavig tolkning av begreppet samordnat förfarande kan inte leda till någon annan slutsats än att däri ingår två kriterier, ett samordnande och ett förfarande. Det är intressant att notera att inte en enda av de inblandade instanserna i polypropenfallen intog ställningen att det

---

<sup>111</sup> Wessely, T., i not 59 a a, s 755.

<sup>112</sup> Wessely, T., i not 59 a a, s 756.

<sup>113</sup> Wessely, T., i not 59 a a, s 757 samt därtill hörande not 57.

<sup>114</sup> Wessely, T., i not 59 a a, s 758.

samordnade förfarandet inbegriper två element som båda måste bevisas av Kommissionen, där själva det objektiva elementet, d v s agerandet på marknaden, skall följa det subjektiva.<sup>115</sup> Den definition av samordnade förfaranden som EG-domstolen fastslår i *ANIC* ser förvisso på papperet ut som just ett sådant ställningstagande. Betydelsen av denna definition är emellertid begränsad på grund av den presumptionsregel som följer om att *allt* efterföljande agerande på marknaden skall ses som iscensättandet av samordnandet. Regeln innebär att det är hart när omöjligt att motbevisa Kommissionen.<sup>116</sup> I praktiken behöver alltså Kommissionen endast visa på att viss information utbyts företagen emellan för att detta skall utgöra ett otillåtet samordnat förfarande, d v s kravet på ett objektiva element bortfaller. För att återgå till exemplet med grönsakshandlarna på Hötorget från inledningen kan vi alltså tänka oss en situation där en av de fyra handlarna på mötet talar om att han tänker höja priset på äpplen den kommande veckan. Övriga tre handlare tar denna information i betänkande men höjer inte sina priser för att på så sätt skaffa sig fler kunder. Enligt EG-domstolens definition utgör detta handlande en överträdelse av art 81(1) i form av ett samordnat förfarande. Följden blir att själva utbytet av information utgör det moment där överträdelsen begås, alldeles oavsett hur denna information används.

Dessutom inskränks betydelsen av definitionen än mer i situationer där ett konkurrensbegränsande syfte har kunnat visas av Kommissionen. I sådana situationer räcker det ju som bekant med själva informationsutbytet, utan att parterna överhuvudtaget behöver agera på något sätt på marknaden. Draget till sin spets skulle alltså en grönsakshandlarna som deltagit i möten som syftat till att öka handlarnas vinstmarginaler genom samarbete, och som sedan bestämmer sig för att bli väskhandlare istället, ändå anses delaktig i det samordnade förfarandet.

Att kräva en effekt på marknaden är dock enligt min mening ingen god lösning. I situationer där företag samarbetat i syfte att begränsa konkurrensen, men där implementeringen av någon anledning gått snett är det av största vikt att Kommissionen ändå kan ingripa mot dessa företag. Här kommer återigen förväxlingen mellan kravet på en effekt och kravet på ett marknadsagerande in i bilden. En effekt kan som sagt inte krävas, det skulle leda till en alltför restriktiv tolkning av art 81(1). Vad som däremot kan krävas är att företagen agerar på marknaden i enlighet med den begränsning som blir konsekvensen av den utbytta

---

<sup>115</sup> jmf Wessely, T., i not 59 a a, s 752.

<sup>116</sup> jmf Blaise, J-B. & Idot, L., *Chronique de jurisprudence - concurrence*, Revue trimestrielle de droit européen, no 2, avril-juin 2000, Editions Dalloz, Paris, s 350 samt Wessely, T., i not 59 a a, s 753.

informationen. Ett företag som i sitt beteende på marknaden söker begränsa konkurrensen genom att utnyttja information delgiven i just det syftet begår en överträdelse art 81(1), alldeles oavsett om beteende får någon reell effekt på marknaden. Själva informationsutbytet i sig bör inte vara det avgörande, utan snarare om, och i sådana fall hur, informationen har utnyttjats.

## 5.9 Slutsats

Vid första anblicken förefaller EG-domstolen i polypropenfallen ha satt punkt för den 30 år långa diskussionen angående varat eller inte varat av ett objektiva element vid definitionen av samordnade förfaranden. Det frö som såddes i generaladvokatens yttrande i *Dyestuffs* om behovet av ett agerande i enlighet med samordnandet, och som stött på motstånd hos bl a René Joliet i sin artikel från 1974 och EG-domstolen i *Woodpulp*, tycks ha utvecklats till den klara definition som Domstolen fastställer i polypropenfallen. Ett samordnat förfarande består enligt Domstolen av tre rekvisit; ett samordnande (det subjektiva elementet), ett förfarande (det objektiva elementet) samt ett orsakssamband (kausalitet) mellan de två. Definitionen visar sig dock vid närmare granskning inte infria förväntningarna om en tydlig och vägvisande tolkning av art 81(1). Domstolen gör nämligen två viktiga reservationer mot dessa tre rekvisit för att ett samordnat förfarande skall vara för handen. För det första presumeras företag låta sitt framtida marknadsagerande styras av vad som framkommit under samordnandet, d v s det objektiva elementet presumeras följa på det subjektiva. För det andra blir två av tre rekvisit överflödiga när ett konkurrensbegränsande syfte kan konstateras under själva samordnandet, då detta moment räcker för att en överträdelse skall ha begåtts. I praktiken lämnar därför domarna i polypropenfallen fortfarande utrymme för diskussion.

## 6 Sammanfattning

Utgångsfrågan jag ställde mig inför denna uppsats var vilka problem som kunde uppstå kring definitionen av begreppet samordnade förfaranden. En del av denna problematik har jag nu redogjort för ovan genom att diskutera hur EG-rätten sökt balansera en slagkraftig bekämpning av all form av konkurrensbegränsning med upprätthållandet av rättssäkerheten för de anklagade parterna. Denna balansgång är centrerad kring den definition som EG-domstolen gav åt samordnade förfaranden i målet *ANIC*. Definitionen gav upphov till en rad följdfrågor och även viss kritik av Domstolens tillämpning av sin egen definition. Definitionen, följdfrågorna och kritiken har jag analyserat utifrån tre infallsvinklar; vad de fått för betydelse för bevisförandet, hur kravet på kausalitet tillämpats samt hur de påverkat diskussionen om ett eventuellt effektrekvisit. Jag har även själv sökt ta ställning till både Domstolens domar samt de diskussioner de gett upphov till.

En stor del av uppsatsen har kretsat kring karteller, eftersom de utgör ett av de vanligaste exemplen på samordnade förfaranden. Sveriges statsminister Göran Persson omtalade kartellbekämpning som ett av regeringens viktigaste mål i sin regeringsförklaring och i en SIFO-undersökning från förra hösten uppgav 80% av småföretagen att karteller förekommer mycket eller ganska mycket i det svenska näringslivet<sup>117</sup>. Detta tyder på att det är en viktig diskussion att föra om hur man effektivt skall kunna bekämpa karteller utan att inskränka de möjligheter kartellmisstänkta företag har att kunna rentvå sig från anklagelserna, en diskussion där tydliga riktlinjer från EG-domstolen i tolkningsproblematiken kring samordnade förfaranden skulle utgöra ett viktigt inlägg. I väntan på ett sådant avgörande kommer debatten fortgå.

---

<sup>117</sup> Fakta hämtat ur Konkurrensverkets f.d. generaldirektör Ann-Christin Nykvists anförande ”Svensk konkurrensolitik” vid SNS:s konferens ”Konkurrens och tillväxt i det nya Europa” i Tylösand den 22-23 augusti. Anförandet är hämtat från Konkurrensverkets hemsida.

## 7 Källförteckning

### 7.1 Fördrag

Fördraget om upprättandet av europeiska gemenskapen (Romfördraget).

### 7.2 Förordningar

Rådets Förordning 17/62/EEC av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86.

### 7.3 Rättsfall

#### 7.3.1 Domar från EG-domstolen

C-48/69, Domstolens dom den 14 juli 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd ./. Europeiska kommissionen ("Dyestuffs")*.

C-40/73, Domstolens dom den 16 december 1975, *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie m fl ./. Europeiska kommissionen ("Suiker Unie")*.

C-172/80, Domstolens dom den 14 juli 1981, *Gerhard Züchner ./. Bayerische Vereinsbank*.

C-89/85, Domstolens dom den 31 mars 1993, *A. Åhlström Osakeyhtiö m fl ./. Europeiska gemenskapernas kommission ("Woodpulp")*.

C-395/87, Domstolens dom den 13 juli 1989, *Brottmål mot Jean-Louis Tournier*.

C-49/92 P, Domstolens dom den 8 juli 1999, *Europeiska kommissionen ./. ANIC Partecipazioni SpA ("ANIC")*.

C-235/92, Domstolens dom den 8 juli 1999, *Montecatini SpA ./. Europeiska kommissionen*.

C-185/95, Domstolens dom den 17 december 1998, *Baustahlgewebe GmbH ./. Europeiska kommissionen*.

C-248/98 P, Domstolens dom den 16 november 2000, *NV Koninklijke ./. Europeiska kommissionen*.

#### 7.3.2 Domar från Förstainstansrätten

T-6/89, Förstainstansrättens dom av den 17 december 1991, *Enichem ANIC SpA ./. Europeiska gemenskapernas kommission*.

T-7/89, Förstainstansrättens dom av den 17 december 1991, *SA Hercules Chemicals NV ./. Europeiska gemenskapernas kommission*.

T-9/89, Förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992, *Hüls AG ./. Europeiska gemenskapernas kommission*.

T-14/89, Förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992, *Montedipe SpA* ./ *Europeiska gemenskapernas kommission*.

T-141/89, Förstainstansrättens dom av den 6 april 1995, *Tréfileurope Sales SARL* ./ *Europeiska kommissionen*.

### 7.3.3 Beslut från Förstainstansrätten

T-141/94, Förstainstansrättens beslut av den 11 mars 1999, *Thyssen Stahl AG* ./ *Europeiska kommissionen*.

T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 till T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 samt T-335/94, Förstainstansrättens beslut av den 20 april 1994, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International Chemicals Company Ltd, DSM NV och DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Société artésienne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, Hüls AG och Enichem SpA* ./ *Europeiska kommissionen ("PVC II")*.

T-311/94, Förstainstansrättens beslut av den 14 maj 1998, *BPB de Eendracht NV* ./ *Europeiska kommissionen*.

T-25/95, Förstainstansrättens beslut av den 15 mars 2000, *Cimenteries CBR m fl* ./ *Europeiska kommissionen*.

## 7.4 Beslut från Europeiska kommissionen

Kommissionens beslut den 23 april 1986, *Polypropen*, O.J. 1986, L 230/1.

Kommissionens beslut den 19 december 1984, *Woodpulp*, O.J. 1985, L 85/1.

## 7.5 Doktrin

### 7.5.1 Inbundet material

van Bael, Ivo & Bellis, Jean-François, *Competition Law of the EC*, 3 ed, CCH Europe, Bicester, Oxfordshire, 1994.

*European Cartels*, Student Reports 2000, ed. Levinsohn, Martin, Olsson, Ginger, Sigfrid, Nils, Wrangel, Clara, Faculty of Law, Lund University, Lund 2000.

Goyder, D.G., *EEC Competition Law*, Oxford European Community Law Series, Oxford University Press, Oxford, 1988.

Wahl, Nils, *Konkurrensförhållanden*, Juristförlaget, Stockholm, 1994.

### 7.5.2 Tidskrifter

Blaise, Jean-Bernard & Idot, Laurence, *Chronique de jurisprudence - concurrence*, Revue trimestrielle de droit européen, no 2, avril-juin 2000, Editions Dalloz, Paris.

van Gerven, Gerwin & Navarro-Varona, Edurne, *The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices*, Common Market Law Review, vol. 31 June 1994 no 3, Kluwer Academic Publishers, Leiden.

Joliet, René, *La notion de pratique concertée et l'arrêt I.C.I. dans une perspective comparative*, Cahiers de droit européen, 1974, no 3-4, Maison Ferdinand Larquier S.A., Bryssel.

Jones, Alison, *Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism?*, European Competition Law Review, Volume 14, issue 6, Nov - Dec 1993, Sweet & Maxwell, London.

Simonsson, Ingeborg, *Bevisbörda och beviskrav i kartellmål*, Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet 2001-2002 nr 3, Stiftelsen Stockholms juridiska fakultets tidskrift, Stockholm.

Soames, Trevor, *An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference?*, European Competition Law Review, Volume 17, issue 1, Jan 1996, Sweet & Maxwell, London.

Wessely, W. Thomas, *Polypropylene appeal cases*, Common Market Law Review, vol 38, no 3, June 2001, Kluwer Law International, Leiden.

## 7.6 Övrigt

Nykvist Ann-Christin, anförandet *Svensk konkurrenspolitik* vid SNS:s konferens "Konkurrens och tillväxt i det nya Europa" i Tylösand den 22-23 augusti 2002. Anförandet är publicerat på hemsidan [www.konkurrensverket.se](http://www.konkurrensverket.se) via länkarna "Pressinformation" samt "Presentation av generaldirektören".