
MÖJLIGHETEN ATT ÖVERKLAGA FRIVILLIGA ÅTAGANDEN ENLIGT 3 KAP. 4 § KL

Johan Karlsson* & Peter Alstergren**

1. INLEDNING

Ett företag som är föremål för utredning av den Europeiska kommissionen (Kommissionen) för överträdelse av EG:s konkurrensregler kan erbjuda åtaganden i syfte att undanröja de betänkligheter som Kommissionen delgivit företaget i sin preliminära bedömning. Kommissionen får genom beslut göra ett sådant åtagande bindande för företaget.¹ På liknande sätt kan ett företag som är föremål för utredning av Konkurrensverket åta sig att vidta åtgärder som medför att verket inte längre ifrågasätter någon överträdelse av EG-rättens eller konkurrenslagens (2008:579) (KL) förbud mot konkurrensbegränsande samarbete eller missbruk av dominerande ställning.² Möjligheten till frivilliga åtaganden är av praktisk betydelse både för de företag som är föremål för utredning och för konkurrensmyndigheten.

* Advokat och delägare. Ansvarig för Vinges EG- och konkurrensrättsgrupp i Stockholm.

** Jur. kand./LL.M., verksam vid Vinges EG- och konkurrensrättsgrupp i Stockholm.

¹ Se artikel 9 i Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget. Som framgår av bestämmelsen kan Kommissionen, när ett företag erbjudit ett åtagande, genom beslut göra åtagandet bindande för företaget. Den praktiska konsekvensen av ett sådant beslut är att Kommissionen avslutar ärendet utan att något slutligt beslut om överträdelse fattas. Av beslutet skall framgå att det inte längre finns skäl att ingripa från Kommissionens sida mot det aktuella avtalet/förfarandet utan att det dras någon slutsats huruvida en överträdelse har skett. Ett beslut om åtagande anses inte lämpligt i ärenden där Kommissionen har för avsikt att ålägga böter. Som framgår av p. 13 i ingressen till förordningen påverkar ett beslut av Kommissionen att godta ett åtagande inte medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar när det gäller deras befogenheter att konstatera en överträdelse och besluta i fallet.

² Se 3 kap. 4 § KL.

Kommissionen,³ men också Konkursverket,⁴ har beslutat godta frivilliga åtaganden i flera fall. Ett beslut att godta ett frivilligt åtagande kan emellertid få negativa konsekvenser för andra företag, t.ex. kunder eller konkurrenter. Som framgår av Förstainstansrättens dom i *Alrosa*-målet⁵ kan sådana företag, om de är direkt och personligen berörda, överklaga ett beslut av Kommissionen att acceptera ett frivilligt åtagande, exempelvis på den grunden att åtagandet och därmed beslutet går utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt.

Denna artikel innehåller, förutom en kort sammanfattning av *Alrosa*-målet (avsnitt 2),⁶ en redogörelse för möjligheterna att överklaga ett beslut av Konkursverket att godta ett frivilligt åtagande enligt 3 kap. 4 § KL (avsnitt 3), samt en avslutande kommentar (avsnitt 4).

2. ALROSA-MÅLET

2.1 Bakgrund

Företagen De Beers och Alrosa var verksamma inom utvinning, produktion och leverans av rådiamanter. De Beers var världens största diamantleverantör medan Alrosa, med verksamhet i framför allt Ryssland, var näst störst.

I mars 2002 anmälde De Beers och Alrosa ett avtal till Kommissionen för icke-ingripandebesked/undantag enligt den numera upphävda förordningen nr 17/62.⁷ Enligt det anmälda avtalet åtog sig Alrosa att sälja rådiamanter till De Beers som åtog sig att köpa dessa från Alrosa. De avtalade leveranserna motsvarade ungefär hälften av Alrosas totala årsproduktion. Avtalet gällde för en period av fem år.

Kommissionen konstaterade i ett meddelande om invändningar (*statement of objections*) i januari 2003 att det anmälda avtalet kunde utgöra ett konkurrensbegränsande avtal i strid mot artikel 81.1 och inte kunde undantas enligt artikel 81.3 EG-fördraget. Kommissionen konstaterade också, i ett separat medde-

³ Se t.ex. COMP/C.2/37.214 – *Joint selling of the media rights to the German Bundesliga*, 19 januari 2005; COMP/A.39.116/B2 – *Coca-Cola*, 22 juni 2005; COMP/C-2/38.173 – *Joint selling of the media rights to the FA Premier League*, 22 mars 2006; COMP/B-1/38.348 – *Repsol C.P.P.*, 12 april 2006; COMP/B-1/37.966 – *Distrigaz*, 11 oktober 2007.

⁴ Se t.ex. Dnr 832/2004, *Nynäs Refining Aktiebolag et al.*, 15 december 2004; Dnr 797/2004, *Schneider Electric Sverige AB*, 21 september 2005; Dnr 532/2004, *Eco-Boråstapeter AB*, 13 december 2005; Dnr 994/2004, *Reitan Servicehandel Sverige AB*, 6 februari 2006; Dnr 269/2007, *Sveriges Annonserer et al.*, 3 september 2008.

⁵ Mål T-170/06, *Alrosa mot kommissionen*, 11 juli 2007 (*Alrosa*-målet).

⁶ För en mer detaljerad kommentar till *Alrosa*-målet, se t.ex. Gerard, "Diamonds are Forever": a Look into the Alrosa Judgment of the Court of First Instance of the European Communities, GCP Article (juli 2007).

⁷ Rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86.

lande om invändningar till De Beers, att avtalet kunde utgöra missbruk av en dominerande ställning i strid med artikel 82 EG-fördraget.⁸

I december 2004 inkom De Beers och Alrosa med ett gemensamt förslag på frivilligt åtagande i syfte att undanröja de betänkligheter som Kommissionen delgivit bolagen. Enligt det åtagandet skulle Alrosas leveranser av rådiamanter till De Beers successivt minskas, från ett värde av US\$ 700 miljoner år 2005 till ett värde av US\$ 275 miljoner år 2010. Detta senare värde skulle därefter vara den övre gränsen för fortsatta leveranser.

Kommissionen marknadstestade det föreslagna åtagandet och anmodade därefter parterna att inkomma med ett nytt åtagande som innebar att de skulle upphöra med sina handelsförbindelser från och med år 2009. De Beers gav sedan, i januari 2006, ensamt in ett nytt förslag på åtagande varigenom De Beers åtog sig att successivt minska sina inköp från Alrosa för att efter år 2009 helt upphöra med sådana inköp.

De Beers åtagande förklarades bindande genom beslut av Kommissionen den 22 februari 2006.⁹ Kommissionens beslut överklagades av Alrosa som yrkade att Förstainstansrätten skulle ogiltigförklara Kommissionens beslut.

2.2 Alrosas behörighet att överklaga beslutet

Av artikel 230 EG-fördraget framgår att ett företag får överklaga ett beslut som är riktat till ett annat företag om företaget *direkt och personligen berörs* av beslutet. Förstainstansrätten konstaterade att Kommissionens beslut hade en direkt och omedelbar inverkan på Alrosas *rättsliga* situation eftersom det begränsade De Beers möjligheter att få leveranser från Alrosa som därför ansågs direkt berört av beslutet. Alrosa ansågs också personligen berört av beslutet. Det hade antagits efter ett förfarande i vilket Alrosa på ett avgörande sätt deltagit. Det hänvisade uttryckligen till Alrosa, det syftade till att undanröja den handelsförbindelse som under en ansevärd tid förelagat mellan Alrosa och De Beers och det var ägnat att ha en väsentlig inverkan på Alrosas konkurrensmässiga ställning på marknaden för produktion och leverans av rådiamanter. Mot bakgrund härav konstaterades att Alrosa var behörig att överklaga Kommissionens beslut.¹⁰

⁸ Kommissionen kom även genom senare tillägg att anföra att det anmälda avtalet även kunde utgöra ett konkurrensbegränsande avtal i strid med artikel 53.1 och att det inte kunde undantas i enlighet med artikel 53.3 i EES-avtalet samt, i ett separat tillägg till De Beers, att avtalet även kunde utgöra missbruk av en dominerande ställning i strid med artikel 54 i EES-avtalet.

⁹ COMP/B-2/38.381 – *De Beers*, 22 februari 2006.

¹⁰ *Alrosa*-målet, p. 38–41.

2.3 Proportionalitetsprincipen måste beaktas

Ett beslut av Kommissionen att göra ett åtagande bindande utgör en tvingande åtgärd som får en överträdelse eller potentiell överträdelse att upphöra. Genom att ett visst förfarande, t.ex. minska eller upphöra med inköp, görs bindande, kan, som Förstainstansrätten konstaterade, beslutet också få en rättslig verkan *erga omnes*, d.v.s. i förhållande till tredje part.¹¹

Kommissionen är, enligt Förstainstansrätten, därför skyldig att iaktta proportionalitetsprincipen när den beslutar att göra ett åtagande bindande. Åtagandet och beslutet får således inte gå utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå det mål som eftersträvas, d.v.s. att undanröja de betänkligheter som Kommissionen fört fram i sin preliminära bedömning. Om valet står mellan flera ändamålsenliga åtgärder skall den minst betungande åtgärden väljas.¹²

Det kan naturligtvis vara svårt att i ett enskilt fall bedöma om en åtgärd är proportionerlig. Förstainstansrätten noterade, med hänvisning till tidigare praxis, att Kommissionen har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller nödvändigheten av ett åtagande inom ramen för en prövning av en koncentration. Kommissionen måste i de fallen göra en framåtblickande ekonomisk bedömning för att fastställa att koncentrationen inte väsentligt hämmar konkurrensen. Förstainstansrättens överprövning av nödvändigheten av ett beslut om åtagande i ett koncentrationsärende är därför begränsad till att avgöra om det är fråga om någon uppenbar felaktighet.

Såvitt gäller den bedömning som Kommissionen skall göra enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 är det, som Förstainstansrätten noterade, emellertid fråga om existerande förfaranden. Detta förhållande innebär, enligt Förstainstansrätten, visserligen inte att det inte kan bli nödvändigt att göra komplexa ekonomiska bedömningar. Dock, om det inte är fråga om några sådana bedömningar, skall överprövningen av den här typen av åtaganden inte begränsas på samma sätt som i koncentrationsärenden.¹³

2.4 De Beers åtagande gick längre än nödvändigt

Det var, enligt Förstainstansrätten, uppenbart att det fanns mindre ingripande lösningar för att undanröja Kommissionens betänkligheter än ett permanent förbud för De Beers och Alrosa att ingå avtal med varandra.¹⁴ Den vid första anblicken mest ändamålsenliga lösningen hade enligt Förstainstansrätten varit ett åtagande som hindrade De Beers att reservera en väsentlig del av Alrosas pro-

¹¹ *Alrosa*-målet, p. 86–88.

¹² *Alrosa*-målet, särskilt p. 92, 98–99.

¹³ *Alrosa*-målet, särskilt p. 103–104, 108–111.

¹⁴ *Alrosa*-målet, p. 126.

duktion utan att för den skull helt förbjuda De Beers att köpa diamanter av Alrosa.¹⁵

Förstainstansrätten erinrade om att De Beers och Alrosa hade föreslagit ett gemensamt åtagande som var mindre ingripande än det åtagande som De Beers därefter själv föreslagit och som Kommissionen gjort bindande genom sitt beslut. När Kommissionen, som i detta fall, har kännedom om mindre betungande lösningar är den, enligt Förstainstansrätten, skyldig att undersöka om den mindre ingripande åtgärden är tillräcklig innan den beslutar att vidta den mer betungande åtgärden.¹⁶

Kommissionen måste emellertid inte besluta att göra det mer betungande åtagandet bindande även om det mindre betungande åtagandet skulle vara otillräckligt för att undanröja Kommissionens betänkligheter. Kommissionen kan, som Förstainstansrätten observerade, visserligen inte sätta sig i parternas ställe och själv ändra de åtaganden som föreslagits, men det finns inte något hinder för Kommissionen att göra de erbjudna åtagandena bindande endast till viss del eller i viss utsträckning.¹⁷

Sammanfattningsvis konstaterade Förstainstansrätten att totalförbudet för handelsförbindelser mellan De Beers och Alrosa gick utöver vad som var nödvändigt för att undanröja Kommissionens betänkligheter och att det förelåg andra lösningar som var proportionerliga. Mot bakgrund härav konstaterade Förstainstansrätten att Kommissionen åsidosatt artikel 9 i förordning nr 1/2003 och proportionalitetsprincipen.¹⁸

3. DEN SVENSKA REGLERINGEN

3.1 Allmänt

Bestämmelsen om frivilliga åtaganden återfinns i 3 kap. 4 § KL som har följande lydelse.

Har fråga uppkommit om ett företag överträder något av förbuden i 2 kap. 1 eller 7 § eller i artikel 81 eller 82 i EG-fördraget, kan ett åtagande från företaget ge Konkurrensverket anledning att inte ingripa. Verkets beslut att godta åtagandet får avse en begränsad tid. Så länge beslutet gäller får verket i de avseenden som åtagandet omfattar inte meddela ett åläggande enligt 1 eller 3 §.

¹⁵ *Alrosa*-målet, p. 128.

¹⁶ *Alrosa*-målet, p. 131.

¹⁷ *Alrosa*-målet, p. 139.

¹⁸ *Alrosa*-målet, p. 140–141, 156. För god ordnings skull kan noteras att Förstainstansrätten även prövade om Kommissionens beslut skulle ogiltigförklaras på den grunden att Alrosas rätt att yttra sig åsidosatts. Förstainstansrätten konstaterade att Alrosa inte fått tillfälle att till fullo utöva denna rättighet varför Alrosas talan bifölls även på den grunden. Se *Alrosa*-målet, p. 203–204.

Konkurrensverket får återkalla ett beslut enligt första stycket om

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

Bestämmelsen har sitt ursprung i 23 a § i 1993 års konkurrenslag.¹⁹ Införandet av bestämmelsen motiverades enligt förarbetena av vikten av rättslikhet mellan EG-rätten och den nationella konkurrensrätten.²⁰

Konkurrensverket har beslutat om att godta frivilliga åtaganden under 23 a § i 1993 års konkurrenslag i ett antal ärenden.²¹ I exempelvis *Reitan Servicehandel Sverige AB*²² hade Konkurrensverket undersökt de franchiseavtal som ingåtts inom ramen för Pressbyrån respektive 7-Eleven och gjort den preliminära bedömningen att villkoren för franchisetagarnas användning av det av franchisegivaren tillhandahållna butiksdatsystemet utgjorde en otillåten vertikal prisstyrning. Efter det att verket delgivit Reitan sin preliminära bedömning åtog sig Reitan att ändra villkoren i fråga. Konkurrensverket marknadsstegade Reitans åtagande genom att skicka en sammanfattning av den preliminära bedömningen jämte Reitans åtagande till franchisetagarna för synpunkter. Konkurrensverket beslutade därefter att godta åtagandet.

3.2 Möjligheten att överklaga ett beslut att godta ett frivilligt åtagande enligt KL

Frågan om möjligheten att överklaga ett beslut att godta ett frivilligt åtagande behandlades, om än sparsamt, i överklaganderegleringens förarbeten där det, utan närmare motivering, konstateras att sådana beslut inte bör kunna överklagas.²³

Av 7 kap. 1 § andra stycket KL framgår sålunda att (inga) andra beslut av Konkurrensverket enligt KL än som avses i 7 kap. 1 § första stycket får överklagas. Av 7 kap. 1 § första stycket följer att beslut av Konkurrensverket beträffande återkallelse av ett åtagande enligt 3 kap. 4 § andra stycket KL får överkla-

¹⁹ 23 a § trädde i kraft den 1 juli 2004, SFS 2004:409.

²⁰ Prop. 2003/04:80 s. 100.

²¹ Se fotnot 4 ovan.

²² Dnr 994/2004, *Reitan Servicehandel Sverige AB*, 6 februari 2006. Det kan noteras att Konkurrensverkets beslut, genom beslut av Stockholms tingsrätt (mål Å 3237-06, slutligt beslut av den 24 mars 2006), även förenades med vite.

²³ Prop. 2003/04:80 s. 102. Det uttalades att "(e)tt beslut att godta ett åtagande i samband med prövningen enligt samma lag av en företagskoncentration torde inte kunna överklagas. Ett beslut av Konkurrensverket att godta ett frivilligt åtagande av nu aktuellt slag bör inte heller kunna överklagas."

gas hos Marknadsdomstolen.²⁴ Ett beslut av verket att godta ett åtagande enligt 3 kap. 4 § första stycket KL ingår däremot inte i uppräkningsbeslut som får överklagas. Det följer således att ett sådant beslut inte är överklagbart enligt KL. Detta betyder emellertid inte med automatik att beslutet överhuvudtaget inte är överklagbart.

Av 3 § andra stycket förvaltningslagen (1996:223) (FL) följer att FL:s allmänna regler om överklagande tillämpas ”om det behövs för att tillgodose rätten till domstolsprövning av civila rättigheter eller skyldigheter enligt artikel 6.1 i den europeiska konventionen den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.” Syftet med bestämmelsen är att erbjuda en möjlighet till domstolsprövning av beslut som enligt Europakonventionen skall kunna domstolsprövas och som annars inte kan prövas annat än genom resning.²⁵ En part vars civila rättigheter och skyldigheter påverkas av ett förvaltningsbeslut skall med andra ord ha möjlighet till en domstolsprövning av beslutet.²⁶ Det kan inte uteslutas att 3 § andra stycket FL skulle kunna utgöra grund för att överklaga de beslut som formellt sätt inte är överklagbara enligt den generella regleringen i 7 kap. 1 § KL.²⁷

4. KOMMENTAR

Möjligheten till frivilliga åtaganden är av praktisk betydelse både för de företag som är föremål för utredning och för Konkurrensverket. Ett beslut att godta ett frivilligt åtagande kan emellertid få negativa konsekvenser för kunder eller konkurrenter. I EG-rätten kan, som framgår av *Alrosa*-målet, företag, som är direkt

²⁴ Det kan noteras att detta i bestämmelsens ursprungliga förarbeten motiverades med att ”ett beslut om att godta ett åtagande enligt 23 a första stycket [är] gynnande för det berörda företaget” varför ”ett återkallande av ett sådant beslut därför bör kunna överklagas.” Se prop. 2003/04:80 s. 150.

²⁵ Prop. 2005/06:56 s. 1. Vidare sades att ”(r)egeringen föreslår bland annat att endast regeringsbeslut skall kunna rättsprövas. Andra beslut, som enligt Europakonventionen skall kunna domstolsprövas, får istället överklagas hos allmän förvaltningsdomstol i vanlig ordning.”

²⁶ Se Lagrådets yttrande, prop. 2005/06:56 s. 33. Jfr även det mål som anhängiggjordes mot Sverige 1999 vid Europadomstolen (Svenska Transportarbetareförbundet mot Sverige, application no. 53507/99). Målet fördes av Svenska Transportarbetareförbundet mot bakgrund av ett beslut av Konkurrensverket genom vilket Svenska Tidningsutgivareföreningen och ett antal av föreningens medlemsföretag ålades att inte tillämpa ett i kollektivavtal intaget avtalsvillkor rörande tidningsdistribution. Detta eftersom villkoret i fråga ansågs utgöra en konkurrensbegränsning som stred mot 6 § i 1993 års konkurrenslag. Europadomstolen konstaterade att förbundet inte haft något effektivt inhemskt rättsmedel gentemot Konkurrensverkets beslut varför en kränkning av Europakonventionens artikel 6 skett. Möjligheten att överklaga Konkurrensverkets beslut under 23 a § KL med stöd av 3 § andra stycket FL bör beaktas i skenet av denna dom.

²⁷ En annan fråga är i vilket forum en sådan talan i så fall skulle anhängiggöras, d.v.s. om KL:s eller FL:s instansordning skall tillämpas.

och personligen berörda, överklaga ett beslut av Kommissionen att acceptera ett åtagande.

Någon motsvarande möjlighet finns inte enligt KL beträffande åtaganden som Konkurrensverket beslutar att godta enligt 3 kap. 4 § KL. Tvärtom följer av 7 kap. 1 § andra stycket KL att inga andra av Konkurrensverkets beslut än de som avses i 7 kap. 1 § första stycket KL får överklagas. Ett beslut av verket att godta ett frivilligt åtagande hör inte till de beslut som räknas upp i detta stycke. Den nuvarande ordningen är otillfredsställande även om det inte kan uteslutas att 3 § andra stycket FL skulle kunna utgöra grund för att överklaga ett beslut av Konkurrensverket att godta ett frivilligt åtagande enligt 3 kap. 4 § KL.

En bättre ordning vore att ändra 7 kap. 1 § KL så att företag som berörs av ett beslut om åtagande ges möjlighet att överklaga. Därmed skulle, i överklagandehänseende, inte göras någon åtskillnad mellan ett beslut om åläggande och ett beslut att godta ett åtagande. Vidare skulle, även om det får anses mindre betydelsefullt i sammanhanget, den annars så eftersträvansvärda rättslikheten med EG:s regelverk uppnås. En sådan förändring skulle också bidra till att säkerställa att verket inte framtvingar och godtar åtaganden som är mer omfattande än vad som behövs för att undanröja de aktuella konkurrensproblemen, till kanske avsevärd skada för kunder och konkurrenter.