



UPPSALA
UNIVERSITET

Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar

Eva Edwardsson

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar

AKADEMISK AVHANDLING

som för avläggande av juris doktorsexamen i
europarätt vid Uppsala universitet kommer att
offentligt försvaras i universitetshusets lärosal X
onsdagen den 21 maj 2003 kl. 13.15

av

Eva Edwardsson

Jur.kand. av Södermanland-Nerikes nation

Uppsala 2003

Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar

Eva Edwardsson

Juridiska fakulteten
Uppsala universitet
2003

Doktorsavhandling för juris doktorsexamen i europarätt framlagd vid Uppsala universitet 2003

ABSTRACT

Edwardsson, Eva, 2003: Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar. (The Swedish Competition Act and Anti-Competitive Regulations). Written in Swedish with an English summary, 299 pp, Uppsala 2003

The dissertation addresses the problem of how conflicts between the Swedish Competition Act (SFS 1993:20) and anti-competitive state regulations are to be solved. The study focuses on the legal situation in Sweden after 1993, when a new competition law was enacted and after the Swedish Membership of the European Union 1995. A comparative survey of how similar conflicts are solved in American Law, EU Law and Danish Law is made.

The rationale behind the reform of the competition legislation in Sweden was the consideration that competition did not work well enough on Swedish markets. One important reason for this was thought to be the existence of regulations with a negative impact on competition. The solution of the problem was thought to reside in the adjustment of the Swedish competition legislation to the rules of the European Community (EC). After this substantial legal reform, a change in how anti-competitive regulations are dealt with could be expected. This study shows, however, that there has been practically no change at all.

When conflicts between the Competition Act and anti-competitive regulations do occur, the Swedish Competition Authority evaluates the applicability of the regulation to see if a conflict really is at hand. In this legal process it is suggested that the regulation and not the Competition Act should be interpreted narrowly. This study shows that such a restrictive approach can be justified when taking the relevant sources of law into account. In cases where a disturbance to competition is the direct and necessary consequence of a clear regulation – with due considerations to EC Law – the regulation prevails. When these conditions are *not* at hand, it can be justified to give priority to the Competition Act.

Eva Edwardsson, Faculty of Law, Uppsala University, Box 512, SE 751 20 Uppsala, Sweden

© Eva Edwardsson, 2003

Printed in Sweden by Universitetsstryckeriet, Uppsala, 2003

Till Lisen och Roland

Förord

Den känsla som inrymmer sig när ett projekt som detta är på väg att avslutas är tacksamhet. Denna rättsvetenskapliga avhandling omfattar ett antal frågeställningar som intresserar mig och det är en förmån att jag har fått möjlighet att ägna mig åt dessa.

Ett universitet är en viktig institution i samhället. Forskarvärlden rymmer i sig ett antal institutioner eller stödjande strukturer som möjliggör forskarutbildningen. Den enskilt mest betydelsefulla är doktorandens handledare. Jag vill rikta ett varmt och hjärtligt tack till min handledare professor Ulf Bernitz. En handledare har många uppgifter. En av de första är att hjälpa doktoranden att omformulera de första idéerna om vad som kunde vara intressant att skriva om till en konstruktiv juridisk frågeställning. I detta har jag haft stor hjälp av Ulf. Så småningom blir handledarens uppgift en avvägning mellan att ibland ge ett mycket omfattande stöd och andra gånger tråda tillbaka för att möjliggöra doktorandens utveckling av forskningsmässig integritet och självständighet. Ulfs handledarskap har haft stor betydelse för mig.

När jag antogs till forskarutbildningen i Uppsala hade jag professor Ulf Göranson som handledare och jag vill även till honom rikta ett hjärtligt tack för allt stöd under den första doktorandtiden. Jag hann emellertid inte långt med projektet innan Ulf Göranson blev utnämnd till överbibliotekarie vid Uppsala universitets bibliotek Carolina Rediviva och därigenom skildes våra vägar.

En annan viktig stödjande struktur är dialogen med kollegerna. Jag har deltagit i det högre seminariet i offentlig rätt under professor Lena Marcussons ledning. Lena har satt sin personliga prägel på dessa seminarier som kännetecknats av god stämning förenat med konstruktiva och sakliga synpunkter på framlagt material. Till deltagarna i det högre seminariet i offentlig rätt vill jag rikta ett stort tack.

Kristina Ståhl, Karin Åhman, Susanne S:t Clair Renard, Caroline Taube och Margareta Brattström är personer som har varit betydelsefulla för mig. Alla de diskussioner och samtal som jag har haft med dessa kvinnor har hjälpt mig att orientera mig i tillvarons avvägningar mellan arbete, familjeliv och egen tid. Jag är tacksam för den vänskap som har utvecklat sig mellan oss. Jag vill också tacka Jonas Malmberg som var en bra fadder under min första tid som doktorand. Med Susanne S:t Clair Renard har jag kunnat utbyta mansusavsnitt och många tankar och hon hjälpt mig att se min text med nya ögon. I ämnesdiskussionen har Per Norberg vid Lunds universitet

varit betydelsefull. Per och jag delar intresset för den blandning av juridik, ekonomi, politik och historia som konkurrensrätten utgör. För språkgranskningen av den engelska sammanfattningen har jag nöjet att få tacka mina föräldrar Sylvia och Bertil Ekström. Adam Diamant har delat med sig av sitt kunnande i att skapa ett tryckfärdigt original. För särskilt stöd vill jag tacka tidigare prefekten professor Bengt Lindell. Under flera år har professor Fredrik Sterzel utgjort en mycket viktig samtalspartner. Jag vill rikta ett varmt tack till Fredrik för det betydelsefulla stöd han har givit mig.

Min känsla av tacksamhet blir också stark när jag tänker på den Juridiska institutionens bibliotek. Biblioteket med dess kunniga personal är ytterligare en stödjande struktur i forskarvärlden. De bibliotekarier som jag har haft kontakt med och som jag vill tacka är Birgitta Köhler, Margareta Årlebrand, Ulla Näslund-Knutsson, Anne Odenbring Ehlert, Sofia Sternberg, Åsa Adebäck Lowén, Marianne Öberg och Lars-Olof Andersson.

Min doktorandtjänst har varit både internt och externt finansierad. Det senare av Konkurrensverket och för detta vill jag tacka Rådet för konkurrensforskning. Konkurrensverket har även välvilligt skänkt mig rapporter och jag har kunnat kontakta olika tjänstemän för att få material eller för att få diskutera olika frågeställningar. Jag vill tacka Juridiska institutionen vid Uppsala universitet för finansiering av min doktorandtjänst och för generositet i samband med beviljandet av Elsa Eschelssonstipendiet.

Ett särskilt tack vill jag rikta till de privata stiftelser som bidragit med stipendier. Det är Helge Ax:son Johnsons Stiftelse, Trygg-Hansas forskningsstiftelse, Stiftelsen Staten och Rätten vid Stockholms universitet och Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning. Den sistnämnda stiftelsen har tillsammans med Juridiska institutionen finansierat tryckningen av avhandlingen.

För min familj har mitt arbete också inneburit påfrestningar. Min man Roland har hjälpt med korrekturläsning och varit mitt stöd under hela avhandlingstiden. Roland tillsammans med vår underbara dotter Lisen är de allra, allra viktigaste personerna i mitt liv. Till Lisen och Roland vill jag rikta det varmaste tack för att de har givit mig utrymme att känna glädje i arbetet med avhandlingen.

Ändringar i rättsläget har beaktats fram till 1 november 2002.

Uppsala den 2 april 2003

Eva Edwardsson

Förkortningar

ABA	American Bar Association
AJCL	American Journal of Comparative Law
Am.	Amendments
ANP	Andra Nordiska Publikationer
CED	Communauté européenne de défense
CPE	Communauté politique européenne
CMLRev	Common Market Law Review
CONV	Framtidskonventets publikationsserie
Dir.	Kommittédirektivserien
Dnr.	diarienummer
EEC	European Economic Community
EEG	Europeiska Ekonomiska Gemenskapen
EG	Europeiska Gemenskapen
EG-domstolen	Europeiska Gemenskapernas domstol
EG-fördraget	Fördraget om upprättandet av den Europeiska Gemenskapen
EGT	Europeiska Gemenskapernas officiella tidning. Serie L (Lagstiftning), serie C (Meddelanden och upplysningar)
EKMR	Europakonventionen om mänskliga rättigheter
EKSG	Europeiska Kol- och Stålgemenskapen
EMU	Ekonomisk och monetär union
ERT	Europarättslig tidskrift
EU	Europeiska Unionen
EJL	European Law Journal
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
F.T.	Folketingstidende (Danmark)
FTC	Federal Trade Commission
G/H	Grabitz/Hilf
HD	Högsta Domstolen
JCMS	Journal of Common Market Studies
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
KBL	Konkurrensbegränsningslagen 1953:603
KKV	Konkurrensverket
KL	Konkurrenslag (1993:20)
KomL	Kommunallag (1991:900)
KS 1998	Förkortning för skriften Konkurrenceloven 1998. Den

	ny konkurrencelov med forarbejder, utgiven av Konkurrencestyrelsen i Danmark
LBK	Lovbekendtgørelse
MD	Marknadsdomstolen
NFR	Näringsfrihetsrådet
NO	Näringsfrihetsombudsmannen
p.	punkt (förekommer särskilt i EG-domstolens domar)
Prop.	proposition
REG	Rättsfallssamling från domstolen och förstainstansrätten
RegR	Regeringsrätten
RF	Regeringsformen
RÅ	Regeringsrättens årsbok
s.	Sida(n), sidor(na)
sec.	Section
SCB	Statistiska Centralbyrån
SFS	Svensk Författningssamling
SJ	Statens Järnvägar
SOU	Statens Offentliga Utredningar
ssk.	Särskilt
St.	Stycke
SvJT	Svensk Juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordningen
TfR	Tidsskrift for rettsvitenskap
TLR	Texas Law Review
UfR	Ugeskrift for retsvaesen
U.S.	United States Supreme Court's Reports
USC	United States Code Collection
USD	US Dollar
v.	Versus

Innehållsförteckning

FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	5
INNEHÅLLSFÖRTECKNING	7
1 KONKURRENSLAGEN OCH KONKURRENSBEGRÄNSANDE OFFENTLIGA REGLERINGAR	14
1.1 KONKURRENS, KONKURRENSREGLER OCH KONKURRENSBEGRÄNSANDE OFFENTLIGA REGLERINGAR.....	14
1.1.1 <i>Konkurrens</i>	14
1.1.2 <i>Problemställning, syfte och motivering av valet av forskningsuppgift</i>	17
1.2 OLIKA SÄTT ATT LÖSA LAGKOLLISIONER	20
1.2.1 <i>Den samhällsekonomiska ordningens betydelse för synen på konkurrenslagstiftningens status</i>	20
1.2.2 <i>Förnyad tolkning så att lagkollisionen upphör</i>	22
1.2.3 <i>I andra hand prioritering</i>	23
1.3 METOD, MATERIAL OCH AVGRÄNSNINGAR.....	27
1.3.1 <i>Metod</i>	27
1.3.2 <i>Tidigare forskning, avgränsningar, material</i>	32
1.3.3 <i>Disposition</i>	37
2 DEN SAMHÄLLSEKONOMISKA ORDNINGEN, RÄTTSREGLERNA OCH KONKURRENSEN	41
2.1 VALET MELLAN KONKURRENS OCH REGLERING	41
2.1.1 <i>Ett exempel – hyresregleringen</i>	42
2.1.2 <i>Fördelar och nackdelar med konkurrens respektive reglering</i>	42
2.2 DET EKONOMISKA SYSTEMETS RÄTTSLIGA BETYDELSE	44
2.2.1 <i>Kritik</i>	44
2.2.2 <i>Framhävandet av institutioners betydelse för rättsordning och ekonomisk tillväxt</i> ..	45
2.2.3 <i>Konkurrensen och dess betydelse</i>	46
2.3 DEN EKONOMISKA KONSTITUTIONEN	48
2.3.1 <i>Freiburgskolan eller ordoliberalismen – ett europeiskt paradigm</i>	49
2.3.2 <i>Die Wirtschaftsverfassung – den ekonomiska konstitutionen</i>	52
2.3.3 <i>Konkurrenslagstiftningens status enligt ordoliberalismen</i>	55
2.3.4 <i>Den sociala marknadsekonomin</i>	57
2.4 ORDOLIBERALISMENS POLICYREKOMMENDATIONER OCH SVENSKA FÖRHÅLLANDEN AV IDAG	57

2.4.1	Likheter och skillnader	57
2.4.2	Slutsatser angående ordoliberalismens relevans för gällande rätt.....	62
2.5	ALTERNATIVA EKONOMISKA SYSTEM.....	63
2.5.1	Planekonomin	63
2.5.2	Blandekonomin	64
2.6	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER OCH ANALYS.....	65
2.6.1	Den samhällsekonomiska ordningens betydelse för rättsordningen.....	65
2.6.2	Den marknadsekonomiska ordningens betydelse för synen på konkurrens	66
2.6.3	Sverige och marknadskonomin som ekonomisk konstitution.....	67
3	FÖRHÅLLET MELLAN KONKURRENSREGLER OCH SÄRREGLERINGAR	
I AMERIKANSK RÄTT.....		68
3.1	DE AMERIKANSKA ANTITRUSTREGLERNA.....	69
3.1.1	<i>The Sherman Act</i>	69
3.1.2	Verkställande och sanktionsförfarande	71
3.2	SYNEN PÅ KONKURRENS	71
3.2.1	Kongressens ställningstagande för konkurrens	71
3.2.2	Högsta domstolens principiella syn på konkurrens	73
3.2.3	Sammanfattande bedömning om synen på konkurrens i den amerikanska rättsordningen	74
3.3	FEDERALA ANTITRUSTREGLER OCH KONKURRENSBEGRÄNSANDE DELSTATSREGLERING .	75
3.3.1	<i>State action-doktrinen</i>	75
3.3.2	Rättsfallen <i>Parker och Midcal</i>	76
3.4	STATE ACTION-DOKTRINENS NUVARANDE INNEBÖRD	79
3.4.1	<i>Inledning</i>	79
3.4.2	<i>Tydlighetskravet</i>	80
3.4.3	<i>Övervakningskravet</i>	82
3.4.4	<i>Särskilt om lokalsamhällens möjligheter att ersätta konkurrens med reglering</i>	83
3.4.5	<i>Privata företags konkurrensbegränsningar får ej auktoriseras</i>	85
3.5	FEDERALA ANTITRUSTREGLER OCH FEDERAL REGLERING	86
3.6	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER OCH ANALYS.....	87
4	MARKNADSEKONOMISKA GRUNDDRAG I EG-RÄTTEN.....	90
4.1	INLEDNING.....	90
4.1.1	Ökade kontaktytor mellan det offentliga och det privata.....	90
4.1.2	En allt fastare sammanslutning.....	91
4.2	FÖRHANDLINGARNA OM EEG-FÖRDRAGET	92
4.2.1	Förhandlingar om europeisk integration inleds	92
4.2.2	Diskussionerna leds över till det ekonomiska området.....	93
4.2.3	Spaakrapporten och konkurrensfrågorna.....	93

4.3	UTTRYCK FÖR MARKNADSEKONOMINS OCH KONKURRENSREGLERNAS STÄLLNING I EG-RÄTTEN	96
4.3.1	<i>Gemenskapens mål och medel</i>	96
4.3.2	<i>Den gemensamma marknaden</i>	98
4.3.3	<i>Den ekonomiska och monetära unionen</i>	100
4.3.4	<i>Konkurrensreglerna tillhör grunderna för rättsordningen</i>	102
4.3.5	<i>Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna</i>	104
4.3.6	<i>Alternativ ekonomisk ordning</i>	106
4.4	EG:S EKONOMISKA KONSTITUTION V. MULTI-LEVEL GOVERNANCE	107
4.4.1	<i>En politisk konstitution?</i>	107
4.4.2	<i>En ekonomisk konstitution i EG-rätten?</i>	108
4.4.3	<i>Flernivåstypelse. Teorin om Multi-level Governance och dess implikationer</i>	111
4.5	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER OCH ANALYS	117
4.5.1	<i>Uttrycket för marknadsekonomin i EG-rätten</i>	117
4.5.2	<i>Konkurrensreglernas ställning i EG-rätten</i>	118
5	EG-DOMSTOLENS PRAXIS GÄLLANDE KONKURRENSBEGRÄNSANDE REGLERINGAR	119
5.1	REGLERINGEN AV OFFENTLIGA ELLER SÄRREGLERADE FÖRETAGS NÄRINGSVERKSAMHET – ARTIKEL 86	119
5.1.1	<i>Inledning</i>	119
5.1.2	<i>Artikel 86.1 gällande offentliga företag och företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter</i>	123
5.1.3	<i>Artikel 86.2 – företag som anförtrots tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse</i> ..	136
5.1.4	<i>Artikel 86.3 – ett verktyg för avreglering</i>	142
5.1.5	<i>Direkt effekt av artikel 86</i>	143
5.2	ALLMÄNT OM EG-DOMSTOLENS PRAXIS ANGÅENDE KONKURRENSBEGRÄNSANDE OFFENTLIGA REGLERINGAR I EG-RÄTTEN	145
5.2.1	<i>Inledning</i>	145
5.2.2	<i>Konkurrensrättslig problematik i samband med exklusiva rättigheter</i>	146
5.3	ANVÄNDADET AV ARTIKEL 86 I KOMBINATION MED 82 PÅ OFFENTLIGA REGLERINGAR SOM GER FÖRETAG EXKLUSIVA RÄTTIGHETER	150
5.3.1	<i>Målet Albany – exklusiva rättigheter ger upphov till konkurrensbegränsning, men motiverade av artikel 86.2</i>	150
5.3.2	<i>Undantaget enligt artikel 86.2, dock ej vad gäller näraliggande tjänst – Corbeaumålet</i>	153
5.3.3	<i>Målet RTT mot GB-Inno-BM – dubbel ställning som beslutande instans och aktör</i> ..	155
5.3.4	<i>Höfnermålet – beviljandet av exklusiva rättigheter i sig strider mot fördraget om det är uppenbart att missbruk inte kan undvikas</i>	157
5.3.5	<i>Målen ERT och Porto di Genoa – exklusiva rättigheter tillsammans med ytterligare omständigheter strider mot fördraget</i>	158

5.3.6	<i>Inget problem om företaget inte missbrukar sin dominerande ställning</i>	161
5.4	ANVÄNDANDET AV ARTIKEL 81 PÅ KONKURRENSBEGRÄNSANDE OFFENTLIGA REGLERINGAR.....	161
5.4.1	<i>Inledning</i>	161
5.4.2	<i>Medlemsstaterna och konkurrensreglernas effektivitet</i>	162
5.4.3	<i>Lagstiftning med samma effekt som ett konkurrensbegränsande avtal</i>	163
5.5	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER OCH ANALYS	171
5.5.1	<i>Allmänt</i>	171
5.5.2	<i>Artikel 86 och 82</i>	172
5.5.3	<i>Nationell lagstiftning i strid med artikel 81</i>	173
6	FÖRHÅLLET MELLAN KONKURRENSREGLER OCH SÄRREGLERINGAR I DANSK RÄTT	175
6.1	DEN DANSKA KONKURRENSRÄTTEN FÖRE 1997	177
6.1.1	<i>Missbruksprincipen och transparens</i>	177
6.1.2	<i>Monopolloven endast tillämplig på privat näringsverksamhet</i>	177
6.1.3	<i>1989 års konkurrenancelov – utökad räckvidd, men utan tvångsmedel för offentligt reglerad verksamhet</i>	178
6.2	KONKURRENCELOVEN. LOV NR. 384 AV 10 JUNI 1997 – MED SENARE ÄNDRINGAR	179
6.2.1	<i>Ytterligare lagreformer</i>	179
6.2.2	<i>Lagens ändamål och räckvidd</i>	179
6.2.3	<i>Förbudsprincipen och EU-konformitet</i>	180
6.2.4	<i>Administration</i>	181
6.2.5	<i>Konkurrenceankenævnet</i>	183
6.3	BEHANDLINGEN AV KONKURRENSBEGRÄNSANDE OFFENTLIGA REGLERINGAR I DANSK RÄTT 183	
6.3.1	<i>Lagens tillämpningsområde</i>	184
6.3.2	<i>Offentliga regleringar</i>	186
6.3.3	<i>Regeln om konkurrensbegränsningar till följd av kommunala beslut</i>	188
6.4	KONKURRENCELOVEN I RÄTTSTILLÄMPNINGEN	189
6.4.1	<i>Domstolsavgöranden</i>	189
6.4.2	<i>Konkurrenceankenævnet</i>	190
6.4.3	<i>Konkurrencestyrelse</i>	191
6.5	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER OCH ANALYS	192
6.5.1	<i>Gradvis skärpning av dansk konkurrenslagstiftning</i>	192
6.5.2	<i>Förhållandet till kommunala regleringar</i>	193
6.5.3	<i>Preliminär jämförelse med svensk rätt</i>	193
7	FÖRHÅLLET MELLAN KONKURRENSREGLER OCH SÄRREGLERINGAR I SVENSK RÄTT	195
7.1	SYNEN PÅ SÄRREGLERINGAR I SVENSKA KONKURRENSLAGAR FRÅN 1953–1992	196

7.1.1	<i>Konkurrensbegränsningslagen (KBL)</i>	196
7.1.2	<i>Ett belysande fall från Marknadsdomstolen 1973</i>	199
7.1.3	<i>1982 år Konkurrenslag (1982:729)</i>	201
7.2	NUVARANDE KONKURRENSLAGEN OCH SÄRREGLERINGAR	202
7.2.1	<i>En ny konkurrenslag arbetas fram</i>	202
7.2.2	<i>Konkurrenslag (1993:20)</i>	205
7.2.3	<i>Konkurrenspolitiken</i>	207
7.3	SÄRREGLERINGAR I SVENSK RÄTTSPRAXIS	209
7.3.1	<i>Marknadsdomstolen</i>	209
7.3.2	<i>Mål gällande konkurrenslagen vid Högsta domstolen och Regeringsrätten</i>	213
7.4	KOLLISIONER MELLAN KONKURRENSLAGEN OCH OFFENTLIGA REGLERINGAR I KONKURRENSVERKET'S PRAXIS	215
7.4.1	<i>Inledning</i>	215
7.4.2	<i>Ordalydelsens betydelse</i>	217
7.4.3	<i>Frågan om formell normstatus</i>	218
7.4.4	<i>Tvåstegsprövningen angående direkt och nödvändig effekt eller ofrånkomlig konsekvens</i>	220
7.4.5	<i>Restriktiv tolkning av särregleringar – dock betydelse för beviljandet av undantag</i>	222
7.4.6	<i>Tillståndspliktig verksamhet</i>	223
7.4.7	<i>Myndighetsutövning</i>	224
7.5	RÄTTSLIGA HANTERINGSREGLER – LEX SPECIALIS M.FL.	226
7.6	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER OCH ANALYS	231
8	PÅSTÅDD UNDERPRISSÄTTNING AV OFFENTLIGA AKTÖRER – ETT KONKURRENSRÄTTSLIGT PROBLEM	234
8.1	INLEDNING	234
8.1.1	<i>Doping med skattemedel</i>	234
8.1.2	<i>Offentliga och privata aktörer konkurrerar på samma marknader – men på olika villkor</i>	235
8.1.3	<i>Konkurrenssnedvridande prissättning av offentliga aktörer</i>	236
8.2	DET KONKURRENSRÄTTSLIGA PROBLEMET UNDERPRISSÄTTNING	237
8.2.1	<i>Konkurrensverkets beslut om det kommunala gymet Hälsökällan</i>	237
8.2.2	<i>Definition i ekonomisk teori</i>	239
8.2.3	<i>EG-domstolens definition av underprissättning</i>	240
8.2.4	<i>Underprissättning i Marknadsdomstolens praxis</i>	240
8.3	OFFENTLIG UNDERPRISSÄTTNING ELLER KONKURRENSSNEDVRIDANDE BETEENDE ÖVERHUVUD?	241
8.3.1	<i>Befintliga regler för statliga och kommunala aktörer gällande kompetens och prissättning av ekonomisk verksamhet</i>	241
8.3.2	<i>Tillämpliga regler för statens agerande som ekonomisk aktör</i>	243
8.3.3	<i>Principer tillämpliga på kommuners näringsverksamhet</i>	244

8.4	FÖRSLAG TILL FÖRÄNDRAD LAGSTIFTNING.....	246
8.4.1	<i>Ds 2001:17 "Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor"</i>	246
8.4.2	<i>Kommentarer till förslaget</i>	248
8.5	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER OCH ANALYS.....	250
9	KONKURRENSLAGEN OCH DET ARBETSRÄTTSLIGA UNDANTAGET	253
9.1	INLEDNING.....	253
9.2	DET ARBETSRÄTTSLIGA UNDANTAGET	254
9.2.1	<i>Varför behövs ett arbetsrättsligt undantag?</i>	254
9.2.2	<i>EG-rätten</i>	255
9.2.3	<i>Svensk rätt</i>	257
9.2.4	<i>En restriktiv syn på det arbetsrättsliga undantaget?</i>	257
9.3	FORTSATTA KONFLIKTOMRÅDEN.....	258
9.3.1	<i>Kollektiva försäkringar</i>	259
9.3.2	<i>Bemanningsfrågor</i>	261
9.3.3	<i>Konspirationsfallen</i>	263
9.4	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER OCH ANALYS.....	264
10	SAMMANFATTANDE ANALYS	265
10.1.1	<i>Den förändrade svenska lagstiftningens uteblivna effekter</i>	265
10.1.2	<i>Erfarenheterna från andra rättsordningar</i>	268
10.1.3	<i>Rådande rättsläge</i>	271
10.1.4	<i>De lege ferenda</i>	273
10.1.5	<i>Några ord om en annan problematik – marknadslösningar i offentlig sektor</i>	276
	THE SWEDISH COMPETITION ACT AND ANTI-COMPETITIVE REGULATIONS ..	278
	INTRODUCTION.....	278
	<i>The importance of the economic order</i>	280
	<i>Experiences from the non-Swedish Legal Orders</i>	280
	<i>The New Legislation's Lack of Effect</i>	283
	<i>Are Regulations Still a Serious Problem?</i>	285
	THE PRESENT SITUATION IN SWEDISH LAW.....	286
	<i>De lege lata</i>	286
	<i>De lege ferenda</i>	287
	KÄLLFÖRTECKNING.....	289
	LITTERATUR.....	289
	ARTIKLAR	292
	OFFENTLIGT TRYCK.....	294
	<i>Propositioner</i>	294
	<i>Förordningar</i>	294
	<i>Statliga offentliga utredningar</i>	295

<i>Departementsserien</i>	295
<i>Övrigt svenskt offentligt material</i>	295
<i>Danskt offentligt material</i>	295
OFFENTLIG TRYCK FRÅN EUROPEISKA UNIONENS INSTITUTIONER	295
ÖVRIGT	296
WEBSIDOR	296

1 Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar

1.1 Konkurrens, konkurrensregler och konkurrensbegränsande offentliga regleringar

1.1.1 Konkurrens

Konkurrens är ett ord som väcker känslor. Associationerna kan vara positiva eller negativa. Konkurrens människor emellan, annat än då det gäller idrott, kan associeras till negativa företeelser som utslagning, "vassa armbågar" och att bli bortvald. Åsikten att det är fult att konkurrera med andra är inte ovanlig, samtidigt som det på olika plan pågår en ständig konkurrens människor emellan. Även i djur- och växtriket är konkurrensen alltid närvarande. Fenomenet konkurrens verkar vara en del av livet.

I svenska språket är ordet konkurrens synonymt med tävlan.¹ Till ordet tävlan är det jämförelsevis lättare att få fram positiva associationer. Många människor – dock inte alla – tycker att det är både roligt och spännande att tävla i idrott och spel, vare sig man tävlar själv eller är åskådare till en tävling. Den som vinner på ett ärligt sätt är värd andras uppskattning och den utslagning som drabbar förloraren gäller själva tävlingen, inte tillvaron i

¹ "Tävlan" har till skillnad från ordet "konkurrens" ett fornsvenskt ursprung i ordet *tafl*, som betyder brädspele. Ordet tavla har samma ursprung.

stort. En grundläggande förutsättning för att tävlingssituationen skall ha positiva effekter på de tävlande och på omgivningen är att tävlingen eller konkurrensen upplevs som rättvis. Detta tillgodoses bäst genom att det finns regler som deltagarna i tävlingen måste följa och att regelöverträdelser beivras. När man väl har kommit överens om reglerna i tävlingen kan den individuella skickligheten få avgöra vem som vinner. I de flesta tävlingar följs reglerna av den absoluta majoriteten av tävlande, men det är också troligt att några kommer att försöka fuska för att komma i ett bättre läge.

Ordet ”konkurrera” har latinskt ursprung där *concurrere* betyder ”löpa samman.”² Inställningen till konkurrens mellan *företag* är kanske mer positiv än inställningen till konkurrens mellan människor.³ Hos lagstiftaren, både i Sverige och i EU, är synen på konkurrens idag mycket positiv, men det har inte alltid varit så. Går man tillbaka drygt hundra år i tiden var synen avgjort mer negativ.⁴ En ökad ekonomisk frihet och industrialiseringen i dess spår medförde ekonomisk tillväxt under 1800-talet, men också negativa sociala konsekvenser. Det senare hade ju övergångsvis kunnat accepteras om den ekonomiska utvecklingen stadigt hade gått framåt, men så blev det inte. Ekonomin verkade aldrig vilja komma ”i balans” och Sverige liksom andra europeiska länder drabbades tidvis av kraftig ekonomisk tillbakagång utan att någon egentligen visste vilka åtgärder som borde vidtas för att komma tillrätta med de ekonomiska problemen.⁵ Det fanns en skepsis mot att marknadens aktörer agerade okoordinerat och synsättet utvecklades att konkurrens var en kraft som måste tyglas. Ledande svenska politiker gav uttryck för att det var bättre att samarbeta på det ekonomiska området än att konkurrera.⁶

Marknadens konkurrens i kombination med ett adekvat rättsligt regelverk har emellertid under tidens gång visat sig vara bra för innovationsbenägenheten, resursutnyttjandet, konsumenterna och ytterst för samhället. Förde-

² Det finns närbesläktade ord med *concurrere* som också är välkända för jurister. *Concursus* betyder sammanlopp (borgenärens samordnade jakt på det som återstår av gäldenärens tillgångar) och det i akademiska sammanhang så flitigt använda ordet *diskurs* är hämtat från ordet *discursus* (löpa hit och dit).

³ Enligt en Sifundersökning från år 2002 gav 70% av de tillfrågade ett positivt eller mycket positivt svar på frågan ”Hur reagerar du inför ordet konkurrens?” Se Konkurrensnytt, nr 9/2002, s. 1–2.

⁴ Viktor Rydbergs dikt från 1891 ”Den nya Grottesången” om kung Frode, guden Mammon och Grottekvarnen illustrerar den negativa hållningen till konkurrens som fanns företrädd i Sverige kring förra sekelskiftet.

⁵ Om inställningen till konkurrens mer allmänt i några av Europas länder vid tiden före första världskriget, se Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*. Protecting Prometheus, 1998, s. 16–34, 43–68, (Österrike), 69–114, (Tyskland), s. 76

⁶ Denna åsikt framfördes av bland annat Ernst Wigforss 1925, (socialdemokratisk finansminister 1925–26, 1932–36 och 1936–49), se Lewin, *Planhushållningsdebatten*, 1970, s. 35–36

larna med effektiv konkurrens inom näringslivet är idag så väl dokumenterade att det till exempel sägs i regeringens proposition om konkurrenspolitik från år 2000 att någon ytterligare utredning om detta inte är nödvändig.⁷

Även mellan företag är det emellertid en grundläggande förutsättning för en positiv utveckling att konkurrens sker på någorlunda rättvisa villkor. När företag skall konkurrera med varandra på marknader krävs regler för hur dessa skall uppträda. De förfaranden som är otillåtna måste identifieras och regelöverträdelser beivras.

Det primära rättsliga medlet för att främja en effektiv konkurrens i den svenska rättsordningen är konkurrenslagen (1993:20), som är en generell lag som talar om för företagen att de inte får samarbeta med varandra på ett otillåtet konkurrensbegränsande sätt och inte heller missbruka sin eventuella dominerande ställning. Företagen skall alltså konkurrera med varandra. Konkurrenslagstiftningen kan sägas uttrycka att konkurrensen på svenska marknader måste skyddas (1 § KL). Vid sidan av den svenska konkurrenslagen finns även flera artiklar i EG-fördraget som föreskriver att konkurrens skall råda på den inre marknaden.

Frestelsen för företagen att fuska i konkurrensen med andra företag finns där. Det mesta av den konkurrensrättsliga litteraturen handlar just om företags konkurrensbegränsande agerande. Den här avhandlingen handlar däremot om en annan fråga, nämligen hur man rättsligt hanterar situationen där det är det allmänna – alltså staten eller kommunen – som åstadkommer att konkurrensen begränsas genom att utfärda konkurrensbegränsande offentliga regleringar. Med konkurrensbegränsande offentliga regleringar avses regleringar i författningsform vilka endast omfattar viss eller vissa branscher och som reglerar marknadsinträde, produktion, prissättning eller marknadsföring.⁸ Som jämförelsematerial till hanteringen av konkurrensbegränsande offentliga regleringar behandlas också i ett av kapitlen räckvidden av det arbetsrättsliga undantaget, dvs. en situation där lagstiftaren från början har undantagit ett potentiellt konkurrensbegränsande förfarande från konkurrenslagens tillämpningsområde. Ett annat kapitel ägnas den näraliggande frågan hur väl konkurrenslagen eller något annat regelverk kan motverka konkurrensproblem i samband med att det offentliga uppträder som aktör på en marknad.

⁷ Proposition 1999/2000:140, Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald, s. 46

⁸ Definitionen är hämtad från Bernitz, Sjöfart och konkurrensrätt, 1976, s 102. Ett synonymt uttryck till konkurrensbegränsande offentlig reglering är uttrycket *särreglering*

1.1.2 Problemställning, syfte och motivering av valet av forskningsuppgift

En ekonomi där priset på varor och tjänster bestäms på olika marknader där säljare och köpare kan mötas kallas marknadsekonomi.⁹ I Sveriges riksdag råder bland de flesta politiska partierna en pragmatisk enighet om att marknadsekonomin är den ekonomiska ordning som bäst förmår att producera välfärd.¹⁰ Marknadsekonomin goda resultat, i form av bland annat effektiv resursallokering, förutsätter att konkurrens råder på olika marknader. På vissa marknader verkar det emellertid saknas förutsättningar för konkurrens eller så ger konkurrensen resultat som inte är önskvärda. Detta har lett till att det på en viss marknad eller för en viss typ av företeelse införs särskilda regleringar. Regleringar kan medföra att konkurrenslagen inte kan tillämpas.

Den 1 juli 1993 började en ny konkurrenslag att gälla i Sverige. Lagen var unik på många sätt, bland annat för att den utgjorde en kopia av EG-fördragets konkurrensregler redan innan Sverige blev medlem av den Europeiska unionen. Det var emellertid inte enbart de två huvudsakliga konkurrensrättsliga förbuden som övertogs från EG-rätten, utan också hela den administrativa modellen för hur konkurrensbegränsningar skulle motverkas tillsammans med sanktionssystemet. I svensk rätt blev konkurrensbegränsande avtal ogiltiga. Efter mönster från EG-rätten infördes ordningen att det

⁹ En närmare juridisk definition av det marknadsekonomiska systemet följer i kapitel 2.

¹⁰ *Moderata samlingspartiet* säger i sitt partiprogram att Sverige skall vara en marknadsekonomi (partiprogram augusti 2002), s. 17. *Kristdemokraterna* skriver i sitt principprogram att ett gott samhälle byggs utifrån en marknadsekonomi baserad på etiska principer, styrd av ekologiska och sociala hänsyn. (Principprogram 2001, s. 43). *Folkpartiet liberalerna* anför att marknadsekonomin är överlägsen alla andra ekonomiska system (partiprogram 1997, reviderat 1999 och 2001, s. 15). *Centerpartiet* har i sitt idéprogram från 2001 ett avsnitt om "social marknadsekonomi" där det sägs att "En social marknadsekonomi bygger på goda spelregler, formade av hänsyn till miljö, sociala förhållanden och regionala effekter. En marknadsekonomi byggd på ett spritt personligt ägande och friheten att träffa avtal stimulerar människor till ansvarstagande. Det är den ekonomiska modell som lämnar störst utrymme för människors frihet, som bidrar till att frigöra resurser för den gemensamma välfärden och som bidrar till den mest effektiva fördelningen av samhällets resurser." I utkastet till nytt partiprogram för *Socialdemokratiska arbetarepartiet* år 2000 föreslogs att partiet skulle vara "mot kapitalism och för marknadsekonomi" (förslag 2000-11-10, s. 9). Detta godtogs inte av partikongressen, utan socialdemokraterna säger sig i sitt partiprogram (2001) vara för "blandekonomi, som bygger på en blandning mellan samhälleliga åtgärder och marknadsmekanismer...". *Miljöpartiet de gröna* liksom *Vänsterpartiet* avviker, de senare genom att vara för "ett ekonomiskt och politiskt demokratiskt system." Kapitalismen skall avskaffas (partiprogram 2000, s. 4). *Miljöpartiet* vill omvandla marknadsekonomin till en kretsloppsekonomi. Kretsloppsekonomin betonar behovet av "en hållbar utveckling som bygger på att ändliga naturresurser inte förbrukas och att naturens tillgångar inte konsumeras snabbare än de nybildas." (Partiprogram, 2002-01-08, avsnitt Kretsloppsekonomi).

nyinrättade Konkursverket gavs befogenhet att meddela undantag från lagens förbud. Med detta system blev det obligatoriskt för företagen att hos Konkursverket begära undantag för varje avtal med möjlig konkurrensbegränsande effekt. Sådana anmälningar med begäran om icke-ingripandebesked och undantag välldes in till Konkursverket och det tog flera år att handlägga alla ärenden.¹¹ De ekonomiska sanktionerna i form av konkurrensavgifter som drabbade företag vid överträdelser av konkurrensreglerna nådde dittills oanade höjder.

Det främsta skälet bakom skärpningen av konkurrenslagstiftningen var att konkurrensen i Sverige ansågs vara otillräcklig.¹² En statlig utredning med namnet Konkurrenskommittén hade 1989 fått i uppdrag att ta fram ett förslag till ny konkurrenslagstiftning. I Konkurrenskommitténs direktiv ingick uppgiften att undersöka hur konkurrensfrågorna kunde få en större betydelse på de sektorer där särskilda offentliga regleringar gällde. Kommittén skulle ta ställning till om konkurrenslagstiftningen kunde tillämpas i högre grad på dessa områden och hur en sådan tillämpning i så fall skulle gå till.¹³

Enligt en bred undersökning av konkurrensförhållandena i 61 olika branscher som Konkurrenskommittén lät göra fanns det också allvarliga hinder för en effektiv konkurrens och kommitténs slutsats var att just förekomsten av offentliga regleringar var ett sådant hinder.¹⁴ Problemen till följd av konkurrensbegränsande offentliga regleringar ansågs vara så allvarliga att dåvarande Industriförbundet menade att borttagandet av dessa var den enskilt viktigaste konkurrensfrämjande åtgärden i svensk ekonomi. En ny konkurrenslagstiftning kom först på fjärde plats.¹⁵

Mot bakgrund av den problembild som fanns före lagreformen är det av intresse att få veta om 1993 års konkurrenslag har motsvarat förväntningar-

¹¹ Detta system är för närvarande under utredning, eftersom rådets nya tillämpningsförfordning 1/2003/EG har ersatt det tidigare (17/62/EEG). Rådets tillämpningsförfordning träder i kraft den 1 maj 2004. I den nya rådsförfordningen avskaffas möjligheten för företagen att söka individuellt undantag samt icke-ingripandebesked. Därför måste utredas om samma ordning skall införas i Sverige. Se Dir 2003:2, Näringsdepartementet.

¹² Prop. 1992/93, Ny konkurrenslagstiftning, s. 4

¹³ Dir. 1989:12 Förstärkt konkurrenspolitik, s. 1, 9

¹⁴ SOU 1991:59 Konkurrens för ökad välfärd, s. 21.

¹⁵ Industriförbundet menade i sitt remissyttrande 1992 att borttagande av offentliga regleringar, avskaffande av gränsskydd och tekniska handelshinder samt ökat inslag av konkurrens i offentligt bedriven verksamhet var de tre viktigaste åtgärderna. En väl fungerande konkurrenslag ansågs i och för sig också vara nödvändig, men av underordnad betydelse i förhållande till de tre första punkterna. Ds 1992:11, Remissyttranden över Konkurrens för ökad välfärd (SOU 1991:59), s. 13–14

na om att konkurrenslagen nu i högre grad än tidigare kan tillämpas på marknader där det förekommer offentliga regleringar.¹⁶

Givetvis är ett effektivt sätt att öka konkurrenslagens tillämpningsområde att ta bort de konkurrenshämmande regleringarna, dvs. att avreglera. Under en längre tid har en aktiv avregleringspolitik förts, både i Sverige och inom EU. Detta har lett till att mängden konkurrensbegränsande offentliga regleringar har minskat. Alla är dock inte avskaffade. De rättsliga problem som uppstår vid konflikter mellan kvarvarande konkurrensbegränsande offentliga regleringar och konkurrenslagens förbud kan alltså vara svåra att lösa. Svårigheterna hör ihop med att konkurrenslagen, som är det primära rättsliga instrumentet att upprätthålla konkurrensen på olika marknader, främst är tänkt att tillämpas mot *företags* konkurrensbegränsande beteende. Också EG-fördragets konkurrensregler riktar sig i första hand till företag, även om det i EG-fördraget finns några ytterligare artiklar som mer direkt berör problematiken med konkurrensbegränsande offentliga regleringar.

Det finns således ett problem med konkurrensbegränsningar orsakade av offentliga regleringar, men det finns inget särskilt avpassat rättsligt redskap eller metod för att hantera problemet. Detta gör det intressant att undersöka hur kollisioner mellan konkurrenslagens förbud och konkurrensbegränsande offentliga regleringar trots allt hanteras i gällande rätt. En ytterligare omständighet som gör frågor om konkurrensbegränsande offentliga regleringar värda att studera närmare är betydelsen av Sveriges medlemskap i EU. Den svenska riksdagens möjligheter att begränsa konkurrensen genom offentliga regleringar har ändrats genom det svenska EU-medlemskapet och det förändrade rättsläget och konsekvenserna av detta måste redovisas.

Emellertid måste en viktig precisering av frågeställningen göras. En konflikt mellan den svenska konkurrenslagen och en konkurrensbegränsande offentlig reglering uppstår exempelvis då den senare tvingar fram något som är förbjudet enligt konkurrenslagen. Detta inträffar till exempel om en rättsakt skulle föreskriva så kallad bruttoprissättning, trots att detta ses som ett otillåtet konkurrensbegränsande avtal enligt 6 § konkurrenslagen.¹⁷ En annan form av konkurrensbegränsande offentlig reglering är ett legalt monopol där endast staten eller ett företag som staten bestämmer får bedriva en viss ekonomisk verksamhet. Konflikten med konkurrenslagen blir här indi-

¹⁶ Det måste dock beaktas att konkurrenslagen 1993:20 inte utformades direkt på grundval Konkurrenskommitténs förslag. Efter remissbehandlingen av SOU 1991:59 utsändes ett nytt förslag till konkurrenslag från Näringsdepartementet – Ds 1992:18 – och propositionen Ny konkurrenslagstiftning 1992/93:56 bygger vad gäller konkurrenslagens utformning på denna. Turena kring konkurrenslagens tillkomstsätt beskrivs i kapitel 7.

¹⁷ Bruttoprissättning innebär att en leverantör föreskriver ett fast pris eller ett visst minsta pris som återförsäljaren i nästa led eller slutledet skall ta ut vid försäljning eller uthyrning. Se Bernitz, Den svenska konkurrenslagen, 1996, s. 40

rekt, eftersom monopol inte i sig är förbjudna, endast så kallat missbruk av dominerande ställning. Här kan det emellertid finnas ett nära samband mellan den offentliga regleringen och företagets beteende som konkurrensrättsligt kan utgöra missbruk av dominerande ställning. Därutöver kolliderar ett legalt monopol med den allmänna näringsfrihet som råder i den svenska rättsordningen. Däremot är inte varje rättsregel som på något sätt påverkar konkurrensförutsättningarna på en marknad i konflikt med just konkurrenslagen.

Ur rättstillämpningens synvinkel existerar en generell konkurrenslag sida vid sida med ett antal konkurrensbegränsande offentliga regleringar och dessa regelkomplex är samtidigt tillämpliga. Hur löses rättsliga konflikter i svensk rätt mellan å ena sidan konkurrenslagstiftningen och å andra sidan konkurrensbegränsande offentliga regleringar? Det övergripande syftet med avhandlingen är att söka svaret på detta och att värdera denna lösning.

1.2 Olika sätt att lösa lagkollisioner

När två giltiga rättsregler är samtidigt tillämpliga men inbördes motstridiga uppstår det som jurister brukar benämna en lagkollision. Båda reglerna kan inte tillämpas samtidigt. Avhandlingens syfte att försöka svara på hur sådana lagkollisioner skall hanteras rättsligt är onekligen en omfattande frågeställning. För att ge en översikt över vilka frågor som måste studeras när gällande rätt undersöks i senare kapitel skall nu göras en genomgång av faktorer som kan påverka frågeställningen samt av olika tänkbara sätt att lösa kollisioner mellan konkurrenslagstiftningen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar. Vissa lösningsmodeller används i olika rättsordningar medan andra är mer teoretiskt tänkbara.

1.2.1 Den samhällsekonomiska ordningens betydelse för synen på konkurrenslagstiftningens status

Först några ord om det rättsliga sammanhang i vilken kollisioner mellan konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar äger rum. Hur angeläget intresset bakom en enskild konkurrensbegränsande reglering är borde kunna fastställas från fall till fall. Emellertid måste det då också kunna fastställas hur viktigt det är med konkurrens och hur viktig konkurrenslagstiftningen är i rättsordningen, annars går det inte att avväga de olika intressena (konkurrens och det motstående intresset) mot varandra. Synen på hur viktig konkurrenslagstiftningen är eller annorlunda uttryckt vilken status konkurrenslagstiftningen har är avhängigt ett rättspolitiskt och

ideologiskt sammanhang. Konkurrenslagstiftningen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar har det gemensamt att de reglerar ekonomiska skeenden. Det är uppenbart att rättsregler verkar bestämmande på ekonomiskt handlande. Något mindre uppmärksammat är att även det omvända råder – att rättsordningens gestaltning har påverkats av individernas ekonomiska handlande. Därför måste frågan ställas om inte en god lösningsmodell för kollisioner mellan konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar bör ta hänsyn till den samhällsekonomiska ordningen, eftersom just den samhällsekonomiska ordningen verkar bestämmande på konkurrenslagstiftningens status.

Konkurrensrätt är ett rättsområde som kombinerar ekonomi och juridik, men också politik och ideologi. Vilken syn som finns på betydelsen av konkurrens i näringslivet hör samman med betraktarens politiska åskådning.¹⁸ Emellertid är betydelsen av konkurrens inte enbart en fråga för den enskilde betraktaren. Synen på samhällsekonomins grundvalar finns, liksom den politiska grundhållningen (demokratien) också uttryckt i rättsordningen. Alla kan vi vara överens om att frågan om t.ex. konkurrenslagstiftningens status skulle bedömas annorlunda i en planekonomi jämfört med en marknadsekonomi. Konkurrenslagstiftningen skulle kanske inte ens existera i den förra, men tillmätas stor betydelse i den senare.

Synen på konkurrenslagstiftningens betydelse och vikten av konkurrens kan ändras över tiden. Man kan till exempel ställa sig frågan om den svenska konkurrenslagstiftningens status ändrades i och med att lagstiftningen kom att bygga på förbudsprincipen jämfört med när den byggde på den svagare missbruksprincipen?¹⁹ Därtill kommer effekterna på konkurrenslag-

¹⁸ En av marknadsekonomins fördelar är dess förmåga att frambringa välbefinnande, som kan användas till att upprätthålla en social dimension i samhället. Anna Christensen har insiktsfullt uttryckt att skillnaden i materiella livsvillkor mellan människor som är beroende av varandra inte får vara alltför stora och ingen får lämnas utanför. Se Christensen, Social rättvisa i en modern marknadsekonomi, 1992, s. 5, 19. En grundläggande fördel med marknadsekonomi är vidare att sådant decentraliserat ekonomiskt system underlättar individens frihet.

¹⁹ Skillnaden mellan en konkurrenslag baserad på missbruksprincipen respektive förbudsprincipen ligger både i synen på det konkurrensbegränsande beteendet och hur statens roll uppfattas. I det förra systemet är det inte förbjudet att ingå konkurrensbegränsande avtal, sådana överenskommelser får dock inte missbrukas. Staten står för övervakningen att missbruk inte sker. I ett förbudsbaserat system är det förbjudet att ingå konkurrensbegränsande avtal, men lagstiftaren eller domstolarna formulerar ändå vissa undantag från förbudet. Synen på det konkurrensbegränsande beteendet kan i detta senare system sägas vara mer fördömande. I det fall konkurrenslagen vilar på missbruksprincipen läggs ansvaret på staten att kunna kontrollera och motverka missbruk. Uppträcks inte konkurrensbegränsande avtal är det myndigheternas fel. Ett underliggande antagande bakom missbrukssystemet är då att staten överhuvud har förmågan att kontrollera hela näringslivet och att motverka alla förfarande som är dåliga. Med ett förbudssystem skjuts ansvaret över på de ekonomiska aktörerna.

stiftningens betydelse som Sveriges anslutning till EG-fördraget samt anpassning av den svenska lagstiftningen till EG-fördragets regler kan tänkas ha medfört. EG-domstolen har i *Eco-Swissmålet* från 1999 slagit fast att åtminstone förbudet mot kartellavtal i artikel 81 utgör *ordre public*, dvs. artikeln utgör en del av grunden för rättsordningen.²⁰ När nu konkurrenslagens 6 § har utformats som en kopia av artikel 81 EG och det i svenska förarbeten anges att EG-domstolens rättspraxis skall vara ledande för tillämpningen av konkurrenslag, utgör då även 6 § KL *ordre public* i svensk rätt?

1.2.2 Förnyad tolkning så att lagkollisionen upphör

Något som möjligen skulle förvåna en icke-jurist, men som ligger helt i linje med den rättsdogmatiska metoden, är att den lösning som bör väljas i första hand är att ifrågasätta om det verkligen föreligger en lagkollision.²¹ Det kanske är möjligt att bli av med kollisionen genom att på nytt granska de skenbart kolliderande reglernas tillämpningsområde. Den ena eller andra lagen kanske kan tolkas så att lagkollisionen försvinner.²²

När förbudsprincipen eller missbruksprincipen som grund för konkurrensreglerna diskuteras brukar reglerna om företagsförvärv vanligen lämnas utan avseende. Konkurrensrättsliga regler om företagsförvärv bygger vanligen att planerade förvärv måste förhandsanmälans och att de kan genomföras endast om behörig instans lämnar sitt godkännande, vilket kan kallas för en "kontrollprincip". Se Levinsen, Konkurrenceloven, 2001, s. 13

²⁰ Mål C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd mot Benetton International NV*, REG 1999 s. I-3055. Termen *ordre public* är hämtad från den internationella privaträtten och betecknar sådana regler som utgör grunderna för ett lands rättsordning. Att en utländsk rättsregel strider mot *ordre public* kan vara ett skäl för en domstol att inte tillämpa en främmande stats rätt, trots att det formellt både möjligt och riktigt att göra så.

²¹ Inom juridiken har ordet "rättsdogmatik" en positiv värdeledning till skillnad från hur dogmatism uppfattas allmänt och inom andra samhällsvetenskaper.

²² Att genom en förnyad och fördjupad tolkning åsidosätta den skenbara lagkollisionen är en förstahandslösning inom juridiken. Varför är detta så viktigt? Skälet är bland annat att med motstridiga rättsregler riskerar sinsemellan lika fall att behandlas olika beroende på vilken regel man väljer. Att lika fall skall behandlas lika är en grundläggande norm inom juridiken. Peczenik för ett resonemang om "Juridisk lösning av kollisioner mellan rättsnormer" i sin bok "Vad är rätt?" (1995) som är lätt att instämma i. Den juridiska tolkningens samhälleliga roll menar Peczenik vara att tolka rättsreglerna så att de bildar ett enda rättssystem. Juridiken har ett grundantagande om att rättssystemet hänger ihop. Det betyder, menar han, att jurister betraktar en stats rätt som ett enda system, att motsägelser inom rättssystemet anses utgöra en systemdefekt och att jurister strävar efter att tolkningsvis åsidosätta defekterna. Peczenik uppfattar den juridiska tolkningens mål som att göra rättsordningen så sammanhängande som möjligt. Två rättsnormer som är oförenliga bör därför antingen omtolkas så att de harmoniserar eller så löses kollisionen genom att den ena ges företräde framför den andra. (Peczenik, s. 273–286, ssk. 276, 278, 280–281).

Restriktiv tolkning

Antingen konkurrenslagen eller den konkurrensbegränsande offentliga regleringen kan tolkas restriktivt. Därigenom kan kollisionen mellan dem fås att upphöra. Vilken regel av de två skall tolkas restriktivt – konkurrenslagens förbud eller den konkurrensbegränsande offentliga regleringen? Denna fråga är öppen för argumentation, men det är av intresse att få veta vilken lösning som har mest stöd i rättskällorna.

Huvudregel – undantag

En annan lösning är att se saken så att konkurrenslagen uttrycker en huvudregel, nämligen att det i en marknadsekonomi skall råda konkurrens på marknader. En reglering som medför avvikelser från konkurrens skulle då ses som ett undantag till denna klart etablerade huvudregel. Inom juridiken tolkas undantag av logiska skäl i allmänhet restriktivt. Vid tvivelsmål bör en klart etablerad huvudregel ges företräde. Om det förhåller sig eller bör förhålla sig så är också en frågeställning som är öppen för argumentation.

1.2.3 I andra hand prioritering

Om en prioritering mellan lagregler måste ske, är det ju en allmän synpunkt att den regel som är ”viktigast” i en enskild situation bör ges företräde. Problemet är dock att hitta en metod som helst både generellt och i ett enskilt fall kan ge svar på frågan om vilken norm som är den viktiga i svensk rätt inom områden som berörs av konkurrensbegränsande offentliga regleringar. Tidigare var den svenska lagstiftaren i princip allenarådande och kunde efter eget skön utfärda de konkurrensbegränsande regleringar som ansågs viktigare än ett genomslag för konkurrenslagens förbud. Nu måste hänsyn tas till de begränsningar och även de tolkningsprinciper som följer av EG-rätten i tillämpliga delar.

Det blotta faktum att en konkurrensbegränsande offentlig reglering existerar är emellertid i sig ett argument för att den också skall få genomslag. En

Det främsta skälet till varför en förnyad tolkning som får kollisionen att försvinna är att föredra framför en prioritering mellan reglerna är att alla giltiga rättsregler ytterst har en demokratisk legitimitet. Gällande rättsregler kan därför inte lättvindigt åsidosättas. Det faktum att Sverige är medlem i EU och det utfärdas massvis med rättsregler och domslut inom och utom Sverige som kanske är motstridiga ändrar inte antagandet om rättssystemets enhet. En enskild domstol kan inte få hela rättsordningen att hänga ihop, men kommer alltid (om den inte vill göra sig skyldig till ett allvarligt fel) att kunna träffa ett avgörande i ett enskilt mål. En annan sak är att antagandet om rättssystemets enhet vid en enskild tidpunkt säkert kan sägas vara en fiktion. Objektivt iakttagbar är däremot den faktiska strävan efter enhetlighet som finns inom en rättsordning.

jurist kan välja att uttrycka det så att den *prima facie* skall tillämpas. Detta förstahandsantagande om att en konkurrensbegränsande offentlig reglering skall tillämpas kan emellertid med en juridisk argumentation tillbakavisas, helt eller delvis. Avhandlingen är inriktad på att undersöka när och hur detta är möjligt.

Allt som det offentliga står bakom går före konkurrenslagen – eller tvärtom

En lösning är ju att låta alla konkurrensbegränsande offentliga regleringar ha företräde framför konkurrenslagen. Före 1993 gällde dåvarande konkurrenslagens förbud endast sådant som var "från allmän synpunkt otillbörligt". I praktiken medförde detta att *allt* sådant som det allmänna kunde sägas stå bakom hade företräde framför konkurrenslagen.²³ Denna ordning utsattes för kritik, vilket bidrog till att den sedan 1993 inte längre är gällande rätt. I den nuvarande lagen har kravet på att konkurrenslagens förbud endast får användas mot konkurrensbegränsningar som är otillbörliga från allmän synpunkt tagits bort. Detta borde medföra en skillnad i rättsläget jämfört med hur det var före 1993.

I motiven till konkurrenslagen finns numera följande uttalande: "När riksdagen efter avvägning mellan olika allmänna intressen genom lag beslutat om *offentliga regleringar* som medför konkurrenshämmande verkningar kan däremot den situationen uppkomma att konkurrenslagen inte alls skall tillämpas".²⁴ Uttalandet antyder att valet mellan konkurrenslagen och den offentliga regleringen fattades redan av lagstiftaren i och med att den konkurrensbegränsande regleringen utfärdades. Emellertid kan det också tänkas att den konkurrensbegränsande effekten av en lag inte alls var genomtänkt, utan bara en bieffekt som kanske rentav förbisågs i lagstiftningsarbetet. Då har det inte skett någon avvägning mellan olika allmänna intressen hos lagstiftaren. Hur hanterar Konkurrensverket och Marknadsdomstolen en sådan situation?

Den motsatta lösningen – att konkurrenslagens förbud alltid skall ges genomslag oberoende all annan lagstiftning – är inte annat än teoretiskt tänkbar. Ekonomisk effektivitet är inte det enda viktiga intresset i samhället. Överhuvudtaget är den "digitala" lösningen (dvs. allt är antingen "0" eller "1") inte särskilt lämplig. Det är inte nödvändigtvis så att alla konkurrensbegränsande effekter av offentliga regleringar alltid skall accepteras, men inte heller att konkurrenslagens förbud alltid skall ges företräde.

²³ Bernitz, Sjöfart och konkurrensrätt, 1976, s. 102–103, 128

²⁴ Prop. 1992/93:56, s. 70

Prioritetsreglerna

Enligt den allmänna rättsläran kan de kolliderande lagarnas inbördes relation och även en regels normhierarkiska status tillmätas betydelse för sättet som lagkollisioner bör lösas på.²⁵ Konkurrenslagstiftningen är en allmän lagstiftning och den konkurrensbegränsande regleringen vanligen en lagstiftning av mer speciell karaktär, åtminstone i betydelsen att den har ett snävare tillämpningsområde. I enlighet med en generell juridisk hanteringsregel – *lex specialis* – bör den speciella lagen ges företräde framför den allmänna. Det har också funnits en uppfattning i svensk rätt att konflikter mellan konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar bör få sin lösning genom en tillämpning av *lex specialis*.²⁶

Argument att en rättsregel utgör *lex specialis* kan ha stor tyngd. Som exempel kan nämnas de sektorsspecifika regler för att främja konkurrens som återfinns på marknader som tidigare kännetecknades av legala monopol som t.ex. tele- och postmarknaden. I den utsträckning det finns anledning att träffa ett val mellan att antingen tillämpa sådana regler eller den generella konkurrenslagstiftningen bör normalt de sektorsspecifika konkurrensreglerna prioriteras.²⁷ Överhuvudtaget i de fall där lagstiftaren klart har angivit att det är meningen att en lagregel skall uppfattas som en specialregel i förhållande till den generella konkurrenslagen är det naturligt att låta argumentet om *lex specialis* fälla avgörandet för hur prioriteringen skall ske.²⁸

Emellertid är den bakomliggande anledningen till att en speciell lag går före en generell främst det, att den speciella lagen är mera genomtänkt och noggrannare övervägd för den särskilda situation som den speciella lagen är tänkt att reglera. Den underförstådda förutsättningen är att den speciella lagen är speciell just i förhållande till den aktuella lagen. Regleringar som verkar konkurrensbegränsande har emellertid ofta införts för att tillgodose ett visst syfte, inte för att reglera konkurrensförhållanden och effekten på konkurrensen har kanske inte alls beaktats. I sådana fall kan konkurrensbe-

²⁵ Frändberg, Rättsregel och rättsval, 1984, s. 84–85, Peczenik Vad är rätt?, 1995, s. 273

²⁶ Se Sandström, Marknaden, regleringarna och lagstiftaren, i Bernitz/Edwardsson, 1999 s. 29–55, s. 49. Sandström nämner att det faktum att *lex specialis* har företräde framför *lex generalis* har utgjort grunden för bedömningen av förhållandet mellan konkurrenslagstiftningen och särregleringar i svensk rätt. Sandström hänvisar till prop. 1981/82:165, s. 184 där frågan diskuteras i samband med det dåvarande kriminaliserade området av konkurrenslagstiftningen. I propositionen sägs att enligt allmänna principer gäller att konkurrenslagets förbud inte är tillämpliga när förfarandet uttryckligen har legaliserats i en annan lag. Se även Carlsson/Söderlind/Ulriksson, Konkurrenslagen. En kommentar 1999 s. 412–416.

²⁷ Det bör dock observeras att sektorsspecifika konkurrensregler syftar till att främja konkurrensen inom en bransch och att de därmed inte är konkurrensbegränsande på det sätt som konkurrensbegränsande offentliga regleringar är.

²⁸ Prioritetsreglerna behandlas av Ross, Om ret og retfærdighed, 3:e uppl., 1971, s. 150–152, Nielsen, Retskilderne, 6:e uppl., 1999, s. 148–154.

gränsande offentliga regleringar knappast sägas utgöra specialregler i förhållande till konkurrenslagen och då förlorar argumentet om *lex specialis* i betydelse. En annan prioritetsregel är *lex superior*, enligt vilken en rättsnorm av högre normhierarkisk dignitet går före en av lägre dignitet. De flesta konkurrensbegränsande offentliga regleringar har dock lagform, varför *lex superior* sällan ger god vägledning.

Prioritetsreglernas existens är välkända bland jurister. Reglerna är så enkla att tillägna sig att även jurister under utbildning tidigt tar dem till sig. Prioritetsreglerna är emellertid behäftade med den stora nackdelen att deras tillämpning innebär att en gällande rättsregel – den bortprioriterade – sätts ur spel. Därför är det i praktiken ovanligt att en lagkonflikt löses enbart genom att en prioritetsregel tillämpas.²⁹

Företräde för regleringen endast om den är av allmänt ekonomiskt intresse

EU-medlemskapet medför att en svensk konkurrensbegränsande offentlig reglering kan strida mot EG-fördraget. I EG-rätten gäller enligt artikel 86.2 i fråga om medlemsstaternas möjligheter att anförtro vissa uppgifter till företaget att detta är möjligt under förutsättning att uppgiften utgör ett allmänt ekonomiskt intresse. Här gäller alltså en konkurrensrättslig begränsning av skälen att införa en konkurrensbegränsande reglering. Konsekvensen är att endast konkurrensbegränsande offentliga regleringar som uttrycker ett allmänt ekonomiskt intresse är undantagna från konkurrensreglernas förbud. En intressant fråga är om detta kan vara till ledning för hanteringen av konkurrensbegränsande regleringar i stort.

Fördelning av kompetensområden, särskilt vad gäller EG-rätten

En annan modell som har föreslagits i doktrinen och som har sin grund i ett resonemang kring medlemsstaternas förhållande till EU är att knyta företrädesrätten för en nationell konkurrensbegränsande reglering eller för EG-fördragets konkurrensregler till avgörandet av vem som har kompetensen att reglera en viss fråga.³⁰ Om kompetensen att reglera en viss fråga tillkommer EG, skall EG-fördragets konkurrensregler ges företräde. Om kompetensen istället tillkommer en medlemsstat, ges den nationella regleringen företräde.

²⁹ Ovan (not 22) har angivits att det är fullt rimligt att anta att rättssystemet hänger ihop och att motsägelser inom systemet är defekter som kan avlägsnas. Detta betyder emellertid att rättsordningen kan sägas vara så perfekt att vilka lagkollisioner som helst ytterst kan lösas med hjälp av prioritetsregler. Prioritetsregler är rättsliga hanteringsregler, inga allmänna rättsprinciper.

³⁰ Neergaard, Competition and Competences, The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member States, 1998

Detta är i och för sig en tilltalande lösning. På de flesta områden som berörs av EG-samarbetet är kompetensen emellertid delad mellan EG och medlemsstaterna. Det som regleras med nationella konkurrensbegränsande regleringar är vanligen ekonomiska skeenden. EG hette tidigare den Europeiska Ekonomiska Gemenskapen (EEG). Frågor som berör den inre marknadens funktionssätt utgör EG:s kompetensområde och det finns sällan någon objektivt motiverbar gräns för vad som är upp till medlemsstaterna enskilt respektive EG att reglera. Det är också ett välkänt faktum att EG-rätten kan påverka den nationella rättsordningen även på sådana områden där kompetensen att utfärda regler tillkommer medlemsstaterna.

En avvägningsmodell

En allmän avvägningsmodell kan också förespråkas för valet mellan konkurrensreglerna och en konkurrensbegränsande offentlig reglering. Vid tvivelsmål skall det som gynnar konkurrensen eller det som gynnar handeln ges företräde. Sådana avvägningsregler finns redan i andra sammanhang. Hänsyn skall alltid tas till barnets bästa och det har föreslagits i andra sammanhang att vid tvivelsmål ska hänsyn tas till miljön.³¹ Riktlinjer för hur avvägningen mellan konkurrensintresset och andra intressen skall gå till är också viktiga och de kompletterar de gällande tolkningsprinciper som finns. Emellertid ger beskedet att "en avvägning mellan olika intressen måste komma till stånd" inget handfast stöd för rättstillämpningen

1.3 Metod, material och avgränsningar

1.3.1 Metod

Den rättsdogmatiska metoden

Ovanstående genomgång av olika möjliga sätt att lösa kollisioner mellan konkurrenslagens förbud och konkurrensbegränsande offentliga regleringar har tjänat till att ge en översikt över vilka frågor som måste studeras närmare. Varje diskussion om ett nutida juridiskt problem har sin utgångspunkt i det rådande rättsläget. Därför kommer en väsentlig del av avhandlingen att bestå av redovisandet av gällande rätt.

³¹Lindblom, In dubio pro natura! Några civilprocessuella frågor inom miljörätten JT 2000-01 s. 805-845

Från metodsynpunkt innebär detta ingen svårighet, eftersom det för ett sådant ändamål finns en väl utvecklad och beprövad metod, nämligen den rättsdogmatiska metoden. Denna metod är så självklar för jurister att de ibland inte vet vad de skall svara när en teoretiskt bevandrad samhällsvetare vill veta vilken metod som har använts i en viss undersökning. Den rättsdogmatiska metoden inbegriper att sedvanliga rättskällor (lagtext, förarbeten, rättspraxis etc.) utnyttjas och värderas på ett korrekt sätt. Genom att använda den rättsdogmatiska metoden kan en jurist – både en praktiskt verksam och en juridisk forskare – göra en framställning om vad som är gällande rätt på ett visst område. Svårigheten ligger inte i att veta *hur* man fastställer gällande rätt, däremot i att utföra detta juridiska hantverk på ett i princip felfritt sätt.

Med utgångspunkt i beskrivningen av gällande rätt kan och bör sedan en juridisk forskare försöka flytta fram positionerna. Ett fruktbart syfte är att försöka systematisera materialet och sätta in det i ett större sammanhang för att på så sätt vinna kunskap om rätten i stort. Vår kunskap om rätten bygger som redan nämnts på antagandet att rättsordningen är ett system och att systemet hänger ihop.³² Rättsordningens systematik finns alltså redan där och det blir i praktiken en uppgift för den nutida rättsvetenskapen att om möjligt förbättra den.

Ett av problemen med konflikter mellan konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar är ju att det inte finns något entydigt sätt på vilket sådana kollisioner skall bedömas. Det finns inget rättsligt redskap i betydelsen en klar och tydlig lagregel som kan tolkas på sedvanligt sätt. I ett sådant läge får kringliggande faktorer ökad vikt. För att ändå kunna tackla kollisioner mellan konkurrenslagens förbud och konkurrensbegränsande offentliga regleringar föreslås här att den samhällsekonomiska ordningens rättsliga betydelse bör beaktas i argumentationen. Detta medför dock inte att någon annan metod än den rättsdogmatiska måste användas. Den rättsdogmatiska metoden är inte begränsad till att utgöra ett rent mekaniskt undersökande av lagtext och rättsfall. Sådana rättskällor *skall* dock beaktas. Den samhällsekonomiska ordningen är något som *bör* eller *får* beaktas inom den rättsdogmatiska metoden.³³

³² Peczenik, s. 278–279. Peczenik refererar där den kritik som har framförts mot antagandet om rättssystemets enhet, främst av skälet att det finns så många olika lagstiftande församlingar som kan skapa gällande rättsregler och detta sker utan inbördes samordning.

³³ Resonemanget om rättskällor som *skall*, *bör* och *får* beaktas är hämtat från Peczenik, s. 312–316

Rättsjämförelse

För att nå fram till en god lösning på juridiska problem är det ofta motiverat att göra en rättsjämförande studie, eftersom en rättsjämförelse kan ge nya perspektiv och leda till fördjupad kunskap.³⁴ De främsta skälen emot att göra rättsjämförelser är att det är tidskrävande och svårt. Svårigheten ligger både i att få fram en helt korrekt bild av den utländska rättsläget och att i den utländska rättsordningen finna de rättsregler som exakt motsvarar det problem i nationell rätt som man vill belysa.³⁵ Lyckas inte det kan rättsjämförelsen heller inte användas som underlag för eventuella slutsatser. Frågeställningen i avhandlingen är ju ett specifikt juridiskt problem i svensk rätt. Sedan EU-medlemskapet (i stora delar ända sedan EES-avtalet ingicks) måste även hänsyn tas till EG-rätten i tillämpliga delar. Därmed är det också lösningarna i svensk rätt och EG-rätten som måste få ett jämförelsematerial och som jämförelseobjekt väljs amerikansk rätt och dansk rätt.

Av pedagogiska skäl brukar rättsordningarna i världen indelas i olika "familjer".³⁶ Svensk och dansk rätt tillhör samma rättsfamilj – den nordiska. Amerikansk rätt tillhör den anglo-amerikanska rättsfamiljen, men EG-rätten kan inte placeras i någon av de familjer som traditionellt anses existera.³⁷ EG-rätten är i och för sig en integrerad del av 15 nationella rättsordningar, men är samtidigt något utöver att bara vara just detta. Det finns en specifik EG-rättslig kärna med egna grundläggande principer både på det institutionella och det materiella området.

De inneboende olikheterna mellan den amerikanska rättsordningen och EG-rätten brukar just på den materiella konkurrensrättens område inte vålla några problem. Amerikansk och EG-rättslig konkurrensrätt jämförs vanli-

³⁴ Strömholm, Stig, Användning av utländskt material i juridiska monografier. Några anteckningar och förslag, SvJT 1971 s. 251–263. Goda skäl att utföra en rättsjämförande studie anförs av Bogdan, Komparativ rättskunskap, 1996, s. 28–34

³⁵ Bogdan, 1996, s. 42

³⁶ Zweigert/Kötz föreslår följande rättsliga familjer 1. den romanska rättsfamiljen, 2. den germanska, 3. den nordiska, 4. common law-familjen samt 5. en grupp med övriga rättsfamiljer som Folkrepubliken Kinas rätt, japansk rätt, islamisk rätt och hinduisk rätt, Introduction to Comparative Law, 1998, s. 72–73. Bogdan ansluter sig till indelningen 1. romersk-germansk rätt, 2. anglo-amerikanska rätt, 3. socialistiska rättssystem samt 4. rättssystem som vilar på religiös eller traditionell grund, Bogdan, 1996 s. 90. Med denna indelning utgör nordisk rätt inte en självständig grupp.

³⁷ Bernitz anför att det går att spåra olika nationella rättsordningars inflytande på EG-rätten. Det gäller i första hand rättsordningarna i de länder som var medlemmar i EEG från första början. Bernitz framhåller att EG:s uppbyggnad och organisation bär spår av franskt offentligrättsligt tänkande, medan konkurrensrätten och övergripande rättsstatliga principer har påverkats av tyska traditioner. Ett senkommet nordiskt inslag är EO – den Europeiska ombudsmannen. Bernitz menar att den europarätt som påverkar svensk rätt kan karaktäriseras som en kontinentaleuropeisk rättstradition med en primärt fransk accent. Se Bernitz, Sverige och Europarätten, 2002, s. 22–23.

gen utan att frågan om rättsordningarnas grundläggande olikheter problematiseras, förmodligen eftersom likheterna – ett konkurrensrättsligt system byggt på förbudsprincipen, de konkurrensrättsliga förbudens faktiska utformning, marknadsekonomin som ekonomiskt system – överväger.

Amerikansk rätt kan som federativ rättsordning ge ett bra jämförelsematerial till EG-rätten. I det amerikanska rättssystemet finner man nämligen exakt samma problem som i EG-rätten: konkurrensreglerna återfinns i den överordnade rättsordningen (den federala) och det uppstår ibland konflikter med konkurrensbegränsande delstatliga regleringar. Detta fenomen kan också beskrivas som ett spänningsförhållande mellan centrum och periferi.³⁸ Vad gäller problem i samband med konkurrensbegränsande offentliga regleringar blir emellertid olikheterna mellan rättsordningarna desto mer framträdande. Det är viktigt att hålla i åtanke att EU inte är en federation som USA, men EG-rätten utgör en rättsordning där juridiska problem av federativ karaktär uppstår.

Som jämförelsematerial till kapitlet om svensk rätt väljs en rättsordning ur samma rättsfamilj, nämligen den danska. Den danska rättsutvecklingen på det konkurrensrättsliga området är mycket lik den svenska. Det rör sig i båda fallen om en närmast fullständig anpassning till EG-fördragets konkurrensregler även för de nationella marknaderna och dessutom har de båda EU-medlemmarna Sverige och Danmark även EG-rätten gemensam. När två rättsordningar visar stora grundläggande likheter blir det desto intressantare att diskutera avvikelser vad gäller lösningen på likartade juridiska problem.³⁹ En intressant aspekt är att den nuvarande danska konkurrenslagen innehåller ett lagfäst undantag för företags konkurrensbegränsande beteende om det är en direkt följd av en offentlig reglering. En sådant undantag saknar motsvarighet i den svenska konkurrenslagen.

Rättsutvecklingen inom konkurrensrätten i Norden uppvisar i övrigt en ”okoordinerad likhet”, men det betyder inte att likheten är fullständig.⁴⁰ En fullständig redovisning av nordisk konkurrensrätt vore intressant, men förefaller inte tillföra avhandlingstemat någon ytterligare dimension. I avhandlingen återfinns därför inte någon sammanhängande redogörelse för finsk, isländsk eller norsk konkurrensrätt.

³⁸ Se särskilt Ulla Neergaard, som i sin bok ”Competition and Competences” också väljer att redovisa rättsläget i amerikansk rätt, Neergaard., s. 125–127 Neergaard, s. 134

³⁹ Bogdan 1996. s. 72

⁴⁰ Edwardsson, Kollektiv arbetsrätt och konkurrensrätt – rättsläget i de nordiska länderna. Rapport från Nordiska Ministerrådet ANP 2002:706 Skärningsfeltet mellem kollektive overenskomster og konkurrenceretten, s. 23–41. Under 1990-talet införde samtliga nordiska länder nya konkurrenslag. De mest EG-anpassade konkurrenslagarna återfinns i Sverige och Danmark. Finland och Norge har byggt vidare på sina respektive inhemska konkurrensrättstraditioner och t.ex. behållit blandningen av missbruks- och förbudsprincipen.

Rättsekonomi

Konkurrensrätt är ett rättsområde där många begrepp och definitioner med nödvändighet måste vara förankrade i ekonomisk teori.⁴¹ Ekonomisk teori kommer också att beröras i den utsträckning det är nödvändigt för framställningen. Det har utvecklats en särskild juridisk metod där den uppsättning av analysmetoder som ekonomisk teori tillhandahåller appliceras på juridiska frågeställningar – rättsekonomin. Denna kan bidra både med en fördjupad förståelse av skälen bakom en existerande lagstiftning och med normativa resonemang om hur lagstiftning bör utformas.⁴² Rättsekonomin har också en gång utvecklats som en särskild metod ur studiet av just konkurrensrätten. *Richard Posner*, en av rättsekonomens främsta företrädare, redovisar i sitt grundläggande verk *Economic Analysis of Law* hur amerikanska forskare i början av 1960-talet började frigöra sig från konkurrensrätten och applicera ekonomisk analys även på andra rättsområden. Rättsekonomi kan med fördel användas på snart sagt vilken juridisk frågeställning som helst. Posner själv täcker i sin bok in så vitt skilda ämnen som rasdiskriminering, surrogatmödraskap, yttrandefrihet, inkomstfördelningsfrågor och utformningen av civil- och straffprocessrätten.⁴³

När den rättsekonomiska metoden används är syftet ofta inte enbart att beskriva juridiska problem i ekonomiska termer, utan snarare är forskningen inriktad på att visa att den lösning på ett visst problem som valts eller borde väljas av lagstiftaren (eller domaren) hur den än motiveras också oftast sammanfaller med den lösning som kan sägas vara den mest ekonomiskt effektiva.⁴⁴ Den rättsekonomiska metoden används också till att värdera gällande rätt ur ett ekonomiskt effektivitetsperspektiv. Det finns studier som undersöker konkurrensreglerna särskilt ur denna aspekt.⁴⁵

⁴¹ De flesta konkurrensrättsliga handböcker innehåller ett inledande kapitel om konkurrensrättens ekonomiska teori.

⁴² Posner, *Economic Analysis of Law*, 1998, s. 27. Rättsekonomin ger ofta goda förklaringar till varför en viss lagstiftning ser ut som den gör.

⁴³ Posner, s. 25

⁴⁴ Schäfer, H-B, *Efficiency as a Legal Norm*, i Riis, T., Nielsen, R. (red.) *Law and Economics. Methodology and Application*, 1998, s. 95, 110

⁴⁵ Olav Kolstad diskuterar ingående effektivitetshänsynen i den norska konkurrenslagen i avhandlingen *Fra Konkurranspolitikk til konkurranserett*. Den norska konkurrenslagen inleds, till skillnad mot den svenska, med ett stadgande att konkurrenslagens syfte är att främja ett effektivt användande av samhällets resurser genom att "lägga till rätta" för en verksam konkurrens. (konkurrenseloven 11.06.1993 nr. 65, 1§) Den svenska konkurrenslagens syfte anges i 1§ att lagen till ändamål att "undanröja och motverka" hinder för en effektiv konkurrens. Denna skillnad är värd att notera, även om det är osäkert om ett likartat materiellt problem skulle få en olikartad lösning i svensk respektive norsk rätt. Se Bernitz recension av Kolstads avhandling (Bernitz, *Paradigmskifte i norsk konkurrensrätt? Reflexioner i anslutning till en aktuell avhandling*, TfR 1999, s. 768–781).

Emellertid är det tveksamt om den rättsekonomiska metoden kan bidra till lösandet av just de problem som kommer att behandlas här. Insikten att konkurrensreglerna befrämjar ekonomisk effektivitet och att konkurrensbegränsande offentliga regleringar verkar hämmande på den ekonomiska effektiviteten kräver ingen rättsekonomisk analys. När en konkurrensbegränsande reglering ändå införs, beror det på att det finns andra hänsyn att ta, som sociala eller politiska gällande exempelvis maktrelationerna mellan EU och unionens medlemsstater. Då har den ekonomiska effektiviteten redan övergivits till förmån för ett annat intresse. Eftersom syftet inte är att värdera vilka lösningar som är ekonomiskt effektiva utan istället att undersöka argumentationen när konkurrensreglerna väljs bort, vore värdet av att använda den rättsekonomiska metoden begränsat.

1.3.2 Tidigare forskning, avgränsningar, material

Tidigare forskning

Konkurrensproblem till följd av konkurrensbegränsande offentliga regleringar har berörts i tidigare forskning. Till att börja med måste Ulf Bernitz' avhandling *Marknadsrätt* från 1969 nämnas.⁴⁶ Bernitz sammanförde i avhandlingen rättsregler för marknaden, som konkurrensbegränsningsrätten, regler mot otillbörlig konkurrens och immaterialrätten till det nya rättsområdet marknadsrätt. I avhandlingens inledande kapitel, benämnt "Konkurrens och reglering" diskuteras hur den ekonomiska ordningen avspeglas i rättsordningen. Bernitz redogör för hur ställningstagandet för rörelsefrihet eller för reglering skär genom hela marknadsrätten. *Marknadsrätt* är en bred framställning över konkurrens- och immaterialrättens historiska utveckling tillsammans med en redovisning av den internationella marknadsrätten, den amerikanska antitrustlagstiftningen samt rättsutvecklingen i de nordiska och flera andra europeiska länder. I avhandlingen identifieras svårigheten att samordna de speciella ramreglerna eller särregleringarna med konkurrensbegränsningslagstiftningen som ett juridiskt problem.

Nils Wahl disputerade 1995 på avhandlingen *Konkurrensförhållanden*.⁴⁷ Avhandlingen behandlade förhållandet mellan EG:s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt inom de tre områdena a. vilken rättsordning som har företräde vid en konflikt, b. nationell tillämpning av EG:s konkurrensrätt samt c. medlemsstaternas skyldigheter att värna om konkurrensreglernas ef-

⁴⁶ Bernitz, *Marknadsrätt*, 1969

⁴⁷ Wahl, *Konkurrensförhållanden*. Om förhållandet mellan EG:s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt, 1994

fektivitet. Wahl genomförde en noggrann studie av EG-domstolens praxis fram till slutet av 1994. Wahls övergripande frågeställning var huruvida det faktiska och formella utrymmet för den nationella konkurrensrättens subsidiaritet i förhållande till EG-rätten var adekvat. En av hans slutsatser var att så var fallet just beträffande statliga ingripanden på marknader.

Ulla-Britt Neergaard publicerade 1998 boken *Competition and Competences*.⁴⁸ Neergaards studie söker svaret på vilka juridiska principer som bäst bringar EG:s konkurrensrätt och nationella konkurrensbegränsande åtgärder i samklang med varandra, med beaktande av den rådande juridiska, politiska och ekonomiska kontexten. Neergaard gör en gedigen och grundläggande genomgång av EG-domstolens praxis gällande nationella konkurrensbegränsande regleringar. Vidare gör Neergaard en lika noggrann studie av den amerikanska state action-doktrinen, ett område som behandlas även i denna framställning.⁴⁹ En mer utförlig diskussion kring Neergaards forskningsresultat sker i avsnitt 4.4.3.

Det finns en stomme av rättsfall som utgör EG-domstolens praxis kring konkurrensbegränsande offentliga regleringar och som måste behandlas av varje författare.⁵⁰ Det noggrannaste sättet är att liksom Wahl och Neergaard göra en kronologisk genomgång av i princip samtliga rättsfall. Ändå har den metoden inte valts här, utan i denna framställning redovisas ett urval av fall, vilket naturligtvis medför risk för att något viktigt fall förbises. Målsättningen har dock varit att på ett korrekt sätt redovisa tillräckligt många fall för att kunna beskriva rättsläget och sedan gå vidare med frågor om hur just svensk rätt påverkas av EG-domstolens praxis i dessa delar.

År 2002 framlade Per Norberg avhandlingen *Arbetsrätt och konkurrensrätt*.⁵¹ I avhandlingen beskrivs både konkurrensrätten och arbetsrättens framväxt i USA, Europa och EG samt Sverige. I Norbergs framställning redogörs liksom i denna framställning för ordoliberalismen (vilken även berörs av Neergaard). Norberg ägnar hela sin avhandling åt förhållandet mellan arbetsrätten och konkurrensrätten i stort. Detta talar onekligen mot att som i den här framställningen ägna ett kapitel åt det arbetsrättsliga undanta-

⁴⁸ Neergaard, *Competition and Competences. The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member States*, 1998

⁴⁹ En tidigare studie kring EG-domstolens praxis av Neergaard bör också nämnas: *Anti-Competitive State Measures in the European Community* från 1994.

⁵⁰ Andra framställningar som också kan nämnas är Blum, *State Monopolies under EC Law*, 1998, Buendia Sierra, *Exclusive Rights and Monopolies under EC Law*, 1999, von Quitzow, *State Measures Distorting Free Competition in the EC*, 2002

⁵¹ Norberg, *Arbetsrätt och konkurrensrätt. En normativ studie av motsättningen mellan marknadsrättsliga värden och sociala värden*, 2002

get i konkurrenslagen.⁵² Nu finns det emellertid ett legalt undantag för arbetsrättsliga avtal i 2 § KL. Denna regel är entydig och klar i det att avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön eller andra anställningsvillkor inte omfattas av konkurrenslagens förbud. Vad som anses utgöra "avtal om lön och anställningsvillkor" är emellertid också en tolkningsfråga. Redogörelsen i kapitel 9 om arbetsrätten syftar till att beskriva de tolkningsprinciper som finns och ställa frågan om det finns skäl att tolka konkurrensbegränsande offentliga regleringar på ett liknande sätt.

Avgränsningar

Det som är föremål för undersökningen är således konflikter mellan de generella konkurrensreglerna och konkurrensbegränsande offentliga regleringar. Till dessa hör även konflikter mellan EG-fördragets konkurrensregler och medlemsstaternas konkurrensbegränsande regleringar. Av intresse för avhandlingen är således lösningen på konflikter mellan rättsligt bindande överordnade konkurrensregler, vilka finns i både amerikansk federal lag och EG-rätten och nationella regleringar.

I den statliga utredningen SOU 1995:105 identifierades fyra olika sätt som staten eller det allmänna orsakar konkurrenssnedvridningar på, varav endast de båda första behandlas i avhandlingen.⁵³ Det första sättet som beskrivs i SOU 1995:105 är utfärdande av konkurrensbegränsande offentliga regleringar. Det andra då staten – eller i förekommande fall en kommun – uppträder som aktör på marknaden i konkurrens med privata företag, vilket på flera olika sätt kan störa konkurrensen. En tredje möjlig konkurrenssnedvridning orsakad av det allmännas beteende är förekomsten av offentligt stöd till enskilda företag. En fjärde är situationen att det offentliga vid upphandling gynnar sig själv och därvid missgynnar privata företag.

De två sista områdena kommer inte behandlas i avhandlingen. Både statsstödsreglerna och reglerna gällande offentlig upphandling är konkurrensfrämjande till sin natur. Gemensamt med problem kring konkurrensbegränsande offentliga regleringar är att också regler kring statsstöd respektive offentlig upphandling ytterst rör synen på konkurrens. Särskilt statsstöd snedvrider på ett uppenbart sätt konkurrensen mellan de företag som får stöd och de som inte får det. För dessa båda problem finns särskilda regelverk (vilket inte är samma sak som att säga att konkurrensproblemen där-

⁵² Norberg använde emellertid den av Anna Christensen utvecklade normametoden på sitt material, vilket gör att Norbergs undersökning och föreliggande avhandling ändå kommer att skilja sig åt. Norberg använder dock i avhandlingens sista del en rättsdogmatisk metod på tre konkreta konflikter mellan arbetsrätt och konkurrensrätt.

⁵³ SOU 1995:105 Konkurrens i balans, ssk.. kapitel 5, 6, 7.

med är avskaffade).⁵⁴ Om svenska offentliga organ handlar i strid med de sistnämnda båda regelverken överträds dessa regler, men det uppstår inte en kollision med konkurrenslagens regler. Avhandlingens syfte är inte att göra en fullständig kartläggning av nationella åtgärder som hindrar konkurrensen på den gemensamma marknaden.⁵⁵

En konkurrensbegränsande offentlig reglering kan samtidigt utgöra en handelshindrande åtgärd som måste bedömas enligt EG-fördragets regler om fri rörlighet för varor eller någon annan av de andra friheterna. I själva verket är det så att i många av de rättsfall från EG-domstolen gällande konkurrensbegränsande offentliga regleringar som kommer att behandlas i kapitel 5 behandlas även frågan om fördragsreglerna om fri rörlighet för varor har överträtts. Av intresse är artikel 31 om statliga handelsmonopol för varor. Statliga handelsmonopol kan omfattas både av artikel 31 och artikel 86, som tillhör konkurrensreglerna.⁵⁶ Artikel 86.1 föreskriver att beträffande offentliga företag och företag som erhållit exklusiva rättigheter får medlemsstaterna inte vidta åtgärder som strider mot fördraget, alltså inte heller en åtgärd som strider mot artikel 31. Det är fullt möjligt att undersöka en reglering både ur konkurrensbegränsande och handelshindrande synvinkel. Emellertid utgör EG-fördragets regler om fri rörlighet ett speciellt rättsområde. Frågeställningen i detta arbete är inriktad på att redogöra för rättsläget i svensk rätt beträffande konkurrensbegränsande offentliga regleringar efter konkurrenslagsreformen 1993. Frågor som rör eventuella konflikter mellan offentliga regleringars förenlighet med EG-fördragets regler om fri rörlighet kommer därför inte att behandlas.

Inte heller kommer konflikter på samma överordnade nivå, t.ex. mellan EG-rättens konkurrensregler och EG-rättsliga regleringar som jordbruks-

⁵⁴ I det fall EG-rätten är tillämplig gäller EG-fördragets statsstödsregler. Artikel 87 föreskriver att statligt stöd med allmänna medel som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion är oförenligt med den gemensamma marknaden. Är EG-rätten inte tillämplig dessa regler inga hinder för nationellt beslutade stöd till enskilda företag eller branscher. Beträffande kommunernas möjlighet att ge individuellt stöd riktat till enskilda näringsidkare gäller att detta får lämnas endast om det finns synnerliga skäl för det (2 kap. 8 § KomL). Offentlig upphandling regleras dels i EG:s sekundärrätt, dels i lag (1992:1528) om offentlig upphandling

⁵⁵ En sådan studie har nyligen gjorts av Quitzow, *State Measures Distorting Free Competition in the EC*, 2002. Quitzow identifierar följande statliga åtgärder som stör konkurrensen på den gemensamma marknaden: olikheter i de nationella rättsordningarna, "opting out" vad gäller EG:s sekundärrätt, olikheter till följd av medlemsstaternas skilda rättsliga traditioner, skillnader i medlemsstaternas ekonomiska politik, politiska bojkottåtgärder (t.ex. av franska viner p.g.a. Frankrikes atombombsprov), statliga monopol, det allmännas uppträdande som marknadsaktör, statsstöd, skatter, offentlig upphandling, processrättsliga skillnader mellan medlemsstaterna. Quitzow, s. 27–44

⁵⁶ Eventuella statliga monopol som gäller *tjänster* faller dock utanför artikel 31 som enbart gäller varor.

regleringen att behandlas. Det kan ju tyckas vara synd, eftersom den gemensamma jordbrukspolitiken närmast framstår som urtypen för en konkurrensbegränsande offentlig reglering och de jordbruksanknutna särintressenas styrka framträder tydligt. Jordbruken i Europa producerar dock *mat* och det är jämfört med vanliga konsumtionsvaror som kläder, bilar och mobiltelefoner en annorlunda produkt. Ett lands förmåga att tillgodose livsmedelsförsörjningen handlar om makt, ytterst i ett säkerhetspolitiskt perspektiv. Det är uppenbart att de europeiska bönderna har ett eget finansiellt intresse av att bevara den nuvarande regleringen. Intresset av konkurrens och strävan efter ekonomisk effektivitet har hittills vägt lätt i detta sammanhang. Även om EG:s jordbrukspolitik är ett intressant område är det ändå förhållandet mellan nationella konkurrensbegränsande regleringar och EG-fördragets konkurrensregler som är föremål för denna studie.

Ett annat närliggande område utgör konkurrensförhållandena på så kallade regelreformerade marknader. Det rör sig då om marknader som tidigare har reserverats för en enda statlig aktör t.ex. dåvarande Postverket, Televerket eller Statens Järnvägar. Efter att monopolet för den statliga aktören hävts kommer den offentliga aktören, som nu har blivit ett bolag (Posten AB, Telia AB, SJ AB), att inneha en dominerande ställning. I den mån dessa offentliga aktörer gör sig skyldiga till missbruk av sin dominerande ställning tillämpas konkurrenslagens förbud mot detta i vanlig ordning.

Emellertid visar det sig ofta att konkurrensen på den avreglerade marknaden inte fungerar tillfredsställande. Den avreglerade marknaden med många aktörer kräver paradoxalt nog fler regler än den totalreglerade marknaden med endast en aktör. Situationen på regelreformerade marknader omfattas dock inte av avhandlingens problemställning. Den ursprungliga konkurrensbegränsande regleringen är ju upphävd. De regelreformer som genomförs ger upphov till nya regleringar, men dessa har ett konkurrensfrämjande syfte.

Ett lagstiftningskomplex som till synes kolliderar med intresset av konkurrens som konkurrenslagen försöker skydda är immateriella rättigheter som patent, upphovsrätt och varumärkesrätt. När en uppfinning väl är gjord kan uppfinnaren ta patent på uppfinningen och därmed har han eller hon ensamrätt till nyttjandet av uppfinningen. Sett i efterhand (*ex post*) har detta legala monopol konkurrensbegränsande effekter. Utan möjlighet att få patent på uppfinningar och att därvid göra en riktigt stor vinst, saknas viktiga incitament att uppfinna. Sett i ett framåtriktande perspektiv (*ex ante*) är de immateriella rättigheterna därför konkurrensfrämjande på lång sikt.

Immaterialrättigheterna är en typiskt marknadsekonomisk produkt, eftersom de skapar en sorts äganderätt till en tillgång, som inte är en sak. Immaterialrättigheter kan emellertid utnyttjas på sådant sätt som är konkurrens-

begränsande och det är också möjligt att tillämpa konkurrensreglerna mot ett sådant förfarande.⁵⁷ Det har gjorts och pågår forskning kring den närmare avgränsningen mellan konkurrensrätten och immaterialrätten.⁵⁸ Även kollisioner mellan konkurrenslagens förbud och immateriella rättigheter kan vara belysande för hur konkurrensbegränsande offentliga regleringar skall hanteras, men de kommer ändå att lämnas åt sidan.

Material

Några ord skall sägas om rättskällematerialet. Sedvanliga rättskällor har använts. Emellertid gör omfånget av frågeställningen att en prioritering måste ske. Fokus i framställningen ligger på betydelsen i svensk rätt av konkurrenslagreformen 1993 och EU-medlemskapet. Vad gäller de övriga rättsordningarna har syftet varit att få fram en tillräckligt noggrant bestämd bild av rättsläget, att slutsatser som kan vara av intresse för tolkningen av svensk rätt har kunnat göras. Därför har undersökningen av relevanta rättskällor begränsats på olika sätt. Vad gäller amerikansk rätt har exempelvis använts en av de ledande handböckerna i amerikansk konkurrensrätt.⁵⁹ Utifrån denna har de relevanta rättsfallen kunnat identifieras och undersökas och sedan har kontrollerats om praxis från *the Supreme Court* på senare tid tyder på att rättsläget har förändrats.

I EG-rätten går det att redovisa fler rättsfall än de som redovisas här för att på så sätt få en ännu mer exakt bild av rättsläget. Syftet är emellertid inte att gå till botten med gällande EG-rätt, utan att ställa sig frågan hur svensk rätt påverkas. Till exempel redovisas knappast alls generaladvokatens yttrande i olika mål, eftersom det är vad EG-domstolens uttalar som är avgörande för rättsläget.

1.3.3 Disposition

Avhandlingen disponeras enligt följande, I *kapitel 2* kommer frågan om den rättsliga betydelsen av den samhällsekonomiska ordningen att diskuteras. Det finns olika synsätt i denna fråga och här har även ekonomisk och eko-

⁵⁷ Ett exempel är mål C-241 och 242/91 RTE och ITP mot kommissionen, REG 1995 s. I-743. Se om förhållandet mellan konkurrensrätt och immaterialrätt i Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 7:e uppl. 2001, s. 236, 273–279

⁵⁸ Se t.ex. Schovsbo, Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten, 1996

⁵⁹ Hovenkamp, Herbert, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice, West Publishing Co., 2:a uppl., 1999

nomisk-historisk forskning bidragit med synpunkter, vilka kort kommer att beröras. I kapitlet återfinns en redovisning för det ekonomiskt-juridiska synsätt som på grund av sin påverkan på EG-fördragets konkurrensreglers utformning är intressant, nämligen ordoliberalismen eller Freiburgskolan. I det fall den samhällsekonomiska ordningen verkligen kan anses ha rättslig betydelse diskuteras nästa fråga, nämligen vad detta har för implikationer för synen på konkurrenslagstiftningens betydelse.

Avhandlingens kapitel kan delas in i två kategorier. Till den ena hör kapitel 1 och 2. I det första kapitlet presenteras problemställningen och syftet är att ge läsaren en överblick av vilka frågor som skall undersökas närmare. Kapitel 2 rör både förhållandet mellan rättsordningen och den ekonomiska ordningen på ett mer allmänt plan, men också med koppling främst till svenska förhållanden. Till den andra kategorin hör kapitlen 3–9, vilka alla utgör en traditionell redovisning av gällande rätt. I kapitel 10 är ambitionen att göra en syntes av de båda kapitelkategorierna.

Amerikansk rätt redovisas i *kapitel 3*. Syftet med redogörelsen i detta kapitel är att redovisa det sätt på vilket konflikter mellan konkurrensbegränsande delstatliga regleringar och Sherman Act får sin lösning, vilka tolkningsprinciper som används och vilka delar av den amerikanska erfarenheten kan hjälpa oss att analysera liknande juridiska problem i EG-rätten.

I *kapitel 4 och 5* behandlas *EG-rätten*. I EG-rätten finns rättsliga uttryck för att EU i grund och botten är en marknadsekonomisk skapelse. *Kapitel 4* syftar till att genom en kort historisk tillbakablick ge en förklaring till varför just marknadsekonomin kom att få så stark ställning inom EEG-samarbetet. Vidare redovisas sådant som kan betecknas som uttryck för en marknadsekonomisk ordning i EG-rätten, som den gemensamma marknaden och EMU-projektet. EG-domstolens sätt att se på fördragets konkurrensregler redovisas också. Därefter redovisas två diskussionsteman som båda berör frågan vilken rättslig betydelse den marknadsekonomiska ordningen i EG-fördraget egentligen skall tillåtas ha. Det ena temat gäller frågan om det finns en ekonomisk konstitution i EG-rätten. Det andra är ett statsvetenskapligt präglat synsätt kallat multi-level governance. Medan det förra vill framhäva betydelsen av en ekonomisk konstitution, innebär det senare en skeptisk hållning till huruvida EG-domstolen skall ha rätt att ifrågasätta medlemsstaternas konkurrensbegränsande offentliga regleringar överhuvudtaget.

I *kapitel 5* behandlas *EG-domstolens praxis*. De för frågeställningen centrala artiklarna i EG-fördraget är bland andra artikel 3.1.g som föreskriver att medlemsstaterna skall verka för en "ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids." Fördragets artikel 81 förbjuder företag att ingå konkurrensbegränsande avtal. EG-domstolen har funnit

att denna artikel i kombination med den nyss nämnda 3.1.g, samt medlemsstaternas lojalitetsplikt med fördragets mål som uttrycks i artikel 10 i vissa fall även förbjuder medlemsstaterna att utfärda lagar som förtar effekten av artikel 81. Vidare tillåts inte företag att missbruka en dominerande ställning i artikel 82. Det är förbuden i artikel 81 och 82 som har övertagits i svensk konkurrenslagstiftning.

EG-fördraget innehåller emellertid även artikel 86 som föreskriver att medlemsstaterna beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte får vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i EG-fördraget. En motsvarighet till artikel 86 saknas i svensk rätt. EG-domstolen har ansett att artikel 82 i kombination med artikel 86 medför till exempel att medlemsstaterna inte ens genom lag äger rätt att sätta ett offentligt företag i en situation där det är oförmöget att tillgodose den efterfrågan som finns på en marknad. Den praxis som behandlas i kapitel 5 rör dels artikel 86 och 82 och dels kombinationen av artikel 3.1.g, 10 och 81.

Dansk rätt behandlas i *kapitel 6* och *svensk rätt* redovisas i *kapitel 7*. De båda kapitlen har en liknande uppbyggnad med redogörelse för lagtext, förarbeten, rätts- och myndighetspraxis och doktrin. Här undersöks frågan hur konkurrensbegränsande offentliga regleringar hanteras rättsligt. Vidare undersöks om det i dansk rätt finns rättsliga uttryck för att den samhällsekonomiska ordningen tillmäts betydelse och hur konkurrenslagstiftningens betydelse uppfattas och en preliminär jämförelse med svensk rätt görs.

Kapitel 7 behandlar *svensk rätt*. Här har målsättningen varit att göra redovisningen så fullständig som möjlig. Sedvanliga rättskällor undersöks för att fastställa gällande rätt. De slutsatser som kan dras redovisas antingen direkt i kapitel eller så återfinns de i det avslutande kapitel 10.

I *kapitel 8* behandlas påstådd underprissättning av offentliga aktörer. Det är väl känt att särskilt små- och mellanstora företag upplever konkurrensen eller den potentiella konkurrensen från offentligt företagande som ett väsentligt problem. I kapitlet behandlas frågan hur väl konkurrenslagen eller något annat regelverk kan motverka konkurrensproblem i samband med att det offentliga uppträder som aktör på en marknad.

Konkurrensrättens förhållande till *arbetsrätten* behandlas i *kapitel 9*. Arbetsrätten utgör ett rättsområde som visar hur betydelsen av en fungerande konkurrens vägs mot andra väsentliga sociala värden. Det finns särskilt tre områden där arbetsrättsliga avtal kan medföra konkurrensrättsliga tvistefrågor som behandlas, nämligen det kollektiva försäkringsområdet, bemanningsfrågor och situationer då arbetsgivare och arbetstagare har ett gemensamt intresse av att påverka konkurrensen på en näraliggande varu- eller tjänstemarknad.

I det avslutande *kapitel 10* redovisas de övergripande slutsatser som är avhandlingens resultat.

2 Den samhällsekonomiska ordningen, rättsreglerna och konkurrensen

Konflikter mellan konkurrenslagens förbud och konkurrensbegränsande offentliga regleringar inträffar inte i ett vakuum, utan i en samhällelig och rättslig kontext. Därför måste den samhällsekonomiska ordningens rättsliga betydelse diskuteras. På ett allmänt plan kan observeras att det ekonomiska systemet i ett land fungerar inom en rättslig ram.⁶⁰ Det är knappast någon idé att tvista om vad som kom först – det ekonomiska systemet eller rättsreglerna. Närmare sanningen ligger nog att det finns en växelvis påverkan mellan det ekonomiska systemet och rättsordningen.

2.1 Valet mellan konkurrens och reglering

Först skall några ord sägas om valet mellan konkurrens och reglering. När en konkurrensbegränsande offentlig reglering införs uppstår en situation på marknaden som avviker från den som gällt om endast den grundläggande konkurrenslagstiftningen hade gällt. Behöver detta vara olämpligt? Nej, inte alls. Om konkurrenslagstiftningen kan ses som ett ställningstagande från lagstiftarens sida är naturligtvis den konkurrensbegränsande regleringen ett annat ställningstagande. Vårt komplicerade samhälle, olika marknadernas naturliga förutsättningar, knapphet på resurser etc. kräver många regleringar av vilka vissa syftar till eller har som effekt att konkurrensen begränsas.

⁶⁰ Bernitz, Marknadsrätt, s. 11

2.1.1 Ett exempel – hyresregleringen

Hyresregleringen är ett konkret exempel på hur konkurrensen på en marknad påverkas av en konkurrensbegränsande offentlig reglering. I Sverige gäller det så kallade bruksvärdesystemet. Det innebär att en hyresgäst som tycker att hyran för lägenheten verkar hög kan begära prövning hos Hyresnämnden. Hyresnämnden kommer att avgöra om hyran är skälig, dvs. kontrollera att hyresnivån inte på ett oskäligt sätt avviker från hyresnivån i liknande hus, främst sådana som ägs av så kallade allmännyttiga bostadsföretag, vilka drivs utan vinstintresse. Utan någon form av hyresreglering vore hyressättningen fri, dvs. hyresvärden skulle ta ut det pris som åtminstone en hyresgäst är beredd att betala.

Exemplet med hyresregleringen illustrerar ett vanligt skäl till att konkurrensbegränsande offentliga regleringar existerar. Lagstiftaren anser att de sociala konsekvenserna av marknadshyror inte är acceptabla. Istället väljer lagstiftaren att utfärda en lag som medför att en överenskommelse om hyra som avviker från en prisnivå som staten direkt eller indirekt bestämmer kan ändras genom domstolsbeslut. Bostadsföretagets beslut om pris på sin produkt ersätts av ett pris som är i enlighet med regleringen. Det kan råda delade meningar om huruvida det är lämpligt eller inte att införa just den aktuella regleringen eller om dess utformning. Denna diskussion förs på den politiska arenan, eftersom det är ett politiskt beslut att införa en hyresreglering.⁶¹

2.1.2 Fördelar och nackdelar med konkurrens respektive reglering

Det finns givetvis fördelar och nackdelar både då marknadsvillkoren styrs av konkurrens respektive genom reglering. Bland konkurrensens fördelar kan nämnas att den stimulerar till effektivare användning av samhällets resurser, stärker företagets förmåga att hävda sig långsiktigt på marknader, pressar priserna och breddar utbudet.⁶² Önskas en snabb anpassning till konsumenternas preferenser är ett konkurrenssystem överlägset snabbare än regleringar som beslutas inom ett politiskt system.⁶³ Till bristerna med konkurrens hör att konkurrens inte leder till social rättvisa. Hård konkurrens

⁶¹ Det kan påpekas att någon form av hyresreglering för åtminstone delar av bostadsbeståndet är snarare regel än undantag i EU:s medlemsländer. Se Norberg, Konkurrenslagstiftning och bostadspolitik, 1999, s. 76–80.

⁶² Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning (Konkurrenslagspropositionen), s. 4, prop. 1999/2000:140, Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald, s. 46

⁶³ Se Fejø, Other Rules Aiming at Creating Competition in the European Union – Inherent Contradictions, i Melander, (ed.) Essays in Honour of Lennart Pålsson, s. 33–46, 33

kan paradoxalt nog också leda till att statiska monopol uppstår, vilket ger uppenbara problem särskilt om det rör sig om ett privat monopol.⁶⁴

På en marknad med väl fungerande konkurrens är transaktionskostnaderna vid tillgodoseendet av efterfrågan låga, eftersom styrmekanismen – priset – rymmer så mycket handlingsdirigerande information.⁶⁵ Det sker inget försök till central samordning av behov och produktion, utan enskilda individer köper det de vill ha. Regleringar däremot har höga transaktionskostnader, främst i form av informationsinhämtande och beslutsprocesser i samband med regleringarnas utformning och implementering.

Alla värden har emellertid inte ett pris som kan mätas i pengar. Ett problem är det som nationalekonomer kallar marknadsmisslyckanden. Miljöförstöring är ett sådant exempel. Om det är gratis att förorena miljön får samhället snart allvarliga problem. Miljöförstöring kan å ena sidan angripas med regleringar om hur mycket nedsmutsning som får ske. En annan metod är att försöka skapa en fungerande marknad, t.ex. i form av handel med utsläppsrättigheter. Att på ett effektivt sätt införa och upprätthålla sådana "lätsasmarknader" kan emellertid vara både komplicerat och svåradministrerat.

Bland regleringarnas fördelar kan nämnas att dessa möjliggör att speciella värden tillgodoses. Den moderna välfärdsstaten kräver många regleringar för att tillfredsställa människors behov av utbildning, omvårdnad och sjukvård. Så kallade kollektiva nyttigheter (t.ex. ett lands försvar) kan vidare komma till stånd endast med hjälp av offentliga regleringar. Till nackdelarna hör att offentligt beslutade regleringar inte är flexibla nog att ändras med ändrade förutsättningar och att regleringar har en tendens att hämma innovationsbenägenheten. Vidare kan särregleringar skapa särintressen, vilket medför att när regleringen väl är införd finns det en motiverad grupp som tjänar på regleringen och som har starka incitament att kräva oförändrade villkor, även om detta är till nackdel för konsumenterna. Den senare gruppen är mycket större, men i regel mer oinformerad och dessutom i allmänhet oorganiserad.

Skulle valet träffas inom ett samhälle att så långt det är möjligt offentligt styra ekonomiska skeenden och att ekonomiska produktionsbeslut skulle

⁶⁴ Dynamiska monopol utgör inte ett lika stort eller kanske inte alls ett problem. Varje företag vill egentligen uppnå ett tillfälligt monopol, men vid en fungerande konkurrens utmanas denna tillfälliga monopolställning ständigt.

⁶⁵ Med transaktionskostnader avses kostnaden (i tid och pengar) för att ett avtal eller annat beslut av ekonomisk karaktär skall kunna genomföras. Betydelsen av transaktionskostnader är förknippade med Ronald Coase, känd brittisk nationalekonom och Nobelpristagare, som tidigt (i artikeln *The Nature of the Firm* från 1937) genom att uppmärksamma betydelsen av transaktionskostnader kunde förklara t.ex. varför företag (som närmast är planekonomiska öar i ett marknadsekoniskt hav) uppstår och varför företag har den storlek de har.

samlas i en central plan, kallas det ekonomiska systemet för planekonomi. Det har i praktiken visat sig att det är omöjligt att utan betydande effektivitetsförluster ersätta ett decentraliserat ekonomiskt beslutsfattande med ett centraliserat, för att inte nämna de inskränkningar av människors självbestämmande som blir följden om staten skall planera huvuddelen av alla ekonomiska aktiviteter i ett land.

En mycket betydelsefull skillnad mellan konkurrens och reglering är emellertid att konkurrens innebär att det finns ett förändringstryck, alltså dynamik. Med regleringar saknas detta förändringstryck. Det behöver inte omedelbart leda till problem, men så småningom ändras verkligheten men inte verksamheten. "Så här skall vi göra, för så har vi alltid gjort!" Regleringar å andra sidan står också för förvaltning och kontroll. Det finns många verksamheter i ett modernt samhälle som har sådan vikt eller rymmer så komplicerade avvägningar att de bör regleras. Faktum kvarstår att det av olika skäl inte finns förutsättningar för konkurrens på alla marknader. Dessa marknader måste därför kompletteras med regleringar. I verkligheten kan valet sällan formuleras som ett "antingen konkurrens *eller* reglering." Konkurrens betyder nämligen inte att det *inte* finns några regleringar. Den relevanta frågan för lagstiftaren är istället: *vilka* regleringar skall finnas på den enskilda marknaden.⁶⁶

2.2 Det ekonomiska systemets rättsliga betydelse

2.2.1 Kritik

Inom den allmänna rättsläran menar exempelvis Peczenik att samhällsekonomin inte har ett direkt inflytande på rättsnormer och rättsliga institut.⁶⁷ Han anser dock att en indirekt påverkan sker genom ett antal förmedlande mekanismer, där den samhällseliga ideologin är viktigast. Ideologin består enligt Peczenik av olika komponenter som vardagslivets vanor, etiken, religionens normer och vissa intresseavvägningar mellan olika grupper i samhället. Peczenik påpekar att ideologierna stöds av bland annat politiska rörelser och samhällseliga organisationer.

⁶⁶ SOU 2000:7, Långtidsutredningen 1999/2000, bilaga 3, s. 84

⁶⁷ Peczenik, Vad är rätt, 1995 s. 158

2.2.2 Framhävandet av institutioners betydelse för rättsordning och ekonomisk tillväxt

Medan Peczenik anför skepsis mot samhällsekonominns direkta inflytande på rättsliga normer, finns det andra forskare som tvärtom vill betona den samhällsekonomiska ordningens betydelse för rättsordningens gestaltning.⁶⁸

I en rättsordning existerar vissa institut eller med ett annat ord institutioner.⁶⁹ Nationalekonomisk och ekonomisk-historisk forskning har ägnat frågan om institutionernas roll för samhällsutveckling stort intresse. Det har visats på ett vederhäftigt sätt hur institutionernas utformning påverkar ett lands ekonomiska tillväxt.⁷⁰ De tre element som kännetecknar det marknadsekonomiska systemet är äganderätten, avtalsfriheten och näringsfriheten.⁷¹ Utan individuell äganderätt, avtalsfrihet och näringsfrihet som tillkommer individen och som upprätthålls av rättsordningen kan inte en marknads ekonomi existera. Av betydelse är också de lagar som *inte* finns. Det finns ingen skadeståndsskyldighet för en ny aktör på en marknad att ersätta de redan befintliga aktörerna för att dessa förlorar marknadsandelar.⁷² Inte heller kan ett företag som går i konkurs stämma sina konkurrenter om dessa med lagliga medel har konkurrerat ut det. Dessa förhållande kan tyckas vara självklara, men man får inte glömma att just avsaknaden av rätten att stämma konkurrenterna i dessa fall också är ett uttryck för ett marknadsfunktionellt mönster i ekonomin.⁷³

⁶⁸ Se t.ex. Coase, *Företaget, marknaden och lagarna*, utgiven i svensk översättning 1992. Bernitz, *Marknadsrätt*, 1969, North, *Institutionerna, tillväxten och välståndet*, 1993 (publicerad på engelska 1990. Ett tidigare verk är North D., Thomas, R., *The Rise of the Western World: A New Economic History*, 1973). Posner, *Economic Analysis of Law*, 1998 (först publicerad 1972) Se även forskningen inom Freiburgskolan som nämns i avsnitt 2.3 nedan.

⁶⁹ Med termen institut inom rättsvetenskapen menas ett komplex av rättsregler för ett visst bestämt ändamål. Begreppet institutioner, som ofta används i andra samhällsvetenskaper, är vidare och kan definieras som "spelregler i ett samhälle eller annorlunda uttryckt, de restriktioner som människor sätter upp för att ange formerna för mänsklig samverkan". Se North, *Institutionerna, tillväxten och välståndet*, 1993, s. 16.

⁷⁰ Se North, *Institutionerna, tillväxten och välståndet*, 1993. Vad gäller den svenska utvecklingen se Bernitz, *Marknadsrätt*, 1969, s. 111–115, 132–137, 410–428, Södersten, *Kapitalismen byggde landet*, 1991, Myhrman, *Varför Sverige blev rikt*, 1994,

⁷¹ Myhrman, Petrén, Strömholm, *Marknadsekonominns rättsliga grundvalar*, 1987, s. 7

⁷² I det fall ett företag uppsåtligen eller av oaksamhet gör sig skyldigt till en överträdelse av konkurrenslagens förbud kan det dock bli skadeståndsskyldigt i förhållande till en avtalspart eller annat företag enligt 33§ konkurrenslagen.

⁷³ Anna Christensen identifierar i sin artikel *Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster*, TFR 1996 s. 519, 527–532, 564–566 tre normativa grundmönster som kan urskiljas i rättsordningen, nämligen det marknadsfunktionella mönstret, regler som syftar till att åstadkomma social rättvisa och regler som syftar till att skydda en etablerad position (t.ex. anställningsskydd). Se även Norberg, *Arbetsrätt och konkurrensrätt*, 2002, s. 20–24

Rättsreglerna har en gång uppstått som svar på ett behov av ett gemensamt förhållningssätt för likartade transaktioner människor emellan genom livets olika skeden.⁷⁴ Villkoren för företags uppträdande på marknader, vilka avtalsvillkor som är otillåtna, rätten till egendom, vilka inskränkningar det kan finnas i nyttjanderätten till egendom – allt sådant styrs av rättsregler. Idag är det lätt att se att rättsreglerna bestämmer utformningen av det ekonomiska systemet, men det omvända – att den ekonomiska ordningen har påverkat och även framgent kan påverka rättsreglernas utformning och tillämpning – måste också beaktas.

Med hänsyn till de forskningsinsatser och iakttagelser som har utförts främst inom rättsekonomin och den ekonomisk-historiska forskningen är det rimligt att utgå från att den samhällsekonomiska ordningen har ett inflytande på rättsregler och rättstillämpning. Antagligen är det så att rättsordningen och den ekonomiska ordningen egentligen inte borde diskuteras som två skilda saker, utan att de istället bör ses som en integrerad företeelse.

2.2.3 Konkurrensen och dess betydelse

Naturligtvis har det mesta av de juridiska konsekvenserna av den samhällsekonomiska ordningen redan transformerats till lagstiftning. Det är heller inte vanligt att den samhällsekonomiska ordningen måste dras in som en del av en rättslig analys. Just hanterandet av konkurrensbegränsande offentliga regleringar är emellertid ett område där detta är nödvändigt. Skälet är att explicita regler som gäller konkurrensbegränsande offentliga regleringar i allmänhet saknas och de enda rättsregler som finns att tillgå – konkurrensreglerna – riktar sig i första hand mot privata rättssubjekts agerande.

Konkurrens är inte en institution i den betydelse som angivits ovan, utan istället ett fenomen som spontant uppkommer under vissa betingelser. Konkurrens förekommer i betydligt vidare sammanhang än de marknadsrättsliga. Den biologiska evolutionen drivs framåt av arternas konkurrens, både inom en art och mellan arter. Konkurrens är något som verkar vara knutet till levande individers egenintresse. Vad gäller betydelsen av människors egenintresse i ekonomiska sammanhang har detta beskrivits redan 1776 av Adam Smith i sitt retoriskt skickliga uttalande: "*It is not from the benevo-*

⁷⁴ Anna Christensen påpekar att rättsregler har en moraltbildande effekt, men även att det omvända råder – att moralregler har en rättsbildande effekt, se Christensen, Anna, Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster, TFR 1996 s. 519, 527. En liknande interaktion får också anses förekomma mellan rättsregler och ekonomiskt handlande.

*lence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interests.”*⁷⁵

Konkurrens har sagts vara den innovativa processens motor.⁷⁶ Konkurrensen är av grundläggande betydelse för tillväxt och välfärdsutveckling, vilket är ett tungt vägande skäl till att konkurrens mellan företag skall skyddas i rättsordningen. I förarbetena till 1993 års konkurrenslag framhålls konkurrensens fördelar av den dåvarande borgerliga regeringen.⁷⁷ Liknande tongångar, men nu av ett socialdemokratiskt statsråd, förs fram i den konkurrenspolitiska propositionen 1999/2000:140. I den senare propositionen framhålls att en effektiv konkurrens kan bidra till att resurser utnyttjas effektivt, att dynamiska tillväxteffekter uppkommer av konkurrens, att en fördelningseffekt följer i effektiviseringsvinsternas spår samt att konsumenternas preferenser bäst tillgodoses genom effektiv konkurrens.⁷⁸ Det sägs även, som nämndes i kapitel 1, att någon ytterligare utredning om konkurrensens fördelar inom näringslivet inte längre är nödvändig att göra.⁷⁹ Konsumenterna har ett intresse av att företagen som producerar varor och tjänster gör detta under ett konkurrenstryck. Konsumenterna borde ha rätt att välja mellan produkter som har producerats i konkurrens och med användandet av lagliga konkurrensmetoder. Det är dock inte enbart konsumenterna som måste garanteras en rätt att välja. Även producenterna i varje led måste ha rätt att välja sina affärspartners.⁸⁰

Konkurrens är således ett grundläggande fenomen i en marknadsekonomi. På grundval av beprövad erfarenhet och den teoretiska grund som den ekonomiska vetenskapen kan bidra med bör vi kunna dra slutsatsen att om ekonomisk effektivitet, i betydelsen effektiv resursallokering, är det som eftersträvas, är det ett egenvärde att det råder fungerande konkurrens på en marknad. Ett decentraliserat ekonomiskt system förutsätter konkurrens för att kunna fungera, eftersom ekonomisk aktivitet i allmänhet sker okoordinerat. Individer har frihet att agera på egna initiativ. Störs konkurrensen blir de ekonomiska incitamenten förvridna.

Vilka slutsatser kan vi dra av ovanstående allmänna resonemang? Det bör vara så att i det fall den samhällsekonomiska ordningen är den marknadsekonomiska, kan det antas att det som huvudregel råder konkurrens på marknader. På grund av konkurrensens grundläggande funktion på markna-

⁷⁵ Smith, A, *The Wealth of Nations*, vol. II, kapitel II, s. 119

⁷⁶ Myhrman, *Varför Sverige blev rikt*, kap. 8

⁷⁷ Prop. 1992/93:56 s. 4–5

⁷⁸ Prop. 1999/2000:140, s. 25–26, 46–48

⁷⁹ Prop. 1999/2000:140, s. 46

⁸⁰ Dock måste beaktas att företag som har en dominerande ställning inte utan vidare får säljvägra eller leveransvägra. Detta kan nämligen utgöra missbruk av dominerande ställning, vilket är förbjudet enligt 19§ KL.

der, motiverar detta att konkurrenslagstiftningen, som är det primära medlet att skydda konkurrensen, får anses ha en stor vikt. Den betydelsefulla konkurrenslagstiftning får annorlunda uttryckt anses ha hög status.

2.3 Den ekonomiska konstitutionen

Det finns ett ekonomiskt-juridiskt paradigm inom vilket frågan om konkurrensens betydelse har behandlats särskilt utförligt. Det är *Freiburgskolan* eller *ordoliberalismen*.⁸¹ Detta är beteckningen på ett synsätt angående interaktionen mellan det ekonomiska systemet och rättsordningen som utvecklades i universitetskretsar i den tyska staden Freiburg under 1930-talet i stark opposition mot nazismens syn på samhällets ekonomiska organisation.⁸² Freiburgskolan framhöll konkurrensens stora betydelse i en marknadsekonomi. Tankeinriktningen kom efter andra världskriget att byta namn till ordoliberalismen och redovisningen av centrala delar av denna har ett värde för avhandlingen dels för att den utgör ett exempel på ett konsistent sätt att behandla frågan om konkurrenslagstiftningens betydelse i rättsordningen och den rättsliga betydelsen av detta, dels för att den har ett förkla-

⁸¹ En grundläggande redogörelse för ordoliberalismen och hela den europeiska konkurrensrättens ursprung finns i David Gerbers mycket läsvärda bok "Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus" (1998). Gerber visar att EG:s konkurrensregler har ett europeiskt ursprung och inte som många tror bara är en kopia av de amerikanska konkurrensreglerna som infördes i Västtyskland efter andra världskrigets slut på initiativ av de amerikanska myndigheterna. Den tyska litteraturen om Freiburgskolan är rikhaltig. Det finns även en tidskrift som heter ORDO (grundad 1948). På svenska har Freiburgskolans inflytande på tysk rätt redovisats i Bernitz, Marknadsrätt, 1969, s. 331–334. Se även Norberg, Arbetsrätt och konkurrensrätt, 2002, s. 150–167 liksom i Norbergs bok Konkurrenslagstiftning och bostadspolitik, 1999, s. 19–25.

Däremot verkar Freiburgskolans skrifter nästan inte alls ha uppmärksammats i sin samtid eller i den ekonomiska debatten i efterkrigstidens Sverige. Originalskrifter av Eucken, Böhm och andra har gått att finna i Uppsala universitetsbiblioteks handskrivna katalog; skrifter som inte har funnits upptagna i den datoniserade katalogen. Det betyder att det helt säkert kan sägas att ingen har lånat dem sedan 1962, det år då böcker fortsättningsvis registrerades enbart i ett kortsystem.

⁸² Freiburgskolan omnämns i prop. 1999/2000:140, s. 56–57. Det synes vara första gången som denna tankeinriktning omnämns i förarbeten till svenska konkurrenslagar och konkurrenspolitik, vilket är ganska sent med tanke på att Freiburgskolans grundläggande tankar formulerades ungefärligen mellan 1930 till 1948. I propositionen omnämns Freiburgskolans ståndpunkt att ekonomisk frihet och konkurrens var källor inte bara till välbstånd utan även till politisk frihet. Det uppmärksammas att ett sådant synsätt leder till att konkurrensrätten får ses som en fundamental del i det politiska systemet. Freiburgskolans genomslag i tysk konkurrensrätt och vid utformningen av konkurrensreglerna i EG-fördraget uppmärksammas också.

ringsvärde vad gäller utformningen av EG-fördragets konkurrensregler och konkurrenspolitik.

2.3.1 Freiburgskolan eller ordoliberalismen – ett europeiskt paradigm

Ursprunget i tysk nittonhundratalshistoria

På grund av sin historia har jurister och ekonomer kommit att djupgående behöva diskutera grundvalarna för demokratin och skyddet för mänskliga rättigheter och därvid även det ekonomiska systemets fundament. Den samhällsekonomiska situationen i Tyskland präglades under Weimartiden av osäkerhet, orsakad både av interna och externa kriser. Weimarrepublikens svaga statsmakt byttes under 1930-talet ut mot nazisternas hårdnande diktatur. Den ekonomiska politiken under nazitiden inleddes i keynesiansk anda med statlig intervention till stöd för samhällsekonomin, men urartade snart till att inriktas enbart mot militär upprustning och autarki, dvs. en strävan att göra Tyskland oberoende av import och export.⁸³

I den tyska staden Freiburg samverkade under 1930-talet en grupp jurister och nationalekonomer. Till Freiburgskolan räknades ursprungligen nationalekonomen *Walter Eucken* och rättsvetenskapsmännen *Franz Böhm* och *Hanns Grossmann-Doerth*.⁸⁴ Freiburgskolan inriktade sig på Weimarrepublikens institutionella och politiska misslyckanden, eftersom man ansåg att dessa hade bidragit till Hitlers maktövertagande.⁸⁵ Man ville finna det ekonomiska system som skulle kunna stå emot sådana kriser som utspelade sig i deras samtid. Detta innebar att de från tidigt 1930-tal till andra världskrigets slut ägnade sig åt frågan hur det ekonomiska systemet skulle utformas när Hitler en dag var borta. En offentlig diskussion av de politiska konsekvenserna av sådana tankar var inte möjlig, men däremot kunde gruppen publicera material som behandlade det teoretiska samspelet mellan ekonomi och juridik i rättsordningen. I den lite avsides belägna miljön vid universitetet i Freiburg fick gruppens medlemmar tid att grundligt bearbeta sina idéer.⁸⁶ Deras analys blev som en konsekvens mycket djupgående, vilket gav

⁸³ Thamer, *Ulrich Verführung und Gewalt, Deutschland 1933–45*, s. 424.

⁸⁴ Dessa tre publicerade 1936 sin programförklaring (*Unsere Aufgabe* i skriftserien *Ordnung der Wirtschaft*, nr.2). Detta manifest fick inleda en lång rad av publikationer med Eucken, Böhm och Grossmann-Doerth som författare och redaktörer.

⁸⁵ Gerber 1998. s. 237

⁸⁶ Gerber 1998 s. 235

Freiburgskolan ett intellektuellt försprång i diskussionerna om återuppbyggnaden av det tyska samhället efter andra världskrigets slut.

Med dess starka betoning av betydelsen av den ekonomiska och politiska "ordningen" kom benämningen Freiburgskolan efter andra världskrigets slut att bytas ut mot "ordoliberalismen".⁸⁷ Företrädare för ordoliberalismen uppskattades av den amerikanska administrationen, dels för sin marknadsekonomiska inriktning och dels för att ha saknat samröre med nazismen. Det passade de amerikanska strävandena att hjälpa till med Västtysklands återuppbyggnad på demokratisk och icke-socialistisk grund. Efter andra världskrigets slut fick ordoliberal tankar ett betydande utrymme i västtysk idédebatt. Ordoliberalismen utgjorde den teoretiska grunden för införandet av *die soziale Marktwirtschaft* – den sociala marknadsekonomin i Förbundsrepubliken Tyskland.⁸⁸

De första tankarna om en ekonomisk konstitution

Eucken, Böhm och Grossmann-Doerth publicerade 1936 en programförklaring där de bland annat beskrev sina tankar om den ekonomiska konstitutionen.⁸⁹ Ordoliberalernas analys tog sin utgångspunkt i hur en samhällsekonomi överhuvudtaget fungerar. Tillvägagångssättet var att anlägga ett särskilt synsätt som Eucken kallade *Denken in Ordnungen* och genom vilket det var möjligt att integrera samhällsekonomin med rättsordningen.⁹⁰ För att förstå ekonomiska realiteter måste man enligt ordoliberalerna först bli medveten om existensen av underliggande rättsliga mönster (ordningar) i ekonomin. Endast med medvetenhet om dessa mönster kunde man sedan förstå och hantera ekonomiska fenomen. Genom att ange hur rättsreglerna borde

⁸⁷ Termen "ordoliberalism" började först användas några år efter att tidskriften ORDO grundades år 1948 (Gerber, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, 42 A.J.C.L., s. 25–84, 1994 s. 31, not 25).

⁸⁸ *Die soziale Marktwirtschaft* blev ett slagord och en samhällsmodell för Västtyskland efter andra världskriget. Den som först myntade uttrycket var Alfred Müller-Armack. Den tyska sociala marknadsekonomin utgick från ordoliberalernas ekonomisk-juridiska tänkande, men betonade tydligare vikten av omfördelning av samhällets resurser till bredare grupper. Ludwig Erhard, Västtysklands finansminister 1949–1964 och förbundskansler 1964–1966, omsatte under sin tid vid makten ordoliberal idéer i politisk handling. Gerber 1998 s. 236–237.

⁸⁹ *Ordnung der Wirtschaft*, eftertryckt på engelska (*The Ordo Manifesto of 1936*) i Peacock, Willgerodt, *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, s. 15–36, 24. Den ekonomiska konstitutionen skall förstås som ett politiskt beslut gällande hur det ekonomiska livet i en nation skall organiseras.

⁹⁰ Eucken, *Grundlagen der Nationalökonomie*, 9:e uppl, 1989 (första upplagan publicerad 1939) s. 50.

utformas för att dessa idéer skulle förverkligas kom ordoliberalerna att på ett för den tiden nytt sätt koppla ihop ekonomi och juridik.⁹¹

Transaktionsekonomi och centralförvaltningsekonomi

Enligt ordoliberalerna fanns det två grundläggande ekonomiska ordningar. Den ena kallades *Verkehrswirtschaft* (transaktionsekonomi) och den andra *Zentralverwaltungswirtschaft* (centralförvaltningsekonomi).⁹² I den förstnämnda ordningen bestämdes ekonomiska transaktioner av privat beslutsfattande. I den andra ordningen beslutade en centralförvaltning över ekonomiska transaktioner. Detta är den avgörande skillnaden mellan de båda ordningarna. Eucken var den första i Tyskland som analyserade dessa två ekonomiska ordningar i detalj.⁹³ Hans syfte var att analysera de grundelement som ingick i respektive system och se hur dessa interagerade med varandra.

Individens ekonomiska självbestämmande var enligt ordoliberalerna ett omistligt komplement till politiskt självbestämmande. För att värna dessa värden behövdes ett effektivt och pålitligt juridiskt regelverk. Samhällets uppgift var helt enkelt att tillhandahålla detta regelverk. Hotet mot individens ekonomiska självbestämmande kom enligt ordoliberalerna från två håll

⁹¹ Läser man Eucken tidiga publikationer slås man av hans tidvis skarpa tonläge. Med enfaset hävdar han sådant som idag ter sig självklart, t.ex. att nationalekonomisk forskning bör inrikta sig på att studera den ekonomiska verkligheten. Detta skall ses mot bakgrund av ett tidstypiskt problem i det dåtida tyska vetenskapssamhället, nämligen den *historiska skolans* inflytande. Denna inriktning menade att ekonomiskt handlande endast kunde förstås i sitt eget kulturella och historiska sammanhang. Ekonomisk teori ansågs därför sakna all relevans. Den ekonomiska forskningen i Tyskland hade reducerats till studier av statistiska data i syfte att genom dem förstå ekonomins cykler. Andra skolor inom den ekonomiska forskningen, företrädade utanför Tysklands gränser, anlade ett synsätt där den ekonomiska teori-bildningen reducerades till logiska tankeoperationer, mer eller mindre frikopplade från verkligheten. De två synsättens inbördes oförenlighet och det faktum att båda var för sig inte räckte till att beskriva verkligheten, var en konflikt som Eucken kallade den stora antinomin (antinomi betyder logisk motsägelse). Euckens åsikt var att synsätten måste förenas så att historiska fakta kunde studeras och vetenskapssamhället därav kunde dra teoretiska slutsatser. Eucken menade att eftersom ekonomins funktionssätt ytterst bestämdes av rättsliga ramar var alla studier av ekonomin utan hänsynstagande till dessa meningslösa. Euckens tankar var alltså nya för tiden och därför menade Eucken sig skapa en ny metod för hur man i allmänhet skulle betrakta den grundläggande ekonomiska ordningen i ett samhälle. (se Eucken, *Grundlagen der Nationalökonomie*, förordet till första upplagan 1939 samt s. 15–23, s. 241, Böhm, Eucken, *Grossmann-Doerth, The Ordo Manifesto of 1936* (red. Peacock, Willgerodt), s. 16–19, 23)

⁹² Eucken, 1939, s. 78–79

⁹³ Gerber 1998 s. 244

– från godtyckligt användande av den offentliga makten respektive från mäktiga privatekonomiska intressen.⁹⁴

Slutsats – systemen är olika och bör ej blandas

Ordoliberalernas analys ledde till slutsatsen att varje system för sig hade vissa karaktäristika, som hade ett inbördes samband.⁹⁵ Till marknadsekonominas kärna hörde t.ex. individuell äganderätt, skyddet för ekonomisk frihet och frånvaro av etableringshinder. Genom att dessa samverkade ökade ordningens effektivitet. En annan viktig ståndpunkt var att en sammanblandning av de båda ordningarna ledde till att dessa var för sig fungerade sämre.⁹⁶ Detta var ordoliberalernas förklaring till den tyska ekonominas sammanbrott under mellankrigstiden. Denna slutsats låg även till grund för ordoliberalernas avvisande av en tredje väg mellan marknadsekonomin och planekonomin.

2.3.2 Die Wirtschaftsverfassung – den ekonomiska konstitutionen

De fundamentala val som ett land hade gjort angående den ekonomiska ordningen utgjorde enligt Eucken en *ekonomisk konstitution* (*eine Wirtschaftsverfassung*).⁹⁷ På samma sätt som den politiska konstitutionen uttryckte valet av vilket politiskt system som skulle gälla i ett land, uttryckte den ekonomiska konstitutionen vilket ekonomiskt system som var det gällande. Den ekonomiska konstitutionen skulle alltså uppfattas som ett politiskt beslut angående hur det ekonomiska systemet i ett land skulle struktureras. Den ekonomiska institutionen borde helst finnas explicit uttryckt i landets författning, men den kunde också finna sitt implicita uttryck i en värdeföreställning, vilken manifesterades genom existensen av de grundelement som hörde till antingen transaktionsekonomin eller centralförvaltningsekonomin.

⁹⁴ Gerber 1998 s. 240. Mestmäcker skriver om Franz Böhm „Mit seiner Theorie von der Wirtschaftsverfassung will Franz Böhm die Frage beantworten, wie eine Wirtschaft zu ordnen ist, ohne den Staat zu ihrem Herrn oder zu ihrem Knecht zu machen.“ Mestmäcker, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, i Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, 1975, s. 383–419, 383

⁹⁵ Gerber 1998 s. 243–244

⁹⁶ Gerber 1998 s. 244

⁹⁷ Eucken, 1939, s. 52 ”Unter ”Wirtschaftsverfassung” haben wir die Gesamtentscheidung über die Ordnung des Wirtschaftslebens eines Gemeinwesens zu verstehen”. Begreppet Wirtschaftsverfassung hade utvecklats främst av Franz Böhm i boken Wettbewerb und Monopolkampf, 1933.

Ordningspolitiken

En konsekvens av detta var enligt ordoliberalerna att valet av ekonomisk konstitution endast kunde implementeras effektivt under förutsättning att hela det juridiska systemet var inriktat på att förverkliga det konstitutionella valet. Detta förhållningssätt kallade ordoliberalerna för "*Ordnungspolitik*" (ordningspolitik).⁹⁸ Offentligt beslutsfattande skulle således utgå från, men också begränsas av den ekonomiska konstitutionen. Varje regelverk kunde endast få en riktig tolkning om det sågs i ljuset av den ekonomiska konstitutionen och vid utfärdandet av ny lagstiftning var det nödvändigt att den ekonomiska konstitutionen beaktades.⁹⁹ Avtalsrätt, utsökningsrätt, fastighetsrätt, men även arbetsrätt och familjerätt kunde endast förstås rätt om hänsyn också togs till hur det ekonomiska livet var organiserat – alltså till den ekonomiska konstitutionen.¹⁰⁰ Böhm, Eucken och Grossmann-Doerth kritiserade det dåvarande rättsläget i den tyska konkurrensrätten som innebar att ett konkurrensstridigt handlande från ett företag endast kunde angripas om det stred mot "goda seder" eller var i strid med "kommersiell praxis".¹⁰¹

Den praktiska konsekvensen av ordoliberalismen var alltså att en betraktare av ett lands ekonomiska system kunde undersöka om vissa rättsfigurer och institutionella fakta var för handen. Återfanns t.ex. individuell äganderätt, etableringsfrihet och konkurrens på marknaderna kunde man dra slutsatsen att man hade med en transaktionsekonomi att göra. Hade man i ett visst land valt transaktionsekonomin måste den generella policyn vara att upprätthålla detta val.

Transaktionsekonomin bättre än centralförvaltningsekonomin

Med de grundläggande antaganden som ordoliberalerna gjorde angående konkurrensens betydelse och individuellt ekonomiskt självbestämmande kunde det inte råda någon tvekan om att de satte transaktionsekonomin i

⁹⁸ Gerber 1998 s. 246–248

⁹⁹ Böhm, Eucken, Grossmann-Doerth, *The Ordo Manifesto of 1936*, (red. Peacock, Willgerodt), s. 24

¹⁰⁰ Böhm, Eucken, Grossmann-Doerth, *The Ordo Manifesto of 1936*, (red. Peacock, Willgerodt), s. 24

¹⁰¹ I den tyska rättsordningen betonades att avtal skall hållas (*pacta sunt servanda*) och avtalsfriheten ansågs mer betydelsefull än enskilda företags respektive konsumenters behov av en fungerande konkurrens. Hur otillräckligt detta synsätt var illustreras av att Tyskland brukade kallas "*Das Land der Kartelle*." En omvärdering av synsättet att kartellavtal ingick i avtalsfriheten var på väg i tysk rätt från början av 1930-talet, men Hitlerregimen kom emellan. Istället infördes tvångskartelliseringar. Bernitz, *Marknadsrätt*, s. 325–326

första rummet.¹⁰² I en transaktionsekonomi var konkurrensen en central process.¹⁰³ Konkurrensen var kärnan i systemet, eftersom den fick marknadsmekanismerna att fungera effektivt. Ju mer konkurrens som fick råda, desto bättre fungerade systemet. Centralförvaltningsekonomi däremot innebär ju att enskilda ekonomiska aktörer var tvungna att underordna sig en plan, vilket begränsade deras frihet.¹⁰⁴

Ordningspolitikens koppling till den ekonomiska konstitutionen

Ordningspolitiken ställde även krav på den offentliga normgivningen, liknande dem som ställs på den offentliga makten i en rättsstat. I en rättsstat råder ett visst mått av rättsäkerhet, dvs. att rättsreglerna är kända, förutsebara och inte ger utrymme för godtycke i det enskilda fallet. För att transaktionsekonomi skulle kunna fungera effektivt fick myndigheter inte ha möjlighet att göra avsteg från de övergripande principerna. Det offentliga beslutsfattandet skulle alltså begränsas av den ekonomiska konstitutionen precis som detta beslutsfattande begränsas av de politiska delarna av konstitutionen.¹⁰⁵

Ordoliberalerna karaktäriserade ordningspolitiken som "indirekt reglering".¹⁰⁶ Offentligt beslutsfattande styrde inte direkt de ekonomiska processerna, utan lade i ordningspolitiken endast fast formen för det ekonomiska livet. Något som ordoliberalerna ville undvika var offentligt beslutsfattande *ad hoc*. Den ekonomiska konstitutionen skulle gälla allt beslutsfattande och därför skulle olika myndigheter inte ges möjlighet att fatta beslut som påverkade ekonomins funktionssätt, eftersom detta skulle störa helheten i den ekonomiska ordningen.

Ordoliberalerna ansåg att beslutsfattandet skulle koncentreras på s.k. konstitutiva och regulativa principer.¹⁰⁷ De förstnämnda gällde fundamentala principer i en ordningspolitik inriktad mot en transaktionsekonomi. Sådana var t.ex. upprätthållandet av en stabil valuta, fritt marknadstillträde, individuell äganderätt, avtalsfrihet, rätt till skadestånd vid avtalsbrott och

¹⁰² Det påpekas i Peacock's och Willgerodts antologi om den tyska sociala marknadsekonomi utgiven 1988 att jämfört med ett utilitaristiskt synsätt där den lösning (marknad eller reglering) som skulle ge den ekonomiskt mest effektiva lösningen skulle ordoliberalerna ändå sätta marknaden främst, därför att marknaden enligt ordoliberalerna uttrycker frihet. Se Willgerodt, Peacock, *German Liberalism and Economic Revival*, i Peacock Willgerodt (red.) *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, s. 1–14, 7

¹⁰³ Gerber 1998 s. 244–245

¹⁰⁴ Böhm, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, i *Recht und Staat* nr. 153/154, 1950, s. 68

¹⁰⁵ Gerber 1998 s. 246–247

¹⁰⁶ Gerber 1998 s. 248–249

¹⁰⁷ Gerber 1998 s. 248

stabil ekonomisk politik.¹⁰⁸ Regulativa principer tjänade till att upprätthålla de konstitutiva principernas effektivitet. Därför borde staten engagera sig i att bekämpa monopol och upprätthålla konkurrens på marknaderna, att bedriva inkomstutjämnande politik så att de sociala klyftorna mellan individerna inte blev för stora och föra en konjunkturutjämnande politik för att minska fluktuationerna i konjunkturen. Viktigt var även att staten hade ett ansvar för att bedriva en effektiv socialpolitik. Ordoliberalerna menade att ett ekonomiskt system inte kunde vinna legitimitet bland medborgarna om inte samhällets välbefinnande fördelades medborgarna emellan.

Ordoliberalerna betonade att så lite som möjligt skulle lämnas till den exekutiva maktens eller myndighetens eget skön.¹⁰⁹ Istället skulle domstolar garantera att systemet upprätthölls. Lagstiftning som påverkade ekonomin i stort skulle utgå från den ekonomiska konstitutionen. Det överordnade perspektivet måste hela tiden beaktas. I ordoliberalernas värld var det nödvändigt med en stark stat som kunde upprätthålla de grundläggande principerna.

2.3.3 Konkurrenslagstiftningens status enligt ordoliberalismen

Den andra grundvalen för ordoliberalismen var konkurrensreglernas stora betydelse. Med en riktigt bedriven ordningspolitik skulle i och för sig all politik inriktas mot att upprätthålla den ekonomiska konstitutionen, men konkurrensreglerna hade en särställning, eftersom dessa regler direkt syftade till att upprätthålla konkurrensen, som var så viktig i transaktionsekonomin. Den ordoliberal synen på konkurrensreglerna var ett för den tiden nytt synsätt. Tidigare europeiska konkurrenslagstiftningar, bland annat den svenska, var mest inriktade på att på administrativ väg kontrollera monopol.¹¹⁰

Ordoliberalerna hade en mycket bestämd uppfattning om konkurrensreglernas utformning. Monopolmakt sågs som något ont i sig.¹¹¹ Ordoliberalerna ansåg att det väsentliga var att inget företag eller annat organ skulle ha sådan marknadsmakt att det kunde bestämma över andra företag på marknaden. Eucken kallade detta fullständig konkurrens.¹¹²

¹⁰⁸ I en betraktelse av vilka konstitutiva principer som är giltiga i en social marknadsekonomi idag betonar en nutida anhängare av ordoliberalismen professor Wolfgang Fikentscher skyddet för miljön. Fikentscher, *Free Trade and Protection of the Environment as an Integrated Economic Value System: Outline of an Environment-Conscious Social Market Economy – A Lawyer View*, JT 1991-92, s. 222-231

¹⁰⁹ Gerber 1998 s. 254-255

¹¹⁰ Bernitz, *Marknadsrätt*, 1969, s. 162

¹¹¹ Gerber 1998 s. 251-252

¹¹² Eucken, 1939, s. 111

De monopol som ändå kunde få existera var sådana som baserades på legala rättigheter, t.ex. patent. Konkurrenspolitiken skulle då inriktas på att tvinga dessa monopol att agera *als ob* (som om) de inte hade monopolmakt. Denna als-ob-regel skulle utgöra en objektiv standard till ledning för den övervakande konkurrensmyndigheten. Principen anknöt till den åtskillnad som gjorts i tysk rätt mellan s.k. *Leistungswettbewerb* och *Behinderungswettbewerb*.¹¹³ Med den första formen avsågs agerande från ett företag som gjorde dess produkter mer attraktiva på marknaden, vilket var positivt och tillåtet. Med den senare formen av konkurrens avsågs agerande från ett företag direkt inriktat på att hindra konkurrenter i deras verksamhet, vilket var negativt och otillåtet.

Verkställande och administrativt handhavande

Ordoliberalernas tankar om verkställande och administration av konkurrensreglerna var för sin tid mycket originella. En läsning av dessa idag leder tanken till likheterna med hur EG-fördragets konkurrensregler kommit att verkställas och administreras. En maktindelning föreslogs där lagstiftarens roll var att tillhandahålla en konkurrenslag som baserades på den ekonomiska konstitutionen. Konkurrensreglerna skulle sedan tillämpas av en oberoende konkurrensmyndighet. Domstolarna skulle kontrollera den oberoende myndighetens tillämpning av lagen, i enlighet med de övergripande principerna. Lagstiftarens roll på konkurrensens område var således betydelsefull, men också starkt beskuren av den ekonomiska konstitutionen. Lagstiftarens uppgift var att dra konsekvenserna av den ekonomiska konstitutionen och omformulera ekonomisk kunskap till juridisk text. Därefter var lagstiftarens uppgift fullgjord. Därmed fanns det inga incitament för särintressen att ägna sig åt att försöka påverka lagstiftaren.¹¹⁴ Konkurrensmyndigheten var alltså ansvarig för konkurrenslagens upprätthållande. Myndigheten skulle ha makt att t.ex. ogiltigförklara kartellavtal, beordra att ett visst beteende skulle upphöra, ibland kombinerat med utfärdandet av höga straffavgifter.¹¹⁵ Enligt ordoliberalerna skulle myndigheten ha en autonom ställning. Den skulle stå fri från politiskt inflytande. Myndighetens beslut skulle kunna överprövas både formellt och materiellt av domstolar.

¹¹³ Bernitz, Marknadsrätt, 325–326, Distinktionen första gången gjord i doktrinen av professor Hans Carl Nipperdey. Freiburgskolan byggde vidare på denna distinktion.

¹¹⁴ Gerber, 1998 s. 254–255

¹¹⁵ Gerber, 1998 s. 254–255

2.3.4 Den sociala marknadsekonomin

Ordoliberalernas mångårigt diskuterade och genomarbetade synsätt kom snart att utgöra huvudfåran i debatten hur Västtyskland skulle gestaltas efter andra världskriget. Den begynnande diskussionen att det efter det borgerliga samhällets misslyckande endast återstod att pröva en socialistisk modell för det tyska samhället ebbade ut. En bred förankring vanns emellertid först när en social dimension fogades till idén om marknadsekonomin.¹¹⁶ Det välstånd som marknadsekonomin kunde frambringa skulle omfördelas bland samhällsmedborgarna, så att det blev en marknadsekonomi med en social inriktning.¹¹⁷ Ordoliberalismen var den ideologiska grunden för den senare lyckligt genomförda valutareformen 1948, vilket bidrog till det påföljande ekonomiska uppsvinget ("*das Wirtschaftswunder*").¹¹⁸

2.4 Ordoliberalismens policyrekommendationer och svenska förhållanden av idag

2.4.1 Likheter och skillnader

Allmänt

Freiburgskolans historia och tankegångarna inom ordoliberalismen är fascinerande, men har dessa något att tillföra vad gäller svenska förhållanden? En första anmärkning är att ordoliberalismen har rönt större uppmärksamhet i europeisk konkurrensrättsforskning och även i vidare kretsar på senare år tack vare främst David Gerbers forskningsinsats. Gerber påvisar ju en kompletterande och delvis annorlunda bild jämfört med den annars vedertagna uppfattningen att det är den amerikanska konkurrensrätten som har utgjort den främsta förebilden för den moderna europeiska konkurrensrätten.¹¹⁹ Ordoliberalernas tankearbete ger oss några frågor att fundera över.

¹¹⁶ Gerber, 1998, s. 259.

¹¹⁷ Müller-Armack, *The Meaning of the Social Market Economy*, 1956, översatt och omtryckt i Willgerodt, Peacock, *German Liberalism and Economic Revival*, i Peacock Willgerodt (red.), 1988, s. 82–86, 82–83

¹¹⁸ Gerber, 1998, s. 260–261

¹¹⁹ EG-fördragets konkurrensreglers utformning kan även förklaras som ett resultat av amerikansk konkurrensrättstänkande, som USA krävde att Västtyskland skulle anamma för att få ta del av det omfattande ekonomiska stödet från USA efter andra världskriget. Via Västtyskland överfördes det amerikanska inflytandet på EG-rätten. Det finns också stora likheter

Det finns särskilt tre förslag på ståndpunkter från ordoliberalismens analys som är intressanta att uppmärksamma även i en svensk diskussion om synen på den samhällsekonomiska ordningen och på konkurrens som företeelse. Det är betoningen av att marknadsekonomin och planekonomin är två skilda ekonomiska företeelser med helt olika styrsystem och vilka inte bör blandas. Vidare är det framhävandet av konkurrensens betydelse i ett marknadsekonomiskt system. Slutligen är det tankarna kring att ett land inte bara har en politisk, utan även har en ekonomisk konstitution.

Den svenska planhushållningsdebatten

Ingen av ovan nämnda tre frågor har varit föremål för en allmänt spridd svensk debatt. På grund av att Sverige stod utanför de båda världskrigen har den svenska ekonomiska utvecklingen följt andra spår jämfört med de andra nordiska länderna och övriga Europa. Den socialdemokratiska regeringen började under mellankrigstiden att föra en konjunkturutjämnande politik. Denna var framgångsrik då problemen i ekonomin vid denna tid hängde samman med en efterfrågekris. De borgerliga partiernas förslag (vid arbetslöshet – sänk lönerna) var helt förfelade. Staten kunde förbättra det ekonomiska läget genom att öka den offentliga efterfrågan. Detta kan ha bidragit till att det i Sverige utvecklades en tilltro till värdet av en aktiv statlig inblandning i ekonomin.

Under andra världskriget infördes många regleringar (t.ex. ransonering), vilket är det vanliga i krigstider. Efter kriget kunde Sverige dra fördel av ett intakt näringsliv och en befolkning som inte krigsskadats på olika sätt. Mot bakgrund av hur framgångsrik den förda ekonomiska politiken hade varit höjdes det röster för att liberalismens oreglerade ekonomi skulle ersättas med planhushållning, eftersom människor måste samverka för att nå sina ekonomiska mål.¹²⁰ Under 1950-talet debatterades länge om inte Sverige borde slå in på planhushållningens, dvs. planekonomin väg, men dessa planer förverkligades inte.¹²¹

mellan Sherman Act's paragraf 1 och 2 och EG-fördragets artikel 81 och 82. Se t.ex. Fejø, Monopolret og Marked, 1985, s. 38–49, Koktvedgaard, Lærebog i konkurrenceret, 5:e uppl, 2003, s. 67–69. Även Gerber redovisar det faktiska amerikanska inflytandet på den tyska konkurrensrätten och utformningen av EG-fördragets konkurrensregler, men därutöver påvisar han ett sammanhang som tidigare inte fått mycket uppmärksamhet utanför den tyskspråkiga konkurrensforskningen.

¹²⁰ Lewin, Planhushållningsdebatten, 3:e uppl, 1970, s. 307–323, 348. De ivrigaste förespråkarna var Ernst Wigforss och Gunnar Myrdal.

¹²¹ Finansdepartementets avdelning för långtidsutredningar arbetade så sent som till 1975 med att ta fram den för planekonomier typiska femårsplanen för svensk ekonomi.

Under 1970-talet uppstod störningar där en ökad offentlig efterfrågan inte förmådde stabilisera den svenska ekonomin, utan snarare fördröjde återhämtningen efter oljekrisen 1973. Försöken att överbygga konjunkturskiftningarna misslyckades. Det gick till exempel inte att rädda de svenska varven genom statliga stöd via en varvsakut. Långsamt har internationaliseringen kommit att leda till att det inte längre är möjligt för Sverige eller någon annan nationalstat att bedriva en ekonomisk politik som på något särskilt avgörande sätt skiljer sig från den som förs i grannländerna. I proposition 1999/2000:140 om konkurrenspolitiken används heller inte termen konjunkturpolitik, utan istället är det ”stabiliseringspolitik” som gäller. Idag är stabilitet och förutsägbarhet mål för den ekonomiska politiken.¹²² Konkurrenspolitiken anses kunna underlätta för stabiliseringspolitiken, eftersom ökad konkurrens ger höjd produktivitet som är en förutsättning för ökade reallöner.¹²³

Svensk konkurrenspolitik enligt prop. 1999/2000:140 Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald

Konkurrenslagens ursprungliga proposition 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning innehöll mycket litet om innehållet i konkurrens*politiken*. Skadan togs igen i proposition 1999/2000:140 Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald. I den senare ges konkurrenspolitiken en fastare ideologisk grund, där behovet av konkurrens faktiskt kopplas till demokratiska värden och konsumenternas behov på ett sätt som förtjänar att lyftas fram. Som kommer att framgå av kapitel 7 har den svenska inställningen till konkurrens, så som den tidigare kommit till uttryck i konkurrensrättsliga lagförarbeten, varit pragmatisk och ganska neutral till konkurrens som företeelse. I den senaste propositionen om konkurrenspolitik är språket dock mer engagerat vad gäller konkurrens. Det är faktiskt en anmärkningsvärd skillnad.

En jämförelse mellan ordoliberalernas policyrekommendationer och den svenska konkurrensrätten och konkurrenspolitiken av idag visar att skillnaden i politikens inriktning numera inte är särskilt stor. Den svenska konkurrenspolitikens allmänna inriktning är att åstadkomma väl fungerande marknader.¹²⁴ Konkurrenslagens 1 § slår fast att lagens syfte är att undanröja och motverka hinder för en fri konkurrens. Det kan i propositionen om konkurrenspolitiken utläsas en tro hos lagstiftaren på konkurrens och dess förmåga att skapa effektivitet och förnyelse.¹²⁵ Målsättningen är utan tvivel att skyd-

¹²² Prop. 1999/2000:140, s. 31

¹²³ Prop. 1999/2000:140, s. 26

¹²⁴ Prop. 1999/2000:140 s. 139

¹²⁵ Prop. 1999/2000:140 s. 140

da konkurrensen som process och regeringen säger sig vilja värna om de ännu inte startade företagen.¹²⁶

Ordoliberalerna tillmätte den ekonomiska ordningen en konstitutionell status. Vid all rättsskapande och rättstillämpande verksamhet skulle den ekonomiska konstitutionen beaktas på samma sätt som hänsyn tas till den politiska konstitutionen.¹²⁷ En jämförelse med svenska förhållanden visar att uppfattningen att det ekonomiska systemet också skulle ha status av att vara en ekonomisk konstitution inte har någon spridning alls.

En närmare granskning gör emellertid att detta påstående ändå måste nyanseras. Benämningen ekonomisk konstitution är okänt, men företeelserna som den ekonomiska konstitutionen beskriver är väl kända. Sverige är en marknadsekonomi, även om detta inte står explicit i grundlagen. Äganderätten och näringsfriheten skyddas i regeringsformen 2:18 respektive 2:20.¹²⁸ Det finns vidare ett allmänt stadgande om avtalsfrihet i 3 § köplagen (1990:931).¹²⁹ I motiven till den konkurrenspolitiska propositionen hävdas att "marknads- och konkurrensmodellen är helt överlägsen andra ekonomiska system när det gäller att skapa välbstånd, tillväxt och förnyelse."¹³⁰ Här får ju "marknads- och konkurrensmodellen" antas vara synonymt med "marknadsekonomin".

Till ordoliberalernas så kallade konstitutiva principer hör att den lagstiftande och dömande makten skall var och en på sitt sätt tillgodose krav på: monetär stabilitet, öppna marknader, privat ägande, avtalsfrihet, skadeståndsansvar för ekonomiska aktörer samt stabilitet i den ekonomiska politiken.¹³¹

Här kan noteras att kravet på monetär stabilitet redan finns i svensk ekonomisk politik. Sverige har en flytande växelkurs, men för en politik som har ett stabilt penningvärde som grund. Ett EMU-medlemskap medför dock att Sverige liksom andra EMU-medlemmar avstår en nationell penningpolitik till förmån för en gemensam. Den gemensamma penning- och valutapolitiken inom EU har prisstabilitet som mål (art. 4.2 EG-fördraget).

¹²⁶ Prop. 1999/2000:140 s. 26

¹²⁷ Gerber, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, 42 A.J.C.L., 1994, s. 25–84, 44

¹²⁸ Dessutom tillkommer ytterligare skydd för äganderätten och näringsfriheten till följd av EU-medlemskapet och EKMR (Europakonventionen om mänskliga rättigheter).

¹²⁹ Köplagens regler gäller i den mån parterna inte kommit överens om annat, dvs. underförstått parterna har frihet (med beaktande av de legala inskränkningar i avtalsfriheten som ändå finns) att avtala det de önskar.

¹³⁰ Prop. 1999/2000:140 s. 46. I meningen efter kommer en reservation: "Detta innebär dock givetvis inte att alla funktioner i ett samhället kan eller bör organiseras enligt konkurrensmodellen."

¹³¹ Gerber 1998 s. 248-249, Norberg, 1999, s. 20–21

Vad gäller öppna marknader sägs i konkurrenspolitikpropositionen att syftet är att vidmakthålla öppna marknader, eftersom detta anses kunna bidra till modernisering och utveckling av samhället.¹³² Det slås också fast en vilja att öppna nya marknader för konkurrens.¹³³ Privat ägande, avtalsfrihet, skadeståndsansvar för ekonomiska aktörer existerar redan i svensk rätt. Stabilitet och förutsägbarhet är viktiga mål för den ekonomiska politiken.¹³⁴ Med sådana skrivningar finns samtliga av de principer som ordoliberalerna kallade konstitutiva företrädade i den svenska rättsordningen eller som del av den ekonomiska politiken.

De regulativa principer som ordoliberalerna förslog innebar krav på: en verksam konkurrenspolitik som bekämpade alla former av monopol, krav på inkomstutjämning mellan individerna, ett offentligt ansvar för konjunktur-utjämning samt kravet på en effektiv socialpolitik.

Inte heller ordoliberalernas regulativa principer är främmande för svenska förhållanden. Införandet av 1993 års konkurrenslag innebar ett paradigmskifte i svensk konkurrensrätt med en skärpt konkurrenslag som resultat. I proposition 1999/2000:140 hävdas att "karteller och andra förfaranden från företags sida som sätter konkurrensen ur spel är oförenliga med en marknadsekonomi och utgör ett angrepp på konsumentintresset."¹³⁵ I den allmänna motiveringen säger sig regeringen med konkurrenspolitiken vilja motverka orationella hierarkier, diskriminering och fåtalsmakt.¹³⁶ Monopol identifieras som en företeelse som innebär en "demokratisk obalans".¹³⁷ Regeringens inställning är att staten måste skaffa sig effektivare medel att upptäcka och ingripa när företag begränsar konkurrensen samt att dess uppgift är att hindra angrepp från privata aktörer mot den fria konkurrensen. Det främsta medlet för att åstadkomma detta är en effektiv konkurrenslagstiftning.¹³⁸ Språkbruket i propositionen är således på flera ställen ovanligt skarpt. Konkurrenspolitiken presenteras som ett kampmedel mot angrepp på konsumenterna och mot demokratiska obalanser.¹³⁹

¹³² Prop. 1999/2000:140 s. 1 (Propositionens huvudsakliga innehåll)

¹³³ Prop. 1999/2000:140 s. 139 (Kap. 7.1.2 Inriktningen av konkurrenspolitiken)

¹³⁴ Prop. 1999/2000:140 s. 31 (Kap. 4 Allmänna utgångspunkter)

¹³⁵ Prop. 1999/2000:140 s. 139 (Kap. 7.1.2 Inriktningen av konkurrenspolitiken)

¹³⁶ Prop. 1999/2000:140 s. 25 (Kap. 4 Allmänna utgångspunkter)

¹³⁷ Prop. 1999/2000:140 s. 26 (Kap. 4 Allmänna utgångspunkter)

¹³⁸ Prop. 1999/2000:140 s. 53 Kap. 5.5.1 Vårda och skapa marknader (Ingår i 5.5 Statens roller. 5. Konkurrensens och konkurrenspolitikens betydelse i det ekonomiska systemet)

¹³⁹ Som rättskällor betraktade finns det dock ett problem med proposition 1992/93:56 respektive 1999/2000:140. Den förstnämnda innehöll själva lagreformen, men nästan inget om konkurrenspolitikens syfte och ideologi. Den senare innehåller mycket ideologi, men medför i anslutning till dessa skrivningar ingen specifik lagändring. De citerade ställena i not 132 till 138 utgör varken allmän motivering eller specialmotivering till en föreslagen lagändring. Rättskällevärdet på de allmänna utgångspunkter för konkurrenspolitiken som

Sedan länge finns det i Sverige en aktivt inkomstfördelande politik. I proposition 1999/2000:140 anføres att effektiva marknader och konkurrens hänger ihop med välfärden. Effektivare marknader sägs gynna en jämnare fördelning av vinster och löner mellan olika grupper och konkurrensen sägs därmed ha påtagliga välfärdseffekter för konsumenter som har låga inkomster.¹⁴⁰ Det sociala skyddsnätet i Sverige är väl utbyggt och är ett resultat av en effektiv socialpolitik. Däremot bedrivs som sagt ingen aktiv konkunkturpolitik, utan istället är det stabiliseringspolitik som gäller.

Konsumentperspektivet

Ett perspektiv som däremot inte alls uppmärksammades av ordoliberalismen var konsumentperspektivet. Detta perspektiv är emellertid framträdande i den svenska konkurrensrätten idag. I propositionen om konkurrenspolitiken betonas sambandet mellan konkurrenspolitik och konsumentpolitik.¹⁴¹ Åtgärder för att stärka konkurrensens effektivitet har till syfte att ge konsumenterna en starkare ställning på marknaden.¹⁴² Förutom konkurrenslagstiftningen tillvaratas konsumenternas intressen främst inom marknadsförings- och konsumentlagstiftningen.

2.4.2 Slutsatser angående ordoliberalismens relevans för gällande rätt

Principerna som ordoliberalerna förde fram finns således företrädade även i den svenska ekonomiska politiken. Det ordoliberal tankandet har påverkat utformningen av EG-fördragets konkurrensregler. Dessa regler har sedan fått stå modell för utformandet av den svenska konkurrenslagen. Därigenom har en indirekt påverkan på utformandet av svensk lagstiftning skett, låt vara att detta inte uppmärksammades vid konkurrenslagens införande 1993. Betyder detta att ordoliberalismen har direkt rättslig relevans vad gäller tolkningen av EG-rätten eller det svenska rättsläget?

Här får det anses vara uteslutet att ordoliberalismen skulle pekas ut som sådan som ett argument för den ena eller andra lösningen på ett konkret problem gällande konkurrenslagens tillämpningsområde, lika lite som andra konkurrensrättsliga mål avgörs med hänvisning till att de kan motiveras med

prop. 1999/2000:140 innehåller hade varit större om konkurrenspolitiken hade kopplats ihop med den stora lagreformen 1993.

¹⁴⁰ Prop. 1999/2000:140 s. 26

¹⁴¹ Prop. 1999/2000:140, s. 140

¹⁴² Prop. 1999/2000:140, s. 141

att de ligger i linje med en lösning som föreslås av Chicagoskolans alternativt Harvardskolans syn på konkurrensbegränsningar.

I kraft av kvaliteten på den genomarbetade analys som ordoliberalismen erbjuder kan däremot argument med grund i kopplingen mellan samhälls-ekonomi och rättsordning komma under en svensk domstols bedömning. Ordoliberalismen ger en teoretisk förklaring till varför konkurrens bör tillmätas så stor vikt i en marknadsekonomi. Som vi kommer att se i kapitel 4 om marknadsekonomiska grunddrag i EG-rätten kan kännedom om ordoliberalismen bidra till att den inre marknaden som företeelse och betydelsen av en gemensam och stabil valuta sätts in i ett större sammanhang.

2.5 Alternativa ekonomiska system

Det finns många betraktare som inte vill hålla med om att Sverige är en marknadsekonomi. Det finns därför skäl att överväga om det finns något alternativt ekonomiskt system som kunde komma ifråga.

2.5.1 Planekonomin

Ett demokratiskt statsskick kräver grundläggande fri- och rättigheter. Under förutsättning att sådana grundrättigheter skall beaktas, finns det då ett fritt val för lagstiftaren angående vilken samhällsekonomisk ordning som skall gälla? De flesta länders konstitutioner anger ju inte explicit vilken ekonomisk ordning som skall gälla. Den grundläggande skillnaden mellan det decentraliserade ekonomiska systemet (marknadsekonomin) och det centraliserade (planeekonomin) ligger som redan har nämnts i hur priset på varor och tjänster bestäms. I planeekonomin bestäms priset på administrativ väg. Även beslut gällande produktionens inriktning och omfattning bestäms på grundval av information om behov och efterfrågan som sammanställs hos en central myndighet.

Flertalet östeuropeiska länder har prövat den planeekonomiska modellen för samhällsekonomin. Planeekonomin kan med litet god vilja teoretiskt framstå som ett fullgott alternativ till marknadsekonomin, men i verkligheten visar det sig att transaktionskostnaderna, främst kostnaderna för inhämtandet av korrekt information när efterfrågan skall tillgodoses, är oöverstigligt höga. Utan korrekt information kan de ekonomiska aktörerna inte fatta rationella beslut och det blir svårt att ens tillgodose medborgarnas basbehov av mat och kläder. Situationen i planeekonomiskt styrda länder försvårades

också av en brist på flexibilitet till följd av en ovilja parat med oförmåga inom byråkratin att ändra i planen efter ändrade förutsättningar.¹⁴³

I valet mellan ett marknadsekonomiskt och ett planeekonomiskt system har utvecklingen under 1900-talet visat att marknadsekonomierna har förmått att skapa välstånd och en i huvudsak hållbar utveckling, medan planeekonomin har misslyckats med detta. Planeekonomin har med tiden avskaffat sig själv, när skillnaden i medborgarnas livsvillkor i de olika systemen blev alltför stor. De länder som har prövat det planeekonomiska systemet har också haft det gemensamt att de inte har varit demokratier, vilket är en tungt vägande invändning mot denna ekonomiska ordning. Planeekonomin medför att vuxna människors val av sysselsättning kan stöta på en invändning om att det inte ingår i den överordnade planen. Ett sådant system innebär ett betydande mått av ofrihet.

2.5.2 Blandekonomin

Sverige karaktäriseras av många som en blandekonomi.¹⁴⁴ Termen verkar kunna tolkas på två olika sätt. Antingen avses att blandekonomi är resultatet av ett ekonomiskt system där det planeekonomiska och det marknadsekonomiska systemet blandas och att det alltså skulle finnas ett genuint planeekonomiskt element i svensk ekonomi. Eller så anses den omfattande offentliga sektorn i Sverige medföra att det ekonomiska systemet inte kan kallas marknadsekonomiskt utan att blandekonomi skulle vara en bättre term.

Båda dessa synsätt måste avvisas. Vad gäller det första sker ju inget informationsinsamlande för planhushållning i Sverige och även om det finns en nationalbudget uppfattas inte den offentliga ekonomin som ingående i en offentligt fastställd plan. Det som sker inom den offentliga sektorn är förvaltning, vilket är en naturlig aktivitet, både inom en marknadsekonomi eller för den delen inom ett privat företag.

Vad gäller det andra synsättet verkar det bygga på en missuppfattning. En offentlig sektor är en naturlig del av en marknadsekonomi. Även laissez-faireliberalismens möjliga ideal "nattväktarstaten" måste ha en offentlig sektor för att finansiera och organisera nattväktaren. Frågan är då om storleken på den offentliga sektorn kan anses medföra att det marknadsekonomiska systemet blir blandekonomiskt. Sverige har i och för sig en stor offentlig

¹⁴³ Se Bogdan, Komparativ rättskunskap, 1996, kapitel 13.3 "Inverkan på rättsordningen av planeekonomins misslyckande", s. 204–208, 206

¹⁴⁴ I Nationalencyklopedin (3:e bandet 1990) anges att "blandekonomi är ett ekonomiskt system som innebär att man delvis tillämpar kapitalistisk, marknadsstyrd ekonomi och delvis låter den offentliga sektorn kontrollera resursfördelningen och med egna företag delta i produktionen."

sektor, men omfattningen av den offentliga sektorn uttrycker den gällande politiska uppfattningen i vilken utsträckning medborgarnas behov skall få en offentligt finansierad lösning istället för en privat. Vare sig förekomsten av offentlig planering och förvaltning eller en offentlig sektor gör en marknadsekonomi till en blandekonomi. Det är svårt att föreställa sig ett sätt att definiera blandekonomi som inte samtidigt kan sägas omfatta marknadsekonomin. Slutsatsen måste vara att Sverige inte är en blandekonomi utan en marknadsekonomi.

2.6 Sammanfattande slutsatser och analys

2.6.1 Den samhällsekonomiska ordningens betydelse för rättsordningen

Vissa grundläggande rättigheter är mer livsnödvändiga än andra. Ett samhälle måste till exempel kunna garantera medborgarnas rätt till liv och skydda dem från övergrepp. Den allmänt förankrade utgångspunkten sedan några sekel tillbaka är att människor är lika värda och ett uttryck för likhetsprincipen är att vuxna individer har politiska rättigheter i lika utsträckning. För att individen överhuvud skall kunna göra något med sitt liv och sina politiska rättigheter måste individen även på grundval av sina egna preferenser få delta i det ekonomiska livet. Politik och ekonomi hör ihop. Likaså hör juridik och ekonomi ihop. Rättsordning och samhällsekonomisk ordning bör därför ses som en integrerad företeelse. En snabb blick på de olika samhällsekonomiska system som har provats av olika länder i olika tider visar att länder med ett demokratiskt styrelseskick också är marknadsekonomier. Planekonomier (som de forna öststaterna) har inte varit demokratier. Det som återstår att se är hur marknadsekonomin låter sig förenas med ett icke-demokratiskt styrelseskick som i Folkrepubliken Kina.

Forskning där den samhällsekonomiska ordningens betydelse för rättsordningen har utförts inom den ekonomiska och ekonomisk-historiska forskningen. Inom den juridiska forskningen har Freiburgskolan eller ordoliberalismen tidigt uppmärksammat att ekonomi och juridik är något som inte kan separeras från varandra. Utgångspunkten i denna skolbildning var att konkurrens, snarare än administrativt beslutsfattande, skall styra prisbildningen på marknader. Samhällets uppgift var enligt ordoliberalerna att tillhandahålla ett effektivt och pålitligt regelverk. Detta var inte enbart väsentligt för det ekonomiska livet, utan även ytterst för demokratin.

Ordoliberalerna anlade en ”konstitutionell” syn på konkurrensreglerna. Med konstitutionell syn avses att konkurrensregler skall anses tillhöra en rättsordnings grundläggande regler och vara en del av det ramverk som bildar basen för det ekonomiska livet, precis som den politiska konstitutionen bildar basen för beslutsfattandet och maktfördelningen i en rättsordning. Konkurrensreglerna skulle med detta synsätt befinna sig högt upp i rättskällehierarkin, vilket bör beaktas när lagkollisioner mellan konkurrensreglerna och andra regleringar löses. I en marknadsekonomi vore det således rimligt att utgå från att det som huvudregel skall råda konkurrens på marknader. Detta kan betyda att konkurrenslagstiftningen har anspråk på att prioriteras i lagkonflikter med annan lagstiftning.

Det går att argumentera mot att den samhällsekonomiska ordningen skulle kunna ha rättslig betydelse, men argumenten för att det samhällsekonomiska systemet utgör en rättslig kontext som direkt kan påverka rättsordningen framstår som mer övertygande.

2.6.2 Den marknadsekonomiska ordningens betydelse för synen på konkurrens

Med utgångspunkten att det samhällsekonomiska systemet har rättslig betydelse har nästa steg varit att uppmärksamma det förhållandet att då det samhällsekonomiska systemet är det marknadsekonomiska följer att konkurrens på marknader är av central betydelse. Konkurrens på marknader utgör så att säga normalfallet eller huvudregeln i en marknadsekonomi.

Konkurrensens betydelse för marknadernas funktionssätt medför att det primära rättsliga instrumentet för att skapa och skydda konkurrens, vilket i svensk rätt är konkurrenslagen, är en mycket betydelsefull lagstiftning. Om det i amerikansk rätt, EG-rätten, dansk och svensk rätt finns rättskällor som ger stöd för uppfattningen att konkurrenslagstiftningen i respektive rättsordning har hög status eller anses ha en grundläggande betydelse är det inget att förvånas över. Ett motsatt synsätt vore mer ägnat att förvåna.

Mot bakgrund av betydelsen av ekonomisk effektivitet behöver det knappast motiveras att det skall råda konkurrens på en marknad. Däremot bör möjligen konkurrensbegränsande offentliga regleringars existens motiveras. Olika regleringslösningar skapas när konkurrens inte bör eller kan råda, t.ex. för att det saknas förutsättningar för konkurrens eller att politiska beslut har fattats om en annan lösning. Om det går att finna stöd för uppfattningen att konkurrens utgör huvudregeln för en marknads organisationssätt, följer därav att konkurrensbegränsande offentliga regleringar skall betraktas som undantag till den klart etablerade huvudregeln. Därav följer att konkurrensbegränsande offentliga regleringar bör tolkas restriktivt.

Längre än så går det kanske inte att komma med ett allmänt resonemang utan direkt koppling till en enskild rättsordning. Ett ekonomiskt-historiskt, nationalekonomiskt eller statsvetenskapligt synsätt kan bidra med värdefulla iakttagelser. Med ett juridiskt förhållningssätt, dvs. med användande av traditionell juridisk metod går det att komma ytterligare ett stycke. Bilden av den samhällsekonomiska ordningens betydelse och konkurrenslagstiftningens status kan med den rättsdogmatiska metoden kompletteras med beskrivningen av gällande rätt och detta är uppgiften i kapitel 3 till och med 9.

2.6.3 Sverige och marknadsekonomin som ekonomisk konstitution

Sverige är en marknadsekonomi. Betyder det att Sverige har marknadsekonomin som ekonomisk konstitution? Begreppet "ekonomisk konstitution" är ett praktiskt begrepp och en användbar metafor i en komplicerad verklighet.¹⁴⁵ Begreppet är också operativt i betydelsen att det på ett komprimerat sätt beskriver ett verkligt förhållande. Innan det skulle kunna slås fast att Sverige har en ekonomisk konstitution krävs emellertid en grundläggande diskussion om vad de politiska implikationerna av detta vore.

Varför står det inte i regeringsformen att Sverige är en marknadsekonomi? Ett skäl är säkerligen att det är politiskt kontroversiellt och att det upplevs som överflödigt i en gammal nationalstat att redovisa en sådan sak. En skrivning om marknadsekonomi i grundlagen skulle dock kunna ha både rättslig och politisk betydelse. En reform att överväga vore att skriva in i regeringsformen att Sverige utgör en marknadsekonomi eller en "socialt inriktad marknadsekonomi på grundval av en hållbar utveckling". Detta skulle synliggöra konkurrensens och konkurrensreglernas betydelse. Som en jämförelse kan nämnas att i EG-rätten har den ekonomiska ordningen uttryckts på ett mycket tydligare sätt, både faktiskt (inrättandet av den gemensamma marknaden) och i explicit skriftlig form (se t.ex. artikel 2 och 4 EG-fördraget). Det finns dock även skäl mot att skriva in en ekonomisk konstitution i regeringsformen. Till diskussionen om en explicit uttryckt ekonomisk konstitution återkommer vi i kapitel 10.

¹⁴⁵ Se Reich som menar att begreppet "Europeisk konstitution" kan användas som metafor för den grundläggande konstitutionella rättsutveckling som pågår i EG-rätten. Reich, *European Constitution for Citizens: Reflections on the Rethinking of Union and Community Law*, EJL (European Law Journal), Vol. 3, No. 2 June 1997, s. 131.

3 Förhållandet mellan konkurrensregler och särregleringar i amerikansk rätt

Redan år 1890 beslutade den amerikanska kongressen att utfärda en konkurrenslagstiftning – the Sherman Act – i vilken det gjordes till ett brott mot federal lag att ingå avtal i syfte att begränsa konkurrensen. Det amerikanska rättsväsendet har således en mer än hundraårig erfarenhet av att tillämpa en konkurrenslag med förbudsprincipen som grund. Vad gäller hanteringen av konkurrensbegränsande regleringar som emanerar från delstaterna finns också en rik erfarenhet och det är särskilt denna som är intressant i sammanhanget. Liksom för EU är det en viktig uppgift för den amerikanska federationen att säkerställa att handeln mellan delstaterna på den amerikanska marknaden inte hindras av protektionistiska åtgärder delstaterna emellan eller i onödan belastas med handelshämmande och konkurrensbegränsande regleringar.

I kapitel 2 har gjorts en genomgång av den samhällsekonomiska ordningen och dess betydelse för synen på konkurrensreglerna. Nu skall närmare undersökas vilka rättsliga uttryck som finns för det samhällsekonomiska systemet och synen på konkurrensreglerna i amerikansk rätt. Syftet med redogörelsen i detta kapitel är att redovisa det sätt på vilket konflikter mellan konkurrensbegränsande delstatliga regleringar och Sherman Act får sin lösning. Vilka tolkningsprinciper används och kan något i den amerikanska erfarenheten hjälpa oss att analysera liknande juridiska problem i EG-rätten? Framställningen kommer att koncentreras på dessa sakfrågor. Amerikansk

konstitutionell rätt och övrig konkurrensrätt berörs endast summariskt. Dessa områden är redan utmärkt väl behandlade i andra framställningar.¹⁴⁶

3.1 De amerikanska antitrustreglerna

3.1.1 The Sherman Act

Makten att reglera handel mellan delstaterna tillkommer den amerikanska federationen. Den konstitutionella grunden för utfärdandet av Sherman Act är den så kallade *Commerce clause* – konstitutionens handelsklausul – (Article I sec. 8), som föreskriver att det tillkommer federationen:

”To regulate Commerce with foreign nations, and among the several States, and with the Indian Tribes”

Supreme Court’s tolkning av handelsklausulen har ofta haft betydelse för den amerikanska federalismens utveckling. Det är inte sällan i mål gällande konstitutionens handelsklausul som kongressens och delstaternas respektive roller har kunnat klargöras.¹⁴⁷

Med konstitutionens handelsklausul som grund beslutade kongressen 1890 att utfärda den federala konkurrenslag som bär namnet Sherman Act.¹⁴⁸ I den första paragrafen slås fast att:

¹⁴⁶ En heltäckande handbok om amerikansk konstitutionell rätt är Nowak/Rotunda, *Constitutional Law*, 6:e uppl., 2000. För en svenskspråkig redogörelse för amerikansk konstitutionell rätt hänvisas till Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd*, 1996 samt Bull, *Mötes- och demonstrationsfriheten*, 1997. Amerikansk konkurrensrätt behandlas utförligt i Ross, *Principles of antitrust law*, 1993 Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice*, 2:a uppl. 1999 I svensk doktrin analyseras amerikansk konkurrensrätt i Bernitz, *Marknadsrätt*, 1969, Nerep, *De amerikanska antitrustlagarna och den exterritoriella tillämpningen på icke-amerikanska företag*, 1978, Odenbro, *USA:s Antitrustlagstiftning*, 1978. Två danska framställningar är Fejø, *Monopolret og marked*, 1985 (i engelskspråkig version *Monopoly Law and Market*), 1990 samt Neergaard, som i *Competition and Competences* 1998 behandlar problematiken kring konkurrensbegränsande (del)statliga regleringar i amerikansk rätt utförligt i kapitel 10–13, s. 125–199.

¹⁴⁷ Nowak/Rotunda, 2000, s.152–153. Konstitutionens handelsklausul ger kongressen en mycket bred kompetens. En stor mängd regleringar kan sägas ha effekt på handeln mellan delstaterna. Det räcker att en aktivitet har en möjlig påverkan på handeln mellan delstaterna för att kongressen skall ha rätten att reglera den. Kongressen har också kompetens att reglera verksamhet inom en och samma delstat under förutsättning att handeln mellan delstaterna berörs eller att det finns ett nära samband med denna.

¹⁴⁸ För en analys av antitrusträttens första år samt en utförlig beskrivning av den sociala, ekonomiska, konstitutionella och juridiska bakgrunden till Sherman Act, se Thorelli, *The Federal Antitrust Policy. Origination of an American Tradition*, 1954, Se Bernitz, *Marknadsrätt*,

§ 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. (---)

Lagens andra paragraf lyder:

§ 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nation, shall be deemed guilty of a felony, (---)

Den första paragrafen förbjuder således konkurrensbegränsande avtal och andra former av konkurrensbegränsande samverkan medan den andra träffar "monopolisering".

I en omfattande rättspraxis har lagens materiella innebörd efterhand preciserats. Vissa typer av allvarliga konkurrensbegränsningar som priskarteller, marknadsuppdelningar o.d. har den amerikanska högsta domstolen – *The Supreme Court* – i sig (*per se*) ansett vara förbjudna genom Sherman Act. I andra fall för domstolen ett förnuftsbetonat resonemang kring det som kallas *rule of reason*, dvs. den inriktar sig på att försöka avgöra vilka konkurrensbegränsningar som är *unreasonable restrictive* – orimliga.¹⁴⁹ Trots det skenbart totala förbudet av konkurrensbegränsande avtal gäller section 1 Sherman Act således enbart "orimliga" avtal. Likaså är det inte förbjudet för företag att försöka skaffa sig en monopolställning på en marknad, men om företaget tar till "orimliga" metoder för att nå dit överträds förbudet i section 2 Sherman Act. Vad som är orimligt avgörs ytterst av Supreme Court.

Paragraferna i Sherman Act har inte ändrats materiellt sedan 1890, men väl kompletterats av senare lagstiftning.¹⁵⁰ De tre stora antitrustlagarna i amerikansk rätt utgörs av Sherman Act (1890), Clayton Act and Federal Trade Commission Act, (båda från 1914). Genom den senare inrättades Federal Trade Commission (FTC).

1969, s. 248–267. Av nyare verk märks Peritz, *Competition Policy in America, 1888–1992, History, Rhetoric, Law*, 2000

¹⁴⁹Hovenkamp, s. 52–53, 219, 274–275, Nerep, *De amerikanska antitrustlagarna och den exterritoriella tillämpningen på icke-amerikanska företag.*, 1978, s. 13

¹⁵⁰Sherman Act återfinns i US Code Collection som Title 15, Chapter 1 och utgör där §§ 1–7. Clayton Act återfinns som USC 15 §§12–27. Clayton Act kompletterar Sherman Act genom att förbjuda ytterligare några förfaranden som inte träffas av Sherman Act. Clayton Act modifierades 1936 (the Robinson-Patman Act) och 1950 (The Celler-Kefauver Act). Redan Clayton Act innehöll regler för motverka negativa effekter på konkurrensen genom företagsförvärv. Dessa regler har skärpts efter hand. Förhandsprövning av vissa företagsförvärv infördes som en ändring av Clayton Act genom the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act 1976 (återfinns som USC § 18 a).

3.1.2 Verkställande och sanktionsförfarande

Ansvariga för tillämpningen av de amerikanska konkurrenslagarna är både konkurrensrättsdivisionen vid det federala justitiedepartementet (the Anti-trust Division at the U.S. Department of Justice) och den federala konkurrensmyndigheten Federal Trade Commission (FTC).¹⁵¹ Dessa båda myndigheter har delvis överlappande kompetenser att handha överträdelser av konkurrenslagarna, men endast Department of Justice förfogar över de kriminaliserade delarna av Sherman Act. The Federal Trade Commission Act och Clayton Act är däremot inte straffsanktionerade.

Vid sidan av myndigheternas tillämpning har enskilda möjligheter att driva processer om skadestånd gentemot företag som har överträtt konkurrenslagarna. Vid sådana processer finns möjlighet för de federala domstolarna att utdöma *treble damages*, dvs. det normalt uträknade skadeståndet gånger tre (exklusive advokatkostnader).¹⁵² Många delstater har egna konkurrenslagar, som i allmänhet är utformade i nära anslutning till Sherman Act. Sherman Act är emellertid den rättsakt som är tillämplig på marknader som direkt eller indirekt är förknippade med handel mellan delstaterna.¹⁵³

3.2 Synen på konkurrens

3.2.1 Kongressens ställningstagande för konkurrens

I USA har man bestämt sig: det är konkurrens som gäller. Konkurrens är den övergripande normen för det ekonomiska livets organisation och denna ståndpunkt är vägledande för myndigheter och näringsliv.¹⁵⁴ Det tidiga och entydiga ställningstagandet för konkurrens som utfärdandet av Sherman Act innebar särpräglar den amerikanska konkurrensrättsliga erfarenheten i förhållande till den europeiska. Tillämpningen av konkurrenslagstiftningen sker i ett rättsligt kulturklimat som är mycket positivt till konkurrens, vilket har betydelse för tolkningen av amerikansk konkurrensrätt.¹⁵⁵

¹⁵¹ Hovenkamp, s. 584

¹⁵² Hovenkamp, s. 654–656

¹⁵³ De delstatliga konkurrensreglerna kan således endast användas när det rör konkurrensförhållanden strikt inom en och samma delstat, utan påverkan på handeln mellan delstaterna. Nowak/Rotunda, s. 310–312.

¹⁵⁴ Thorelli, The Federal Antitrust Policy, s. 1, Bernitz, Marknadsrätt, s. 269, 306

¹⁵⁵ Sherman Act utgjorde dock år 1890 ingen nyhet från materiell synpunkt, utan var en kodifiering av en rättssuppfattning med ett ursprung flera hundra år tillbaka i engelsk rätt, se Thorelli, s. 50–53, Bernitz, Marknadsrätt, s. 249–255. Genom att kongressen utfärdade Sherman

Den positiva inställningen till konkurrens återfinns såväl hos den amerikanska kongressen som hos den amerikanska allmänheten.¹⁵⁶ Neale påpekar att den amerikanska antitrusträttens breda förankring kan bero på att den har "something for everybody".¹⁵⁷ I "den amerikanska drömmen" ryms inställningen att varje amerikansk medborgare skall ha en rättvis chans att förverkliga sig själv.¹⁵⁸ Detta ideal – den lilla människan som slår sig fram och som med eget arbete och uppfinningsrikedom skapar sig sin framtid – skulle emellertid kunna omintetgöras av mäktiga privatekonomiska intressen som försvårar för uppstickare på marknaden. Just detta upplevdes vara ett allvarligt problem i amerikanskt samhällsliv vid tiden efter det amerikanska inbördeskriget. På 1880-talet hade mäktiga truster formerats; kända exempel är The Standard Oil Trust, The American Cotton Trust, the Sugar Trust och the Whiskey Trust och trusterna arbetade aktivt för att skaffa sig monopolställning på alla marknader där detta var möjligt.¹⁵⁹

Thorelli, som gick oerhört grundligt tillväga när han i boken *The Federal Antitrust Policy– Origination of an American Tradition* behandlade Sherman Act's tillkomsthistoria och dess första 50 år, drar den övergripande slutsatsen, att Sherman Act's största betydelse ligger i att den utgör ett ideologiskt ställningstagande som har kommit att sprida sig till den samhälls-ekonomiska omgivningen.¹⁶⁰

Thorelli framhåller att kongressens beslut om Sherman Act kanske inte i första hand var grundat på en rationell värdering av ekonomisk teori.¹⁶¹ Majoritetens av kongressmännen bar snarare på en känslomässig övertygelse att näringslivet skulle grundas på en princip om fri och full konkurrens. Konkurrens ansågs allmänt bland kongressledamöterna vara det normala

Act fick de materiella reglerna formen av en straffsanktionerad "statute", istället för att endast utgöra "common law". Med Sherman Act som grund kunde de federala myndigheterna engageras i bekämpningen av konkurrensbegränsningar, Thorelli, s. 229

¹⁵⁶ Se om allmänhetens inställning i Thorelli, *The Federal Antitrust Policy*, s. 604, 608, Neale, *The Antitrust Law of the United States of America*, 1970, s. 429, Hovenkamp påvisar att det går att läsa in många bakomliggande syften i utfärdandet av the Sherman Act, men håller för troligt att det fanns en vilja att skydda mindre firmor mot trusterna. Hovenkamp framhåller också "amerikansk 1800-talsideologi" enligt vilken en fulländad marknadsekonomi tillät varje arbetare med rätt inställning att lämna "Grottekvarnen" för att lyckas som entreprenör i konkurrensen med andra. Hovenkamp, s. 50–51

¹⁵⁷ Neale, s. 427

¹⁵⁸ Ett av många uttryck för den amerikanska drömmen är orden i självständighetsförklaringen av den 4 juli 1776 "We hold these Truths to be self-evident; that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain inalienable rights; that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness."

¹⁵⁹ Thorelli, s. 76–78

¹⁶⁰ Thorelli, s. 608

¹⁶¹ Thorelli, s. 226–227

sättet för näringslivet att fungera.¹⁶² Det fanns visserligen också en annan grundinställning – att näringslivet bäst skötte sig självt utan offentlig inblandning, men trustproblemet hade visat att det fanns ett behov av en lagstiftning som kunde tjäna syftet att värna varje medborgares rätt att träda in på en marknad på lika villkor som andra aktörer.¹⁶³ Det framfördes även tankarna att lagen behövdes för att motverka korruption och för att främja det oberoende tänkandet även i det politiska livet; något som ansågs vara viktigt för demokratin.¹⁶⁴

3.2.2 Högsta domstolens principiella syn på konkurrens

Supreme Court behöver inte ta självständig ställning till om konkurrens är något bra eller dåligt. Den frågan har kongressen redan avgjort. Mot bakgrund av kongressens ställningstagande kan Supreme Court sedan ta ställning till de avvägningsfrågor som uppstår i mål med konkurrensrättslig anknytning. Detta belyses av följande uttalande av Supreme Court från 1972:

”Antitrust law in general, and the Sherman Act in particular, are the Magna Carta of free enterprise. They are as important to the preservation of economic freedom and our free-enterprise system as the Bill of Rights is to the protection of our fundamental personal freedoms. And the freedom guaranteed each and every business, no matter how small, is the freedom to compete – to assert with vigor, imagination, devotion, and ingenuity whatever economic muscle it can muster.”¹⁶⁵

Att hävda att Sherman Act är en Magna Carta för entreprenörers initiativförmåga kan tyckas vara stora ord, men det är på detta sätt Supreme Court ser på Sherman Act. Även hänvisningen till *Bill of Rights* markerar konkurrenslagstiftningens betydelse, eftersom denna rättighetsförklaring är en hörnsten såväl i den amerikanska rättsordningen som i amerikanskt sam-

¹⁶² Thorelli, s. 226

¹⁶³ Det faktum att kongressen ville ha konkurrens i näringslivet kan inte ifrågasättas, men exakt varför och vilket det egentliga syftet med Sherman Act finns det flera teorier kring. För en uppräknig av dessa se Hovenkamp, s. 48–49

¹⁶⁴ Thorelli, s. 227

¹⁶⁵ *United States v. Topco Associates*, 405 U.S. 596 (1972), s. 610. En underinstans ansåg att det kooperativa företaget Topcos förfarande att dela upp marknader för sina produkter kunde motiveras genom rule of reason, eftersom Topcos förfarande i praktiken ökade konkurrensen i livsmedelsbranschen. Supreme Court ansåg tvärtom att förfarandet istället var förbjudet i sig. Supreme Court gjorde sedan det intressant yttrandet att domstolar generellt sett inte är lämpade att avgöra huruvida ökad konkurrens i en sektor av ekonomin kan motivera minskad konkurrens i en annan. Inte heller kan privata aktörer som Topco tillåtas fatta beslut om en sådan avvägning, utan endast kongressen.

hållsliv. Därigenom kan det hävdas att domstolen själv har anlagt en konstitutionell hållning gentemot Sherman Act.¹⁶⁶

När Supreme Court avgör konkurrensrättsliga mål sker det således mot bakgrund av att kongressen genom utfärdandet av Sherman Act aktivt har valt konkurrens som vägledande princip för hur ekonomiska aktiviteter skall bedrivas. Detta indikerar att utgångspunkten för domstolens bedömning verkligen är konkurrens utgör huvudregeln eller "normalfallet". I målet *Community Communications v. Boulder*, som kommer att behandlas nedan, avvisas en invändning mot att Sherman Act skall tillämpas gentemot lokala myndigheters beslut i visst fall med orden:

"But this argument is simply an attack upon the wisdom of the longstanding congressional commitment to the policy of free markets and open competition embodied in the antitrust laws."¹⁶⁷

3.2.3 Sammanfattande bedömning om synen på konkurrens i den amerikanska rättsordningen

Sammanfattningsvis kan sägas att i USA har konkurrenslagstiftningen, till skillnad från vad som ofta varit fallet i europeiska länder, aldrig varit en administrativ angelägenhet för en monopolmyndighet som haft möjlighet att bevilja företag undantag från konkurrensreglernas förbud. Skyddet för den fria konkurrensen är kongressens officiella policy och Sherman Act har sedan 1890 varit ett medel för att förverkliga denna policy.¹⁶⁸ Sherman Act kan sägas utgöra en konstitution för det ekonomiska livet i USA.¹⁶⁹ Lagen ses som en garant både mot privata aktörers missbruk av sin ekonomiska maktställning och mot inblandning i näringslivet av politiker och administratörer.¹⁷⁰ Antitrustreglerna har inom ramen för sitt tillämpningsområde en ställning som liknar den som den amerikanska konstitutionens rättighetsförklaring har.

I amerikansk rätt finns således uttryck för att konkurrens på marknader är en företeelse av stor vikt. Sherman Act måste sägas ha hög status i den amerikanska rättsordningen. Supreme Court identifierar i Topcomålet ovan att konkurrensreglernas vikt följer av deras betydelse för den samhällsekonomiska ordningen, som sägs vara ett "free-enterprise system".¹⁷¹ Frågan har

¹⁶⁶ Bernitz, Marknadsrätt, s. 302–307, Neale, s. 430

¹⁶⁷ *Community Communications v. Boulder*, 455 U.S. 40 (1982), s. 56–57

¹⁶⁸ Thorelli, s. 608, Joliet, s. 60, Ross, 1993, s. 496

¹⁶⁹ Bernitz, Marknadsrätt, kapitel 4.2 Författning för näringslivet, s. 302–307

¹⁷⁰ Bernitz, Marknadsrätt, s. 254, Neale, s. 430–431,

¹⁷¹ *United States v. Topco Associates*, 405 U.S. 596 (1972), s. 610

tidigare ställts om det kan finnas rättsligt stöd för uppfattningen att konkurrensreglerna uttrycker en huvudregel. Supreme Court har inte uttryckt sig exakt så, men hävdar att Sherman Act utgör en Magna Carta för näringslivet. Detta får nog tolkas som att konkurrensreglerna verkligen betraktas som huvudregeln för hur marknader skall organiseras i USA.

3.3 Federala antitrustregler och konkurrensbegränsande delstatsreglering

3.3.1 State action-doktrinen

Trots konkurrenslagstiftningens centrala betydelse i den amerikanska rättsordningen finns det andra storheter som kan bedömas vara av lika stor vikt och federalismen, i betydelsen maktförhållandet mellan federationen och delstaterna, är just ett sådant exempel. Konkurrensbegränsande offentliga regleringar i den amerikanska rättsordningen härrör antingen från kongressen eller från en delstat. Eftersom det är kongressen som har beslutat om Sherman Act, tillkommer det även kongressen att besluta om avvikelser från denna. Däremot uppstår en konflikt om delstatliga regleringar tillåter eller uppmuntrar beteenden som amerikansk antitrusträtt förbjuder, t.ex. prisregleringar, etableringshinder o.d.¹⁷²

Kollisioner mellan Sherman Act och konkurrensbegränsande delstatliga regleringar hanteras inom ramen för den så kallade *state action-doktrinen*. Denna innebär att Sherman inte tillämpas på delstatliga eller lokala regleringar under förutsättning att den ifrågasatta konkurrensbegränsningen är en följd av en a. klart och tydligt uttryckt policy och att b. regleringens tillämpning aktivt övervakas av behörig myndighet i det fall regleringen auktoriserar privata rättssubjekt att agera inom regleringens ram.¹⁷³ En grundläggande handbok i amerikansk konkurrensrätt, som Hovenkamp, beskriver rättsläget gällande state action-doktrinen enligt följande:¹⁷⁴

1. Att delstaterna och även den amerikanska lokalsamhällena har stor frihet att själva besluta om regleringar trots en negativ påverkan på konkurrensen, under förutsättning att de tar sitt uppdrag som reglerare seriöst.

2. Att bedömningen huruvida delstatliga eller lokala regleringar omfattas av state action-doktrinens undantag eller inte görs utan hänsyn till om rege-

¹⁷² Hovenkamp, s. 722

¹⁷³ Hovenkamp, s. 727–728

¹⁷⁴ Hovenkamp, s. 727

ringen är mer eller mindre ekonomiskt effektiv eller i vilken grad den är konkurrensbegränsande.

3. Att attityden i amerikansk konkurrensrätt är extremt fientlig gentemot regleringar vars utformning ger enskilda rättssubjekt makt eller inflytande över den reglerade marknaden, i det fall denna makt trots allt inte balanseras av förekomsten av konkurrens.

Det är således denna amerikanska state action-doktrin som utgör jämförelsematerial med motsvarande hantering av konkurrensbegränsande nationella regleringar i EG-rätt.

3.3.2 Rättsfallen Parker och Midcal

Det två målen Parker och Midcal ger en god illustration av rättsläget. State action-doktrinen har utformats huvudsakligen på grundval av dessa två rättsfall som Supreme Court avgjorde 1943 respektive 1980.

Parkermålet

Första gången Supreme Court fick ta ställning till det explicita yrkandet att en delstatlig reglering måste förklaras ogiltig med hänvisning till Sherman Act var i målet *Parker v. Brown* från 1943. Målet gällde ett välbekant regleringsområde – jordbruket – dessutom vid en tid med världsomspännande krig och oroligheter.¹⁷⁵

På 1940-talet stod kaliforniska jordbrukare för halva världsmarknadsproduktionen av russin. Den delstatliga jordbrukslagen (California Agricultural Prorate Act) medgav upprättandet av särskilda produktionsprogram för jordbruksprodukter. Syftet var att bevara jordbrukets välfärd och att hindra ekonomiskt bortfall. Lagen föreskrev inrättandet av en särskild kommission under ledning av en statlig direktör för jordbruksfrågor. Kommissionen kunde i sin tur utse en programkommitté bestående av producenter och distributörer. Kommittén kunde utfärda produktionsprogram för olika grödor, vilket sedan skulle godkännas av kommissionen för att vara giltigt. Produktionsprogrammet för 1940 års skörd av russin syftade till att minska konkurrensen mellan odlarna och vidmakthålla prisnivån. Producenter och distributörer av russin hotades av böter eller fängelse om de avvek från produktionsprogrammet.

Mr. Brown, som både producerade och handlade med russin, ansåg sig lida skada av regleringen och hävdade i domstol att Sherman Act borde

¹⁷⁵ *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943)

medföra att den kaliforniska regleringen var ogiltig. Mr. Brown fick rätt i två instanser.

Supreme Court konstaterade emellertid att bestämmelserna i det kaliforniska produktionsprogrammet hade varit i strid med Sherman Act om de hade tillkommit som ett led i ett avtal mellan privata aktörer.¹⁷⁶ Det ansågs emellertid vara säkerställt att det aktuella produktionsprogrammet aldrig var avsett att få sin giltighet enbart genom privata aktörers handlande, utan istället genom offentliga myndigheters försorg. Domstolen ansåg att inget i Sherman Act's ordalydelse – dess förbud mot konspirationer mot konkurrens – eller omständigheter vid dess tillkomst tydde på att kongressen hade haft för avsikt att lagen skulle begränsa delstaternas möjligheter att agera genom sina lagstiftande församlingar. Domstolen hänvisade till delstaternas suveränitet under konstitutionen och påpekade att i ett läge där kongressen formellt hade makten att hindra delstaterna från att utfärda en sådan reglering som det var fråga om i målet (russinen avsattes till 95% utanför Kalifornien) kunde avsaknad av ett sådant ställningstagande hos kongressen inte gärna tas till intäkt för att ogiltigförklara en delstats reglering.¹⁷⁷

Detta, påpekade domstolen vidare, innebar naturligtvis inte att delstaterna kunde ge immunitet till privata aktörer som bröt mot Sherman Act, genom att auktorisera dem att bryta mot lagen eller genom att förklara deras handlande lagenligt.¹⁷⁸ Här var det emellertid delstaten som utövade sin rättsskapande auktoritet genom att utfärda regleringen och föreskriva sättet som den skulle tillämpas på. Det var också ett faktum att Sherman Act's förbud riktade sig mot individers handlande, inte delstaters ("Sherman Act ... must be taken to be a prohibition of individual action and not state action.").¹⁷⁹

Detta sista påpekande, att Sherman Act inte är tillämplig på *state action*, har sedan dess benämnts Parkerdoktrinen eller state action-doktrinen. Det avgörande skälet till domstolens slutsats, att den kaliforniska jordbruksregleringen inte stod i strid med Sherman Act, är den amerikanska federalismen och synen på delstaternas suveränitet.¹⁸⁰ I doktrinen anses *Parkermålet* utgöra utgångspunkten i konflikter mellan den federala konkurrensrätten och konkurrensbegränsande delstatsregleringar.¹⁸¹

¹⁷⁶ Parker v. Brown, 317 U.S. 341 (1943), s. 350

¹⁷⁷ Parker v. Brown, 317 U.S. 341 (1943), s. 350

¹⁷⁸ Parker v. Brown, 317 U.S. 341 (1943), s. 352

¹⁷⁹ Parker v. Brown, 317 U.S. 341 (1943), s. 352

¹⁸⁰ *Parkermålet* refereras på detta sätt i det viktiga målet Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc., 499 U.S. 365 (1991), s. 375–376, se not 209, se även Ross, s. 498, 500, Hovenkamp, s. 724–725, Neergaard, s. 186

¹⁸¹ "State action" har även en annan betydelse i den amerikanska konstitutionella rätten, nämligen i vilken utsträckning som ett visst handlande skall anses vara vidtaget av staten. I

Midcalmålet

Efter *Parkermålet* prövades flera olika former av delstatliga prisregleringar och andra konkurrensbegränsande regleringar av Supreme Court, utan att någon delstatlig reglering upphävdes. Första gången en delstatlig prisreglering förklarades ogiltig med hänvisning till Sherman Act var i fallet *Midcal* från 1980.¹⁸² En kalifornisk rättsakt krävde att alla vinproducenter och återförsäljare skulle sluta ett avtal om "fair trade" och anmäla avtalet till delstaten. Återförsäljare kunde sälja vidare till detaljister endast till det pris som överenskommits med producenten i avtalet om fair trade. Det ålåg producenten att bestämma priset för sitt vin, men i det fall en producent inte gjort detta ålåg det återförsäljaren att fastställa och offentligt anslå en prislista som sedan var bindande för andra återförsäljare. Försäljning av vin till ett lägre pris än det som föreskrivits beivrades med böter och hot om indragen försäljningslicens. *Midcal* var en återförsäljare som medvetet sålde till ett lägre pris än föreskrivet och som sedan vände sig till domstol för att få prisregleringen förbjuden. Frågan vid Supreme Court, dit målet överklagades, var om delstatens prissystem stred mot Sherman Act.

Supreme Court ansåg att den kaliforniska prisregleringen inte utgjorde något annat än bruttoprissättning, eftersom vinproducenterna rent faktiskt kunde bestämma vad återförsäljarna skulle ta för pris.¹⁸³ Domstolen fastslog att bruttoprissättning alltid ansetts vara i strid med Sherman Act.¹⁸⁴ Frågan var därefter om den delstatliga inblandningen i prissystemet kunde anses vara av sådan art att regleringen var immun från Sherman Act's förbud på samma sätt som i *Parkermålet*.

Domstolen formulerade två krav för att immunitet skulle anses föreligga: konkurrensbegränsningen skulle vara klart formulerad och i vederbörlig ordning uttryckt som delstatlig policy (*clearly articulated and affirmatively expressed as state policy*). Det andra kravet var att delstaten aktivt måste övervaka sin sålunda fastlagda policy (*actively supervised*).¹⁸⁵ I *Midcalmålet* ansågs den första förutsättningen vara uppfylld. Däremot uppfylldes inte det andra kravet. Tvärtom ansågs delstaten ha auktoriserat och upprätthållit priser som i själva verket sattes av privata företag. Delstaten hade inte själv

denna framställning används enbart *state action* i den specifikt konkurrensrättsliga betydelsen. Hovenkamp, s. 724. Se om det andra stateactionbegreppet i Bull, s. 52–54.

¹⁸² *California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminium*, 445 U.S. 97 (1980)

¹⁸³ *California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminium*, 445 U.S. 97 (1980), s. 102–103

¹⁸⁴ Bruttoprissättning, åtminstone bruttominiprissättning, utgör ett konkurrensbegränsande beteende som Supreme Court anser att Sherman Act förbjuder *per se*. Se Hovenkamp, s. 441–442

¹⁸⁵ *California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminium*, 445 U.S. 97 (1980), s. 104–105

tagit ansvar för prissättningen, man hade inte prövat prisernas rimlighet eller på annat sätt övervakat den reglerade marknadens villkor. Supreme Court konfirmerade därför California Court of Appeal's ställningstagande att lagen innebar en konkurrensbegränsning i strid med Sherman Act.

3.4 State action-doktrinen nuvarande innebörd

3.4.1 Inledning

Redan *Parker* och *Midcal* ger oss en god bild av det amerikanska rättsläget. Parkermålet avgjordes 1943 och Midcalmölet 1980. Midcalmölet har stor betydelse, eftersom domstolen då valde att sammanfatta sin egen praxis sedan Parkermålet och därefter slå fast hur konkurrensbegränsande regleringar generellt skall behandlas i amerikansk rätt. Förutom *Parker* och *Midcal* har Supreme Court avgjort ytterligare ca 15 rättsfall som kan sägas utveckla state action-doktrinen.¹⁸⁶

State action-doktrinen ger synbarligen delstaterna en avsevärd frihet vad gäller konkurrensbegränsande offentliga regleringar. 1998 publicerade Ulla B. Neergaard en noggrann genomgång av samtliga fall i state action-doktrinen i kronologisk ordning.¹⁸⁷ Neergaard har visat hur state action-doktrinen har vuxit fram stegvis från Parkermålet mot en etablering av Midcalmölets två krav för konkurrensrättslig immunitet och hur Supreme Court sedan ytterligare har preciserat innebörden i sin egen praxis.¹⁸⁸ Neer-

¹⁸⁶ Denna stock av rättsfall återkommer i varje redovisning. Se t.ex. Semaro, *Demystifying Antitrust State Action Doctrine*, Harvard Journal of Law & Public Policy, 2000, vol. 24, issue 1, s. 203–282, Hovenkamp, s. 721–745. Inman, Rubinfeld, *Making sense of the Antitrust State-Action Doctrine: Balancing Political participation and Economic Efficiency in Regulatory Federalism*, Texas Law Review, s. 1203–1299 (1997), s. 1251–1271.

¹⁸⁷ Neergaard, *Competition and Competences, The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member States*, 1998, s. 132–199. Neergaards redogörelse, där varje enskilt rättsfall redovisas och kommenteras är mycket informativ.

¹⁸⁸ I Neergaards undersökning behandlas även den s.k. Noerr/Penningtondoktrinen, dvs, huruvida konkurrensreglerna kan användas mot företag som utövar lobbying gentemot makt-havare i syfte att få dem att utfärda regleringar som gynnar företagen, Neergaard, s. 170–183. Innebörden i Noerr-Pennington-doktrinen är att lobbyingaktiviteter i syfte att påverka myndigheternas beslut om införandet eller vidmakthållandet av konkurrensbegränsande regleringar, inte kan utgöra överträdelse av konkurrensreglerna, då förfarandet är skyddat av yttrandefriheten. Denna doktrin är präglad av betydelsen av yttrandefriheten som skyddas i konstitutionens First Amendment och som genom the Fourteenth Amendment tolkas extensivt. Hovenkamp, 1999, s. 680–681. Noerr-Pennington-doktrinen rättsfall utelämnas därför i denna framställning.

gaard betonar att konkurrensbegränsande delstatliga regleringar i amerikansk rätt som huvudregel anses vara lagenliga, under förutsättning att de verkligen till sin natur utgör just en delstatlig reglering.¹⁸⁹

Denna studie publiceras fem år efter Neergaards. En undersökning av hurvida det har tillkommit nya viktiga rättsfall på state action-området visar emellertid att rättsläget inte har förändrats sedan 1998.¹⁹⁰ Det har i själva verket varit mycket stabilt ända sedan 1992.

Det går att betona andra aspekter i den amerikanska state actiondoktrinen på samma material som Neergaard har behandlat. Vilka aspekter som framhävs påverkar naturligtvis vilka slutsatser som kan dras i jämförelsen amerikansk rätt och EG-rätten. Något som kan framhållas är det restriktiva synsätt som framträder även i Supreme Court's behandling av state actiondoktrinen, trots hänsyn till federalismen.

3.4.2 Tydlighetskravet

Det första av högsta domstolens två krav för att den konkurrensbegränsande offentliga regleringen skall ha konkurrensrättslig immunitet gäller tydligheten och vi skall nu se på vilket sätt Supreme Court tolkar detta. Delstatsregleringar i strid med Sherman Act kunde godkännas endast om delstaten klart hade formulerat och bekräftat en policy att ersätta konkurrens med reglering. Detta var innebörden redan i Parkermålet. *Cantormålet* från 1976 visar att Supreme Court inte heller var beredd att acceptera konkurrensbegränsningar utöver vad som framgår av ordalydelsen i regleringen, vilket kan karaktäriseras som en restriktiv tolkning.

Målet *Cantor v. Detroit Edison Co.* gällde ett privat eldistributionsföretag med legalt monopol (en s.k. private utility).¹⁹¹ Förutom att Detroit Edison tillhandahöll el, försåg det även sina kunder med gratis glödlampor. Glödlamporna var naturligtvis inte helt gratis; kundkollektivet fick via elräkningen bekosta det totala antalet glödlampor.¹⁹² Detroit Edison stämdes av

¹⁸⁹ Neergaard, s. 136-137, 145-146, 148-149, 199

¹⁹⁰ Organisationen ABA's Section of Antitrust Law har en kommitté för Exemptions & Immunities, vilken i oktober 2002 och februari 2003 inte rapporterar några väsentliga förändringar vad gäller Parkerdoktrinen. Hovenkamp behandlar i 2:a upplagan 1999 jämfört med 1:a upplagan 1994 samma rättsfall med några få kompletteringar bland fotnoterna. State actiondoktrinen verkar för ögonblicket vara inne i en stabil fas.

¹⁹¹ 428 U.S. 579 *Cantor v. Detroit Edison Co.* (1976), s. 591

¹⁹² Detroit Edison hade tillhandahållit glödlampor på detta sätt sedan 1886. Av rättsfallet framgår att företaget försåg ca 5 miljoner människor med el. Under året 1972 hade t. ex. 18,5 miljoner glödlampor lämnats ut till en kostnad av 2,8 miljoner USD, vilket uppskatta-

en varuhusinnehavare som hävdade att företaget utnyttjade sitt monopol på marknaden för eldistribution till att begränsa marknaden på den angränsande glödlampsmarknaden, vilket ur konkurrensrättslig synvinkel nog var en korrekt och dessutom allvarlig anklagelse. Det var ostridigt i målet att den aktuella regleringen i delstaten Michigan föreskrev att energibolaget Detroit Edison skulle tillhandahålla glödlampor. Två instanser hade därför funnit att det var fråga om state action och att Sherman Act inte var tillämplig.

Supreme Court lade vikt vid att eldistributionen i och för sig var ett reglerat område, men att regleringen inte innehöll någon föreskrift som explicit handlade om situationen på marknaden för glödlampor. Därför ansågs delstaten trots allt inte ha givit tydligt uttryck för att den önskade att konkurrensen på marknaden för glödlampor skulle minska.¹⁹³

För att tydlighetskravet skulle vara uppfyllt krävdes alltså att det kom till uttryck att delstaten verkligen hade avsett att konkurrens skulle ersättas med en reglering, vilket inte var fallet i *Cantormålet*.

Däremot ansågs den delstatliga regleringen uppfylla tydlighetskravet i målet *Southern Motor Carriers Rate Conference*.¹⁹⁴

I målet *Southern Motor Carriers Rate Conference, Inc. v. United States* hade fem delstater tillåtit – men inte tvingat – konkurrerande transportföretag att komma överens om gemensamma tariffer för mellanstatliga lastbilstransporter och sedan lämna in de gemensamma tarifferna för godkännande till en delstatlig övervakningsmyndighet. I två lägre instanser ansågs state action-doktrinen tydlighetskrav inte vara uppfyllt, eftersom regleringen inte explicit föreskrev att det var obligatoriskt för företagen att gemensamt komma överens om tarifförslagen. Utan skyddet från state action-doktrinen skulle företagets agerande ha ansetts utgöra ett otillåtet kartellsamarbete. Här ansåg emellertid Supreme Court att state action-doktrinen inte förutsatte att regleringen obligatoriskt skulle föreskriva det konkurrensbegränsande beteendet. Kravet på att delstatens önskan att inrätta en reglering med konkurrensbegränsande effekter skulle vara tydligt uttryckt, innebar inte att delstaten måste beskriva in i minsta detalj hur regleringen skulle implementeras. Supreme Court påpekade också att regleringens utformning inte hindrade åkare att överge de gemensamma tarifförslagen och istället föreslå en egen lägre tariff.¹⁹⁵

des till hälften av hushållens totala efterfrågan, 428 U.S. 579 *Cantor v. Detroit Edison Co.* (1976), s. 582–583

¹⁹³ 428 U.S. 579 *Cantor v. Detroit Edison Co.* (1976), s. 584–585

¹⁹⁴ *Southern Motor Carriers Rate Conf. v. U.S.*, 471 U.S. 48 (1985)

¹⁹⁵ *Southern Motor Carriers Rate Conf. v. U.S.*, 471 U.S. 48 (1985), s. 59

För att tydlighetskravet skall vara uppfyllt krävs således inte att delstaten har gjort det konkurrensbegränsande beteendet obligatoriskt.¹⁹⁶ I ett viktigt senare avgjort mål – *Omni* (1992) – har domstolen formulerat att i syfte att uppfylla kravet på tydlighet räcker det att den konkurrensbegränsningen uppstår som en förutsebar följd av regleringen.

3.4.3 Övervakningskravet

I Midcalmålet förelåg en klart och tydligt uttryckt policy som syftade till att begränsa bruket av alkohol. Däremot hade delstaten i det målet brustit i övervakningen av regleringens tillämpning. Supreme Court's praxis angående övervakningskravet beror på identiteten på det organ eller företag som råder över regleringens faktiska tillämpning.¹⁹⁷ I det fall det är delstatens lagstiftande församling eller dess domstolar som ansvarar för tillämpningen av den konkurrensbegränsande regleringen anses övervakningskravet i praktiken vara uppfyllt.¹⁹⁸ I de fall andra än delstaten i dess kapacitet som lagstiftare eller delstatens högsta domstol har blivit auktoriserade att tillämpa eller utfärda en offentlig reglering, ställs höga krav på aktiv övervakning. Klart är att delstaten själv måste behålla den yttersta kontrollen över hur regleringen implementeras.¹⁹⁹ Det sätt på vilket övervakningen sker på får inte vara slentrianmässigt.²⁰⁰ Det måste också finnas reella förutsättningar för att övervakningen faktiskt kommer till stånd.

Kraven på aktiv övervakning är särskilt höga när en privat aktör, som kan antas ha eget ekonomiskt intresse, handhar regleringen, vilket följande två fall visar. Det är i samband med sådana fall som Hovenkamp menar att inställningen i amerikansk rätt är extremt fientlig gentemot tillämpningsområdet av den konkurrensbegränsande regleringen.²⁰¹

I målet *Patrick v. Burget* hade kirurgen Patrick fråntagits sin läkarlicens i ett peer-review förfarande.²⁰² Patrick hävdade att kollegernas underkännande av honom som yrkesskicklig läkare i själva verket utgjorde en konkurrensrättslig konspiration.²⁰³ Fakta i målet gav stöd åt Patricks version. Han hade

¹⁹⁶ *Southern Motor Carriers Rate Conf. v. U.S.*, 471 U.S. 48 (1985), s. 59, 62.

¹⁹⁷ Ross, Hovenkamp, s. 676, Neergaard, s. 187

¹⁹⁸ Detta var Supreme Court's ställningstagande i målet *Hoover v. Ronwin*, 466 U.S. 558 (1984), s. 567–569

¹⁹⁹ Något som ansågs uppfyllt det just behandlade målet *Southern Motor Carriers* (1985) samt även i *Parkermålet* (1943)

²⁰⁰ Hovenkamp, s. 734–736

²⁰¹ Hovenkamp, s. 727

²⁰² *Patrick v. Burget*, 486 U.S. 94 (1988)

²⁰³ *Patrick v. Burget*, 486 U.S. 94 (1988), s. 96–99

blivit utfrys av sina läkarkolleger sedan han hade startat en egen klinik i konkurrens med ortens dittillsvarande enda privata alternativ (en klinik som drevs av Patricks kolleger) vid sidan av det delstatliga sjukhuset.

Supreme Court slog fast att delstaterna måste övervaka exakt det konkurrensbegränsande beteende som de valt att tillåta. Delstaterna skall godkänna endast sådant agerande som befordrar syftet med regleringen och underkänna sådant som inte gör det. Systemet med peer-review ansåg Supreme Court vara en viktig metod för läkarprofessionen att upprätthålla en hög standard från medicinsk och etisk synpunkt. Emellertid var någon övervakning av peer-reviewkommittéernas arbete inte möjlig med den aktuella regleringens utformning och därmed kunde övervakningskravet inte anses vara uppfyllt. Avstängningen av honom stod därför i strid med Sherman Act.²⁰⁴

Inte heller i målet *Ticor Title Insurance* ansågs den offentliga övervakningen en hålla måttet.²⁰⁵

Företaget Ticor Title Insurance var specialiserat på att sälja försäkringar som täckte fel i den amerikanska motsvarigheten till fastighetsregistret. Ticor Title Insurance hade tillsammans med andra företag i samma bransch lämnat in gemensamma avgifter och taxor till en delstatlig myndighet. Här var regleringen utformad på så sätt att myndigheten hade möjlighet att säga nej till tarifförslagen, men om inte invändningar gjordes inom en viss tidsrymd blev tarifferna automatisk gällande. En undersökning visade dock att myndigheten i praktiken aldrig kom med invändningar. Såldes kunde Ticor Title Insurance och dess konkurrenter inte hävda immunitet från Sherman Act på grund av state action. Enligt Supreme Court måste delstaterna för att uppfylla övervakningskravet vidta alla nödvändiga åtgärder för att aktivt överpröva tarifförslag som härstammar från privata företag.

Enligt Supreme Court's praxis står det således klart att det i princip är delstaterna själva som har det yttersta ansvaret för övervakningen av den konkurrensbegränsande policyn.

3.4.4 Särskilt om lokalsamhällens möjligheter att ersätta konkurrens med reglering

Vad händer när delstaten i sin tur delegerar regleringsmakt till lokala organ? Människors vardagstillvaro regleras ofta av de amerikanska lokalsamhällena – *municipalities* och *communities*. Dessa lokalsamhällen anses, till skillnad från delstaterna, inte utgöra några hörnstenar i det amerikanska federala

²⁰⁴ Patrick v. Burget, 486 U.S. 94 (1988), s. 105

²⁰⁵ FTC v. Ticor Title Ins. Co., 504 U.S. 621 (1992), s. 639–640

systemet. Tveksamheten gentemot lokalsamhällena sägs grundas på antagandet att företrädare i lokala organ inte rätt förmår att värdera konkurrensens betydelse när de står inför ett smidigt förslag att lösa samhällets vardagsproblem, som dessutom kanske gynnar deras egna privata intressen.²⁰⁶ Samtidigt är ju de befogenheter som lokalsamhällena har fått delegerade till sig väldigt brett definierade. Det handlar ofta om att reglera företeelser som befordrar invånarnas hälsa, säkerhet och allmänna välfärd.

Undantaget för state action kan inte göras direkt tillämpligt på konkurrensbegränsande regleringar som har sin grund i en reglering som har utfärdats av lokalsamhället själv. Det betyder att övervakningskravet, som i praktiken anses uppfyllt om det är delstaten själv som beslutar eller implementerar en konkurrensbegränsande policy, reellt måste uppfyllas när lokala myndigheter är inblandade.

I *Boulder* från 1982, ansågs en allmän och neutralt hållen delegation från en delstat till lokalsamhället inte omfatta rätten för lokalsamhället att införa ett moratorium för vidare etablering på marknaden för kabel-tv.²⁰⁷ City of Boulder kunde därmed anklagas för att ha deltagit i en konkurrensrättslig konspiration genom att utfärda regleringen.²⁰⁸

En för lokalsamhällena mer gynnsam bedömning gjorde dock Supreme Court i målet *Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.* Företaget Omni hade etablerat sig på att sälja reklamutrymme på annonspelare i City of Columbia, South Carolina.²⁰⁹ Emellertid innehades 95% av marknaden av företaget Columbia Outdoor Advertising (COA) och så hade det varit sedan 1940-talet. Företaget COA och det lokala samhällets styrelsepersoner hade mycket nära relationer. När uppstickaren Omni etablerade sig reagerade COA först med att öka sitt eget bestånd av annonspelare, men sedan valde COA att genom lobbying förmå det lokala samhället att i en förordning förbjuda uppställandet av nya annonspelare. Effekten blev att företagets marknadsandelar cementerades till 95% respektive 5%. I underinstanserna slogs fast att City of Columbia i och för sig vidtagit en åtgärd som kunde ses som

²⁰⁶ Se målet *Community Communications Co. v. City of Boulder*, 455 U.S. 40 (1982) s. 50–52, *Lafayette v. Louisiana Power & Light Co.*, 435 U.S. 389, (1978) s. 412–413

²⁰⁷ *Community Communications Company Inc. v. City of Boulder*, 455 U.S. 40, 43–48

²⁰⁸ Ett viktigt rättsmedel mot konkurrensbegränsningar i amerikansk rätt är som bekant *treble damages*, dvs. tredubbla skadestånd. Boulder-målet tvingade fram en ny antitrustlag i *Local Governments Act* från 1984, i vilken skyldigheten för lokalsamhällena att erlagga tredubbla skadestånd lagstiftades bort. Boulder-målet och det tidigare avgjorda *Lafayette*-målet gav upphov till betydande oro för de amerikanska lokalsamhällena. Boulder-målet medförde att flera processer startades där lokala public utilities hölls ansvariga för konkurrensbegränsningar. I och med *Omnimålet* satte Supreme Court emellertid punkt för utvecklingen. Se Hovenkamp, s. 737

²⁰⁹ *Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.*, 499 U.S. 365 (1991), 367–371

”state action”, men att doktrinen inte kunde användas i ett fall som detta då lokalsamhället hade deltagit i ett privat företags konspiration mot konkurrensen.

Supreme Court delade emellertid inte denna uppfattning, utan ansåg att City of Columbias handlande täcktes av den konkurrensrättsliga immunitet som state action-doktrinen ger. Supreme Court slog alltså fast att lokalsamhället har rätt att reglera uppsättandet av annonspelare, trots att regleringen hindrade nya företag från att etablera sig och trots att det framgick av målet att utformningen av regleringen hade påverkats av att ett privat företag hade bedrivit lobbying för sin sak. Skälet var att delstaten South Carolina’s statuter gav lokalsamhället kompetensen att reglera annonspelares storlek, placering och antal. I ett sådant läge ansåg Supreme Court att det inte var lämpligt att pröva om den lokala förordningen kunde ses som en konspiration mot konkurrensen i betydelsen av Sherman Act’s första paragraf.²¹⁰

Det nuvarande rättsläget bör uppfattas så att Sherman Act inte tillämpas när delstaterna har delegerat rätten att reglera en viss marknad till ett lokalsamhälle och den konkurrensbegränsning som då uppstår är ett förutsebart resultat då regleringen införs.²¹¹

3.4.5 Privata företags konkurrensbegränsningar får ej auktoriseras

Det amerikanska rättsläget uppvisar också en absolut gräns för delstaternas möjligheter att reglera marknader då det inte längre räcker att uppfylla kravet på tydlighet och övervakning. *Parkermålet* visade ju att det är förbjudet för delstaterna att ge immunitet till privata aktörer genom att auktorisera dem att bryta mot Sherman Act eller genom att förklara deras handlande lagenligt.

I det fall den konkurrensbegränsande offentliga delstatsregleringen utgör en *prisreglering* måste beaktas att sådana är tillåtna under state action-doktrinen, under förutsättning att de övriga kriterierna är uppfyllda. Brutto-

²¹⁰ Omnimålet återspeglar Supreme Court’s nuvarande hållning. Boulder-målet tydde på att lokalsamhällen snarare skulle likställas med privata aktörer än med delstater, men efter Omnimålet står det klart att lokalsamhällena intar ett slags mellanställning mellan privata företag och delstatliga myndigheter, så länge som de agerar inom ramen för en delstatlig delegation. Ross anför att Omnimålet ger tillbaka 80% av den konkurrensrättsliga immuniteten till lokalsamhällena, Ross, s. 516, Hovenkamp, s. 739–740

²¹¹ *Omnimålet* visar även att rätten att påverka makthavare anses falla under yttrandefriheten som skyddas av konstitutionens 1st Amendment. Det lönar sig således bättre för ett särintresse att försöka påverka den lagstiftande makten att utfärda konkurrensbegränsande regleringar. Detta var Supreme Court’s ståndpunkt även före Omnimålet, Neergaard s. 170–183, Hovenkamp, s. 680–681

prisöverenskommelser och prisregleringar medför samma resultat: till vilken återförsäljare konsumenten än vänder sig till erbjuds samma pris. Vid bruttoprissättning ingår privata aktörer ett otillåtet avtal om bruttopriser. En offentligt bestämt pris medför dock att det blir överflödigt för aktörerna att ingå ett avtal med varandra. Det räcker med att följa lagen och ta ut det pris som regleringen föreskriver. *Midcal* skall inte tolkas så att delstatliga prisregleringar generellt är otillåtna bara för att regleringen ger samma resultat som en bruttoprisöverenskommelse. I det fall privata hyresvärdar följer en delstatliga hyresreglering kan de inte anklagas för att därigenom delta i en konspiration mot Sherman Act.

3.5 Federala antitrustregler och federal reglering

Några anmärkningar skall även göras gällande den konkurrensrättsliga bedömningen av federala regleringar. Den amerikanska kongressen har en gång beslutat om Sherman Act och övriga konkurrenslagar. Det står kongressen fritt att besluta att särreglera vissa marknader på annat sätt, så länge som regleringen inte bryter mot konstitutionen.

Även i det amerikanska samhället är många marknader reglerade. Precis som i Sverige och övriga EU finns speciallagstiftning som utesluter tillämpning av antitrustreglerna. Jordbrukskooperativ är t.ex. undantagna genom § 6 i Clayton Act. Andra branscher med särregleringar är linjekonferenserna inom sjöfarten, delar av banksektorn och försäkringsbranschen.²¹² Sådana regleringar är *prima facie* gällande.²¹³

Antitrustreglerna har emellertid en roll att spela även på federalt reglerade marknader. Supreme Court's praxis präglas av en strävan att trots förekomsten av en reglering ge konkurrensreglerna största möjliga spelrum.²¹⁴ Privata aktörers inblandning i konkurrensbegränsande federala regleringar ses med stor skepsis.²¹⁵ Den restriktiva synen på räckvidden av särregleringar återkommer. Domstolen uttalar i målet *Abbott Labs. v. Portland Retail Druggists*.²¹⁶

"It has been said, of course, that the antitrust laws, and Robinson-Patman in particular, are to be construed liberally, and that the exceptions from their application are to be construed strictly."

²¹² Hovenkamp, s. 711–718

²¹³ Hovenkamp, s. 702, 712

²¹⁴ Hovenkamp, s. 702

²¹⁵ Hovenkamp, s. 702

²¹⁶ *Abbott Labs. v. Portland Retail Druggists* 425 U.S. 1 (1976), s. 11–12

En reglerings konkurrensbegränsande effekter kan vara direkt förutsedd i regleringen (ett explicit undantag). Hovenkamp anför att en sådan uttrycklig reglering har störst förutsättning att begränsa konkurrensreglernas verkningar.²¹⁷ I fallet med explicita undantag begränsas Sherman Act's tillämpningsområde i enlighet med regleringen (t.ex. gällande sjötransporter och järnvägstransporter).

En federal reglering kan också innebära att regleringens tillämpning handhas av en övervakande administrativ myndighet, som har givits möjligheten att bevilja företag immunitet från konkurrensreglernas rättsverkningar. Hovenkamp anför att även räckvidden av sådana undantag tolkas restriktivt.²¹⁸ I målet *FMC v. Seatrain Lines* hade Federal Maritime Commission uppdraget genom den dåvarande Shipping Act att under vissa omständigheter undanta samarbetsavtal mellan sjötransportföretag.²¹⁹ FMC hade givit tillstånd till ett samgående mellan två företag, men en konkurrent överklagade beslutet till Court of Appeal i den aktuella delstaten. Supreme Court bekräftade Court of Appeals ståndpunkt att undantagsmöjligheten endast gällde "avtal" i strikt mening. Den strikta tolkningen av regleringen medförde att *avtal om företagsförvärv* inte ansågs omfattas av FMC:s jurisdiktion. Därmed kunde företagsförvärvet prövas enligt de allmänna antitrustreglerna.

Under inflytande bland annat av Chicagoskolans ekonomiska syn på konkurrensfrågor och public choiceskolans ståndpunkt att alla regleringar ytterst var ett resultat av vissa intressegruppers framgångsrika opinionsarbete påbörjades i USA under 1970- och 1980-talen en avreglering av tidigare reglerade marknader (*the deregulation movement*).²²⁰ Marknaderna, som flyg- och vägtransport, är fortfarande reglerade i vissa avseenden, men det har funnits en strävan att göra de kvarvarande regleringarna konkurrensneutrala.

3.6 Sammanfattande slutsatser och analys

State action-doktrinen kärna är att delstaterna skall veta vad de vill uppnå när de beslutar att ersätta konkurrens med reglering. Domstolen hänvisar ofta till att kongressen har tagit ställning för konkurrens i och med införan-

²¹⁷ Hovenkamp, s. 702

²¹⁸ Hovenkamp, s. 702

²¹⁹ *FMC v. Seatrain Lines, Inc.*, 411 U.S. 726 (1973), s. 733, Hovenkamp s. 702–703

²²⁰ Hovenkamp, s. 699

det av Sherman Act.²²¹ Supreme Court kan sägas materialisera detta ställningstagande i sina domslut när den säger att Sherman Act utgör det fria näringslivets Magna Carta. Konkurrensreglerna har således en central ställning i den amerikanska rättsordningen. Supreme Court verkar se ställningstagandet för konkurrens i Sherman Act som en klart etablerad huvudregel.

Delstaterna i den amerikanska federationen får besluta om en konkurrensbegränsande reglering av vilket skäl det än vara må, utan att hamna i konflikt med Sherman Act, så länge som state action-doktrinen krav uppfylls. Respekten för delstaternas ställning enligt den amerikanska federalismen kräver detta.²²² Vid en första anblick kan detta tyckas ge delstaterna en vidsträckt möjlighet att införa konkurrensbegränsande regleringar. Det är heller inte fel att ta fasta på att grundinställningen i amerikansk rätt är att existensen av konkurrensbegränsande offentliga regleringar inte är ifrågasatt.

Undersökningen visar att delstatsregleringarnas möjliga tillämpningsområde genomgående tolkas snävt. I *Cantormålet* fanns en sedan länge tillämpad praxis att tillhandahålla glödlampor och de lokala instruktionerna till företaget som förfogade över ett rättsenligt legalt monopol gav stöd för detta. Supreme Court ansåg det ändå inte styrkt att beslutsfattarna hade övervägt en konkurrensbegränsande effekten på just marknaden för glödlampor. Ingen kan förneka behovet av att kontrollera det yrkesmässiga kunnandet hos en läkare i målet *Patrick v. Burget* eller andra representanter för de fria yrkena och att denna kontroll i huvudsak måste utföras av de yrkesutövande själva. Supreme Court ifrågasatte inte detta, men underkände ändå regleringen på grund av att delstaten hade missat att övervaka effekterna på konkurrensen av regleringens tillämpning. Samma ställningstagande gjordes i *Ticor Titlemålet*. När Supreme Court är villig att läsa in "mer" i en delstatsreglering än vad som uttryckligen står där handlar det som i fallen *Southern Motor Carriers Rate Conference* och *Omnimålet* om att önskan att ersätta konkurrens med reglering anses tillräcklig tydligt uttryckt, då den konkurrensbegränsande effekten är en förutsebar följd av regleringen.

Det är riktigt att Supreme Court inte frågar av vilken anledning delstaten önskar reglera en marknad. Inte heller prövas om den delstatliga policyn är en god lösning, om den är ekonomiskt effektiv eller om omfattningen av konkurrensbegränsningen står i rimlig proportion till syftet med regleringen. De krav som state action-doktrinen ställer snävar dock i praktiken in delstaternas handlingsfrihet betydligt och inställningen till konkurrensbegrän-

²²¹ Ross påpekar att Sherman Act etablerar konkurrens som en amerikansk policy, Ross 1993, s. 496

²²² Hovenkamp, s. 698–699

sande regleringar är återhållsam.²²³ Det krävs en klart uttryckt policy att ersätta konkurrens med reglering. Denna policy måste ha fått sin bekräftelse på något sätt. Policyens tillämpning måste övervakas aktivt och kontinuerligt. Trots den stora respekten för federalismen och delstaternas ställning enligt den amerikanska konstitutionen har delstaterna inte större möjligheter att välja bort konkurrens än vad den snävt definierade state action-doktrinen ger dem.

Vilka lärdomar kan dras av amerikansk rätt som kan vara till nytta för rättstillämpningen i EG-rätten. Det finns skäl att upprepa att amerikansk och EG-rättsliga konkurrensrätt visserligen kan jämföras, men att stor försiktighet bör iakttas.²²⁴ The Supreme Court's ståndpunkt att konkurrensbegränsande offentliga regleringar måste ha uttryckts tydligt och de måste också stå under kvalificerad offentlig övervakning.

Inte sällan framförs åsikten i EG-rättsliga sammanhang att EG-domstolen borde ta lärdom av the Supreme Court och nöja sig med att kontrollera ur formell synpunkt huruvida en konkurrensbegränsande reglering från en medlemsstat är just statlig. Emellertid grundas Supreme Court's ställningstagande i state action-doktrinen på federalismen i amerikansk tappning. Just i dessa delar bör därför state action-doktrinen *inte* användas som ett argument för hur konflikter mellan EG-fördragets konkurrensregler och medlemsstaternas offentliga regleringar skall få sin lösning.²²⁵ Den amerikanska federalismen kan inte översättas till europeiska förhållanden.

²²³ Referenten kallar det två-stegstest som etablerades i *Midcalmålet* för "rigoröst", Patrick v. Burget, 486 U.S. 94 (1988), s. 100

²²⁴ van der Esch, menar i sin artikel EC Rules on Undistorted Competition and U.S. Antitrust Laws: The Limits of Comparability, att det är värdefullt att jämföra amerikansk konkurrensrätt och EG:s konkurrensrätt i syfte att öka förståelsen och få impulser till förbättringar. Däremot är han avvisande till att imitera amerikanska lösningar. Fordham Corporate Law Institute, 1989, s. 18:1–29, 29.

²²⁵ Även att benämna EG-domstolens praxis kring dessa frågor för "state action-doktrinen" riskerar att bli vilseledande.

4 Marknadsekonomiska grunddrag i EG-rätten

4.1 Inledning

4.1.1 Ökade kontaktytor mellan det offentliga och det privata

Mot bakgrund av genomgången i kapitel 2 av den samhällsekonomiska ordningen och dess betydelse bland annat för synen på konkurrensreglerna skall närmare undersökas vilka rättsliga uttryck som finns för den samhällsekonomiska ordningen och synen på konkurrensreglerna i EG-rätten. Intresset för hur nationella konkurrensbegränsande regleringar skall hanteras har under en längre tid stått i fokus i EG-rätten. Redan under 1980-talet inledde några av EU:s medlemsstater ett arbete med att privatisera företag och att avreglera tidigare reglerade branscher. Motsvarande utveckling ägde rum även i Sverige.²²⁶ Förmodligen var även avregleringsvågen inom EU en följd av "the deregulation movement" som startade i USA på 1970-talet i så måtto, att amerikanernas framgångsrika ifrågasättande av marknadsregleringar säkert utgjorde en inspirationskälla för EU-kommissionen. Den svaga ekonomiska utvecklingen i flera länder var också i sig en anledning till att finna nya vägar för att minska de offentliga utgifterna samt att öka effektiviteten inom reglerade sektorer.

I takt med att tidigare reglerade marknader har avreglerats har också kontaktytan mellan offentliga och privata aktörer ökat. Det rör sig både om

²²⁶ Se om utvecklingen och problematiken kring denna i SOU 1995:105, Konkurrens i balans, kap. 2.

offentliga företag som agerar på konkurrensutsatta marknader och privata aktörer som agerar inom ramen för olika marknadslösningar inom den offentliga sektorn. Problematiken kring medlemsstaternas offentliga marknadsregleringar brukar i EG-rättslig litteratur benämnas *statlig intervention*.²²⁷

4.1.2 En allt fastare sammanslutning...

Den europeiska ekonomiska integrationen har utgjort en grund för den "allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken" som förutskickas i EG-fördragets preambel. I centrum för EG-samarbetet har alltid funnits den gemensamma marknaden, tullunionen och så småningom även valutaunionen. Vad gäller vilken typ av samhällsekonomisk ordning som EG-fördraget bygger på är det nog bara den marknadsekonomiska ordningen som kan komma ifråga för ett internationellt fördrag som upprättar en gemensam marknad.

De nationalstater som blev de första medlemmarna i den Europeiska Ekonomiska Gemenskapen var på många sätt olika. Synen på den ekonomiska ordningen, på statens roll i samhällsekonomin och konkurrensreglernas betydelse vilade på olikartade traditioner och dessa skillnader kom naturligtvis upp till ytan vid förhandlingarna om EEG-fördraget.

Efter det att EEG-fördraget trädde i kraft har uppgiften att tolka och utveckla EG-rätten tillkommit EG-domstolen. EG-domstolen har inte valt förhållningssättet att i första hand medla mellan olika rättsordningars sätt att lösa skilda frågeställningar och därigenom försöka kompromissa fram en tolkning av EG-rätten som kan gillas i majoriteten av medlemsstaterna. I stället har EG-domstolen inriktat sig på att främja den ekonomiska integrationen och att få den inre marknaden att fungera som en enhetlig marknad. EG-rätten har utvecklas till en ny och självständig rättsordning vid sidan av de nationella rättsordningarna och folkrätten.²²⁸

Det politiska samarbetet inom EU har efterhand fördjupats och utsträckts till nya områden. Preferensen för en marknadsekonomisk ordning har varit tydligt uttryckt i EG-fördraget – tydligare i EG-rätten än i medlemsstaternas rättsordningar. När samarbetet kring valutaunionen förverkligades och penningpolitiken gjordes till en gemensam politik, valde medlemsstaterna att

²²⁷ Wahl, Konkurrensförhållanden, 1994, s. 458. Det förekommer även att statsstöd räknas in i begreppet statlig intervention.

²²⁸ Se EG-domstolens Yttrande 1/91 REG 1991 s. 6079, mål 26/62 Van Gend en Loos, REG 1963 s. 1, 12. Se emellertid Lysén, som framhåller att både EG och EU utgör traktatregimer som bildar partikulär eller regional *folkrätt*. Lysén, Folkrättsligt ansvar. En studie av EG/EU och dess medlemsstater, 2002, s. 157–158

även explicit uttrycka grunden för den ekonomiska politik som den Europeiska Centralbanken skulle föra. Genom Maastrichtfördraget infördes artikel 3a (numera artikel 4) som slog fast att grunden för den ekonomiska politiken skall vara principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens.

Länder som inte är medlemmar i EU är formellt sätt fria att besluta om vilka regleringar på det ekonomiska området som helst. Så är inte fallet för EU:s medlemsstater, eftersom EG-rätten kan begränsa medlemsstaternas rörelsefrihet på sådana områden som omfattas av fördraget. Förevarande kapitel syftar till att finna uttryck i EG-rätten för synen på konkurrens och för vilken status konkurrensreglerna har. Vidare skall uppmärksammas om EG-domstolen verkar ta hänsyn till den samhällsekonomiska ordningen i sina avgöranden och hur detta i sådana fall påverkar synen på konkurrenslagstiftningens status. EG-domstolens praxis kommer främst att behandlas i kapitel 5. Här finns skäl att påminna om att frågeställningen gäller EG-fördragets konkurrensreglers förhållande till medlemsstaternas regleringar. Som redovisades i avsnitt 1.3.2 kommer däremot förhållandet mellan EG:s egna regleringar – t.ex. jordbruksregleringen – och fördragets konkurrensregler inte att behandlas.

4.2 Förhandlingarna om EEG-fördraget

4.2.1 Förhandlingar om europeisk integration inleds

En snabb tillbakablick på den historiska utvecklingen som ledde fram till skapandet av EEG ger en förklaring till varför den marknadsekonomiska ordningen har sådan stark ställning i EU-samarbetet. Strax efter det andra världskrigets slut påbörjades diskussionen om den europeiska integrationen. Europarådet bildades, men flera av Västtysklands grannländer samt Italien ansåg att en varaktig fred krävde ett mer djupgående samarbete. Efter det att EKSG-fördraget²²⁹ kunde träda i kraft i juli 1952 fortsatte förhandlingarna om en försvarsgemenskap och ett europeiskt politiskt samarbete inom ramen för CED (Communauté Européenne de Défense) respektive CPE (Communauté Politique Européenne). När dessa båda fördrag väl var framförhandlade vägrade emellertid den franska nationalförsamlingen år 1954 att ens diskutera dem, vilket var ett allvarligt bakslag för den europeiska

²²⁹ Fördraget om den europeiska kol- och stålgemenskapen

integrationstanken.²³⁰ Tiden var inte mogen för det andra världskrigets segrare respektive förlorare att ingå i en politisk gemenskap och att inom ramen för denna samarbeta om försvarsfrågor.

4.2.2 Diskussionerna leds över till det ekonomiska området

Ansträngningarna kom i stället att ledas över till det ekonomiska området, vilket får sägas var ett genidrag. Handel och ekonomiskt samarbete är områden som i jämförelse med försvarssamarbete och utrikespolitik präglas av saklighet och kanske av en upplevd politisk neutralitet. Samhällsekonomin griper emellertid in på samhällets alla nivåer och när länder börjar samarbete om ekonomiska frågor kan samarbetet fördjupas i det oändliga om bara den politiska viljan finns. Tanken på en gemensam marknad kombinerad med en tullunion började ta form under 1950-talet. Tre ledande personer i detta arbete var fransmannen Jean Monnet, den belgiske utrikesministern Paul-Henri Spaak och den nederländska utrikesministern Beyen. Den förstnämnde låg bakom utformningen av EKSG-fördraget och blev sedan president för den Höga myndigheten vid EKSG. Beyen lade fram ett förslag till en gemensam marknad 1955 (Beyen-planen).

De sex ländernas utrikesministrar med delegationer samlades samma år i Messina för en konferens. Resultatet av denna s.k. Messinakonferensen blev en resolution som pekade ut fyra uppgifter i syfte att ena Europa:²³¹

- vidareutveckling av gemensamma institutioner,
- en stegvis sammanslagning av ländernas inhemska marknader,
- upprättandet av en gemensam marknad och
- en harmonisering av ländernas sociala politik.

4.2.3 Spaakrapporten och konkurrensfrågorna

Belgaren Paul-Henri Spaak anses personligen ha spelat en stor roll i framarbetandet av EEG-fördraget. Spaak fick i uppdrag att leda en expertkonferens, vilken tio månader efter Messinakonferensen hade arbetat fram den rapport som kommit att kallas Spaakrapporten. Experternas diskussion var

²³⁰ Lysén, Folkrättsligt ansvar, s. 150–151

²³¹ Küsters, Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1982, s. 122, Küsters var medarbetare i den tyska förhandlingsdelegationen och han har vid författandet av boken *Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft* intervjuat ca 40 personer deltog i framarbetandet av EEG-fördraget. En av dessa var Hans von der Groeben, som var en av de två personer (von der Groeben och fransmannen Pierre Uri) som författade utkastet till Spaakrapporten. Küsters, s. 236

ofta av en mycket teknisk karaktär. Stora stridsfrågor var t.ex. vilka procentsatser olika tullar skulle få och om bananimporten skulle kvoterats eller inte etc., men Spaak förmådde att förvandla de juridisk-tekniska problemen till ett realistiskt integrationskoncept.²³²

Av Spaakrapporten framgår att den gemensamma marknaden sågs som det enda medlet för att uppnå en ökad tillväxt, höjning av levnadsstandarden och en fredlig samexistens mellan medlemsstaterna.²³³ I förordet görs i första meningen en jämförelse mellan tillväxten i Europa och tillväxten i USA.²³⁴ Oron över USA:s ekonomiska försprång, högre levnadsstandard och fördel av sin stora inhemska marknad präglade den politiska agendan vid denna tid.

Konkurrensens betydelse och konkurrenspolitiken var också föremål för en ingående diskussion i rapporten.²³⁵ Goyder påpekar att det går att ana att det kommande EG-fördraget skulle komma innehålla en artikel 81 och en artikel 82 av följande citat.

« Plus généralement, le traité devra prévoir les moyens d'éviter que des situations ou des pratiques de monopole mettent en échec les objectifs fondamentaux du marché commun. A ce titre, il conviendra d'empêcher

- une répartition des marchés par entente entre les entreprises, parce qu'elle équivaldrait à rétablir le cloisonnement;
- des accords pour limiter la production ou freiner le progrès technique parce qu'ils iraient au rebours du progrès de la productivité
- l'absorption ou la domination du marché d'un produit par une seule entreprise parce qu'elle éliminerait l'un des avantages essentiels d'un vaste marché, qui est de concilier l'emploi des techniques de production de masse et le maintien de la concurrence. »²³⁶

Efter det att Spaakrapporten hade lagts fram i april 1956 vidtog de regeringsförhandlingar som ledde fram till EEG- och Euratomfördragets undertecknande i Rom 1957.

Vid de överläggningar som ledde fram till undertecknandet av de båda fördragen i Rom kunde säkert den tyska delegationen dra nytta av att i sam-

²³² Spaak beskriver hur han vid ett tillfälle, då både parternas argument och hans eget tålamod tagit slut, gav ländernas förhandlare två timmars frist att enas om banantarifferna. Annars hotade Spaak att sammankalla en presskonferens där han skulle meddela att tanken om Europas enande tyvärr måst överges då enighet om bananfrågan inte kunnat uppnås. Spaak, *The Continuing Battle*, 1971, s. 227–252, 242

²³³ Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Etrangères (Spaakrapporten), s. 13

²³⁴ Spaakrapporten, s. 9

²³⁵ Spaakrapporten, s. 55–59

²³⁶ Goyder, *EC Competition law*, 1998, s. 26–27, Spaakrapporten, s. 55–56

band med sin egen ekonomiska kris efter andra världskrigets slut djupgående ha diskuterat den ekonomiska ordningens grundvalar. Även de praktiska erfarenheter som vunnits genom valutareformen 1948, diskussionen om den sociala marknadsekonomin och den hårda debatten om införandet av den nya tyska konkurrenslagen 1948–1957 kom väl till pass. Många tyska företrädare i förhandlingsfasen samt under gemenskapens första år var själva övertygade ordoliberaler.²³⁷ David Gerber framhåller att konsekvensen blev att många grundläggande ordoliberal idéer har manifesterats i EG-fördraget och i gemenskapens politik.²³⁸

Walter Hallstein, EEG-kommissionens första ordförande, har skrivit om EG-fördragets konkurrensregler att

”Romfördraget vilar idag på allmänt accepterade föreställningar om en på marknadsekonomi baserad ekonomisk ordning. En ordning som inte utesluter statliga ingrepp utan tvärtom förutsätter statens närvaro som garant för systemet och dess frihet. Konkurrensen, ”motorn” i detta system, kräver ständig tillsyn och vård. Konkurrenspolitik är inte bara kontroller och ingripanden utan även positiv påverkan samt inte minst fastställande av rättsnormer och andra ramar inom vilka konkurrensen skall verka. Målet för gemenskapens konkurrenspolitik är att skapa en helt öppen inre marknad, avskaffa alla interna gränser och gränskontroller, undanröja allt som skadar konkurrensen.”²³⁹

²³⁷ Ett exempel på en person i nyckelposition som var starkt influerad av ordoliberalismen var Walter Hallstein. Hallstein var chef för den tyska förhandlingsdelegationen 1950–58 och blev kommissionens första ordförande 1958–67. Hallstein var själv professor i juridik och kom att anamma det ordoliberalistiska synsättet redan under 1940-talet. Ett annat övertygad ordoliberal är Hans von der Groeben. Von der Groeben fick tillsammans med fransmannen Pierre Uri uppdraget av Spaak att författa utkastet till Spaakrapporten. Von der Groeben blev senare den förste kommissionären med ansvar för konkurrensfrågor. I den tyska Messinadelegationen ingick förutom Hallstein bland andra Carl-Friedrich Ophüls och Alfred Müller-Armack, som båda var djupt engagerade i den tyska debatten om den sociala marknadsekonomin. Küsters, 1982, s. 512. Se även Gerber, 1998, s. 263, 342–343. Enligt Spaak själv blev den slutliga Spaakrapporten mycket likt Uris och von der Groebens utkast, se Spaak, *The Continuing Battle*, 1971.

²³⁸ Gerber är av åsikten att ordoliberal idéer fyllde den europeiska integrationsprocessen från första början. Även beslutsfattare på de högsta nivåerna var väl bekanta med ordoliberal idéer. (Gerber, *The European Competition Law Story: Some German Roles*, i *Festschrift für Wolfgang Fikentscher*, 1998, s. 654–670, 666–667. Se också Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, 1998, s. 342–348)

²³⁹ Hallstein, Walter, *EEC och det nya Europa*, 1971, s. 91

4.3 Uttryck för marknadsekonomin och konkurrensreglernas ställning i EG-rätten

4.3.1 Gemenskapens mål och medel

Samarbetet inom EG har alltsedan starten 1958 kretsat kring inrättandet av en tullunion, en gemensam marknad och så småningom också införandet av en ekonomisk och monetär union. Dessa tre företeelser kan också ses som uttryck för att marknadsekonomiska principer utgör basen för samarbetet inom EG, eftersom målet är att skapa en *marknad* för varor och produktionsfaktorer. En tullunion innebär som bekant att länder sinsemellan avskaffar tullavgifter samt att tullarna mot omvärldens varor hålls gemensamma. Politiken för handelsutbytet med omvärlden har sedan århundraden två motpoler – protektionism respektive frihandel. Införandet av en tullunion mellan EG:s medlemsländer var ett viktigt steg i riktning mot ökad frihandel, åtminstone mellan de länder som ingick i samarbetet.²⁴⁰ Tullunionen kunde genomföras fullständigt redan under 1968.

Skapandet av en gemensam marknad utgör både ett mål och ett medel för samarbetet inom EG enligt artiklarna 2 och 3.1.c EG. Den gemensamma marknaden som mål syftar till att produktionsfaktorerna respektive produktionsresultaten varor, arbetskraft, tjänster och kapital skall få cirkulera fritt inom en stor marknad i stället för att begränsas av hinder vid nationella gränser. Upprättandet en gemensam marknad och en ekonomisk och monetär union och fullföljandet av den politik och verksamhet som anges i artikel 3 och 4 är samtidigt ett medel att främja en rad andra mål, vilka i den nuvarande lydelsen av artikel 2 är:

1. en harmoniskt, väl avvägd och hållbar utveckling av näringslivet i hela gemenskapen
2. en hög nivå i fråga om sysselsättning
3. en hög nivå i fråga om socialt skydd
4. jämställdhet mellan kvinnor och män
5. en hållbar och icke-inflatorisk tillväxt
6. en hög grad av konkurrenskraft
7. en hög grad av ekonomisk konvergens
8. en hög nivå i fråga om miljöskydd och förbättring av miljöns kvalitet
9. en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten

²⁴⁰ EG:s handelspolitik mot omvärlden präglas emellertid mer av protektionism och något annat är tyvärr inte att förvänta med tanke på att världshandeln ytterst handlar om makt och maktförhållanden.

10. ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet mellan medlemsstaterna.

Denna målparagraf har en både legitimerande och en begränsande verkan, eftersom EG:s institutioner inte har möjlighet att ägna sig åt aktiviteter som inte kan relateras till dessa mål.²⁴¹ Artikel 2 har också den lika betydelsefulla funktionen att utgöra utgångspunkten för EG-domstolens tolkning av fördragen och den sekundärrätt institutionernas arbete resulterar i. EG-domstolens sätt att tolka fördraget karaktäriseras vanligen som teleologisk och systematisk.²⁴² Domstolen tolkar således EG-rätten i ljuset av att det yttersta målet med EG-fördraget är att upprätta och vidmakthålla en gemensam marknad och en ekonomisk och monetär union.

Det är alltjämt näringslivets villkor som är det centrala för EG-samarbetet. Det ekonomiska livet kan dock inte på ett meningsfullt sätt åtskiljas från samhället i övrigt, precis som en enskild människas yrkesliv (eller brist på yrkesliv) är en del av denna människas tillvaro. Ett samarbete som det inom EU, där flera nationalstater väljer att integrera sina ekonomier gör att samtliga delar av den nationella rättsordningen i vissa delar påverkas av EG-rätten.

I artikel 2 görs ett ställningstagande för ekonomisk utveckling och tillväxt. Den gemensamma marknaden skall bidra till att det europeiska näringslivet kan hålla en hög konkurrenskraft jämfört med andra ekonomiska maktcentra i världen.²⁴³ I artikel 2 anges i själva verket punkt för punkt vad de fördragsslutande parterna har tänkt att resultatet av den tillväxtorienterade ekonomin skall användas till: sysselsättningen skall hålla en hög nivå. Det skall finnas en hög grad av socialt skydd för människor i livets olika skeden.²⁴⁴ Tillväxten skall ske med hänsyn till behovet av miljöskydd och en hållbar utveckling.²⁴⁵ Enskilda medborgare skall kunna åtnjuta en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten och det skall finnas en ekonomisk och social solidaritet mellan medlemsstaterna.

²⁴¹ I motsats till medlemsstaterna har ju EU inte det som på tyska kallas *Kompetenz-Kompetenz*, dvs. makten att bestämma sitt eget kompetensområde.

²⁴² Von Bogdandy i Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union, Kommentar* (2001), artikel 2 p 14, Bernitz, *Europarättens grunder*, 2002 s. 46. Det teleologiska angreppssättet kommer till särskilt tydligt uttryck i sådana mål där domstolen har givit form åt EG-rättens grundläggande drag. Ett bra exempel är mål 26/62 Van Gend en Loos, REG 1963, s. 1, 12 där domstolen slog fast att enskilda stadganden i EG-fördraget kan ha direkt effekt.

²⁴³ Det sjätte målet om hög konkurrenskraft har införts i artikel 2 genom artikel 2.2 Amsterdamsfördraget.

²⁴⁴ Målet om en hög nivå av socialt skydd konkretiseras i artikel 136.

²⁴⁵ Principen om en hållbar utveckling återfinns numera även i artikel 6 EG där det sägs att "Miljöskyddskraven skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet enligt artikel 3,"

I artikel 2 och 3 EG uttrycks den samhällsekonomiska ordning som EG-samarbetet bygger på, nämligen något som kan kallas en *socialt inriktad marknadsekonomi*.²⁴⁶

4.3.2 Den gemensamma marknaden

Fördragets regler som gäller upprättandet och vidmakthållandet av den gemensamma eller den inre marknaden anger på sätt och vis en ansvarsfördelning mellan staten och enskilda ekonomiska aktörer.²⁴⁷ Medlemsstaterna åtar sig i EG-fördraget en förpliktelse att ta bort sådana regler som hindrar den fria rörligheten. Målsättningen är att den gemensamma marknaden skall bli en enhetlig marknad, dvs. fungera som interna nationella marknader gör idag. Enskilda ekonomiska aktörer har sedan möjlighet att verka på marknaden, för att därigenom bidra till en ökad tillväxt. I artikel 14.2 EG sägs

”Den inre marknaden skall omfatta ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs i enlighet med bestämmelserna i detta fördrag.”

Det starka intresse för rättsregler kring varor, varuflöde, villkor för uppehållstillstånd, etableringshinder etc. utgör en väsentlig skillnad mellan EG-rätten och vilken nationell rättsordning som helst. I nationella rättsordningar räknas inte tullbestämmelser, lagfästa kravspecifikationer på enskilda varor eller immigrationsrätt som centrala delar av rättsordningen.²⁴⁸ Från EG-

²⁴⁶ von Bogdandy, i Grabitz/Hilf artikel 2, p 33. Von Bogdandy poängterar den kvalitativa skillnaden i att den tidigare näringslivsinriktade modellen nu har utvidgats med en ”europäischer Sozialstaatlichkeit”.

²⁴⁷ Den gemensamma marknaden är det ursprungliga begreppet som funnits med i fördraget sedan 1958. Den inre marknaden infördes som särskilt begrepp i och med den Europeiska enhetsakten 1986 (se nuvarande artikel 14 tidigare artikel 8a). Den inre marknaden definieras i artikel 14.2 som ”ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs i enlighet med bestämmelserna i detta fördrag.” Det finns en väsentlig skillnad på den inre och gemensamma marknaden vad gäller den rättsliga grunden för harmoniseringsåtgärder. För den gemensamma marknaden gäller artikel 94 och för den inre marknaden artikel 95. Den förra kräver enhälligt beslut i rådet, medan den senare endast har krav på kvalificerad majoritet. Artikel 94 används emellertid endast för sådant som omfattas av artikel 95 p.2. (skatter och avgifter, bestämmelser om fri rörlighet för personer och bestämmelser avseende anställdas rättigheter och intressen).

²⁴⁸ Från EG-synpunkt är ju det ekonomiska livet och marknaden det centrala i rättsordningen. I en nationalstat är det snarare civilrätt, straff- och processrätten som är central. Statsvetaren Sverker Gustavsson har bland annat i artikel Lagstiftning och nationell identitet, SvJT, 2000 s. 218-229, 228, formulerat det han kallar ”köksbordskriteriet”, vilket kan tillämpas som en tumregel för sådana områden (sådant som diskuteras vid vanliga människors köksbord) där det går att argumentera för att EU borde avstå från att försöka integrera. Det måste dock ifrågasättas om det verkligen finns en saklig kompetensfördelning mellan EU och medlems-

rättslig synpunkt berör sådana frågor rättsordningens absoluta kärnområde, i den utsträckning sådana regler kan hindra eller bidra till den fria rörligheten på den inre marknaden. *Alla* regler som bidrar eller försvårar skapandet av en fungerande och enhetlig gemensam marknad är av ett centralt EG-rättsligt intresse. Det finns i EG-samarbetet ett starkt incitament att utfärda gemensamma regler för att undvika att den gemensamma marknadens funktionssätt störs av att det finns olika regler på olika nationella marknader.

EG-fördragets regler om de fyra friheterna har medlemsstaterna som adressater och medför avsevärda krav på det normativa innehållet i medlemsstaternas rättsregler. Detta viktiga rättsområde kommer emellertid inte alls att behandlas i framställningen, men det finns ett EG-rättsligt mönster som kan vara värt att framhållas. Det som är framträdande hos fördragsreglerna kring produktionsfaktorernas rörlighet på den inre marknaden är existensen av klart uttryckta huvudregler och explicit uttryckta möjligheter till undantag. Först etableras således en stark huvudregel; att nationella hinder för den fria rörligheten är förbjudna. Därefter föreskrivs att det finns möjlighet att göra undantag från huvudregeln av vissa i fördraget och genom rättspraxis angivna skäl. Undantagens räckvidd tolkas regelmässigt restriktivt.²⁴⁹

Inom EG-samarbetet förs en gemensam politik inom jordbruksområdet, inom konkurrenspolitiken, inom handelspolitiken och även en gemensam penningpolitik.²⁵⁰ De tre förstnämnda har alla med varor att göra.

Konkurrenspolitiken är gemensam i betydelsen att den tillämpas så fort handeln mellan medlemsstaterna påverkas. På den gemensamma marknaden skall en ordning råda som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids, vilket framgår av artikel 3.1.g och därför har fördraget gemensamma konkurrensregler i artiklarna 81 och 82, vilka förbjuder kartellavtal och missbruk av dominerande ställning. Förbuden riktar sig i första hand till företag som är verksamma på den inre marknaden, men som skall redovisas nedan har dessa stadganden även konsekvenser för medlemsstaternas möjligheter att reglera sina nationella förhållanden.

Utöver de redan nämna politikområdena finns en mångfald av ytterligare politikområden som samordnad sysselsättningsstrategi (artikel 125–130 EG), gemensam handelspolitik (artikel 131–134), socialpolitik, utbildning,

staterna som gör det möjligt att hävda att ett sådant kriterium borde tillämpas. EG:s kompetens förblir förknippad med den gemensamma marknaden och regleringen av ekonomiska frågor kan påverka alla delar av rättsordningen.

²⁴⁹ Mestmäcker i Immenga/Mestmäcker EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar (1997), Band 2, s. 1518. Se närmare i kapitel 5

²⁵⁰ Från början var avsikten att en helt gemensam politik skulle råda även inom transportområdet, men den har inte kommit att förverkligas. I det nuvarande fördraget utgör transportpolitiken artikel 70–80.

yrikesutbildning och ungdomsfrågor (artikel 136–150) utveckling av kulturen i medlemsstaterna (artikel 151), folkhälsa (artikel 152), konsumentskydd (artikel 153), infrastrukturpolitik (artikel 154), industripolitik (artikel 157), ekonomisk och social sammanhållning (artikel 158–162), en politik för forskning och teknisk utveckling, (artikel 163–173), miljöpolitik (artikel 174–176) och en politik för samarbetet med utvecklingsländerna (artikel 177–181a). Här kan gemensamma regler införas i syfte att åstadkomma ”a level playing field”. Strävan efter harmonisering av regelverken varierar. Ibland eftersträvas total harmonisering, ibland införs minimidirektiv. Inom EG:s politikområden pågår således ett mycket omfattande rättsskapande samarbete.²⁵¹

4.3.3 Den ekonomiska och monetära unionen

Arbetet med att förverkliga den ekonomiska unionen var under en följd av år en ständigt återkommande fråga för gemenskapen och dess medlemmar. Till grund för utformandet av EMU-projektet låg den s.k. Delorsrapporten.²⁵² Av denna framgår att den ekonomiska unionen skall innefatta:²⁵³

- en inre marknad med fri rörlighet för personer, tjänster, varor och kapital,
- en kraftfull konkurrenspolitik för att förstärka marknadsmekanismerna,
- gemensamma åtgärder för strukturell förändring och regional utveckling
- koordinering av den makroekonomiska politiken med bindande regler för medlemsstaternas budgetpolitik.

Delorsrapportens förslag kom i huvudsak att genomföras genom de ändringar i EG-fördraget som beslutades i fördraget om den Europeiska Unionen.

I och med Maastrichtfördraget byttes ordet ”tullunion” i artikel 2 EG-fördraget ut mot orden ”ekonomisk och monetär union”. Valutaunionen utgör nu tillsammans med den gemensamma marknaden både mål och medel för EG-samarbetet. Steget in i valutaunionen har ändrat karaktären på samarbetet inom EU. Tidigare har EU i grund och botten varit en tullunion i kombination med en gemensam marknad som har kunnat fungera som ett forum för ett omfattande mellanstatligt samarbete. När valutaunionen nu slutligt trätt i kraft har även medlemsländernas penningpolitik blivit ett ge-

²⁵¹ Detta samarbete kring utfärdandet av gemensamma regler kallas ibland för ”positiv” integration. Se t.ex. Micklitz/Weaterill, *European Economic Law*, 1997, s. 518

²⁵² Committee for the Study of Economic and Monetary Union, *Report on economic and monetary union in the European Community* (Delorsrapporten), 1989

²⁵³ *Report on economic and monetary union in the European Community* (Delorsrapporten), 1989, s. 20

mensamt politikområde. Detta innebär en kvalitativ skillnad av stora mått. En stat förfogar i princip endast över två medel för att styra den ekonomiska politiken – finanspolitiken och penningpolitiken. Medan finanspolitiken utgörs av åtgärder som främst rör statens utgifter och inkomster (skatter) är penningpolitiken inriktad på att styra valutakursen och penningmängdens storlek.

I och med valutaunionens förverkligande avstår medlemsstaterna penningpolitiken till förmån för samarbetet inom EMU. Införandet av en gemensam valuta var ett naturligt steg i syfte att fördjupa den europeiska integrationen och att få den inre marknaden att fungera mer effektivt. Med *en* valuta elimineras de stora transaktionskostnader som är förknippade med valutaväxling. Förverkligandet av EMU har alltid legat i tangentens riktning vad gäller den ekonomiska integrationen. Den fortlöpande integrationen, men även upplevda effekter av globaliseringen, har bidragit till att tillräcklig politisk enighet kring EMU-projektet kunde uppnås. En bidragande orsak var säkert också den påtagliga valutaoro på de europeiska marknaderna som rådde i början av 1990-talet. Ett syfte med EMU är att skapa en stabil valuta – euron – som förhoppningsvis skall kunna stå emot i en liknande situation.

Målparagrafen i artikel 2 pekar också ut artikel 4 som en rättsligt bindande verksamhet för EG, i betydelsen att det finns en skyldighet för medlemsstaterna och gemenskapen att agera i enlighet med artikel 4.²⁵⁴ Skyldigheten gäller enligt artikel 4.2 att införa den gemensamma valutan samt att fastställa och bedriva en gemensam penning- och valutapolitik. Grunderna för den ekonomiska och monetära unionen och de principer som vägleder den ekonomiska politiken inom unionen skall baseras på principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens (art. 4 punkt 1 och 2 EG).²⁵⁵ Den förda ekonomiska politiken inom EG, den nära samordningen av medlemsstaternas ekonomiska politik och den gemensamma valuta- och penningpolitiken skall enligt artikel 4 punkt 3 EG vägledas av principerna stabila priser, sunda offentliga finanser och monetära förhållanden och en stabil betalningsbalans.²⁵⁶ Gemenskapens arbete med den ekonomiska och monetära unionen har dock en öppen marknadsekonomi och fri konkurrens som ut-

²⁵⁴ Bandilla, i Grabitz/Hilf artikel 4, p 3. Av detta går det att dra slutsatsen att det är en rättslig förpliktelse för alla medlemsstater att delta i EMU, dock inte i den utsträckning en medlemsstat väljer att utnyttja en undantagsmöjlighet som den har framförhandlat. Danmark och Storbritannien har förhandlat sig till sådana undantag. Sverige saknar ett sådant undantag.

²⁵⁵ Denna skrivning återkommer även i artikel 98 och i artikel 105.

²⁵⁶ Som framgår av tidigare avsnitt var även tanken på att valutan skulle hållas stabil representerad hos ordoliberalerna. En stabil valuta utgjorde ett exempel på en konstitutiv princip som lagstiftaren skulle vara bunden till.

gångspunkt. Det råder alltså inte neutralitet vad gäller valet av ekonomisk ordning.²⁵⁷

4.3.4 Konkurrensreglerna tillhör grunderna för rättsordningen

För att uppnå de mål som anges i artikel 2 skall gemenskapens verksamhet enligt artikel 3.1.g innefatta:

”en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids”

Upprättandet av ett system eller en ”ordning” där konkurrensen inte snedvrids är ett centralt element på den gemensamma marknaden.²⁵⁸ Det främsta medlet för att förverkliga detta är själva fördragets konkurrensregler i artiklarna 81–89. När EG-domstolen sedan tolkar innebörden av dessa artiklar gör den det mot bakgrund av artiklarna 2 och 3.1.g.²⁵⁹ Artikel 3.1.g riktar sig både till gemenskapens institutioner och medlemsstaterna själva, dvs. det finns en skyldighet för medlemsstaterna att delta i vidmakthållandet av en ordning där konkurrensen inte snedvrids.²⁶⁰ Konkurrensreglerna utgör i EG-rätten grundläggande bestämmelser som är oundgängliga för att den inre marknaden skall kunna fungera som en enhetlig marknad där varor kan cirkulera fritt under avsaknad av konkurrenssstörningar.²⁶¹

Konkurrensreglerna i artikel 81 och 82 riktar sig till alla företag som är verksamma på den gemensamma marknaden. Även offentliga företag omfattas av dessa regler, vilket framgår av artikel 86.1. Fördragets konkurrensregler bygger på förbudsprincipen, dvs. konkurrensbegränsande avtal mellan företag eller samordnade förfaranden mellan dessa i syfte att begränsa konkurrensen är förbjudna. Artikel 82 förbjuder olika former av missbruk av en dominerande ställning. Ett viktigt syfte med EG-fördragets konkurrensregler, som EG-domstolen själv har uttalat, är att de samhällsekonomis-

²⁵⁷ Bandilla, i Grabitz/Hilf art. 4 p 7

²⁵⁸ Bogdandy, i Grabitz/Hilf artikel 2, p 41. I den svenska versionen av fördraget används ordet ”ordning”. På tyska och engelska talas om ”System” och på franska används ordet ”régime”.

²⁵⁹ Mål 6/72 Continental Can, REG 1973 s. 215, p 23

²⁶⁰ Denna allmänt hållna förpliktelse får direkta konsekvenser för medlemsstaterna där den kombineras med t.ex. förbudet mot kartellavtal i artikel 81. Artikel 3.1.g och 81 ålägger t.ex. nationella domstolar att tillgodosä se den ändamålsenliga verkan av artikel 81.1, se mål C-453/99 Courage mot Crehan, REG 2001 s. I-6251

²⁶¹ Detta påtalas av EG-domstolen i många mål, se bl.a. mål 6/72 Continental Can, REG 1973 s. 215, p 23–24, mål 229/83 Leclerc, REG 1985 s. 1, p 8–9, mål C-202/88 Frankrike mot kommissionen, REG 1991 s. I-1223, p. 41, mål C-300/89 Kommissionen mot rådet, REG 1991 s. I-2867, p. 14–15, mål C-453/99 Courage mot Crehan, REG 2001 s. I-6251

ka vinster som uppstår då flera små nationella marknader slås samman till en stor, inte skall kunna reduceras av privata företags överenskommelser att begränsa konkurrensen och därigenom endast tillgodose sina egna intressen.²⁶²

Precis som den amerikanska domstolen tillmäter EG-domstolen konkurrensreglerna grundläggande betydelse. EG-domstolen har i *Eco Swiss*-målet explicit uttryckt detta.²⁶³

Mål C-126/97, *Eco Swiss mot Benetton*. I målet hade företaget Benetton i skiljedom ålagts att betala skadestånd till företaget Eco Swiss sedan Benetton hade sagt upp ett varumärkeslicensavtal med Eco Swiss tre år innan kontraktstidens utgång. En nederländsk skiljenämnd hade hunnit meddela både en mellandom där Benettons skadeståndsskyldighet fastslogs och slutlig dom i vilken skadeståndets storlek fastställdes. Strax efter det att den slutliga domen fallit yrkade Benetton vid behörig nationell domstol att både mellandomen och den slutliga domen på grunden att licensavtalet skulle förklaras ogiltiga, eftersom det var i strid med artikel 81.1 EG. Avtalet möjliggjorde nämligen en territoriell fördelning av marknaden mellan företagen. Benetton hade inte tidigare i processen vid skiljenämnden anfört konkurrensstridigheten som argument. Den tolkning av nederländsk rätt som den hänskjutande domstolen gjorde var, att det enligt nationell rätt *inte* skulle ha ansetts strida mot grunderna för rättsordningen att skiljedomen inneburit ett åsidosättande av ett konkurrensrättsligt förbud. Emellertid kunde en allmän domstol ogiltigförklara skiljedomar bland annat på grunden att skiljedomen stred mot grunderna för rättsordningen (*ordre public*).

Den nationella domstolen underställde EG-domstolen frågan om förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 81.1 utgjorde *ordre public*. EG-domstolen uttryckte i punkt 36 att "Artikel 85 EG utgör emellertid, i enlighet med artikel 3. g i EG-fördraget (nu artikel 3.1. g EG i ändrad lydelse), en grundläggande bestämmelse som är oundgänglig för att de uppgifter som gemenskapen har anförtrots skall kunna utföras och, i synnerhet, för att den inre marknaden skall kunna fungera. Bestämmelsens betydelse har föranlett fördragets upphovsmän att i artikel 85 EG uttryckligen föreskriva att avtal eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga".²⁶⁴ EG-rätten

²⁶² Mål C-56 och 58/64 *Consten och Grundig mot kommissionen*, REG 1966 s. 299

²⁶³ Mål C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd mot Benetton International NV*, REG 1999 s. I-3055. En rättsfallskommentar finns i Andersson, *Svensk skiljedomsrätt och EG:s konkurrensrätt – reflektioner i anledning av EG-domstolens avgörande i Eco Swiss-målet*, JT, 1999-00, s. 443-466

²⁶⁴ Mål C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd mot Benetton International NV*, REG 1999 s. I-3055 (p.36). Domstolen upprepar detta uttalande i mål C-453/99 *Courage mot Crehan*, REG 2001 s. I-6251, p. 20.

hindrade dock inte förekomsten av inhemsk processrättslig regel som föreskrev att talan om ogiltighet på grunden att skiljedomen stred mot grunderna för rättsordningen måste anhängiggöras inom tre månader. Denna tidsgräns hade Benetton försuttit vad gäller den materiellt sett avgörande mellandomen.

Därigenom står det klart att domstolen anser att förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 81 utgör EG-rättslig *ordre public*. Det är rimligt att anta att EG-domstolen skulle komma till samma slutsats angående artikel 82.²⁶⁵ EG-rättslig *ordre public* skall beaktas av nationella domstolar i samma utsträckning som inhemsk *ordre public*. Denna ståndpunkt följer som en logisk konsekvens av att den direkt tillämpliga EG-rätten är en integrerad del av inhemsk rätt. Huruvida det i den nationella rättsordningen anses att konkurrensreglerna är att betrakta som grunderna för rättsordningen saknar således betydelse. EG-fördragets konkurrensregler utgör därför *ordre public* i samtliga medlemsstaters rättsordningar.

EG-domstolen har inte som den amerikanska Supreme Court formulerat att konkurrensreglerna utgör den fria företagsamhetens Magna Carta, men i sak är det egentligen ingen skillnad. Det är ju heller inte omöjligt att EG-domstolen hämtar inspiration från Supreme Court's avgöranden. EG-domstolen uttrycker att artikel 81 EG är en grundläggande bestämmelse som är oundgänglig för att den inre marknaden skall kunna fungera.

4.3.5 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

Vid Europeiska Rådets möte i Nice år 2000 kungjordes stadgan om de grundläggande rättigheterna.²⁶⁶ Stadgan innehåller de rättigheter, friheter och principer som den Europeiska unionen erkänner. Stadgan är inte en del av EG-rätten, den utgör ingen formell rättskälla och den är egentligen inte tillgänglig för EG-domstolens tolkning, vilket inte hindrar att den ofta åberopas av både generaladvokaterna och parterna i mål inför EG-domstolen.²⁶⁷ Dess juridiska värde ligger i att den uttrycker allmänna principer kring vilka det råder enighet, vilket utgör en bakgrundsfaktor när EG-rätten tolkas. Dessutom är de friheter och rättigheter som stadgan upptar grundade i EG-

²⁶⁵ Målet öppnar för möjligheten att även de andra punkterna i artikel 3.1 uttrycker något som utgör EG-rättslig *ordre public*.

²⁶⁶ EGT 2000/C 364/01 från 18.12.2000, se även den separat publicerade versionen med förklaringar till stadgans fullständiga text, ISBN 92-824-1961-4

²⁶⁷ Abrahamsson, O., EG-domstolen och de grundläggande rättigheterna, SvJT, 2002, s. 363, 364

rätten. Vilken status som rättskälla stadgan kommer att få kommer att påverkas av hur EG-domstolen förhåller sig till den.²⁶⁸

Av särskilt intresse för synen på det ekonomiska systemet och konkurrensreglerna är artiklarna 15, 16 och 17.

”Artikel 15. Fritt yrkesval och rätt att arbeta

1. Var och en har rätt att arbeta och utöva ett fritt valt yrke.
2. Varje unionsmedborgare har rätt att söka arbete, etablera sig samt tillhandahålla tjänster i varje medlemsstat
3. De medborgare i tredje land som har tillstånd att arbeta på medlemsstaternas territorium har rätt till samma arbetsvillkor som unionsmedborgarna.”

Artikel 15.2 uttrycker detsamma som finns i EG-fördragets 39, 43 och 49 med efterföljande artiklar. Detta uttrycker att det som huvudregel råder etableringsfrihet inom den Europeiska unionen.

”Artikel 16. Näringsfrihet

Näringsfriheten skall erkännas i enlighet med gemenskapsrätten samt nationell lagstiftning och praxis”

I näringsfriheten anses ingå friheten att utöva en ekonomisk eller kommersiell verksamhet.²⁶⁹ Vidare sägs näringsfrihet även innefatta avtalsfrihet och konkurrensfrihet.²⁷⁰

”Artikel 17. Rätt till egendom

1. Var och en har rätt att besitta lagligen förvärvad egendom, att nyttja den och att testamentera bort den. Ingen får berövas sin egendom utom då samhällsnyttan kräver det, i de fall och under de förutsättningar som föreskrivs i lag och mot rättmätig ersättning för sin förlust i rätt tid. Nyttjandet av egendomen får regleras i lag om det är nödvändigt för allmänna samhällsintressen.

²⁶⁸ Se Bernitz, EU:s rättighetsstadga – hur kan den knytas till EU- och EG-fördragen?, ERT 2002 s. 472–483

²⁶⁹ Se förklaringarna till stadgans text, vilka har utarbetats på uppdrag av det särskilda konventets presidium. Konventet tillsattes av det Europeiska Rådet vid toppmötet i Köln 1999. Förklaringarna har formellt inget juridiskt värde i sig, men i dessa återfinns hänvisningar till sådant material som utgör rättskällor. Det har dock visat sig att stadgan åberopas vid EG-domstolen, både av parterna och av generaladvokaterna. Mål 4/73 Nold, REG 1974 s. 491, p. 14, mål 230/78 SpA Eridania, REG 1979 s. 2749

²⁷⁰ Förklaringarna till stadgan, s. 34

2. Immateriell egendom skall var skyddad.”

4.3.6 Alternativ ekonomisk ordning

Frågan måste också ställas om det finns argument *mot* att EG-samarbetet bygger på marknadsekonomisk grund. Något som kan framhållas är att den största utgiften för EG är fortfarande den gemensamma jordbrukspolitiken. Inom en väsentlig del av EG:s verksamhetsområde fungerar således inte principerna om en öppen marknad med fri konkurrens. Som har diskuterats i avsnitt 2.5 verkar detta argument bygga på antagandet att förekomsten av regleringar är liktydigt med planekonomi eller ”blandekonomi” eller att regleringar skulle vara ett främmande inslag i en marknadsekonomisk samhällsordning. Så är inte fallet, eftersom förekomsten av regleringar inte nödvändigtvis verkar bestämmande på bedömningen hur ett ekonomiskt system skall klassificeras.

En annan sak är att jordbrukspolitiken är en mycket omfattande reglering med tydliga konkurrensbegränsande effekter. I jordbrukspolitiken finns en strävan att upprätthålla marknadskaraktären inom sektorn som nästan är rörande med tanke den genomreglerade och svårgenomträngliga struktur som blivit resultatet. Så kallas t.ex. de förordningar som varje år i juni beslutas för varje jordbruksprodukt för ”marknadsordningar”.²⁷¹ Ersättningen som lämnas jordbrukarna kallas ”pris”, trots att den ersättning som lämnas producenterna helt kan sakna förankring i tillgång och efterfrågan. Denna strävan efter marknadsliknande benämningar på regleringarna kan emellertid inte dölja det faktum att den gemensamma jordbrukspolitiken i huvudsak bygger på en konkurrenshämmande prisreglering.

²⁷¹ Enligt den svenska fördragstexten används visserligen ordet ”marknadsorganisation”, t.ex. i artikel 38, efter förebild i den franska och engelska texten. En ”marknadsorganisation” låter ju som en sammanslutning som uppträder på en marknad. Det som avses i fördragstexten är de i jordbrukspolitiken viktiga förordningar som kallas marknadsordningar och som utgör viktiga regleringsinstrument. Det finns en marknadsordning för vete, en för havre osv. I svenska lagförarbeten används termen marknadsordning.

4.4 EG:s ekonomiska konstitution v. Multi-Level Governance

4.4.1 En politisk konstitution?

En politisk konstitution innehåller de normer som reglerar en stats grundläggande funktioner, som principer för beslutsfattande, organisation, stats-skick samt ofta vilka grundläggande rättigheter som tillkommer medborgarna och som inte utan vidare får inskränkas av staten. I en konstitution kommer således fundamentala politiska val till uttryck i juridisk form.

De folkrättsliga fördragen inom ramen för EU-samarbetet fyller många gånger samma funktion som en konstitution gör i en nationalstat, eftersom de på samma gång ger uttryck för grundläggande värderingar och tvingande normer. Det råder emellertid inte enighet om EG-fördraget kan ses som en konstitution överhuvud. Neil MacCormick påpekar att EU funktionellt sett redan har en de facto-konstitution, men däremot ingen formell konstitution.²⁷² En mer kritisk röst är Joseph Weiler som i sin bok med titeln "The European Constitution" retoriskt frågar "Har de nya kläderna någon kejsare?"²⁷³

Den konstitutionella debatten gäller frågan om EU kan sägas ha en konstitution och, om så är fallet, vad den innebär och vilka konsekvenser den har för medlemsstaterna och medborgarna i den Europeiska unionen.²⁷⁴ Debatten bedrivs både av statsvetare och jurister och innefattar frågor om EU:s demokratiska legitimitet, förhållandet mellan politik och juridik och om den Europeiska unionens framtid, vilket gör diskussionen mycket intensiv.²⁷⁵

²⁷² MacCormick, On the Very Idea of a European Constitution: Jurisprudential Reflections from the European Parliament, JT 2001-02, s. 529–541, 531, 532–533

²⁷³ Weiler, J.H.H., The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor?", 1999. I boken har författarens samlat tio tidigare publicerade artiklar som han till viss del har uppdaterat.

²⁷⁴ Termen "konstitution" används som beteckning på en nationalstats skrivna eller oskrivna författning. EU är inte en nationalstat och det kan därför ifrågasättas om EU kan ha någon konstitution. EG-fördraget behöver inte kallas för något annat än just ett fördrag, vilket inte hindrar att det finns många viktiga konstitutionella frågor att diskutera. EG-domstolen har i sitt Yttrande/91 hävdatt att EG-fördraget "constitutes the constitutional charter of a Community based on a rule of law." REG 1991 s. I-6079, p 21. Se kritisk anmärkning om detta i Joerges, i Micklitz, Weatherill, European Economic Law, The Economic Constitution of the European Community, s. 1–18, 13–14

²⁷⁵ Se till exempel Scharpf, Välfärdsstatens, den ekonomiska integrationen och demokratin, SOU 1998:124, s. 103–132, 119. Scharpf uttrycker farhågan att i takt med att den inre marknaden förverkligas kan de nationella regeringarna inte längre driva den social- och väl-

Frågan om EG-fördraget kan kallas konstitution eller något liknande är emellertid under utredning. I december 2001 inrättades det Europeiska konventet av det Europeiska Rådet. Konventet samlar företrädare för regeringarna, de nationella parlamenten, Europaparlamentet och kommissionen. Syftet med konventet är att föreslå en ram och strukturer för den Europeiska unionen, som är anpassade till utvecklingen i världen, de europeiska medborgarnas behov och den framtida utvecklingen av Europeiska unionen. Inom ramen för detta arbete har lagts fram ett förslag angående en förenkling av fördragen och utarbetandet av ett "konstitutionellt" fördrag.²⁷⁶

4.4.2 En ekonomisk konstitution i EG-rätten?

Uttrycker EG-fördraget en ekonomisk konstitution?

I fråga om en enskild nationalstats konstitution anges det sällan explicit vilken ekonomisk ordning som gäller i landet.²⁷⁷ Ingenstans står det i konstitutionen eller motsvarande konstitutionella text att Sverige, Tyskland, Danmark eller USA är marknadsekonomier. Även Europakonventionen om mänskliga fri- och rättigheter är formellt neutral i förhållande till den ekonomiska ordningen, trots att konventionen behandlar t.ex. egendomsskyddet.²⁷⁸

I ett enskilt land kan staten ta på sig rätten att bestämma när det skall vara konkurrens på en marknad och när det inte skall vara det. Det kan bestämmas med hänsyn till en marknads naturliga förutsättningar, men lika gärna med hänsyn till statens enskilda ekonomiska intressen. Det kan finnas en benägenhet att medlemsstaterna önskar att gynna så kallade "national champions", dvs. nationella företag som anses särskilt betydelsefulla i en enskild medlemsstat. I fallet med EG blir situationen annorlunda. Ett gynnande av enskilda företag eller offentliga företag missgynnar generellt konsumenter, andra aktörer och andra medlemsstater och då blir detta ett EG-rättsligt problem.

färdsolitik deras medborgare tar för givna. Se även Gustavsson, Lagstiftning och nationell identitet, SvJT 2000 s. 218–229.

²⁷⁶ CONV 250/02 från den 10 september 2002

²⁷⁷ Däremot skyddar konstitutioner inte sällan marknadsekonomiska komponenter som äganderätt, avtalsfrihet, näringsfrihet.

²⁷⁸ Regleringen av egendomsskyddet var en stor stridsfråga vid utarbetandet av Europakonventionen, som undertecknades 1950. Skyddet för egendom kunde införas först genom första tilläggsprotokollet 1952. Se Åhman, Egendomsskyddet, 2000, s. 127–129.

Vid sidan av tysk rätt är det främst inom EG-rätten som diskussionen om existensen av en *ekonomisk* konstitution har fått störst utbredning.²⁷⁹ Det skall här erinras om att ordoliberalernas idé var att inte bara det politiska systemet, utan även det ekonomiska var ett resultat av fundamentala politiska val. Dessa val, uttryckta i juridisk form, bildade landets ekonomiska konstitution. Fastsåendet av vilken ekonomisk konstitution som var för handen var alltså ett första steg. I nästa steg argumenterade ordoliberalerna för att den ekonomiska konstitutionen borde vara bindande för det politiska beslutsfattandet på samma sätt som den politiska konstitutionen kunde begränsa lagstiftarens manöverutrymme. I det fall den ekonomiska ordningen var den marknadsekonomiska framhävde ordoliberalerna konkurrensreglernas fundamentala ställning i en sådan rättsordning.

Olika synsätt på frågan om ekonomisk konstitution. Kritik

I avsnitten 2.3, 2.4 och 4.2 har uttryckts en positiv hållning gentemot ordoliberalismen på grund av tankeinriktningens analytiska djup. Ordoliberalismen har bedömts utgöra ett konsistent sätt att behandla konkurrenslagstiftningens betydelse i rättsordningen och vidare har ordoliberalismen ett förklaringsvärde för hur och varför EG:s konkurrensregler utformades på det sätt som blev fallet. Vidare har anförts att många av de tankar och idéer som fördes fram inom det ordoliberal synsättet inte är särskilt främmande för den aktuella synen på exempelvis svensk konkurrenspolitik.

Från namnkunnigt håll har hörts mycket starka invändningar mot användandet av begreppet ekonomisk konstitution. Forskare som Reich, Joerges, Neergaard, Scharpf och Weiler är kritiska till begreppet ekonomisk konstitution och anser att nationella regleringar beslutade i demokratisk ordning inte skall få sitt tillämpningsområde inskränkt, till exempel av fördragets konkurrensregler.²⁸⁰ Kritikerna framhåller att EG-rätten saknar en ekono-

²⁷⁹ Ståndpunkten att EG har en ekonomisk konstitution framförs till exempel av Ernst-Joachim Mestmäcker, se Mestmäcker i Immenga/Mestmäcker Kommentar (1997), Band 2, s. 1517–1518. Mestmäcker nämner följande omständigheter som skäl för existensen av en ekonomisk konstitution: sammanhanget mellan enskildas rätt att delta i den gränsöverskridande handeln, med dessa rättigheter korresponderande inskränkningar i medlemsstaternas suveränitet, den konkurrensinriktade ordning som följer av de fyra friheterna och skyddandet av ett system som skall skyddas från konkurrenssnedvridningar, kompetensen att tillnära medlemsstaternas lagar och föreskrifter i syfte att få den inre marknaden att fungera i enlighet med artikel 95.

²⁸⁰ Reich, The November Revolution of the European Court of Justice. Keck, Meng and Audi Revisited, CMLR, vol. 31, 1994, no. 3, s. 459–492, 479–480. Reich menar att mål C-2/91, Wolf W. Meng, REG 1993 s. 1-5751 och målen C-267 och 268, Keck, REG 1993 s. 6097, bör tolkas som att EG-domstolen implicit har avvisat existensen av en ekonomisk konstitution i EG-rätten. Se även Joerges, i Micklitz, Weatherill, European Economic Law, The

misk konstitution i den betydelse som ordoliberalerna ville ge begreppet. En del avfärdar det ordoliberal synsättet som "laissez-faire" eller nyliberalistiskt.²⁸¹ En del avvisar att det finns något som kan kallas för ekonomisk konstitution överhuvudtaget eller anser frågan hur som helst vara utan betydelse, eftersom en ekonomisk konstitution i vart fall inte kan anses ha någon rättsverkan eller annan betydelse. Andra menar att även om det skulle finnas något som kan kallas ekonomisk konstitution, så är den inte marknadsekonomisk med tanke på de starka regleringsinslag som finns i bland annat EG:s jordbrukspolitik. Kritiken gäller även synen på lagstiftarens kontra rättstillämpningens roll.

Begreppets pedagogiska fördelar

Den överordnade EG-rätten på det ekonomiska området blir inte *mer* bindande bara för att den benämns ekonomisk konstitution. Detta faktum talar mot att begreppet överhuvudtaget bör användas. Emellertid har uttryckssättet pedagogiska fördelar. Begreppet ekonomisk konstitution kan som redan nämnts på ett komprimerat sätt uttrycka en realitet. EG-rätten är inom ramen för sitt tillämpningsområde överordnad den nationella rätten. I EG-rätten finns direkt tillämpliga fördragsartiklar samt ett antal betydelsefulla konstitutionella principer, som uttrycker marknadsrättsliga rättigheter som tillkommer fysiska och juridiska personer. Dessa rättigheter begränsar bland annat medlemsstaternas makt att med regleringar intervensera på den gemensamma marknaden. Den ekonomiska konstitutionen är därför som redan påpekats en användbar metafor i en komplicerad verklighet.²⁸²

Genom att förstå EG-rättens reglering av den gemensamma marknaden och konkurrensreglernas status som ett uttryck för en ekonomisk konstitution framträder en tydligare helhetsbild. EG-domstolen har ju slagit fast att artikel 81 har status som *ordre public*, dvs. utgör en del av grunderna för rättsordningen.²⁸³ Bakom detta ställningstagande ligger ett av EG-domstolen fastlagt synsätt på konkurrens som fenomen och konkurrensreglernas betydelse.

Economic Constitution of the European Community, s. 9, Neergaard, 1998, 204–217, Scharpf, Välfärdsstatens, den ekonomiska integrationen och demokratin, SOU 1998:124, s. 103–132, 120, Weiler, The Constitution of Europe, 1999, s. 233,

²⁸¹ Se t.ex. Maduro, 1998 We the Court, s. 126–129, Scharpf, SOU 1998:124, s. 120. Mot bakgrund av den forskning om ordoliberalismen som utförts av Gerber i Law and Competition in Twentieth Century Europe, 1998, måste sägas att en sådan etikettering av ordoliberalismen är felaktig.

²⁸² Se not 145.

²⁸³ Mål C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd mot Benetton International NV, REG 1999 s. I-3055

Det är möjligt att använda EG-rättens ekonomiska konstitution som ett begrepp för summan av de rättsregler och konstitutionella principer i EG-rätten som uttrycker den marknadsekonomiska ordningen i EG och som är bindande för medlemsstaterna, såsom de har uttryckts av EG-domstolen. Samtidigt har uttrycket ekonomisk konstitution blivit en smula belastat. Det är dock möjligt att hävda att EG-domstolen har anlagt en *konstitutionell syn* på det grundläggande marknadsrättsliga reglerna.

4.4.3 Flernivåstyrelse. Teorin om Multi-level Governance och dess implikationer

Lösningen på konflikter mellan EG-rättens konkurrensregler och medlemsstaternas offentliga regleringar genom kompetensfördelning?

Kritiken mot användningen av begreppet ekonomisk konstitution riktar sig i första hand mot försök att använda detta begrepp normativt, dvs. påståendet att det finns en ekonomisk konstitution och detta har en rättslig betydelse. Flera kritiker till frågan om ekonomisk konstitution har det gemensamt att de vill framhålla en annan teori inom vilken kollisioner mellan EG-rättens konkurrensregler och medlemsstaternas offentliga regleringar kan förklaras, nämligen *multi-level governance* som nu skall beröras.

Sådana lagkollisioner som avhandlingen handlar om utgör samtidigt konflikter mellan politik och juridik. Det råder delade meningar om hur sådana konflikter skall lösas. I en nationalstat beslutar den lagstiftande församlingen som om vilka lagar som gäller. Vissa särskilt viktiga regler återfinns dock i någon form av konstitution. Hur konstitutionen skall tolkas avgör domstolarna. Så fungerar även EG-rätten. Medlemsstaterna har en gång beslutat att utfärda respektive tillträda EG-fördraget. Hur fördraget skall tolkas avgör emellertid EG-domstolen. I bland annat Sverige finns en tradition att domstolarna visar en återhållsamhet om de får politiskt känsliga frågor att ta ställning till. Då en medlemsstat utfärdar en konkurrensbegränsande reglering, kan frågan om dess förenlighet med EG-rätten prövas av EG-domstolen. EG-domstolen har ofta kraftfullt slagit vakt om EG-rättens grundläggande marknadsrättsliga regler.

Det finns emellertid förespråkare för uppfattningen att EG-domstolen skall visa återhållsamhet vad gäller att pröva om nationella politiska beslut är förenliga med EG-rätten. En som argumenterar kring fördelarna med en sådan återhållsamhet är Ulla-Britt Neergaard som 1998 publicerade boken *Competition and Competences* med undertiteln *The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member*

States.²⁸⁴ Neergaard förespråkar en modell där endast sådana konkurrensbegränsande regleringar eller andra åtgärder som *inte* kan sägas vara av statlig eller offentlig karaktär skall ge vika för fördragets konkurrensregler.²⁸⁵ Neergaard bygger sin argumentation på ett perspektiv som har sitt ursprung i statsvetenskaplig teori, nämligen *multi-level governance*, vilket brukar över sättas som flernivåstyrelse.²⁸⁶

Utgångspunkten i detta perspektiv är ett antal iakttagelser och antaganden om den europeiska integrationsprocessen och den EG-rättsliga verkligheten av idag. Europeisk integration, med vilket avses EG-rättens genomträngande i nationell rätt, skall förstås som skapandet av en politisk gemenskap ("polity") i vilken kompetensen att utöva makt delas på flera olika nivåer, som inkluderar både regionala, nationella och övernationella nivåer.²⁸⁷ En ståndpunkt inom ramen för detta perspektiv är att kontrollen över utvecklingen har glidit ur ("slipped away") medlemsstaternas händer och i stället hamnat hos de övernationella institutionerna inom gemenskapen.²⁸⁸ Medlemsstaterna är i och för sig fortfarande viktiga aktörer, men i en miljö som de inte helt kontrollerar själva. I stället har utvecklingen lett till att mer och mer av kompetensen förloras av medlemsstaterna till EU. Den enskilda statens suveränitet kan därför sägas ha tunnats ut av det kollektiva beslutsfattandet inom EU.

Ett ställningstagande inom perspektivet är att den europeiska integrationsprocessen, förutom att kompetens har glidit medlemsstaterna ur händerna, även har gått mycket längre än vad medlemsstaterna en gång hade avsett samt vad medlemsstaterna i dag anser vara önskvärt.²⁸⁹ Institutionella

²⁸⁴ Boken är en översättning av hennes Doctor of Law-avhandling vid European University Institute. *European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member States Towards Legal Principles Ensuring the Coherence of Two Levels of Governance*, från den 19 January 1998.

²⁸⁵ Neergaard, *Competition and Competences, The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member States*, 1998, s. 335

²⁸⁶ Neergaard påpekar i fotnot 1200 (s. 329) att hon har använt sig av de aspekter i teorin om flernivåstyrelse som hon ansett vara relevanta för sitt problem, i syfte att kasta nytt ljus på frågeställningen och att hon inte avsett att ge en komplett redogörelse för eller motivering till perspektivet. Neergaard nämner även att teorin om flernivåstyrelse är ganska ny och att den därför inte kan ses som en fullt utvecklad statsvetenskaplig teori. Innan Neergaard träffar valet att utveckla ett resonemang baserat på teorin om flernivåstyrelse har hon i del 4 av sin bok *Competition and Competences* gjort en grundlig genomgång av sex olika teorier som skulle kunna bidra till en rationell lösning av framtida mål inför EG-domstolen.

Flernivåstyrelse benämns även "flernivåsystem" på svenska och i statsvetenskaplig litteratur förs fram att EU skall betraktas som ett flernivåsystem. Se Petersson m.fl. *Demokrati utan utland, Demokratirådets rapport*, 2001, s. 84–88

²⁸⁷ Neergaard, 1998, s. 330,

²⁸⁸ Neergaard, 1998, s. 330,

²⁸⁹ Neergaard, 1998, s. 331

reformer och policyreformer kan transformera institutionerna och den förda politiken inom olika områden på ett sätt som är oväntat och/eller oönskat.²⁹⁰ Kontrollen över maktutövningen inom EU har vidare splittrats upp på flera olika händer på ett sätt som medfört att ingen av aktörerna i integrationsprocessen har full kontroll över en bestämd politik.²⁹¹ Samtidigt är det mindre troligt att en stabil jämvikt kan uppstå mellan medlemsstaterna å ena sidan och gemenskapen å den andra, vilket har medfört att graden av kontroll som respektive sida har kan sägas variera över tiden. Neergaard anför att så länge som det inte finns någon gemensam uppfattning vad gemenskapen är och vad den borde vara, kommer kompetensfördelningen att förbli oklar, särskilt som EG-fördraget ändå är ett internationellt fördrag, men idag har fått samma funktion som en konstitution.²⁹²

Mot bakgrund av perspektivet om flernivåstyrelse hävdar Neergaard att den sammankopplade läsningen av artiklarna 3.1.g, 10 och 81 har transformerat artikel 81 till något som inte var tänkt från början.²⁹³ Neergaard anför att dessa fördragsartiklar idag opererar i en värld som är annorlunda från den som existerade när den europeiska rättsordningen började sina dagar. Idag är kontexten mer odefinierad, då EU varken är en federation eller en vanlig internationell organisation, i kombination med det traditionella konceptet om nationalstaten. Den EG-rättsliga och den nationella rättsordningen tvingas existera samtidigt, dock utan en klar hierarki. Neergaard påpekar att de båda rättsordningarna har kommit att flätas in i varandra, men anför att det skett på ett sätt där de i stort verkar vara främmande element.²⁹⁴

Neergaard framför en vision om hur konflikter mellan fördragets konkurrensregler och medlemsstaterna konkurrensbegränsande regleringar kan lösas i framtiden och framhåller därvid det konstitutionella problemet, sett i ett allmänt perspektiv, om hur man förenar överstatlighet med demokrati. Neergaard noterar att medlemsstaternas politiska processer har sin grund i den demokratiska processen. Hon förespråkar därför *koherens* i betydelsen att det måste accepteras att den juridiska integrationen och harmoniseringen på den inre marknaden ibland inte kan bli perfekt. På det speciella område som här är frågan om påpekar Neergaard att både fördragets konkurrensregler och nationella konkurrensbegränsningar har sin respektive legitimitet. Hon hävdar sedan att fördragets regler skall gå före endast när det är ett *väsentligt* gemenskapsintresse på spel. Hennes slutsats är att endast de regle-

²⁹⁰ Neergaard, 1998, s. 331

²⁹¹ Neergaard, 1998, s. 331

²⁹² Neergaard, 1998, s. 331

²⁹³ Neergaard, 1998, s. 331

²⁹⁴ Neergaard, 1998, s. 332

ringar som inte kan karaktäriseras som handlingar av en medlemsstat skall ge vika.²⁹⁵

Här måste inskjutas att det i EG-domstolens praxis finns tre kriterier för när en nationell konkurrensbegränsande reglering anses vara i strid med fördraget (de s.k. Van Eycke-kriterierna) och som kommer att behandlas i avsnitt 5.4.²⁹⁶ Med Neergaards vision skulle samtliga dessa tre situationer inte längre anses vara i strid med fördraget i de fall det rör sig om en rättsakt som kan föras tillbaka på medlemsstaten ("... truly is an act of the Member State").²⁹⁷ Det enda som skall prövas av EG-domstolen är således om det verkligen rör sig om en egentlig handling av en medlemsstat. Neergaard anför att fördraget bör vara neutralt mot medlemsstatens ekonomiska val, vilket den konkurrensbegränsande regleringen är ett uttryck för.²⁹⁸ Denna lösning finns ju mer eller mindre också företrädd i amerikansk rätt. En fördel med sin vision anser Neergaard vara att regeln är enkel att tillämpa. De problem som konkurrensbegränsande regleringar kan åstadkomma får i stället lösas med fördragsändringar eller harmoniseringsåtgärder baserade på artiklarna 96 och 97. På detta sätt kommer "konkurrensimperialismen" att tvingas upphöra.²⁹⁹ Neergaard menar att artikel 3.1.g, 10 och 81 på detta sätt skulle återfå sin ursprungliga betydelse. EG-domstolen skulle tvingas att hålla sig borta från den legislativa rollen och därigenom minska de risker för EU:s legitimitet som är förknippade med detta.

Kritisk värdering av teorin om flernivåstyrelse

Mot den vision som presenteras av Neergaard kan flera argument anföras. Detta gäller såväl premisserna för resonemanget som slutsatserna. Emellertid har teorin om flernivåstyrelse, som har utvecklats inom den statsvetenskapliga disciplinen, flera förespråkare som t. ex. Weiler och Joerges. Neergaard har applicerat teorin om flernivåstyrelse på det EG-rättsliga materialet. Det resultat som denna process ger medför emellertid mycket långtgående konsekvenser för det som har betraktats som etablerad rättspraxis i EG-rätten.

²⁹⁵ Neergaard, 1998, s. 334–335

²⁹⁶ Mål C-267/86, Pascal Van Eycke mot ASPA NV, REG 1988 s. 4769. Van Eycke-kriterierna är 1. när en medlemsstat tvingar eller uppmuntrar företag att sluta avtal i strid med artikel 81, 2. när medlemsstaten sanktionerar effekterna av ett sådant avtal och 3. när en medlemsstat förtar den officiella karaktären av sin lagstiftning genom att delegera ansvaret för beslutsfattande på det ekonomiska området till enskilda företag. Kriterierna behandlas närmare i kapitel 5.

²⁹⁷ Neergaard, s. 335

²⁹⁸ Neergaard, s. 336

²⁹⁹ Neergaard, s. 337

En kritisk första anmärkning är att betydelsen av den inre marknaden verkar komma i skymundan med det perspektiv som Neergaard och andra anlägger. En inre marknad som fungerar lika väl som en nationell marknad är en vision med åtskillig tyngd. En del påstående om den europeiska integrationen som Neergaard presenterar har utan tvekan politisk betydelse, men inte nödvändigtvis juridisk sådan. Detta gäller t.ex. påståendet att den europeiska integrationen har gått längre än vad som var tänkt från början och vad som idag är önskvärt. Ett sådant påstående uttrycker en politisk eller personlig uppfattning. Argument om hur mycket integration som är lämpligt skulle knappast vinna gehör vid EG-domstolen, som i stället tagit fasta på att målet med EU är en kontinuerlig integration av de europeiska folken.³⁰⁰ Vad de ursprungliga medlemsländerna i mitten av 1950-talet hade för syn på hur långt integrationen kunde gå saknar relevans.

En annan premis i Neergaards argumentation är att konkurrensbegränsande regleringar är ”mer” demokratiska än EG-domstolens prövning om medlemsstaten uppfyller sina förpliktelser enligt fördraget. Beslutet av respektive medlemsstat att bli medlem i EU vilar emellertid också på demokratisk grund. De andra medlemsstaternas krav på att ingångna avtal skall hållas kan inte heller anses vara odemokratiskt. EG-domstolen utövar den makt som givits domstolen i fördraget, bland annat att tolka fördraget samt att avgöra när en enskild medlemsstat bryter mot fördraget. Emellertid skall inte bortses från den angelägna granskning om EU:s demokratiska legitimitet och ”politikens juridifiering” som förs.³⁰¹ Dock kan en argumentation huruvida antingen medlemsstatens reglering eller domstolens beslut skall ses som ”mest demokratiskt” samla åtskilliga argument för den ena eller andra positionen, utan att diskussionen kommer att leda någonstans.³⁰² Det problem som Neergaard lyfter fram att rättsläget vacklar hit och dit kommer att kvarstå.

Neergaard hävdar själv att konkurrensreglerna skall ges företräde endast när viktiga intressen står på spel för gemenskapen och menar därigenom implicit att konkurrensen på den gemensamma marknaden inte skulle vara ett viktigt intresse. Här måste invändas att det ju tvärtom är att enhetliga konkurrensvillkor på den inre marknaden är en central uppgift för EU.

³⁰⁰ Lysén påpekar att EG-domstolen inte kan beskyllas för att driva en egen politisk linje utöver att i enlighet med fördragen främja den europeiska integrationen och därvidlag inte ha gått bortom vad som ankommer på domstolen som en av EG:s institutioner. Lysén, *Folk-rättsligt ansvar*, 2002, s. 182–185

³⁰¹ Wiklund, Ola, *EG-domstolens tolkningsutrymme*, 1997, s. 48–49, 397

³⁰² Peczenik refererar till Zahle (i diskussionen om en polycentrisk rättskällelära) som gjort gällande att demokratis utveckling innebär att den judiciella kontrollen av legaliteten blir mindre legitim. Peczenik menar att en sådan demokratiuppfattning är för enkel. Peczenik, *Vad är rätt*, 1995, s. 279

Neergaard förespråkar att medlemsstaterna i princip skall vara helt oförhindrade att utfärda konkurrensbegränsande regleringar. Detta är inte i enlighet med ordalydelsen i fördraget. Artikel 3.1.g att medlemsstaterna har skyldighet att verka för en ordning där konkurrensen på den inre marknaden inte snedvrids, skulle med den vision som Neergaard presenterar knappast längre ha något reellt innehåll. Situationen att en medlemsstat genom en offentlig rättsakt skulle kunna tvinga eller uppmuntra företag att sluta avtal i strid med artikel 81 måste anses vara i strid med artikel 10. Visionen stämmer inte heller överens med EG-domstolens hittillsvarande praxis, utan skulle snarare kasta rättsutvecklingen tillbaka åtskilliga år.

Det skulle även bli en skillnad gentemot regleringen av den fyra friheterna. Konkurrensreglernas uppbyggnad är visserligen annorlunda jämfört med reglerna om de fyra friheterna. Hinder för den fria rörligheten genom statliga åtgärder är som huvudregel förbjudna. Det finns dock möjlighet för medlemsstaterna att hävda undantag från denna huvudregel med hänsyn till ett särskilt intresse, vilket regleras dels i fördraget, dels i domstolens praxis. Däremot är det inte så att enbart det faktum att en åtgärd är statlig skulle medföra att den därför är immun mot fördragets konkurrensregler. Neergaard menar att det skall vara otillåtet för medlemsstaterna att hindra handeln med statliga åtgärder, men tillåtet för dessa att begränsa konkurrensen med statliga åtgärder, vilket framstår som inkonsekvent.

Teorin om flernivåstyrelse bygger på statsvetenskapligt grundade iakttagelser om hur EU och de nationalstater som är medlemmar i EU rent faktiskt styrs. Den inre marknaden har emellertid ett juridiskt definierbart innehåll som har utvecklats av EG-domstolen. Utgångspunkten måste vara att det är ett väsentligt gemenskapsintresse att konkurrensen på den inre marknaden inte hindras. Konkurrensreglerna bör ses som ett grundläggande uttryck för den marknadsekonomiska ordningen och reglerna har sin giltighet i lika hög grad i medlemsstaternas rättsordningar. Det kan därför vara missvisande att beskriva problemet i termer av en konflikt mellan centrum och periferi. Behovet av en konkurrens som inte är snedvriden är ett centralt intresse även på nationella marknader. I fallet av en konflikt talar flera skäl för att det måste komma till stånd en avvägning mellan olika intressen och det är svårt att finna ett annat organ än en internationell domstol som EG-domstolen som är lämpat att göra denna avvägning.

4.5 Sammanfattande slutsatser och analys

4.5.1 Uttrycket för marknadsekonomi i EG-rätten

Det finns ett flertal rättsliga uttryck för att EU-samarbetet bygger på marknadsekonomisk grund. Viktiga exempel är den gemensamma marknaden, valutaunionen, konkurrensreglerna, förekomsten av skydd för äganderätt och näringsfrihet, en ekonomisk politik inriktad på stabila priser – kort sagt rättsregler som säkerställer eller skyddar alla normala ingredienser i en marknadsekonomi. EG-domstolen har vare sig sagt att EG-fördraget utgör en politisk eller ekonomisk konstitution. Men domstolen har sagt andra saker – till exempel att konkurrensreglerna tillhör grunderna för rättsordningen och att rätten till fri rörlighet för varor och produktionsfaktorer är grundläggande rättighet i EG-rätten.

Allmänt gäller att det övergripande intresset av en fungerande inre marknad är mycket starkt i EG-rätten. Visionen om en stor och enhetligt fungerande marknad har också en idémässig tyngd i all sin enkelhet. Varför krångla med 15 olika regleringar när de kan ersättas av en enhetlig? I åtminstone svensk rätt har det tidigare kunnat spåras en lojalitet hos domstolarna med riksdagens policy att reglera vissa marknader särskilt.³⁰³ Hos EG-domstolen finns ingen sådan lojalitet med något enskilt land, däremot med den inre marknaden.

Intresset av den inre marknads enhetliga funktionssätt balanseras mot medlemsstaternas intresse av att reglera olika företeelser. Konkurrensbegränsande offentliga regleringar leder till en konflikt mellan en medlemsstat å ena sidan och en individ eller ett privat företag å den andra. En stat har ett berättigat intresse av att kunna reglera företeelser i samhället. Individens enskilda intresse av en ordning som är mest gynnsam för henne själv ställs mot statens intresse av att tillgodose det allmänna intresset. Ofta måste statens intresse som uttryck för det allmänna ges företräde. Inom EU finns emellertid ytterligare en dimension. Andra medlemsstaters intresse av fri konkurrens till nytta för de egna företagen kan komma att mot en enskilds stat intresse av att särreglera en marknad.

Mitt i denna konflikt mellan politik och juridik rasar en debatt om det finns en ekonomisk konstitution i EG-rätten (och vilken normativ betydelse det har) eller om EG-samarbetet utgör ett exempel på ett flernivåsystem (och om detta eventuellt kan ha en normativ betydelse). Innan något ytterligare sägs om dessa diskussioner måste det nuvarande rättsläget i EG-rätten

³⁰³ I svensk rätt utgör Marknadsdomstolens avgörande 1973:16 (SAS-målet) ett exempel på detta. Se not 532

redovisas. Rent faktiskt är det så att EG-domstolen ibland "underkänner" nationella regleringar på grund av att de anses vara omöjliga att förena med innehållet i EG-fördraget. I nästa kapitel skall undersökas när detta inträffar.

4.5.2 Konkurrensreglernas ställning i EG-rätten

Förklaringen till konkurrensreglernas stora betydelse i EG-rätten ligger i deras koppling till den inre marknadens funktionssätt. EG-domstolen är tydlig vad gäller konkurrensreglernas status. Konkurrensreglerna tillhör grunderna för rättsordningen och utgör således en grundläggande reglering i EG-rätten och därmed även i nationell rätt. Det är denna omständighet som gör det möjligt att hävda att EG-domstolen har utvecklat en konstitutionell syn på konkurrensreglerna, precis som Supreme Court.

5 EG-domstolens praxis gällande konkurrensbegränsande regleringar

5.1 Regleringen av offentliga eller särreglerade företags näringsverksamhet – artikel 86

5.1.1 Inledning

Av kapitel 3 om amerikansk rätt framgick att the Supreme Court har fått utarbeta en praxis för hur konkurrensbegränsande beteende som har sin grund i en offentlig reglering skall hanteras på grundval av artikel 1 och 2 i Sherman Act. I EG-rätten är läget annorlunda såtillvida att vid sidan av artikel 81 och 82 (som i stort motsvarar Sherman Act's artikel 1 och 2) finns även artikel 86 att tillgå. I artikel 86 behandlas medlemsstaternas förhållande till offentliga företag och företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter. Artikeln täcker i praktiken en majoritet av situationerna då marknaden påverkas av förekomsten av offentliga konkurrensbegränsande regleringar. Syftet med detta kapitel är att beskriva artikel 86 och dess tillämpningsområde. Därefter redovisas två serier av rättsfall som berör frågan om EG-domstolens sätt att hantera konflikter mellan de generella konkurrensreglerna i fördraget och medlemsstaternas konkurrensbegränsande offentliga regleringar. Den första gruppen utgörs av de fall som rör tillämpningen av artikel 86 i kombination med konkurrensreglerna, vilket i praktiken innebär artikel 82, och som gäller särreglerade företags agerande respektive medlemsstaternas regleringar som ger upphov till agerandet. Den andra gruppen är de fall där EG-domstolen har gjort precis som den amerikanska Supreme

Court – den har fått ange gränser för medlemsstaternas allmänna möjligheter att införa generella rättsakter med konkurrensbegränsande verkan, på grundval av fördragets förbud mot konkurrensbegränsande avtal, vilket egentligen riktar sig till enskilda rättssubjekt.

Fördraget neutralt till ägande – dock inte till konkurrens

Omfattningen av det offentliga ägandet av företag liksom omfattningen av den offentliga sektorn varierar mellan de olika medlemsländerna. Inget i EG-fördraget hindrar att staten äger och driver företag. Inte heller utesluter EG-fördraget att en medlemsstat förstatligar privata företag eller att statliga företag privatiseras. Detta framgår explicit av artikel 295, där det stadgas att EG-fördraget inte i något hänseende skall ingripa i medlemsstaternas egendomsordning. Fördraget är emellertid inte neutralt vad gäller konkurrens. Av artikel 3.1.g framgår som nämntes i föregående kapitel att medlemsstaterna skall verka för en ordning där konkurrensen inte snedvrid.

Om nu medlemsstaterna får äga företag i den utsträckning de önskar är fördraget däremot inte neutralt i förhållande till om offentliga företag skall omfattas av fördragets konkurrensregler eller inte. I de olika medlemsstaterna kan kanske ekonomisk verksamhet i offentlig regi vara undantagen från den nationella konkurrenslagens tillämpningsområde, men detta gäller inte i EG-rätten.³⁰⁴ Mot bakgrund av att offentliga företag faktiskt existerar och att de redan genom sin existens ger upphov till konkurrenssnedvridningar finns artikel 86, vars syfte är att balansera gemenskapens intresse av den inre marknadens funktionssätt och medlemsstaternas intresse av kunna driva en ekonomisk och social politik.³⁰⁵

Placering i fördraget

Artikel 86 återfinns i kapitel 1 i EG-fördragets sjätte avdelning som innehåller gemensamma regler om konkurrens, beskattning och tillnärmning av lagstiftning. Vad gäller stadgandets formella adressater är artikel 86 speciell. Det är olika adressater i olika stycken. Dess första stycke – 86.1 – har medlemsstaterna som adressater och erinrar om att de inte heller via företag

³⁰⁴ Temple Lang påpekar att undantag för statliga konkurrensbegränsande åtgärder i nationell rätt eller möjligen oförmåga att tillämpa konkurrensreglerna på offentlig verksamhet är ett i den internationella konkurrensrätten ett allvarigare problem än avsaknaden av en harmoniserad konkurrensreglering i WTO:s regi. Temple Lang, *The Information Society and Economic Concentration*, i Ullrich (red.) *Comparative Competition Law*, 1998, s. 175, 189–190)

³⁰⁵ Mål C-67/96 Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfond Textielindustrie, REG 1999 s. I-5751, p. 103

som de på ett eller annat sätt har inflytande över får vidta eller behålla åtgärder som strider mot fördraget. Det andra stycket – 86.2 – innehåller däremot en möjlighet till undantag från konkurrensreglernas tillämpning riktat till företag som har anförtrots uppdraget att tillhandahålla tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse. Det andra stycket har alltså företag som adressater, men givetvis innehåller det viktig information även för medlemsstaterna.

Artikel 86

1. Medlemsstaterna skall beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i detta fördrag, i synnerhet reglerna i artiklarna 12 samt 81–89.

2. Företag som anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol skall vara underkastade reglerna i detta fördrag, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas en omfattning som strider mot gemenskapens intresse.

3. Kommissionen skall säkerställa att bestämmelserna i denna artikel tillämpas och, när det är nödvändigt, utfärda lämpliga direktiv eller beslut vad avser medlemsstaterna.

Det tredje styckets adressat är kommissionen. I allmänhet har reglerna i EG-fördraget medlemsstater som adressater. De fyra friheterna tillvaratas huvudsakligen genom förbud riktade till medlemsstaterna. Just konkurrensreglerna i artikel 81 och 82 riktar sig emellertid till enskilda rättssubjekt – till företag. Poängen med det som skall behandlas här är emellertid att kombinationen av artikel 86 med främst artikel 82 ger till resultat att förbudet i det senare stadgandet också kommer att riktas mot medlemsstaten. Detta betyder att ansvaret för offentligt kontrollerade företags konkurrensbegränsande beteende i vissa fall förs tillbaka på medlemsstaten.³⁰⁶

³⁰⁶ Det kan finnas anledning att här påminna om de avgränsningar som gjordes i första kapitlet. Artikel 86.1 förbjuder medlemsstaterna att, vad gäller de tre omnämnda kategorierna av företag, vidta åtgärder i strid med fördraget. Här behandlas sådana åtgärder som kan vara i strid med konkurrensreglerna, alltså artikel 81 eller 82. Statliga regleringar som hindrar den fria rörligheten har regelmässigt också en konkurrensbegränsande verkan. Detta är emellertid en annan frågeställning och inga fördragsartiklar fri rörlighet, kommer att behandlas och så inte heller artikel 31 om statliga handelsmonopol.

Artikel 16 EG – statsstöd och offentliga företag

Genom Amsterdamfördraget infördes en ny artikel 16 som handlar om artikel 86. Artikel 16 har följande lydelse

”Utan att det påverkar artikel 73, 86 och 87 och med beaktande av den betydelse som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har för unionens gemensamma värderingar och det bidrag som de ger till social och territoriell sammanhållning, skall gemenskapen och medlemsstaterna, var och en inom sina respektive befogenheter och inom fördragets tillämpningsområde, sörja för att sådana tjänster utförs på grundval av principer och villkor som gör det möjligt för dem att utföra sina uppdrag.”

Till Amsterdamfördragets slutakt fogades även förklaring nummer 13:

”Bestämmelserna i artikel 16 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen om allmännyttiga tjänster skall genomföras med full respekt för domstolens rättspraxis, bland annat när det gäller principerna om likabehandling, kvalitet och kontinuitet i såvitt avser sådana tjänster.”

Kommissionens initiativ till avreglering av tidigare reglerade sektorer under 1990-talet stötte på politiskt motstånd. 1995 publicerade intresseorganisationen CEEP (Centre européen des entreprises à participation publique) en skrift med förslag på ändring av artikel 86.³⁰⁷ Ändringsförslagen innebar bland annat att kommissionen skulle fråntas sin behörighet att utfärda direktiv enligt artikel 86.3 och att utgångspunkten skulle vara att medlemsstaterna hade rätt att skapa exklusiva rättigheter för sina statligt influerade företag i den utsträckning de önskade. Kommissionen reagerade på detta förslag i ett yttrande publicerat 1996 där varje förslag att ändra artikel 86 avvisades.³⁰⁸

I samband med den mellanstatliga konferensen som föregick beslutet om Amsterdamfördraget arbetade Frankrike och Belgien för att få till stånd en begränsning av artikel 86, men de lyckades inte få tillräckligt stöd för detta bland övriga medlemsstater.³⁰⁹ Resultatet av denna strävan var artikel 16 samt den ovan citerade förklaringen. Granskar man ordalydelsen finner man emellertid föga juridisk substans. Istället verkar både artikeln och förklaringen vara av mer deklaratorisk karaktär. Förbehållen är många; det anges att gemenskapen och medlemsstaterna ”var och en inom sina respektive befogenheter”....”inom fördragets användningsområde”...”utan att det påver-

³⁰⁷ Skrift från European Centre of Enterprises with Public Participation, ”Europe, Competition and Public Service

³⁰⁸ Services of a general interest in Europe. EGT C 281, 26.09.1996, s. 3

³⁰⁹ Buendia Sierra, J.L., Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, s. 332

kar artikel 73, 86 och 87” skall verka för att tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse skall kunna utföras på villkor ”som gör det möjligt för dem att utföra sina uppdrag.”” I förklaringen anges dessutom att bestämmelserna i artikel 16 skall genomföras med full respekt för domstolens rättspraxis. Slutsatsen måste vara att artikel 16 saknar rättslig betydelse.³¹⁰ Varken införandet av artikel 16 eller förklaring 13 i Amsterdamfördraget har påverkat rättsläget.

5.1.2 Artikel 86.1 gällande offentliga företag och företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter

EG-domstolen har uttalat att syftet med artikel 86.1 är att undvika att medlemsstaterna drar fördel av sitt särskilda förhållande till offentliga företag och företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter för att indirekt kringgå förbud som är riktade till dem, t.ex. artiklarna 28, 29 och 31.³¹¹ En generell lojalitetsplikt med fördragets mål åläggs medlemsstaterna redan i artikel 10 EG.³¹² Artikel 86.1 utvidgar inte denna generellt verkande lojalitetsplikt, men utgör en påminnelse att medlemsstaterna inte heller via sådana företag som de har inflytande över får vidta åtgärder i strid med fördraget.

EG-domstolen har även i sin praxis funnit att den rättsordning som EG-fördraget skapar och som är en integrerad del av medlemsstaternas rättsordning generellt kräver att medlemsstaterna inte vidtar åtgärder som hindrar konkurrensreglernas effektiva funktionssätt, dvs. hindrar direkt tillämpliga fördragsreglers ”*l’effet utile*”.³¹³

Vad är då en ”åtgärd som strider mot reglerna i detta fördrag”? Det exakta svaret finns i EG-domstolens praxis och skall behandlas nedan, men ungefärligen uttryckt måste åtgärder anses strida mot fördragsreglerna om medlemsstaterna genom åtgärder försöker åstadkomma något som fördragsreglerna försöker förbjuda. Konkurrensreglerna förbjuder kartellavtal och missbruk av dominerande ställning. Då kan inte nationella regler som aukto-

³¹⁰ Buendia Sierra, J.L., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, s. 334

³¹¹ Mål C-157/94, Kommissionen mot Nederländerna, REG 1997 s. I-5699, p. 30

³¹² Artikel 10 EG lyder: ”Medlemsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av detta fördrag eller av åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner. Medlemsstaterna skall underlätta att gemenskapens uppgifter fullgörs.

De skall avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås.”

³¹³ Mål 14/68 Walt Wilhelm, REG 1969 s. 1, p. 4, 6. Målet gällde artikel 81, som har direkt effekt. EG-domstolen slog fast att medlemsstaterna inte får vidta ”des mesures susceptibles de compromettre l’effet utile du traité.”

riserar, uppmuntrar eller kräver av företag som omfattas av artikel 86.1 att bryta mot fördragets konkurrensregler vara tillåtna, dock med iakttagande av möjligheten till undantag i artikel 86.2.³¹⁴

Det finns emellertid några typer av åtgärder som inte anses falla in under artikel 86.1. Beviljandet av patent och andra immaterialrättigheter är exempel på detta. Skälet är att det inte finns något manöverutrymme för behörigt statligt organ att vilja immaterialrätten (vilken ger innehavaren ett slags monopol. Har en person gjort en uppfinning med tillräcklig verkshöjd, kan den erhålla ett patent på uppfinning. Det som inte gjorde uppfinningen får inget patent.³¹⁵

Företagsbegreppet i artikel 86.1 i EG-fördraget

Det går att urskilja tre olika sorters företag som omfattas av artikeln: offentliga företag, företag med exklusiva rättigheter och företag med särskilda rättigheter. Dessa tre typer av företag har det gemensamt att de har en särskild koppling till staten, antingen genom att vara ägda av det offentliga eller genom att staten har beviljat företagen antingen särskilda eller exklusiva rättigheter. Detta innebär en gynnad position för de aktuella företagen och ger medlemsstaten en möjlighet till inflytande över företagens uppträdande på marknaden.³¹⁶

Definition av begreppet företag

Till att börja med måste fastställas vad som avses med *företag* i EG-rättslig mening.³¹⁷ EG-rättsliga nyckelbegrepp såsom företag, arbetstagare, tjänst etc. är inte definierade i själva fördraget. Det är i stället en uppgift för EG-domstolen att tolka innebörden av fördragstexten. Därvid gäller generellt att EG-domstolen inte tillmäter nationella definitioner av likartade företagsbegrepp i nationell rätt någon egentlig betydelse för tolkningen av EG-rättsliga begrepp.

³¹⁴ Temple Lang, J. The Information Society and Economic Concentration, s. 189. i Ullrich, H., Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law, 1998

³¹⁵ Whish, Competition Law, 4:e uppl., 2001, s. 192. Whish påpekar också att om offentlig upphandling utförs på korrekt sätt. Det faktum att ett företag vinner en upphandling innebär inte att det företaget därmed kan anses utgöra ett företag utrustad med en exklusiv rättighet enligt artikel 86.1.

³¹⁶ Det statliga ägandet innebär i sig ett gynnande som andra företag inte kommer i åtnjutande av. De offentligt ägda företagen har som ägare någon som själv inte kan gå i konkurs samt även besitter beskattningsmakten, dvs. teoretiskt har obegränsade tillgångar.

³¹⁷ Egentligen företagsbegreppet i "EG-konkurrensrättslig" mening, dvs. det sedvanliga företagsbegrepp som tillämpas i EG:s konkurrensrätt (artikel 81–89).

Företagsbegreppet i artikel 86 är detsamma som det i artiklarna 81 och 82.³¹⁸ Hur EG-domstolen tolkar begreppet företag framgår av målet *Höfner*.³¹⁹

Mål C-41/90 *Höfner*. För att kunna besvara den nationella domstolens fråga om hur EG-rätten skulle tolkas var det nödvändigt för EG-domstolen att ta ställning till frågan om den tyska federala arbetsförmedlingen kunde anses utgöra ett företag. Den tyska regeringen anförde att så inte borde vara fallet och angav som skäl att arbetsförmedling som utfördes av ett offentligt företag inte borde falla under konkurrensreglerna i det fall verksamheten bedrevs utan kostnad för de arbetssökande. Vidare anfördes finansieringssättet som ett argument, dvs. det faktum att arbetsmarknadens parter i Tyskland hade ålagts att finansiera verksamheten, utan att bidragen från parterna kunde knytas till någon specificerad motprestation. EG-domstolen anförde:

*"It must be observed, in the context of competition law, first that the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed and, secondly, that employment procurement is an economic activity."*³²⁰

EG-domstolen slog således fast att varken företagets status enligt nationell rätt eller finansieringssättet hade betydelse för avgränsningen av begreppet företag. Inte heller spelade det någon roll att arbetsförmedling var en verksamhet som normalt sätt anförtröddes offentliga myndigheter, eftersom det enligt domstolen inte alltid hade varit en offentlig uppgift och att det heller inte var nödvändigt att en sådan uppgift utfördes av det offentliga.³²¹ Avgörande var i stället verksamhetens natur, dvs. vilken sorts verksamhet som företaget faktiskt utövar. I det fall en "enhet" bedriver ekonomisk verksamhet utgör det ett företag.

Definition av begreppet ekonomisk verksamhet

Med ekonomisk verksamhet avses all aktivitet som går ut på att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad.³²² Definitionen av företag är således oerhört vid, vilket ökar konkurrensreglernas genomslagskraft. Begreppet fö-

³¹⁸Mål C-309/99 *Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Nederländska advokatsamfundet*, REG 2002 s. I-1577, p. 49

³¹⁹ Mål C-41/90, *Höfner & Elser mot Macrotron*, REG 1991 s. I-1979, p.21

³²⁰ Mål C-41/90, *Höfner & Elser mot Macrotron*, REG 1991 s. I-1979, p.21

³²¹ *Höfner*målet p.22

³²² Mål 118/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987 s. 2599, p. 7, mål C-35/96, *Kommissionen mot Italien*, REG 1998, s. I-3851, punkt 36

retag i EG-rätten omfattar betydligt mer än vad som med normalt språkbruk avses med företag. Den vidsträckta definitionen av begreppet företag kan dock leda till problem. Detta gäller särskilt i förhållande till offentliga myndigheters verksamhet samt vad gäller medlemsstaternas val av policy för genomförandet av sociala åtaganden. Skillnaden mellan att en viss verksamhet anses vara av ekonomisk natur och att enheten som utför den därför anses vara ett företag och att verksamheten inte omfattas av företagsbegreppet är följande:

Omfattas av företagsbegreppet	Omfattas inte av företagsbegreppet
• Utgör ekonomisk verksamhet av en industriell eller kommersiell natur genom att utbjuda varor och tjänster • Konkurrensreglerna i artikel 81 och 82 är tillämpliga på företagets verksamhet • Offentligt stöd till verksamheten måste vara i överensstämmelse med fördragets statsstödsregler • Regler om offentlig upphandling är tillämpliga	• Utgör inte ekonomisk verksamhet, utgör i stället utövandet av offentlig makt • Staten styr verksamheten direkt och efter eget skön • EG-fördragets regler riktade till medlemsstaterna måste följas

Gränsen mot utövande av offentlig makt

EG-domstolen uttalade redan i målet *118/85 Kommissionen mot Italien* gällande den juridiska statusen på det italienska tobaksmonopolet att en medlemsstat kan agera antingen genom att utöva offentlig makt eller genom att bedriva ekonomisk verksamhet av en industriell eller kommersiell natur genom att utbjuda varor och tjänster.³²³ EG-domstolen har hållit fast vid denna tudelning sedan dess och det verkar inte som om domstolen skulle anse att det finns någon gråzon däremellan.

Begreppet ekonomisk verksamhet har också en vidsträckt definition, vilket illustreras av målet *C-35/96 Kommissionen mot Italien (CNSD-målet)* där tullombuds verksamhet att klarera varor ansågs vara en ekonomisk aktivitet.

*C- 35/96 Kommissionen mot Italien.*³²⁴ Kommissionen väckte talan gentemot Italien enligt artikel 226 om fastställelse av fördragsbrott på grunden att Italien hade brutit mot artikel 10 och 81 genom att anta och bibehålla en lag

³²³ Mål 118/85 *Kommissionen mot Italien*, REG 1987 s. 2599, p. 7

³²⁴ Mål C-35/96, *Kommissionen mot Italien*, REG 1998, s. I-3851 (CNSD)

som delegerade rätten att besluta om bindande tulltariffer för alla tullombud till ett organ kallat CNSD (tullombudens nationella råd). Tullombudens verksamhet bestod av tjänster inom tullklareringsförfarandet. Italien invände att tullombuden enligt italiensk rätt ansågs utöva ett fritt yrke, på samma sätt som advokater, lantmätare eller tolkar, men att de inte skulle anses utgöra företag på grunden att de tjänster de tillhandahöll var av intellektuell art. EG-domstolen ansåg att tullombudens verksamhet var av ekonomisk art, eftersom tullombuden tillhandahåller tjänster mot betalning (p. 37). Tjänsterna bestod i själva fullgörandet av tullformaliteter. EG-domstolen slog fast att det faktum att CNSD var ett offentligrättsligt organ inte utgjorde hinder för tillämpning av artikel 81. Samtliga medlemmar i CNSD var professionella tullombud och inget i den italienska lagstiftningen hindrade dem från att agera enbart utifrån sina egna intressen eller från att tillvarata allmänintresset.

Ur ett svenskt perspektiv känns det märkligt att tänka sig att tulltjänstemän utför en ekonomisk verksamhet när de sköter tullklaringsförfarandet.³²⁵ Det uppfattas i Sverige närmast självklart att detta utgör utövande av offentlig makt. CNSD är emellertid en offentligrättsligt reglerad enhet, men organisationen fattar beslut av rent ekonomisk karaktär, eftersom den italienska staten inte hade någon rättslig möjlighet att tvinga CNSD att tillvarata allmänintresset. CNSD utgör ett företag och dess beslut kan prövas mot konkurrensreglerna. Däremot omfattas inte statligt bestämda tulltariffer av konkurrensreglernas tillämpningsområde. När staten beslutar om en prisreglering är det normalt inte en ekonomisk aktivitet, utan utövande av offentlig makt. Just bedömningen av statliga prisregleringar kommer att behandlas närmare i avsnitt 5.3.2.

Definition enligt nationell rätt saknar betydelse

Enligt EG-domstolen kan även myndigheter betraktas som företag i de fall verksamhet av industriell eller kommersiell art bedrivs.³²⁶ Verksamhetens art bestämmer alltså om en enhet skall betraktas som företag eller myndighet, aldrig dess formella juridiska status enligt nationell rätt.³²⁷ Detta kan leda till att enheter som anses vara myndigheter enligt nationell rätt blir att

³²⁵ EG-domstolens bedömning antyder att tullklarering är en verksamhet som skulle kunna privatiseras.

³²⁶ Mål 118/85, Kommissionen mot Italien, REG 1987 s. 2599, p. 7, 8, 18–20

³²⁷ När domstolen i mål 41/83, Italien mot kommissionen REG 1985 s. 873 slog fast att Italiens statliga verk för telekommunikation var ett företag, väckte det möjligen uppseende. Idag är det väl ingen som betvivlar att den verksamhet som bedrivs av telekommunikationsföretag verkligen utgör en ekonomisk verksamhet.

betrakta som företag i konkurrensrättslig mening, men även det omvända förhållandet kan inträffa.

Hur är då den verksamhet beskaffad som inte utgör ekonomisk verksamhet? Domstolen har uttalat att i de fall staten eller annat offentligt organ utövar offentlig makt är dessa inte att betrakta som företag.³²⁸ Det får då antas att EG-domstolen anser att när staten utövar makt i syfte att styra samhällsförhållandena eller enskilda individers förhållanden, är staten inte företag i konkurrensrättslig mening.³²⁹

Mål C-343/95, REG 1997 s. I-1547, *Diego Cali*.³³⁰ Företaget SEPG hade offentligrättsligt reglerad ensamrätt att bedriva föroreningsövervakning i Genuas hamn. SEPG fakturerade företaget Cali, som utförde sjötransporter av petrokemiska produkter för utförandet av sina tjänster. Cali vägrade betala eftersom det inte ansåg sig ha begärt eller utnyttjat dessa. Calis fartyg skötte all lastning och lossning med egen utrustning, utan användande av hamnens faciliteter. Den nationella domstolen ställde fråga om tolkningen av artikel 82, varvid EG-domstolen hade att ta ställning om SEPG var ett företag. Föroreningsövervakning ansågs vara en uppgift som utförs för att tillgodose allmänintresset och som hör till statens grundläggande uppgifter i fråga om skydd för havsmiljön. EG-domstolen fann att befogenheter avseende miljöskydd typiskt sett är att se som utövandet av offentlig makt och att dessa inte var av sådan ekonomisk karaktär att det var motiverat att tillämpa fördragets konkurrensregler. Det faktum att enheten var registrerad som företag enligt italiensk lag och att det var användarna av hamnen som finansierade företagets verksamhet, inte staten, ändrade inte denna bedömning.

Företagsbegreppet på det sociala området

När staten väl reglerar olika förhållanden påverkas ofta konkurrenssituationen. De individer som anser sig få sitt handlingsutrymme begränsat vill ofta få regleringen i fråga upphävd. I flera tolkningsförfaranden inför EG-domstolen har olika medlemsstaters val av socialförsäkringslösningar ifrågasatts på konkurrensrättslig grund. En vanlig lösning i Nederländerna och

³²⁸ Mål 118/85 Kommissionen mot Italien, REG 1987 s. 2599, p. 7. I denna dom talas om att "utöva offentlig makt", vilket kan vara ett vidare begrepp än vad som i svensk rätt anses rymmas inom begreppet "myndighetsutövning". Se även mål C-364/92, SAT Flugge-sellschaft mot Eurocontrol, REG 1994, s. I-43, p. 30 där kontroll och övervakning av luft-rummet ansågs utgöra utövandet av offentlig makt.

³²⁹ Jfr diskussionen om stängningen av kärnkraftverket Barsebäck i kapitel 7.

³³⁰ Mål C-343/95, *Diego Cali & Figli Srl. mot Servizi ecologici porto di Genova SpA*, REG 1997 s. I-1547, p. 22-23

Frankrike är att yrkesarbetande obligatoriskt måste tillhöra en viss pensionskassa och att de därmed inte har möjlighet att flytta sina pensionsmedel till ett försäkringsbolag efter eget val. I målet *Pouçet* från 1993 uppkom frågan om en försäkringskassa som utgjorde en del av det allmänna socialförsäkringssystemet utgjorde företag i konkurrensrättslig mening.

Mål C-159/91 och C-160/91, REG 1993 s. I-637, *Pouçet*. Christian Pouçet tillhörde försäkringskassan Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon. Han ifrågasatte inte det franska systemet med lagstadgad obligatorisk anslutning till en pensionskassa, men han ville ha rätten att välja ett annat privat försäkringsbolag. Pouçet menade det franska systemet inte var förenligt med fördragets konkurrensregler. Den nationella domstolen ställde frågan om tolkning av begreppet företag i artikel 81 och 82. I målet befanns en fransk pensionskassa med uppgiften att förvalta pensionskapital *inte* utgöra företag, trots att förvaltning av kapital annars måste anses vara en typisk ekonomisk verksamhet. Pensionskassan och andra delar av det offentliga socialförsäkringssystemet fyllde enligt EG-domstolen uteslutande en social funktion grundad på nationell solidaritet och var helt utan vinstintresse. De pensionsbelopp som betalades ut saknade koppling till vad en enskild individ verkligen hade betalat. Då kassans verksamhet därmed inte ansågs vara av ekonomisk natur utgjorde den följaktligen inget företag.³³¹

I ett senare målet *FFSA* från 1995 ansågs en annan fransk pensionskassa, som bedrev en verksamhet närmast identisk med den i *Pouçet*-målet, trots allt vara företag. I detta fall administrerade kassan en *frivillig* pensionsförsäkring där utbetalningarna var proportionella mot inbetalningarna.³³²

De olika utgångarna kan ju tyckas vara märkliga men är det kanske ändå inte beroende på den funktion pensionskassorna har i en välfärdsstats sociala skyddsnät för den del av befolkningen som har upphört att tillhöra arbetskraften. Försäkringskassan i *Pouçet*-målet var en väsentlig del av det offentliga socialförsäkringssystemet som tillskapats för att garantera alla medborgare en inkomst, trots att de på grund av ålder hade upphört att förvärvsarbeta. Kriterierna "social funktion", "grundad på nationell solidaritet" och "utan vinstintresse" passar väl in på aktiviteten att tillhandahålla ett socialt skyddsnät, vilket kan utföras i offentlig regi eller enligt en ordning som staten bestämmer. Kassan i *FFSA*-målet var i stället en frivillig försäkring som vem som helst kunde teckna för att dryga ut den statliga pensionen.

³³¹ Mål C-159/91 och C-160/91, Christian Pouçet mot Assurances Générales de Frankrike and Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon, REG 1993 s. I-637, p. 17–19

³³² Mål C-244/94 Fédération Française des Sociétés d'Assurances and Others mot Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, (FFSA) REG 1995 s. I-4013, p. 22

Resonemanget går att förstå, men kanske hade det varit lämpligare om EG-domstolen i stället hade tillämpat undantaget i artikel 86.2, som den också senare gjorde i *Albanymålet*, vilket behandlas nedan.³³³ Då hade domstolen kunnat slå fast att försäkringskassan även i *Pouçetmålet* var ett företag, men eftersom försäkringskassan hade anförtrotts att tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse omfattades den av undantaget i artikel 86.2 och då var en tillämpning av artikel 82 utesluten.³³⁴

Ett tudelat synsätt

EG-domstolens tudelade synsätt innebär som nyss anförts att en medlemsstat antingen agerar genom utövandet av offentlig makt eller genom att bedriva ekonomisk verksamhet av en industriell eller kommersiell natur genom att utbjuda varor och tjänster. Det är som att det bara finns två lägen – stat och marknad. Verksamheter som vård, skola och omsorg, är dessa aktiviteter av ekonomisk natur eller inte? I Storbritannien har staten valt att privatisera åtminstone ett fängelse och i Sverige finns politiska partier som förespråkar denna lösning. Är driften av ett fängelse en ekonomisk verksamhet eller utgör det utövande av offentlig makt? Distinktionen är viktig eftersom det som redovisats ovan följer olika regeluppsättningar beroende på hur en verksamhet definieras. Vård, skola och omsorg är alla verksamheter som kan bedrivas på en marknad. Här finns utrymme för olika åsikter.

Denna diskussion måste kopplas till omfattningen av vad som kan anses utgöra ett allmänt ekonomiskt intresse.³³⁵ Det kan hävdas att det kanske inte spelar så stor roll vad som omfattas av begreppet ekonomisk verksamhet, så länge som ekonomisk verksamhet som utgör ett allmänt ekonomiskt intresse inte omfattas av fördragets regler (artikel 86.2). Vad som utgör ett allmänt ekonomiskt intresse är en fråga för medlemsstaterna att definiera. Emellertid ryms politisk sprängkraft i denna fråga, då kommissionen arbetar med frågan om inte riktlinjer borde utfärdas för definitionen av ”tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse”.³³⁶

³³³ Mål C-67/96 Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfond Textielindustrie, REG 1999 s. I-5751

³³⁴ I *Pouçetmålet* nämns artikel 86.2. vare sig i domen eller generaladvokatens yttrande

³³⁵ Se nedan under 5.1.3.

³³⁶ Se om detta särskilt i Meddelande från kommissionen. Tjänster i allmänhetens intresse i Europa, EGT C17. 19.01.2001, s. 4–23 samt rapport från kommissionen om läget när det gäller arbetet med riktlinjerna för statligt stöd till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. COM (2001) 598 (slutlig). 17/10.2001. Se även avsnitt 5.1.3.

Offentliga företag

Med företag i EG:s konkurrensrätt avses alltså alla enheter som bedriver verksamhet av ekonomisk natur. Det är verksamhetens natur som avgör om enheten som bedriver verksamheten kommer att betraktas som ett företag eller i förekommande fall en offentlig myndighet. Offentliga företag är följaktligen enheter som bedriver verksamhet av ekonomisk natur och som står under av offentligt inflytande. Detta inflytande skall en statlig, regional eller kommunal myndighet direkt eller indirekt kunna utöva, utan att behöva ägna sig åt myndighetsutövning. Påverkansmöjligheten kan vara faktisk eller potentiell. Det spelar ingen roll om det offentliga inflytandet utövas eller inte; det räcker med att det finns förutsättningar för detta. Vilken juridisk status ett visst företag har enligt nationell rätt påverkar inte den EG-rättsliga bedömningen. En enhet som anses vara en offentlig myndighet enligt nationell rätt kan anses utgöra ett offentligt företag enligt EG-rätten.³³⁷

Ägarformen kan avgöra om ett företag skall betraktas som ett offentligt företag. Ett statligt, regionalt eller kommunalt ägt företag är ett offentlig företag i fördragets mening. Det är givetvis så att ett offentligt inflytande över ett företag kan ta sig andra former än enbart ägande. Det är uppenbart att begreppet därför måste definieras närmare och detta har kommissionen försökt att göra i flera direktiv. I artikel 86 tredje stycke finns nämligen ytterligare en omständighet som gör artikeln egenartad. Kommissionen har kompetens att själv utfärda direktiv och beslut riktade till medlemsstaterna. Utfärdandet av direktiv kräver således inte rådets medverkan. Rådet, i samarbete med parlamentet, är ju annars den självklara beslutsfattaren inom EU.

Det första generella direktivet utfärdat med stöd av artikel 86.3 och ett första försök av kommissionen att definiera offentliga företag var *transparensdirektivet* från 1980.³³⁸ EG-domstolen har uttalat att kommissionen inte kan definiera begreppet offentliga företag i artikel 86 i fördraget, men att kommissionens definition är möjlig att använda inom direktivets tillämpningsområde.³³⁹ EG-domstolen har sedan aldrig definierat offentliga företag på något annat sätt, utan verkar acceptera definitionen.³⁴⁰

³³⁷ Mål 118/85 Kommissionen mot Italien, REG 1987 s. 2599, p. 4, 8

³³⁸ Kommissionens direktiv 80/723/EEG av den 25 juni 1980 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet (EGT L 195, 29/07/1980, s. 35), väsentligen ändrad genom kommissionens direktiv 2000/52/EG av den 26 juli 2000 om ändring av direktiv 80/723/EEG om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag, (EGT L 193, 29/07/2000 s. 75–78). En lämpligare benämning på svenska hade kanske varit "insynsdirektivet."

³³⁹ Mål 118–190/80 Frankrike, Italien och Storbritannien mot kommissionen, REG 1982 s. 2545, p.24

³⁴⁰ Buendia Sierra, J.L., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, s. 36–37

Enligt artikel 2.1.b i transparensdirektivet avses med offentliga företag varje företag över vilka de offentliga myndigheterna direkt eller indirekt kan utöva ett dominerande inflytande till följd av

- ägande
- finansiell medverkan
- andra gällande regler

Varje form av offentlig inblandning i ett företag medför alltså inte att företaget skall anses vara ett offentligt företag, utan det skall röra sig om ett dominerande inflytande. Ett dominerande inflytande anses enligt artikel 2.2 i direktivet föreligga när de offentliga myndigheterna direkt eller indirekt äger majoriteten av företagets tecknade egenkapital, kontrollerar majoriteten av röstetalet för bolagets samtliga aktier eller har rätt att utse fler än hälften av medlemmarna i företagets administrativa eller verkställande ledning eller i dess styrelse. Det skall påpekas att den omständighet att ett företag erhåller statsstöd inte medför att det kommer att omfattas av artikel 86.1. I det fall det föreligger statsstöd gäller bestämmelserna i artiklarna 87–89.

Med offentliga myndigheter avses i direktivet alla offentliga myndigheter, inbegripet staten och regionala och lokala myndigheter samt alla övriga territoriella myndigheter. Huruvida det offentliga företaget i den nationella rättsordningen utgör en egen enhet skild från staten eller är en integrerad del av den offentliga förvaltningen saknar betydelse.³⁴¹

Företag som beviljats exklusiva rättigheter

Vid sidan av offentliga företag är artikel 86.1 även tillämplig på företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter. För att börja med den senare kategorin utgörs dessa alltså av enheter som bedriver ekonomisk verksamhet och som av det offentliga beviljats en exklusiv rätt att göra detta. Vilka företag omfattas av detta stadgande? För det första skall det röra sig om just företag, dvs. enheter som bedriver ekonomisk verksamhet. Dessa företag kan vara både offentliga och privata, även om de offentliga företagen som beviljats exklusiva rättigheter givetvis faller inom artikelns tillämpningsområde redan genom att vara offentliga.

Definition av exklusiv rättighet

Företaget skall vidare ha beviljats en exklusiv rätt att bedriva en viss ekonomisk verksamhet. ”Exklusiv” måste anses betyda med uteslutande av and-

³⁴¹ Mål 118/85 Kommissionen mot Italien, REG 1987 s. 2599, p.10

ra företag. Emellertid kan den exklusiva rätten emellertid också delas av ett *bestämt* antal företag. Ett företag som av medlemsstaten fått en exklusiv rättighet att bedriva en viss verksamhet har med ett annat uttryck beviljats ett rättsligt monopol.³⁴² När ett företag beviljas rättsligt monopol på att utföra en viss verksamhet kommer det också ofta att inneha en dominerande ställning på marknaden för just den tjänsten. I det fall ett företag utrustat med exklusiva eller speciella rättigheter missbrukar denna ställning kommer det i konflikt med fördragets artikel 82. Detta illustreras av målet *Bodson mot Pompes Funèbres*, där ett flertal franska kommuner beviljat begravningsföretag koncession att bedriva sin verksamhet med förutsättningen att företagen skulle ta ut ett visst pris.³⁴³ Domstolen ansåg att företagen missbrukade sin dominerande ställning genom att ta ut ett för högt pris. Kommunernas åtgärd att kräva av företagen att ta ut det höga priset ansågs utgöra en sådan åtgärd som artikel 86.1 förbjuder.

Ej nödvändig koppling till dominerande ställning

Det är emellertid inte säkert att ett företag som har beviljats en exklusiv rättighet också kommer att inneha en dominerande ställning. Detta beror på hur den relevanta marknaden definieras. Om ett företag skulle tilldelas en exklusiv rätt att driva en viss flyglinje kommer den relevanta marknads definition fortfarande vara beroende av om det finns alternativa färdssätt som tåg, buss och bil. Trots ensamrätten till att driva flyglinjen kanske en dominerande ställningen på marknaden för persontransporter inte föreligger. Det vanligaste är dock att ett företag som åtnjuter ett lagstadgat monopol på en väsentlig del av den gemensamma marknaden också anses ha en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82.

I transparensdirektivet har kommissionen valt att definiera exklusiva rättigheter som: rättigheter som en medlemsstat beviljar ett företag genom lag eller annan författning eller något administrativt instrument som ger detta företag ensamrätt att tillhandahålla en tjänst eller bedriva en verksamhet inom ett bestämt geografiskt område.³⁴⁴

³⁴² Se mål C-209/98 Sydhavnens Sten & Grus ApS mot Københavns Kommune, REG 2000 s.3743, p. 54. Det måste dock röra sig om ett bestämt antal företag för att rättigheten skall kunna anses vara exklusiv.

³⁴³ Mål 30/87, *Bodson mot Pompes Funèbres*, REG 1988 s. 2479, se även mål 66/86 *Ahmed Saeed mot Centrale*, REG 1989 s. 809

³⁴⁴ Se artikel 2.1.f i kommissionens direktiv 80/723/EEG av den 25 juni 1980 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet (EGT L 195, 29/07/1980, s. 35), ändrad genom direktiv 2000/52/EG av den 26 juli 2000, (EGT L 193, 29/07/2000 s. 75–78)

Beviljandet av monopol på radio- och tv-utsändningar har ansetts innebära beviljandet av en exklusiv rätt.³⁴⁵ En nationell föreskrift att ett visst bolag exklusivt skulle ansvara för handläggandet av trafikskadefall då utländska fordon var inblandade medförde att bolaget ansågs falla under artikel 86.1.³⁴⁶ Flygbolag som av myndigheter givits rätten tillsammans med högst två andra företag att trafikera en viss flygrutt har av EG-domstolen bedömts vara företag som beviljats en exklusiv rättighet i enlighet med artikel 86.1 i EG-fördraget.³⁴⁷ Ensamrätt att återvinna oljeavfall har ansetts utgöra en exklusiv rättighet.³⁴⁸ Exklusiv rätt att förmedla arbeten har också medfört att företaget är att betrakta som ett företag inom tillämpningsområdet för artikel 86.1³⁴⁹, liksom ensamrätten att ansvara för driften av en hamn.³⁵⁰ En del men inte alla av företagen som omfattas av artikel 86.1 kan också vara företag som omfattas av artikel 86.2.

På vilket sätt och i vilken juridisk form medlemsstaterna eller någon annan lokal eller regional myndighet har beviljat företagen de särskilda eller exklusiva rättigheterna spelar ingen roll, så länge det är något slags offentligt organ som gjort det. Beviljandet av exklusiva rättigheter kan även anses föreligga om de är en praktisk konsekvens av den befintliga lagstiftningen.³⁵¹ Om företaget anförtros att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, kan även ett företag enligt artikel 86.2 föreligga.

Företag som beviljats särskilda rättigheter

Företag som beviljats exklusiva rättigheter kommer att inta en särställning på marknaden på sådant sätt att andra företag är uteslutna från möjligheten att konkurrera. Vilka är då företagen som har beviljats *särskilda* rättigheter? Tråkigt nog är det svårt att komma på ett enda konkret exempel på ett företag som kan anses falla under denna kategori. Särskilda rättigheter implicerar att det inte kan vara en odefinierad mängd företag, t.ex. alla företag som uppfyller vissa kriterier. Ett beviljande av t.ex. bankoktrojer, trafikstillstånd och liknande till en öppen krets av företag som uppfyller vissa villkor

³⁴⁵Mål 155/73, Sacchi, REG 1974 s. 409

³⁴⁶Mål 90/76, Van Ameyde mot UCI, REG 1977 s. 1091

³⁴⁷Mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Linie Reisebüro GmbH mot Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs S.V., REG 1989 s. 803

³⁴⁸Mål 172/82, Syndicat d'Huiles mot Groupement Inter-Huiles, REG 1983 s. 555

³⁴⁹Mål C-41/90, Höfner & Elser mot Macrotron, REG 1991 s. I-1979

³⁵⁰Mål C-179/90, Merci Convenzionali Porto di Genova SpA mot Siderurgica Gabrielli SpA, REG 1991 s. I-5923

³⁵¹Mål C-323/93 Société civile Agricole du centre d'insemination de la Crespelle mot Coopérative d'élevage et d'insemination artificielle du département de la Mayenne, REG 1994 s. I-5077, p.17

medför inte att företagen omfattas av artikel 86.1.³⁵² Enbart det faktum att ett företag har tillstånd för sin verksamhet betyder alltså inte att företaget därmed faller in under tillämpningsområdet för artikel 86.1. Auktorisation av tobakshandlare har inte ansetts utgöra exempel på särskilda eller exklusiva rättigheter, då lagstiftningen endast reglerade återförsäljarnas tillträde till marknaden och inte gav någon eller några återförsäljare fördelar framför andra.³⁵³ Inte heller om flera företag genom en offentlig åtgärd utsetts att dela på en exklusiv rättighet går det att benämna denna rättighet särskild i stället för exklusiv. Det rör sig då om en delad exklusiv rättighet.

Kommissionens försök till definition

Kommissionen har tidigare i transparensdirektivet och dess ändringar försökt att likställa exklusiva och särskilda rättigheter. Detta har inte godkänts av EG-domstolen, som då har ogiltigförklarat direktivet i de delar det har gällt särskilda rättigheter.³⁵⁴ I den senaste ändringen av direktivet gör kommissionen nu ett nytt försök och definierar särskilda rättigheter som: ”rättigheter som en medlemsstat beviljar ett begränsat antal företag genom lag eller annan författning eller något administrativt instrument som, inom ett bestämt geografiskt område,

- på annat sätt än utifrån objektiva, proportionerliga och icke-diskriminerande kriterier begränsar antalet företag som har tillstånd att tillhandahålla en viss tjänst eller utföra en viss verksamhet till två eller flera,
- ger flera konkurrerande företag, på annat sätt än enligt dessa kriterier, tillstånd att tillhandahålla en viss tjänst eller utföra en viss verksamhet, eller
- ger ett eller flera företag, på annat sätt än enligt dessa kriterier, författningsenliga fördelar som i väsentlig grad påverkar andra företags möjligheter att tillhandahålla samma tjänst eller bedriva samma verksamhet på i allt väsentligt likvärdiga villkor.³⁵⁵

Det återstår att se om kommissionens definition även denna gång kommer att bli ogiltigförklarad. Det finns alltså en definition på vad som utgör före-

³⁵² Mål 13/77, GB-INNO-BM mot ATAB, REG 1977 s. 2115

³⁵³ Mål C-387/93, Banchemo, REG 1995 s. I-4663 p. 54

³⁵⁴ Mål C-271/90, Spanien mot kommissionen, REG 1992 s. I-5883, p. 28–32

³⁵⁵ Se artikel 2.1.g i kommissionens direktiv 80/723/EEG av den 25 juni 1980 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet (EGT L 195, 29/07/1980, s. 35), ändrad genom direktiv 2000/52/EG av den 26 juli 2000, (EGT L 193, 29/07/2000 s. 75–78)

tag som beviljats särskilda rättigheter. Det står dock motsatsvis klart att om objektiva, proportionerliga och icke-diskriminerande kriterier används för att begränsa antalet företag som kan utföra en viss tjänst, som till exempel i fallet med tillstånd, auktorisation, immateriella rättigheter föreligger vare sig särskilda eller exklusiva rättigheter i den betydelse som åsyftas i artikel 86.1.

Påverkan på handeln mellan medlemsstaterna

En tillämpning av artikel 86.1 förutsätter även att handeln mellan medlemsstaterna påverkas. Samhandelskriteriet bedöms på ett för EG-rätten sedvanligt sätt. Företaget som omfattas av artikel 86.1 kan eventuellt ha en verksamhet som enbart omfattar medlemsstatens territorium. Enligt fast praxis från EG-domstolen utgör en medlemsstat en väsentlig del av den gemensamma marknaden och handeln mellan medlemsstaterna påverkas även i detta fall. Ett företag kan även ha fått en exklusiv rättighet som omfattar ett betydligt snävare område, t.ex. rätten att driva verksamhet i en hamn eller inom en kommuns område. Även i dessa fall påverkas ofta handeln mellan medlemsstaterna.³⁵⁶ Frågan om samhandelskriteriet är uppfyllt måste bedömas från fall till fall.

5.1.3 Artikel 86.2 – företag som anförtroths tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse

EG-domstolen har anfört att syftet med artikel 86.2 är att genom att under vissa omständigheter tillåta undantag från fördragets allmänna regler skall medlemsstaternas intresse av att använda vissa företag, i synnerhet inom den offentliga sektorn, som instrument för den ekonomiska politiken eller skattepolitiken kunna förenas med gemenskapens intresse av att konkurrensreglerna iakttas.³⁵⁷

³⁵⁶ Exklusiva rättigheter inom en hamn torde regelmässigt medföra att handeln mellan medlemsstaterna påverkas, se *Merci convenzionali Porto di Genova*, REG 1991, s. I-5889, p. 15. I fallet med avfallshantering i Köpenhamns kommun ansåg EG-domstolen att Köpenhamns storlek och betydelse i Danmark var en omständighet som pekade mot att även Köpenhamn kommuns område kunde utgöra en väsentlig del av den gemensamma marknaden, se mål C-209/98, *Sydhavnens Sten & Grus ApS mot Københavns Kommune*, REG 2000 s. 3743.

³⁵⁷ Mål C-202/88 *Frankrike mot kommissionen*, REG 1991 s. I-1223, p. 11–12.

Företagsbegreppet i artikel 86.2

Med företag avses även i artikel 86.2 en enhet som bedriver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Det har tidigare ansetts vara osäkert om företagsbegreppet i artikel 86.2 är detsamma som i artikel 86.1, 81 och 82, men det står nu klart att företagsbegreppet verkligen är identiskt.³⁵⁸

Fiskala monopol

Undantaget i artikel 86.2 gäller även fiskala monopol. Exempel på ett fiskalt monopol är de tändsticksmonopol som funnits i flera länder (och som haft anknytning till det nuvarande företaget Swedish Match). Det svenska detaljhandelsmonopolet gällande alkohol är inte primärt ett fiskalt monopol, utan ett handelsmonopol som måste bedömas enligt artikel 31. Fiskala monopol är förmodligen så sällsynta att de saknar praktiskt betydelse och de tillhör nog en svunnen tid.³⁵⁹ Före modern tid var de flesta nationalstater för svaga för att kunna upprätthålla ett landsomfattande skattetryck på ca 50% av invånarnas inkomster. För den utvecklade staten utgjorde emellertid fiskala monopol på varor med hög omsättning ett alternativ, exempelvis brännvin, tändstickor eller salt. Idag är läget helt annorlunda och det är därför osäkert om ett fiskalt monopol skulle kunna klara en EG-rättslig proportionalitetsbedömning trots att fiskala monopol nämns i fördraget. I enlighet med den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen måste det mindre ingripande medlet tillgripas om det lika bra uppnår det syfte som eftersträvas. Är det så att en medlemsstat vill ha intäkter har den sin beskattningsmakt till förfogande, vilket inverkar mindre menligt på handeln mellan medlemsstaterna.

Kravet på anförtröende

Endast företag som formellt anförtrotts uppgifter av allmänt ekonomisk intresse kan dra nytta av undantaget i artikel 86.2. medlemsstaten. Redan i målet *BRT mot SABAM* uttryckte domstolen att ett sådant anförtröende måste utgöra en åtgärd som vidtagits av en offentlig myndighet som ett led i utövandet av offentlig makt.³⁶⁰

³⁵⁸ Se diskussion om detta i Wahl s. 416–417

³⁵⁹ Buendia Sierra, J.L., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, s. 286–288

³⁶⁰ Mål 127/73, *BRT mot SABAM*, REG 1974 s. 313 p. 20

Tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse

Eftersom artikel 86.2 äger sin tillämpning på företag kan vi sluta oss till att en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse också måste utgöra en ekonomisk aktivitet. En enhet som utför en ekonomisk aktivitet är ju ett företag med den definition som EG-domstolen har av företagsbegreppet. Vid bedömningen av vad som kan utgöra en uppgift av allmänt ekonomiskt intresse bör betoningen nog ligga på "allmänt" intresse snarare än "ekonomiskt" intresse. Det som utgör ett allmänt intresse kan ofta uttryckas i ekonomiska termer. Tillhandahållandet av pensioner till den del av befolkningen som av åldersskäl inte längre förvärvsarbetar, är det ett allmänt ekonomiskt intresse eller ett allmänt socialt intresse? Pensioner är givetvis en fråga som har social prägel, men det är också ett ekonomiskt intresse för staten att personer som inte längre förvärvsarbetar behåller större delen av sin köpkraft. EG-domstolen har inte haft några problem med att anse att undantaget i artikel 86.2 också gäller ett allmänt socialt intresse.³⁶¹

Medlemsstatens allmänna intresse

Det är medlemsstatens allmänna ekonomiska eller sociala intresse som kommer att bestämma om företaget skall lyda under konkurrensreglerna och andra fördragsartiklar eller inte.³⁶² Det är ju medlemsstaten som anförtror ett företag vissa uppgifter och därav följer att det måste vara av skäl som är hänförliga till den enskilda medlemsstaten.³⁶³ Av detta följer emellertid inte att medlemsstaterna helt efter eget skön kan definiera en viss verksamhet som ett allmänt ekonomiskt intresse. Denna fråga har emellertid varit debatterad och det har funnits företrädare för uppfattningen att medlemsstaten skall vara fria att själva avgöra om en aktivitet skall ett allmänt ekonomiskt intresse. I mål gällande artikel 86.2 konstaterar EG-domstolen, ofta utan närmare motivering, att en viss verksamhet utgör eller inte utgör ett allmänt ekonomiskt intresse. Att en överprövning kan ske framgår av målet *Porto di Genoa* där EG-domstolen fastslog att det i målet inte hade visats att det aktuella företaget, som ägnade sig åt arbete i en hamn ("dock work"), utförde en uppgift av ett allmänt ekonomiskt intresse.³⁶⁴

Exempel på företag som av EG-domstolen i det enskilda fallet har bedömts utföra tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse är telekommunika-

³⁶¹ Mål C-67/96 Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfond Textielindustrie, REG 1999 s. I-5751

³⁶² Wahl, s. 417–418

³⁶³ Se dock not 336.

³⁶⁴ Mål C-179/90 Merci Convenzionali Porto di Genova mot Siderurgica Gabrielli, REG 1991 s. I-5923, p.27–28

tionsföretag,³⁶⁵ radio- och tv-företag,³⁶⁶ statlig arbetsförmedling,³⁶⁷ företag som tillhandahåller baspostservice,³⁶⁸ företag som ålagts att trafikera olönsamma flygrutter,³⁶⁹ företag som ansvarar för distribution av el,³⁷⁰ eller med att leverera el på ett sätt som säkerställer kundernas behov av tillförlitlighet i leveranser och likabehandling.³⁷¹

Undantaget i artikel 86.2 kan gälla samtliga av fördragets regler, alltså inte enbart konkurrensreglerna. Undantaget gäller emellertid endast sådan verksamhet som har ett direkt samband med de uppgifter som företaget av medlemsstaten anförtrotts att svara för. I målet *C-159/94 Kommissionen mot Frankrike* hävdade Frankrike att de två statliga företagen EDF och GDF som ansvarade för säkerställandet av landets elektricitets- och gasförsörjning också hade ett ansvar för att bidra till Frankrikes miljö- och regionalpolitik.³⁷² Domstolen menade emellertid att för att de skyldigheter som åvilar ett företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse skall kunna anses ingå i de särskilda uppgifter som företaget har tilldelats, måste skyldigheterna ha ett samband med föremålet för de ifrågasvarande tjänsterna, och direkt avse att bidra till att detta intresse tillfredsställs. Undantaget kan inte heller utsträckas till andra tjänster med ett kommersiellt värde som är av underordnad betydelse i förhållande till det huvudsakliga uppdrag som företaget har.

Ett allmänt ekonomiskt intresse bör vara något som verkligen uttrycker det "allmännas" bästa. Exempel på sådana intressen är samhällets behov av basservice, infrastruktur, sociala skyddsnät, utbildning av underåriga o.d. Mer diskutabelt är om företagets eget eller rentav medlemsstatens eget ekonomiska intresse skall kunna anses utgöra ett allmänt ekonomiskt intresse. Vad gäller företagets eget ekonomiska intresse torde detta kunna anses vara uteslutet. Ett enskilt intresse kan inte samtidigt vara ett allmänt intresse.

³⁶⁵Mål C-18/88 RTT mot GB-INNO-BM, REG 1991 s. I-5941

³⁶⁶Mål 155/73, Sacchi, REG 1974 s. 409, mål C-260/89 Ellink Radiophona Tileorassi (ERT) mot Dimotiki, REG 1991 s. I-2925

³⁶⁷Mål C-41/90 Höfner & Elser mot Macrotron, REG 1991 s. I-1979

³⁶⁸Mål C-320/91, Corbeau, REG 1993 s. I-2533

³⁶⁹Mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Linie Reisebüro GmbH mot Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs s.V, REG 1989 s. 803

³⁷⁰Mål C-393/92, Gemeente Almelo and Others mot Energiebedrijf Ijsselmij NV, REG 1994 s. I-1508

³⁷¹Mål C-159/94 Kommissionen mot Frankrike, REG 1997 s. I-5815

³⁷²Mål C-159/94 Kommissionen mot Frankrike, REG 1997 s. I-5815, p. 68

Medlemsstatens eget finansiella intresse?

Medlemsstatens eget finansiella intresse kan emellertid diskuteras. Kan en medlemsstat hävda att det egna intresset att dra in så mycket pengar som möjligt utgör ett allmänt ekonomiskt intresse? En omständighet som i förstone talar för att medlemsstaterna får tillgodose sitt eget finansiella intresse. Undantaget i artikel 86.2 omfattar ju även fiskala monopol, dvs. sådan verksamhet som syftar till att bevara möjligheterna till finansiella överskott hos staten. Det faktum att fiskala monopol finns omnämnda i fördraget medför dock inte att man kan dra slutsatsen att tillgodoseendet av en medlemsstats ekonomiska intresse kan utgör ett allmänt ekonomiskt intresse i betydelsen av artikel 86.2. Överhuvudtaget verkar det främmande för fördragets allmänna syfte och struktur att en medlemsstats intresse av att övervältra kostnader på andra medlemsstater eller att vid sidan av den allmänna beskattningsmakten försöka tillgodogöra sig intäkter skulle kunna anses vara ett allmänt ekonomiskt intresse som berättigar till undantag från fördragets regler. Inte om statens egenintresse utgör det enda intresset. Så är emellertid sällan fallet. Det finns gott om statligt agerande som syftar till att underlätta för det egna näringslivet, men som ändå är i samklang med EG-rättsliga regler. Till exempel gäller detta stöd till företag i utsatta regioner.

Ett undantag till fördragets regler

Eftersom 86.2 utgör ett undantag till fördragets regler skall artikeln enligt domstolen tolkas restriktivt.³⁷³ Undantaget beträffande företag som har anförtrots uppgifter av ett allmänt ekonomiskt intresse gäller samtliga fördragets regler. Artikel 86.2 är således inte enbart ett undantag till artikel 86.1. Undantaget gäller emellertid endast i den utsträckning fördragsreglerna rättsligt eller i praktiken hindrar fullgörandet av de uppgifter. Det räcker således med "hindras"; det behöver inte visas att dessa uppgifter skulle omöjliggöras.³⁷⁴ Det är det företag som önskar åtnjuta undantaget i 86.2 som får sägas ha bevisbördan för att en tillämpning av fördragets regler hindrar ett fullgörande av de uppgifter som anförtrots det.³⁷⁵

³⁷³ Se t.ex. mål C-157/94 Kommissionen mot Nederländerna, REG 1997 s. I-5699, p. 37

³⁷⁴ Se t.ex. mål C-157/94, Kommissionen mot Nederländerna, REG 1997, s. I-5699, p. 43, mål C-115-117/97 Brentjens' Handelsonderneming BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, REG 1999, s. I-6025, p. 107

³⁷⁵ Mål 311/84 CBEM mot CLT and IPB, REG 1985 s. 3261, p.17

Proportionalitetsprincipen

I artikel 86.2 kommer även en EG-rättslig proportionalitetsprincip till uttryck. Denna förstås lämpligen så att EG-domstolen gör en proportionalitetsbedömning av statliga åtgärder som på något sätt står i strid med EG-rättsliga regler och ställer sig frågan om det finns en mindre ingripande åtgärd som kan ge ett lika gott resultat som den ifrågasatta regleringen. Den vanligast förekommande åtgärden som ifrågasatts vad gäller artikel 86.2 är att det företag som har anförtratts en uppgift av ett allmänt ekonomiskt intresse har fått en exklusiv rätt att utföra uppgiften. EG-domstolen har då tagit ställning till om det är nödvändigt med en exklusiv rättighet – vilket betyder en fullständig uteslutning av konkurrensen – för att företaget skall kunna utföra sin uppgift. Närmare hur EG-domstolen har resonerat kring dessa frågor redovisas i avsnitt 5.3.

Sista punkten i artikel 86.2 anger att handeln mellan medlemsstaterna inte får påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse. I sådant fall kan domstolen underkänna medlemsstatens åtgärd att anförtra ett företag uppgiften att tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Stadgandet kan kallas ett "undantag till undantaget" vilket gör det möjligt för domstolen att göra en avvägning mellan medlemsstatens och gemenskapens intresse.³⁷⁶ Den praktiska betydelsen av den sista punkten kan dock ifrågasättas, återigen mot bakgrund att den vanligaste situationen som omfattas av artikel 86.2 är ett företags exklusiva rätt att utföra en uppgift av ett allmänt ekonomiskt intresse. När ett företag väl har fått en exklusiv rättighet att utföra vissa uppgifter är det säkert i allmänhet att handeln mellan medlemsstaterna utvecklas på ett sätt som inte är i gemenskapens intresse. Om EG-domstolen emellertid gör bedömningen att den exklusiva rätten enligt artiklarna 86.1 och 86.2 uppfyller kravet på proportionalitet, är det mindre troligt att domstolen i nästa skede skulle förklara att handeln mellan medlemsstaterna skulle påverkas så negativt att den exklusiva rättigheten i alla fall skulle underkännas.

Kommissionens uppgift

Kommissionen kan ifrågasätta medlemsstatens rätt att anförtra ett företag uppgiften att tillhandahålla en tjänst som avses i 86.2 i enlighet med talan om fördragsbrott i artikel 226. Det kan också hända att kommissionen inte vill godta det berörda företags uppfattning att dess uppgift skulle hotas om kommissionen skulle tillämpa konkurrensreglerna. I sådant fall åligger det kommissionen att göra en utredning i sak som kan motsäga medlemsstatens

³⁷⁶ Wahl, s. 418–419

eller företagets uppgifter. I fyra fall där kommissionen inlett ett fördragsbrottsförfarande i enlighet med artikel 226 mot Nederländerna, Italien, Frankrike och Spanien angående statliga monopol på gas och elektricitetsområdet, underkände domstolen i samtliga fall kommissionens talan.³⁷⁷ Domstolen kritiserade kommissionen vid upprepade tillfällen för att inte ha förebringat tillräcklig bevisning för sina påståenden.

5.1.4 Artikel 86.3 – ett verktyg för avreglering

Kommissionens roll

Kommissionens sekundärrätt på grundval av artikel 86.3 skall helt kort beröras för att ge en bakgrund till kommissionens politik att avreglera tidigare reglerade samhällssektorer. Kommissionen har enligt tredje punkten i artikel 86 i uppdrag att övervaka medlemsstaterna och att rikta direktiv eller beslut till medlemsstaterna i syfte att säkerställa att bestämmelserna i artikel 86.1 och 2 tillämpas korrekt. Kommissionen väntade till 1980 innan man första gången utfärdade ett direktiv – transparensdirektivet – med stöd av artikel 86.3.³⁷⁸ Kommissionen valde till en början att gå försiktigt fram, förmodligen för att inte i onödan stöta sig med medlemsstaterna, som ogillade kommissionens inbrytning på områden som de ansåg sig ensamma vara behöriga att besluta om. Artikel 86.3 har visat sig vara ett effektivt verktyg i kommissionens händer att tvinga fram avreglering av tidigare reglerade branscher.

Kommissionens avregleringspolicy

Kommissionens uttalade policy är numera att avreglering (demonopolization) måste genomföras på alla områden där så är möjligt. Kommissionens strävan mot avreglering ingår som ett led i dess övergripande konkurrenspolitik, som syftar till konsumentskydd, sysselsättning och stärkande av de europeiska företagens konkurrenskraft. Genom att avlägsna statliga regleringar skall de berörda företagen tvingas till förändring och förnyelse vad

³⁷⁷ Målen C-157/94 Kommissionen mot Nederländerna, REG 1997 s. I-5699, C-158/94 Kommissionen mot Italien, REG 1997 s. I-5789, C-159/94 Kommissionen mot Frankrike, REG 1997 s. I-5815, C-161/94 Kommissionen mot Spanien, REG 1997 s. I-5851

³⁷⁸ Kommissionens direktiv 80/723/EEG av den 25 juni 1980 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet (EGT L 195, 29/07/1980, s. 35), ändrad genom direktiv 85/413/EEG av 24.7.1985 (EGT L 229 28/8/1985, s. 20, direktiv 93/84/EEG av 30.9.1993 (EGT L 254 12.10.1993, s. 16 och direktiv 2000/52/EG av den 26 juli 2000, (EGT L 193, 29/07/2000 s. 75–78)

gäller produktutveckling och effektivare produktionsprocesser. Telekomunikation, post och energi är alla exempel på branscher som i medlemsstaterna under lång tid har skyddats från konkurrens. Artikel 86.2 har också möjliggjort en sådan ordning. Kommissionen vill emellertid inte längre acceptera att medlemsstaterna behåller nationellt avgränsade monopol för dessa branscher. Därför strävar kommissionen efter att utfärda gemensamma regler för dessa sektorer. I takt med att sådana regler utfärdas försvinner också företagens möjligheter att hänvisa till undantaget i artikel 86.2. I stället bestäms direkt i direktiven i vilken utsträckning viss verksamhet även fortsättningsvis skall vara skyddad från konkurrensreglernas tillämpning.

Sekundärrätt grundad på artikel 86.3

Den sekundärrätt som har utfärdats på grundval av artikel 86.3 kan delas in i tre kategorier. Den första kategorin utgörs av rättsakter som övergripande reglerar förhållandet mellan medlemsstaterna och offentliga företag samt företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter. Den andra kategorin består av direktiv som syftar till avreglering av tidigare reglerade sektorer. En tredje kategori är beslut riktade mot enskilda medlemsstater med krav på att en viss åtgärd, som kommissionen bedömer bryter mot fördraget, skall upphöra. Kommissionens rätt att använda sig av artikel 86.3 för att säkerställa att företag som avses i artikel 86.1 och 2 respektive medlemsstaterna respekterar EG-fördragets regler om fri rörlighet och konkurrens har bekräftats av EG-domstolen i målet *Frankrike mot kommissionen*.³⁷⁹ Målet klargjorde dessutom att rådets harmoniseringsåtgärder enligt artikel 95 inte utesluter att kommissionen kan göra bruk av artikel 86.3. Kommissionen behöver alltså inte invänta att rådet fattar beslut om direktiv, vilket skulle kunna ta lång tid. Kommissionen får ingripa repressivt och preventivt mot medlemsstater och ålägga dem att upphöra med åtgärder som strider mot fördraget, respektive att uppmana dem att underlåta att vidta planerade åtgärder.³⁸⁰ Beslut kan riktas mot medlemsstater att upphöra med statsstöd.

5.1.5 Direkt effekt av artikel 86

Huruvida artikel 86 har direkt effekt eller inte måste avgöras stycke för stycke. I den första punkten hänvisas till fördragets övriga artiklar och artiklarna 12 och 81–89 nämns uttryckligen. I den mån en medlemsstat vidtar

³⁷⁹Mål C-202/88 Frankrike mot kommissionen, REG 1991 s. I-1223 se även Mål C-271/90, Spanien mot kommissionen, REG 1992 s. I-5883

³⁸⁰Mål 188-190/80, Frankrike, Italien, Förenade konungariket mot kommissionen, REG 1982 s. 2545

en åtgärd i strid med en artikel i fördraget och denna artikel har direkt effekt, anses också första punkten i artikel 86 kunna ha direkt effekt.³⁸¹ I de fall ett offentligt företag eller ett företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter har gjort sig skyldig t.ex. till brott mot artiklarna 81 eller 82, medför den direkta effekten att enskilda rättssubjekt har ett rättsligt anspråk på att nationella domstolar skall tillvarata rättigheter som följer av fördraget. Detta kan vara av betydelse för konkurrenter till ett offentligt företag.³⁸²

Av EG-domstolens praxis framgår numera klart att artikel 86.2 har direkt effekt. I *Corbeau-målet* anser domstolen explicit att det är upp till den nationella domstolen att avgöra om ett företag har anförtratts tillhandahållandet av tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse.³⁸³ Samma sak yttrar domstolen i *Almelo-målet*.³⁸⁴ Den sista meningen i artikel 86.2 anger emellertid att handeln mellan medlemsstaterna inte får utvecklas i en riktning som strider mot gemenskapens intresse. Hör uppstår frågan huruvida en nationell domstol är rätt instans att bedöma denna fråga. Vad som är eller inte är i gemenskapens intresse bör lämnas åt kommissionen att avgöra och i sådana fall skulle artikel 86.2 ändå inte kunna anses ha direkt effekt. Som anförts tidigare är det emellertid svårt att tänka sig en situation där det kan anses vara en proportionerlig åtgärd att ett företag exklusivt har anförtratts en uppgift av ett allmänt ekonomiskt intresse och det sedan ändå skulle hävdas att handeln påverkas negativt. Accepteras exklusiviteten, måste även utslutning av alla andra företag, inhemska som utländska, accepteras.

För att en fördragsartikel skall kunna ha direkt effekt gäller dels att den skall vara tillräckligt tydlig, dels att den tillerkänner enskilda en rättighet. Därav kan man dra slutsatsen att artikel 86.3 inte kan ha direkt effekt, eftersom den föreskriver att kommissionen skall rikta beslut och direktiv till medlemsstaterna. Inget hindrar att artiklarna i dessa rättsakter kan ha direkt effekt, under förutsättning att innebörden av artiklarna är tillräckligt klar, att de tillerkänner enskilda rättigheter samt att de, vad gäller direktiv, är införlivade i nationell lagstiftning alternativt att implementeringstiden har gått ut. För det sistnämnda fallet kan ytterligare omständigheter vara av betydelse.

³⁸¹ Mål 155/73, Sacchi, REG 1974 s. 409. Se Bellamy, Child, EC Law of Competition, 2001, s. 999. Wahl anför emellertid att artikel 86.1 självständigt kan anses ha direkt effekt, s. 426

³⁸² Även konkurrenter till ett företag som får statsstöd kan alltså vända sig till en nationell domstol med krav på att stödet skall upphöra, om de misstänker att stödet inte är förenligt med fördraget

³⁸³ Mål C-320/91, Corbeau, REG 1993 s. I-2533, p.20

³⁸⁴ Mål C-393/92, Gemeente Almelo and Others mot Energiebedrijf Ijsselmij NV, REG 1994 s. I-1508, p. 50

5.2 Allmänt om EG-domstolens praxis angående konkurrensbegränsande offentliga regleringar i EG-rätten

5.2.1 Inledning

EG-domstolens praxis kring konkurrensbegränsande offentliga är omfattande. En serie rättsfall kan också redovisas på olika sätt. Det mest fullständiga vore att redovisa samtliga relevanta fall i kronologisk ordning.³⁸⁵ Det går då att följa i detalj hur rättspraxis har utvecklats. När antalet rättsfall är alltför stort för att detta skall vara möjligt kan endast ett urval av fallen redovisas, men då måste givetvis de stilbildande eller med andra ord de viktigaste målen redovisas. Hur vet man vilka mål som är viktigast? EG-domstolen själv ger god vägledning, eftersom den citerar sina egna avgöranden på ett sådant sätt att det går att få klart för sig vilka mål som är stilbildande. Att basera urvalet på EG-domstolens egen bedömning har här varit en viktig urvalsprincip.

Även de rättsfall som har valts ut kan redovisas på olika sätt.³⁸⁶ Vad gäller EG-domstolens praxis kring artikel 86.1 och 82 är det möjligt med en kronologisk ordning eller en gruppering av målen efter typ av reglering, men ingen av dessa tillvägagångssätt används här. Syftet är inte att visa hur rättsläget har utvecklats över tiden. Nationella regleringar är av så vitt skilda slag och ingår i en särpräglad nationell kontext att ett försök att ordna dem efter typ inte säkert skulle kunna ge en begriplig bild av rättsläget. Här är rättsfallen ordnade i en följd som går från konkurrensbegränsningar som godtagits av EG-domstolen i riktning mot sådana där domstolen har alltför invändningar. Slutpunkten utgörs av fall där EG-domstolen har ansett att beviljandet av en exklusiv rättighet i sig har givit upphov till konkurrensbegränsande effekter i strid med artikel 86 och 82. Av en slump visar det sig då att ordningen på rättsfallen blir i stort omvänt kronologisk. Eller också är det ingen slump, utan mer en bild av att rättslägen ibland pendlar mellan ytterligheter.

³⁸⁵ Detta angreppssätt har med framgång använts i Bøegh Henriksen, Ulla, *Anti-Competitive State Measures in the European Community*, 1994, Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, 1994, Neergaard, Ulla B. *Competition and Competences, The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member States*, 1998, von Quitzow, *State Measures distorting Free Competition in the EC*, 2002

³⁸⁶ Wahl valde den kronologiska metoden av två skäl. Dels att EG-domstolens praxis grundat på tolkningsförfaranden är så beroende av vilka frågor nationella domstolar ställer, dels att rättsläget då han publicerade sin avhandling fortfarande var högst osäkert, Wahl. s. 458

5.2.2 Konkurrensrättslig problematik i samband med exklusiva rättigheter

Privata företag har ett intresse av att konkurrensen inte snedvrids på marknaden på grund av att de företag som har en särskild länk till det allmänna gynnas på olika sätt. Medlemsstaterna är, som just beskrivits, förbjudna att vidta åtgärder som strider mot fördraget och frågan är därför vilka dessa åtgärder är. Av de olika företagstyper som finns omnämnda i artikel 86.1 är det egentligen endast sådana företag som av medlemsstaterna beviljats exklusiva rättigheter som är intressanta.³⁸⁷ När ett företag beviljas rättsligt monopol på att utföra en viss verksamhet, kommer det också i de flesta fall att inneha en dominerande ställning på marknaden. Det finns alltid en risk att en sådan ställning missbrukas. Det blir då aktuellt att pröva om antingen företaget eller medlemsstaten, eller båda, har brutit mot fördraget. Av just sådana rättsliga konflikter kan det förhoppningsvis gå att dra slutsatser angående synen på konkurrensreglernas status jämfört med konkurrensbegränsande nationella regleringar. En förståelse av artikel 86 underlättas av att praxis gällande artikelns båda stycken behandlas i ett sammanhang. Rättspraxis visar att EG-domstolen tolkar medlemsstaternas konkurrensbegränsande regleringar inskränkande.

Korssubventionering

Först några ord om vilken konkurrensrättslig problematik som det är frågan om när en medlemsstat genom en statlig åtgärd har beviljat ett företag exklusiva rättigheter. Uppgifter av ett allmänt ekonomiskt eller socialt intresse inom ett land drivs ofta i offentlig regi. Verksamheten är kanske helt skyddad från konkurrens eller till väsentlig del finansierad genom skattemedel. "Under samma tak" kan emellertid en närliggande verksamhet bedrivas i konkurrens med privata företag. Ett svenskt exempel är Folk tandvården, där barn- och ungdomsverksamheten finansieras helt via skatter, men där Folk tandvården också konkurrerar med privatpraktiserande tandläkare om vuxna patienter. Om nu Folk tandvården skulle välja att korssubventionera, dvs. slussa över pengar från den skattefinansierade delen av verksamheten till att sänka priserna på vuxentandvården är detta att undergräva de privata tand-

³⁸⁷ Det spelar ingen roll om företaget som beviljats exklusiva rättigheter är privat eller offentligt. Den tredje kategorin företag som omfattas av artikel 86.1 är företag som beviljats särskilda rättigheter, men det är som redan nämnts svårt att hitta konkreta exempel på sådana företag.

länkarnas ställning. Enligt EG-rätten, om den vore tillämplig, skulle sådan korssubventionering anses utgöra otillåtet statsstöd.³⁸⁸ Även om en offentlig myndighet i en medlemsstat verkligen önskar att undvika korssubventionering mellan konkurrensskyddad och konkurrensutsatt verksamhet är det inte alltid så lätt. Det handlar om att i detalj fördela kostnader för lokaler, förmånliga lån, viss gemensam personal o.d. När konkurrensskyddad och konkurrensutsatt verksamhet bedrivs inom en och samma organisation finns det en betydande risk för konkurrenssnedvridningar.

Korssubventionering är ett mycket vanligt fenomen även på privata marknader. "Det som förloras på gungorna tas igen på karusellerna", heter det och korssubventionering ingår i privata företags normala strategi att kunna ta ut det maximala pris marknaden tål. Korssubventionering är samtidigt en grundläggande förutsättning för att många tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse – just de som omfattas av artikel 86.2 – skall kunna komma till stånd och korssubventioneringen är då förutsedd och avsedd med lagstiftningen.³⁸⁹ Brevbefordran är ett sådant exempel. Det upplevs i Sverige som självklart att ett privat brev skall kunna skickas inom landet eller till ett annat land till en enhetlig kostnad. Samtidigt är det givetvis mycket billigare att fysiskt flytta ett brev inom en och samma medelstora tätort jämfört med att frakta ett brev från Värmland till Småland. För att kunna upprätthålla det enhetliga priset krävs att lönsamma delar av tjänsteproduktionen kan subventionera de mindre lönsamma.³⁹⁰ Korssubventionering och de konkurrenssnedvridningar som uppstår av sådan kan alltså vara något som måste accepteras.

Russinplockning

"Russinplockning" är det allvarligaste hotet mot ett företag som bedriver en verksamhet där förutsättningen för att verksamheten skall kunna drivas i ekonomisk balans är korssubventionering. Russinplockning (cherry-picking, creaming-off) innebär att konkurrenter till företaget kommer och "plockar

³⁸⁸ Just konkurrenssnedvridningar till följd av korssubventionering är en av orsakerna till att transparensdirektivet syftar till att synliggöra samtliga finansiella strömmar mellan medlemsstaterna och de företag de har inflytande över.

³⁸⁹ Detta framgår också av EG-domstolens dom i C-320/91 Corbeau, REG 1993 s. I-2533. Korssubventionering kan alltså inte generellt sett sägas vara konkurrenshämmande, även om inte alla aktörer på en marknad har tillgång till den möjligheten. Se Geradin, *The Opening of State Monopolies to Competition*, 2000, s. 181–205

³⁹⁰ Om fördelarna av ökad konkurrens på de potentiellt lönsamma delarna av marknaden anses uppväga nackdelarna för Posten AB som för sin lönsamhet är beroende av att kunna korssubventionera, återstår att ökad skattefinansieringen av Postens verksamhet om det enhetliga portot skall behållas. Se det svenska målet MD 1998:15 Posten Sverige mot Cymail.

russinen ur kakan”, dvs. inriktar sin verksamhet på den delen av verksamheten som är den lönsamma och samtidigt är den genom vilken företaget som anförtratts en uppgift av ett allmänt intresse hade tänkt att korssubventionera de olönsamma delarna av verksamheten.

Russinplockning är ett allvarligt problem för den offentliga sektorn då företag med vinstintresse tillåts att konkurrera med det offentliga inom ramen för en marknadslösning. Ett beställar-utförarsystem inom landstingssjukvården kan innebära att en på administrativ väg framräknad ersättning lämnas till den som utför en viss operation och att ersättningen är lika stor vare sig utföraren är offentlig eller privat. Det privata företaget har starka incitament att få de friskaste patienterna för att på så sätt hålla nere kostnaderna, medan en sådan politik är otänkbar och otillåten för den offentliga vården. Risken finns att det blir en ansamling av svårt sjuka och äldre patienter i den offentliga vården.

Frågor som rör korssubventionering och russinplockning är mycket komplexa. När en domstol får ta ställning till ett enskilt fall i taget är det svårt att i ett givet ögonblick avgöra om företaget som driver en verksamhet av ett allmänt intresse har möjlighet att hålla sin ekonomi i balans eller inte. Detta talar för att avreglering av sektorer med basservice och tjänster på närliggande marknader bör ske genom lagstiftning och inte via domstolsavgöranden. Emellertid ställs EG-domstolen mycket ofta inför kravet att lämna entydiga besked vad gäller tillåtligheten av en viss konkurrensbegränsande reglering. Det är då regelmässigt privata företag som är angelägna att få gränserna för en offentligt driven verksamhet rättsligt bedömd.

Exklusiva rättigheter resulterar oftast i monopol

Ordalydelsen i artikel 86.1 och 86.2 tyder på att de rättsliga monopolens existens är förutsedd i fördraget. Monopol resulterar ofta i något eller några av följande problem: för höga priser, begränsat utbud, minskat förändringstryck och förändringstakt på marknaden. Det är ju ”beträffande företag som beviljats exklusiva rättigheter” som artikelns förbud gäller, vilket verkar förutsätta att sådana företag faktiskt redan existerar och borde då inte förbudet att vidmakthålla åtgärder som strider mot fördraget gälla allt utom just åtgärden att inrätta den exklusiva rättigheten? Före 1991 antogs det att medlemsstaterna var fria att efter eget skön skapa rättsliga monopol. Stöd för denna uppfattning fanns även i målet 155/73 *Sacchi* angående det dåvarande italienska tv-monopolet.³⁹¹ Domstolen slog fast att det faktum att ett företag som har beviljats exklusiva rättigheter också kommer att inneha ett

³⁹¹ Mål 155/73 *Sacchi*, REG 1974 s. 409

monopol inte i sig oförenligt med artikel 82 och 86. Däremot var ett sådant företags agerande möjligt att värdera mot bakgrund av konkurrensreglerna.³⁹² *Sacchimålet* gav upphov till en teori att man kunde särskilja mellan befintligheten och utövandet (existence/exercise) av rättsliga monopol. Artikel 86.1 i kombination med artikel 82 skulle enligt detta synsätt endast omfatta utövandet av den exklusiva rättigheten.

EG-domstolen avvisade emellertid denna uppfattning i målet *C-202/88 Frankrike mot kommissionen* från mars 1991, som gällde kommissionens terminaldirektiv på telekommunikationsområdet.³⁹³ Direktivet innebar bland annat att medlemsstaterna uppmanades att avveckla de delar av de nationella monopolen på telekommunikationsområdet som omfattade import, försäljning, inkoppling, service och underhåll av exempelvis telefoner, faxar och annan teleutrustning.³⁹⁴ I målet hävdade Frankrike att eftersom artikel 86.1 hänvisar till särskilda och exklusiva rättigheter måste medlemsstaterna ha ovillkorlig rätt att bevilja sådana rättigheter. Domstolen anförde emellertid:

“The fact that Article 90(1) of the Treaty presupposes the existence of undertakings which have special or exclusive rights cannot be construed as meaning that such rights are necessarily compatible with the Treaty. They must be assessed in the light of different rules of the Treaty, to which Article 90(1) refers”.³⁹⁵

Av målet kunde man dra slutsatsen det inte är säkert att rättsliga monopol var förenliga med EG-fördraget. Snarare måste både den nationella regleringen och företags agerande undersökas var för sig.

Användandet av dominans på en marknad i syfte att lägga under sig en angränsande marknad

Enligt en fast EG-rättslig praxis är det inte tillåtet för ett företag med dominerande ställning på en marknad att försöka använda sin position till att försvåra för företag på angränsande marknader.³⁹⁶

³⁹² Mål 155/73 *Sacchi*, REG 1974 s. 409, s. 14

³⁹³ Mål C-202/88 *Frankrike mot kommissionen*, REG 1991 s. I-1223

³⁹⁴ Kommissionens direktiv 88/301/EEG av den 16 maj 1988 om konkurrens på marknaderna för teleterminalutrustning (EGT L 131, 16.5.1988 s. 73)

³⁹⁵ Mål C-202/88 *Frankrike mot kommissionen*, REG 1991 s. I-1223, p.2

³⁹⁶ Mål C-333/94 *P Tetra Pak International SA mot kommissionen*, REG 1996 s. I-5951

5.3 Användandet av artikel 86 i kombination med 82 på offentliga regleringar som ger företag exklusiva rättigheter

Vi skall nu se hur EG-domstolen har resonerat kring frågor som korssubventionering, russinblockning och acceptabla följder av konkurrensbegränsande regleringar.

5.3.1 Målet Albany – exklusiva rättigheter ger upphov till konkurrensbegränsning, men motiverade av artikel 86.2

Även regleringar som helt utesluter konkurrensen kan vara i enlighet med fördraget. Det gäller fall då EG-domstolen har funnit att medlemsstaten har beviljat ett företag exklusiva rättigheter, men att det samtidigt har rört sig om en tjänst av ett allmänt intresse. Regleringen har haft kraftigt konkurrensbegränsande effekter. Varken medlemsstaten eller det berörda företaget har emellertid ansetts bryta mot fördragets regler. Detta var EG-domstolens ställningstagande i målet *Albany*.³⁹⁷

Mål C-67-96 Albany, REG 1999 s. I-5751. Målet gällde en begäran om förhandsbesked från Nederländerna gällande förenligheten med i första hand EG:s konkurrensregler av ett nationellt system med obligatorisk anslutning för företag till branschvisa tjänstepensionsfonder. Systemet hade också en nära koppling till kollektivavtal slutna mellan arbetsmarknadens parter.³⁹⁸ Tvisten vid den nationella domstolen gällde företaget Albany's vägran att erlägga pensionsavgifter till fonden Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie med motiveringen att obligatorisk anslutning till fonden stred mot EG-rätten. EG-domstolen tolkade den nationella domstolens fråga att gälla huruvida artikel 82 och 86 utgör hinder för de offentliga myndigheterna i en medlemsstat att ge en pensionsfond ensamrätt att i en viss bransch förvalta ett vid sidan av den offentliga pensionen kompletterande pensionssystem. Enligt EG-domstolen förelåg förutsättningar att tillämpa artikel 82 och 86, dvs. pensionsfonden befanns vara ett företag som innehade en dominerande ställning på en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Den nederländska lagstiftningen ansågs också innebära att pensionsfonden hade erhållit en sådan exklusiv rättighet som berörs i artikel 86.1

³⁹⁷ Mål C-67/96 Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, (Albany), REG 1999 s. I-5751. Målet avgjordes samma dag som två andra mål med liknande problemställningar, nämligen mål C-219/97, C-115/97-C-117/97, *Brentjens'*, REG 1999, s. I-6025, *Drijvende Bokken*, REG 1999, s. I-6121

³⁹⁸ De arbetsrättsliga aspekterna på Albany-målet behandlas i kapitel 9.

Domstolen påminde om att den tidigare hade funnit att ett företag som uppenbarligen inte kan tillgodose efterfrågan på en marknad bryter mot artikel 82 och att medlemsstaten i sin tur bryter mot artikel 86.1 i fördraget om den skapar en sådan situation. I det här fallet begränsades konkurrensen av det faktum att endast en försäkringsgivare tilläts, eftersom de företag som ville finna en försäkringsgivare som gav bättre villkor var förhindrade att göra detta.

Därefter undersökte domstolen huruvida denna konkurrensbegränsning kunde vara berättigad enligt artikel 86.2 "såsom en nödvändig åtgärd för att fullgöra ett särskilt socialt åtagande av allmänintresse..." (p.98). Domstolen anför sedan (p.103) "Genom att under vissa omständigheter tillåta undantag från fördragets allmänna regler avser artikel 86.2 i fördraget att förena medlemsstaternas intresse av att använda vissa företag, i synnerhet inom den offentliga sektorn, som instrument för den ekonomiska politiken eller socialpolitiken med gemenskapens intresse av att konkurrensreglerna iakttas och att enhetligheten på den gemensamma marknaden bevaras." När medlemsstaternas intresse definieras på detta sätt kan de enligt domstolen inte förbjudas att beakta vissa mål i sin nationella politik när de själva anger vad som är tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. De pensionsystem som var fråga om i målet fyllde en väsentligt social funktion i Nederländerna och denna sociala funktion är något som EG-rätten erkänner.

Efter att ha konstaterat detta går domstolen vidare med bedömningen av frågan om ett avskaffande av den konkurrensbegränsande regleringen skulle medföra att pensionsfonden skulle hindras från att fullgöra sin uppgift. Domstolen konstaterar att pensionsfonden är mindre konkurrenskraftig än andra försäkringsbolag, eftersom den har skyldighet att ta betydande solidaritetshänsyn, till exempel kravet att anta alla arbetstagare utan föregående läkarundersökning, att pensionsrättigheterna kvarstår även om inbetalningarna skulle utebli på grund av arbetsoförmåga. Därefter sker den EG-rättsliga proportionalitetsbedömningen, som innebär att domstolen ställer sig frågan om medlemsstaten skulle kunna uppnå samma mål, men med mindre ingripande medel. Här gjorde domstolen bedömningen att ett avskaffande av den ensamrätt som fonden hade givits skulle kunna medföra att det skulle bli omöjligt för fonden att under godtagbara ekonomiska villkor fullgöra de uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse som den har tilldelats och att fondens ekonomiska balans äventyras. Därför var det berättigat att ge fonden ensamrätt att förvalta pensionspengarna.

Nämmandet av socialpolitiken som något som omfattas av undantaget för "allmänt ekonomiskt intresse" artikel 86.2 är en vidareutveckling av EG-

rätten.³⁹⁹ Undantaget i artikel 86.2 gäller enligt ordalydelsen tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse. EG-domstolen får anses ha utvidgat detta till att gälla även företag som anförtrots uppgiften att tillhandahålla tjänster utifrån ett socialt åtagande av allmänt intresse.

Mål avgjorda på liknande sätt

Mål som avgjorts på liknande fall som *Albany* är t.ex. *C-209/98 Sydhavnens Sten & Grus* som gällde skyddet av miljön.⁴⁰⁰ Företaget Sydhavnens Sten & Grus klagade på en ordning som beslutats av Köpenhamns kommun där tre andra företag gavs exklusiv rättighet att för återvinning ta emot allt byggavfall som producerades inom Köpenhamn kommuns område. Sydhavnens Sten & Grus hade av kommunen miljögodkänts för att hantera sådant avfall, men kommunen avlog företagets begäran om det särskilda tillstånd som krävdes för att få börja hantera byggavfallet. Företaget yrkade i första hand på fastställelse att Köpenhamns kommun inte fick hindra tredje part från att transportera byggavfall till företagets anläggning och i andra hand på att Köpenhamns kommun skulle förpliktas att godkänna Sydhavnens Sten & Grus inom ramen för den insamlingsordning av avfall som kommunen beslutat om. Efter begäran om förhandsbesked tog EG-domstolen ställning till frågan om den kommunala regleringen var förenlig med artikel 86 och 82. EG-domstolen uppfattade den kommunala regleringen som ett system där ett begränsat antal särskilt utvalda företag får hantera byggavfallet inom ett bestämt område, vilket gjorde det möjligt att säkerställa att dessa företag gavs tillräckligt stor tillgång till avfall, och som hindrade andra företag att behandla avfallet trots att de är miljögodkända.

EG-domstolen ansåg att de tre företag som hade utsetts att ta emot avfallet hade beviljats exklusiva rättigheter enligt artikel 86.1 Vidare ansåg domstolen att hanteringen av visst avfall kan utgöra en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse i synnerhet som det var fråga om att bemästra ett miljöproblem. Domstolen går sedan vidare med en proportionalitetsbedömning och fann att exklusiviteten var nödvändig för de tre företagen för att de

³⁹⁹ Domstolen hänvisar liksom generaladvokaten i *Albany* till målen C-202/88, Frankrike mot kommissionen, REG 1991, s. I-1223, p. 12 samt C-157/94, Kommissionen mot Nederländerna, REG 1997, s. I-5699, p. 39 vad gäller stöd för uppfattningen att artikel 86.2 syftar till att förena medlemsstaternas intresse att använda vissa företag som instrument för sin ekonomiska och sociala politik. I dessa fall nämns emellertid inte den sociala politiken i domskälen. Däremot menade domstolen i dessa fall att artikel 86.2 möjliggör för medlemsstaterna att använda sig av företag i synnerhet inom den offentliga sektorn som instrument för den ekonomiska politiken och skattepolitiken.

⁴⁰⁰ Mål C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD), på uppdrag av Sydhavnens Sten & Grus ApS mot Københavns Kommune, REG 2000 s. 3743

skulle kunna fullgöra sina uppgifter. Domstolen fäste avseende vid att det tidigare hade saknats tillräcklig kapacitet att ta hand om avfall och att det därför var nödvändigt att garantera anläggningarna en god tillgång på avfall genom att bevilja en ensamrätt, men även att den exklusiva rätten var begränsad såväl i tiden som geografiskt.

Slutsats om nödvändig exklusivitet för företag

Rättsfallen visar att i de fall domstolen anser att exklusiviteten är nödvändig för företag som omfattas av artikel 86.2, kan inga konkurrenter till det gynnade företaget kräva att få tillgång till marknaden. Medlemsstatens lagstiftning har konkurrensbegränsande effekt, men detta accepteras. Företaget som har beviljats exklusiva rättigheter har rätt att korssubventionera inom ramen för uppgiften av allmänt ekonomiskt intresse och konkurrenter till detta företag är förhindrade att försöka få tillgång till de lönsamma delarna av marknaden.

5.3.2 Undantaget enligt artikel 86.2, dock ej vad gäller näraliggande tjänst – Corbeaumålet

Fördraget medger således en fullständig uteslutning av konkurrensen. EG-domstolen tolkar emellertid tillämpningsområdet för den konkurrensbegränsande regleringen restriktivt. Undantaget gäller t.ex. inte en specialiserad tjänst skild från tjänsten av ett allmänt ekonomiskt intresse.

Ett ledande fall är *Corbeaumålet* som avgjordes i maj 1993.⁴⁰¹ I ett brottmål inför en belgisk domstol uppkom frågan om tolkning av artikel 82 och 86 i EG-fördraget. Av fakta i målet framgick att Paul Corbeau, som tidigare var anställd på den belgiska posten, hade specialiserat sig på att leverera brev inom Liège och några angränsande områden. Han garanterade att brevet kom fram senast nästa dag. Om brevet skulle till en adress utanför området lades det i stället i en vanlig brevlåda. Förfarandet stred mot den belgiska lag som garanterade det statliga företaget Régie des Postes en exklusiv rätt att befordra all korrespondens och Corbeau åtalades för brott mot denna lag. EG-domstolen tolkade den nationella domstolens begäran om tolkningsbesked som att gälla frågan huruvida artikel 86 förbjöd medlemsstaterna att ge ett företag en exklusiv rätt att distribuera post och därmed även rätten att utestänga andra etablerade företag från att utföra denna tjänst.

⁴⁰¹Mål C-320/91 Corbeau, REG 1993 s. I-2533

EG-domstolen konstaterade först att Régie des Postes utgjorde ett företag som beviljats exklusiva rättigheter i enlighet med artikel 86.1. Eftersom den exklusiva rätten att befordra brev gällde hela Belgien ansågs Régie des Postes ha en dominerande ställning över en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Domstolen anförde sedan att beviljandet av exklusiva rättigheter inte i sig är oförenligt med artikel 86.1, men att EG-fördraget ändå kräver att medlemsstaterna inte vidtar eller vidmakthåller någon åtgärd som begränsar konkurrensreglernas effektivitet. Därefter angav domstolen att artikel 86.1 skall läsas tillsammans med artikel 86.2. Eftersom Régie des Postes var ett sådant företag som avsågs i artikel 86.2 var det en uppgift för den nationella domstolen att avgöra om det var nödvändigt att utesluta sådana som Corbeau från att utföra brevbefordran. Domstolen påtalade att det kan vara nödvändigt för företag som har till uppgift att ombesörja brevbefordran i ett helt land, dvs. ansvara för både lönsamma och olönsamma landsändar, att kunna stänga ute konkurrenter från de lönsamma delarna av marknaden i syfte att uppnå ekonomisk jämvikt i företaget.

Så långt stämmer *Corbeau* väl överens med *Albanymålet*, men domstolen fortsätter med det viktiga påpekandet att uteslutandet av konkurrensen inte kunde rättfärdigas i fråga om specialiserade tjänster som kunde skiljas från den tjänst som utgjorde ett allmänt ekonomiskt intresse, t.ex. hämtandet av post direkt hos avsändaren, snabbare och säkrare brevbefordran. o.d. i den mån tillhandahållandet av dessa tjänster inte hotade monopolföretagets möjligheter att uppnå ekonomisk jämvikt. Om Régie des Postes' ekonomiska jämvikt var hotad av Corbeau eller inte, var emellertid en sak för den nationella domstolen att avgöra.

Domstolen understryker i *Corbeaumålet* att konkurrensen inte får sättas ur spel på marknaden för specialiserade tjänster, under förutsättning att tillhandahållandet av dessa tjänster inte hotade monopolföretagets möjligheter att uppnå ekonomisk jämvikt, dvs. om korssubventionering mellan lönsamma och olönsamma området är det enda alternativet för att uppnå ekonomisk balans. Därav kan slutsatsen dras att det måste accepteras att ett monopolföretag som Régie des Postes inte behöver acceptera konkurrens från företag som inte har för avsikt att ta hand om de olönsamma delarna av marknaden.⁴⁰² Om så inte är fallet, får varken medlemsstaten eller företaget på huvudmarknaden försöka utsträcka den exklusiva rättigheten på huvudmarknaden till en angränsande marknad.

⁴⁰² Fejøl, EU-konkurrenseret, 1997, s. 123–127

Mål avgjorda på liknande sätt

I målet C-475/99 *Ambulanz Glöckner* blev utgången emellertid den motsatta till *Corbeau*.⁴⁰³ Företaget Ambulanz Glöckner hade inte fått tillstånd att genomföra sjuktransporter med ambulans. Enligt tysk lagstiftning fanns två typer av ambulanstransporter: akuttransporter och sjuktransporter. Fyra andra företag än Ambulanz Glöckner som hade tillstånd att genomföra både akuttransporter och sjuktransporter hade i det aktuella geografiska området beviljats exklusiv rätt till denna verksamhet. Lagstiftningen tillämpades på sådant sätt att dessa fyra företag tillfrågades om lämpligheten i att bevilja ytterligare tillstånd. Tillstånd till ytterligare företag beviljades enbart om det allmänna intresset av en funktionsduglig räddningstjänst inte skadades. EG-domstolen ansåg att akuttransporter och sjuktransporter var två olika marknader. Emellertid gjorde domstolen bedömningen att dessa typer av transporter var intimt sammankopplade med varandra. Just sjuktransporterna utgjorde det lönsamma området med vilka ekonomisk balans kunde uppnås för de företag som också skulle utföra akuttransporter.

Det är också möjligt att EG-domstolen korregerar företaget som anförtrots uppgifter av ett allmänt ekonomiskt intresse. Exklusiviteten i sig är det inget fel på, men företagets beteende kan utgöra missbruk av dominerande ställning. Ett exempel är C-148/97 *Deutsche Post AG mot GSZ*.⁴⁰⁴

5.3.3 Målet RTT mot GB-Inno-BM – dubbel ställning som beslutande instans och aktör

Något som inger betänkligheter från konkurrenssynpunkt är om ett offentligt organ har rätt att besluta om de rättsliga villkoren på marknaden samtidigt som det uppträder som kommersiell aktör på denna marknad. EG-domstolen tog explicit ställning till detta i målet C-18/88 *RTT mot GB-Inno-BM*.⁴⁰⁵

Mål C-18/88 RTT mot GB-Inno-BM. Det belgiska statliga telekombolaget RTT hade ett legalt monopol på stationär taltelefoni. RTT sålde även telefoner, faxar och annan utrustning och hade också givits uppgiften att besluta om tekniska standards och att svara för typgodkännande av all teleutrust-

⁴⁰³ Mål C-475/99 *Firma Ambulanz Glöckner mot Landkreis Südwestpfalz*, REG 2001 s. 8089

⁴⁰⁴ Mål C-147/97, 148/97 *Deutsche Post AG mot GSZ* Det tyska företagets Deutsche Post mötte konkurrens från ett företag som skickade post till Tyskland via en annan medlemsstat. Den tyska postens sätt att kräva porto till hela den gällande inhemska taxan i den medlemsstat där det är beläget, utan att dra av terminalavgifter motsvarande de ovannämnda försändelserna som utbetalats av andra postväsenden, ansågs strida mot artikel 82 och 86

⁴⁰⁵ Mål C-18/88 RTT mot GB-INNO-BM, REG 1991 s. I-5941,

ning som fick anslutas till nätet. GB-Inno-BM var en detaljhandel som sålde importerade telefoner, vilka i flera fall inte hade typgodkänts av RTT. Det statliga telekombolaget inledde en process för att utverka ett förbud för GB-Inno-BM att sälja teleutrustning och den nationella domstolen begärde EG-domstolens hjälp att tolka EG-rättens betydelse för målets utgång. Den nationella domstolen påpekade att RTT:s exklusiva rättighet att svara för telekommunikationen i Belgien inte var satt i fråga, inte heller det faktum att teleutrustning måste typgodkännas.

EG-domstolen konstaterade att RTT var ett företag som omfattades av artikel 86.2 och att det hade en dominerande ställning på en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Domstolen anförde först att den i sin rättspraxis angående artikel 82 ansett att ett företag som har en dominerande ställning inte utan objektiv nödvändighet har rätt att lägga under sig en angränsande men separat marknad.⁴⁰⁶ Skulle RTT ha utnyttjat sin monopolställning på att driva telefonnätet till att försvåra för konkurrenter på den angränsande marknaden för import och försäljning av teleutrustning hade det utgjort missbruk av dominerande ställning i strid med artikel 82. Vad gäller medlemsstatens ansvar ansåg domstolen att artikel 86.1 och 82 tillsammans medförde att monopolet för telenätet inte fick utvidgas till marknaden för teleutrustning. Vidmakthållandet av en effektiv konkurrens krävde att typgodkännande och liknande måste utföras av ett organ som inte själv konkurrerar med de företag det är satt att kontrollera.

I målet *RTT mot GB-Inno-BM* tilläts alltså inte det företag som var dominerande på en marknad att ha makten över företag på den angränsande marknaden. Ett liknande förhållningssätt hade EG-domstolen i *Corbeaumålet*. Detta visar på EG-domstolens strävan att definiera tillämpningsområdet och därmed också ofta marknaden där konkurrensen är utesluten så snävt som möjligt.

Det betyder dock inte att det alltid är otillåtet enligt EG-rätten att ett företag är både "*judge and party*." I *Albanymålet* skilde sig omständigheterna från målet *GB-Inno-BM*. I *Albanymålet* var det tjänstepensionsfonden själv som beslutade om ett företag skulle slippa den obligatoriska anslutningen till fonden. Emellertid var regelverket så utformat att fonden hade skyldighet att bevilja ett företag dispens från den obligatoriska anslutningen till fonden om det kunde visa att det garanterade arbetstagarna en likvärdig pension. Med tanke på hur komplicerad bedömningen är av hur en dispens påverkar fondens ekonomiska balans samt med hänsyn till de risker som beviljandet av dispenser medför för tjänstepensionsfondens ekonomiska balans och följaktligen för uppfyllandet av det sociala åtagande som fonden

⁴⁰⁶ Domstolen hänvisar här till mål 311/84 CBEM mot CLT and IPB, REG 1985 s.3261,

har tilldelats, kunde en medlemsstat få besluta om en ordning där inget annat organ än fonden själv hade befogenhet att bevilja dispens. Pensionsfondens beslut kunde dock prövas i domstol.⁴⁰⁷

Slutsatsen bör vara att det är möjligt att upprätthålla nationell lagstiftning som ger ett företag som omfattas av artikel 86 möjligheten att vara både regelbestämmare och aktör om det kan säkerställas att en domstol kan kontrollera att företaget inte använder sig av möjligheten att bevilja dispens på ett godtyckligt och diskriminerande sätt.

5.3.4 Höfnermålet – beviljandet av exklusiva rättigheter i sig strider mot fördraget om det är uppenbart att missbruk inte kan undvikas

Rättspraxis innebär således att en medlemsstat, utan att åsidosätta artikel 86 i fördraget, kan bevilja vissa företag exklusiva rättigheter. EG-domstolen brukar upprepa att skapandet av exklusiva eller speciella rättigheter i sig inte strider mot fördraget. Däremot finns det enligt domstolen exklusiva rättigheter, vilka är utformade på ett sådant sätt att medlemsstaterna inte kan undvika att komma i konflikt med fördraget och detta oberoende om företaget missbrukar sin dominerande ställning eller inte. I dessa fall har medlemsstatens åtgärd att införa eller vidmakthålla ett rättsligt monopol ansetts vara i strid med fördraget.

Detta var EG-domstolens åsikt i det delvis redan behandlade målet *Höfner mot Macrotron*, avgjort i april 1991.

Mål C-41/90 Höfner & Elser mot Macrotron.⁴⁰⁸ Fallet gällde en konflikt mellan ett head-huntingföretag och en av dess kunder. I processen vid den nationella domstolen uppkom fråga om artikel 86.1 och 82 EG utesluter möjligheten att upprätthålla en nationell lagstiftning som ger ett företag som den tyska arbetsförmedlingen *Bundesanstalt für Arbeit* en exklusiv rättighet att förmedla arbete. Enligt domstolen lägger artikel 86.1 fast vissa villkor som medlemsstaterna måste beakta när de beviljar exklusiva rättigheter. Domstolen anför sedan att den tyska lagstiftningen har anförträtt arbetsförmedlingen att tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse enligt artikel 86.2, men påminner att en tillämpning av fördragets regler endast är utesluten om det hindrar arbetsförmedlingen från att fullgöra sin uppgift. En sådan situation förelåg emellertid inte enligt domstolens bedömning. Vad som däremot redan var dokumenterat var att arbetsförmedlingen inte kunde

⁴⁰⁷ Mål C-67/96 Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, (Albany), REG 1999 s. I-5751, p. 112–121

⁴⁰⁸ Mål C-41/90 Höfner & Elser mot Macrotron, REG 1991 s. I-1979

tillgodose all efterfrågan på den tjänst som den hade monopol på att tillhandahålla, då privata företag som Macrotron i praktiken tolererades. Eftersom artikel 86.1 förbjuder medlemsstaterna att vidta åtgärder i strid med fördraget är vidmakthållandet av en lag som medför att den tyska arbetsförmedlingen inte kan undvika att bryta mot artikel 82 inte möjlig. Domstolen påminde om att beviljandet av exklusiva rättigheter till ett företag kan medföra att företaget i fråga kommer att inneha en dominerande ställning. Vidare kan en medlemsstats territorium anses utgöra en betydande del av den gemensamma marknaden.

EG-domstolen anförde att situationen då ett företag inte kan undvika att missbruka sin dominerande ställning föreligger då den exklusiva rättigheten gäller rekrytering av chefer inom näringslivet, den offentliga arbetsförmedlingen uppenbart inte har förmåga att tillgodose efterfrågan på marknaden, privata företags aktiviteter har omöjliggjorts genom att deras verksamhet har förbjudits och sådana kontrakt som ändå sluts till följd av att en sådan aktivitet enligt lag är ogiltiga.

En medlemsstat kommer alltså i konflikt med artikel 86 i kombination med artikel 82 om det är uppenbart att ett företag som en nödvändig konsekvens av en offentlig åtgärd inte kan undvika att bryta mot förbudet mot missbruk av dominerande ställning eller mot någon annan fördragsartikel. Detta kan gälla oberoende om företaget har missbrukat sin dominerande ställning eller inte, vilket betyder att det är möjligt att "fälla" medlemsstaten för att ha begränsat konkurrensen på en marknad, utan att det samtidigt behöver visas att företaget som innehar det rättsliga monopollet rent faktiskt har brutit mot artikel 82. En effekt av *Höfnermålet* har varit att alltfler begäran om förhandsbesked når EG-domstolen.

5.3.5 Målen ERT och Porto di Genoa – exklusiva rättigheter tillsammans med ytterligare omständigheter strider mot fördraget

I andra rättsfall har det inte som i *Höfnermålet* varit uppenbart att den exklusiva rättigheten inte kan leda till annat än missbruk av dominerande ställning. Emellertid har EG-domstolen ansett att beviljandet av en exklusiv rättighet i kombinationen med någon ytterligare omständighet har varit i strid med artikel 86 och 82.

Mål C-260/89 Ellinki Radiophona Tileorassi mot Dimotiki (ERT). Detta mål avgjordes i juni 1991.⁴⁰⁹ Målet gällde det grekiska statliga radio- och tv-företaget ERT, vilket av den grekiska staten utrustats med den exklusiva

⁴⁰⁹Mål C-260/89 Ellinki Radiophona Tileorassi (ERT) mot Dimotiki, REG 1991 s. I-2925

rättigheten att sända radio och tv i Grekland. Den exklusiva rätten gällde alla aktiviteter som hade samband med utsändandet, dvs. även återsändandet av utländska tv-produktioner. Saken ställdes på sin spets när företaget Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP) trots ERT:s rättsliga monopol etablerade en egen tv-kanal och började sända tv-program, ofta av utländsk produktion. DEP anklagade ERT för att diskriminera utländska radio- och tv-produktioner genom att inte sända dem. ERT vände sig till domstol för att utverka ett förbud för DEP:s verksamhet. Den nationella domstolen begärde förhandsbesked bland annat huruvida fördragets konkurrensregler tillät beviljandet av en exklusiv rättighet med sådan utformning som i målet.

EG-domstolen ansåg att artikel 86.1 uteslöt beviljandet av både en exklusiv rättighet att sända och en exklusiv rättighet att återsända tv-program till ett och samma företag, då det är troligt att sådana rättigheter skapar en situation, där företaget leds att missbruka sin dominerande ställning i strid med artikel 82 genom en diskriminerande policy att sända i första hand egenproducerade program. Eftersom ERT befanns vara ett företag som omfattades av undantaget i artikel 86.2, var det en fråga för den nationella domstolen att avgöra huruvida en tillämpning av artikel 82 skulle omöjliggöra ERT:s uppdrag.

I målet *Porto di Genoa* från december 1991 hade ett stuveriföretag beviljats en exklusiv rätt att utföra all godshantering i Genuas hamn.⁴¹⁰ Av fakta i målet framgick att företaget vid upprepade tillfällen hade missbrukat sin dominerande ställning. Missbruket hade bland annat bestått i krav på för höga priser, krav på betalning för tjänster som aldrig utförts samt vägran att modernisera och effektivisera sin verksamhet. EG-domstolen påpekar först att beviljandet av särskilda rättigheter inte i sig är oförenligt med artikel 82. Domstolen fortsätter sedan att medlemsstaten bryter mot artiklarna 82 och 86.1 om företaget: *“merely by exercising the exclusive rights granted to it, cannot avoid abusing its dominant position (see the judgement in Case C-41/90 Höfner, cited above, p.29) or when such rights are liable to create a situation in which that undertaking is induced to commit such abuses (see the judgement in Case C-260/89 ERT, cited above, p. 37).”*⁴¹¹

Domstolen inordnar sedan Porto di Genoa till samma grupp som ERT-målet genom att slå fast att den exklusiva rättigheten tillsammans med något som benämns ”the procedures laid down by the national rules in ques-

⁴¹⁰Mål C-179/90 *Merci Convenzionali Porto di Genova mot Siderurgica Gabrielli*, REG 1991 s. I-5923. Av vad som framkommit i målet ansåg EG-domstolen inte att det var fråga om ett företag som anförtratts en uppgift av ett allmänt ekonomiskt intresse i betydelsen av artikel 86.2 j.p. 27–28

⁴¹¹Mål C-179/90 *Merci Convenzionali Porto di Genova mot Siderurgica Gabrielli*, REG 1991 s. I-5923, p.17

tion”⁴¹² leder till att företaget leds till att missbruka sin dominerande ställning.

I dessa mål ser vi hur kombinationen av beviljandet av en exklusiv rättighet tillsammans med någon ytterligare omständighet gör att företaget som innehar den exklusiva rättigheten hamnar i en intressekonflikt.⁴¹³ ERT var både det företag som producerade program och den som bestämde om utländska program skulle få visas på grekisk tv. I Porto di Genoa har ett företag den exklusiva rättigheten att bedriva hamnverksamhet tillsammans med andra processuella regler som gör att det nationella regelverket står i strid med EG-rätten.

Ett tredje mål är C-18/93 Corsica Ferries Italia mot korporativet för lotsar i Genuas hamn.⁴¹⁴ Korporativet hade beviljats en exklusiv rättighet att bedriva all lotsverksamhet för fartyg som lade till i Genuas hamn. Korporativet tillämpade olika priser beroende på fartygets nationalitet. Corsica Ferries ansåg sig ha blivit utsatt för prisdiskriminering. EG-domstolen konstaterade först att korporativet genom en offentlig rättsakt hade givits ensamrätt att utföra lotsservice i hamnen, dvs. det var ett företag i betydelsen av art. 86.1. Därefter konstaterade domstolen att det förelåg ett missbruk av en dominerande ställning. Man påpekade att beviljandet av exklusiva rättigheter inte i sig innebär ett brott mot artikel 82. Frågan var nu om det fanns ett samband mellan korporativets missbruk av dominerande ställning och medlemsstatens agerande. Så befanns vara fallet. De italienska myndigheterna hade nämligen godkänt korporativets tariffer. Skillnaden gentemot *Höfnermålet* är att det är genom åtgärden att fastställa tarifferna som medlemsstaten kommer i konflikt med artiklarna 82 och 86.1, inte genom att ha beviljat företagen exklusiva rättigheter. Enligt EG-domstolen förbjuder alltså en kombination av artiklarna 82 och 86.1 att medlemsstater medverkar till att företag, vilka de beviljat exklusiva rättigheter, missbrukar sin dominerande ställning genom att t.ex. godkänna företagets diskriminerande priser.

⁴¹² Mål C-179/90 *Merci Convenzionali Porto di Genova mot Siderurgica Gabrielli*, REG 1991 s. I-5923, p.19

⁴¹³ Se generaladvokatens referat av fallen i mål C-67/96 *Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, (Albany), REG 1999 s. I-5751, s. 5844 - 5853

⁴¹⁴ Mål C-18/93 *Corsica Ferries Italia Srl. mot Corpo dei Piloti del Porto di Genova*, REG 1994 s. I-1812

5.3.6 Inget problem om företaget inte missbrukar sin dominerande ställning

Ett självklart påpekande är kanske att i det fall företaget som omfattas av artikel 86.1 eller 86.2 inte missbrukar sin dominerande ställning och det regelverk som ligger till grund för företagets gynnade position på marknaden inte heller oundgängligen leds att göra detta, föreligger ingen konflikt med fördraget.

Crespellemålet är ett sådant mål där förekomsten av exklusiva rättigheter ifrågasattes, men där EG-domstolen inte ansåg att något brott mot artiklarna 82 och 86.1 förelåg.⁴¹⁵ I Frankrike hade ett företag exklusiv rätt att utföra insemination på lantdjur i en viss region. Företaget anklagades för att ta ut överpriser när kunderna efterfrågade avelstjurar från en annan region. Domstolen slår fast att beviljandet av exklusiva rättigheter inte i sig är oförenligt med artikel 82. Domstolen konstaterar för det första att något missbruk av dominerande ställning inte förelåg och för det andra att den lag som låg till grund för det aktuella företagets rätt att beräkna priser inte heller gav företaget den möjligheten.⁴¹⁶

5.4 Användandet av artikel 81 på konkurrensbegränsande offentliga regleringar

5.4.1 Inledning

Konkurrensreglerna i EG-fördraget har som nämnts företag som adressater. Det betyder att de primärt inte är tillämpliga på staters agerande. Medlemsstaternas lagstiftning kan dock medföra konkurrensbegränsande effekter som inte skulle ha tolererats av kommissionen och domstolen om samma konkurrensbegränsning var orsakad av företag. I vissa fall är EG-domstolen emellertid beredd att föra tillbaka ansvaret för företags konkurrensbegränsande handlingssätt på medlemsstaten. Det blir då i praktiken omöjligt för medlemsstaten även i dessa fall att upprätthålla de aktuella rättsreglerna och vi skall nu närmare undersöka under vilka omständigheter detta sker i samband med artikel 81 – förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. De prin-

⁴¹⁵Mål C-323/93 Société civile Agricole du centre d'insemination de la Crespelle mot Coopérative d'élevage et d'insemination artificielle du département de la Mayenne, REG 1994 s. I-5077

⁴¹⁶ Se även mål C-266/96, Corsica Ferries France, REG 1998, s. I-3949, punkt 41

cipieellt viktiga fallen kommer att redovisas först och i samtliga mål har medlemsstaterna "friats". Därefter redovisas de fall där EG-domstolen har haft invändningar mot medlemsstaternas regleringar gällande företag, som inte faller under artikel 86, dvs. företag som saknar en speciell relation till staten.⁴¹⁷

I det föregående avsnittet behandlades artikel 86.1 i kombination med förbudet mot missbruk av dominerande ställning i artikel 82. Artikel 86.1 låter sig emellertid inte kombineras med artikel 81 på ett meningsfullt sätt. Förbudet i artikel 86.1 för medlemsstaterna att vidta åtgärder i strid med fördraget gäller formellt sett både artikel 81 och 82. Emellertid gäller artikel 81 konkurrensbegränsande avtal mellan företag. Det som är förbjudet för medlemsstaterna vore alltså att vidta åtgärder som resulterar i ett kartellavtal mellan företag. Nationell lagstiftning som tvingar fram kartellavtal är ett synnerligen ovanligt fenomen, vilket kommer att framgå av redovisningen nedan. Det är givetvis förbjudet, men EG-domstolen brukar inte ta "omvägen" via artikel 86.1 utan detta följer redan av artikel 10. Artikel 86.1 gäller medlemsstaterna när de uppträder som utövare av offentlig makt (de vidtar "åtgärder"). Artikel 81 *kan* gälla även medlemsstaterna, men bara då de uppträder som företag. Medlemsstaterna kan dock inte i samma ögonblick vara företag och utövare av offentlig makt och därför är en samtidig tillämpning av artikel 86.1 och 81 inte möjlig.

5.4.2 Medlemsstaterna och konkurrensreglernas effektivitet

Utgångspunkten för EG-domstolen är att medlemsstaterna inte får införa eller vidmakthålla föreskrifter eller åtgärder som förtar de EG-rättsliga konkurrensreglernas effektivitet.⁴¹⁸ Det är uppenbart att då företag i artikel 81 förbjuds att ingå konkurrensbegränsande avtal måste det vara otillåtet för medlemsstaterna att verka för att företag undkommer detta förbud. En rimlig tolkning av artikel 81, 3.1.g och 10 är att medlemsstaterna (om de nu skulle komma på en sådan idé) inte får tvinga företag att ingå konkurrens-

⁴¹⁷ EG-domstolens praxis redovisas också i Neergaard 1994 och 1998, Wahl Sedan Wahls och Neergaards arbeten publicerades har rättsläget inte ändrats radikalt. En nyhet utgör CNSD-målet, där en medlemsstat har fällt för fördragsbrott på grundval av artikel 10 och 81.

⁴¹⁸ Detta slogs fast av EG-domstolen i målet 14/68 Walt Wilhelm, REG 1969 s. 1, med formuleringar som sedan dess ofta återkommit. Målet gällde parallell tillämpning av nationell konkurrensrätt. Detta var enligt domstolen möjligt så länge inte tillämpningen av nationell rätt "must not prejudice the full and uniform application of Community Law or the effects of measures taken or to be taken to implement it". Medlemsstaterna får inte heller vidmakthålla eller införa "... measures capable of prejudicing the practical effectiveness of the Treaty" (p. 6)

begränsande avtal. Inte heller får de uppmuntra företag att göra detta. Det följer också av lojalitetsplikten i artikel 10 att när ett konkurrensbegränsande avtal ändå har ingåtts får inte medlemsstaterna medverka till att avtalet får rättsverkningar. Konkurrensbegränsande avtal är ogiltiga enligt artikel 81.2 och medlemsstaternas rättsväsende skall medverka till att ogiltigheten består.

5.4.3 Lagstiftning med samma effekt som ett konkurrensbegränsande avtal

Så långt framstår de krav som fördragets konkurrensregler ställer på medlemsstaternas agerande och lagstiftning som okomplicerade. Stora problem vållar emellertid lagstiftning som i praktiken har samma effekt som ett konkurrensbegränsande avtal. En statlig prisreglering har samma effekt som ett allomfattande kartellavtal mellan företag. En statlig reglering som utifrån ett allmänt intresse delar upp en nationell marknad i flera delmarknader har samma effekt som otillåtet avtal om uppdelning av marknaden, ingått mellan företag. Sådana statliga regleringar besparar företag mödan att ingå konkurrensbegränsande avtal, men kan det därmed hävdas att medlemsstaten gör det möjligt för företag att undkomma fördragets regler?

Innomålet

EG-domstolen närmade sig denna frågeställning i *Innomålet* från 1977. Här uppkom frågan om en medlemsstat i lag ägde rätt att föreskriva bruttopris-sättning på cigaretter.⁴¹⁹ Den belgiska lågpriskedjan GB-INNO-BM hade sålt cigaretter till ett lägre pris än vad som fanns angivet på cigarettpaketen med ett särskilt skattemärke. Den belgiska skattelagstiftningen föreskrev att importören eller tillverkaren av tobak för varje paket skulle köpa ett skattemärke och fästa det på varje paket. Skattemärkena skulle alltså ange importörens/tillverkarens pris med ett påslag för moms och punktskatt. Skattemärkets pris fick enligt lagen inte underskridas av handlarna i nästa led och heller inte överskridas. Lagstiftningens syfte var bland annat att skydda mindre tobakshandlare och det var just småhandlarnas intresseförening ATAB som stämde GB-INNO-BM i det ursprungliga målet.

Den belgiska domstolen vände sig till EG-domstolen med frågan om artiklarna 3, 10 och 82 i EG-fördraget förbjuder en medlemsstat att vidmakt-

⁴¹⁹ Mål 13/77, GB-INNO mot ATAB, REG 1977 s. 2115

hålla en bruttoprissättning.⁴²⁰ EG-domstolen menade att artikel 82 i och för sig riktar sig mot företag, men att fördraget innebär en plikt för medlemsstaterna att inte vidmakthålla eller införa nya åtgärder som förtar artikel 82 dess effektivitet. Medlemsstaterna får inte göra det möjligt för företag – vare sig offentliga eller privata – att undkomma fördragets konkurrensregler. Domstolen tillade att artikel 82 förbjuder missbruk av en dominerande ställning, även om företaget har uppmuntrats att begå detta missbruk av en medlemsstat. Därefter diskuterar domstolen möjligheten att reglerna om fri rörlighet för varor kan medföra att sådan lagstiftning som den belgiska inte är tillåten. I domslutet överlämnade EG-domstolen till den nationella domstolen att avgöra, med hänsyn till de hinder för handeln som följde av uppbörden av punktskatter, ”... *apart from any abuse of a dominant position which such arrangements might encourage*”, om den belgiska lagstiftningen stred mot fördraget och därvid särskilt undersöka om samhandeln verkligen påverkades. Det får tolkas som en fingervisning att EG-domstolen verkligen ansåg att den belgiska lagstiftningen uppmuntrade företag att bryta mot artikel 82.

Van Eycke-målet

Nästa viktiga mål var *Van Eycke-målet* som rörde en belgisk kunglig förordning gällande skatter, som i praktiken var ett försök att införa en maxigräns för den ränta som banker fick erbjuda sina kunder, dock utan att helt förbjuda räntor över den i lagen angivna nivån.⁴²¹ Ränta upp till den angivna nivån hade en mycket låg skattesats, medan räntor på högre nivåer medförde att hela ränteinkomsten beskattades med en hög skattesats. Lagen hade tillkommit sedan de belgiska bankerna under en tid överträffat varandra i att erbjuda kunderna allt högre räntor, vilket till slut, enligt den belgiska regeringens uppfattning, innebar en fara för den belgiska ekonomin. Van Eycke var en missnöjd bankkund, vars bank på grund av den belgiska lagen inte längre erbjöd honom en så hög ränta som han hade förväntat sig. Van Eycke stämde banken i syfte att få den högre räntan.

Utredningen av fakta i målet visade att det tre månader tidigare faktiskt hade funnits en överenskommelse mellan flera banker om maxränta på sparkonton. Denna överenskommelse (här kallat bankavtalet) hade dessutom tillkommit på uppmaning av den belgiske finansministern. När det stod klart att alla banker inte vill vara med på bankavtalet utfärdades i stället

⁴²⁰ I detta mål formulerade den nationella domstolen frågan om tolkningsbesked att den önskade få svar på kombinationen av artikel 82 och 3.1.g och 10. Domstolen valde att lägga till artikel 81 till frågeställningen

⁴²¹ Mål 168/86 Van Eycke mot ASPA NV, REG 1988 s. 4769

en förordning som i praktiken innebar en övre gräns för räntor på sparkonton.

EG-domstolen ombads att uttala sig huruvida artikel 3.1.g., 10 och 81 uteslöt existensen av en nationell lag, som begränsar åtnjutandet av en förmånlig beskattning för räntor över en viss nivå. EG-domstolen uttalade först att medlemsstaterna inte får införa eller vidmakthålla nationell lagstiftning som begränsar konkurrensreglernas effektivitet.⁴²² Därefter sammanfattade domstolen rättsläget i två punkter: medlemsstaterna medverkar till att effekten av artikel 81 föras, om de genom lagstiftning tvingar eller uppmuntrar företag att sluta avtal som strider mot artikel 81 eller sanktionerar ett sådant avtal eller samordnat förfarande eller om de förtar den officiella karaktären på den egna lagstiftningen genom att delegera ansvaret för beslutsfattande på det ekonomiska området till enskilda företag.

Det faktum att det funnits ett tidigare avtal mellan bankerna som syftade till att begränsa räntenivån på sparkonton påverkade inte EG-domstolens bedömning. Skälet för detta var att förordningen varken helt eller delvis återgav bankavtalets avtalsvillkor. Utan materiell överensstämmelse mellan bankavtalet och förordningen kunde enligt domstolen inte förordningen anses uppmuntra eller sanktionera ett konkurrensbegränsande avtal. Vare sig det faktum att finansministern uppmanat bankerna till att sluta bankavtalet eller att förordningen om skattemässiga nackdelar för en ränta över en viss nivå i princip hade samma effekt som bankavtalet påverkade domstolens bedömning. Inte heller syftade förordningen till att föreskriva eller uppmuntra *nya* konkurrensbegränsande avtal. Eftersom den belgiska staten genom beslutet om skattenivåerna hade förbehållit sig rätten att påverka maxnivån på räntan och inte delegerat detta till bankerna kom domstolen till slutsatsen att den belgiska lagstiftningen inte stred mot artiklarna 3.1.g., 10 st. 2 och 81.1.

Målen Meng, Ohra, Reiff

I fråga om praxis gällande artikel 81, 3.1.g och 10 har EG-domstolen verkligen "satt ned foten" i tre helt avgörande mål från 1993. EG-domstolen avgjorde en mängd tolkningsförfaranden mellan åren 1985 och 1993.⁴²³ Just 1993 valde EG att avgöra målen *Meng*,⁴²⁴ *Ohra*⁴²⁵ och *Reiff*.⁴²⁶ Domstolen

⁴²²Här stöder sig domstolen på det egna uttalandet i mål 13/77, GB-INNO mot ATAB, REG 1977 s. 2115

⁴²³Rättsfallen har behandlats kronologiskt av Neergaard, s. 29–108 och Wahl, s. 458–495. Se även Weatherill, Stephen, *Law and Integration in the European Union*, 1995, s. 268–272

⁴²⁴Mål C-2/91, Wolf W. Meng, REG 1993 s. I-5751

⁴²⁵Mål C-245/91, Ohra Schadeverzekering NV, REG 1993 s. I-5851

avgjorde målen under samma dag och hade dessutom återöppnat den muntliga förhandlingen och därvid specificerat till parterna, kommissionen och de intervenerande medlemsstaterna (samtliga utom Luxemburg hade valt att intervensera) att den önskade höra argumenten särskilt gällande artiklarna 3.1.g, 10 och 81. Dessa fakta gör att utgången i målen har en särskild tyngd.⁴²⁷

I *Mengmålet* hade försäkringsagenten Wolf W. Meng vid ett flertal tillfällen avstått från den kommission han själv erhållit från försäkringsbolag vid försäljning av sak- och sjukförsäkringar, för att på detta sätt ge kunden ett lägre pris. En tysk övervakningsmyndighet på försäkringsområdet hade i rättsakter från 1934 respektive 1982 förbjudit ett sådant förfarande. Frågan var om artiklarna 3.1.g, 10 och 81 uteslöt möjligheten att upprätthålla en sådan lagstiftning.

Domstolen sammanfattade först praxis genom att påpeka att artikel 81 läst för sig i princip endast är riktat till företag, men att en kombination av artikel 10 och 81 i EG-fördraget förbjuder medlemsstaterna att vidta eller behålla åtgärder av legislativ eller reglerande karaktär som förtar konkurrensreglernas effektiva funktionssätt. Med hänvisning till sina tidigare avgöranden påpekade domstolen att detta inträffar när något eller några av de tre följande kriterierna är uppfyllda: 1. när en medlemsstat tvingar eller uppmuntrar företag att sluta avtal i strid med artikel 81, 2. när medlemsstaten sanktionerar effekterna av ett sådant avtal, 3. när en medlemsstat förtar den officiella karaktären av sin lagstiftning genom att delegera ansvaret för beslutsfattande på det ekonomiska området till enskilda företag.

Domstolen prövade sedan dessa kriterier och kom till slutsatsen att de tyska reglerna inte uppfyllde det första kriteriet. Meng, understödd av kommissionen, hävdade att den tyska lagen hade föregåtts av en kartell på livförsäkringsområdet, som skulle ha existerat i början av seklet, och att den tyska lagstiftningen sanktionerade att denna uppgörelse utsträcktes till andra försäkringsmarknader. Domstolen avvisade denna uppfattning och menade att Tyskland inte kunde anses ha sanktionerat ett konkurrensbegränsande avtal. För detta krävs det enligt domstolen att det materiella innehållet i det konkurrensbegränsande avtalet överförs till den efterföljande lagstiftningen. Inte heller det tredje kriteriet var uppfyllt. Alltså ansåg EG-domstolen att

⁴²⁶Mål C-185/91, Bundesanstalt für den Güterverkehr mot Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG., REG 1993 s. I-5801

⁴²⁷ Wahl anför att utgången i dessa tre mål är en produkt av samma förhållningssätt som EG-domstolen intog i målen C-267 och 268, Keck, REG 1993 s. 6097, dvs. att EG-domstolen valde att göra halt istället för att fortsätta en rättsutveckling som höll på att bli kontroversiell, Wahl, Recent Developments Regarding Barriers to Trade: A General Shift of Emphasis, i Andersson, Simoni (red.) *Dealing with Integration*, 1996, s. 123-139, 138

den tyska lagen inte var oförenlig med medlemsstaternas förpliktelser enligt artiklarna 3.1.g, 10 och 81 i EG-fördraget.

I *Ohramålet* förbjöd den nederländska lagstiftningen försäkringsbolag att ge rabatter eller andra finansiella fördelar till kunder i samband med försäljning av försäkringar.⁴²⁸ Försäkringsbolaget Ohra hade i strid med den nederländska lagstiftningen erbjudit vissa kunder fria kreditkort eller betalat en del av kundens kostnad för att skaffa kreditkort. Företaget stämdes därför vid en nederländsk domstol som såg sig föranledd att begära tolkningsbesked av EG-domstolen om artiklarna 3.1.g, 10 och 81 uteslöt en sådan lagstiftning som den nederländska. Domstolen säger angående det första kriteriet, liksom i *Mengmålet*, att eftersom den aktuella lagstiftningen i sig räcker för att förbjuda ett visst beteende, kan den inte samtidigt anses uppmuntra eller kräva att företag sluter avtal med konkurrensbegränsande innehåll. Domstolen yttrar att lagstiftningen är ”self-sufficient”. Varken det andra eller tredje kriteriet var heller uppfyllt. Artiklarna 3.1.g, 10 och 81 uteslöt därför inte existensen av den nederländska lagstiftningen.

I *Reiffmålet* hade transportfirman Reiff inte respekterat att ta ut ett visst minimipris för långväga transporter.⁴²⁹ Minimipriserna fastställdes enligt tysk lag av en nämnd. Nämndens ledamöter utsågs av det federala transportdepartementet efter att ha inhämtat en lista med förslag på lämpliga personer från transportföretagens intresseförening. Väl i nämnden skulle ledamöterna dock agera helt oberoende av sina uppdragsgivare. Nämndens beslut om priser fastställdes sedan av transportdepartementet, vilket hade möjlighet att ersätta nämndens beslut med ett eget beslut. När Reiff vid tysk domstol krävdes på mellanskillnaden mellan det fastställda priset för transporter och det pris företaget valt att ta ut av den tyska övervakningsmyndigheten, vände sig denna domstol till EG-domstolen för att få svar om EG-rätten tillät att de tyska reglerna kunde upprätthållas.

EG-domstolen tog först ställning till om nämndens beslut kunde ses som en indikation på att det existerade ett civilrättsligt avtal ingånget mellan företag. Domstolen fann att eftersom medlemmarna i nämnden skulle agera oberoende i förhållande till de intressen de representerade, kunde nämndens beslut inte ses som avtal eller samordnat förfarande mellan företag. Dessutom hade nämnden att beakta vissa allmänna intressen som situationen för små- och mellanstora företag, eftersatta regioner och jordbrukssektorns behov. Den nationella lagstiftningen kunde därför varken sägas ha tvingat eller uppmuntrat företag till att sluta ett konkurrensbegränsande avtal eller ha sanktionerat ett sådant avtal. Därefter frågade sig domstolen om

⁴²⁸Mål C-245/91 Ohra Schadeverzekering NV, REG 1993 s. I-5851

⁴²⁹C-185/91 Bundesanstalt für den Güterverkehr mot Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG., REG 1993 s. I- 5801

Tyskland hade överlåtit offentliga normgivningsbefogenheter till enskilda företag. Eftersom det federala transportdepartementet hade befogenhet dels att tillsätta nämndens medlemmar och dels att intervensera i nämndens arbete, antingen genom att sända en representant till nämndens sammanträde eller helt enkelt ersätta nämndens beslut med ett eget beslut, fann domstolen att någon normgivningskompetens inte hade delegerats. Därmed stred inte den nationella lagstiftningen mot de förpliktelser som medlemsstaterna åtagit sig genom artiklarna 3.1.g, 10 och 81.

EG-domstolen har således slagit fast att trots att artikel 81 endast vänder sig till företag och inte i sig täcker legislativa åtgärder vidtagna av en medlemsstat, är det ett faktum att denna artikel i kombination med artikel 10, kräver av medlemsstaterna att dessa inte inför eller vidmakthåller någon åtgärd som gör fördragets konkurrensregler ineffektiva. Enligt domstolen finns det hittills tre förfaranden som utgör exempel på sådana otillåtna statliga åtgärder:

- när en medlemsstat kräver eller uppmuntrar avtal eller samordnade förfaranden i strid med artikel 81
- när en medlemsstat sanktionerar effekter av sådana avtal eller förfaranden
- då en medlemsstat förtar den officiella karaktären på den egna lagstiftningen genom att delegera ansvaret för beslutsfattande på det ekonomiska området till privata aktörer.

Denna skrivning återfinns sedan *Meng-, Reiff- och Ohramålen* i varje rättsfall där dessa frågor berörs.⁴³⁰

⁴³⁰ Första gången skrivningen förekom var i mål C-267/86, Pascal Van Eycke mot ASPA NV, REG 1988 s. 4769. Se även målen C-70/95 Sodemare SA med flera mot. Regione Lombardia, dom från den 17 juni 1997, ännu ej rapporterad, mål C-140-142/94 DIP Spa mot Comune di Bassano del Grappa med flera, REG 1995 s. 3257, mål C-96/94 Centro Sevizzi Spediporto Srl. mot Spedizioni Marittima der Golfo Srl., REG 1995 s. 2883, mål C-153/93 Bundesrepublik Deutschland mot Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft mbH, REG 1994 s. 2517. Neergaard benämner EG-domstolens praxis för "state action-doktrinen" (se Neergaard, EU-konkurrenceret og national regulering af advokaterhvervet, ERT 2002, s. 498–513, 499–500). Uttryckssättet blir i sig ett argument för att EG-domstolen har samma förhållningssätt till konkurrensbegränsande regleringar som Supreme Court, vilket dock kan ifrågasättas (se kapitel 3). EG-domstolens praxis på området är närmast rapsodisk och bör kanske inte ges en benämning som leder tanken till att EG-domstolen har resonerat på samma sätt som the Supreme Court.

Sammanfattning av praxis

Praxis kan sammanfattas så att det krävs ett samband mellan företag som har slutit ett avtal eller inlett ett samordnat förfarande i strid mot artikel 81 å ena sidan och medlemsstatens lagstiftning eller annat form av agerande å den andra. I den första punkten utgör medlemsstatens tvång eller uppmunt-
ran gentemot företagen sambandet mellan företagen och medlemsstaten. I den andra punkten består länken i att medlemsstaten sanktionerar (reinforce) ett otillåtet avtal eller samordnat förfarande. I det tredje fallet har medlemsstaten underlåtit att ta det ansvar för beslutsfattande på det ekonomiska området som den borde ha gjort och i stället delegerat makten till privata företag. Delegationen utgör detta samband mellan medlemsstatens agerande å ena sidan och företagens å andra.

Den sista punkten i EG-domstolens utarbetade praxis gäller det faktum att staten inte får delegera beslutanderätten på det ekonomiska området till enskilda företag. Detta betyder motsatsvis att medlemsstaterna själva får fatta beslut på det ekonomiska området. När medlemsstaterna behåller den yttersta beslutanderätten omfattas inte offentliga regleringar med konkurrensbegränsande effekter av artikel 3.1.g, 10 och 81. EG-domstolen godkänner att ett pris eller ett annat beslut på det ekonomiska området antingen kan beslutas av marknaden eller av staten. Något mellanting där privata aktörer ges möjlighet att binda upp andra aktörer med sina beslut på det ekonomiska området är inte möjligt. Kraven för att staten skall anses ha behållit det sista ordet vad gäller besluten är dock ganska låga.

Fall av otillåtet delegerande

Det finns ett fåtal exempel på att en medlemsstat har delegerat beslutanderätten på det ekonomiska området till privata aktörer. Två mål är *Clairmâ-
ler*⁴³¹ från 1985 och *Aubertmålet* från 1987.⁴³² Guy Clair respektive Yves Aubert var två franska vinbönder i distriktet Cognac. Den franska regeringen ansåg sig ha ett intresse av att det inte utbröt priskrig eller andra störningar vid produktionen av konjak. Därför hade en statlig nämnd "BNIC" – Bureau Nationale Interprofessionnel du Cognac – inrättats med representer för det franska jordbruksministeriet, vinodlare, handlare och producenter av konjak. Samtliga av BNIC:s medlemmar utsågs officiellt av staten. BNIC hade till uppgift att reglera pris och produktionsmängd på konjak, vilket givetvis ledde till att konkurrensen helt riskerade att åsidosättas. I de fall BNIC kunde enas om vissa priser eller produktionskvoter kunde

⁴³¹ Mål 123/83, Bureau national interprofessionnel du cognac mot Guy Clair, REG 1985 s. 391

⁴³² Mål 136/86, BNIC mot Aubert. REG 1987 s. 4789

nämnden be den franska jordbruksministern att utfärda nämndens beslut som en bindande förordning. Genom detta blev således BNIC:s beslut bindande för alla aktörer på konjaksmarknaden.

I *Clairmålet* hade vinhandlaren Clair köpt vin till ett pris som understeg det som BNIC låtit staten utfärda som det reglerade priset. BNIC stämde därför Clair vid domstol. I målet valde EG-domstolen att inte explicit hänvisa till 3.1.g, 10 och 81, men kom ändå fram till att BNIC:s beslut stred mot artikel 81 och således var ogiltigt. Den franska regleringen med identiskt innehåll som den otillåtna överenskommelsen kunde enligt domstolen inte hindra att EG-rätten tillämpades mot nämndens agerande.

Aubertmålet gällde en vinproducent som hade överskridit sin produktionskvot. BNIC stämde Aubert och krävde att en straffavgift skulle utdömas. Aubert hävdade att den franska regleringen stred mot EG-fördraget. I sitt förhandsavgörande gjorde EG-domstolen dels en bedömning av BNIC:s agerande och dels av den franska legislativa åtgärden att göra BNIC:s beslut bindande för alla aktörer på konjaksmarknaden, även för dem som inte själva deltog i BNIC:s arbete. EG-domstolen kom fram till att uppgörelsen mellan producenter och handlare angående pris och produktion inom BNIC i sig stred mot artikel 81. Den franska åtgärden att göra BNIC:s beslut allmänt gällande stred i sin tur mot artikel 3.1.g, 10 och 81. Den franska staten hade alltså i strid med fördraget vidtagit en åtgärd som förtog konkurrensreglernas effektivitet.

Kommissionen har med framgång drivit en process om fördragsbrott gentemot Italien i *C-35/96 CNSD-målet* som beskrivits ovan. Kommissionen mot Italien.⁴³³ Kommissionen väckte talan gentemot Italien enligt artikel 226 om fastställelse av fördragsbrott på grunden att Italien hade brutit mot artikel 10 och 81 genom att anta och bibehålla en lag som delegerade rätten att besluta om bindande tulltariffer för alla tullombud till ett organ kallat CNSD (tullombudens nationella råd). Samtliga medlemmar i CNSD var professionella tullombud. Den italienska lagstiftningen ålade inte CNSD att tillvarata allmänintresset. Därigenom hade Italien delegerat beslutsrätten på det ekonomiska området till en privat aktör.

I målet C-309/99 Wouters fann EG-domstolen att det faktum att ett nationellt advokatsamfund har fått ett uppdrag av staten att svara för viss normgivning inte är ett skäl att utesluta konkurrensreglernas tillämpning.⁴³⁴ Istället är det materiella innehållet i reglerna och deras syfte som avgör om dessa kan angripas med konkurrensreglerna. EG-domstolens slutsats var att en bestämmelse som reglerar advokatbyråers organisatoriska förhållande till

⁴³³ Mål C-35/96, Kommissionen mot Italien, REG 1998, s. I-3851 (CNSD)

⁴³⁴ Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Nederländska advokatsamfundet, REG 2002 s. I-1577

redovisningsfirmor och som är införd för att ta tillvara klientens intresse *inte* kan ses som ett konkurrensbegränsande avtal advokatbyråer emellan.⁴³⁵

Samma dag som Wouters avgjordes målet Arduino.⁴³⁶ Målet gällde en begäran om förhandsbesked huruvida det är förenligt med artikel 10 och 81 i EG-fördraget att en medlemsstat "genom lag eller andra föreskrifter godkänner en taxa som grundas på ett förslag från en yrkesorganisation för advokater, i vilken minimi- och maximiavvoden för utövarna av detta yrke fastställs, när denna statliga åtgärd vidtas inom ramen för ett sådant förfarande som det som stadgas i den italienska lagstiftningen."⁴³⁷ Här anförde domstolen att det faktum att en medlemsstat anförtror ett beslut om hur en taxa skall utformas till en yrkesorganisation leder inte detta med automatik till att taxan förlorar sin offentlighetsrättsliga karaktär. Trots att domstolen ansåg det saknas föreskrifter som med säkerhet garanterade att den aktuella organisationen tillvartog allmänintresset, föreföll det domstolen ändå som om den italienska staten hade behållit möjligheten att i sista hand själv besluta om taxan. Utgången i detta mål blev därför motsatt jämfört med CNSD-målet.⁴³⁸

5.5 Sammanfattande slutsatser och analys

5.5.1 Allmänt

Amerikansk rätt har sin Sherman Act. Amerikanska domstolar behöver inte gå in på en diskussion om konkurrens är lämpligt eller inte, eftersom kongressen anses ha tagit ställning för konkurrens genom att utfärda denna rättsakt. Av det föregående kapitlet framgick att den amerikanska konkurrensrätten och synen på konkurrens präglas av detta entydiga ställningstagande för konkurrens. EG-rätten har den inre marknaden, som implicerar att den ekonomiska utvecklingen i EG sker på marknadsekonomisk grund. Avvägningar gällande konkurrens eller reglering får balanseras mot bakgrund av detta ställningstagande.

⁴³⁵ Se även Neergaard, EU-konkurrenseret og national regulering af advokaterhvervet, ERT 2002, s. 498–513.

⁴³⁶ Mål C-35/99, Arduino mot Compagnia Assicuratrice RAS SpA, dom av den 19 februari 2002, REG 2002, s. 0000

⁴³⁷ Mål C-35/99, Arduino mot Compagnia Assicuratrice RAS SpA, dom av den 19 februari 2002, REG 2002, s. 0000, p. 32.

⁴³⁸ Neergaard har anført kritik mot CNSD-målet och anser att domstolens ställningstagande i Arduino är bättre. Neergaard, EU-konkurrenseret og national regulering af advokaterhvervet, ERT 2002, s. 498–513, 507–508.

5.5.2 Artikel 86 och 82

Går det att dra några hållbara slutsatser av EG-domstolens praxis gällande artikel 86.1 och 82? Domstolens sätt att resonera kring olika typer av konkurrensbegränsande regleringar framstår i och för sig som rationellt. Dessutom är resonemanget konsistent över lång tid. Målen kan delas in i olika kategorier. Den konkurrensbegränsande regleringen kan vara av "Albanytyp", dvs. de konkurrensbegränsande verkningarna accepteras fullt ut. Ett mål kan också vara av "Corbeautyp", där de konkurrensbegränsande verkningarna accepteras fullt ut på den huvudsakliga marknaden, men där uteslutande av konkurrensen inte accepteras på näraliggande marknader. Vidare kan en nationell reglering bedömas vara av "Höfnertyp", alltså trots att det rör sig om en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse kan utformningen av regleringen vara sådan att missbruk av dominerande ställning inte kan undvikas och regleringen i dess helhet strider mot EG-fördraget.

Domstolens bedömningar framstår som logiska sett i efterhand, men knappast någon hade med hygglig grad av sannolikhet kunnat förutsäga utgången i *Albany*, *Corbeau* eller *Höfner* i förväg. Det är fortfarande ett problem med EG-domstolens praxis på detta område att det är svårt att ens beskriva rättsläget. Ännu svårare är att med säkerhet säga om en konkret reglering i en enskild tvist strider mot EG-rätten eller inte – utan att ta hjälp av EG-domstolen via begäran om tolkningsbesked.

Några övergripande slutsatser kan ändå göras. Ett medlemskap i EG betyder att en nationalstat inte längre efter eget huvud kan välja att särreglera marknader. EG-fördraget sätter gränser. EG-medlemmarna måste visa en lojalitet med strävan att få den inre marknaden att fungera som en enhetlig marknad. Detta för med sig att konkurrensbegränsande regleringar som till sin natur inverkar menligt på den inre marknadens funktionssätt ges en restriktiv tolkning. Detta förhållande står inte i motsatsställning till sådana regleringars existens, så länge som regleringen leder till en uppenbar oförmåga att tillgodose efterfrågan på en marknad (*Höfnermålet*). I alla samhällen finns det företeelser som utgör ekonomisk aktivitet, men som inte skulle kunna uppstå på en konkurrensutsatt marknad. Detta är tydligt särskilt på socialförsäkringarnas område.

Fallen *Höfner*, *ERT*, *Porto di Genoa* och *Corbeau* och *RTT mot GB-Inno-BM* har alla det gemensamt att de har medfört att medlemsstater har blivit tvungna att avveckla rättsliga monopol som de har infört till förmån för ett företag eller (som i *Höfner-målet*) ensamrätten till att i egen regi bedriva viss verksamhet. I *Höfner-målet* ansåg domstolen att det i och för sig var möjligt för medlemsstaten att bevilja exklusiva rättigheter, men att dessa inte fick utformas så att företaget uppenbart inte kunde undvika att komma i konflikt med fördraget. De exklusiva rättigheterna i *ERT* och *Porto di Ge-*

noa var utformade på ett sådant sätt att företagen leddes till att bryta mot fördraget, vilket enligt domstolen inte är tillåtet. I *Corbeau-målet* valde domstolen att "godkänna" de exklusiva rättigheter som var förknippade med tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse, medan övriga delar av den belgiska postens exklusiva rättigheterna var inte möjliga att upprätthålla.

Av redovisningen ovan kan följande slutsatser angående medlemsstaternas möjligheter att bevilja företag särskilda eller exklusiva rättigheter för närvarande dras. Offentliga företag och företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter måste följa fördragets konkurrensregler på samma sätt som privata företag. Företag som bedriver verksamhet som motiveras utifrån ett allmänt ekonomiskt intresse kan dock undgå konkurrensreglernas förbud. Själva beviljandet av exklusiva rättigheter i enlighet med artikel 86.1, som medför att företag kommer att inneha en dominerande ställning, är inte i sig oförenligt med artikel 82. Emellertid föreligger en konflikt med fördraget om medlemsstaten medverkar till att företaget missbrukar sin dominerande ställning, t.ex. genom att fastställa företagets överprissättning. Vidare föreligger en konflikt om den exklusiva rättigheten är konstruerad på ett sådant sätt att företaget inte kan undvika eller leds till att bryta mot artikel 82. En reglering får inte leda till en exklusiv rättighet om det är uppenbart att företaget som erhåller denna rättighet inte kan tillgodose efterfrågan på marknaden. I de fall det föreligger ett godtagbart rättsligt monopol (t.ex. på telekommunikationsområdet) får inte medlemsstaten utöka detta monopol till att omfatta angränsande marknader

5.5.3 Nationell lagstiftning i strid med artikel 81

Rättsläget har sedan 1993 varit stabilt. Domstolen har upprepade gånger slagit fast att medlemsstaterna inte får förta konkurrensreglernas effektivitet genom legislativa åtgärder. Som exempel anges sedan de tre punkterna som redovisats ovan. Inget hindrar att denna praxis vidareutvecklats och att domstolen kommer att ange nya exempel på när en medlemsstat har förtagit konkurrensreglernas effektivitet. Emellertid står det klart att artikel 3.1.g, 81 och 10 inte innebär kan utgöra en rättslig grund för en generell EG-rättslig kontroll av medlemsstaternas rättsakter med konkurrensbegränsande effekter.

Innan EG-domstolen nådde fram till sitt avgörande i mål som Meng (och vad gäller fri rörlighet för varor, det viktiga Keck-målet) fanns en kritik mot den för att den alltför mycket blandade sig i legitima nationella avväganden utan att det för den skull fanns ett gemenskapsintresse av tillräcklig vikt. EG-domstolens mer återhållsamma attityd fick ett uppskattande mottagande

de.⁴³⁹ EG-domstolen kritiseras numera snarare för att den är så formell vad gäller de tre "Van Eycke-kriterierna".⁴⁴⁰

Det finns emellertid några anmärkningar som kan göras. Det sägs ofta att de tre Van Eycke-kriterierna utgör en kompetensfördelningsnorm mellan EU och medlemsstaterna.⁴⁴¹ Det två första kriterierna kan lämnas därhän, eftersom de i huvudsak endast utgör en precisering av vad som sägs i artikel 81 EG. Det tredje utgör stånpunkten att EG-domstolen inte får delegera ekonomiskt beslutsfattande gällande marknaders till privata aktörer. CNSD-målet visar att det faktiskt är möjligt att fälla en medlemsstat för fördragsbrott om detta ändå görs.⁴⁴² Vidare bör beaktas Aubertmålet.⁴⁴³ I dessa båda mål har EG-fördraget så att säga brutit igenom medlemsstaternas reglering. Då är det riktigare att kalla detta för en kompetensfördelningsnorm "med undantag". Att kalla Van Eycke-kriterierna för "den europeiska state-actiondoktrinen"⁴⁴⁴ riskerar emellertid att bli vilseledande. Det kan inte anses vara lämpligt att ta ett specifikt begrepp från en rättsordning och använda den till att få sammanfatta en viss rättsutveckling i en helt annan rättsordning.

⁴³⁹ Wahl, Recent Developments Regarding Barriers to Trade: A General Shift of Emphasis?, i Dealing with Integration, (Cameron, I, Simoni, A. (red.), 1996, s. 123–139, 139

⁴⁴⁰ Se t.ex. Schepel, H, Delegation of regulatory powers to private parties under EC competition law: Towards a procedural public interest test, 39 CMLRev. 2002 s. 31–51.

⁴⁴¹

⁴⁴² Mål C-35/96, Kommissionen mot Italien, REG 1998, s. I-3851 (CNSD).

⁴⁴³ Mål 136/86, BNIC mot Aubert. REG 1987 s. 4789

⁴⁴⁴ Neergaard, EU-konkurrenceret og national regulering af advokaterhvervet, ERT 2002, s. 498–513, 499–500

6 Förhållandet mellan konkurrensregler och särregleringar i dansk rätt

Danmark tillhör liksom Sverige den nordiska rättsfamiljen, som i allmänhet anses vara en undergrupp till den kontinentala rättsfamiljen.⁴⁴⁵ Den danska och den svenska rättsordningen har många gemensamma drag, vilket är en naturlig följd av de i stort likartade ekonomiska, geografiska och befolkningsmässiga förhållandena. Båda länderna är idag välfärdsstater av nordiskt snitt. Samhällsekonomin baseras på det marknadsekonomiska systemet, den offentliga sektorn är stor och skattenivån hög. Ur kulturell, språklig och ideologisk synvinkel – bland annat vad gäller synen på jämställdhet mellan könen – finns också stora likheter. Numera är båda länderna med i EU, men Danmark, som har varit medlem sedan 1973, har längre erfarenhet av samspelet mellan EG-rätten och nationell rätt.

Sverige och Danmark är dock i andra avseenden mycket olika, till exempel vad avser näringslivsstrukturen. Sverige har nästan dubbelt så många företag med färre än 20 anställda än Danmark. Danmark har å andra sidan nästan dubbelt så många företag med 20–100 anställda.⁴⁴⁶ Vidare har Danmarks näringsliv till skillnad från det svenska inte dominerats av en liten grupp riktigt stora företag. Vad gäller den offentliga förvaltningen finns stora skillnader, vilket närmast beror på att Sverige är tämligen ensam i Europa om en förvaltningsmodell med självständiga myndigheter och förbud mot

⁴⁴⁵ Se diskussionen om indelning i olika rättsfamiljer ovan i kapitel 1.3.1

⁴⁴⁶ Antal företag med 1-19 anställda är i Danmark 271 692 st stycken. För Sverige är siffran 513 020. Danmark har drygt 22.000 företag med 20–100 anställda uppgift (år 2000), medan Sverige har ca 11.500 sådana företag. Källa: Nyt fra Danmarks statistik. Nr 142, 12 april 2002 respektive SCB:s statistik om företag inom näringslivet år 2000 (www.scb.se). För båda länderna rör det sig om siffror från år 2000.

s.k. ministerstyre. Sådana förvaltningspolitiska skillnader blir märkbara även på konkurrensrättens område.

Inom civilrätten har av tradition funnits ett välfungerande nordiskt samarbete, men något sådant samarbete har inte bedrivits inom konkurrensrätten.⁴⁴⁷ Den danska utvecklingen på konkurrensrättens område uppvisar ändå en okoordinerad likhet med den svenska.⁴⁴⁸ I Danmark liksom Sverige har under årens lopp skett en försiktig rättsutveckling av en konkurrenslag baserad på missbruksprincipen, med tonvikt på administrativ kontroll av eventuella konkurrensbegränsande avtal. I och med de båda ländernas medlemskap i EU har emellertid ett närmande till EG-fördragets konkurrensregler skett. Båda ländernas konkurrenslagar är numera mycket lika den EG-rättsliga regleringen.

Den nuvarande danska konkurrenslagen är *Konkurrenceloven* (nr. 384 av 10 juni 1997) och är i sin helhet publicerad som LBK (Lovbekendtgørelse) 539/28.6/2002. I Sverige kom anpassningen till EG-rätten i ett slag 1993. I Danmark utfärdades en konkurrenslag med de EG-rättsliga konkurrensreglerna som förebild först 1997.. Därefter har lagändringar genomförts år 2000⁴⁴⁹ och 2002.⁴⁵⁰ Sådana täta ändringar sker även i Sverige. EG-anpassningen medför att vid större förändringar gällande EG:s konkurrensrätt måste också ändringar genomföras nationellt. Emellertid verkar det i Danmark också ha uppstått missnöje efter varje lagreform med att konkurrenceloven ändå inte blivit tillräckligt anpassad till EG-rätten och därför har nya lagändringar genomförts.

I dansk rätt finns en anvisning hur konkurrensbegränsande offentliga regleringar skall hanteras direkt i själva lagen, vilket utgör en intressant skillnad jämfört med svensk rätt. Dessutom har frågan huruvida konkurrenslagen skall vara tillämplig på offentlig näringsverksamhet blivit föremål för en mer utbredd diskussion än i Sverige. Syftet med detta kapitel är att redovisa hur konkurrensbegränsande offentliga regleringar hanteras i dansk rätt.

⁴⁴⁷ Bernitz, *Konkurrens och priser i Norden*, 1971, s. 8–9

⁴⁴⁸ Bernitz, *Konkurrens och priser i Norden*, s. 235–237, Edwardsson, *Kollektiv arbetsrätt och konkurrensrätt – rättsläget i de nordiska länderna*. Rapport från Nordiska Ministerrådet ANP 2002:706 Skærningsfeltet mellem kollektive overenskomster og konkurrenceretten, s. 23–41.

⁴⁴⁹ Lov nr. 416 från 31.05.2000.

⁴⁵⁰ Lov nr. 426 från 6.6.2002.

6.1 Den danska konkurrensrätten före 1997

6.1.1 Missbruksprincipen och transparens

Först några ord om den lagstiftning som gällde före 1997. En huvudsaklig metod att motverka konkurrensbegränsningar var tidigare att ge offentlighet åt förhållandena på marknaden, dvs. enligt lag förelåg anmälningsskyldighet av konkurrensbegränsande avtal och innehav av monopolställning.⁴⁵¹ Den bakomliggande tanken var att ju mer transparent en marknad var, desto mindre skulle behovet vara av ingripande från den konkurrensvårdande myndighetens sida.⁴⁵² Vidare gällde missbruksprincipen eller *kontrollprincippet*, vilket innebar att konkurrensbegränsande avtal eller förfarande först ansågs förbjudna efter det att konkurrensmyndigheten (Konkurrencerådet, före 1989 benämnd Monopoltilsynet) hade ingripit i enlighet med lagen. Myndigheten hade möjlighet att meddela förelägganden riktade till företag att upphöra med konkurrensbegränsande avtal, men avtalen var inte ogiltiga i sig. Dessa båda principer var för övrigt fram till 1990-talet ett gemensamt drag för de nordiska ländernas konkurrensrätt, även om lagarna också innehöll förbud mot konkurrensbegränsningar, som bedömdes vara av särskilt allvarligt slag.⁴⁵³

6.1.2 Monopolloven endast tillämplig på privat näringsverksamhet

Konkurrensbegränsningar till följd av konkurrensbegränsande regleringar eller till följd av offentlig näringsverksamhet har gradvis kommit att omfattas av den danska konkurrenslagens tillämpningsområde. Utgångspunkten i den första egentliga konkurrenslagen – Monopolloven från 1955 – var att lagen var tillämplig enbart på privat näringsverksamhet och att ingripande mot konkurrensbegränsning inte kunde ske i fråga om utövande av näringsverksamhet som i samband med en särskild författning hade bestämts eller godkänts av det offentliga. Regeln att lagen endast gällde privat näringsverksamhet gjorde det formellt möjligt för offentliga företag att agera på

⁴⁵¹ Den danska konkurrensrättens utveckling före 1997 beskrivs bland annat i Bernitz, *Konkurrens och priser i Norden*, 1971, s. 14–17, Von Eyben, *Monopoler og priser*, 1980, s. 7–13, Fosdal, *Konkurrenceloven*, 1990, s. 21–22, Sølvkjær, *Konkurrenceloven med kommentarer*, 1990, s. 15–18.

⁴⁵² Fejø, *Konkurrenceloven af 1997*, s. 35

⁴⁵³ Bernitz, *Konkurrens og priser i Norden*, s. 29. Missbruksprincipen kompletterades i dansk rätt av ett suspenderbart förbud mot bruttoprissättning. Konkurrencerådet kunde således tillåta bruttoprissättning om det fanns särskilda skäl för detta (enligt 1989 års Konkurrencelov, §14).

marknaden utan att bry sig om konkurrenslagens förbud. Monopoltilsynet ansåg dock att konkurrenslagen kunde tillämpas även på sådan näringsverksamhet som staten eller en kommun utövade på en ”vanlig” marknad.⁴⁵⁴ Däremot ansågs lagen inte vara tillämplig på public utilities verksamhet som gas, telekommunikation etc.

6.1.3 1989 års konkurrenancelov – utökad räckvidd, men utan tvångsmedel för offentligt reglerad verksamhet

Monopolloven ersattes 1989 med Konkurrenceloven. Nu ändrades bestämmelsen om lagens tillämplighet och lagen gjordes formellt gällande även på offentligt reglerad näringsverksamhet. Emellertid gavs inte Konkurrenserådet möjlighet att använda de tvångsmedel som annars fanns att tillgå mot konkurrensbegränsningar i samband med offentligt reglerad näringsverksamhet.⁴⁵⁵ Däremot gjordes reglerna om obligatorisk anmälan av konkurrensbegränsande avtal och sådana omständigheter som bidrog till innehav av monopolställning fullt ut tillämpliga även på offentligt reglerad näringsverksamhet. I 1989 års konkurrenslag lagfästes Monopoltilsynets restriktiva praxis genom att det gjordes till ett explicit villkor att konkurrenslagen gav vika endast vid sådan näringsverksamhet som med laga stöd (*”særlig hjemmel”*) godkänts eller bestämts av det offentliga samt att det laga stödet var utnyttjat, dvs. att det laga stödet rent faktiskt hade utnyttjats till att reglera verksamhet som annars hade omfattats av konkurrenslagen.⁴⁵⁶

Redan några år efter den nya lagens ikraftträdande debatterades i Folketinget om konkurrenslagen skulle anpassas ytterligare till EG-fördragets regler.⁴⁵⁷ Som skäl anfördes i den danska debatten att många andra länder inom EU redan genomfört en anpassning och att Danmark inom några få år riskerade att vara ensam om att ha en konkurrenslag byggd på missbruksprincipen.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ Von Eyben, s. 98–99

⁴⁵⁵ Konkurrenserådet hade annars möjlighet att genom förhandling få konkurrensbegränsningen att upphöra (11 §), meddela föreläggande till företag att upphöra med konkurrensbegränsning (12 §), tvångsmässigt fastställa högsta priser eller största vinst (13§) samt på grund av särskilda skäl utfärda tillstånd till bruttoprissättning (14§).

⁴⁵⁶ Sølvkjær, s. 36, Fosdal, s. 42–43

⁴⁵⁷ Koltvedgaard framhåller att lagreformen 1989 var otillräcklig. Den bristande EU-konformiteten gick i längden inte att upprätthålla, se Koltvedgaard, *Lærebog i konkurrencret*, 2003, s. 128.

⁴⁵⁸ En utredning resulterade i Betänkning nr. 1297/1995, Konkurrencelovgivning i Danmark, Bind I–II, där det emellertid föreslogs att missbruksprincipen skulle behållas, men att förbud skulle införas för ytterligare några typer av konkurrensbegränsande förfarande. Det framfördes bland annat farhågor att det skulle vara alltför komplicerat för mindre företag att

6.2 Konkurrenceloven. Lov nr. 384 av 10 juni 1997 – med senare ändringar

6.2.1 Ytterligare lagreformer

Utvecklingen i dansk rätt på konkurrensrättens område illustrerar hur EG-fördragets konkurrensregler verkar harmoniserande, trots att det saknas kompetens hos EU att besluta om hur nationella konkurrenslagar skall vara beskaffade. Konkurrenceloven från 1989 ersattes redan 1997 med en mer EG-anpassad konkurrenslag, vilken i sin tur inte hann vara i kraft ens i tre år innan en ytterligare en EG-anpassning beslutades. I huvudsak innebar ändringarna år 2000 att företagsförvävsregler infördes i konkurrenceloven och att regleringen av förbudet mot missbruk av dominerande ställning blev än mer lik EG:s regler samt att Konkurrencerådet fick behörighet att tillämpa artikel 81 och 82 i EG-fördraget. Emellertid förelåg fortfarande skillnad vad gäller böterna (den svenska konkurrenslagen föreskriver konkurrensskadeavgift). Genom ytterligare en ändring år 2002 skärptes konkurrenceloven på denna punkt. I samband med ändringen 2002 förbättrades även Konkurrencerådets möjligheter att uttala sig om offentliga konkurrensbegränsningar.

459

6.2.2 Lagens ändamål och räckvidd

Texten till konkurrenceloven föreligger i konsoliderad version som Lovbekendtgørelse nr. 539 från den 28 juni 2002. Den danska konkurrenceloven inleds med en ändamålsparagraf där det anges att lagens syfte är att *”fremme en effektiv samfundsmæssig resourceanvendelse gennem virksom konkurrence.* (§1)” I lagens förarbeten anføres att konkurrens är ett naturligt medel i syfte att uppnå effektiv resursanvändning i ett marknadsekonomiskt präglat samhälle.⁴⁶⁰ Det framhålls att andra intressen som till exempel kon-

anpassa sig till en förbudsprincip utan sakkunnigt bistånd (Betænkning 1297/95 s. 307–309). Erhvervsministeriet valde dock att inte följa utredningens rekommendationer, utan lade 1997 fram förslaget till ny konkurrenslag baserad på förbudsprincipen

⁴⁵⁹ En beskrivning av den gradvisa anpassningen av dansk konkurrencelov till EG-rätten finns t.ex. i Levinsen, 2001, s. 18–28, Kocktvedgaard, 2003, s. 127–129

⁴⁶⁰ Se Bemærkninger från 20 februari 1997 till Lovforslag nr. L 172 til Konkurrencelov, til §1. Förarbetena till den danska konkurrenslagstiftningen finns tillgängliga på den danska Konkurrencestyrelsens hemsida www.ks.dk. Emellertid saknas då sidhänvisningarna till Folketingstidende. Istället för att använda den tryckta Folketingstidende i original har använts de av Konkurrencestyrelsen utgivna publikationerna Konkurrenceloven – med forarbejder (2002,) respektive Den ny konkurrencelov med forarbejder (1998, kallad KS 1998). Den

summentintresset bäst tillgodoses om samhällets resurser utnyttjas på ett optimalt sätt.⁴⁶¹ Valet att endast ange samhällsekonomisk effektivitet som överordnad målsättning för konkurrenslagen är medvetet.⁴⁶²

Lagen omfattar enligt §2 varje form av näringsverksamhet både offentlig och privat (mer om §2 nedan) samt, intressant nog, stöd med offentliga medel till näringsverksamhet.

Liksom i svensk rätt finns det ett uttryckligt arbetsrättsligt undantag. Lagen tillämpas enligt §3 inte på löne- och arbetsförhållanden. Paragrafen överensstämmer innehållsmässigt med motsvarande undantag i 1989 års konkurrenslag. Det framgår av motiven att undantaget enbart gäller sådant som har anknytning till det egentliga löne- och anställningsförhållandet och endast förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare i denna deras egen-skap.⁴⁶³

I lagen finns i § 4 en princip om ”one-stop-shop” i förhållande till EG-rätten, då det anges att bestämmelserna i lagens kapitel 2 (Forbud mot visse konkurrencebegränsande aftaler) inte är tillämpliga på konkurrensbegränsande förfarande som omfattas av ett individuellt undantag enligt artikel 81.3 EG eller som faller in under ett av EG:s gruppundantag. Genom lagändringen år 2000 infördes möjligheten för Konkurrenserådet att tillämpa EG-fördragets artikel 81.1 och 82 (§ 23 a).⁴⁶⁴

6.2.3 Förbudsprincipen och EU-konformitet

1997 års konkurrencelov innebar en principiell förändring av den konkurrensrättsliga regleringen i Danmark.⁴⁶⁵ Det övergripande syftet med lagändringen var att närmare anpassa den danska konkurrenslagstiftningen till

förstnämnda innehåller sidnumren i F.T. Tillæg A och dessa har angivits. Hänvisningar till förarbeten från 1997 görs med angivande av kapitelrubrik, tillsammans med sidnumret i publikationen KS 1998.

⁴⁶¹ Bemærkninger från 20 februari 1997 til L 172, til §1, KS 1998, s. 37

⁴⁶² Koktvedgaard anför att betydelsen av ändamåls paragrafen inte skall överdrivas. Koktvedgaard, 2003, s. 129–133. Samhällsekonomisk effektivitet är inte ensamt om att vara ett angeläget intresse. Koktvedgaard påpekar även att Konkurrenserådet är fortsatt partssammansatt och att enskilda ledamöter kan lägga vikt vid andra ting än samhällsekonomisk effektivitet, utan att det kommer till uttryck i rådets avgöranden. Fejø menar att ändamålsparagrafen är en generell programförklaring som knappast kan påverka tolkningen av enskilda föreskrifter i lagen, Fejø, 1997, s. 44

⁴⁶³ Bemærkninger från 20 februari 1997 til L 172, til §3, KS 1998, s. 43

⁴⁶⁴ Danska domstolar har emellertid i sedvanlig utsträckning kunnat tillämpa de direkt tillämpliga artikel 81.1 och 82 (sedan 1/1 2003 även artikel 81.3). Koktvedgaard anser att danska domstolar har spelat en mycket tillbakadragen roll på konkurrensrättens område. Koktvedgaard, s. 137–138

⁴⁶⁵ Koktvedgaard, s. 127

EG:s konkurrensregler. Även i dansk konkurrensrätt är således förbudsprincipen den grundläggande principen i konkurrenslagstiftningen i och med de lagändringar som genomförts år 2000 och 2002.⁴⁶⁶

Viktigt är även att det råder en generell princip om vad som benämns ”EU-konformitet”, genom att det på flera ställen i förarbetena framhålls att konkurrenzelovens regler skall tolkas och tillämpas i konformitet med EU-kommissionens och EG-domstolens praxis.⁴⁶⁷ Koktvedgaard tolkar kravet på EU-konformitet så, att danska myndigheter inte skall sträva efter att utarbeta egna rättsliga standarder som avviker från de EG-rättsliga.⁴⁶⁸

6.2.4 Administration

Konkurrenserådet är det organ som enligt §14 ansvarar för tillämpning och administration av lagen. Konkurrenserådet står inte i ett underordnat förhållande till Økonomi- och Erhvervsministeriet, utan har en självständig ställning.⁴⁶⁹ Konkurrenserådets kan själv initiera en utredning om eventuell överträdelse av förbuden i lagen. En utredning kan också inledas efter anmälan eller efter hänvisning från EU-kommissionen.

En väsentlig skillnad mellan svensk och dansk konkurrensrätt är att den ansvariga myndigheten Konkurrenserådet är ett partssammansatt organ. Rådet består av en ordförande och ytterligare 18 ledamöter (§15). Medlemmarna utses av näringsministern. Av sammanlagt nitton ledamöter är ordföranden och åtta ledamöter oberoende av näringslivs- och konsumentintressen. En av dessa oberoende ledamöter skall ha särskild insikt i villkoren för statlig näringsverksamhet. En majoritet av ledamöterna – tio stycken – är däremot utsedda av olika branschorganisationer och liknande.⁴⁷⁰ Rådet förutsätts besitta en allsidig kännedom om offentlig och privat näringsverksamhet samt juridiska, ekonomiska, finansiella och konsumentrelevanta

⁴⁶⁶ Koktvedgaard framhåller att införandet av förbudsprincipen medför att ett danskt företag som lidit skada av ett annat företags olagliga handlande har möjlighet att anlägga ett ”erstatningssøgsmål”. Detta får då ske i enlighet med dansk rätts allmänna regler. Koktvedgaard, s. 135–136

⁴⁶⁷ Koktvedgaard, s. 136–138

⁴⁶⁸ Koktvedgaard, s. 137

⁴⁶⁹ Den danska myndighetsorganisationen kompletteras med särskilda förvaltningsorgan, vilket Konkurrenserådet och Konkurrenceankenævnet är exempel på. Dessa fristående råd och nämnder utövar tillsyn och behandlar talan om besvär mot myndighets beslut, se Zahle, Dansk forfatningsret, 1995, s. 200–201

⁴⁷⁰ I början av 2003 hade följande organisationer en representant i Konkurrenserådet: Dansk Industri, Forbrugerrådet, Realkreditrådet, Danske Entreprenører, Arbejderbevægelsens Erhvervsråd, Landbrugsraadet – Axelborg, Kommunernes Landsforening, Amtsrådsforeningen, Det danske Handelskammer, Håndverksrådet. De personliga suppleanterna kommer från ytterligare några intresseorganisationer.

spörsmål. Antalet ledamöter utökades i och med lagreformen 1997 från 15 till 18 med motiveringen att en stor del av rådets verksamhet berör offentlig näringsverksamhet. Därför tillkom ledamöter från bland annat Kommunernes Landsforening.⁴⁷¹ Som sekretariat åt Konkurrenserådet fungerar Konkurrencestyrelsen. Konkurrencestyrelsen sköter den dagliga administrationen av lagen på rådets vägnar, medan Konkurrenserådet förutsätts behandla ärenden av mer principiell betydelse.

I Sverige är myndigheterna självständiga och ingen myndighet, ej heller riksdagen, får bestämma hur en förvaltningsmyndighet skall besluta i ett enskilt ärende som rör myndighetsutövning mot enskild eller tillämpning av lag enligt RF 11:7. I Danmark är myndighetsorganisationen i regel hierarkisk och det är naturligt att olika styrelser lyder direkt under den ansvariga ministern och ministerns departement.⁴⁷²

Vid tillämpning av konkurrenceloven agerar dock Konkurrenserådet och Konkurrencestyrelsen som redan nämnts helt oberoende av näringsministern.⁴⁷³ Detta innebär att ministern inte har rätt att ge instruktioner angående ärendens handläggning eller att ändra beslut som har fattats. Konkurrenserådets handläggning av konkurrenslagen kan inte bringas inför ministern, men väl inför Konkurrenceankenævnet (se nedan).

I det fall företag ägnar sig åt verksamhet som begränsar konkurrensen i strid med något av förbuden kan Konkurrenserådet enligt §16 rikta ålägganden (påbud) till företagen att upphäva avtal, avtalsvillkor o.d., bestämma maximipriser eller utfärda bestämmelse om att vissa kalkyleringssätt skall tillämpas. Vidare kan Konkurrenserådet ålägga ett företag att sälja till annat företag till det pris som annars används vid liknande försäljningar. Det finns också möjlighet att ålägga företag att ge andra företag tillgång till nödvändig infrastruktur. Konkurrenserådet har även rätt att av företag kräva alla upplysningar som det anser nödvändigt för att kunna tillämpa lagen (§17) liksom att på ort och ställe få tillgång till ett företags lokaler och även kopiera varje form av skriftligt eller elektroniskt lagrat material (§18).

⁴⁷¹ Koktvedgaard är kritisk mot att Konkurrenserådet även fortsättningsvis är partssammansatt. Han ser det som ett uttryck för en förlegad korporativ förvaltningsidé. Koktvedgaard menar att mot bakgrund av att konkurrensrättslig praxis och erfarenhet idag är betydande och med tydlig anknytning till europeisk praxis, borde partssammansättningen av Konkurrenserådet ha upphört. Han anför även att ett råds inflytande i allmänhet är omvänt proportionellt mot dess storlek, se Koktvedgaard, s. 166

⁴⁷² Zahle, Dansk forfatningsret I, 1995, s. 200–202

⁴⁷³ Koktvedgaard, s. 162

6.2.5 Konkurrenceankenævnet

Konkurrencerådets avgörande kan överklagas till Konkurrenceankenævnet, som är en administrativ besvärsmyndighet och inte en domstol. Utgångspunkten är att i stort sett alla av Konkurrencerådets avgöranden kan överklagas (§19). Talan kan föras av den som beslutet riktar sig till (§19 st. 2 p.1) eller tredje man med ett individuellt och väsentligt intresse av ärendet (§19 st. 2 p. 2). Besvärstiden är fyra veckor. Konkurrenceankenævnet har tre ledamöter, varav en lagfaren domare i högsta domstolen.⁴⁷⁴ En ledamot skall ha särskilda kunskaper i juridik, den andra i ekonomi.

Konkurrenceankenævnet kan pröva Konkurrencerådets avgörande fullt ut i både formellt och materiellt hänseende.⁴⁷⁵ I den för denna framställning viktiga § 2 gällande sådant som är en direkt och nödvändig följd av en offentlig reglering gäller detta emellertid inte. Det betyder att varken Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet kan pröva räckvidden av § 2 st. 4. Endast Konkurrencerådets avgöranden enligt § 2 st. 1 (Loven omfatter enhver form for erhvervsvirksomhed samt støtte ved hjælp af offentlige midler til erhvervsvirksomhed) är tillgängliga för ankenævnets prövning.

6.3 Behandlingen av konkurrensbegränsande offentliga regleringar i dansk rätt

Konkurrenslagens tillämpningsområde anges i §2, som har följande lydelse:

§ 2. Loven omfatter enhver form for erhvervsvirksomhed samt støtte ved hjælp af offentlige midler til erhvervsvirksomhed.

Stk. 2. Reglerne i kapitel 2 og 3 gælder ikke, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. En konkurrencebegrænsning, som er fastsat af en kommunalbestyrelse, er kun en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, når konkurrencebegrænsningen er nødvendig for, at kommunalbestyrelsen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivning.

⁴⁷⁴ Här kan noteras en skillnad mot 1989 år Konkurrencelov då Konkurrenceankenævnet var sammansatt av en domare, en sakkunnig i ekonomi och en representant från näringslivet, istället för en juridisk expert.

⁴⁷⁵ I dansk förvaltningsrätt i övrigt har domstolarna tidigare endast utövat en legalitetskontroll, medan den materiella bedömningen som myndigheten gjort inte har kunnat prövas. Dansk forfatningsret II, s. 228–234

Stk. 3. Beslutninger truffet af bestyrelsen i et kommunalt fællesskab, jf. § 60 i lov om kommunernes styrelse, sidestilles med beslutninger truffet af kommunalbestyrelsen, jf. stk. 2

Stk. 4. Afgørelse af, hvorvidt en konkurrencebegrænsning er omfattet af stk. 2, træffes af den minister, under hvis ressortområde den pågældende regulering henhører. Anmoder Konkurrencerådet vedkommende minister om at afgøre, hvorvidt en konkurrencebegrænsning er omfattet af stk. 2, skal ministeren træffe afgørelse senest fire uger fra modtagelsen af rådets anmodning. Konkurrencerådet kan forlænge fristen.

Stk. 5. Hvis Konkurrencerådet finder, at en offentlig regulering eller en støtteordning kan have skadelige virkninger for konkurrencen eller i øvrigt kan hindre en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse, kan rådet til vedkommende minister samt økonomi- og erhvervsministeren afgive en begrundet udtalelse, som påpeger mulige skadelige virkninger for konkurrencen, samt fremkomme med forslag til fremme af konkurrencen på området. Vedkommende minister skal efter forhandling med økonomi- og erhvervsministeren svare på Konkurrencerådets udtalelse senest fire måneder fra modtagelsen af rådets udtalelse. Konkurrencerådet kan forlænge fristen.

Stk. 6 (upphævd)

6.3.1 Lagens tillämpningsområde

I § 2 st. 1 anges som materiellt tillämpningsområde att lagen gäller varje form av erhvervsvirksomhed samt även offentligt stöd till sådan verksamhet.⁴⁷⁶ Med erhvervsvirksomhed avses enligt lagförslaget varje ekonomisk aktivitet som försiggår på en marknad för varor eller tjänster. Både offentlig och privat näringsverksamhet omfattas av lagen. Den grundläggande avsikten med §2 st. 1 är att säkerställa att offentlig och privat näringsverksamhet likställs.⁴⁷⁷ Som offentlig näringsverksamhet betraktas näringsverksamhet som utförs av den danska stats- eller kommunalförvaltningen eller av andra myndigheter.⁴⁷⁸ Det danska ordet erhvervsvirksomhed översätts enklast med ”näringsverksamhet”, men då måste det hållas i minnet att näringsverksam-

⁴⁷⁶ Tillämpningsområdet snävas även in av undantaget för lön- och anställningsvillkor (§3) och bestäms i geografiskt hänseende av §29, som stadgar att lagen ej är tillämplig på Färöarna och Grönland.

⁴⁷⁷ Bemærkninger från 20 februari 1997 til L 172, til § 2, KS 1998, s. 39

⁴⁷⁸ Bemærkninger från 20 februari 1997 til L 172, til § 2, KS 1998, s. 39–40

het är detsamma som ekonomisk aktivitet i vid mening. I motsats till det tidigare danska rättsläget omfattas numera offentligt transportväsen, hamnverksamhet, sjukvård, skola och äldreomsorg av konkurrenslagen.⁴⁷⁹ Dessa verksamheter består i utbyte av tjänster eller varor på en marknad och har därför betydelse för konkurrensen.

Myndighetsutövning faller utanför begreppet näringsverksamhet. Som myndighetsutövning betraktas konkreta förvaltningsåtgärder, regeltolkning, utfärdandet av regler och föreskrifter samt service till Folketinget, minister, kommunalbestyrelse och amtsråd.⁴⁸⁰

Vid sidan om myndighetsutövning anses i enlighet med tidigare dansk praxis inte heller så kallad *in house-produktion* dvs. en stats- eller kommunalförvaltnings egenproduktion av varor eller tjänster för eget bruk, utgöra näringsverksamhet.⁴⁸¹ Sådan verksamhet anses inte ha direkt betydelse för konkurrensen i näringslivet.⁴⁸² En kommunalförvaltning kan t.ex. ha ett eget tryckeri eller egna kafeterior för de anställda.⁴⁸³ När en kommun tillhåller barnomsorg, äldreomsorg eller sophantering är detta inte *in house* produktion, eftersom verksamheten inte syftar till att tillgodose en intern efterfrågan.⁴⁸⁴

En annan situation som berörs i danska förarbeten är när det i andra lagar har fastlagts särskilda regler med syfte att aktivt främja konkurrensen på en eller flera delmarknader, så kallad sektorsspecifika lagar. Som exempel anförs att det finns bestämmelser i dansk telekommunikationslagstiftning som anger särskilda krav för prissättning av samtrafik och samtrafikvillkor. Här anförs att det följer av den allmänna rättsprincipen *lex specialis* att sådana ingripandemöjligheter måste ges företräde framför konkurrenslagens regler.⁴⁸⁵ Det är en rimlig uppfattning att speciallagsprincipen kommer till användning endast när den särskilda lagen syftar till att reglera samma område

⁴⁷⁹ Levinsen, 2001, s. 48–49

⁴⁸⁰ Bemærkninger från 20 februari 1997 til L 172, til § 2, KS 1998, s. 40, Levinsen, 2001 s. 51–53

⁴⁸¹ Bemærkninger från 20 februari 1997 til L 172, til § 2, KS 1998, s. 40, Levinsen, 2001, s. 50–51

⁴⁸² Bemærkninger från 20 februari 1997 til L 172, til § 2, KS 1998, s. 40

⁴⁸³ De närmare gränserna för begreppet *in house-produktion* är inte helt klarlagda. Hela statsförvaltningen kan knappast anses utgöra en enda enhet, vars interna utbyte av tjänste- och varuproduktion skulle falla utanför konkurrencelovens tillämpningsområde. Se Fejø s. 54. Emellertid är det mer osäkert vad som gäller mellan olika departement och deras underlydande styrelser, se Konkurrencerådets henvendelser og udtalelser til offentlig myndigheder, 1998 (KS-Vägledningen), s. 7. Som en tredje typ av verksamhet som faller utanför begreppet näringsverksamhet anges i vägledningen offentlig näringsmässig verksamhet som inte löses i den privata sektorn, KS-Vägledningen, s. 8

⁴⁸⁴ F.T. 1996-97, (2:a tilläggsbetänkandet, s. 5, fråga 115. KS 1998, s. 269–272)

⁴⁸⁵ Bemærkninger från 20 februari 1997 til L 172, til § 2, F.T. 1996-97, s. 14, KS 1998, s. 41

som den generella lagen. Konkurrenserådet bör i dessa fall avhålla sig från att försöka ingripa i frågor som en sektorsspecifik myndighet har kompetens att hantera.⁴⁸⁶ Föreligger det tvivel om omfånget på den sektorsspecifika lagstiftningen, utgör konkurrenslagens regler huvudregeln.⁴⁸⁷

Konkurrenanceloven kan också tillämpas mot offentligt stöd (§ 11 a). På grund av regeln i §2 st 2 gäller emellertid att sådant stöd som utges med stöd i en offentlig reglering inte kan bli föremål för ingripande enligt Konkurrenanceloven, vilket också framgår motsatsvis av § 11 a, p.2.

6.3.2 Offentliga regleringar

I vilken utsträckning offentlig näringsverksamhet skall omfattas av den danska konkurrenanceloven har varit föremål för en debatt, både vid lagändringen 1997 samt även år 2002, vilket framgår av den senaste propositionen L 171 Forslag till Lov om ændring af konkurrenanceloven från den 20 mars 2002.

Av §2 st. 2, 1 p. framgår att förbudsreglerna i §§ 6 och 11 (förbudet mot konkurrensbegränsande avtal respektive mot missbruk av dominerande ställning) inte gäller om konkurrensbegränsningen är en *direkt eller nödvändig följd* av en offentlig reglering. I den danska konkurrenslagen uttrycks således direkt i lagen hur kollisioner med andra lagar skall lösas.⁴⁸⁸

Med uttrycket offentlig reglering i §2 st 2 avses bland annat ”lovgivning, bekendtgørelser, generelle budgetregler, aktstykker og beslutninger inden for grænserne af kommunalfuldmagten samt kommunale regulativer”.⁴⁸⁹ Likställt med dessa är också beslut tagna av styrelsen för samverkansorganisationer mellan kommuner (och kommunalt fællesskab) samt ratificerade konventioner och EG-förordningar.

Grundinställningen i dansk rätt är att Konkurrenserådet inte skall kunna ingripa mot konkurrensbegränsningar som är en direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering.⁴⁹⁰ I lagens allmänna motivering sägs syftet med undantagsregeln i §2 st. 2 vara att politiskt beslutade regleringar inte skall kunna underkännas av Konkurrenserådet, eftersom offentliga regleringar

⁴⁸⁶ En annan sak är att sådan lagstiftning som syftar till att främja konkurrensen på en särskild marknad kan innehålla en bestämmelse om att Konkurrenserådet skall uttala sig huruvida tillämpningen av den andra lagen överensstämmer med konkurrenanceloven, Fejø, s. 57.

⁴⁸⁷ Fejø, s. 58 som anför att detta kan leda till en begränsad räckvidd hos konkurrenanceloven över den sektorsspecifika lagstiftningen

⁴⁸⁸ Se om §2 i Neergaard, , Intet over, inte ved siden af konkurrenanceloven? Konkurrenanceloven kontra politiska beslutningar med konkurrencebegränsande virkninger, i Juridisk Institut – Julebog 2000, s. 159–206

⁴⁸⁹ Bemærkninger från 20 februari 1997 til L 172, til § 2, KS 1998, s. 39

⁴⁹⁰ F.T.2001/2002, tillæg A, s. 4438

kan vara ett uttryck för andra samhällspolitiska överväganden än skyddet för en verksam konkurrens.⁴⁹¹ Levinsen framhåller i sin kommentar att enligt sakens natur står Konkurrenserådet inte över Folketinget.⁴⁹² Som exempel på sådana hänsyn nämns ekonomi, sociala förhållanden, miljö, driftsäkerhet.⁴⁹³

Denna ordning gäller alltså i dansk rätt, men lagreformen år 2002 syftade till att precisera att Konkurrenserådet alltid har möjlighet att påpeka eventuell olämplig utformning av en reglering och att Rådet kan komma med goda råd om hur man säkrar bäst möjliga konkurrens i Danmark.⁴⁹⁴ Den ansvariga ministern uttrycker i lagförslagets allmänna kommentar en förhoppning om att Konkurrenserådet skall kunna sätta fokus på frågan om avvägningen mellan det motstående allmänna intresset och intresset av konkurrens har gjorts på ett riktigt sätt.

Före år 2002 var det den myndighet som hade utfärdat en offentlig reglering som också ansvarade för bedömningen huruvida en ifrågasatt konkurrensbegränsning utgjorde en direkt eller nödvändig följd av regleringen. Detta betydde att bedömningen av nödvändigheten av konkurrens teoretiskt kunde avgöras av en mängd olika myndigheter. Lagändringen år 2002 syftade till att centralisera denna bedömning och därför gäller numera i dansk rätt att bedömningen om en konkurrensbegränsning utgör en direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering fattas av den minister, under vilkens ansvarsområde den aktuella regleringen tillhör (§2 st. 4). Konkurrenserådet och Konkurrenceankenævnet är emellertid fortsatt förhindrade att själva avgöra räckvidden av vad som skall anses vara direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering.

I det fall Konkurrenserådet har åsikten att en offentlig reglering eller ett i en reglering grundat offentligt stöd har skadliga verkningar för konkurrensen eller om de i övrigt kan hindra ett effektivt utnyttjande av samhällsresurserna finns emellertid enligt § 2 st. 5 ett sätt för Konkurrenserådet att agera på. Konkurrenserådet kan rikta ett motiverat uttalande till ansvarig minister samt till ekonomi- och näringsministern där de skadliga effekterna på konkurrensen påpekas.⁴⁹⁵ Konkurrenserådet får också komma med förslag till hur konkurrensen på området kan främjas. Den ansvariga ministern måste då rådgöra med ekonomi- och näringsministern om frågan och besvara

⁴⁹¹ F.T.2001/2002, tillæg A, s. 4438

⁴⁹² Levinsen, 2001, s. 56

⁴⁹³ Näringsministerns svar på fråga 114, Spørgsmål og svar under behandlingen af forslag til ny Konkurrencelov. KS 1998, s. 267.

⁴⁹⁴ F.T.2001/2002, tillæg A, s. 4438

⁴⁹⁵ En motsvarande möjlighet fanns redan under 1989 års konkurrencelov och kallades då för ”§ 15-henvendelse, Levinsen, 2001, s. 38

Konkurrencerådets uttalande inom fyra månader. Syftet med detta stadgande är att säkra att inte bara överväganden inom den för regleringen ansvariga ministrarnas ansvarsområde kommer till uttryck, utan att ekonomi- och näringsministern skall säkerställa att även bredare näringspolitiska hänsyn beaktas.⁴⁹⁶

Kravet på direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering kan tolkas som att regleringen skall vara klar och uppenbar och att den verksamhet som regleras inte kan genomföras utan konkurrensbegränsningen.⁴⁹⁷ Koktvedgaard anför att vid de tillfällen offentlig näringsverksamhet konkurrerar på samma marknader som privata näringsutövning är det oacceptabelt att ge offentliga företag fördelar som inte klart är grundat offentlighetsrättsliga hänsyn.⁴⁹⁸

Ordalydelsen tyder onekligen på detta och ett undantag till en klart etablerad huvudregel skall i enlighet med allmänna tolkningsprinciper tolkas restriktivt.⁴⁹⁹

6.3.3 Regeln om konkurrensbegränsningar till följd av kommunala beslut

Vad gäller konkurrensbegränsningar till följd av kommunala regleringar. En konkurrensbegränsning som är beslutad ("fastsat") av ett kommunalt organ (eller av så kallat kommunal fællesskab) utgör enligt §2, st. 2, 2 p. direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering endast om den är nödvändig för att det kommunala organet skall kunna uppfylla sina uppgifter som har pålagts det genom lag.⁵⁰⁰ Det finns således i fråga om kommunala regleringar ytterligare krav för att konkurrenslagen inte skall kunna tillämpas på en konkurrensbegränsning som är beslutad av ett kommunalt organ.

För att konkurrenslagen inte skall tillämpas på kommunala regleringar måste konkurrensbegränsningen explicit framkomma i beslutet, alltså direkt

⁴⁹⁶ F.T.2001/2002, tillæg A, s. 4438. Enligt den tidigare lydelsen av §2, st 5 kunde Konkurrencerådet rikta en skrivelse till den reglerande myndigheten och påpeka de negativa konsekvenserna för konkurrensen. Bestämmelsen sades ha gjorts effektiv genom att det införs en plikt för myndigheten till vilken skrivelsen riktar sig att svara inom tre månader, men det visade sig i praktiken att "de praktiske resultater kan næppe siges at stå mål med Rådets anstrengelser." Koktvedgaard, s. 143. Även enligt den nya lydelsen av §2 st. 5 saknas sanktionsmöjlighet gentemot de tillskrivna myndigheterna.

⁴⁹⁷ Koktvedgaard, s. 134

⁴⁹⁸ Koktvedgaard, s. 133

⁴⁹⁹ Levinsen, s. 37

⁵⁰⁰ Betænkning over forslag till Konkurrencelov, av den 22 maj 1997, Bemærkninger till nr. 2, KS 1998, s. 127–128, Fejø, s. 65

framgå av det kommunala beslutet. Det måste vidare följa av lag att kommunen har pålagts ansvaret för en verksamhet eller skyldighet att utföra en viss uppgift, t.ex. att hantera hushållsavfall. I varje enskilt fall måste således innebörden i den offentliga regleringen tolkas för att se om kommunen utför en obligatorisk eller endast en frivillig uppgift. Det räcker inte att det i kommunalfullmakten finns en möjlighet för en kommun att göra en viss uppgift, utan den måste vara obligatorisk.⁵⁰¹ Därutöver måste konkurrensbegränsningen vara nödvändig. I lagförslaget anges emellertid att kommuner har skyldighet att tillgripa den minst konkurrensbegränsande regleringen, vilket kommer att leda till en proportionalitetsprövning av lämpligheten i en kommunal reglering.⁵⁰² Skulle en kommun ha valt en konkurrensbegränsande lösning som är onödig för att uppfylla sin obligatorisk uppgift, måste regleringen som en konsekvens dras tillbaka och ersättas med en alternativ lösning som i mindre utsträckning begränsar konkurrensen.

För kommunerna utgör den nya konkurrenslagen en betydande skärpning då det fortsättningsvis inte är möjligt för kommuner att utfärda konkurrensbegränsande regleringar eller fatta beslut för verksamheten som verkar konkurrensbegränsande i samband med frivilliga åtaganden.

6.4 Konkurrenceloven i rättstillämpningen

6.4.1 Domstolsavgöranden

Med det danska förvaltningssystemet kommer beslut som rör konkurrence-lovens tillämpning endast undantagsvis inför allmän domstols prövning.⁵⁰³ Som har redovisats ovan spelar dock Konkurrenceankenævnet en viktig roll.⁵⁰⁴ Däremot kan naturligtvis konkurrensrättsliga mål gällande den direkt tillämpliga EG-rätten komma inför danska domstolar. Det blir då frågan om tillämpning av artikel 81 och 82, men även 86.1 och 86.2 EG.

⁵⁰¹ Kocktvedgaard, s. 134

⁵⁰² Fejø s. 72.

⁵⁰³ Enligt Konkurrencestyrelsens hemsida finns vad gäller avgöranden på grundval av § 2 har avgörandet från 16. januar 2001 i Sønderborg Taxa mot Konkurrencerådet överklagats till Landsretten. Denna sak utgör en av fyra avgöranden från Konkurrenceankenævnet som har "inbringats" inför Landsretten.

⁵⁰⁴ En skillnad i förhållande till Sverige är att det i Danmark inte finns någon direkt motsvarighet till de svenska förvaltningsdomstolarna.

6.4.2 Konkurrenceankenævnet

Konkurrenceankenævnets avgörande har behandlats i dansk doktrin. Här kan nämnas genomgångar Konkurrencerådets och Konkurrenceankenævnets praxis gällande tolkningen av § 2 i konkurrenceloven av både Levinsen och Neergaard.⁵⁰⁵ Levinsen redovisar några avgöranden där §2 st 2 har ansetts vara tillämplig och några där så inte varit fallet.⁵⁰⁶ Neergaards generella intryck är att regelverket i § 2 konkurrenceloven ”ikke til fulde forekommer at have fundet sit stabile, forudsigelige leje.”⁵⁰⁷ Hon anför också att Konkurrenceankenævnet har anlagt ett mer strikt förhållningssätt till § 2 st. 4 än vad Konkurrencerådet synes ha 8i betydelsen att Konkurrencerådet har velat tillämpa konkurrenceloven, men ankenævnet har ansett att vare sig rådet eller ankenævnet har varit rätt instans.⁵⁰⁸ Talrika avgränsningsfrågor i förhållande till § 2 st.2 synes inte heller vara avgjorda framhåller Neegaard.⁵⁰⁹

En genomgång i detta kapitel av dansk rätt, inom ramen för en rättsjämförelse med inriktning mot förhållandena i svensk rätt, kan knappast göras bättre än dem som Neergaard, Levinsen och andra inom den danska doktrinen redan har gjort. Skillnaderna i dansk och svensk förvaltningspolitisk tradition är större än vad som anas vid en första anblick. Det går att redovisa några avgöranden, men är svårt för en utomstående betraktare att dra några slutsatser angående exakt hur §2 tolkas i dansk rätt.

Här skall några avgöranden från Konkurrenceankenævnet enbart redovisas. I Konkurrenceævnets ”kendelse af 17/06-02: Tandlæge Flemming Harder mot Konkurrencerådet illustreras verkan av att Konkurrencerådet och ankenævnet inte kan pröva vad som utgör direkt och nödvändig följd.

Saken gällde en tandläkare som protesterade mot att han som alla andra praktiserande tandläkare i Danmark måste betala en praktikförsäkring, vilken Dansk Tandlægeforening har tecknat i försäkringsbolaget Codan. Konkurrencerådet ansåg att §2 st 2 medförde att konkurrencelovens förbud inte kunde tillämpas. Flemming Harder begärde hos ankenævnet att rådets beslut skulle upphävas. Konkurrencerådet fann att försäkringen utgjorde en kollektiv patientförsäkring. Sundhedsministeriet hade själv förklarat att denna utgjorde en direkt och nödvändig följd av en offentlig reglering.⁵¹⁰ Konkurrenceankenævnet påpekade att det inte kunde anses följa av regleringen att

⁵⁰⁵ Neergaard, Intet over, inte ved siden af konkurrenceloven? Konkurrenceloven kontra politiska beslutningar med konkurrencebegrænsende virkninger, i Juridisk Institut – Julebog 2000, s. 159–206, s. 169–195, Levinsen, 2001, s. 60–64

⁵⁰⁶ Levinsen, 2001, s. 62–63 respektive 63–64

⁵⁰⁷ Neergaard, Julebog fra Juridisk institut, 2000, s. 201

⁵⁰⁸ Neergaard, Julebog fra Juridisk institut, 2000, s. 201

⁵⁰⁹ Neergaard, Julebog fra Juridisk institut, 2000, s. 201

⁵¹⁰ Ärendet är avgjort för ikraftträdandet av 2002 års lagändring.

Dansk Tandlægeforening skulle välja just Codan som försäkringsgivare, men att det måste anses utgöra en följd av försäkringens karaktär att det måste röra sig om endast *en* försäkringsgivare. Det fanns inget utrymme för någon bedömning från vare sig Konkurrenserådets eller Konkurrencean-kenævnets sida och den senare avvisade saken från konkurrensmyndighe-terna.

I Konkurrenceankenævnets kendelse från den 27/2 2001 i saken Vittera Energy Services A/S mot Konkurrenserådet gällde frågan missbruks av dominerande ställning.⁵¹¹ Företaget Vittera Energy invände mot Konkurrenserådets bedömning att företaget innehade en dominerande ställning samt att företaget hade missbrukat denna att denna ställning vad en direkt och nödvändig följd av en offentlig reglering. Konkurrenserådet borde därför inte ha avgjort ärendet, utan detta skulle ha avgjorts av två andra myndigheter.. Konkurrenceankenævnet gjorde emellertid bedömningen att det omtvistade förfarandet inte omfattades av en offentlig reglering. Konkurren-celoven var därmed tillämplig och Konkurrencestyrelsens beslut fastställ-des.

6.4.3 Konkurrencestyrelse

Avvägningsfrågan illustreras också av Konkurrencestyrelsens uttalande i anslutning till ett klagomål från två privata internetcaféer.⁵¹²

Klagomålet gällde att kommunen drev ett internetcafé genom en kommunal ungdoms- och fritidsklubb. Utnyttjandet av klubben var gratis, medan de privata klubbarna tog en medlemsavgift på 165 DKK/månad. Konkurrencestyrelsen ansåg att verksamheten utgjorde näringsverksamhet i konkur-renslagens mening. Enligt lag åvilade det kommuner att sörja för att ett till-räckligt utbud av klubbar och andra socialpedagogiska inrättningar erbjöds barn och ungdom. Internetcaféet ansågs därför vara en direkt och nödvändig följd av en bistandslovens §§73 a – 73 d. Den konkurrensbegränsning som uppstod till följd av kommunens egen ungdomsklubb erbjöd internetca-féverksamhet gratis ansågs vara av mindre omfattning. I vart fall ansågs verksamheten vara nödvändig för att kommunen skulle kunna utföra sin uppgift som pålagts den enligt lag.

Myndighetens eller kommunens beslut om räckvidden av de egna regle-ringarna kan överklagas enligt sedvanliga regler om förvaltningsbesvär. Frågan om myndigheten eller kommunen har tolkat konkurrenslagen rätt

⁵¹¹ Sag 00-122.075

⁵¹² Konkurrencestyrelsens uttalande 980325

rymmer en bedömning av beslutets lagenlighet som förvaltningsdomstolar normalt hanterar. Frågan är dock om inte myndighetens beslut i praktiken kommer att överklagas rätt sällan.⁵¹³ Prövningen i domstol kommer att avse själva avgränsningsfrågan, dvs. om regleringen har tolkats korrekt och konkurrensbegränsningen verkligen är en direkt och nödvändig följd av en offentlig reglering. I förhållande till kommuner rymmer prövningen även en lämplighetsbedömning. Frågan som domstolen skall avgöra är om regleringen är nödvändig för att kommunen skall kunna uppfylla sina obligatoriska uppgifter. Konkurrenslagen innebär således ett påbud för danska kommuner att välja de minst konkurrensbegränsande åtgärderna.

6.5 Sammanfattande slutsatser och analys

6.5.1 Gradvis skärpning av dansk konkurrenslagstiftning

Den danska konkurrenanceloven har under ett drygt decennium gradvis anpassats stegvis till EG-fördragets konkurrensregler. Lagen vilar idag på förbudsprincipen. Även i fråga om konkurrensbegränsande offentliga regleringar går det att skönja en gradvis utveckling, men denna utveckling har tvärtom inte gått i riktning mot en närmare anpassning till EG-rätten.

Under Monopolloven omfattades offentlig verksamhet formellt inte av lagens tillämpningsområde. I Konkurrenanceloven från 1989 blev lagen formellt tillämplig på offentlig näringsverksamhet, dock utan möjlighet för Konkurrenserådet att använda tvångsmedel i samband med eventuellt konkurrensbegränsningar i samband med offentliga regleringar. Från och med lagändringen 1997 framgår direkt av § 2 st 2 att lagens förbud inte gäller om en konkurrensbegränsning är en direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering. Till skillnad från Sverige framgår detta faktum direkt av lagtexten. Folketingets behandling av förslaget till ny konkurrenancelov 1997 medförde ytterligare en skärpning vad gäller konkurrensbegränsningar till följd av ett kommunalt eller fælleskabskommunalt beslut. Dessa kan utgöra en direkt och nödvändig följd av en offentlig reglering endast i samband med sådan aktivitet som är pålagd kommunerna genom lag.

Den gradvisa skärpningen av Konkurrenanceloven har emellertid inte stannat med reformen 1997. År 2002 införs ytterligare en åtstramning i och med att rätten att tolka vad som utgör en direkt och nödvändig följd av en offentlig reglering flyttas från den myndighet som har beslutat om regleringen

⁵¹³ Koktvedgaard, s. 136

till den ansvariga ministern, vilken dessutom efter påstötningar från Konkurrenserådet kan anmodas att konsultera ekonomi- och näringsministern.

Dessa reformer kan tolkas som en önskan att åstadkomma en skärpning av konkurrenslagstiftningen på offentlig reglerade områden. Emellertid leder ordningen i dansk rätt med det uttryckliga lagstadgandet om direkt och nödvändig följd i konkurrenceloven till att Konkurrenserådet och Konkurrenceankefønnet kopplas bort från bedömmningen av vad som omfattas av konkurrenceloven. Sedan år 2002 har införts ordningen att ansvarig minister kopplas in för att avgöra detta vad som skall anses utgöra direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering för att ändå möjliggöra en centraliserad bedömning.

I övrigt framgår i danska förarbeten att konkurrens är en viktig företeelse i ett marknadsekononiskt system, men någon särskild rättslig betydelse i samband med detta diskuteras inte. Uppfattningen att synen på konkurrensreglernas betydelse ändrades i och med EG-anpassningen eller på grund av införandet av en förbudsprincip verkar inte kunna få stöd. Anpassningen till EG-fördragets regler verkar främst bero på praktiska hänsyn, som att avstå från att göra en EG-anpassning när alla andra medlemsstater gör det.

6.5.2 Förhållandet till kommunala regleringar

De danska kommunerna har fått vidkännas en inskränkning av möjligheten att införa konkurrensbegränsande regleringar. Kommuner kan endast utfärda konkurrensbegränsande regleringar i samband med uppgifter som ålagts dem att utföra enligt lag. Det betyder att det danska Folketinget i större utsträckning än tidigare kan kontrollera förekomsten av konkurrensbegränsande regleringar. Inom områden där kommuner är skyldiga att sköta vissa uppgifter kan konkurrensbegränsande regleringar utfärdas. Utanför det obligatoriska området får inga kommunala konkurrensbegränsande regleringar förekomma. Kommunala regleringar måste därutöver prövas mot proportionalitetsprincipen.

6.5.3 Preliminär jämförelse med svensk rätt

I dansk konkurrenslagstiftning sker således en formell prövning om en konkurrensbegränsning utgör en direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering. Om så är fallet *skall* konkurrenceloven inte tillämpas. En sådan skrivning finns endast i motiven till den svenska konkurrenslagen och där står det att det *kan* hända att konkurrenslagen inte skall tillämpas. Om man som, har varit fallet i svensk rätt, önskar se en utveckling där konkurrensla-

gen i större utsträckning skall kunna tillämpas på offentligt reglerade områden, finns det ingen anledning att ändra den svenska lagstiftningen i riktning mot den danska.

Vare sig den svenska eller den danska lösningen har emellertid någon förebild i EG-rätten. Ett problem uppstår då i förhållande till en problematik gällande det i Höfnermålet, vilket redovisats ovan.⁵¹⁴ Den dåvarande tyska regleringen om ett offentligt monopol på arbetsförmedling befanns vara i strid med EG-fördragets regler. Ett motsvarande rättsligt monopol, kanske infört genom lag direkt av Folketinget, skulle emellertid utgöra en direkt och nödvändig följd av en offentlig reglering och skenbart enligt den nuvarande ordalydelsen av den danska (och svenska) konkurrenslagen tvärtom vara lagenligt.

⁵¹⁴ Se avsnitt 5.3.4.

7 Förhållandet mellan konkurrensregler och särregleringar i svensk rätt

Sverige är ett land med högre prisnivå än andra jämförbara länder. Exakt vad detta beror på är svårt att säga. Det kan bero på att konkurrenstrycket är svagare i Sverige, men det kan också ha med andra faktorer att göra. Något som kan observeras är att Sverige är ett land med hög företagskoncentration då många viktiga marknader har det gemensamt att 80% av var och en och dessa marknader kontrolleras av 2–4 företag.⁵¹⁵ Konkurrenstrycket i svensk ekonomi har länge ansetts vara ett problem.

År 1993 utfärdade riksdagen den första svenska konkurrenslagen med EG-fördragets konkurrensregler som grund. I förarbetena till den nuvarande konkurrenslagen och dess två föregångare – 1953 års konkurrensbegränsningslag och konkurrenslagen från 1982 – har konkurrensbegränsningar till följd av offentliga regleringar uppmärksammats som ett problem och varit föremål för diskussion i motiven vid varje lagreform. Propositionstexten har ofta betonat behovet av en ständig översyn och omprövningar av regleringar för att minska de konkurrenshämmande verkningarna. I motiven uttrycks samtidigt en medvetenhet att konkurrenslagen inte alltid kan tillämpas vid förekomst av offentliga regleringar.

Till skillnad från dansk rätt saknar den svenska konkurrenslagen ett uttryckligt stadgande som reglerar förhållandet till konkurrensbegränsande offentliga regleringar. Några precisa anvisningar för hur konflikter mellan konkurrenslagen och konkurrensbegränsande regleringar skall lösas har heller inte givits i förarbetena, utan denna fråga har lämnats till rättstillämpningen. Närmast undersöks den svenska rättsordningens lösning på detta problem.

⁵¹⁵ Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag, Konkurrensverkets rapportserie 2000:1 (huvuddel), s. 402

7.1 Synen på särregleringar i svenska konkurrenslagar från 1953–1992

7.1.1 Konkurrensbegränsningslagen (KBL)

Lagen (1953:603) om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning inom näringslivet (KBL) kan sägas vara Sveriges första egentliga konkurrenslagstiftning, eftersom den innehöll rättsliga instrument att generellt angripa konkurrensbegränsningar.⁵¹⁶ KBL syftade till att förstärka det skydd mot skadlig verkan av konkurrensbegränsningar som den tidigare lagen (1946:448) om övervakning av konkurrensbegränsningar inom näringslivet inneburit.⁵¹⁷ KBL innebar också att Näringsfrihetsrådet (NFR) inrättades.⁵¹⁸ Samtidigt med NFR inrättades en ombudsman för näringsfrihetsfrågor – Näringsfrihetsombudsmannen (NO).⁵¹⁹

Bruttoprisavtal och anbudskarteller var explicit förbjudna i KBL och för andra typer av konkurrensbegränsningar infördes en möjlighet för NFR att förhandlingsvägen försöka få skadlig verkan av konkurrensbegränsningar undanröjd.⁵²⁰ Med skadlig verkan avsågs att konkurrensbegränsningen på ett från allmän synpunkt otillbörligt sätt påverkade prisbildningen, hämmade näringslivets verkningsförmåga eller försvårade eller hindrade annans näringsutövning (KBL 1 § 2 st.).⁵²¹ Till skillnad från dagens lagstiftning som förbjuder företeelserna ”konkurrensbegränsande avtal” respektive ”missbruk av dominerande ställning” riktades sig konkurrensbegränsningslagen mot just ”konkurrensbegränsningar”. Uttrycket ”konkurrensbegränsningar” saknade legaldefinition men avsåg konkurrensbegränsande beteende från ett eller flera företags sida. I praxis fick definitionen av konkurrensbegränsande beteende en vid innebörd.⁵²²

⁵¹⁶ Bernitz, Den svenska konkurrenslagen, 1996, s. 19

⁵¹⁷ I lag 1946:448 föreskrevs att kartellavtal och andra konkurrensbegränsande avtal skulle registreras i ett offentligt kartellregister. Offentligheten kring kartellavtalen antogs leda till att andra företag uppmärksammade den bristande konkurrensen och att dessa därmed skulle vilja etablera sig på marknader med kartellavtal.

⁵¹⁸ KBL 7-9 §§. NFR bytte 1970 namn till Marknadsrådet i samband med att organet även fick att bedöma mål gällande otillbörlig marknadsföring. Sedan 1973 kallas denna specialdomstol Marknadsdomstolen.

⁵¹⁹ KBL 14 §, prop. 1953:103, s. 263

⁵²⁰ Ursprungligen kunde NFR inleda förhandlingar endast i två fall, vid förekomsten av kartellavtal mellan företag respektive agerande från monopolföretags sida. 1956 togs denna begränsning bort (prop. 1956:148) och förhandlingar kunde inledas för alla typer av konkurrensbegränsningar med skadlig verkan.

⁵²¹ Efter ändringen i KBL genom prop. 1956:148 flyttades stycket till 5 §.

⁵²² Bernitz, Marknadsrätt, 1969, s. 426

De nyetableringssakkunnigas betänkande

Den statliga utredning som föregick propositionen med förslag till konkurrensbegränsningslagen, de s.k. nyetableringssakkunniga, behandlade även konsekvenser av konkurrensbegränsningar till följd av regleringar.⁵²³ Utredningen i övrigt var uteslutande inriktad på konkurrensbegränsningar åstadkomna av företagare, till vilka man också räknade affärsdrivande verk och statliga och kommunala bolag. Utredningen hade emellertid också uppmärksammat att konkurrensbegränsningar ofta berodde på särskilda statliga regleringar.⁵²⁴ Enligt utredningen skulle deras förslag till lagstiftning inte omfatta konkurrensbegränsningar till följd av offentliga organs regleringar, vilka införts t.ex. av säkerhetsskäl eller hälsoskäl. Utredningen yttrade att det var uppenbart att konkurrensbegränsningar som är *”det direkta och avsedda resultatet av offentliga regleringar eller som är en ofrånkomlig och vid regleringens genomförande beaktad följd av densamma”*, inte kunde anses vara skadliga i den föreslagna lagens mening.⁵²⁵ Däremot skulle en konkurrensbegränsning som var *”en indirekt och icke avsedd och i alla händelser ofrånkomlig följd”* kunna tas upp till förhandling av NFR.⁵²⁶ Likaså skulle NFR kunna inleda förhandling om en statlig reglering gällande till exempel skyddsföreskrifter hade förstärkts av privata företags konkurrensbegränsningar.

Proposition 1953:103

Departementschefen anförde inledningsvis att det i Sverige vid denna tid rädde i stort sett enighet om att konkurrensbegränsningar inte behövde vara av ondo. Konkurrensbegränsningar skulle motarbetas endast i den omfattning dessa gav upphov till skadliga verkningar.⁵²⁷ Konkurrensbegränsande regleringar instämde departementschefen i utredningens synsätt på och framhöll att sådana regleringar kunde delas upp i två grupper; för det första sådana där syftet avsiktligt var att begränsa konkurrensen, för det andra sådana där regleringen syftade till att tillgodose sociala, polisiära, sanitära eller liknande intressen.⁵²⁸ I det senare fallet kunde den konkurrensbegränsande effekten vara förutsedd och godtagen, men i andra fall oförutsedd och obeaktad. Vidare ansåg departementschefen det vara problematiskt att stat-

⁵²³ SOU 1951:27 s. 558–561. De nyetableringssakkunnigas betänkande publicerades i SOU 1951:27 och 28.

⁵²⁴ SOU 1951:27, s. 558

⁵²⁵ SOU 1951:27, s. 559

⁵²⁶ SOU 1951:27, s. 559

⁵²⁷ Prop. 1953:103, s. 112

⁵²⁸ Prop. 1953:103, s. 219

liga regleringar kunde utnyttjas som underlag för privata konkurrensbegränsningar eller till att förstärka sådana.

Departementschefen framhöll att när det gällde ekonomiska, sociala, polisiära eller sanitära intressen var det nödvändigt för statsmakterna att kunna ingripa med regleringar på näringslivets område.⁵²⁹ Emellertid ansåg departementschefen att staten borde försöka främja förutsättningarna för fri konkurrens även då offentliga regleringar hade införts. Departementschefen menade också att det var viktigt att konkurrensbegränsande regleringar tillämpades på ett sådant sätt att konkurrensen inte i onödan begränsades samt att nya regleringar borde utformas på ett sådant sätt att konkurrensen inte hämmades i större omfattning än nödvändigt. Detta skulle också beaktas vid översyn av den befintliga lagstiftningen.⁵³⁰

I det fall enskilda företag medverkade till ytterligare, icke avsedda konkurrensbegränsningar som en påbyggnad på en offentlig reglering skulle KBL tillämpas på vanligt sätt, eftersom konkurrensbegränsningen då inte var förutsedd av statsmakterna och inte ofrånkomlig eller av värde för regleringens riktiga tillämpning. Om däremot företagens samarbete var avsett inbegripa detta att statsmakterna redan vid regleringens genomförande funnit, att de intressen, som från allmän synpunkt talade för den offentliga regleringen, vägde tyngre än nackdelen av ingreppet i konkurrensen. Departementschefen anförde: "Det ligger i sakens natur, att en av enskilda företagare eller sammanslutningar anordnad konkurrensbegränsning, som är det direkta och avsedda resultatet av en offentlig reglering eller en ofrånkomlig följd av densamma, icke kan sägas vara otillbörlig."⁵³¹

Förhållandet mellan särregleringar och KBL reglerades således i definitionen av skadlig verkan av konkurrensbegränsning i 1 § 2 st KBL.

"1 § 2 st. Med skadlig verkan av konkurrensbegränsning förstås, att konkurrensbegränsningen på ett från allmän synpunkt otillbörligt sätt påverkar prisbildningen, hämmar verkningsförmågan inom näringslivet eller försvårar eller hindrar annans näringsutövning."

Motsatsvis kunde det då konstateras att det kunde finnas konkurrensbegränsningar som inte var otillbörliga från allmän synpunkt. Vid bedömning av vad som var otillbörligt menade departementschefen att olika samhällsliga intressen – vilket måste förstås som intresset av en verksam konkurrens och andra viktiga samhällsintressen – måste vägas mot varandra. Uppgiften

⁵²⁹ Prop. 1953:103, s. 226

⁵³⁰ Prop. 1953:103, s. 226

⁵³¹ Prop. 1953:103, s. 227

att avgöra huruvida en konkurrensbegränsning hade ett sådant samband med den offentliga regleringen att KBL inte borde tillämpas ankom på NFR.

Av förarbetena från 1950-talets början framgår att synen på konkurrensens betydelse var annorlunda jämfört med i dag. Missbruksprincipen som grundval för konkurrenslagstiftningen belyser dels att konkurrensbegränsningar i sig inte ansågs principiellt betänkliga, dels att det fästes stor tilltro till att myndigheter med exakthet skulle kunna avgöra vilka konkurrensbegränsande verkningar som var skadliga och vilka som inte var det. I praktiken innebar otillbörlighetsrekvisitet i den dåvarande konkurrenslagen att samtliga konkurrensbegränsande regleringar gavs företräde framför konkurrenslagen, eftersom varje korrekt tillkommen offentlig reglering måste ses som ett uttryck för något önskvärt från allmän synpunkt.

7.1.2 Ett belysande fall från Marknadsdomstolen 1973

Marknadsdomstolen avkunnade 1973 en dom som tydligt belyser konsekvensen av att konkurrenslagen endast kunde tillämpas mot konkurrensbegränsningar som var från allmän synpunkt otillbörliga.⁵³² Målet gällde frågan om flygbolaget SAS hade missbrukat sin dominerande ställning genom att via sitt systerföretag Scanair lämna rabatter på anslutningsflyg i samband med charterresor enbart till företag som ingick i SAS-koncernen och inte till andra charterbolag.

NO:s förstahandsyrkande, att Marknadsdomstolen skulle inleda förhandling med SAS på grund av denna konkurrensbegränsning, avvisades av Marknadsdomstolen, eftersom SAS vid tiden för förhandlingen vid Marknadsdomstolen hade upphört att överhuvudtaget ge rabatter på interskandinaviskt flyg, alltså inte heller till i koncernen ingående företag. NO var emellertid inte nöjd med denna lösning eftersom charterresenärerna nu drabbades av högre biljettpriser. NO ansåg SAS prissättning vara en skadlig verkan av den konkurrensbegränsning som följde av SAS monopolställning (marknadsandelen var 90%) och yrkade i andra hand att Marknadsdomstolen genom förhandling borde förelägga SAS att fortsätta med rabattsystemet samt att ge lika stora rabatter till alla företag, både på den interskandinaviska och inhemska trafiken.

SAS bestred NO:s andrahandsyrkande och hävdade bland annat att medlemskapet i IATA (International Air Traffic Association) och bundenheten av den prissättning som beslutades där medförde att det inte var möjligt att lämna anslutningsrabatter på interskandinavisk trafik. Inom ramen för IATA

⁵³² MD 1973:16, NO mot konsortiet Scandinavian Airlines System (SAS)

framförhandlades de priser och andra villkor som skulle gälla för reguljärflyg mellan två länder. Villkoren stadfästes i bilaterala avtal, som respektive länders regeringar endast kunde godkänna eller förkasta i sin helhet. Det fanns dock en möjlighet för SAS att utverka en "government's request" i syfte att få ge rabatt på IATA-priserna. Detta ville dock inte SAS medverka till, eftersom charterresenärer då skulle flyga billigare än de egna reguljära passagerarna.

Den grundläggande offentliga regleringen utgjordes i Sverige av krav på tillstånd från regeringen för att bedriva luftfart i förvärvssyfte. Detta krav fanns fastslaget i luftfartslagen (1957:297) 7 kap 1 §. Tillstånd kunde förernas med villkor och endast lämnas om det inte mötte hinder av hänsyn till det allmänna, enligt 7 kap 2 §. I Sverige var SAS och det i SAS-koncernen ingående bolaget Linjeflyg AB rent faktiskt ensamma om att bedriva reguljär flygtrafik. SAS monopolställning följde således av att regeringen inte beviljade ytterligare företag tillstånd att bedriva reguljärflyg. Vidare var SAS med den svenska statsmaktens gillande medlem i IATA, liksom andra länders reguljärflygbolag.

Vad gällde NO:s andrahandsyrkande menade Marknadsdomstolen att SAS monopolställning på marknaden för interskandinaviskt reguljärflyg var ett resultat av en medveten trafikpolitik från statsmakternas sida. Även det faktum att SAS var medlem i IATA var sanktionerat av statsmakterna och konkurrensbegränsningslagen kunde därför inte tillämpas, då SAS endast tillämpade av IATA fastställda priser. Marknadsdomstolen ansåg även att SAS genom att avstå att söka om en "government's request" inte hade utnyttjat sin ställning till att begränsa konkurrensen i högre grad än vad SAS av statsmakterna tillförsäkrade position i sig innebar.

På den inhemska flygmarknaden var det dock inte obligatoriskt för SAS att tillämpa IATA-priserna. SAS lämnade vid tiden för målets avgörande en 30-procentig rabatt till charterbolag jämfört med det reguljära priset. NO hävdade att priserna borde sänkas, men inte heller här ansåg Marknadsdomstolen att SAS utnyttjade sin position på ett sätt som var oförenligt med konkurrensbegränsningslagen.

I den rättsvetenskapliga litteraturen har målet framhållits som ett skolexempel på konkurrensbegränsningslagens begränsade räckvidd på särreglerade områden. Bernitz konstaterade att Marknadsdomstolens hållning faktiskt innebar att offentliga konkurrensbegränsande regleringar inte behövde ha formen av författning för att konkurrensbegränsningslagen inte skulle tillämpas, utan det räckte med att företag hade anammat ett av statsmakterna godkänt handlingsmönster eller följt statsmakternas riktlinjer.⁵³³ Kritik mot

⁵³³ Bernitz, Sjöfart och konkurrensrätt, 1976, s. 106–107

rättsfallet anfördes av Lysén som menade att Marknadsdomstolens hänvisning till luftfartspolitiken och följderna av prisöverenskommelser inom IATA varit alltför oprecisa.⁵³⁴ Lysén anförde som en generell ståndpunkt att offentliga regleringar borde tolkas restriktivt och att konkurrenslagen endast borde sättas åt sidan av uppenbara och klara undantagsregler och inte som i det förevarande målet, där SAS:s monopolställning endast var en följd av att fler företag än SAS inte fick tillstånd. Hade en sådan restriktiv tolkning tillämpats hade SAS prissättning samt rabattgivning kunnat bli föremål för förhandling.⁵³⁵

7.1.3 1982 år Konkurrenslag (1982:729)

Den nuvarande konkurrenslagens närmaste företrädare är 1982 års konkurrenslag (1982:729).⁵³⁶ 1982 års konkurrenslag skilde sig mycket litet från KBL och systemet med en blandning av förbuds- och missbruksprincipen behölls. Den dåvarande departementschefen framhöll i den allmänna motiveringen till lagförslaget att det var en näringspolitisk målsättning att konkurrensen mellan företagen skulle vara fri, inom de ramar som statsmakterna ställde upp.⁵³⁷ Målet för konkurrenspolitiken skulle vara en effektiv, fungerande konkurrens, även om det för vissa branscher kunde vara ofrånkomligt eller till och med önskvärt med koncentration. Departementschefen gav uttryck för sitt principiella avståndstagande från en regleringsekonomi och framhöll att dess motsats, konkurrenslinjen, hade den bästa förutsättningen att skapa balans i samhällsekonomin. Departementschefens slutsats var att marknadshushållningen måste förstärkas genom att konkurrensen främjades med olika åtgärder. Privata och offentliga maktkoncentrationer skulle motarbetas.⁵³⁸ Målsättningen var inte en alltigenom fri konkurrens, men samhällets politik borde utformas så att en önskvärd konkurrens kunde upprätthållas. Departementschefen framhöll även att möjligheterna att öka konkurrensen inom redan reglerade områden skulle övervägas.

Särregleringars förhållande till konkurrenslagstiftningen reglerades enligt modell från KBL. Av 1982 års konkurrenslag 2 § 2 st framgick:

”Med skadlig verkan förstås att konkurrensbegränsningen på ett sätt som är otillbörligt från allmän synpunkt

⁵³⁴ Lysén, Något om villkoren enligt luftfartslagen 7 kap 4 §, Förvaltningsrättslig tidskrift (FT) 1979 s. 148–169, s. 158

⁵³⁵ Lysén, FT 1979, s. 162

⁵³⁶ Prop. 1981/82:165 med förslag till konkurrenslag

⁵³⁷ Prop. 1981/82:165, s. 25–27

⁵³⁸ Prop. 1981/82:165, s. 26

1. påverkar prisbildningen
2. hämmar effektiviteten inom näringslivet eller
3. försvårar eller hindrar annans näringsutövning.”

Vad gäller frågan om konkurrenslagens räckvidd på särreglerade områden ansåg departementschefen i överensstämmelse med det dåvarande rättsläget, att ett konkurrensbegränsande beteende som var i enlighet med statsmakternas tvingande normgivning inte kunde bedömas vara otillbörligt från allmän synpunkt. En nyhet var ståndpunkten att också utan att beteendet kunde förklaras av en tvingande normgivning kunde det likväl hända att konkurrenslagen måste ge vika. Ett exempel var riktlinjer som riksdagen hade antagit för politiken på ett visst område. Departementschefen ansåg att staten genom att anbefalla ett visst agerande från företags sida fick anses ha tagit över ansvaret för förenligheten med det allmännas intressen. Detta ansåg departementschefen vara en viktig princip för rättstillämpningen.⁵³⁹ Departementschefen påpekade emellertid att de praktiska problem, som skulle komma att möta de konkurrensvärdande myndigheterna vid tillämpandet av denna princip, var stora.

7.2 Nuvarande konkurrenslagen och särregleringar

7.2.1 En ny konkurrenslag arbetas fram

Konkurrenskommitténs förslag

Konkurrenssituationen på många marknader upplevdes av riksdag och regering som bristfällig under 1980-talet och en skärpt konkurrenslagstiftning ansågs nödvändig. På sedvanligt sätt hade en statlig utredning tillsatts med uppgift att föreslå en ny konkurrenslagstiftning.⁵⁴⁰ Utredningens förslag innebar en skärpning av konkurrenslagen och en anpassning till EG-rätten på flera punkter, men huvuddragen i 1982 års konkurrenslag behölls. Förslaget innebar att konkurrenslagen även fortsättningsvis skulle bygga på en blandning av missbruks- och förbudsprincipen samt innehålla en generalklausul mot skadliga konkurrensbegränsningar. Därutöver föreslogs lagen innehålla

⁵³⁹Prop. 1981/82:165, s. 181–182, 186. I propositionen citeras Bernitz Sjöfart och konkurrens samt domen i SAS-målet MD 1973:16

⁵⁴⁰SOU 1991:59 Konkurrens för ökad välfärd

några väsentligt utbyggda förbud mot förfaranden som ansågs särskilt konkurrensbegränsande.

Vad beträffar konkurrensbegränsande offentliga regleringar uppmärksammade utredningen det faktum att dess förslag till ny konkurrenslag endast skulle få en begränsad effekt på konkurrensförhållandena i den svenska ekonomin, med hänsyn till de många existerande regleringarna.⁵⁴¹ 1991 års förslag till ny konkurrenslagstiftning innehöll även den en generalklausul som angav att konkurrensbegränsningar som motverkade ändamålet med lagen genom att hämma utvecklingen av en effektiv konkurrens – i det fall det skedde på ett sätt som var skadligt från allmän synpunkt – kunde drabbas av lagens sanktioner.⁵⁴² Konkurrenskommitténs förslag innebar fortsatt att endast sådant som var ”skadligt från allmän synpunkt” kunde angripas med konkurrenslagen, men rekvisitet ”skadligt från allmän synpunkt” kopplades samman med lagförslagets ändamålsparagraf.⁵⁴³ I jämförelse med 1982 års konkurrenslag innebar detta en skärpning eftersom den föreslagna lagens ändamålsparagraf endast omnämnde fyra mål: effektivitets-, tillväxt-, fördelnings- respektive konsumentmål.⁵⁴⁴ Förslaget måste tolkas så att konkurrenslagen skulle ge vika endast för ett allmänt intresse som kunde hänföras till något av dessa fyra mål.

Kommittén var medveten om att många särregleringar måste ges företräde framför konkurrenslagen. Däremot ansåg kommittén att särregleringar som endast hade sin grund i ett särskilt regleringsmönster som trängt igenom och erkänts genom statsmakternas handlande (som det till exempel var fråga om i SAS-målet MD 1973:16) inte omedelbart skulle ges företräde framför konkurrensreglerna. Endast om särregleringen hade sin grund i ett formellt beslut av statsmakterna skulle detta vara möjligt.⁵⁴⁵

Efter remissbehandling läggs ett nytt departementsförslag

Förslaget mottogs i huvudsak positivt men flera remissinstanser – främst från detaljhandeln – ansåg att en lagskärpning var onödig och förslaget alltför långtgående.⁵⁴⁶ En kort tid senare sändes emellertid en ny departementspromemoria ut från näringsdepartementet.⁵⁴⁷ Promemorian innehöll ett i stora delar annat förslag till konkurrenslag än det som den statliga utredningen hade lämnat. Det nya förslaget innebar en mer radikal anpassning

⁵⁴¹ SOU 1991:59, s. 454

⁵⁴² SOU 1991:59, s. 446

⁵⁴³ SOU 1991:59, s. 446–447

⁵⁴⁴ SOU 1991:59, s. 427–428

⁵⁴⁵ SOU 1991:59, s. 454

⁵⁴⁶ Ds 1992:11 Remissyttranden över SOU 1991:59, s. 7–22

⁵⁴⁷ Ds 1992:18 Ny konkurrenslag

till EG-fördragets konkurrensregler. Missbruksprincipen skulle nu överges och ersättas av förbudsprincipen.⁵⁴⁸ Vid denna tid (1992) var frågan om ett svenskt EU-medlemskap en stridsfråga i svensk politik. Stora delar av näringslivet arbetade aktivt för att Sverige skulle bli medlem och mot denna bakgrund fanns inget betydande motstånd vare sig från näringslivet eller politiskt håll mot att göra den svenska konkurrenslagen till en kopia av EG-fördragets konkurrensregler.

Snabb hantering ledde till brister i motiveringen av lagreformen

Den snabba hanteringen medförde att propositionens förslag på några punkter inte blev så utförligt kommenterade. Propositionen angav en tydlig viljeinriktning att anpassa den svenska konkurrenslagen till EG:s regler. Det ansågs nödvändigt med skärpt konkurrenslagstiftning, men det främsta skälet var i övrigt att det skulle vara praktiskt för svenska företag att möta samma regeluppsättning inom landet som på den inre marknaden. Konsekvenserna av att EG-fördragets konkurrensregler har en annorlunda bakgrund, både historiskt och rättspolitiskt, diskuterades inte.

Det är lätt att uppfatta likheterna mellan EU-kommissionen och Konkurrensverket.⁵⁴⁹ De båda organen har snarlika befogenheter, de tillämpar en konkurrenslagstiftning som är mer eller mindre identisk och båda har rollen att vara den myndighet som godkänner företagsförvärv. Det är emellertid en avsevärd skillnad mellan EU-kommissionen och Konkurrensverket. EU-kommissionen är en av EU:s fyra huvudinstitutioner, medan Konkurrensverket är en förvaltningsmyndighet under regeringen. Det finns således skillnader vad gäller självständighet och befogenheter.

Den nya konkurrenslagen har i vissa delar kommit att innehålla en blandning av svensk rätt och EG-rätt, vilket inte till alla delar verkar ha varit föremål för övervägande. Ett exempel är det arbetsrättsliga undantaget, vilket behölls från 1953 och 1982 års lagar. Vid tidpunkten för 1993 års konkurrenslags utfärdande saknades formellt motsvarande undantag i EG-rätten. EG-domstolens praxis skall vara ledande för tillämpningen av konkurrenslagen, trots att det integrationsmål som gäller som utgångspunkt för tolkning av EG-fördraget inte har någon motsvarighet i svensk rätt.

⁵⁴⁸ I 1982 års konkurrenslag var det straffbelagt med böter eller fängelse upp till ett år att överträda förbuden mot kartellavtal och bruttoprisförbud. Med 1993 års konkurrenslag upphörde kriminaliseringen av överträdelser av konkurrenslagens förbud.

⁵⁴⁹ Efter det att förordning 17/62/EEG nu ersatts med förordningen 1/2003/EG är skillnaderna temporärt större än vanligt mellan EU-kommissionens och Konkurrensverkets respektive befogenheter.

Av särskilt intresse för framställningen är det faktum att den äldre skrivningen i svenska förarbeten om kollisioner mellan konkurrenslagen och konkurrensbegränsande regleringar fick kvarstå i det närmaste oförändrad, trots att skrivningen härstammar från början av 1950-talet då synen på statens förmåga att rätt reglera det ekonomiska livet var en helt annan. Det nuvarande uttalandet att offentliga regleringar – införda av vilken anledning som helst – kan medföra att konkurrensreglerna inte skall tillämpas saknar samtidigt motsvarighet i EG-rätten. Hela den EG-rättsliga regleringen av konkurrensbegränsningar övertogs inte, utan bara artikel 81 och 82 EG som gäller företags beteende. Artikel 86 som kompletterar artikel 81 och 82 med regler och som är den relevanta artikeln för hanterandet av det offentligas agerande på marknader infördes inte i svensk lag.

7.2.2 Konkurrenslag (1993:20)

Konkurrenslagen (1993:20) så som den kom att utformas har enligt 1§ till ändamål att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens. Företag definieras i 3§ som en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Det anges i samma paragraf att till den del sådan verksamhet består i myndighetsutövning omfattas den inte av begreppet företag. Lagen följer EG-rättens mönster vad gäller förbudet mot konkurrensbegränsande avtal (6 §) respektive mot missbruk av dominerande ställning (19 §). Liksom i EG-rätten är konkurrensbegränsande avtal ogiltiga. Konkurrensverket har enligt 8§ möjlighet att bevilja undantag från förbudet för konkurrensbegränsande avtal om de bedöms uppfylla motsvarande villkor som i artikel 81.3 EG. Regeringen kan i verkställighetsföreskrifter meddela gruppundantag. Missbruksprincipen med dess inriktning att lösa konkurrenssnedvridningar i det enskilda fallet är således övergiven till förmån för den mer generellt verkande förbudsprincipen.

En skillnad mot EG-rätten är att konkurrenslagen innehåller uttryckliga regler som gör det möjligt för ett annat företag eller en avtalspart att erhålla skadestånd av ett företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder de båda förbuden (33§). Vidare finns reglerna om prövningen av företagskoncentrationer direkt i lagen.

En viktig skillnad mellan den nuvarande konkurrenslagen och dess föregångare är att företag som överträder förbuden i konkurrenslagen kan drabbas av högst kännbara ekonomiska konsekvenser i form av en konkurrens-skadeavgift (§26). Enligt den tidigare konkurrenslagen kunde NO ålägga företagen att upphöra med konkurrensbegränsningen. Kanske är detta ur företagens synvinkel den viktigaste praktiska skillnaden mellan den gamla och

den nya lagen.⁵⁵⁰ En grundläggande skillnad är också att lagens förbud inte längre innehåller rekvisitet "ur allmän synpunkt otillbörlig".⁵⁵¹ I motiven sägs att ett avtal mellan företag som hämmar eller syftar till att hämma konkurrensen är förbjudet och att det alltså inte behöver utredas i det enskilda fallet om avtalet är skadligt från allmän synpunkt.⁵⁵² Därefter sägs:

"Av bestämmelsen [6 §], liksom av övriga grundläggande materiella bestämmelser om förbjudna konkurrensbegränsningar i lagen (8 och 19 §§), följer att andra allmänna intressen än rent konkurrenspolitiska inte skall beaktas vid tillämpning av lagen.

När riksdagen efter avvägning mellan olika allmänna intressen genom lag beslutat om *offentliga regleringar* som medför konkurrenshämmande verkningar kan däremot den situationen uppkomma att konkurrenslagen inte alls skall tillämpas. Företagen kan då vara rättsligt förpliktade att handla på ett visst sätt. Konkurrensbegränsande avtal eller avtalsvillkor vilka sålunda inte ger uttryck för den fria partsviljan, utan är en direkt och avsedd effekt av lagstiftningen eller en ofrånkomlig följd av denna, kan således inte angripas med stöd av denna lag."⁵⁵³

Detta är allt som sägs om konkurrensbegränsande offentliga regleringar. Något mer utförligt behandlas sedan förhållandet mellan konkurrenslagen och den immaterialrättsliga lagstiftningen. Där sägs sammanfattningsvis att sådana konflikter får ytterst lösas med beaktande av de skilda regleringarnas syften.⁵⁵⁴

⁵⁵⁰ Även konkurrenskommitténs ursprungliga förslag SOU 1991:59 innehöll denna lösning, även om förslaget innehöll ett tak för högsta konkurrensskadeavgift på 5 miljoner kronor. SOU 1991:59, s. 230, 466–473

⁵⁵¹ Ursprungligen innehöll §34 gällande företagsförvärv skrivningen att företagsförvärv som i och för sig hämmade konkurrensen, endast skulle förbjudas om konkurrensbegränsningen också var skadlig från allmän synpunkt. Uttrycket "skadlig ur allmän synpunkt" utmönstrades ur lagtexten genom lag 2000:88 (prop. 1989/99:144, s. 51–56) och ersattes med stadgandet att ett förbud mot företagsförvärv kan meddelas under förutsättning att väsentliga nationella säkerhets- eller försörjningsintressen inte åsidosätts (nuvarande § 34 a p.2)

⁵⁵² Prop. 1992/96:56, s. 69

⁵⁵³ Prop. 1992/93:56, s. 70

⁵⁵⁴ Prop. 1992/93:56, s. 71

7.2.3 Konkurrenspolitiken

Förändringar genom proposition 1997/98:130

Konkurrenslagen har ändrats vid några tillfällen sedan 1993. De viktigaste ändringarna som berör frågan om konkurrensbegränsande offentliga regleringar genomfördes 1998 och 1999. En statlig kommitté fick i uppdrag att göra en utvärdering av konkurrenslagen och resultatet publicerades i SOU 1997:20. I utredningen uppmärksammades att det ofta är oklart efter vilka principer kollisioner mellan konkurrenslagen och andra lagar skall bedömas.⁵⁵⁵ Delar av förslaget togs upp i proposition 1997/98:130 vilket resulterade i en förändrad instansordning för vissa ärenden och vad gäller den administrativa handläggningen hos Konkurrensverket. I propositionen diskuterades konkurrenslagens förhållande till annan lagstiftning, bland annat tryck- och yttrandefrihetslagstiftningen. Diskussionen resulterade inte i något ställningstagande eller anvisning hur detta kunde lösas.⁵⁵⁶ Vad gäller förhållandet till arbetsrätten behandlades frågan om det arbetsrättsliga undantaget utförligt. Ingen lagändring föreslogs emellertid i anledning av det som diskuterades i propositionen.

En konkurrenspolitisk proposition – 1999/2000:140

Den svenska lagstiftarens syn på konkurrens har således växlat genom åren. Den har i huvudsak följt i den europeiska konkurrensrättens breda huvudfåra. Det finns emellertid *en* ståndpunkt som aldrig har fått fäste i svensk konkurrenspolitik – *laissez-faire*. Varken i den nuvarande svenska konkurrenslagen eller dess föregångare har åsikten uttryckts att konkurrens är något som mår bäst av att den statliga inblandningen i det ekonomiska livet reduceras till ett minimum.

Det har emellertid skett avsevärda förändringar vad gäller synen på konkurrens och på statens roll. Svensk konkurrensrätt har gått från att bygga på missbruksprincipen till förbudsprincipen. Tidigare ansågs staten ibland behöva ta ett aktivt ansvar för prisbildningen på konsumtionsvaror genom olika prisreglerings- och prisstoppslagar. Det senaste allmänna prisstoppet infördes i slutet av 1980-talet. Idag ses prisregleringar knappast av någon politiker som en framkomlig och lämplig väg för den ekonomiska politiken, utom i rena krissituationer som krig eller krigsfara. Istället betonas lagstiftarens ansvar för att upprätthålla sunda spelregler som respekteras av aktörer-

⁵⁵⁵ SOU 1997:20, s. 197–202

⁵⁵⁶ Prop. 1997/98:130, s. 42–43

na för att marknaderna skall fungera effektivt.⁵⁵⁷ Med detta synsätt är tilltron till konkurrensprocessens förmåga att generera välfärd större.

Konkurrenslagen har satts in i ett tydligare rättspolitiskt sammanhang genom proposition 1999/2000:140. Lagen ändrades konkret såtillvida att Konkurrensverket gavs behörighet att tillämpa även EG:s konkurrensregler och genom att företag som underlättar utredningen av överträdelse av konkurrenslagen kunde få nedsatt konkurrensskadeavgift tillsammans med några ytterligare ändringar.⁵⁵⁸

Propositionen anger allmänt att ökad konkurrens är en central del av regeringens tillväxtpolitik.⁵⁵⁹ Med den nuvarande konkurrenspolitiken är synen på karteller och konkurrensbegränsningar mycket fördömande. Sådana kan alls inte accepteras.⁵⁶⁰ Konsumenternas intresse av en effektiv konkurrens skall väga tungt när offentliga regler som påverkar marknadens funktionssätt utformas. En generell strävan är att andelen av den samlade ekonomin där konkurrens råder skall öka. Vidare sägs att när offentliga aktörer agerar på konkurrensmarknader får det inte ske på ett sådant sätt att det privata företagandet hämmas. Det slås även fast i propositionen att statliga stöd inte får snedvrider konkurrensen.⁵⁶¹

I propositionen formulerade regeringen även sin övergripande syn på konkurrenspolitikens roll. En aktiv konkurrenspolitik med klara regler och en effektiv tillämpning sägs vara nödvändig för att skydda konkurrensen och öka marknadernas effektivitet.⁵⁶² Konkurrenspolitiken sägs också vara viktig för att främja samhällsekonomisk effektivitet och ekonomisk förnyelse. Konsumentens roll betonas starkt och konkurrenspolitiken sägs vara till för konsumenterna, inte för producenterna. Konkurrenspolitiken ses som ett medel att säkerställa konsumenternas makt över produktionen och distributionen. Statens roll sägs vara att vårda marknaderna, vilket innefattar både den viktiga tillsynen över konkurrensen och marknadens funktion, och att det undviks att statliga regler och andra styrmedel få till effekt att konkurrensen snedvrids.⁵⁶³

Problemet med konkurrensbegränsande offentliga regleringar adresseras direkt i ett avsnitt där regeringen betonar offentliga reglers betydelse för hur marknaderna fungerar.⁵⁶⁴ När nya regler utformas inom andra politikområden skall stor vikt läggas vid konsumenternas intresse av fungerande mark-

⁵⁵⁷ Prop. 1999/2000:140 s. 139

⁵⁵⁸ Prop. 1999/2000:140, s. 40

⁵⁵⁹ Prop. 1999/2000:140 s. 25

⁵⁶⁰ Prop. 1999/2000:140 s. 43

⁵⁶¹ Prop. 1999/2000:140 s. 43

⁵⁶² Prop. 1999/2000:140, s. 60–62

⁵⁶³ Prop. 1999/2000:140, s. 53

⁵⁶⁴ Prop. 1999/2000:140, avsnitt 7.3, s. 143–145

nader och konkurrensens betydelse för tillväxt och förnyelse. Intressant att notera är att det sägs att samhälleliga åtgärder av olika slag som bieffekt ofta påverkar förutsättningarna för konkurrens, men att det ofta finns ett val i utformningen av sådana åtgärder, utan att åtgärdens egentliga syfte förfe-
las.⁵⁶⁵ Detta måste kunna tolkas som att i valet mellan två åtgärder skall den åtgärd som snedvrider konkurrensen minst väljas.

Effektivare kartellbekämpning – proposition 2001/02:167

År 2002 vidtogs vissa lagändringar för att ytterligare effektivisera kartellbekämpningen. Konkurrensskadeavgiften kan numera efterges helt för företag som avslöjar ett kartellsamarbete det själv deltagit i, under förutsättning att företaget fullt ut samarbetar med Konkurrensverket i verkets utredning av den misstänkta kartellöverträdelsen.⁵⁶⁶ En kriminalisering av överträdelser av konkurrenslagens förbud övervägdes, men regeringen valde att inte gå vidare med denna fråga.

7.3 Särregleringar i svensk rättspraxis

7.3.1 Marknadsdomstolen

Efter det att den nuvarande konkurrenslagstiftningen trädde i kraft i juli 1993 fram till år 2003 har drygt 60 mål gällande konkurrenslagen avgjorts av Marknadsdomstolen. Av dessa tangerar endast tre problematiken kring konkurrensbegränsande offentliga regleringar. De tre målen gäller undantaget i konkurrenslagen gällande primärföreningar i skogs- och jordbruket⁵⁶⁷, konkurrenslagens förhållande till tryckfrihetsförordningen⁵⁶⁸ samt ett mål som berört omfattningen av det arbetsrättsliga undantaget i 2 § KL.⁵⁶⁹ Få fall vad gäller konflikter mellan konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar tyder på att osäkerhet om konkurrenslagens förbud kan tillämpas i dessa fall, uppkommer ganska sällan.

⁵⁶⁵ Prop. 1999/2000:140, s. 143

⁵⁶⁶ Prop. 2001/02:167 Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning m.m, s. 26–52

⁵⁶⁷ MD 1999:1 Konkurrensverket mot Södra Skogsägarna, ekonomisk förening

⁵⁶⁸ MD 1998:18 Konkurrensverket mot Dagengruppen AB

⁵⁶⁹ MD 1997:8 Petroleumhandelns Riksförbund och Petroleumhandelns Riksförbunds medlemmar mot Konkurrensverket. Målet behandlas i kapitel 9.

MD 1999:1 Konkurrensverket mot Södra Skogsägarna

Frågor som rör jord- och skogsbruksregleringar har avgränsats från avhandlingen, men eftersom det finns så få svenska rättsfall skall målet *MD 1999:1 Konkurrensverket mot Södra Skogsägarna* ändå beröras.⁵⁷⁰ I konkurrenslagen finns i 18 c § ett undantag från förbudet i 6 § KL som gäller avtal om samverkan inom en primär lantbruksförening.⁵⁷¹ Sådana föreningar är ekonomiska föreningar och har bildats i enlighet med lag (1987:667) om ekonomiska föreningar. Primärföreningar ägnar sig åt att förädla medlemmarnas produkter (mjölk, timmer, slaktdjur) och det är regelmässigt föreningen – inte medlemmen – som säljer den förädlade produkten vidare. Undantaget i 18 c § KL gäller emellertid enligt samma paragrafs andra stycke inte om försäljningspriser direkt eller indirekt fastställs på varor när försäljningen sker direkt mellan medlemmen och tredje man eller – med den lydelse 18 c § KL hade vid tiden för målets avgörande – om föreningen svarar för försäljningen och konkurrensen på marknaden hindras, begränsas eller snedvrids i väsentlig omfattning.

Konkurrensverket hävdade i beslutet KKV dnr. 443/95 att samarbetet mellan medlemmarna i primärföreningen Södra Skogsägarna innebar en prissamverkan i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i 6 § KL, eftersom verket fann att produkterna sågtimmer och massaved inte förädlades hos primärföreningen.⁵⁷² Konkurrensverket tolkade således legalundantaget till konkurrenslagen restriktivt. Konkurrensverket ålade Södra Skogsägarna vid vite (50 miljoner SEK) att upphöra att fastställa priser på sågtimmer och massaved inom föreningen när föreningen svarade för att produkterna såldes till tredje man, eftersom verket ansåg att det i själva verket var den enskilde medlemmen som kunde ses som säljare. Södra Skogsägarna överklagade till Stockholms tingsrätt som biföll överklagandet. Konkurrensverket överklagade i sin tur till Marknadsdomstolen, men fick inte gehör för sin syn.

Marknadsdomstolen påtalade att det var av väsentlig betydelse att kunna fastställa om produkterna hade producerats hos medlemmarna (då det kunde var förbjudet för föreningen att fastställa försäljningspriset om föreningen svarade för försäljningen) eller om varorna hade vidareförädlats av föreningen (då det var tillåtet för föreningen att svara för försäljningen och även bestämma försäljningspriset). Marknadsdomstolen ansåg att i det närmaste all verksamhet som bedrivs av primärföreningar i någon mån innebar vidareförädling av produkterna. Någon klar och saklig grund för hur vidareför-

⁵⁷⁰ Se avsnitt 1.3.2

⁵⁷¹ Undantaget återfinns i 18 a–c §. Detta legalundantag infördes i konkurrenslagen 1994 efter mönster från EG-rätten, se prop. 1993/94:210.

⁵⁷² Dnr 443/95, 960625

ädlingsfrågorna skulle bedömas kunde domstolen inte finna i motiven till konkurrenslagen. Domstolen menade då att den rimligaste bedömningen var att det faktiskt var primärföreningen som sålde varor, som inte kunde sägas ha producerats hos medlemmarna, vilket medförde att "undantaget till undantaget" i 18 c § 2 st KL inte kunde tillämpas. Marknadsdomstolen fastställde därför tingsrättens dom.

Konkurrensverket valde att testa gränserna för konkurrenslagens tillämpningsområde i ärendet 443/95 och den rättsliga överprövningen gav resultatet att konkurrensintresset fick ge vika. Marknadsdomstolens dom i målet 1999:1 *Södra Skogsägarna* gav upphov till en lagändring, där konkurrenslagens möjliga tillämpning på jord- och skogsbrukets området skrevs bort än tydligare.⁵⁷³ Marknadsdomstolen ansåg att jord- eller skogsbruksregleringen inte medgav något utrymme för en tillämpning av konkurrenslagens förbud.

En sak som ligger utanför den juridiska bedömningen är att det på politiska grunder finns skäl att ifrågasätta undantaget för skogsnäringen. Inom EG finns en omfattande jordbruksreglering, men ingen skogsbruksreglering.⁵⁷⁴ Primärföreningarna har som verksamhet att inom ramen för en ekonomisk förening låta skilda företag gå samman och besluta om pris och produktion. Begränsningen i 18 c 2 st § av undantaget paragrafens första stycke gällande försäljning mellan en medlem och tredje man är av marginell betydelse. Man kan fråga sig varför ett undantag för skogsbruket måste finnas, då skälen för en reglering av livsmedelsproduktionen inte alls gör sig gällande med samma styrka då det gäller skogsindustrin.

MD 1998:18 Dagengruppen AB

I MD 1998:18 hade Dagengruppen AB vägrat företagen Pilgrimshem Hotell & Vandrarhem⁵⁷⁵ och Bällsta Taxi att annonsera i tidningen Dagen. Företagen hävdade att detta utgjorde missbruk av dominerande ställning. Konkurrensverket inledde en undersökning av frågan och ålade Dagengruppen AB att inkomma med uppgifter till verket. Dagengruppen vägrade med hänvisning till 5 kap. 3 § tryckfrihetsordningen enligt vilken inget får införas i en periodisk skrift mot utgivarens vilja.

⁵⁷³ Prop. 1999/2000:140, s. 231–255. Den tidigare punkten 2.b (föreningen svarar för försäljningen och konkurrensen på marknaden hindras, begränsas eller snedvrids i väsentlig omfattning) ströks.

⁵⁷⁴ Se diskussionen i prop. 1999/2000:140 avsnitt 12.6

⁵⁷⁵ Hotellverksamheten drivs av den religiösa församlingen Maranata, vilket förmodligen har spelat roll för tidningen Dagens (organ för Pingskyrkan) vägran att ta in annonsen.

Stockholms tingsrätt upphävde Konkurrensverkets beslut om åläggande. Marknadsdomstolen kom till samma slut. Tryckfrihetsordningen bestämmer om ansvarig utgivares rätt att inte behöva ta in material i periodisk skrift mot sin vilja är absolut och oinskränkt. Dagensgruppen AB argumenterade utifrån tryckfrihetsordningens ställning som grundlag och att den därför utgör *lex superior* i förhållande till konkurrenslagen. Marknadsdomstolen berörde emellertid inte det resonemanget.⁵⁷⁶

Domstolen hänvisade däremot till det s.k. Land-målet MD 1974:4 som gällt en liknande situation. Marknadsdomstolen hade då ansett att det mot bakgrund av 5 kap. 3 § TF inte går att ålägga en utgivare att införa något som helst material och att denna rätt inte kunde inskränkas utan stöd i tryckfrihetsförordningen. Detta gällde även kommersiella annonser. Domstolen hänvisade vidare till att frågan hade behandlats i proposition 1986/87:151 Ändringar i tryckfrihetsförordningen m.m. s. 51–52, där departementschefen menat att det faktum att annonsvägran inte kunde angripas enligt konkurrenslagstiftningen var ett problem, men att det inte visats på sådana olägenheter att en ändring av TF borde övervägas. Eftersom diskussionen i propositionen inte hade lett till någon lagändring var Marknadsdomstolen av uppfattningen att rättsläget inte hade ändrats och gjorde därför, liksom i Land-målet, bedömningen att en vägran att införa en annons i en periodisk skrift inte kunde anses utgöra missbruk av dominerande ställning. Det saknades därför grund för Konkurrensverket att rikta ett beslut om åläggande till Dagensgruppen AB.

När Marknadsdomstolen menar att rättsläget gällande skärningen mellan tryckfrihetsförordningen och konkurrenslagstiftningen sedan 1986/87 inte har ändrats bortses från att konkurrenslagen trots allt har skärpts. Stadgandet om ansvarig utgivares absoluta rätt att själv besluta om allt som publiceras i skriften skall ses mot bakgrund av det straffrättsliga ansvar som kan åläggas ansvarig utgivare. En politisk fråga är däremot om tryckfrihetsförordningen borde ändras. I en statlig utredning har föreslagits en ordning som i princip innebär att konkurrenslagens förbud mot konkurrensbegränsande avtal, missbruk av dominerande ställning och förvärvsregler i princip skall vara tillämpliga, dock med undantag för just 5 kap. 3 § TF.⁵⁷⁷ Emellertid vore det lika gärna möjligt med ordningen att inte heller utgivare av

⁵⁷⁶ Axberger framhåller för sin del i en artikel gällande Konkurrensverkets rätt att pröva företagsförvärv inom tidningsbranschen att grundlagen (TF) gäller före allmän lag och framför åsikten att rättsläget är sådant att Konkurrensverket inte har rätt att pröva företagsförvärv.

Axberger, Tryckfrihetsrätten, konkurrensrätten och framtiden, JT 1998-99 s. 3–20, 7

⁵⁷⁷ Frågan har behandlats utförligt i SOU 1999:30 Yttrandefriheten och konkurrensen

periodiska skrifter får missbruka sin dominerande ställning genom annonsvägran för rent kommersiella annonser.⁵⁷⁸

7.3.2 Mål gällande konkurrenslagen vid Högsta domstolen och Regeringsrätten

Ärenden enligt konkurrenslagen handläggs av Marknadsdomstolen. Därför är det endast undantagsvis som den högsta allmänna domstolen respektive den högsta förvaltningsdomstolen har anledning att avgöra frågor som rör konkurrenslagen eller ens konkurrensfrågor i allmänhet. Högsta domstolen har emellertid haft tillfälle att efter den nuvarande konkurrenslagens ikraftträdande hantera ett mål gällande ett särskilt rättsmedel (resning). Regeringsrätten har också fått tillfälle att beröra konkurrensfrågor i en annan extraordinär process – fråga om rättsprövning av regeringens beslut att stänga kärnkraftverket Barsebäck.

Högsta domstolen

Högsta domstolen har gjort ett allmänt hållet uttalande om betydelsen av konkurrens i ett mål om resning i målet vid Marknadsdomstolen MD 1997:8 *Petroleumhandelns Riksförbund (PRF) och Petroleumhandelns Riksförbunds medlemmar mot Konkurrensverket*.⁵⁷⁹ PRF hade vid Marknadsdomstolen i samband med målets avgörande yrkat att beslutet av Konkurrensverket (avslag på begäran om icke-ingripandebesked samt beslut att inte bevilja undantag) från 1995 inte skulle gälla under tiden fram till att Marknadsdomstolen hade beslutat i saken. Detta yrkande hade Marknadsdomstolen lämnat utan avseende och i denna del ansökte PRF om resning hos Högsta domstolen på grunden att Marknadsdomstolens rättstillämpning uppenbart stred mot lag.

Marknadsdomstolen konstaterade att de lagbestämmelser som Marknadsdomstolen tillämpat i fallet var avsedda att främja ”det angelägna allmänna intresset av en effektiv konkurrens i fråga om bl a handel med varor. Varken bestämmelserna eller tillämpningen av dem hade avsikten att gynna vissa personer eller företag på så sätt som PRF hade hävdad. HD var av åsikten att PRF inte kunnat visat någon omständighet som kunde föranleda resning i målet.

⁵⁷⁸ Se särskilt yttrande av Kenny Carlsson, SOU 1999:30, s. 436–437

⁵⁷⁹ HD. Ö4655/96, 961125

Regeringsrätten

Regeringsrätten avgjorde 1999 *Barsebäcksmålet*.⁵⁸⁰ Målet gällde rättsprövning av regeringens beslut att låta rätten att driva kärnkraftsreaktorn Barsebäck 1 upphöra. De sökande (Barsebäck Kraft AB, helägt av Sydkraft AB samt företaget Preussen Elektra AG, vilket i sin tur hade betydande ägarintressen i Sydkraft) yrkade att beslutet skulle upphävas. Regeringen bestred detta yrkande. BKAB gjorde bland annat gällande att regeringens beslut stred mot olika regler i EG-fördraget, däribland artiklarna 82 och 86.1. BKAB m.fl. yrkade även att Regeringsrätten skulle inhämta förhandsbesked från EG-domstolen. Regeringen bestred även detta. Regeringsrättens beslut blev att regeringsbeslutet inte stred mot någon rättsregel och domstolen valde att inte inhämta något förhandsavgörande från EG-domstolen. Regeringsrättens beslut att inte tillfråga EG-domstolen om EG-rättens tolkning blev föremål för en intensiv debatt.⁵⁸¹

De sökande hävdade att regeringen av konkurrensskäl hade valt att stänga Barsebäcksreaktorn i stället för att låta stängningen drabba en av det statligt ägda Vattenfall AB:s reaktorer. Som stöd för sitt påstående anförde de sökande bland annat en PM från Näringsdepartementet från januari 1997, där departementet går igenom de negativa affärsmässiga effekter som en stängning av en reaktor skulle medföra för reaktorns ägare.⁵⁸² Regeringen invände att det inte var ett seriöst antagande att hävda att Sveriges riksdag skulle ha gett avvecklingslagen dess utformning i syfte att gynna Vattenfall och missgynna detta företags konkurrenter. Istället framhöll regeringen att beslutet att avveckla just Barsebäck hade tagits med hänsyn till kärnkraftverkets olämpliga lokalisering.

BKAB hävdade att staten genom beslutet att stänga Barsebäcksreaktorn på ett otillbörligt sätt stärkte Vattenfalls redan dominerande ställning på den relevanta marknaden. Regeringsrätten gjorde en bedömning av vad som enligt EG:s konkurrensregler mer allmänt gällde i fråga om statliga ingrepp på en marknad. Domstolen påpekade att trots att EG-domstolens praxis gällande artikel 86 och 82 respektive 3.1g, 10 och 81 var omfattande rådde fortfarande oklarheter vad avsåg förenligheten av sådana statliga ingrepp med EG-rätten. Däremot stod det enligt Regeringsrätten alldeles klart att sådana ingrepp var möjliga att göra när allmänna intressen gjorde sig gällande. Re-

⁵⁸⁰ RÅ 1999 ref. 76

⁵⁸¹ Sterzel, Barsebäcksmålet, JT 1999-00, s. 658–675, debattinlägg av Bernitz, Nergelius, von Quitzow, Wiwen-Nilsson, JT 1999-00, s. 964–982, Sterzel, Barsebäcksmålet – en slutreplik, JT 2000-01, s. 220–224. För en egendomsrättsligt analys se Åhman, Barsebäck ur ett egendomsrättsligt perspektiv, ERT 1999 s. 661–677

⁵⁸² PM från Näringsdepartementet daterad 15 januari 1997 (av sökandena kallad den ”hemliga promemorian”, se RÅ ref 76 1999, avsnitt 5.4.2

geringsrätten gjorde bedömningen att saken ytterst gällde huruvida EG-fördragets konkurrensregler krävde att det statliga Vattenfalls reaktorer skulle stängas först, såsom BKAB hävdade. Regeringsrätten ansåg att något sådant krav inte kunde härledas från EG-domstolens praxis och uttalade att regeringsbeslutet inte kunde anses strida mot artikel 86.1 och 82.⁵⁸³ Regeringsrätten påpekade också att det stod regeringen fritt att väga in förhållandet till Danmark i sitt beslut att stänga just Barsebäck.

Stängningen av Barsebäcksreaktorn visar de trovärdighetsproblem som kan uppstå till följd av att en offentlig aktör – i detta fall staten – är den som bestämmer om regler, etableringsrätt och tillstånd på en viss marknad samtidigt som staten via ett helägt bolag också uppträder som aktör på samma marknad.

Om det nu vore så att regeringens enda och klart redovisade skäl till att dra in tillståndet för just Barsebäck skulle vara att regeringen önskade plocka bort en av Vattenfall AB:s konkurrenter från marknaden, skulle detta kunna ses som en sådan åtgärd som omfattas av förbudet i artikel 86.1 EG. Eftersom det då inte skulle röra sig om ett enskilt intresse och inte ett allmänt skulle undantaget i artikel 86.2 inte vara tillämpligt. När regeringen väljer att motivera stängningen Barsebäck utifrån andra överväganden, bland annat till Danmark kommer, måste detta nog accepteras.

7.4 Kollisioner mellan konkurrenslagen och offentligaregleringar i Konkurrensverkets praxis

7.4.1 Inledning

Myndighetspraxis som rättskälla

Sedan mitten av 1993 då konkurrenslagen trädde i kraft och fram till år 2003 har Konkurrensverket avgjort drygt 200 ärenden som verket själv har registrerat under ämnesorden "offentlig OCH reglering" eller "offentlig-reglering". Det finns också ytterligare beslut som rör konkurrenslagens förhållande till rättsliga regleringar som verkar konkurrensbegränsande, men som registrerats under andra ämnesord. Konkurrensverket ger själv ut publikationen *Konkurrensnytt* (tidigare *Konkurrensverkets ärenden*) där verket

⁵⁸³ RÅ ref 76 1999, avsnitt 6.3.4

sammanfattar sådana ärenden som får antas vara viktiga, typiska eller i övrigt ha ett värde. Sådana beslut har undersökts närmare. I övrigt har en genomgång gjorts av Konkurrensverkets praxis för att finna både sådana beslut som är ordinära eller tvärtom särpräglade i någon mening.

Undersökningen visar att det sätt på vilket Konkurrensverket resonerar följer en mall som ser ungefär likadan ut i de olika besluten. Det går också att urskilja vissa principer för Konkurrensverkets tillämpning av konkurrenslagen i ärenden som påverkas av konkurrensbegränsande offentliga regleringar.

Myndighetspraxis är emellertid en rättskälla som befinner sig ganska långt ned i rättskällehierarkin. Konkurrensverkets hantering av ansökningar om icke-ingripandebesked/undantag har givit upphov till över 1 200 beslut. Detta skall jämföras med Marknadsdomstolens ca 60 domar som rör konkurrenslagen. De allra flesta av Konkurrensverkets beslut överklagas således inte. Därför kan det vara på sin plats med ett förbehåll inför den följande redovisningen. Konkurrensverkets praxis säger mycket om hur verket resonerar i fråga om konkurrensbegränsande offentliga regleringar. Däremot är denna praxis av något mindre värde vad gäller konkurrenslagens auktoritativa tillämpning och tolkning. För det senare krävs att Marknadsdomstolen får möjlighet att avgöra de rättsfrågor som för sig gällande.

Konkurrensverkets instruktion

Konkurrensverket är enligt 1 § i sin instruktion central förvaltningsmyndighet för konkurrensfrågor.⁵⁸⁴ Dess uppgift är att verka för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet till nytta för konsumenterna. Verket skall fullgöra de uppgifter som följer av konkurrenslagen, vilket främst är att besluta om undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal, besluta om icke-ingripandebesked samt besluta om åläggande till företag att upphöra att överträda förbuden i 6 och 19 §§.⁵⁸⁵ Dessutom föreskrivs i instruktionen att verket har till uppgift att lämna förslag till avregleringsåtgärder samt att uppmärksamma hinder mot en effektiv konkurrens i offentlig verksamhet och lämna förslag till åtgärder för att dessa skall kunna undanröjas.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ Förordning (1996:353) med instruktion för Konkurrensverket, 1 §

⁵⁸⁵ Därutöver fullgör Konkurrensverket uppgifter som följer av lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling, lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler.

⁵⁸⁶ Sådana förslag redovisar Konkurrensverket dels i sin årsredovisning, dels i särskilda rapporter till regeringen. Konkurrensverkets synpunkter lämna också direkt i enskilda beslut. Se t.ex. dnr. 1058/96, 970507 RFV:s sjukhus. Konkurrensverket uppmärksammade att försäkringskassor som beslutade om arbetslivsinriktad rehabilitering enligt en regeringsförordning

7.4.2 Ordalydelsens betydelse

Utgångspunkten för Konkurrensverkets hantering av konkurrensbegränsande offentliga regleringar är det på sidan 205 återgivna uttalandet i proposition 1992/93:56 sidan 70.

En bokstavlig tolkning av motivuttalandet medför att den avgörande frågan blir vad som egentligen utgör en direkt och nödvändig konsekvens eller en ofrånkomlig följd av den offentliga regleringen. I varje beslut rörande möjligheten att tillämpa konkurrenslagen vid förekomsten av offentliga regleringar citerar Konkurrensverket motivuttalandet, oftast i sin helhet. Det verkar som om Konkurrensverket lägger stor vikt vid förarbetenas ordalydelse, både vad gäller motiven till konkurrenslagen respektive propositionstexten till de enskilda offentliga regleringarna.

Konkurrensverkets bedömning av de båda ärendena *Vinstsparkonto* och *Allemanssparkonto* illustrerar det just sagda.⁵⁸⁷ Sparformen "Allemanssparkonto" infördes 1984 efter beslut av riksdagen och ett flertal banker ansökte om icke-ingripandebesked för samverkan dem emellan vid förhandlingar med staten om fastställande av ersättning för hantering av allemanssparkonton. Konkurrensverket avslog dock ansökan om icke-ingripandebesked och beviljade inte heller undantag med motiveringen:

"Allemanssparandet är visserligen en sparform som riksdagen beslutat om i lag, men den samverkan mellan bankerna som sker i förhandlingarna om ersättning [från staten] för hantering av allemanssparkonton är inte en direkt och avsedd effekt av denna bakomliggande lagstiftning. KL kan därför tillämpas på denna samverkan."⁵⁸⁸

Samma banker som anmälde samarbetet om Allemanssparkonto anmälde även avtal/förfaranden som möjliggjorde för bankerna att samarbeta för att tillhandahålla sparformen "Vinnarkonto". Denna hade en föregångare i "Vinstsparkonto" som delvis finansierades av staten. Finansieringen upphörde dock av statsfinansiella skäl, men bankerna gavs tillstånd att driva vinstsparandet i egen regi.⁵⁸⁹ I proposition 1984/85:51 reglerades hur vinstsparandet skulle organiseras och det uttrycktes att det var önskvärt att bankerna samarbetade om en vinstplan. Bankerna hade också erhållit regeringens tillstånd enligt 4 § lotterilagen att bedriva sparformen Vinnarkonto. Ut-

endast debiterades 45 kr per vård dygn om kassan anlätade RFV:s egna sjukhus. Konkurrensverket förordade i beslutet att en ordning där den lokala försäkringskassan debiterades tydligare för sina köp borde införas. Förordningen är numera i denna del också upphävd.

⁵⁸⁷ KKV dnr. 993/93, 931228 ansökan om icke-ingripandebesked/undantag angående samverkan mellan banker rörande allemanssparkonto

⁵⁸⁸ KKV dnr. 993/93, 931228

⁵⁸⁹ Prop. 1984/85:51 om bosparande för ungdomar och om andra sparfrågor, s. 26–29

gången i beslutet om Vinnarkonto blev därför den motsatta jämfört med det om Allemanssparkonto, dvs. icke-ingripandebesked beviljades. Konkurrensverket anförde:

”Med hänsyn härtill har Konkurrensverket att utgå från att regeringen vid sin bedömning av tillståndsärendet även har beaktat den samverkan mellan bankerna som omfattas av förevarande ansökan/anmälan och som förutsågs i de aktuella förarbetena. De konkurrensbegränsande verkningarna av denna samverkan måste således ses som ett direkt utflöde av den offentliga regleringen på de aktuella områdena.”⁵⁹⁰

Avgörande för att de båda ärenden får motsatt utgång är att samarbetet bankerna emellan i det första fallet inte är omnämnt i förarbetena till regleringen med konkurrensbegränsande verkan, medan det tvärtom var förutsett i det andra fallet.

7.4.3 Frågan om formell normstatus

Vid konflikter mellan konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar ligger det nära till hands att söka vägledning i den formella normhierarkiska statusen. Eftersom konkurrenslagen är en lag går det att argumentera för att konkurrensbegränsande offentliga regleringar i förordningens form eller en annan föreskrift av lägre dignitet måste ge vika. Ordalydelsen av förarbetsuttalandet, (”När riksdagen...genom *lag* [här kursiverat] beslutat om *offentliga regleringar* som medför konkurrenshämmande verkningar...”) kan tolkas som att det krävs att riksdagen explicit har beslutat om en offentlig reglering i lagform för att konkurrenslagen skall ge vika.

Konkurrensverket tillmäter också den offentliga regleringens form stor betydelse. Företag må anför att Konkurrensverket bör bevilja icke-ingripandebesked eller undantag för att statsmakterna har uttryckt en viljeinriktning för gestaltningen av en viss marknad. Så länge en sådan viljeinriktning inte har kommit till uttryck i lag tillmäter Konkurrensverket den ingen betydelse vad gäller konkurrenslagens tillämplighet. Detta exemplifieras av beslutet *Sydgasprojektet* angående samarbetsavtal och leveransavtal gällande naturgas.⁵⁹¹ Vattenfall Naturgas AB och Sydgas AB ansökte om icke-ingripandebesked/undantag och anförde att det var regering och riksdag

⁵⁹⁰ KKV dnr. 994/93, 940214 ansökan om icke-ingripandebesked/undantag angående Vinnarkonto

⁵⁹¹ KKV dnr. 1815/93, 1821/93, 970423. Icke-ingripandebesked lämnades då avtalen inte ansågs strida mot 6 eller 19 §§ KL.

som hade beslutat att naturgas skulle introduceras i Sverige och att de eventuella konkurrensbegränsande effekterna av den marknadsindelning som var en effekt av de anmälda avtalen var något som tillkommit genom påverkan av statsmakternas handlande. Konkurrensverket konstaterade emellertid att riksdagen inte hade valt att uttrycka sitt i och för sig påvisbara inflytande över Sydgasprojektet i form av lagstiftning. Därför förelåg inte en inskränkning av konkurrenslagens tillämplighet.

Idén om att konkurrenslagen skall ges företräde framför konkurrensbegränsande regler i form av förordningar eller myndighetsföreskrifter är en tillämpning av prioritetsregeln *lex superior*, vilket innebär att om en norm av lägre dignitet strider mot en norm av högre dignitet skall den senare följask.⁵⁹² Det framhållits särskilt att den äldre konkurrenslagen fick ge vika även när särregleringen inte hade formen av lag. Det har då förmodats att den uttryckliga skrivningen om offentliga regleringar i lagform i motiven till den nuvarande lagen väsentligen skulle öka möjligheterna att med stöd av konkurrenslagen ingripa mot konkurrensbegränsningar till följd av regleringar.⁵⁹³

Det visar sig emellertid regelmässigt att de flesta särregleringar kan härledas tillbaka till en lag. Den offentliga regleringen kommer då att befinna sig på samma nivå i normhierarkin som konkurrenslagen och även om motivuttalandet verkligen tolkas bokstavligt, ökar konkurrenslagens möjliga genomslag endast i en utsträckning som inte kan sägas vara betydande.

Konkurrensverket hävdar i sina beslut, i enlighet med sin uppfattning av betydelsen av normstatus, att konkurrenslagen inte måste ge vika för en förordning som har sin grund i regeringens restkompetens i RF 8 kap. 13§.⁵⁹⁴ Ett sådant resonemang förekommer i *Metroörendet* angående tidningen Metros krav att få tillgång till konkurrenternas (Dagens Nyheter och Svenska Dagbladet) distributionsverksamhet.⁵⁹⁵ Metro hävdade att DN:s och SvD:s vägran utgjorde missbruk av dominerande ställning. Dessa båda tidningar anförde att både tryckfrihetsförordningen och presstödsförordningen

⁵⁹² Peczenik, Vad är rätt, s. 281

⁵⁹³ Carlsson/Söderlind/Ulniksson, Konkurrenslagen, 1999, s. 411–412. Konkurrensverkets syn på och erfarenheter av förhållandet mellan konkurrenslagen och särregleringar, i Bernitz/Edwardsson Konkurrens på reglerade marknader, 1999, s. 6–7

⁵⁹⁴ Restkompetensen är den normgivningskompetens som innefattar regeringens rätt att besluta föreskrifter som inte enligt lag skall meddelas av riksdagen. Restkompetensen omfattar offentlighetsrättslig normgivning av främst intern natur. I de fall det rör förhållandet mellan det allmänna och enskilda är det fråga om föreskrifter som är gynnande eller neutrala men inte betungande sådana. Presstödet är just ett sådant exempel på en för enskilda gynnande föreskrift som har utfärdats av regeringen. Se Strömberg, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, 1999, s. 153–155

⁵⁹⁵ KKV dnr. 1044/96, 990108 Ifrågasatt otillåten samverkan och missbruk av dominerande ställning; tidsningsdistribution.

utgjorde hinder för Konkurrensverket att pröva ärendet. Konkurrensverket menade att det åläggande om distributionsskyldighet som det skulle kunna bli fråga om inte kunde anses utgöra hinder för spridningsrätten av tryckt skrift eller i övrigt strida mot grunderna för TF. I den materiella bedömningen ansåg verket att vägran att distribuera Metro inte utgjorde missbruk av dominerande ställning.

Därefter var fråga om reglerna om distributionsstöd i presstödsförordningen kunde anses utgöra en sådan offentlig reglering som hindrade tillämpning av konkurrenslagens förbud. Konkurrensverket tog i sitt beslut fasta på att regeringen hade utfärdat presstödsförordningen med stöd i restkompetensen i RF 8 kap. 13§. Konkurrensverket fann att presstödsförordningen inte kunde medföra att konkurrenslagen inte skulle tillämpas, eftersom bestämmelserna inte hade formen av lag.

Även i frågan om normhierarkins betydelse fäster således Konkurrensverket avsevärd vikt vid ordalydelsen av uttalandet i förarbetena. En konflikt mellan konkurrenslagens förbud och en oförenlig bestämmelse i en regeringsförordning utfärdad med stöd av restkompetensen har dock ännu inte lett till att Konkurrensverket i något fall har utfärdat ett åläggande. Skulle det inträffa, skulle företag med Konkurrensverkets synsätt kunna ställas till ansvar för att ha överträtt förbuden i konkurrenslagen, trots att de har rättat sig efter en förordning.⁵⁹⁶

7.4.4 Tvåstegsprövningen angående direkt och nödvändig effekt eller ofrånkomlig konsekvens.

I en kommentar till konkurrenslagen anför att när Konkurrensverket avgör i vilka fall konkurrenslagen måste ge vika delas prövningen upp i två steg.⁵⁹⁷ Först prövas om den konkurrensbegränsning som uppstår är en direkt och nödvändig effekt av den offentliga regleringen. Om så inte är fallet undersöks därefter om konkurrensbegränsningen istället är en ofrånkomlig följd. Även detta förhållningssätt verkar ha sin orsak i en bokstavlig tolkning av förarbetsuttalandet.

Ett belysande exempel på tvåstegsprövningen är beslutet *Pressretur* gällande icke-ingripandebesked för ett samarbete inom pappersindustrin om producentansvar för returpapper, huvudsakligen olästa returer av tidningar

⁵⁹⁶ Bernitz, *Utilities-marknaden öppnas för konkurrens*, i Bärlund (red.) 1995, s. 155–162, s. 158–159. Bernitz anför att detta medför en ohållbar lagtolkning. Se även Wetter m.fl. *Konkurrenslagen – en handbok*, 2 uppl. 2002, s. 36

⁵⁹⁷ Carlsson/Söderlind/Ulriksson, *Konkurrenslagen*, s. 412

och tidskrifter.⁵⁹⁸ Företagen Mo och Domsjö AB, SCA Graphic Paper AB och Stora Feldmühle Scandinavia AB hade bildat ett konsortium benämnt Pressretur AB för att hantera returpappersavfall. Konkursverket tog först ställning till om bildandet av detta konsortium var en direkt och nödvändig effekt av den aktuella lagstiftningen. Konkursverket konstaterade att det producentansvar som hade ålagts företagen hade sin grund i renhållningslagen (1979:596). Med stöd av renhållningslagen hade regeringen också utfärdat producentansvarsförordningen (1994:1205). Konkursverket ansåg att varken den allmänt hållna skrivningen i renhållningslagen eller förordningstexten gav stöd för att just detta konsortium var en direkt och avsedd effekt av lagstiftningen.

Därefter prövade Konkursverket om företagets samverkan i Pressretur AB kunde vara en ofrånkomlig följd av lagstiftningen. "Ofrånkomlig" tolkade Konkursverket som något som kunde anses vara nödvändigt för att intentionerna bakom den konkurrensbegränsande lagstiftningen skulle kunna uppfyllas. Vid bedömningen av vad som var nödvändigt fäste Konkursverket vikt vid att den prestation som krävdes av lagstiftningen (i detta fall insamling av returpapper) var för stor för att vart och ett av företagen skulle kunna utföra den enskilt. Också om den föreskrivna insamlingen av returpapper inte i sig hade varit för stor för vart och ett av företagen, kunde det förhållandet att insamlingen var ogenomförbar utan koordinering av företagets aktiviteter också leda fram till slutsatsen att samarbetet var nödvändigt.

Konkursverket fann att samarbetet i form av det föreliggande konsortieavtalet fick anses utgöra en ofrånkomlig följd av renhållningslagen och producentansvarsförordningen. Därför kunde konkurrenslagen inte tillämpas vad gällde själva konsortieavtalet. En annan sak var att konkurrenslagen kunde tillämpas på villkoren för och utformningen av samarbetet i övrigt. Konkursverket fann dock att inget av förbuden i konkurrenslagen hade överträtts och beviljade därför icke-ingripandebesked.⁵⁹⁹

Medan denna tvåstegsprövning i många beslut utförs med stor noggrannhet, finns det också exempel där diskussionen kring vad som är direkt och nödvändig effekt respektive ofrånkomlig följd är betydligt kortare. I ärendet dnr 387/1998 gällande Riksbankens system för clearing och avveckling

⁵⁹⁸ KKV dnr. 1528/94, 971219. Ett liknande resonemang användes även vid beslutet dnr. 1134/96, 980608 (EPS Återvinnings AB).

⁵⁹⁹ I andra ärenden som har gällt producentansvar för förpackningar i en eller annan form har icke-ingripandebesked inte kunnat lämnas då utformningen av företagets samarbete varit märkbart konkurrensbegränsande. Då har istället undantag kunnat lämnas. Se t.ex. dnr. 208/94, 961213 återvinning av PET-flaskor, (förnyat genom dnr. 962/1999, 000329), dnr. 1471/93, 970130 (33 cl glasflaskor) (förnyat genom dnr. 291/2000, 000620), dnr. 297/2000, 00062 (50 cl glasflaskor),

(RIX) konstaterade Konkurrensverket, att RIX-systemet är en direkt och avsedd effekt av 18 § riksbankslagen. Därefter noterade verket kort att Riksbankens prissättning av bankernas användning av systemet inte var en direkt och avsedd effekt av 18 § riksbankslagen eller en ofrånkomlig följd av denna.⁶⁰⁰ Det förekommer också att Konkurrensverket inte bryr sig om att avgöra om ett samarbetet är en direkt effekt *eller* en ofrånkomlig följd och att verket då nöjer sig med att säga att det aktuella samarbetet mellan företag "... eller åtminstone [är] en ofrånkomlig följd av denna". [radio- och tv-lagen].⁶⁰¹

7.4.5 Restriktiv tolkning av särregleringar – dock betydelse för beviljandet av undantag

Ett tydligt drag i Konkurrensverkets praxis är att verket tolkar särregleringars tillämpningsområde restriktivt. Detta yttrar sig främst genom att Konkurrensverket alltid strävar efter att tillämpa konkurrenslagen. Det händer att de sökande påpekar förekomsten av lagregleringar på det aktuella området, men Konkurrensverket finner ofta att just det aktuella avtalet inte är en direkt och nödvändig effekt av lagstiftning eller en ofrånkomlig följd.⁶⁰² Därför kan konkurrenslagen formellt ofta tillämpas. Särregleringen kommer emellertid väldigt ofta "tillbaka" och påverkar med nödvändighet verkets bedömning av om icke-ingripandebesked eller undantag skall beviljas. Resultatet i praktiken vid förekomsten av en konkurrensbegränsande offentlig reglering blir därför regelmässigt att konkurrenslagens förbud inte kommer till användning.

Ett exempel på restriktiv tillämpning av vad som anses följa av en konkurrensbegränsande reglering är beslutet *Svenska atomförsäkringspoolen*.⁶⁰³ Atomansvarighetslagen innehåller bestämmelser om obligatorisk ansvarsförsäkring som skall tecknas för att täcka det ansvar som enligt lagen kan utkrävas på grund av inträffad atomskada. Eftersom det är omöjligt för ett enskilt bolag att uppbringa hela ansvarsbeloppet med tanke på den potentiella omfattningen av en atomskada, samarbetar nästa alla på den svenska marknaden verksamma försäkringsbolag i Svenska atomförsäkringspoolen. Konkurrensverket menade att det i och för sig fanns visst stöd i propositionen till atomansvarighetslagen att det var nödvändigt med samarbete mellan försäkringsbolag. Emellertid ansåg verket att de sökande inte hade visat att

⁶⁰⁰ Dnr. 387/1988, 990309, RIX-systemet, icke-ingripandebesked beviljades.

⁶⁰¹ Dnr 885/1998, 990527 Marksänd digital-TV, icke-ingripandebesked beviljades.

⁶⁰² KKV dnr. 1535/93, 971017 Ansökan om icke-ingripandebesked/undantag för samordning av revision av kärnkraftverk.

⁶⁰³ KKV dnr. 1030/93, 940223, ansökan om icke-ingripandebesked/undantag

ett samarbete av sådan omfattning som det föreliggande var nödvändigt. Konkurrensverket ansåg att samarbetet påverkade konkurrensen på ett märkbart sett och avslag begäran om icke-ingripandebesked. Däremot ansåg Konkurrensverket att förutsättningarna i 8 § KL för undantag var uppfyllda och beviljade därför ett sådant.⁶⁰⁴

Det sistnämnda fallet visar på ett vanligt förekommande mönster då det är fråga om en pålaga från statsmakterna att privata företag måste ta ansvar för en viss verksamhet. Konkurrensverket finner att trots förekomsten av en offentlig reglering är konkurrenslagen tillämplig. Inget i regleringen anger att vare sig just de aktuella företagen skall samarbeta med varandra eller att de skall göra det på precis det sättet som är för handen. Däremot förutsätter ofta regleringen att en obestämd grupp företag på något sätt samarbetar om uppgiften som pålagts dem. Dessa företag beviljas därför icke-ingripandebesked eller undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i enlighet med 8§ KL av Konkurrensverket.⁶⁰⁵

7.4.6 Tillståndspliktig verksamhet

I ärenden som rör tillståndspliktig verksamhet kan själva beslutet om tillstånd inte prövas mot konkurrenslagen, eftersom beslutet regelmässigt utgör en direkt effekt av den bakomliggande lag som uppställer krav tillstånd som villkor för verksamhetens bedrivande eller att det är fråga om myndighetsutövning. Däremot är konkurrenslagen i princip tillämplig på varje agerande av tillståndsinnehavarna och utformningen av avtal. Finns flera tillståndsinnehavare ger inte tillståndet i sig dessa rätten att samarbeta med varandra utöver vad som är en direkt följd av lagstiftning.⁶⁰⁶

I ärendet *Digital-tv* hade regeringen meddelat tillstånd att sända mark-sänd digital-tv och därvid i enlighet med radio- och tv-lagen som villkor för

⁶⁰⁴ Undantaget förnyades genom beslut KKV dnr. 737/1998, 981217

⁶⁰⁵ Exempel är de många beslut som gäller producentansvaret för returpapper (dnr. 1528/94 från 971219), täktverksamhet för avfallsdeponi (dnr 1588/93, 970413), samarbete om retursystem för standardiserade 33 cl respektive 50 cl glasflaskor (dnr. 1471/93, 970130 resp. 297/2000, 000620)), retursystem för återfyllbara PET-flaskor (dnr. 291/2000, 000620), återvinning av dryckesförpackningar av PET, m. m. (208/94, 961213 förnyat genom 962/1999, 000329)

⁶⁰⁶ KKV dnr. 1864–65/93, 950103 ansökan om icke-ingripandebesked/undantag för samarbete mellan Industriförvaltnings AB Kinnevik och TV4 om försäljning av reklamtid i TV3 (ägt av Kinnevik) och TV4 i ett gemensamt bolag. Konkurrensverket anförde att konkurrenslagen inte kunde tillämpas på regeringens tillståndsbeslut om en tredje marksänd kanal. Däremot kunde konkurrenslagen tillämpas på tillståndsinnehavarens (TV4) agerande. Upprättandet av ett gemensamt försäljningsbolag ansågs inte vara en direkt och avsedd effekt eller en ofrånkomlig följd. Icke-ingripandebesked beviljades ej och ansökan om undantag beviljades inte.

tillståndet föreskrivit viss samverkan mellan tillståndshavarna i tekniska frågor.⁶⁰⁷ Tv-bolagen anmälde sitt samverkansavtal till Konkurrensverket för icke-ingripandebesked/undantag. De sökande menade att konkurrenslagen inte kunde tillämpas på avtalet i dess helhet. Konkurrensverket ansåg dock att de delar av samverkansavtalet som inte utgjorde sådana villkor som utgjorde ett utflöde av radio- och tv-lagen omfattades av konkurrenslagens tillämpningsområde. Konkurrensverket fann dock att avtalet inte omfattades av något av förbuden i 6 eller 19 §§ i lagen och lämnade därför icke-ingripandebesked.

I det redan 1993 avgjorda ärendet *Bofors AB* gällande undantag/icke-ingripandebesked resonerade dock Konkurrensverket på ett sätt som kunde uppfattas som mer långtgående.⁶⁰⁸ Konkurrensverket anförde först att när regeringen hade lämnat tillstånd till samarbete som omfattas av tillståndsplikt enligt lag (i detta fall lagen (1992:1300) om krigsmateriel) var tillståndsbeslutet inte möjligt att pröva mot konkurrenslagens förbud. Därefter sades att konkurrenshämmande verkningar av avtal för vilka tillstånd har lämnats därför fick anses vara en ofrånkomlig följd av den offentliga regleringen. Detta har av andra sökande tolkats som att konkurrenshämmande verkningar av tillståndshavares senare ingångna avtal generellt kunde ses som en ofrånkomlig följd av en reglering. Emellertid uttalade sig Konkurrensverket endast om det aktuella avtalet mellan företaget *Bofors AB* och *Raufoss A/S* vartill regeringen lämnat sitt tillstånd.

7.4.7 Myndighetsutövning

Det framgår av 3 § KL att lagen inte tillämpas på aktiviteter som utgör myndighetsutövning.⁶⁰⁹ Att ge ett generellt och samtidigt exakt svar på vad myndighetsutövning är för något är inte enkelt. Konkurrensverket gör alltid en noggrann undersökning av det regelverk som kan påverka ett ärendes utgång och undersöker i det enskilda fallet om det föreligger myndighetsutövning eller inte. Ett typexempel på något som inte kan prövas mot konkurrenslagens förbud är således ett beslut om bygglov enligt plan- och bygglagen (1987:10). Enligt denna lag är det en kommunal angelägenhet att planlägga användningen av mark och vatten. Kommunerna reglerar även det så kallade handelsändamålet i detaljplaner. En näringsidkare som önskar bedriva kommersiell verksamhet för att konkurrera med befintliga näringsid-

⁶⁰⁷ KKV dnr. 885/89, 990527 icke-ingripandebesked avseende samverkansavtal rörande sändningar av marksänd digital-tv.

⁶⁰⁸ KKV dnr. 231/93, 930830 ansökan om icke-ingripandebesked/undantag

⁶⁰⁹ Se om konkurrenslagen och myndighetsutövning i Wetter/Karlsson/Rislund/Östman, s. 26–28, Carlsson/Söderlind/Ulriksson, s. 47–48

kare kan alltså få avslag om verksamheten inte stämmer med detaljplanen. Dock måste det finnas skäl av betydande vikt om kommunen skall kunna avslå ansökan om bygglov och bestämmelser om byggnaders användning får inte utformas så att en effektiv konkurrens motverkas.⁶¹⁰

Konkurrensverket får inte sällan in anmälningar då enskilda personer klagat över konkurrenssnedvridande effekter av myndighetsutövning. I ärendet *Svenska Hästavelsförbundet* klagade en privatperson över att en tysk hingst nekats betäckningstillstånd av Svenska Hästavelsförbundet. Utfärdandet av betäckningstillstånd befanns utgöra myndighetsutövning.⁶¹¹ Konkurrenslagen kunde inte tillämpas, men Konkurrensverket påtalade att vid den översyn av reglerna som redan hade inletts borde de nya reglerna utformas så att konkurrens-snedvridande effekter kunde undvikas.

I ärendet *Doctus AB* hade klagomål anförts av en konkurrent till en utbildningsenhet som av regeringen givits tillstånd till riksrekrytering.⁶¹² Eftersom regeringens beslut inte var sådan kommersiell eller ekonomisk verksamhet som konkurrenslagen tar sikte på kunde konkurrenslagen inte tillämpas. Det är således inte möjligt för företag att med hjälp av konkurrenslagen kräva att de skall få tillstånd av en viss myndighet till viss verksamhet, bara för att något annat företag har fått sådant tillstånd. En annan sak är att även beslut som utgör myndighetsutövning kanske kan ifrågasättas på andra grunder, kanske anmälas till EU-kommissionen för att de utgör handelshinder eller otillåtet statsstöd.

I avgörandet *God advokatsed* har Konkurrensverket emellertid visat en stor beredskap att acceptera att konkurrenslagens förbud inte kan tillämpas mot regler som utfärdats av Sveriges Advokatsamfund.⁶¹³ Sveriges Advokatsamfund är en privaträttslig organisation, men dess existens är förutsatt i rättegångsbalken (8 kap. 1) § där det sägs att det skall finnas ett allmänt advokatsamfund vars stadgar skall fastställas av regeringen. Sveriges Advokatsamfund ansökte om icke-ingripandebesked/undantag för samfundets "Vägledande regler om god advokatsed". Efter att Konkurrensverket haft invändning mot samfundets regler enligt 13§ KL meddelade Advokatsamfundet ett knappt år efter att ansökan lämnats in, att en bestämmelse att advokat i reklam inte fick ange sig själv som mer kvalificerad eller som speci-

⁶¹⁰ Den borgerliga regeringen avskaffade kommunernas möjligheter att i detaljplan särskilt reglera detaljhandel med livsmedel respektive med skrymmande varor. 1996 återinförde den socialdemokratiska regeringen kommunernas möjligheter att precisera handelsändamålet genom prop. 1996/97:34 Handelsändamålet i detaljplan m.m.

⁶¹¹ KKV dnr. 461/95, 951109. Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning avseende utfärdandet av betäckningstillstånd. Konkurrenslagen kunde inte tillämpas

⁶¹² KKV dnr. 1056/97, 980617

⁶¹³ KKV dnr. 1226/93, 960206, ansökan om icke-ingripandebesked/undantag från Sveriges Advokatsamfund

alist inom visst rättsområdet hade upphört att gälla. Konkurrensverket valde då att lämna icke-ingripandebesked för reglerna i sin helhet. Verket motive-
rade detta med att Advokatsamfundet var inrättat med stöd av lag och att
vägledande regler om tolkningen av vad som kunde anses vara god advokat-
sed hade karaktär av normgivning (sic!) och inte utgjorde sådan ekonomisk
eller kommersiell verksamhet som konkurrenslagen tar sikten på.⁶¹⁴

Emellertid är det så att normgivning överhuvudtaget inte kan delegeras
till enskilda rättssubjekt (till skillnad från myndighetsutövning).⁶¹⁵ Konkur-
renslagen borde därför ha kunnat tillämpas. Det är dock ovanligt att Kon-
kurrensverket som i det nyss nämnda ärendet visar återhållsamhet vid be-
dömningen av frågan om konkurrenslagen är möjlig att tillämpa.⁶¹⁶

7.5 Rättsliga hanteringsregler – *lex specialis* m.fl.

Allmänt

En allmän hanteringsregel vid tolkning och tillämpning av juridiska normer
är *lex specialis*, dvs. en speciell lag går före en allmän lag. *Lex specialis*
fungerar som en oskriven prioritetsregel även i svensk rätt. Regeln berördes
i samband med inkorporeringen av Europakonventionen om mänskliga rät-
tigheter i svensk rätt.⁶¹⁷ Konkurrensbegränsande offentliga regleringar gäl-

⁶¹⁴ Även i ett tidigare beslut KKV dnr. 1806/93, 940506, anförde Konkurrensverket att Advokatsamfundet var inrättat på grundval av offentligrättsliga regleringar och att samfundets stadgar fastställdes av regeringen. Med hänsyn härtill fann Konkurrensverket att Advokatsamfundets stadgar var att likställa med författning. En bestämmelse om obligatorisk oredlighetsförsäkring i stadgarna ansågs därför utgöra ett "normbeslut" och inte ett avtal mellan företag.

⁶¹⁵ Detta följer av regeringsformen 8 kap. Se Strömberg, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, 1999, s. 125

⁶¹⁶ Här hänvisas till hur EG-domstolen har avgjort en liknande frågeställning. I målet C-309/99 Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Nederländska advokatsamfundet, REG 2002 s. I-1577, p. 49 fann EG-domstolen att det faktum att ett nationellt advokatsamfund har fått ett uppdrag av staten att svara för normgivning inte är ett skäl att utesluta konkurrensreglernas tillämpning. Istället är det materiella innehållet i reglerna och deras syfte som avgör om dessa kan angripas med konkurrensreglerna. EG-domstolens slutsats var att en bestämmelse som reglerar advokatbyråers organisatoriska förhållande till redovisningsfirmor och som är införd för att ta tillvara klientens intresse inte kan ses som ett konkurrensbegränsande avtal advokatbyråer emellan. Se även Neergaard, EU-konkurrenseret og national regulering af advokaterhvervet, ERT 2002, s. 498–513

⁶¹⁷ Prop. 1993/94:117. Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor

ler oftast en viss sektor i ekonomin eller en viss bransch.⁶¹⁸ Sådana regleringar har alltså ett snävare tillämpningsområde än konkurrenslagen som gäller hela ekonomin. Därifrån är steget inte långt till att betrakta sådana regleringar som specialregler i förhållande till den generella konkurrenslagen. I förstone skulle man kunna tro att tillämpning av *lex specialis* eller *lex superior* (en normhierarkiskt högre norm går före en lägre) är hela lösningen på lagkollisioner mellan konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar. Det verkar också ha funnits en uppfattning inom doktrinen att konflikter mellan konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar regelmässigt har lösts och även att de borde lösas med tillämpningen av principen om *lex specialis*.⁶¹⁹

Det kan dock sättas ifråga om prioritetsregeln annat än i ganska få fall kan bidra till att lösa konflikter mellan konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar. För att kunna avgöra om så är fallet får man ta den allmänna rättsläran till hjälp. Prioritetsreglerna är dock inga absoluta regler, utan kan alltid sättas ur spel om tillräckligt starka skäl motiverar det.⁶²⁰ Företräde för den ena eller den andra regeln kan grunda sig på att den vinnande regeln bättre hänger samman med olika generella värden, rättsprinciper och rättsregler.⁶²¹

Grundproblemet att en konkurrensbegränsande offentlig reglering som tillåter ett visst beteende inte kan tillämpas samtidigt som konkurrenslagen, om samma beteende förbjuds i denna lag kan lösas på två olika sätt:

- a. lagarna tolkas på sådant sätt att kollisionen dem emellan upphör att existera,
- b. den ena lagen prioriteras före den andra.

Lösningen enligt punkt a. att kollisionen tolkas bort är den som bör tillämpas i första hand.⁶²² Det är också så som Konkurrensverket gör i de allra

⁶¹⁸ Indelningen av marknadsrättsliga regler i de två grupperna 1. generella regler och 2. speciella regler som gäller en viss bransch görs bland annat av i Bernitz, *Market Law as a Legal Discipline*, i *Scandinavian studies in law* 1979 s. 55–76, 66

⁶¹⁹ Bernitz, *Sjöfart och konkurrensrätt*, 1976, s. 103, Sandström, *Marknaden, regleringarna och lagstiftaren*, i Bernitz/Edwardsson, s. 29–55, s. 32, Carlsson/Söderlind/Ulriksson, s. 412–416. Där anförts att det är en allmän princip att en speciallag går före allmän lag, men att uttalandet i motiven skulle innebära ett undantag från denna princip och att förarbetsuttalandet anger de fall där konkurrenslagen skall ge vika i konflikt med annan lag.

⁶²⁰ Peczenik, s. 285

⁶²¹ Peczenik, s. 285–286

⁶²² Motsvarande gäller vid eventuella kollisioner mellan direkt tillämpliga konventionsbestämmelser och nationella regler. I första hand skall nationell rätt tolkas fördragskonformt, vilket kan leda till att någon motsägelse inte längre föreligger, Prop. 1993/94:17 Inskorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor, s. 37 f, Peczenik, s. 280

flesta fall gällande offentliga regleringar. Den offentliga regleringen tolkas restriktivt, så att den inte utgör hinder för att tillämpa konkurrenslagen. Lösning b. innebär att en rättsnorm som i princip är gällande sätts ur spel.

Om kollisionen inte kan borttolkas, dvs. lösning a. är inte möjlig, återstår dock endast att prioritera mellan normerna. Till hjälp för avgörandet vilken regel som skall prioriteras finns några vedertagna prioritetsregler.⁶²³

Kollisioner mellan normer och på vilket sätt normernas inbördes relation har betydelse för hur kollisionsfallen bör lösas är sådant som studeras inom den allmänna rättsläran till nytta för övriga juridiska discipliner.⁶²⁴ En tillämpning av prioritetsregler förutsätter att man erkänner att normrelationen (vilken lag är mer speciell, vilken är senare tillkommen) *får* ha betydelse för hur kollisionen mellan reglerna skall lösas. Prioritetsreglerna är i vissa lägen oundgängliga. Det är dock viktigt att notera, att det ibland krävs en omfattande utredning om de kolliderande reglernas innebörd och tillämpningsområde för prioritetsreglerna skall vara möjliga att använda. Utredningen kan bli så ingående att det framstår som av mindre betydelse om kollisionen till slut löses genom att rättstillämparen verkligen tillämpar en prioritetsregel eller går tillbaka till det första steget, dvs. konstaterar att reglerna i det förevarande fallet inte kolliderar med varandra.⁶²⁵ I vissa fall kan prioritetsreglerna kanske inte ha någon substantiell betydelse.

Konkurrenslagen och lex specialis

Två exempel skall nu anföras som belyser att lex specialis både kan och inte kan vara en god lösning på två oförenliga normer. Det första hämtas från straffrätten:

”Brottsbalken 3 kap. 1 § Den som berövar annan livet, dömes för mord till fängelse i tio år eller på livstid.”

⁶²³ En prioritetsregel är således en rättsregel som anger vilken av två kolliderande rättsnormer som bör ges företräde före den andra.

⁶²⁴ Frändberg har utvecklat en teori om normrelationer, som syftar till att förklara företeelser som analogi-, e contrario-, och reduktionsslut (*Om analog användning av rättsnormer*, 1973). Se även *Rättsregel och rättsval* (cit. Frändberg) där kollisioner mellan rättsregler behandlas.

⁶²⁵ Nielsen refererar ett danskt avgörande gällande ett fall av könsdiskriminering (U 1980.569) En kvinna hade vägrats anställning på en båt. Rederiet hävdade att föreskrifter om badutrymmen på båtar gav dem rätt att vägra kvinnor anställning. Rederiet hade hävdat att den äldre, mer speciella regeln om uppehållsutrymmen gällde endast män. Så var fallet enligt ordalydelsen, men Högsta domstolen kom fram till att någon kollision överhuvudtaget inte förelåg. Högsta domstolen tolkade de äldre föreskrifterna som inte enbart gällande badutrymmen för män, utan för matroser.

”Brottsbalken 3 kap. 3 § Dödar kvinna sitt barn vid födelsen eller eljest å tid då hon på grund av nedkomsten befinner sig i upprivet sinnestillstånd eller i svårt trångmål, dömes för barnadråp till fängelse i högst sex år.”

Det är tydligt den andra rättsregeln utgör en specialregel i förhållande till den första. Den första regeln är den generella regeln, men för ett visst speciellt fall gäller något annat.

Det finns också fall där det står klart att en viss lag är mer speciell i förhållande till konkurrenslagen. Detta framstår klart när det finns särskild lagstiftning som med ett konkurrensfrämjande syfte avser att hantera speciella förutsättningar för konkurrens inom en viss marknad.

Jämför detta med följande exempel gällande kommissionslagen och konkurrenslagen.

Lag (1914:45) 8 § 2 st. ”Vad nu är sagt gälle ock, där kommittenten föreskrivit visst pris (limitum), under vilket försäljning ej må ske eller som vid inköp icke får överskridas.”

Lag (1993:20) 6 § Förbud mot konkurrensbegränsande avtal. Bruttoprisförbud: det är förbjudet för företag att bestämma ett pris, vilket återförsäljare och andra företag i senare led inte får underskrida i förhållande till sina konsumenter.⁶²⁶

Enligt den ena lagen är bruttoprissättning tillåten, enligt den andra förbjuden. Vilken lag är mest speciell av kommissionslagen och konkurrenslagen? Båda är ju generella lagar. Det ”känns” mest rätt att låta kommissionslagens tillåtande av att kommittenten sätter priset få genomslag.⁶²⁷ Emellertid är normförhållandet mellan kommissionslagen (från 1914) och konkurrenslagen inte det som råder mellan en speciallag och en generell lag. Visst kanske någon vill argumentera för att just 8 § 2 st utgör en specialreglering i förhållande till konkurrenslagen. Rent faktiskt är det dock så att när kommissionslagen utfärdades fanns det ingen som ville eller kunde göra stadgandet till en speciell reglering i förhållande till konkurrenslagen av 1993.

Kanske är resonemanget hårdtaget. Det första exemplet med barnadråp är dock ett exempel på där det finns en tydlig vilja från lagstiftarens sida att göra införa en specialregel i förhållande till en generell regel. Det måste

⁶²⁶ Förbudet mot bruttopriser nämns i prop. 1992/93:56, s. 74

⁶²⁷ Det måste också påpekas att konkurrenslagens förbud ändå inte tillämpas på kommissionslagen, men redan av det skälet att ett kommissionsavtal inte ses som avtal mellan två företag. Därtill är kommissionärens ställning för svag.

ifrågasätts om det är lämpligt att tillskriva en normrelation rättslig betydelse när denna normrelation inte har uppfattats av lagstiftaren.⁶²⁸

Lex superior

Nästa fråga är om *lex superior* kan fungera som verksam metod i lagkollisioner mellan konkurrenslagen och en konkurrensbegränsande reglering. Genom att makten att utfärda rättsregler är delegerad inom en statlig rättsordning som den svenska kommer normer att ha olika avsändare. På samma sätt som myndigheter och folkvalda församlingar kan ordnas hierarkiskt kommer också regler och föreskrifter som utfärdas att kunna ordnas på samma sätt. Den hierarkiska ordningen implicerar att vid en kollision mellan en högre och en lägre författning bör den högre ges företräde.⁶²⁹ I den svenska demokratin tillkommer den yttersta makten riksdagen. Det är då naturligt att lagar tillerkänns högre dignitet än andra författningar.⁶³⁰ I grundlagarna har flera särskilt viktiga frågor tagits upp, t.ex. hur lagar stiftas, rikets organisation, vissa demokratiska basprinciper etc. Grundlagarna kan visserligen ändras, men endast med ett särskilt förfarande. Med tanke på dessa lagars vikt får "vanliga" lagar ge vika för grundlagarna. Av lägre dignitet än lagar är regeringsförfordningar som har sin grund i den tidigare nämnda restkompetensen i RF 8:13. Därefter följer myndigheters föreskrifter etc.

Om *lex superior* tillämpas på kollisioner mellan konkurrenslagen och konkurrensbegränsande regleringar skulle alltså konkurrenslagen ge vika vid en konflikt med t.ex. tryckfrihetsförordningen. Marknadsdomstolen hade dock en god chans att hävda denna ståndpunkt i målet MD 1998:18 Da-

⁶²⁸ Andersen, Ret og metode, 2002, s. 70

⁶²⁹ Bernitz påpekar att den hierarkiska ordningen mellan lagar och andra föreskrifter i den svenska rättsordningen emellertid har blivit mer diffus sedan Europakonventionen inkorporerades i den svenska regeringsformen. (Bernitz, Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr, JT 1994-95, s. 259, Peczenik, s. 281–282). Det råder inget tvivel om att svensk lag inte får strida mot Europakonventionens regler. Detta har också lagfästs i RF 2:23. När konventionen inkorporerades i svensk lagstiftning hade dess överordnade status kunnat ges ett klarare uttryck, t.ex. genom att ge konventionen grundlags status. Så skedde emellertid inte, utan konventionen har status av lag. Konventionens regler kommer emellertid in i den svenska rättsordningen på ett annat sätt utöver inkorporeringen. Konventionen utgör även en integrerad del av EG-rätten och EG-rätten genom sin natur har företrädesrätt framför nationell rätt inom de områden som täcks av EG-fördraget. På områden som täcks av EG-rätten har Europakonventionens regler både formellt och i praktiken anspråk på företräde framför svensk rätt. På andra områden har Europakonventionen endast status som vanlig lag, med förbehållet att nya lagar i strid med konventionen inte får meddelas.

⁶³⁰ Eckhoff anser att *lex superior* är den viktigaste prioritetsregeln. Han anser att den närmast har karaktär av fast regel i de fall verklig motsägelse kan konstateras, Eckhoff s. 280

gengruppen AB, eftersom den ena parten förde fram en sådan argumentation. Domstolen avstod dock från att göra detta.

Lex posterior

När två normer av samma dignitet kolliderar ger en tillämpning av *lex posterior* resultatet, att den lag som har tillkommit senast ges företräde. Om lagstiftaren vill ersätta en äldre lag med en ny, upphävs ofta den äldre lagen. Av intresse gällande konkurrenslagen är en variant av *lex posterior* nämligen *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*.⁶³¹ Enligt denna regel bör således en generell men senare lag inte prioriteras före en speciell lag. Konkurrenslagen började gälla 1993 och är på det sättet senare tillkommen än många konkurrensbegränsande regleringar. Om det kan visas att en konkurrensbegränsande reglering utgör *lex specialis* vore den nyss nämnda maximen ett argument för att inte prioritera konkurrenslagen. Samtidigt bör det kommas ihåg att tidigare utfärdade särregleringar är tillkomna under den tid då konkurrenslagens förbud endast gällde sådana konkurrensbegränsningar som var från allmän synpunkt otillbörliga. Vid genomgången av Konkurrensverkets praxis har dock inte funnits något exempel på att särregleringens ålder har tillmätts betydelse.

7.6 Sammanfattande slutsatser och analys

Konkurrensverkets praxis

Konkurrensverkets praxis visar i stort att verket upprätthåller en restriktiv tolkning av vilka konkurrensbegränsande effekter som måste accepteras som följd av offentliga regleringar och i möjligaste mån försöker tillämpa konkurrenslagen. Det finns många exempel på detta. I första hand försöker verket tolka den konkurrensbegränsande offentliga regleringens tillämpningsområde restriktivt att konflikten försvinner. Konkurrenslagen tillämpas därför, men den offentliga regleringen medför i de allra flesta fall att ansökan om icke-ingripandebesked eller undantag lämnas bifall.

⁶³¹ Strömberg upplyser i artikeln "Europakonventionen och Lex posterior-principen", FT 1993 s. 225–226, vad som sägs i den kanoniska rätten där *lex posterior* är lagfäst. Av Codex iuris canonici i 1983 års utgåva framgår att en senare lag upphäver en tidigare i de fall den senare a. uttryckligen anger detta, b. om den direkt strider mot den tidigare lagen, c. om den från grunden reglerar den tidigare lagens hela ämne. Däremot gäller inget företräde för den senare lagen om den är allmän och den tidigare lagen är speciell, om inget annat uttryckligen angivits i den speciella lagen.

Konkurrensverket fäster stor vikt vid ordalydelsen i förarbetsuttalandet om offentliga regleringar. Detta gäller till exempel att verket anför att offentliga regleringar skall ha lagform för att kunna gå före konkurrenslagen. Konkurrensverket hävdar därför, som i *Metroärendet*, den teoretiska möjligheten att använda konkurrenslagens sanktioner mot företag som överträder konkurrenslagens förbud, trots att företagen handlat i enlighet med en regeringsförordning med restkompetensen som grund.

Lagförarbeten är också en vedertagen rättskälla i svensk rätt. Förarbeten är dock inte lagtext. Ordalydelsen av motiven är inte lika övervägd som lagtexten och det är inte säkert att det alltid är en bra metod att vända och vrida på uttalanden i förarbeten på det sätt som Konkurrensverket gör. Skälen till att lagförarbeten har en sådan framträdande plats i rättskällehierarkin i den svenska rättsordningen är bland annat att de håller så hög kvalitet. Just proposition 1992/93:56 kan dock inte sägas ha en sådan kvalitet och det gäller särskilt sådana frågor då en lösning från äldre svensk rätt har behållits.

Motivuttalandet på sidan 70 i proposition 1992/93:56 är dock det enda som Konkurrensverket har att hålla sig till. Inom ramen för sin roll som central förvaltningsmyndighet för konkurrensfrågor gör verket det bästa av situationen. Dock saknar Konkurrensverket ett verksamt rättsligt redskap om utgångspunkten är att onödiga och skadliga konkurrensbegränsande offentliga regleringar skall kunna angripas med konkurrenslagen.

EG-domstolen har som redovisats i kapitel 5 utvecklat en praxis gällande hanteringen av konkurrensbegränsande offentliga regleringar, av vilken det bland annat framgår att en medlemsstat inte får delegera beslutsfattande på det ekonomiska området till privata aktörer. Det framgår även att medlemsstaterna inte får medverka till att privata företag bryter mot konkurrensreglerna. EG-domstolens praxis i dessa frågor redovisas inte i Konkurrensverkets beslut.

Bedömning av den svenska lösningen

Motivuttalandet om offentliga regleringar har en central betydelse för det svenska rättsläget. En synpunkt är att det står något i svenska förarbeten som inte stämmer med EG-rätten. Detta exemplifieras av EG-domstolens avgörande i Höfnermålet, där ett offentligt monopol för arbetsförmedling ansågs strida mot artikel 86.1 och 82. Skulle den svenska lagstiftaren komma på tanken att återinföra Arbetsförmedlingens tidigare monopol på förmedlandet av arbetstillfällen, skulle en sådan föreskrift givetvis utformas så att monopolet utgjorde en direkt följd av lagstiftning. Artikel 86.1 har emeller-

tid direkt effekt i EG-rättslig mening och måste också beaktas av svenska myndigheter och domstolar.

Motivuttalandet härstammar från en skrivning i en statlig utredning från början av 1950-talet. Synen på statens förmåga vad gäller konkurrensfrågor var då en helt annan. Man kan erinra sig uttalandet i proposition 1953:103 om att enligt "sakens natur" konkurrenslagen inte kunde åberopas gentemot konkurrensbegränsningar med grund i offentliga regleringar. Då sades att alla konkurrensbegränsningar inte var av ondo, utan endast om de hade skadliga verkningar. Med den dåvarande missbruksprincipen fanns en stark tilltro till statens förmåga att rätt avgöra i det enskilda fallet om en konkurrensbegränsning var skadlig eller inte.

Det fanns förmodanden att den nya konkurrenslagen skulle medföra ett radikalt annorlunda rättsläge och att konkurrenslagens tillämpningsområde skulle öka. Tillämpningsområdet för konkurrenslagen har visserligen ökat något i och med den nya konkurrenslagen, men det beror inte på förbetsuttalandet om offentliga regleringar. Mer betydelsefull är snarare att skrivningen "ur allmän synpunkt" är borttagen.

Genom sin restriktiva tolkning av särregleringar tolkar Konkurrensverket bort konflikter mellan regleringarna och konkurrenslagen, ofta med följd att konkurrenslagen kan tillämpas. Fram till år 2003, när Konkurrensverket har avgjort drygt 200 ärenden som berörs av förekomsten av konkurrenshämmande regleringar, har det emellertid inte hänt i ett enda fall att slutresultatet har blivit att konkurrenslagens förbud har prioriterats före en offentlig reglering. Konkurrensverket saknar ett rättsligt redskap för detta, men är det rättspolitiskt önskvärt att införa ett sådant? Detta skall diskuteras i kapitel 10.

8 Påstådd underprissättning av offentliga aktörer – ett konkurrensrättsligt problem

8.1 Inledning

8.1.1 Doping med skattemedel

Avsikten bakom konkurrensreglerna är i mångt och mycket att kräva av marknadens aktörer att de håller sig till rent spel. Företag skall försöka vinna kampen om konsumenterna utan att fuska. De båda huvudsakliga förbuden i konkurrenslagstiftningen pekar ut två grupper av beteenden som bedöms som fusk: hemliga konkurrensbegränsande avtal med konkurrenterna istället för öppen tävlan respektive orättfärdigt beteende gentemot konsumenter och konkurrenter som ett företag kan kosta på sig bara för att det är stort och självtillräckligt.⁶³²

Vissa förfaranden är förbjudna därför att om dessa får fortgå blir både konsumenter och konkurrenter lurade. Det är lika frustrerande för ett företag att inte nå ut till sina potentiella kunder, och därmed inte få sin produkt bedömd efter dess egentliga förutsättningar på grund av att ett annat företag överträder konkurrensreglerna, som det är för en idrottare att inte nå de placeringar hans eller hennes förmåga egentligen räckte till på grund av att en annan tävlande varit dopad.

⁶³² Det finns andra marknadsrättsliga lagregler som definierar olika typer av fusk, t.ex. marknadsföringslagen (1995:450).

Parallellen med idrottsvärlden kan fortsättas ytterligare ett stycke. De flesta sporter kräver fysisk styrka och uthållighet. Skid- och cykelsporten är goda exempel på detta. Den fysiska styrkan och uthålligheten är i allmänhet direkt avgörande för resultatet. Doping som syftar till att på ett konstgjort sätt öka muskelmassan och syreupptagningsförmågan har, om den inte beivras, en förödande verkan för andra tävlande. Uppskattningen och belöningen för deras ansträngningar uteblir. "Rena" idrottsutövare blir bestulna på segern. Effekten kanske blir att de idrottsutövare som inte vill fuska slutar att tävla. Blivande utövare väljer att avstå från att satsa på en sport, eftersom det ändå inte är någon idé att tävla mot dopade motståndare. Andra åter börjar själva fuska med hjälp av doping.

Företag som inte klarar konkurrensen på en marknad och vars intäkter därför understiger kostnaderna kommer snart att slås ut från marknaden. Mot bakgrund av denna hårda verklighet är det lätt att förstå den frustration företrädare för den privata företagsamheten känner redan vid misstanken om att offentliga företag i konkurrens med privata företag "dopar sig" med skattepengar.

8.1.2 Offentliga och privata aktörer konkurrerar på samma marknader – men på olika villkor

Medvetenheten om att det måste hushållas med den offentliga sektorns resurser har ökat i takt med att . Delvis till följd av detta, men också till följd av en internationell trend har det skett en påtaglig marknadsorientering av den offentliga sektorn i form av avregleringar, införandet av marknadsliknande organisationsformer, bolagisering av statliga verk, privatisering samt konkurrensutsättning av offentlig verksamhet. Arbetet har syftat till att effektivisera den offentliga sektorn, men också till att finna inkomstkällor vid sidan av skatter och avgifter. Statliga och kommunala förvaltningar respektive offentliga företag har börjat söka kunder på marknader i konkurrens med privata aktörer. Utvecklingen har lett till att privata och offentliga aktörer i ökad utsträckning konkurrerar med varandra på samma marknader. Offentliga och privata företag konkurrerar emellertid inte på samma villkor.

Konkurrensverket har sedan 1993 avgjort ca 80 fall där privata företag anser sig vara missgynnade av att det finns en offentlig aktör på en marknad som påstås prissätta sin verksamhet på ett konkurrensvidrigt sätt.⁶³³ I majoriteten av dessa har resulterat inte blivit annat än ett påpekande från Konkurrensverket. Avhandlingen har hittills handlat om konkurrensbegränsande offentliga regleringar och hur dessa påverkar konkurrenslagens genom-

⁶³³ Av dessa beslut har endast en handfull inkommit efter 1996.

slagskraft. Det är dock högst sannolikt att små- och mellanstora företag upplever konkurrenssnedvridande prissättning av offentliga aktörer som ett större problem än konkurrensbegränsande offentliga regleringar. Av detta skäl behandlas även denna praktiskt betydelsefulla fråga om konkurrensproblem till följd av att offentliga aktörer uppträder på marknaden.

8.1.3 Konkurrenssnedvridande prissättning av offentliga aktörer

Konkurrenssnedvridande prissättning av offentliga aktörer är en problematik som lämpligen bör spjälkas upp i olika delpromblem. Det existerar redan ett verksamt förbud mot det konkurrensrättsligt definierade fenomenet underprissättning. Med underprissättning avses situationen att ett företag begär ett pris för en vara som är lägre än företagets kostnader för att producera den och att detta sker i syfte att tvinga bort konkurrenterna från marknaden att förlusterna i ett senare skede kan återtå. Ett sådant förfarande utgör missbruk av dominerande ställning och är förbjudet för både privata och offentliga företag.

Det som privata företag ofta klagår på när de konkurrerar med offentliga aktörer är sällan underprissättning i konkurrensrättslig mening, utan snarare en konkurrenssnedvridande prissättning som gör att offentliga aktörer kan hålla lägre priser. När ett företag har låga priser tyder detta i bästa fall på högre effektivitet. Offentliga företag brukar dock i allmänhet inte vara mer effektiva än privata konkurrenter. Ofta är det tvärtom och hur kan det då komma sig att priserna för offentligt producerade varor och tjänster är lägre? Lägre priser för offentlig produktion kan bero på faktorer som att det offentliga företaget kanske inte tvingas ta hänsyn till samtliga produktionskostnader. Vidare kanske en offentlig aktör inte har ett vinstkrav på verksamheten och det kan också vara förbjudet för den offentliga verksamheten att gå med vinst. Sedan är det kopplingen till beskattningsmakten som gör att det offentliga företagets ägare har en kassa som inte sinar och detta är en fördel för det offentliga företaget.

En ytterligare dimension av problematiken är att inom den offentliga sektorn är det av sociala eller andra allmänna intressen ofta den avsedda och helt legitima avsikten att skattepengar skall tillföras viss verksamhet, att den kan bedrivas till ingen eller låg kostnad för medborgarna. Det är emellertid en stor risk att konkurrensproblem uppstår både när offentliga aktörer, eventuellt med oavsiktliga konkurrensfördelar, går in på marknader som traditionellt har tillhört den privata sektorn och när privata företag med vinstintressen släpps in på tillskapade marknader inom den skattefinansierade offentliga sektorn.

Det finns i svensk rätt en omfattande reglering av såväl statliga som kommunala aktörers kompetens att driva viss verksamhet, liksom för prissättningen av densamma. Emellertid finns inga regler som primärt syftar till att säkerställa lika konkurrensvillkor mellan privata och offentliga aktörer. Här föreligger en skillnad i svensk rätt gentemot EG-rätten. Artikel 86 i EG-fördraget syftar till att säkerställa att offentliga företag inte ges en förmånligare ställning än privata företag. Undantagna från konkurrensreglernas tillämpningsområde är endast sådana företag som har anförtratts uppgift av ett allmänt ekonomiskt intresse.⁶³⁴

Det finns dock ett konkret förslag på en förändring av den svenska konkurrenslagen i syfte att säkerställa lika konkurrensvillkor mellan privata och offentliga aktörer. Om det rör sig om ett bra förslag är en annan fråga. Medan konkurrenslagen i övrig fått en utformning enligt mönster i EG-rätten, rör det sig här om en nationell lösning och – vilket är intressant – grunden för den nya regeln som föreslås skall vara missbruksprincipen, inte förbudsprincipen. Närmast skall redovisas både det gällande rättsläget och förslaget till förändrad lagstiftning, tillsammans med några avslutande synpunkter. I kapitel 10 skall sedan diskuteras huruvida resonemanget från andra delar av avhandlingen kan appliceras även på konkurrenssnedvridande prissättning av offentliga aktörer.

8.2 Det konkurrensrättsliga problemet underprissättning

8.2.1 Konkurrensverkets beslut om det kommunala gymet Hälsökällan

Ett typiskt exempel som belyser varför konkurrenslagen inte kan tillämpas vid påstådd underprissättning av en offentlig aktör är Konkurrensverkets beslut 530/93 *Friskvårdsverksamheten Hälsökällan*.⁶³⁵ Sundsvalls kommun startade 1993 gymet Hälsökällan i en nyligen renoverad sporthall.⁶³⁶ I ett led att vinna kunder tillämpade gymet inledningsvis ett lågt introduktionspris. Dessutom hade kommunalanställda och arbetslösa 25 % rabatt. Sundsvall betecknades vid denna tid som en av Sveriges gymtätaste kommuner med

⁶³⁴ Se avsnitt 5.1

⁶³⁵ KKV dnr. 530/93, 930830

⁶³⁶ Ärendet har beskrivits utförligt i rapporten "Snedvridning av konkurrens i gränslandet mellan det privata och det offentliga – en studie av sex situationer av upplevd snedvridning av konkurrens, Bengtsson, M., bilaga 3, SOU 1995:105 Konkurrens i balans, s. 434

fyra existerande gym och fem workoutinstitut.⁶³⁷ Två av de privata gymen anmälde Sundsvalls kommun till Konkurrensverket och hävdade att Hälsokällan tillämpade ett pris som låg klart under marknadspris och att näringsverksamheten för andra gym i kommunen därigenom försvårades. Två år senare fanns i Sundsvall endast ett privat gym kvar av de ursprungliga fyra. Ett gym hade tagits över av en idrottsförening och riktade sig numera främst till föreningens medlemmar, ett annat gick i konkurs och ytterligare ett lämnade kommunen, enligt ägaren på grund av överetableringen på marknaden.⁶³⁸

Konkurrensverket ansåg att kommunen i sin friskvårdsverksamhet utgjort företag i konkurrensrättslig mening. Konkurrensverket ansåg emellertid inte att Hälsokällan hade en sådan dominerande ställning på marknaden som lagen förutsätter och förfarandet stred därför inte mot konkurrenslagen. Även om Hälsokällan hade haft en dominerande ställning hade det med all sannolikhet ändå inte kunnat påvisas att gymet genom sin priskonkurrens gjort sig skyldigt till missbruk av dominerande ställning. Syftet med det låga priset var nämligen inte att slå ut konkurrenterna – även om just detta blev den olyckliga konsekvensen. Exemplet Hälsokällan visar att det finns situationer då offentlig prissättning utgör ett problem – på kort sikt för aktörer på samma marknad som den offentliga och på lång sikt för villkoren för företaget i samhället i stort.

Emellertid har Konkurrensverket framgångsrikt kunnat driva en talan om konkurrensskadeavgift mot en kommun i ett fall som gällt offentlig underprissättning. I Stenungsund drev kommunen ett inomhusbad. Badet utökades med ett antal solarier. Kommunens prissättning av rabattkort till solarierna innebar att det var billigare att köpa ett s.k. tiokort till bad inklusive solarium, än ett tiokort med bara bad. Motsvarande gällde även vid köp av enstaka bad. I detta ärende fann Konkurrensverket att kommunen hade en dominerande ställning på badmarknaden, som den utnyttjade till att underprissätta solarieverksamheten. Konkurrensverket stämde kommunen vid Stockholms tingsrätt, som utdömde konkurrensskadeavgift jämlikt 26 § KL på grund av överträdelse av förbudet mot missbruk av dominerande ställning.⁶³⁹

⁶³⁷ Bengtsson, s. 434

⁶³⁸ Bengtsson, s. 435–436

⁶³⁹ Ärendet vid Stockholms tingsrätt T 8-723-98, 980909. Ärende om stämning mot Stenungsunds kommun avseende konkurrensskadeavgift; missbruk av dominerande ställning. KKV dnr. 592/1998, 980702. Ärendet refereras i prop. 1999/2000:140, s. 77

8.2.2 Definition i ekonomisk teori

Ur konkurrensrättslig synvinkel är för låga priser något som kan och måste beivras endast under vissa snävt definierade omständigheter. Poängen med konkurrens är ju att konsumentpriserna skall vara så låga som möjligt. Genom det konkurrensbegränsande förfarandet underprissättning kan ett företag tvinga konkurrenterna att sänka sina priser i motsvarande mån. Tillämpas det låga priset under en längre tid kommer några företag att tvingas bort från marknaden. Avgörande för vilket eller vilka företag som kan vara kvar på marknaden blir den finansiella uthålligheten, inte företagets effektivitet. Endast stora företag med betydande finansiella resurser kan under en längre tid klara att göra förluster utan att gå i konkurs. Underprissättning kan därför förväntas förekomma endast på marknader där en aktör har en dominerande ställning.

Underprissättning och hur den skall hanteras är emellertid en omdiskuterad fråga i ekonomisk teori.⁶⁴⁰ Underprissättning antyder att priset är lägre än vad det borde vara, men går det på en dynamisk marknad verkligen att fastställa vilket pris ett företag "borde" ta ut? Dessutom återstår att fastställa de exakta kostnaderna ett företag har för att producera en viss vara. Om ett företag producerar flera produkter, vilket får antas vara den vanligaste situationen, går det att ha olika åsikter om hur kostnaden för att tillverka en enskild produkt skall beräknas.

Ytterligare en omständighet som bidrar till att göra underprissättning till ett ifrågasatt fenomen är att det faktum att en dominerande aktör håller ett lågt pris eller bemöter nya konkurrenter med prissänkningar inte alltid är ett uttryck för något som bör beivras av myndigheter och domstolar.⁶⁴¹ Den dominerande aktören är kanske den som är mest effektiv? Företag som blir utsatta för hård priskonkurrens vill gärna tro att konkurrenter vill tvinga dem bort från marknaden med olagliga medel. I själva verket har kanske detta företag inte anpassat sig till t.ex. till den tekniska utvecklingen i tillräcklig utsträckning.

⁶⁴⁰ SOU 2000:117 Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor, s. 39–40. Se även Joskow, Klevorick, A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, The Yale Law Journal, Vol. 89, No. 2, 1979, s. 213, 213–217

⁶⁴¹ Bork ägnar i boken The Antitrust Paradox ett avsnitt åt det han benämner "Predation Through Governmental Processes", dvs. risken att företag använder sig av myndigheter och juridiska processer i syfte att skada konkurrenter, s. Bork, R. The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself, s. 347–364

8.2.3 EG-domstolens definition av underprissättning

Det ledande fallet från EG-domstolen som gäller underprissättning är *AKZO-målet*.⁶⁴² Ett brittiskt kemiföretag kallat ECS producerade en tillsatsprodukt till mjöl som företaget planerade att börja sälja även till plastindustrin. Tillverkare av samma tillsatsprodukt var även det holländska företaget AKZO. På både marknaden för tillsatsprodukter i mjöl och den marknad som plastindustrin utgjorde var AKZO en dominerande aktör med en marknadsandel på ca 50%. När AKZO fick reda på ECS planer framförde AKZO i brev till ECS hotelser om att vidta betydande prissänkningar på mjöltillsatsmarknaden i Storbritannien. AKZO påbörjade även att offerera priser som understeg de genomsnittliga rörliga kostnaderna till kunder som hade ECS till leverantör. EG-domstolen ansåg att AKZO hade gjort sig skyldig till underprissättning eftersom det ansågs styrkt att AKZO verkligen haft syftet att slå ut ECS från marknaden.⁶⁴³

EG-domstolen anförde i *AKZO-målet* att om ett dominerande företag tar ut ett pris som inte ens täcker företagets genomsnittliga rörliga kostnader (average variable cost) för de aktuella produkterna eller produkten, kan det antas att företaget tillämpar prissättningen i syfte att slå ut en konkurrent. Här råder omvänd bevisbörda och ett företag som håller ett pris som ligger lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna måste visa att det har andra skäl att tillämpa prissättningen än att eliminera konkurrenter. Om priset ligger lägre än de genomsnittliga totala kostnaderna, men högre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna kan prissättningen utgöra underprissättning, om det kan visas att företaget tillämpar priserna som ett led i en plan att slå ut en konkurrent. Underprissättning i EG-domstolens praxis innehåller således ett objektivt och ett subjektivt rekvisit.

8.2.4 Underprissättning i Marknadsdomstolens praxis

EG-domstolens definition av underprissättning är utslagsgivande för tillämpningen av den svenska konkurrenslagen. *AKZO-målet* citeras också i motiven till konkurrenslagen.⁶⁴⁴ Marknadsdomstolen har avgjort ett mål gällande underprissättning – *MD 2000:2, SJ mot Konkurrensverket*, vilket

⁶⁴² Mål C-62/86, AKZO Chemie BV mot kommissionen, REG 1991 s. I-3359

⁶⁴³ Även i målet C-333/94, Tetra Pak International SA mot kommissionen, REG 1996, s. I-5951 slog EG-domstolen fast att ett företag (Tetra Pak) gjort sig skyldig till underprissättning.

⁶⁴⁴ Prop. 1992/93:56 s. 85–86

också visar att förbudet mot underprissättning utan problem kan riktas mot offentliga företag.⁶⁴⁵

I målet var fråga om SJ – Statens Järnvägar – som vid den tiden var ett statligt affärsverk i samband med upphandlingen hösten 1993 av den s.k. Smålandstrafiken hade en dominerande ställning och, om så var fallet, huruvida SJ gjort sig skyldig till underprissättning. SJ hade begärt 23 miljoner kronor för att sköta trafiken, men enligt Marknadsdomstolens bedömning utgjorde de rörliga kostnaderna för att sköta trafiken i vart fall 28 miljoner kr.⁶⁴⁶ Marknadsdomstolen ansåg att SJ:s förfarande att begära ett pris som understeg de genomsnittliga rörliga kostnaderna visade att SJ själv ansett att företagets förfarande skulle medföra en fördel för det egna företaget och att de förluster som prissättningen ledde till senare skall kunna återhämtas. Marknadsdomstolen framhöll att prissättningen riskerat att allvarligt skada den faktiska och potentiella konkurrensen.⁶⁴⁷ SJ dömdes av Stockholms tingsrätt att erlagga en konkurrensskadeavgift på 8 miljoner kronor. Marknadsdomstolen lämnade SJ:s överklagande utan bifall.

8.3 Offentlig underprissättning eller konkurrenssnedvridande beteende överhuvud?

8.3.1 Befintliga regler för statliga och kommunala aktörer gällande kompetens och prissättning av ekonomisk verksamhet

Underprissättning från privata företag är ett allvarligt konkurrenssnedvridande förfarande när det förekommer, men är förmodligen inte särskilt vanlig mot bakgrund av den finansiella styrka som krävs för att kunna sälja produkter med större eller mindre förlust över en längre tidsperiod. Om företaget emellertid har en ägare som samtidigt besitter beskattningsmakten, kommer saken verkligen i ett annat läge. Då är det dock sällan underprissättning i egentlig mening som är problemet.⁶⁴⁸ Snarare är det en konkurrenssnedvridande prissättning som bekymrar privata företag.

⁶⁴⁵ MD 2000:2, Statens Järnvägar mot Konkurrensverket och intervenient BK Tåg AB

⁶⁴⁶ Marknadsdomstolens gör i domen en instruktiv genomgång av vilka kostnadslag som skall medräknas vid fastställande av vilket pris som utgör de totala rörliga kostnaderna.

⁶⁴⁷ Genom SJ:s anbudsprissättning slogs konkurrenten BK Tåg ut vid upphandlingen och företaget tvingades upphöra med sin verksamhet på den aktuella sträckan.

⁶⁴⁸ I betänkandet SOU 1995:105 Konkurrens i balans användes genomgående uttrycket "offentlig underprissättning". Uttrycket har numera övergivits, eftersom underprissättning är så ovanligt.

Man kan utgå från att privata företag anser konkurrenssnedvridande offentlig prissättning vara ett problem då offentliga aktörer håller lägre priser än privata, inte annars. "Konkurrenssnedvridande offentlig prissättning" eller "konkurrenssnedvridande beteende" från offentliga aktörer är svårt att definiera generellt.⁶⁴⁹

Ett försök i denna riktning har emellertid gjorts inom ramen för det så kallade Konkurrensrådets arbete. Regeringen inrättade 1997 *Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor* kallat *Konkurrensrådet*. Rådets uppgift har varit att generellt verka för att konkurrenskonflikter mellan de båda sektorerna undanröjs och att verka för en dialog mellan parterna.⁶⁵⁰ En viktig fråga för Konkurrensrådet har varit att kartlägga de föreskrifter som innehåller begränsningar vad avser den vilken verksamhet ett offentligt organ får bedriva, dels vilka priser som skall tas ut av konsumenten vid verksamhetens bedrivande. Utredningens resultat publicerades i betänkandet SOU 2000:117 "Konkurrens på lika villkor".

Konkurrensrådet noterade i utredningen att konfliktytorna mellan offentlig och privat sektor har ökat.⁶⁵¹ En viktig utgångspunkt för Konkurrensrådet var konstaterandet att problem med bristande konkurrensneutralitet främst uppkommer när offentliga aktörer bedriver konkurrensutsatt verksamhet, men utan vinstintresse.⁶⁵² Konkurrensrådets huvudsakliga analys har varit att för att minska konflikterna bör antingen den offentliga sektorn dra sig tillbaka eller bör konkurrensförutsättningarna göras så lika som möjligt.⁶⁵³

Konkurrensrådet kunde redovisa ett stort antal lagar som på ett eller annat sätt påverkar konkurrensförhållanden mellan offentliga och privata aktörer, men påpekade att det inte finns regler som har till huvudsyfte att skapa

⁶⁴⁹ EG-fördragets artikel 86.1 förbjuder som nämnts tidigare medlemsstaterna att vidta "åtgärder" som strider mot reglerna i fördraget, bland annat konkurrensreglerna. Som åtgärd räknas i princip allt offentligt handlande. Se avsnitt 5.1.2 och 5.3.

⁶⁵⁰ Dir. 1997:145. Rådets inrättande var en följd av utredningen SOU 1995:105 "Konkurrens i balans". Bakom betänkandet stod den så kallade Underprissättningsutredningen, som genomförde en kartläggning av konkurrensproblem i samband med offentlig underprissättning och subventioner till privat näringsverksamhet på en konkurrensutsatt marknad. Det sålunda inrättade Konkurrensrådet består av en ordförande samt fyra representanter för offentlig och fyra från privat sektor. Rådet har haft två huvudsakliga uppgifter. För det första har rådet tagit upp enskilda fall som anmälts till det och försökt undanröja uppkomna konkurrenskonflikter genom en dialog mellan parterna. Konkurrensrådets yttranden har publicerats på hemsidan www.konkurrensradet.org. För det andra har rådet arbetat med det nämnda betänkandet SOU 2000:117.

⁶⁵¹ SOU 2000:117 Konkurrens på lika villkor, s. 12–13

⁶⁵² SOU 2000:117 s. 10

⁶⁵³ SOU 2000:117 Konkurrens på lika villkor, s. 135–144, 145–188

konkurrensneutrala villkor mellan offentliga och privata aktörer.⁶⁵⁴ Störst betydelse för konkurrensvillkoren mellan privata och offentliga aktörer har regler gällande för det första kompetens att bedriva viss verksamhet och för det andra prissättningen av dessa, vilka nu skall behandlas.

8.3.2 Tillämpliga regler för statens agerande som ekonomisk aktör

Staten kan bland annat som affärsverk och som ägare till ett flertal statliga bolag utgöra en ekonomisk aktör. Genom lagstiftning och myndighetsutövning kan staten också påverka förhållandena på en marknad. Myndigheters verksamhet kan vara av ekonomisk eller kommersiell natur och därmed kan även statliga myndigheter utgöra företag i konkurrensrättslig mening.

Normgivningsmakten och finansmakten regleras i Regeringsformen. På regeringsformen vilar också hela den statliga förvaltningsorganisationen. Eftersom staten är suverän och i princip ägnar sig åt den verksamhet som de högsta beslutande organen finner för gott, finns inga lagfästa regler som förbjuder staten att bedriva viss ekonomisk verksamhet eller som tvingar fram en särskild sorts prissättning på varor och tjänster som statliga organ producerar.

Statliga myndigheter och affärsverk har instruktioner, där regeringen har preciserat vad som åligger myndigheten eller affärsverket att sköta.⁶⁵⁵ I dessa instruktioner finns sällan preciserade anvisningar för vad som skall gälla för statlig verksamhet på konkurrensutsatta marknader. Sådan verksamhet kallas ofta för ”uppdagsverksamhet” och innebär att myndigheten, t.ex. ett universitet, säljer tjänster som utförs inom ansvarsområdet som myndigheten har. För avgifter och priser finns ett särskilt regelverk i avgiftsförordningen (1992:191). Denna förordning fastslår att full kostnadstäckning skall gälla som ekonomiskt mål för statlig avgiftsbelagd verksamhet om inget annat bestämts.

Det saknas således inte regler för vilka uppgifter statliga myndigheter, affärsverk och bolag skall sköta. Emellertid saknas ett sammantaget regelverk som generellt behandlar principer för statlig verksamhet av kommersiell natur utanför myndighetsutövningsområdet på konkurrensutsatta marknader.⁶⁵⁶

⁶⁵⁴ SOU 2000:117 s. 10, s. 37–72

⁶⁵⁵ SOU 2000:117, s. 54–61

⁶⁵⁶ SOU 2000:117 s. 10

8.3.3 Principer tillämpliga på kommuners näringsverksamhet

För kommunerna finns det flera kommunalrättsliga principer som måste beaktas och som kan begränsa kommunernas handlingsfrihet när de uppträder som ekonomiska aktörer.

Kommunernas rätt att driva egna företag och möjligheter att understödja näringslivet är reglerat i kommunallagen (1991:900). Kommunerna sköter på demokratins och den kommunala självstyrelsens grund de angelägenheter som anges i kommunallagen eller i särskilda föreskrifter. (1 kap. 1 § KomL). För att en kommun skall kunna ägna sig åt en viss verksamhet måste den vara förenlig antingen med kommunens allmänna kompetens, som anges i 2 kap. KomL, eller med den särskilda kompetens som följer av speciallagstiftning. Kommunerna kan ägna sig åt verksamhet som har ett allmänt intresse och som har anknytning till kommunens område eller deras medlemmar och som inte på grund av övrig lagstiftning handhas av annan (t.ex. staten).⁶⁵⁷ Detta innebär en relativt obetydlig begränsning av kommunernas kompetens att bedriva kommersiell verksamhet.

Under rubriken "Särskilt om näringsverksamhet m.m." anges i 2 kap. 7§ KomL att kommuner får driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen. Stadgandet utgör ett förbud mot att driva spekulativa företag, med vilket avses att kommunerna inte får driva företag med vinstintresse som primärt huvudmål.

I propositionen till 1991 års kommunallag framhålls i den allmänna motiveringen att det inte finns någon tydlig gräns från rättsliga utgångspunkter vad gäller gränsen mellan det som brukar kallas den kommunala sektorn och det som benämns näringslivet.⁶⁵⁸ Vidare påpekas att av tradition en stor del av näringslivet är förbehållet den privata företagsamheten (det egentliga näringslivet). Den näringsverksamhet som kommunerna har ägnat sig åt kallas sedvanlig kommunal affärsverksamhet, t.ex. kollektiva anläggningar av allmännyttig betydelse, som elverk, renhållningsverk, bussföretag och badhus.⁶⁵⁹ Av särskild betydelse har också den kommunala satsningen på att tillhandahålla bostäder och driva allmännyttiga bostadsföretag varit. Omfattningen av den sedvanliga kommunala affärsverksamheten synes har ut-

⁶⁵⁷ 2 kap. 1 § KomL. Se SOU 2000:117, s. 45–54

⁶⁵⁸ Prop. 1990/91:117, s. 33

⁶⁵⁹ För en beskrivning av utvecklingen från 1862 till 1990 för den kommunala affärsverksamheten, se Riberdahl, FT s. 153–155. I propositionen till kommunallagen görs följande uppräknig av exempel på sedvanlig kommunal affärsverksamhet: bostadsföretag, tvätterier, el-, gas- och värmeverk, renhållningsverk, fryserier, saluhallar, slakthus, parkeringsanläggningar, buss-, spårvägs-, och sjötrafikföretag, hamnar, flygplatser samt rörelser för att tillhandahålla idrottsarenor och olika fritids- och nöjesanläggningar, (prop. 1990/91:117, s. 152).

vecklas i takt med den tekniska utvecklingen och de allt bättre ekonomiska förutsättningarna.

Vad gäller den speciella kompetensen som kan följa av särskilda föreskrifter kan nämnas att kommuner har befogenheter att driva näringsverksamhet inom områdena turism, hamnverksamhet, bostadsförsörjning, sysselsättning för handikappade och tjänsteexport.⁶⁶⁰ De närmare gränserna för den kommunala kompetensen att driva näringsverksamhet har definierats i Regeringsrättens rättspraxis.⁶⁶¹ Här skall endast kort nämnas att en kommun har ansetts kunna driva körskoleverksamhet (RÅ 1965 ref 43) och deklara-tionsbyrå (RÅ 1975 ref 19), men däremot inte tillhandahållandet av likkistor till självkostnadspris vid sjukhus (RÅ 1993 ref 25). Det sistnämnda ansågs falla utanför allmänintresset.

I fråga om det egentliga näringslivet anføres i propositionen till kommunallagen att kommunernas insatser antas gälla endast allmänt näringslivs-främjande åtgärder, t.ex. markupplåtelser, mässverksamhet o.d. Beträffande individuellt stöd riktat till enskilda näringsidkare får detta lämnas endast om det finns synnerliga skäl för det (2 kap. 8 §). Ett exempel är kommunala åtgärder i syfte att garantera invånarna en viss servicenivå vad gäller livsmedels- eller bensinförsörjning. Det kan också vara aktuellt för en kommun att göra insatser för att trygga tillgången på hotell i kommunen, om det står klart att enskilda företag och personer inte är beredda att göra de nödvändiga insatserna.⁶⁶² Tidigare förekom det att rådande eller befarad arbetslöshet åberopades som motiv för att tillåta kommunala ingripanden i det egentliga näringslivet. Ansvar för arbetslöshetspolitiken och den övergripande näringslivs-politiken åvilar emellertid staten, inte kommunerna. I specialmoti-veringen till 2 kap. 8§ anføres att en restriktiv syn på individuella stödinsat-ser måste gälla, men att vad som omfattas av synnerliga skäl måste avgöras av rättstillämpningen.⁶⁶³

Den mest betydelsefulla principen för problematiken kring konkurrens-snedvridande kommunal prissättning är emellertid självkostnadsprincipen. Av 8 kap. 3b § KomL framgår att kommuner får ta ut avgifter för tjänster och nyttigheter som de tillhandahåller. Självkostnadsprincipen kommer till uttryck i 8 kap. 3c § där det slås fast att kommuner inte får ta ut högre av-gifter än som svarar mot kostnaderna för tillhandahållandet av tjänsten eller

⁶⁶⁰ Riberdahl s. 156–157, SOU 1995:105 s. 115–117

⁶⁶¹ För en genomgång av praxis hänvisas till Riberdahls artikel i FT 1994 s.153, 157, se även Bohlin, NO och kommunerna – en kollision mellan kommunalrätt och näringsrätt, FT 1986 s. 81–88

⁶⁶² Prop. 1990/91:117, s. 34, 153

⁶⁶³ Prop. 1990/91:117, s. 34

nyttigheten. Självkostnadsprincipen kan också sägas vara kopplad till standandet att kommunens verksamhet inte får vara inriktad på att gå med vinst.

8.4 Förslag till förändrad lagstiftning

8.4.1 Ds 2001:17 ”Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor”

Näringsdepartementet har sedan år 2000 arbetat vidare med möjligheten att göra konkurrensförutsättningarna mellan privat och offentlig verksamhet mer lika.⁶⁶⁴ Ett förslag har publicerats som Ds 2001:17 ”Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor.” Förslaget innebär i huvudsak att en konfliktlösningsregel införs i konkurrenslagen, enligt vilken förbud i enskilda fall kan meddelas offentlig konkurrenshämmande verksamhet som bedöms vara skadlig från allmän synpunkt. Förbud skall kunna meddelas av Marknadsdomstolen på talan av Konkurrensverket. Förbud skall kunna föras med vite. Konkurrensrådets verksamhet föreslås bli permanent och rådet skall knytas till Konkurrensverket. Förslaget innebär att det införs en konkurrensrättslig kontroll av det allmännas verksamhet även när företagsbegreppet i konkurrenslagen inte är uppfyllt.⁶⁶⁵

Näringsdepartementets betänkande riktar in sig på konkurrensproblem vid ”offentlig säljverksamhet”.⁶⁶⁶ Uttrycket definieras emellertid inte i förslaget. Av sammanhanget framgår dock att det är fråga om försäljning av statlig eller kommunalt producerade varor och tjänster. Den föreslagna konfliktlösningsregeln införs som § 32 a i konkurrenslagen. Konfliktlösningsregeln vilar på missbruksprincipen och rymmer ett skadlighetskriterium, med vilket avses att Marknadsdomstolens uppgift är att avgöra vad som kan vara skadligt från allmän synpunkt. Begreppet ”offentligt företag” föreslås få en legaldefinition i en ny 4 § KL.⁶⁶⁷ Till den del verksamhet består i

⁶⁶⁴ Enligt budgetpropositionen 2002/03 skall Ds 2001:17 skickas på lagrådsremiss under hösten 2002 men i skrivande stund har den ännu inte behandlats av lagrådet. Ds 2001:17 kommenteras också i prop. 2001/02:167 Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning m.m, s. 93–95. Regeringen uttalade där att möjligheter till objektiv prövning av konkurrensproblem mellan offentlig och privat sektor stärker förtroendet mellan aktörerna och att formerna för en rättslig prövning av sådana konkurrensfrågor skall beredas vidare.

⁶⁶⁵ I förslaget till ny 32 b § KL skall explicit framgå att konfliktlösningsregeln inte kan tillämpas när förutsättningarna för att tillämpa förbuden i 6 eller 19 §§ är uppfyllda.

⁶⁶⁶ Ds 2001:17, s. 30-31, 38

⁶⁶⁷ Med offentligt företag avses verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur som drivs av stat, kommun eller landsting, associationsrättsliga subjekt över vilket någon av de nämnd-

myndighetsutövning omfattas den dock inte av begreppet offentliga företag. Innebörden i paragrafen är att Marknadsdomstolen får förbjuda ett offentligt företag att tillämpa ett visst förfarande av ekonomisk eller kommersiell natur vilket på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt

1. snedvrider eller är ägnat att snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller
2. i annat avseende hämmar eller är ägnat att hämma förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.⁶⁶⁸

Vid avvägningen mellan konkurrensintresset och andra allmänna intressen anføres även att Marknadsdomstolen bör beakta om det finns något annat, mindre konkurrenssnedvidande sätt att uppnå intresset.⁶⁶⁹ I sådana fall bör detta väljas. Vidare anges som en tumregel att ju större skada på konkurrensen som den offentliga aktörens beteende medför, desto starkare bakomliggande allmänt intresse måste finnas för att motivera snedvridningen av konkurrensen.

Näringsdepartementet påpekar att dess förslag inte har någon motsvarighet i EG-rätten, men säger samtidigt att detta inte är något skäl mot att införa den i fråga om ett problem som har identifierats på svenska marknader.⁶⁷⁰ Om departementsförslaget går igenom återinförs den gamla missbruksprincipen på nytt i svensk konkurrensrätt. Departementet anser att det saknas utrymme för att låta konfliktlösningsregeln utformas som ett förbud, eftersom de faktorer som berörs är alltför mångskiftande och av olika valör.⁶⁷¹

Bedömningen av vad som är skadligt från allmän synpunkt vid förfaranden vidtagna av offentliga aktörer är en svår uppgift. Därför är det intressant just för denna avhandling att Näringsdepartementet har försökt att finna en metod att väga konkurrensintresset mot andra allmänna intressen, samtidigt som befintliga särregleringar och kommunala kompetensprinciper beaktas.

Näringsdepartementets betänkande är relativt svårtillgängligt. För att underlätta avvägningen mellan konkurrensintresset och andra allmänna intressen föreslås att konkurrenshämmande förfaranden skall delas in strukturellt.⁶⁷² Den första situationen uppstår när den offentliga aktörens förfarande

da direkt eller indirekt har kontroll genom ägarskap, avtal eller på annat sätt. Definitionen överensstämmer också med transparensdirektivet 80/723/EEG, Ds 2001:17, s. 74, 75

⁶⁶⁸ Ds 2001:17 s. 76

⁶⁶⁹ Förslaget verkar innebära införandet någon form av proportionalitetsbedömning.

⁶⁷⁰ Ds 2001:17, s. 39

⁶⁷¹ Ds 2001:17, s. 39

⁶⁷² Ds 2001:17, s. 42–43. Den strukturella indelningen bygger i sin tur på tio olika typfall som Konkurrensrådet har identifierat som bekymmersamma från konkurrenssynpunkt nämligen 1. En blandning av monopolskyddad och konkurrensutsatt verksamhet, 2. En blandning mellan myndighetsutövning och bedrivandet av kommersiell verksamhet på konkur-

är påbjudet eller godtaget enligt en särreglering (fall 1), respektive är förbjudet enligt en särreglering (fall 2). Vidare identifieras situationen där den offentliga aktörens förfarande är oreglerat, men i den ena situationen inom den offentliga sektorns traditionella område (fall 3) och i den andra i den traditionella näringslivssektorn (fall 4). Utöver dessa fyra fall finns också en restpost i form av förfarande där den offentliga säljverksamheten är legitim, men konkurrens på så lika villkor som möjligt måste tryggas (fall 5). Näringsdepartementets beskrivning av de fem olika situationer är avsedda att vara till ledning för Marknadsdomstolens bedömning av vad som på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt snedvrider konkurrensen.

8.4.2 Kommentarer till förslaget

Vad gäller de olika situationerna kan konstateras att Marknadsdomstolen inte får mycket ledning av fall 1 (förfarandet är påbjudet eller medgivet enligt en särreglering.) Det anförs att Marknadsdomstolen i sin bedömning bör fästa vikt vid det välbekanta förarbetsuttalandet i prop. 1992/93:56, s. 70.⁶⁷³ Om en offentlig säljverksamhet är en direkt och avsedd effekt av en särreglering eller en ofrånkomlig följd av denna kan det enligt Näringsdepartementet inte anses vara från allmän synpunkt skadligt och förbud kan inte meddelas.⁶⁷⁴ Detta är ett ganska självklart påpekande.⁶⁷⁵

rensutsatta marknader, 3. Ensam tillgång till strategisk facilitet, 4. Försäljning av överskottskapacitet, 5. Selektivt stöd till offentlig verksamhet, 6. Sysselsättning av arbetshandikappade, 7. Sysselsättning av arbetslösa och ungdomar, 9. Gynnande av egen verksamhet vid offentlig upphandling samt 10. Kommunal försäljning över kommungränsen, Ds 2001:17, s. 30–31

⁶⁷³ Ds 2001:17, s. 44

⁶⁷⁴ Näringsdepartementet dröjer vid problematiken kring så kallade nödvändiga faciliteter. En strategisk facilitet utgör en verksamhet i ett tidigare led i produktionskedjan som en hamn, ett fast telenät eller någon annan typ av infrastruktur. Den som kontrollerar infrastrukturen har ofta en legal eller faktisk ensamställning på den marknad som infrastrukturen utgör. Sektorer med kostsam infrastruktur har ofta avreglerats eller regelreformerats under senare år. Inte sällan är det en offentlig aktör som både kontrollerar den nödvändiga faciliteten samtidigt som aktören också är verksam på marknaden i nästa led. Näringsdepartementet påpekar Konkurrensrådet uttalat skepsis mot att en offentlig aktör överhuvudtaget tillåts agera på marknaden i nästa led. En sådan verksamhet kan emellertid inte förbjudas med den föreslagna konfliktlösningsregeln. Däremot kan transparens i de ekonomiska förhållandena mellan den offentliga aktörens aktivitet inom den strategiska faciliteten och aktiviteten på den angränsande marknaden tvingas fram.

⁶⁷⁵ Märk dock att i förarbetsuttalandet talas om konkurrensbegränsande avtal som inte följer den fria partsviljan, utan istället en direkt och avsedd effekt eller en ofrånkomlig följd av en offentlig reglering. En offentlig säljverksamhet däremot som är påbjuden eller medgiven i en särreglering torde aldrig kunna vara en ofrånkomlig följd av densamma.

I situation 2 (förfarandet är otillåtet enligt en särreglering) skulle Marknadsdomstolen däremot kunna ingripa med ett förbud om en offentlig aktör bedriver säljverksamhet och därvid överträder sin instruktion eller om en kommun överskrider sin kompetens enligt kommunallagen. Samtidigt måste man utgå från att sådana kompetensöverskridanden ändå inte skulle kunna fortgå under en längre tid, varför det trots allt måste röra sig om ett fåtal fall då Marknadsdomstolen skulle kunna ingripa.

Näringsdepartementet berör sedan ett av de stora problemen – konflikten mellan kravet på lika konkurrensförhållanden mellan det offentliga och privata respektive kommunallagens självkostnadsprincip.⁶⁷⁶ Här anförts att kommunerna är bundna av självkostnadsprincipen. Skulle kommunen frångå självkostnadsprincipen och göra tillägg för vinst skulle detta i och för sig vara en konkurrensfrämjande åtgärd, men i strid med kommunallagen. Därefter sägs i betänkandet att frånvaro av vinsttillägg, dvs. den kommunala självkostnadsprincipen och vinstförbudet kan vara ett exempel på fall 1, dvs. det rör sig om ett förfarande som är påbjudet i en särreglering. Detta betyder att den nya konfliktlösningsregeln inte kan appliceras på problem som uppstår till följd av att kommunala aktörer måste hålla sig till självkostnadsprincipen. Förslaget och en lagreglering som den föreslagna kan inte bli annat än en besvikelse för privata företag som upplever problem till följd av kommunala aktörer inom det traditionella näringslivsområdet.

I fall 3 (reglering att en offentlig aktör får bedriva säljverksamhet inom den offentliga sektorns traditionella område saknas) anför Näringsdepartementet att det i allmänhet saknas skäl att ifrågasätta existensen av offentliga aktörer inom den offentliga sektorns traditionella område, inte ens om verksamheten är konkurrensutsatt.⁶⁷⁷ För sådan verksamhet sägs det saknas generell stöd för förbud enligt den föreslagna konfliktlösningsregeln.

Fall 4 (särreglering saknas för säljverksamhet inom det traditionella näringslivsområdet) utgör ju det som Konkurrensrådet har identifierat som det största problemet – bristande konkurrensneutralitet när offentliga aktörer bedriver konkurrensutsatt verksamhet utan vinstintresse.⁶⁷⁸ Emellertid kan ingripande endast bli möjligt mot statliga aktörer, eftersom hela den kommunala sektorns prissättning är särreglerad genom kommunallagen. Emellertid är det ju just på kommunala aktörer som Konkurrensverket får flest klagomål.⁶⁷⁹

⁶⁷⁶ Ds 2001:17, s. 48–51

⁶⁷⁷ Ds 2001:17, s. 51–52

⁶⁷⁸ Ds 2001:17, s. 52

⁶⁷⁹ Därefter anför tre exempel på situationer då statlig säljverksamhet inom den traditionella näringslivssektorn trots allt kan vara motiverad, nämligen då det föreligger hög grad av samproduktionsfördelar mellan monopolskyddad och konkurrensutsatt verksamhet. Det and-

Fall 5 (en offentlig säljverksamheten är legitim, men konkurrens på så lika villkor som möjligt måste tryggas) kan t.ex. beröra situationen att kommunallagen inte hindrar att verksamhet som är konkurrensutsatt bedrivs utan full kostnadstäckning.⁶⁸⁰ Ett villkorat förbud anges också kunna bli aktuellt t.ex. för att främja privata alternativs tillgång till en nödvändig facilitet.

Konkurrensrådet har i sitt löpande arbete anfört att så konkurrensneutrala villkor som möjligt skall råda och utfärdat rekommendationer för att detta skall kunna uppnås. Främst har detta gällt sådant som ekonomiska mål, redovisningsmässig avgränsning, belastning med internränta etc. Rekommendationerna har då avsett sådan konkurrensutsatt kommunal verksamhet som tillhör det frivilliga området. I Näringsdepartementets skrift anförs dock att samma sak gäller kommunernas obligatoriska verksamhet om den konkurrensutsätts. Idag bedrivs ju i allmänhet vård, skola och omsorg som konkurrensutsatt verksamhet.

I dessa delar (främst situation 5) synes förslaget kunna innebära en redovisningsmässig byråkratisering av främst kommunernas verksamhet i syfte att främja så lika konkurrensvillkor som möjligt. Det sägs att så konkurrensneutrala villkor som möjligt skall främjas. Emellertid måste ju hänsyn tas till att det allmännas verksamhet på områden där det i allmänhet saknas egentliga förutsättningar för konkurrens, även om utförandet av verksamheten konkurrensutsätts. I andra delar är förslaget tämligen överksam, eftersom verksamhet som kommuner bedriver på den kommunala självstyrelsens grund och som prissätts enligt självkostnadsprincipen ses som särreglerad.

8.5 Sammanfattande slutsatser och analys

Det konkurrensrättsliga fenomenet underprissättning är ett förfarande som endast kan genomföras av en aktör med stor finansiell styrka. När det är fråga om konkurrenssnedvridande prissättning av offentliga aktörer, som upplevs som ett så stort problem av många privata företag måste vi emellertid lämna konkurrenslagen bakom oss. Konkurrenslagens förbud kan inte användas mot sådana problem.

I svensk rätt har nu utformats ett förslag till en tänkt lagstiftning som skulle syfta till att göra konkurrensvillkoren mellan offentliga och privata aktörer så lika som möjligt. Med tanke på att den materiella rättslikheten

ra exemplet är då det saknas ett privat utbud som kan vara fallet i glesbygd. Den tredje situationen är när det uppstår tillfälliga och oavsiktliga överskott. Ds 2001:17, s. 54

⁶⁸⁰ Ds 2001:17, s. 56–57

med EG-rätten var en bärande tanke vid införandet av konkurrenslagen 1993 är det en brist att inte en noggrann utredning gjorts om det finns möjlighet att återigen vända sig till EG-rätten för utformandet av en regel som gäller konkurrensförhållandena mellan privata och offentliga aktörer, där främst artikel 86 kan komma i fråga.

I Ds 2001:17 sägs att det finns goda skäl att låta den föreslagna förbudet vila på missbruksprincipen.⁶⁸¹ Vilka dessa goda skäl närmare är anges inte klart, men det framhålls att det är en fördel att missbruksprincipen är "framåtriktad", dvs. en offentlig aktör skall åläggas att upphöra med ett visst förfarande i framtiden och inte, som fallet är med en förbudsprincip, konfronteras med sanktioner för att ett förbud har överträtts.

Konkurrenslagen vilar idag på förbudsprincipen och det rådde stor enighet om denna skärpning av konkurrenslagen. Förbjudandet av visst konkurrensrättsligt beteende vilar på en solid teoretisk grund och även vad gäller förebilden i EG-rätten på en viss ideologi. Detta bidrar till att ge tyngd åt konkurrenslagen. Införandet av en regel som vilar på missbruksprincipen och som saknar förebild i EG-rätten leder till en allmän försvagning av de två ledande principer som hittills gällt för konkurrenslagen.

Särskilt vad gäller den kommunala verksamheten som kan delas in i obligatorisk och frivillig verksamhet, synes förslaget vara alltför trubbigt. Med näringsdepartementets synsätt kallas all kommunal produktion av sådant som kan sägas vara en tjänst för "säljverksamhet". Därmed utgör all aktivitet utanför myndighetsutövningen, det politiska beslutsfattandet och därmed sammanhängande förvaltning säljverksamhet. Häri ligger i och för sig en samsyn med EG-domstolens synsätt att offentlig verksamhet utgör antingen utövandet av offentlig makt eller en ekonomisk aktivitet. Men – och detta är en tung invändning – i EG-rätten tas det konkurrensrättslig hänsyn till verksamhet som utgör ett allmänt ekonomiskt intresse.

Konkurrenssnedvridande effekter för privata alternativ är ur samhälls-ekonomisk synvinkel inte ett lika stort problem när kommunen driver en skola som när den driver ett solarium.⁶⁸² Bakom den förstnämnda aktiviteten ligger nämligen det allmänna ekonomiska intresset av att alla individer erhåller en grundläggande undervisning. Bakom den kommunala driften av ett solarium finns emellertid inget allmänt intresse.

⁶⁸¹ Ds 2001:17, s. 29

⁶⁸² Därmed är inte sagt att privata skolalternativ skall missgynnas. Det gäller emellertid att beakta att den kommunala skolan har uppgiften att erbjuda skolundervisning för alla och detta uppdrag har inte privata skolor. Vid strävan efter så lika konkurrensvillkor som möjligt måste hänsyn tas till den kommunala skolans uppdrag, men en sådan aspekt låter sig svårliken värderas ekonomiskt.

EG-rättens konkurrensregler har en fördel i att de ger EG-domstolen möjlighet att göra en materiell bedömning av de konkurrensproblem som är för handen även när offentliga aktörer är inblandade. Detta genom att de båda konkurrensrättsliga förbuden i artikel 81 och 82 kompletteras med förbudet i artikel 86 för medlemsstaterna att vad gäller offentliga företag vidta åtgärder som strider mot dessa båda artiklar. Därutöver finns en konkurrensrättslig friskrivning för verksamhet som utgör antingen utövandet av offentliga makt eller verksamhet som utgör ett allmänt ekonomiskt intresse. Artikel 81, 82 och 86 bildar en helhet och detta bör beaktas i arbetet med att säkerställa lika villkor mellan privata och offentliga aktörer i svensk rätt.

9 Konkurrenslagen och det arbetsrättsliga undantaget

9.1 Inledning

Förekomsten av offentliga regleringar kan medföra att konkurrenslagens förbud inte skall tillämpas. Avhandlingen har kretsat kring frågan hur sådana kollisioner hanteras rättsligt. I inledningskapitlet anfördes att den ”digitala” lösningen, dvs. att särregleringar alltid skall gå före eller tvärtom konkurrenslagen alltid skall ges företräde inte kan anses generellt vara lämplig.

Förhållandet mellan arbetsrätten och konkurrensrätten är annorlunda. Här finns ett uttryckligt undantag i 2 § KL som föreskriver att konkurrenslagen inte tillämpas på överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön eller andra anställningsvillkor. Rättsregelns innebörd är klar och tydlig – om en överenskommelse föreligger som omfattas av 2 § KL, tillämpas inte konkurrenslagen. Genom det arbetsrättsliga undantaget får de allra flesta konflikter mellan arbetsrätten och konkurrensrätten sin lösning. Antingen föreligger ett arbetsrättsligt avtal eller också inte och några ytterligare konflikter mellan arbetsrätt och konkurrensrätt borde inte kunna finnas. Tills för några år sedan var åtminstone *en* intresseväckande fråga nämligen huruvida det fanns ett arbetsrättsligt undantag i EG-fördragets konkurrens-

regler.⁶⁸³ Sedan denna fråga besvarats jakande av EG-domstolen blev rättsläget klarare.⁶⁸⁴

Det återstår emellertid några frågor att diskutera. Dels själva tolkningen av vad som rymms inom ”överenskommelse mellan arbetsgivare och arbetstagarare”. Denna kan möjligen ske mer eller mindre restriktivt. Dels finns ytterligare några konfliktområden där frågan om arbetsrättsliga förfaranden skall undantas en konkurrensrättslig bedömning framstår som svårbedömd. En orsak till att sådana frågor kan dyka upp beror på EG-fördragets utformning. Särskilt ordningen i vissa länder med kollektivt avtalade pensionsförsäkringar har ifrågasatts av andra försäkringsbolag (eller deras kunder) som själva önskar få förvalta dessa pensionsmedel. En ordning där andra försäkringsbolag eller stiftelser, som inte pekats ut i kollektivavtalen som försäkringsgivare, i och med detta inte har fått tillgång till marknaden har uppfattats som konkurrensbegränsande.⁶⁸⁵

Därutöver går det fortfarande att undersöka gränsdragningen kring det arbetsrättsliga undantaget, då det visserligen rör sig om ett arbetsrättsligt avtal, men avtalet innehållsmässigt innebär en ordning som både arbetsgivar- och arbetstagar- sidan tjänar på; det så kallade konspirationsfallet. En tredje fråga rör om det finns en konkurrensrättslig gräns för kollektivavtal angående bemanningsfrågor.

9.2 Det arbetsrättsliga undantaget

9.2.1 Varför behövs ett arbetsrättsligt undantag?

Konkurrenslagen (1993:20) är tillämplig mot *företags* konkurrensbegränsande beteende. Kan avtal om lön och anställningsvillkor mellan arbetstaga-

⁶⁸³ En informativ forskningsstudie har gjorts i Bruun, Hellsten (red.), *Collective Agreement and Competition in the EU*, 2001.

⁶⁸⁴ Det avgörande rättsfallet är mål C-67/96 Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfond Textielindustrie, REG 1999 s. I-5751. Jag har tidigare skrivit artikeln *Konkurrenslagen, kollektiva hemförsäkringar och stuverimonopolet*, JT 1997-98, s. 952–983 där bland annat frågan om existensen av ett arbetsrättsligt undantag i EG:s konkurrensrätt diskuteras. Detta kapitel är en vidareutveckling av den artikeln samt en tidigare publicerad PM ”Kollektiv arbetsrätt och konkurrensrätt – rättsläget i de nordiska länderna” i rapport från Nordiska Ministerrådet ANP 2002:706 Skærningsfeltet mellem kollektive overenskomster og konkurrenceretten, s. 23–41

⁶⁸⁵ Denna fråga har dock fått sin lösning genom just Albany-målet och även målen C-180/98-C-184/98, Pavel Pavlov mot Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, REG 2000, s. 6451. Nämnas bör även avgörandet från EFTA-domstolen i mål E-8/00 Landsorganisasjonen i Norge/Norsk Kommuneforbund mot Kommunenes Sentralforbund, från 22 mars 2002.

re och arbetsgivare vara konkurrensbegränsande? Ett mindre övertygande sätt att besvara frågan vore att hävda att så uppenbarligen måste vara fallet, eftersom det finns ett undantag. Det föreligger emellertid en uppenbar skillnad mellan arbetstagsidans och arbetsgiversidan. Den senare består av ett eller flera företag, vilka träffas av konkurrenslagens förbud. Företagen skall normalt konkurrera, inte samarbeta med varandra. Arbetstagsidans däremot består av enskilda individer. När dessa går samman och uppträder som företags motpart i en förhandling kommer de att kunna påverka lönevillkoren och därmed även indirekt de angränsande varu- och tjänstemarknaderna.

Skulle nu konkurrenslagens förbud tillämpas mot arbetstagsidans aktivitet uppstår problem. Rättsutvecklingen kring utvecklandet av ett arbetsrättsligt undantag i konkurrensrätten har beskrivits av flera författare.⁶⁸⁶ I tidig engelsk rätt och amerikansk konkurrensrätt mellan the Sherman Act's utfärdande 1890 och the Clayton Act's ikraftträdande 1914 ansågs arbetstagsidans aktiviteter utgöra "conspiracies in restraint of trade". Erfarenheterna visade att en sådan ordning var ohållbar.

I en decentraliserad ekonomi föreligger det en alltför stor mängd med villkor kring enskilda arbetstillfällen, arbetets utförande och betalning, som måste regleras mellan parterna, för att det skulle vara möjligt för lagstiftaren att reglera allt. På en helt oreglerad arbetsmarknad riskerar villkoren å andra sidan bli så dåliga för arbetstagsidans att stabiliteten i samhället hotas.⁶⁸⁷ Lösningen är att låta parterna själva reglera villkoren på arbetsmarknaden. Då måste båda parter tillåtas att organisera sig för att utjämna styrkeförhållandena mellan arbetstagar- och arbetsgiversidan. En sådan ordning medför att utformandet av villkoren på arbetsmarknaden i stor utsträckning kan överlåtas till parterna och att lagstiftaren därmed själv slipper detaljreglera arbetslivet.

9.2.2 EG-rätten

Före 1999 fanns inget uttryckligt arbetsrättsligt undantag i EG-rätten. Detta år avgjordes emellertid mål C-67/96 Albany.⁶⁸⁸ Målet gällde en begäran om förhandsbesked från en nederländsk domstol gällande förenligheten av ett nationellt system med obligatorisk anslutning för företag till branschvisa

⁶⁸⁶ Bernitz, Marknadsrätt, 1969, s. 248–252, 270, Adlercreutz, Arbetsrätten och konkurrensrätten, i Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman, 1993, s. 1–17, Norberg, Arbetsrätt och konkurrensrätt, 2002, s. 81–138.

⁶⁸⁷ I värsta fall blir villkoren som i Viktor Rydbergs dikt om Grottekvarnen som omnämndes i not 4.

⁶⁸⁸ Mål C-67/96 Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfond Textielindustrie, REG 1999 s. I-5751

tjänstepensionsfonder med i första hand EG:s konkurrensregler.⁶⁸⁹ Systemet hade införts via kollektivavtal slutna mellan arbetsmarknadens parter. Kollektivavtalet hade i denna del blivit allmängiltigförklarad av den nederländska staten, dvs. alla företag inom t.ex. textilbranschen var tvungna att avsätta medel till pensionsfonden.

Twisten vid den nationella domstolen gällde företaget Albanys vägran att erlægga pensionsavgifter till fonden Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie med motiveringen att obligatorisk anslutning till fonden stred mot EG-rätten. EG-domstolen tolkade den nationella domstolens fråga att gälla huruvida artikel 82 och 86 utgjorde hinder för de offentliga myndigheterna i en medlemsstat att ge en pensionsfond ensamrätt att i en viss bransch förvalta ett vid sidan av den offentliga pensionen kompletterande pensionssystem samt hur det faktum att det rörde som ett arbetsrättsligt avtal mellan arbetsmarknadens parter påverkade den konkurrensrättsliga bedömningen.

Enligt EG-domstolen förelåg förutsättningar att tillämpa artikel 82 och 86, dvs. pensionsfonden befanns vara ett företag som innehade en dominerande ställning på en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Den nederländska lagstiftningen ansågs också innebära att pensionsfonden hade erhållit en sådan exklusiv rättighet som berörs i artikel 86.1. Vad gäller kollektivavtal anförde domstolen:

”Det framgår således av en ändamålsenlig och sammanhängande tolkning av fördragets samtliga bestämmelser att avtal som slutits inom ramen för kollektiva förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter i dessa syften inte skall anses omfattas av artikel 85.1 i fördraget, på grund av deras beskaffenhet och syfte.”⁶⁹⁰

Enligt ordalydelsen av artikel 81.1 är det inte helt säkert att konkurrenslagens förbud överhuvudtaget omfattar arbetsrättsliga avtal, eftersom företagsrekvisitet normalt sett brister på arbetstagsarsidan. EG-domstolen besvarade inte frågan om en arbetstagarorganisation kan anses vara ett företag. Även om det är teoretiskt möjligt att kalla arbetstagarorganisationens förhandlingsarbete kring löne- och anställningsvillkor för en ekonomisk aktivitet, är förbudet i artikel 81.1 ändå inte tillämplig.

⁶⁸⁹ Målet behandlas även i avsnitt 5.3.1.

⁶⁹⁰ Mål C-67/96 Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfond Textielindustrie, REG 1999 s. I-5751, p. 60. Artikel 85.1 kallas idag artikel 81.1.

9.2.3 Svensk rätt

I svensk rätt har uppfattningen sedan den första konkurrenslagen infördes varit att arbetstagarorganisationer inte utgör företag (eller näringsidkare som det hette enligt 1982 års konkurrenslag).⁶⁹¹ Företagsbegreppet nuförtiden följer emellertid EG-rätten. I svensk rätt skall artikel 81.1 tillämpas av Konkurrensverket i de fall EG-rätten är tillämplig. Om svenska konkurrenslagen är tillämplig gäller istället 2 § KL.

Av lagtextens ordalydelse framgår att för att det arbetsrättsliga undantaget skall kunna bli tillämpligt måste det röra sig om ett avtal mellan arbetstagar- och arbetsgivare om lön eller anställningsvillkor. Undantaget gäller således avtal på arbetsmarknaden samt konsekvenser på andra marknader som är en direkt och nödvändig följd av sådana avtal. Undantaget gäller såväl individuella som kollektiva avtal.⁶⁹² Dessa avtal ligger alltså inom det arbetsrättsliga undantagets tillämpningsområde och konkurrenslagens förbud tillämpas inte. Begreppet arbetstagar i konkurrenslagen får anses överensstämma med det arbetsrättsliga begreppet arbetstagar. Även avtal mellan arbetsgivare och så kallade jämställda arbetstagar omfattas således av 2 § KL. Dessa avtal kan inte angripas med konkurrenslagen. Om det emellertid visar sig att den ena parten inte är arbetstagar faller givetvis möjligheterna att tillämpa det arbetsrättsliga undantaget.

9.2.4 En restriktiv syn på det arbetsrättsliga undantaget?

Per Norberg publicerade år 2002 avhandlingen *Arbetsrätt och konkurrensrätt. En normativ studie av motsättningen mellan marknadsrättsliga värden och sociala värden*. Norberg sökte svaret på frågan hur en domstol skall välja mellan att tillämpa arbetsrätt eller konkurrensrätt på ett konkurrensproblem som har uppstått med grund i ett kollektivavtal.⁶⁹³ Norbergs första slutsats var att gränsdragningen borde ske enligt med principen att arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer får använda sitt monopol på arbetsmarknaden, men de får inte använda kollektivavtalet för att utsträcka monopollet till anslutande varu- och tjänstemarknader.

Denna första princip är som Norberg själv påpekar lätt att upptäcka, eftersom det står angivet redan i förarbetena till konkurrensbegränsningslagen

⁶⁹¹ I konkurrensbegränsningslagen räknades upp vilka kategorier av verksamhet som omfattades av begreppet företagare och arbetstagarorganisationer nämndes inte bland dessa (26 § KBL).

⁶⁹² Adlercreutz, *Arbetsrätten och konkurrensrätten*, i *Studier i arbetsrätt* tillägnade Tore Sigeman, 1993, s. 1–17

⁶⁹³ Norberg, 2002, s. 497

från 1953 att det borde vara på det sättet.⁶⁹⁴ Norberg visar emellertid hur principen har vuxit fram och hade förankring i bland annat amerikansk rätt redan före den första svenska konkurrenslagens tillkomst.

Även Norberg uppfattar det som att gränsdragningen mellan arbetsrätt och konkurrensrätt görs i enlighet med ordalydelsen i 2 § KL. Å ena sidan kan detta sägas inte vara restriktivt, eftersom det som ”omfattas av ordalydelsen” så att säga är det ”som omfattas av ordalydelsen.” Det finns ändå skäl att understryka att trots de viktiga sociala värden som finns bakom arbetsrätten, tolkas omfattningen av det arbetsrättsliga undantaget inte utvidgande. Detta medför att det lika gärna kan uttryckas så att undantaget i 2 § KL tolkas *restriktivt*. Den motsatta uppfattningen finns emellertid också.⁶⁹⁵

Norbergs andra slutsats är att när fack- eller arbetsgivarföreningar genom kollektivavtal reglerar en hel bransch måste kollektivavtalet bygga på en öppen kartellprincip. Ingen organisation får aktivt försöka utestänga arbetstagare eller företag från marknaden.⁶⁹⁶

Alldeles bortsett från denna Norbergs slutsats vill jag framhäva en annan omständighet som kan ha betydelse för bedömningen av konkurrensrättsliga frågor, både vad gäller arbetsrätt och konkurrensbegränsande offentliga regleringar. Det är att EG-domstolen verkar företräda uppfattningen att antingen fattar staten beslut om hur en marknad organiseras eller också avgörs detta på marknaden (förutsatt att konkurrens råder). Något däremellan, t.ex. att vissa företag tar sig rätten och beslutar hur många företag som skall finnas på en marknad, accepteras inte. Arbetsmarknaden i sig, dvs. marknaden för lön- och anställningsvillkor är emellertid rent faktiskt undantaget från konkurrensreglernas tillämpningsområde.

9.3 Fortsatta konfliktområden

Närmast skall granskas om frågan om den förmodade restriktiva tolkningen av det arbetsrättsliga undantaget och huruvida principen om stat/marknad kan ha någon betydelse för några fortsatta problemområden som existerar mellan arbetsrätt och konkurrensrätt.

⁶⁹⁴ Prop. 1953:103, s. 234

⁶⁹⁵ EFTA-domstolen anför i målet E-8/00 mellan LO Norge och Kommunenes Sentralforbund att det är uttrycket ”conditions of work and employment” (som nämns av EG-domstolen i Albanymålet) som skall tolkas extensivt., p. 53. När EFTA-domstolen sedan exemplifierar vad den tycker omfattas av denna breda definition (p. 53) nämnder den arbetsmiljöfrågor, semesterfrågor, vidareutbildning och annat.

⁶⁹⁶ Norberg, 2002, s. 497

9.3.1 Kollektiva försäkringar

EG-domstolens avgörande i *Albany* var revolutionerande, eftersom frågan om ett arbetsrättsligt undantag inte hade berörts tidigare.⁶⁹⁷ I de efterföljande målen har EG-domstolen upprepat sin bedömning från de första målen och slutsatsen är att det faktum att endast *ett* företag i kollektivavtal pekas ut som ensam försäkringsgivare eller att staten gör anslutning till ett visst pensionsschema obligatoriskt inte strider mot EG-fördragets konkurrensregler eller andra av fördragets artiklar.⁶⁹⁸ Andra försäkringsbolag får finna sig i att de inte får tillgång till marknaden för tjänstepensioner. Skälet för detta ligger nog främst i försäkringslösningarnas karaktär som *socialförsäkringar* och den *försäkringsteknik* som ligger till grund för en försäkrings utformning.

På pensionsområdet finns tre typer av försäkringslösningar: en allmän pension som omfattar alla, den kollektiva tjänstepensionen, som är knuten till individens egenskap av arbetstagare, och den privata pensionsförsäkringen. Den största gruppen i ett enskilt land är samtliga medborgare. En sådan stor grupp kan bara staten försäkra. Endast staten har råd att ge en allmän pension till samtliga individer; de bra, de dåliga och de katastrofalt dåliga försäkringsfallen. Lite hårdtaget kan man säga att de bra försäkringsfallen är de som arbetar mycket, är friska och dör tidigt (män). Sämre är det med mer sjukliga individer som dessutom varvar yrkesarbetandet med vård av anhöriga och som lever länge (kvinnor). De katastrofalt dåliga försäkringsfallet är de som inte alls bidrar till bruttonationalprodukten, utan bara kostar pengar. Det rör sig då om samhällets svagaste individer, till exempel kroniskt svårt sjuka personer. Anledningen till att staten överhuvudtaget kan ta ansvar för alla individer är att staten har makt att ta in skattemedel.

Socialförsäkringens motsats är den individuella försäkringen. Här sluter en enskild försäkringstagare avtal med en försäkringsgivare och får precis så mycket försäkring som försäkringstagaren betalar för. Innan försäkringsgivaren är villig att försäkra individen måste den göra en riskbedömning. Alla försäkringsfall får affärsmässiga villkor, alltså sådana villkor som gör att försäkringsgivarens rörelse utvecklas på ett långsiktigt hållbart sätt. Detta innebär i allmänhet att bra försäkringsfall (män) får "normala" villkor, dåliga försäkringstagare (kvinnor) får också teckna försäkring, men kvin-

⁶⁹⁷ Se även mål C-222/98, Hendrik van der Woude v. Stichting Beatrixoord, REG 2000 s.7111, förenade målen C-180/98 till C-184/98 Pavel Pavlov and Others v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten., REG 2000 s. 6451, förenade målen C-115/97 till C-117/97 Brentjens' Handelsonderneming BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, REG 1999 s. I-6025, mål C-219/97 Maatschappij Drijvende Bokken BV v. Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, REG 1999 s. I-6121

⁶⁹⁸

nornas längre livslängd motiverar när det till exempel gäller pensionsförsäkringar en lägre årlig ersättning. Katastrofala försäkringsfall får förmodligen ingen privat försäkring alls.

Mellan socialförsäkringen och den individuella försäkringen ligger *gruppförsäkringen* och det är denna som är av intresse i fallen med kollektiva tjänstepensioner. Med den gruppförsäkring får ett försäkringsbolag tillfälle att försäkra en stor grupp och villkoren för de olika individerna måste därför i hög grad vara standardiserade. Detta ger låga administrativa kostnader, vilket är en fördel både för gruppen och för försäkringsgivaren.

Det är nog bara staten som kan besluta att anslutningen till en viss försäkring skall vara obligatorisk, precis som har skett i de nederländska målen. Olika europeiska länder har olika traditioner vad gäller hur man försörjer den del av befolkningen som inte längre kan arbeta ihop till sitt eget uppehälle. I de nordiska länderna står staten för pensionsbetalningarna och dagens yrkesverksamma betalar dagens pensionärer med hopp om att framtidens yrkesverksamma skall göra detsamma när dagens yrkesverksamma själva har blivit pensionärer. I många andra länder är ålderspensionen knuten till individens egenskap av att vara arbetstagare eller att vara gift med en arbetstagare. Alltså får privata pensionslösningar i form av tjänstepensioner (pension är ju uppskjuten lön) tillämpa istället för att staten belastas med hela ansvaret. Det krävs emellertid att försäkringen verkligen omfattar hela kollektivet, annars riskerar staten ändå att stå där med ansvaret för de dåliga försäkringsfallen. Lösningen är då att peka ut ett visst försäkringsschema som obligatoriskt.

När arbetsgivare och arbetstagare väl har kommit överens om att avsätta en del av lönen till framtida pensioner är frågan vem som skall förvalta pengarna. Det är då möjligt att antingen arbetsgivarsidan och/eller arbetstagsidan själv förvaltar pengarna eller att en pensionsfond grundas för detta ändamål. Från konkurrensrättslig synpunkt borde detta inte inge några betänkligheter. Om arbetsgivar- eller arbetstagsidan eller båda tillsammans väljer att själva förvalta pengarna, uppkommer inget konkurrensrättsligt problem. Att förvalta pengar är dock en ekonomisk aktivitet och organisationen är givetvis ett företag i konkurrensrättslig mening (och måste då iaktta konkurrensreglerna). Men inget utomstående försäkringsbolag kan hävda att det på ett konkurrensstridigt sätt stängs ute från marknaden.

Det blir inte heller någon skillnad om arbetsmarknadsparterna väljer att skapa ett eget bolag för förvaltningsändamål. Detta nya bolag kan vara gemensamt ägt eller helägt av den ena eller andra sidan. Detta pensionsbolag är osjälvständigt i förhållande till parterna och i enlighet med den ekonomiska enhetens princip kan det inte heller uppkomma något avtal som är konkurrensbegränsande. Kan pensionsfonden missbruka sin dominerande

ställning? Ja, detta kan säkert inträffa. Emellertid är det inte förbjudet att inneha den dominerande ställningen i sig. Det finns ingen skyldighet för en pensionsfond att låta andra försäkringsbolag vara med och förvalta pensionspengarna.

9.3.2 Bemanningsfrågor

Ett problemområde kan utgöra bemanningsfrågor. Arbetstagarorganisationer har rätt att verka på arbetsmarknaden, utan begränsningar från konkurrenslagen. Det är naturligt att arbetstagarorganisationen vill skydda just sina medlemmars arbetstillfällen. Arbetstagarorganisationer har således rätt att missbruka sin dominerande ställning på arbetsmarknaden om de så önskar. De kan genom strejker tvinga sin arbetsgivare till ytterligt förmånliga löne- och anställningsvillkor. Lyckas de "för bra" och arbetsgivaren inte har råd att betala enligt avtalet kommer arbetsgivaren att gå i konkurs och arbetstagarerna står utan arbete. Långt innan konkursen drabbar företaget, finns det emellertid möjlighet för arbetstagarorganisationen att på grund av sin styrka kräva ett förhållningssätt av arbetsgivarna, som medför dyrare lösningar för företaget.

Finland – pappersfabriksmålet 1995 – bemanning

I Finland fick Högsta förvaltningsdomstolen ta ställning till en fråga som rörde bemanning år 1995.⁶⁹⁹ Ett företag i den finska pappersindustrin önskade lägga ut bland annat städningen av lokalerna på ett fristående städföretag. I kollektivavtalet mellan arbetstagarorganisationen och arbetsgivaren fanns emellertid en bestämmelse att arbetsgivaren inte annat än tillfälligt fick anställa "utomstående arbetskraft". Med utomstående arbetskraft avsågs arbetstagare som inte hade anställningsavtal med ett företag i pappersindustrin. Som ett resultat av kollektivavtalet utfördes all städning av företagets egen personal och vid en del fabriker gällde detta även elektricitets- och reparationsarbeten samt bevakningsuppdrag. Avtalet anmälades av arbetsgiversidan till det finska konkurrensrådet.

Beslutet kom att avgöras av den finska Högsta förvaltningsdomstolen. Domstolen konstaterade att det i finska konkurrenslagens förarbeten hade anförts att i det fall ett kollektivavtal innehöll villkor som inte rörde förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare, utan istället utgjorde till exem-

⁶⁹⁹ Finlands Högsta förvaltningsdomstol, dom av den 11.4.1995. Se om detta mål i Bruun, The Supreme Administrative Court, Paperworkers' Union, Helsinki v. Office of Free Competition, i International Labour Law Reports, vol. [1995] 15, Kluwer Law International, 1997, s. 310–327

pel en begränsning på arbetsgivarens relation till dess kunder var konkurrenslagen tillämplig. Högsta förvaltningsdomstolen delade det finska konkurrensrådets uppfattning att de omstridda avtalsvillkoren stred mot *missbruksprincipen* som formulerats i den finska konkurrenslagens 9§. I enlighet med 16§ förbjöds näringsidkaren (arbetsgivarsidan) att tillämpa klausulen i den utsträckning den hindrade användandet av externa serviceföretag för städning, bevakning och andra liknande arbeten.

1998 avgjorde den svenska Arbetsdomstolen en tvist mellan arbetstagare och arbetsgivare angående tolkningen av ett förbud i kollektivavtal mot att lägga ut tidningsdistribution som skulle ske till fots, cykel eller bil på entreprenad.⁷⁰⁰ Klausulen i kollektivavtalet syftade till att hindra arbetsgivaren från att först säga upp anställda för att sedan erbjuda dem att bli fristående entreprenörer med i praktiken samma arbetsuppgifter som de tidigare haft. Arbetsdomstolen ansåg emellertid att entreprenadförbudet inte kunde anses utgöra ett anställningsvillkor och därmed uteslöts tillämpningen av det arbetsrättsliga undantaget. När sedan Arbetsdomstolen tillämpade konkurrenslagen ansåg den att arbetsgivarsidan inte förebringat tillräcklig bevisning vad gällde att entreprenörsförbudet hade en märkbar konkurrensbegränsande effekt. Arbetsdomstolen ansåg därför att det inte var visat att klausulen var ogiltig. Hos Arbetsdomstolen gick således arbetstagsidan segrande ur striden.

Arbetsgivaren hade emellertid samtidigt anhängiggjort ett ärende hos Konkurrensverket.⁷⁰¹ Med utgångspunkt i Arbetsdomstolens bedömning att klausulen inte kunde anses utgöra ett anställningsvillkor tillämpade Konkurrensverket konkurrenslagen. Konkurrensverket ansåg det inte vara nödvändigt att pröva om arbetstagsidan utgjorde företag i konkurrensrättslig mening, eftersom det på arbetsgivarsidan fanns flera företag. Konkurrensverket ansåg att klausulen faktiskt var konkurrensbegränsande i strid mot konkurrenslagens 6§. Olyckligtvis var arbetstagsidan inte part i detta ärende, utan enbart arbetsgivarsidan och den entreprenör som ursprungligen velat sluta avtal om tidningsdistribution. Därmed nekades arbetstagarorganisationen att överklaga frågan. Frågan om arbetstagsidans partsställning har istället anhängiggjorts vid Europadomstolen.

Det så kallade stuverimonopolet är en aktuell tvistefråga. Stuverimonopol finns både i svenska och andra europeiska hamnar. Enligt rådande förhållanden har dagens moderna fartyg gott om utrustning för att låta fartygets besättningar sköta lastning och lossning. I allmänhet kräver emellertid stuveriarbetarna i hamnarna att få sköta verksamheten. Norberg anför att denna

⁷⁰⁰ AD 112/98, 980916

⁷⁰¹ KKV dnr.555/1996, 990219

ordning strider mot gällande svensk rätt och EG-rätt, med hänvisning till den princip om öppna karteller som han förespråkar.⁷⁰²

Här kan anföras att det i längden inte är möjligt att låta enskilda arbetsgivarorganisationer eller företag avgöra hur lastning och lossning skall ske. Detta är något som förändras med den tekniska utvecklingen. Det kan därför förutses att stuverimonopolen i hamnarna kommer att försvinna.

9.3.3 Konspirationsfallen

En fråga som redan på 1950-talet ådrog sig intresse var hur situationen skulle bedömas då arbetstagarorganisationen medverkar i en konkurrensbegränsning på varu- eller tjänstemarknaden. Kollektivavtalet syftar då direkt till att snedvrida konkurrensvillkoren på en angränsande varu- eller tjänstemarknad.

I dansk rätt refererar Fejø ett mål från Højesteret från 1965.⁷⁰³ Ett kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare på textilområdet innehöll bestämmelsen att uniformer till bland annat staten skulle betalas som *skræddarsydda* varor.⁷⁰⁴ Genom kollektivavtalet upprätthölls en efterfrågan på den hantverksmässiga tillverkningen av uniformer, vilket gynnade arbetsgarsidan. Arbetsgivarsidan slapp å sin sida konkurrensen från den billigare konfektionsindustrin (inhemsk och utländsk). Den som fick stå för notan var emellertid staten och skattebetalarna. Det danska Monopoltilsynet hade uppmanat parterna att avstå från att tillämpa avtalsvillkoret. Arbetstagsidan vände sig till domstol för att få fastslaget att kollektivavtal som sådana inte omfattades av konkurrenzelovens tillämpningsområde.

Højesteret menade att det arbetsrättsliga undantaget inte var tillämpligt, eftersom klausulen gick utöver en reglering av löne- och anställningsvillkor. Avtalsvillkoret fick till följd att en viss kundgrupp (det offentliga) hindrades att beställa varor framställda på ett sätt som stod öppet för andra köpare. Det arbetsrättsliga undantaget hindrade således i detta fall inte en tillämpning av

⁷⁰² Norberg, 2002, s. 439–480

⁷⁰³ UfR 1965.634 H (Danmark), se även Fejø, Jens Konkurrenzeloven af 1997 med kommentarer, 1997 s. 79

⁷⁰⁴ Bakgrunden till denna för köparen anmärkningsvärt dåliga överenskommelse stod att finna i förhållandena i slutet av 1800-talet. Före 1870 fanns enbart skrädderi. Efterhand som konfektionsindustrin utvecklade sig blev det uppenbart att det inte var rimligt att betala massproducerade uniformer som skrädderihantverk. Som en lättnad för beställaren (staten) infördes ett mellanting som benämndes "*leverancearbejde i skrædderfaget*". De olika tillverkningsätten betalades enligt olika prislistor där skrädderi var dyrast, *leverancearbejde i skrædderfaget* avsevärt billigare och konfektion billigast. Arbetsgivarparten och arbetstagarparten tecknade kollektivavtal 1926 där arbetsgivaren godkände att uniformer till stat och kommun skulle betalas som *leverancearbejde i skrædderfaget*.

konkurrenceloven. Båda arbetsgivar- och arbetstagarparten ansågs av Højesteret att genom sitt agerande ha ägnat sig åt sådan näringsverksamhet. Domstolen slog därför fast att kollektivavtalet stred mot den dåvarande danska konkurrenslagen.

Det danska uniforms-fallet, när parterna kommer överens om att låta köparen bekosta en framställningsprocess som var dyrare än vad som stod öppet för andra, utgör ett exempel på en sådan konspiration. Sådant agerande täcks med stor sannolikhet inte av det arbetsrättsliga undantaget i konkurrensreglerna heller i svensk rätt.

9.4 Sammanfattande slutsatser och analys

Vad gäller distinktionen att det endast kan accepteras att antingen bestämmer staten villkoren på en marknad eller så skall det råda effektiv konkurrens kan konstateras att vad gäller de kollektiva försäkringar accepterar EG-domstolen dessa lösningar, eftersom det är medlemsstaten som har beslutat om regleringen. I bemanningsfallen har arbetstagarorganisationen en svag position om de försöker att behålla arbetstillfällena genom att förbjuda arbetsgivarna att anlita arbetskraft med andra kollektivavtal. I fråga om konspiration-fallet omfattas inte detta av det arbetsrättsliga undantaget på grund av att arbetsmarknadens parter då börjar besluta om villkoren på en angränsande varu- och tjänstemarknad.

I jämförelse med hur konkurrensbegränsande offentliga regleringar allmänt hanteras underlättas hanteringen av konkurrensbegränsningar till följd av villkoren på arbetsmarknaden av att det finns ett uttryckligt undantag. Sådant som utgör avtal om lön och anställningsvillkor mellan arbetstagare och arbetsgivare omfattas inte av konkurrenslagens förbud. Ett motsvarande undantag finns i EG-rätten, även om det har uttryckts på ett annorlunda sätt.⁷⁰⁵

Frågan är nu om det går att dra några slutsatser gällande tolkningen av konkurrensbegränsande offentliga regleringar. Det finns skäl att lyfta fram att det arbetsrättsliga undantaget är ett *uttryckligt* undantag, i vart fall i svensk rätt. Det går då att iaktta hur konkurrenslagen får ge vika. Normalt sett föreligger inga tolkningssvårigheter om vad som ingår i undantaget. När tveksamhet ändå uppstår synes domstolarna i allmänhet lägga vikt vid ordalydelsen av undantaget. Vidare finns det stöd för att ett undantag som det arbetsrättsliga inte tolkas extensivt.

⁷⁰⁵ Se sid. 255.

10 Sammanfattande analys

10.1.1 Den förändrade svenska lagstiftningens uteblivna effekter

Förekomsten av konkurrensbegränsande offentliga regleringar har länge betraktats som ett hämmande inslag i den svenska ekonomin. Dessa inskränker konkurrenslagens tillämpningsområde och därmed uteblir de positiva effekter på marknadens funktionssätt som konkurrens kan föra med sig. I den dåvarande Konkurrenskommitténs uppdrag 1989 ingick att undersöka om en ny konkurrenslagstiftning kunde få ett större genomslag på områden där offentliga regleringar gällde.

1993 års konkurrenslag kom att innebära en generell skärpning av lagstiftningen på konkurrensrättens område. Främst märktes skärpningen i införandet av förbudsprincipen och strängare sanktioner vid överträdelse av förbuden. Stadgandet att lagen endast tillämpades mot konkurrensbegränsningar som var från allmän synpunkt otillbörliga fick utgå ur lagtexten. I motiven slogs fast att inga andra hänsyn en rent konkurrenspolitiska skulle tas vid tillämpning av lagen.

Med en sådan ändring är det rimligt att förvänta sig att det skulle ha skett en förändring av rättsläget, men genomgången av Marknadsdomstolens och Konkurrensverkets praxis beträffande konkurrensbegränsande offentliga regleringar visar att så inte är fallet. Rättsläget är i praktiken oförändrat, trots en genomgripande reform av lagstiftningen. Varför har det inte blivit någon skillnad?

Undersökningen visar att en viktig orsak är förarbetsuttalandet om offentliga regleringar.⁷⁰⁶ Trots att missbruksprincipen övergavs till förmån för

⁷⁰⁶ Texten återges här ytterligare en gång: "När riksdagen efter avvägning mellan olika allmänna intressen genom lag beslutat om *offentliga regleringar* som medför konkurrenshämmande verkningar kan däremot den situationen uppkomma att konkurrenslagen inte alls

förbudsprincipen och trots EG-anpassningen av konkurrenslagen, behölls den tidigare motivskrivningen. Detta förarbetsuttalande formulerades emellertid i sin tidigaste version i 1950-talets början. Synen på statens förmåga att rätt reglera det ekonomiska livet var annorlunda då.

Emellertid visar det sig nu att denna kombination av gammalt och nytt inte fungerar. Konkurrensverket har enligt sin instruktion till uppgift att verka för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet och verket skall som central förvaltningsmyndighet tillämpa konkurrenslagen.⁷⁰⁷ Konkurrensverket kan inte göra så mycket än det som redan görs, nämligen att försöka tillämpa konkurrenslagens förbud och undersökningen visar att det sällan eller aldrig finns förutsättningar att tillämpa dessa vid förekomsten av offentliga regleringar. Konkurrensverket har testat gränserna i några fall, men Marknadsdomstolen har inte godtagit Konkurrensverkets argument i mål som MD 1999:1 Södra Skogsägarna eller MD 1998:18 Dagen Gruppen. Det verkar inte vara någon idé för Konkurrensverket att pressa på hos Marknadsdomstolen på områden med konkurrensbegränsande offentliga regleringar.

Konkurrensverket lämnar givetvis i enlighet med sin instruktion förslag till avregleringsåtgärder, uppmärksammar hinder mot en effektiv konkurrens i offentlig verksamhet samt lämnar förslag till åtgärder för att undanröja dessa. Jämfört med det övriga batteri av åtgärder som står Konkurrensverket till buds är dessa mer beskedliga till sin karaktär. Vill lagstiftaren ändra lagstiftningen så att det mer överensstämmer med vad som verkar ha varit intentionerna med 1993 års konkurrenslag, bör övertagandet av ytterligare en artikel i EG-fördraget, nämligen artikel 86 övervägas. Detta skall strax utvecklas.

Något som däremot har minskat effekten av offentliga regleringar är den avreglering av tidigare reglerade branscher som har skett. Detta har ökat konkurrenslagens tillämpningsområde. Tidigare förbud mot etablering på t.ex. postmarknaden och telemarknaden har hävts. Även transportbranscher som flyg- och tågtrafik och taxibranschen har avreglerats och så även banksektorn. Antalet konkurrensbegränsande offentliga regleringar har alltså minskat under senare år. Statliga bolag som SJ, vilket tidigare hade monopol på att bedriva tågtransporter, har fått vidkännas kraftiga konkurrensskadeavgifter när de har överträtt konkurrenslagens förbud.

skall tillämpas. Företagen kan då vara rättsligt förpliktade att handla på ett visst sätt. Konkurrensbegränsande avtal eller avtalsvillkor vilka sålunda inte ger uttryck för den fria partsviljan, utan är en direkt och avsedd effekt av lagstiftningen eller en ofrånkomlig följd av denna, kan således inte angripas med stöd av denna lag." Prop. 1992/93:56, s. 70

⁷⁰⁷ Förordning 1996:353 med instruktion för Konkurrensverket 2, 4 §§.

Hur stort är egentligen problemet med konkurrensbegränsande offentliga regleringar?

När nu en avregleringspolitik har förts inom EU och Sverige i snart två decennier kanske det borde ifrågasättas om konkurrensbegränsande offentliga regleringar fortfarande är ett problem värt att ägna uppmärksamhet. De offentliga regleringar som har framskyttat i undersökningen av Konkurrensverkets beslutspraxis förmår inte riktigt fylla rollen som den svenska ekonomins värsta gissel. Emellertid måste man då komma ihåg att undersökningen inte har gällt samtliga offentliga regleringar utan endast sådana som har blivit föremål för behandling av Konkurrensverket.

De förslag till avregleringar som Konkurrensverket avrapporterar till regeringen ger emellertid inte heller bilden av att konkurrensbegränsande offentliga regleringar är ett alarmerande problem.⁷⁰⁸ Fokus i den svenska debatten verkar ha förskjutits från offentliga regleringars verkningar till krav på konkurrensutsättning av den offentliga sektorn.⁷⁰⁹

Trots den minskade omfattningen av konkurrensbegränsande offentliga regleringar utgör den rättsliga behandlingen av dessa i och för sig en betydelsefull frågeställning. I den rättsliga hanteringen av konkurrensbegränsande offentliga regleringar ryms vad som kan sägas vara den egentliga synen på konkurrens hos lagstiftaren. Att främjandet av konkurrens är en viktig uppgift för staten i en marknadsekonomi står utom all tvivel. Samtidigt har under lång tid konkurrenshämmande regleringar införts utan att effekterna på konkurrensen uppmärksammas i motiven. Rättstillämpningen skulle underlättas av att vikten av en effektiv konkurrens inte enbart understryks i konkurrenspolitiska sammanhang, utan även mer allmänpolitiskt.

Kanske är det här anpassningen till EG-rätten och det svenska EU-medlemskapet kommer att ha sin största effekt. Inte i att EG-fördraget tvingar Sverige att avveckla konkurrensbegränsande offentliga regleringar, utan för att med EG-anpassningen följer synsättet att konkurrensreglerna är fundamentala.

Ibland ges emellertid uttryck för en orealistisk syn på vilka förhållanden på svenska marknader som egentligen utgör konkurrensrättsliga problem. Olika eller snedvridna konkurrensvillkor är inte alltid något som bör eller

⁷⁰⁸ Se till exempel Konkurrensverket rapporter, *Konkurrensen i Sverige 2002*, 2002:4, *Konkurrensen i Sverige under 90-talet - problem och förslag*, 2000:1

⁷⁰⁹ Tillfrågad om vad som varit mest positivt och mest negativt vad gäller utvecklingen på konkurrensområdet 1992–2002 svarar Svenskt Näringslivs VD Göran Tunhammar att han som milstolpar ser det svenska EU-medlemskapet, konkurrensutsättning av offentlig sektor, avreglering av tidigare monopolmarknader och den nya konkurrenslagstiftningen. Som det största konkurrensproblemet anger han den offentliga sektorn, med både utbredda monopol och konkurrenssnedvridande åtgärder (*Konkurrens* nr. 6/2002 s. 3)

kan angripas med konkurrensreglerna. Då offentliga regleringar pekas ut som ett allvarligt problem i svensk ekonomi är det frågan om det inte är de förhållandevis höga sociala avgifterna och skatterna som åsyftas. När svenska företags utländska konkurrenter betalar lägre skatter och avgifter är detta från konkurrenssynpunkt en nackdel för svenska företag. Detta ligger emellertid utanför det område som konkurrensreglerna avser att reglera. Konkurrensreglerna – både de inhemska och de EG-rättsliga – har inte till syfte att utplåna alla skillnader i konkurrensvillkor. Istället syftar konkurrensreglerna till att främja konkurrens genom att förbjuda vissa skadliga beteenden. När det idag framförs argument om att svensk ekonomi hämmas av förekomsten av offentliga regleringar finns skäl att ställa frågan vilka regleringar det är som avses.

10.1.2 Erfarenheterna från andra rättsordningar

Amerikansk rätt

Från de andra rättsordningar som undersökts kan hämtas erfarenheter som är av intresse även för svensk rätt. I amerikansk rätt är det värt att notera att the U.S. Supreme Court's rättstillämpning underlättas av att kongressen har tagit tydlig ställning för konkurrens. I Sherman Act och övrig konkurrenslagstiftning uttrycks ett ideologiskt ställningstagande för konkurrens. Konkurrens utgör huvudregeln och det märks en tydlig skepsis mot inskränkningar i konkurrensreglernas tillämpningsområde. Konkurrensreglerna däremot sägs utgöra den fria företagsamhetens Magna Carta. I amerikansk rätt har man på så sätt satt ord på konkurrensreglernas rättspolitiska sammanhang.

Den försiktighet som Supreme Court ändå visar gentemot delstatliga regleringar beror i första hand på hänsyn till delstaternas ställning i det amerikanska federala systemet. Därför kan helheten i den amerikanska state action-doktrinen knappast utgöra något argument vare sig i den ena eller andra riktningen utanför amerikansk rätt. State action-doktrinen möjliggör en formell kontroll från en federal domstols sida att en delstatlig konkurrensbegränsande reglering är ett uttryck för en klar och tydlig policy och att regleringens tillämpning övervakas i första hand av delstaten själv. Vad denna konkurrensbegränsande policy egentligen innebär överprövas inte.

De betingelser som finns i amerikansk rätt finns emellertid inte i EG-rätten. Den federala rättsordningen kan nu räkna långt över 100 år av samförstånd åtminstone om de grundläggande dragen, t.ex. att den amerikanska marknaden skall vara gemensam. EU är fortfarande en relativt ny samman-

slutning av självmedvetna nationalstater. I USA har federationen av olika skäl ifrågasatts så kraftigt att det en gång utbröt ett inbördeskrig.

I de fall hänsyn *inte* måste tas till maktbalansen inom den amerikanska federationen kan den amerikanska erfarenheten mer allmänt motivera hur kollisioner mellan konkurrensreglerna och konkurrensbegränsande offentliga regleringar skall hanteras. Undersökningen visar att Supreme Court har ett restriktivt förhållningssätt gentemot konkurrensbegränsande regleringar, både federala och delstatliga sådana.

EG-rätten

En följd av EU-medlemskapet är att det som sägs i motiven till den svenska konkurrenslagen inte längre uttrycker gällande rätt i alla lägen. Även om en konkurrensbegränsande effekt av en offentlig reglering är direkt och förutsedd, kan det vara otillåtet för Sverige att införa eller vidmakthålla vissa regleringar i de fall EG-rätten är tillämplig. Detta kan inträffa då ett företag har erhållit en exklusiv rättighet att utföra en viss ekonomisk aktivitet och det är uppenbart att företaget inte förmår att tillfredsställa efterfrågan på marknaden (*Höfnerfallet*). Det skall inte påstås att en sådan situation är särskilt vanlig, men det är olyckligt att förarbetena till den svenska konkurrenslagen utsäger något som inte är korrekt.

Den direkt begränsande verkan som EG-fördragets regler har för Sveriges möjligheter att utfärda konkurrensbegränsande offentliga regleringar är marginell, bortsett från kommissionens befogenheter att avreglera public utilities-marknader. På grundval av artikel 86.3 kan kommissionen besluta att regelreformera marknader som tidigare har utgjort nationella monopol för t.ex. post, telekommunikation och energiförsörjningen. Kommissionens arbete utgör ett led i skapandet av en gemensam marknad även för dessa sektorer.

I övrigt gäller undantaget i artikel 86.2 att verksamheter som rymmer ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse inte omfattas av EG-fördragets regler. Detta möjliggör en materiell prövning av konflikten mellan konkurrensintresset och det motstående intresset, antingen hos EG-domstolen eller hos den nationella domstolen. Upphovspersonerna till EG-fördraget måste sägas ha från första början skapat en bra lösning. All ekonomisk aktivitet, både privat och offentlig, omfattas av konkurrensreglerna. I den utsträckning en verksamhet (privat eller offentlig) motiveras av ett allmänt ekonomiskt intresse undantas den emellertid från en konkurrensrättslig prövning. Vad som egentligen utgör ett allmänt ekonomiskt intresse kan variera i någon utsträckning från medlemsstat till medlemsstat, men i grunden ser problemen ungefär likadana ut. Samhällets infrastruktur måste tillgodoses,

medborgarna måste utbildas, pensionärer, sjuka och funktionshindrade måste försörjas.

EG-rätten hindrar inte medlemsstaterna från att införa konkurrensbegränsande regleringar med samma verkan som ett konkurrensbegränsande avtal, t.ex. en prisreglering. Medlemsstaten får däremot inte delegera beslutsfattandet på det ekonomiska området till privata aktörer och detta är ett absolut förbud. Det har föreslagits att EG-domstolens praxis skall ses som en kompetensfördelningsnorm och att rättsläget innebär att EG-domstolen inte lägger sig i konkurrensbegränsande offentliga regleringar utfärdade av medlemsstaterna. I *Aubermålet*, ett av de sällsynta fall då EG-domstolen slog ned på en konkurrensbegränsande offentlig reglering var ju problemet att Frankrike utifrån ett nationellt egenintresse ville förhindra ett priskrig på prestigeprodukten konjak. EG-domstolens avgörande i detta fall talar mot uppfattningen att EG-domstolen skulle ha utvecklat en stateactiondoktrin med immunitet för statliga konkurrensbegränsningar. Artikel 3.1.g, 10 och 81 behöver sammantagna inte ses som en kompetensfördelningsnorm angående frågan om det är medlemsstaten eller EG som har rätt att reglera ett visst förhållande. Istället kanske kan framhåvas att EG-rätten inte inkräktar på medlemsstaternas rätt att utifrån ett allmänintresse reglera olika förhållanden, men detta allmänintresse kan inte få vara en medlemsstats finansiella egenintresse på andra medlemsstats bekostnad?

Tankarna inom ordoliberalismen rymmer en del av förklaringen till varför EG-fördragets konkurrensregler har fått den utformning som de har. Efter att EG-fördraget trädde i kraft har EG-domstolen på egen hand formulerat den specifikt EG-rättsliga synen på konkurrensreglerna. Av EG-fördraget framgår att regler som upprättar den inre marknaden och bidrar till dess funktion som en enhetlig marknad utan gränser är av synnerlig vikt. EG-domstolen har inte haft något problem med att slå fast att förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 81 tillhör grunderna för rättsordningen. Ett sådant ställningstagande hade inte varit lika självklart för en svensk domstol före 1993. Med EG-domstolens syn är konkurrensreglerna av grundläggande karaktär och det finns skäl att överta detta synsätt i svensk rätt.

Dansk rätt

Det nuvarande danska och svenska rättsläget liknar fortfarande varandra på konkurrensrättens område. I dansk rätt står det uttryckt direkt i konkurrenslagen att lagen inte är tillämplig på konkurrensbegränsningar som är direkta och nödvändiga följder av en offentlig reglering. Hänsyn till begränsningar till följd av EG-rätten kommer inte till uttryck i den danska konkur-

renslagen. Liksom i svensk rätt är tillämpningen av konkurrenslagens förbud inriktad på en formell prövning. Utgör något en direkt och nödvändig följd tillämpas inte konkurrenslagen. Är så inte fallet begränsas inte konkurrenslagens tillämpning. Huruvida den offentliga regleringen uttrycker ett viktigt allmänintresse som bör gå före det likaledes viktiga allmänintresset konkurreras inte provas inte.

De nackdelar som är förknippade med ett sådant stadgande undviks inte genom att stadgandet förs in direkt i lagtexten. Det finns därför knappast skäl att i Sverige ta över den danska lösningen på denna punkt. Den danska lösningen är faktiskt striktare än den svenska, eftersom det står att konkurrenslagen inte tillämpas. Svenska förarbeten utsäger att det *kan* hända att konkurrenslagen inte skall tillämpas.

10.1.3 Rådande rättsläge

Med utgångspunkt i det rådande rättsläget återstår nu att besvara hur sådana kollisioner bör hanteras i rättstillämpningen. Först skall sägas att det är en god lösning att göra som Konkurrensverket redan gör, nämligen att i första hand granska den konkurrensbegränsande offentliga regleringen kritiskt för att se om det verkligen föreligger en konflikt med konkurrenslagens förbud. Vid denna tolkningsprocess bör konkurrensbegränsande offentliga regleringar generellt tolkas restriktivt. Skälen för detta är följande:

1. Det är rimligt att utgå från att det som huvudregel skall råda konkurrens på marknader i en marknadsekonomi.
2. Önskar lagstiftaren begränsa konkurrenslagens räckvidd är det en rimlig utgångspunkt att den konkurrensbegränsande regleringen och dess följder för konkurrensen skall vara beaktad och klart och tydligt uttryckt och hänsyn har tagits till de gränser som EG-rätten ställer upp.
3. Är effekterna för konkurrensen inte övervägd, kan man vid rättstillämpningen utgå från att någon inskränkning av konkurrenslagens tillämpningsområde inte har varit avsedd.
4. Även tolkning av vad som måste anses vara en nödvändig konkurrensbegränsande följd av en offentlig reglering kan ske restriktivt i förhållande till den konkurrensbegränsande regleringen.

Ett restriktivt förhållningssätt till konkurrensbegränsande offentliga regleringar har stöd i Konkurrensverkets och Marknadsdomstolens nuvarande praxis. De konflikter mellan arbetsrätt och konkurrensrätt som finns i svensk rättspraxis ger också stöd för att undantaget i 2§ konkurrenslagen

tolkas restriktivt. Det är en rationell lösning att undantag till klart etablerade huvudregler alltid tolkas restriktivt.

Vidare bör konkurrens ges så stort genomslag som möjligt även inom ramen för en beslutad konkurrensbegränsande offentlig reglering. Ett sådant förhållningssätt förekommer både hos Supreme Court och EG-domstolen och en sådan inställning finns företrädd även i dansk och svensk rätt.⁷¹⁰

Ett förhållningssätt som däremot starkt kan ifrågasättas är det generella betraktandet av konkurrensbegränsande offentliga regleringar som specialregler i förhållande till konkurrenslagen. Hanteringsregeln *lex specialis* i konkurrensrätten bör reserveras för de fall där lagstiftaren klart ut sagt att en viss regel är en specialregel till just konkurrenslagen.⁷¹¹ Situationer där konkurrenslagen sätts åt sidan till förmån för andra rättsregler kan uppkomma på regelreformerade marknader.

I det fall kollisionen mellan konkurrenslagens förbud och en konkurrensbegränsande offentlig reglering inte tolkningsvis kan åsidosättas återstår endast att prioritera mellan bestämmelserna. I de fall en konkurrensbegränsning är en direkt och avsedd effekt av en konkurrensbegränsande offentlig reglering bör konkurrenslagen ge vika. Det går inte att begära att Konkursverket eller Marknadsdomstolen skall börja tolka rättsläget *contra legem*.

Uppmärksamhet bör emellertid fästas vid att det i förarbetsuttalandet står att det "kan" hända att konkurrenslagens förbud inte skall tillämpas. I det fall Konkursverket konfronteras med en konkurrensbegränsande effekt av en offentlig reglering, som verkar oförutsedd och utan motivering och mot denna ställs det välmotiverade intresset av en effektiv konkurrens är det möjligt för Marknadsdomstolen att våga språnget. Det går ju faktiskt att prioritera konkurrenslagens förbud före en konkurrensbegränsande offentlig reglering. Det som står i förarbetena uttrycker ju även att det *kan* hända att den konkurrensbegränsande offentliga regleringen inte skall tillämpas. Ett sådant agerande från Marknadsdomstolens sida vore att dra de rättsliga konsekvenserna av det samhällsekonomiska systemet.

Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal är en kopia av EG-fördragets artikel 81. Om EG-domstolen säger att artikel 81 utgör *ordre public*, gäller då samma sak för 6 § KL? Ett argument varför det inte skulle vara så är ju de många olikheter som föreligger mellan EU och Sverige. Emellertid är ju konsekvensen av *Eco Swiss-målet* att en nationell domstol skall uppfatta artikel 81 som *ordre public* i mål där EG-rätten är tillämplig. Det verkar olo-

⁷¹⁰ Se Hovenkamp, 1999, s. 702, Levinsen, 2001, s. 59

⁷¹¹ Ibland får man intrycket att *lex specialis* upplevs som en allmän rättsprincip. Så är ju inte fallet. *Lex specialis* är tillsammans med andra prioritetsregler en juridisk hanteringsregel, ingen allmän rättsprincip.

giskt att något annat skulle gälla för interna förhållanden, när nu den nationella regeln är exakt likadan. Likheter mellan funktionen av artikel 81 och 6 § KL stora och väl värda att beakta. I både Sverige och EU finns konkurrensregler baserade på förbudsprincipen. Även Sverige utgör en enhetlig marknad.⁷¹² Den svenska konkurrenslagens förbud är ett utflöde av den EG-rättsliga regleringen av förbud mot konkurrensbegränsande avtal. Materiell rättslikhet skall råda mellan tolkningen av den svenska konkurrenslagen och EG-domstolens praxis. Detta möjliggör slutsatsen att om EG-domstolen säger att artikel 81 utgör *ordre public*, utgör även 6 § konkurrenslagen *ordre public*.⁷¹³

Av EG-rätten kan vi lära att den samhällsekonomiska ordningens gestaltning har betydelse för konkurrenslagstiftningen. När den svenska lagstiftaren valde att införliva två förbudsparagrafer av grundläggande karaktär från EG-fördraget tillsammans med en tydligt uttryckt önskan om materiell rättslikhet, stannar EG-rättens "input" inte bara vid två kopierade paragrafer. Med paragraferna 6 och 19 har även följt EG-domstolens principiella synsätt på konkurrensreglernas betydelse, i vart fall i den utsträckning det inte framgår av svenska rättskällor att något annat skall gälla. Den svenska konkurrensrätten borde därför kunna fyllas på med den EG-rättsliga konkurrensrättens principiella innehåll.

Kanske är det dags att uppgradera konkurrensens egenvärde. Konkurrenslagen är inte en lag bland andra. Inte heller en grundlag eller den viktigaste lagen i rättsordningen, men väl en oerhört väsentlig lag för det ekonomiska livets effektiva funktionssätt. Det är i en väl fungerande ekonomi som den svenska befolkningens materiella trygghet vilar.

10.1.4 De lege ferenda

Det är inte att förvänta att alla frågor som är föremål för övervägande i en statlig utredning också leder till en förändrad lagstiftning. När konkurrenskommitténs förslag i SOU 1991:59 lades åt sidan, blev övertagandet av EG-

⁷¹² Tiderna då Norrtull i Stockholm hade funktion av att verkligen vara en tull är sedan länge förbi och dess återkomst önskar ingen.

⁷¹³ Jämför dock Wahls diskussion i anslutning till rättsfallet C-28/95 Leur-Bloem mot Inspecteur der Belastingdienst, den beslätade frågeställningen huruvida EG-domstolen skulle kunna tolka konkurrenslagen p.g.a. den nära kopplingen till EG-rätten. Wahl nämner flera skäl mot att detta skulle vara möjligt, bland annat att även förarbetena betonar att det föreligger skillnader mellan EG-rätten och den svenska konkurrenslagen och att de respektive rättsakterna verkar på olika marknader. Wahls resonemang gäller den ganska extrema situationen att EG-domstolen tolkar nationell rätt. Frågan om 6 § KL utgör *ordre public* gäller om vi i Sverige skall ta över EG-domstolens synsätt på en fråga där den svenska rättspolitiska diskussionen har varit utvecklad.

fördragets konkurrensartiklar 81 och 82 tillsammans med den administrativa modellen med dåvarande rådsförordning 17/62 som modell den stora frågan som kom att överskugga allt annat.⁷¹⁴ Hanteringen av offentliga regleringar kom i skymundan. Även om resonemangen kring konkurrensbegränsande offentliga regleringar var mer utförliga i SOU 1991:59 är det dock inget som säger att en lagstiftning grundad på det betänkandet hade varit att föredra eller att det på något sätt var en dålig lösning att anpassa den svenska konkurrenslagen efter EG-fördragets regler.

Emellertid har det kvarblivande resultatet av övertagandet av EG-fördragets konkurrensregler blivit att det nu i konkurrenslagen enbart finns två förbud mot företags konkurrensbegränsande beteende, tillsammans med förvärvsreglerna. För hanteringen av konkurrensbegränsande offentliga regleringar finns ingen lagregel alls. Inte heller kan några materiellt viktiga avgöranden från EG-domstolen till ledning för den svenska rättstillämpningen väntas. I de fall EG-domstolen behandlar frågor rörande konkurrensbegränsande offentliga regleringar är artiklar som 3.1.g, 10 och 86 också inblandade och dessa har inte någon motsvarighet i svensk rätt. Rättsläget i Sverige beträffande konkurrensbegränsande offentliga regleringar får sägas ha blivit mindre klart och detta var nog inte lagstiftarens avsikt.

En reform att överväga i svensk rätt vore att kopiera även artikel 86. De stycken i denna paragraf som bör komma i fråga är andra stycket och möjligen första stycket.⁷¹⁵ I så fall skulle det direkt av konkurrenslagen framgå att verksamhet som är motiverad av ett allmänt ekonomiskt intresse inte omfattas av konkurrenslagens förbud.

Det främsta skälet till varför detta vore en god lösning är att ett sådant undantag är direkt inriktat på att undanta viktig verksamhet som måste kunna bedrivas i ett samhälle utan hänsyn till påverkan på konkurrensen. Ett sådant undantag är särskilt nödvändigt då offentlig verksamhet konkurrensrättsligt anses utgöra antingen utövande av offentlig makt eller ekonomisk verksamhet.

Med en motsvarighet till artikel 86.2 skulle prövningen av lagkollisioner mellan konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar kunna omfatta en materiell bedömning av vilka konkurrensbegränsningar som är motiverade från ett allmänt ekonomiskt intresse. Marknadsdomstolen skulle ytterst göra dessa avvägningar. Betydelsen av formella frågor, t.ex. huruvida en konkurrensbegränsning är en direkt och nödvändig följd

⁷¹⁴ Denna förordning har nyligen ersatts av förordning 1/2003.

⁷¹⁵ Det första stycket skulle dock behöva redigeras språkligt. Det tredje kan dock inte komma ifråga då Konkurrensverket med EU-kommissionens befogenheter enligt artikel 86.3 skulle förvandlas till något annat än en central förvaltningsmyndighet under regeringen.

av en offentlig reglering eller om den utgör en kommunal åtgärd inom ramen för den kommunala självstyrelsen skulle inte längre vara avgörande.

En annan reform vore att skriva in i grundlagen att Sverige är en socialt inriktad marknadsekonomi.⁷¹⁶ Detta skulle kunna ha en signalverkan för hela det svenska samhället och även för rättstillämpningen på alla nivåer. Det finns emellertid skäl som talar mot att nu genomföra en sådan reform. Det är viktigt att ett lands grundlag har ett inklusivt språk. En relativt stor grupp i samhället skulle kunna känna sig uteslutna av en skrivning om marknadsekonomin och detta vore inte bra för samhällsutvecklingen.

Man bör emellertid beakta den förändring av den politisk-ekonomiska kartan som östblockets sammanbrott medför. Före Berlinmurens fall 1989 fanns det i Sveriges omedelbara geografiska närhet länder med en annan ekonomisk ordning än marknadsekonomin. De som önskade en annat ekonomiskt system kunde hänvisa till dessa. Inom några år kommer emellertid de flesta av de tidigare öststaterna att bli medlemmar i EU. I majoriteten av Europas länder kommer marknadsekonomiska system att råda. Länder med planekonomi finns däremot långt borta och länder som Kina (som på sitt eget sätt närmar sig marknadsekonomin) och Nordkorea inbjuder inte till samhörighetskänslor. Det får därför gärna dröja till 2010-talet innan frågan om uttryckandet av den ekonomiska ordningen i grundlagen tas upp. Då alla Sveriges närmaste grannländer är marknadsekonomier kan acceptansen av detta grundläggande ekonomiska system öka. Skillnader i politisk uppfattning kan sedan uttryckas i hur "socialt" systemet skall vara.

Ny missbruksbestämmelse i konkurrenslagen?

Det kommande lagförslaget om ny missbruksbestämmelse i konkurrenslagen tar sikte på säkerställandet av lika villkor för privat och offentlig verksamhet och detta är i och för sig ett vällovligt syfte. Det finns emellertid flera nackdelar med förslaget i dess nuvarande utformning. Den första är den breda definitionen av offentlig säljverksamhet. Denna verkar inte ta hänsyn till att det finns verksamhet i samhället som utgör ett allmänt ekonomiskt intresse. Därutöver skulle de två grundläggande principerna för konkurrenslagen, förbudsprincipen och den materiella rättslikheten med EG-rätten,

⁷¹⁶ Bogdan förde fram denna tanke i en artikel 1988. Emellertid ansåg han det vara diskutabelt huruvida det var önskvärt med ett uttryckligt stadgande om marknadsekonomi som huvudsaklig grund för det Sveriges ekonomiska system. Han ansåg ett starkare skrivning av skyddet för äganderätten vara mer angelägen (en sådan reform ägde rum 1994). Bogdan, Grundlagsskyddet för äganderätten, FT 1988, s. 75–94, 76–77. Några år senare (fortfarande före ändringen i RF 1994) påpekade Bogdan att det konstitutionella skyddet för marknadsekonomin i Sverige var svagt, se Bogdan, Market Economy and Swedish Constitutional Law, i festskrift tillägnad Håkan Strömberg, 1992, s. 3–13, s. 12

försvagas kraftigt om förslaget genomförs. Vad effekterna för tolkningen av konkurrenslagen skulle bli av en sådan lagreform är osäkert, men det kan knappast innebära en förändring till det bättre.

10.1.5 Några ord om en annan problematik – marknadslösningar i offentlig sektor

I avhandlingen har diskuterats problem i samband med att konkurrensbegränsande offentliga regleringar bryter in och stör mönstret på olika marknader. Det finns en annan problematik som har accentuerats i Sverige sedan början av 1990-talet – konsekvenserna av marknadslösningar i offentlig sektor. Det verkar finnas en tro att konkurrens kan lösa effektivitetsproblem i offentlig sektor, utan att för den skull medföra några nackdelar. Det går emellertid inte att på politisk väg skapa konkurrens, det går endast att skapa *förutsättningar* för konkurrens. När förutsättningarna för konkurrens är dåliga eller helt frånvarande, men det ändå införs marknadsliknande former för den ekonomiska styrningen, kan det förväntas att kostsamma bieffekter uppstår.⁷¹⁷

Regleringar skall naturligtvis inte idealiseras. Mot ett marknadsmisslyckande kan alltid en perfekt avvägd reglering ställas och man får aldrig bortse från den uteblivna dynamik som följer av regleringar. Samtidigt är det inte heller att förvänta sig att konkurrens har en god styrningsförmåga då förutsättningarna för konkurrens är mindre goda. Ett av Sveriges största problem är ju att det på varje marknad finns få och stora aktörer som tillsammans kontrollerar ca 80 % av varje marknad.⁷¹⁸ En konkurrensutsättning som leder till att den offentliga aktören ersätts med 2-3 privata aktörer kan inte förväntas ha annat än övergångsvis positiva effekter för den ekonomiska effektiviteten och de offentliga utgifterna. Därför bör politiker inte medverka till att konkurrenslösningar införs på marknader där förutsättningarna för

⁷¹⁷ Inom en förvaltning styrs verksamheten med kommando. Finns det politiska kvalitetsmål och andra mål för verksamheten skall förvaltningen tillse att målen realiserar. Om entreprenören istället är privat måste alla krav istället föras in i ett civilrättsligt avtal. Skall innehållet i verksamheten ändras krävs omförhandling av avtalet. Om snöröjningen i Stockholm sköts av en offentlig förvaltning och det snöar ovanligt mycket ger man gatukontoret i uppgift att få bort snön. Om snöröjningen är utlagd på entreprenad kan det hända att man i avtalet skrivit att gatorna skall skottas, men glömt att skriva att snön också skulle forslas bort permanent. I det här fallet är förvaltningslösningen mer dynamisk (en kommunal förvaltning sköter alla uppkomna uppgifter inom sitt område), medan kontraktslösningen är statisk efter att avtalet har slutits (villkoren gäller tills avtalet sägs upp).

⁷¹⁸ Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag, Konkurrensverkets rapportserie 2000:1 (huvuddel), s. 402

konkurrens är obefintliga eller där själva regelreformeringsen är så kostsam att de positiva effekterna av en effektiv resursallokering äts upp av kontroll, utvärderings- och förvaltningskostnader. Ett sådant förfarande riskerar att generellt minska tilltron till konkurrens som styrmedel.

The Swedish Competition Act and Anti-Competitive Regulations

Introduction

The Swedish Competition Act (Konkurrenslagen 1993:20) was enacted in 1993. Its development from a governmental suggestion to reform the previous Competition Act from 1982, through the work of various committees and, finally, to the stage of being a proposition to be decided upon by the Swedish Parliament, was unusual. Instead of modelling the new Competition Act on the previous one, the Swedish Parliament accepted to enact a competition law based on the competition rules of the European Community and this even before 1995 when Sweden became a member of the European Union.

The rationale behind the reform of the competition legislation in Sweden was the consideration that competition did not work well enough on Swedish markets. One of the main reasons for this was thought to be the existence of many regulations, which had a negative impact on competition. The investigations made by the Competition Committee (Konkurrensskommittén, Dir.1989:12, SOU 1991:59) confirmed that the existence of regulations seemed to hamper competition and thereby also the Swedish economy. One of the tasks of the committee was to find out if the competition legislation to a greater extent could be applied to regulated sectors of the Swedish economy.

The solution of the problem was thought to reside in the adjustment of the Swedish competition legislation to the rules of the European Community

(EC). The EC competition rules are more strict and prohibit cartel agreements as well as the abuse of a dominant position, whereas the Swedish Competition Act of 1982, just like the previous one from 1953, was based on the "abuse" principle, which was regarded as less effective.

This being the circumstances behind the reform of the Competition Act of 1993 raises the question whether the new Act has met the expectations. Can the prohibitions of the Competition Act to a greater extent than the previous Swedish legislation, and now also in view of Sweden being a member of the European Union, be applied to competition impediments in connection with regulations?

Like most Western European countries Sweden has since the 1980's deregulated markets like post, telecom, air transport, taxi, the banking sector etc. Deregulation is of course one helpful way to increase competition in the economy. All regulations can and should however not be abandoned. The reasons for this are firstly the existence of market failures. In some markets the conditions needed for the development of competition are missing. This makes public intervention in the market necessary. Secondly, even if competition is the best method to achieve economic efficiency, this is not all that matters in a market economy. For social reasons the legislator might want to enact regulations that impedes competition.

Different kinds of regulatory regimes will continue to be a part of the market and of the legal system. Even with this as a starting point, it is often possible to scrutinise regulations, totally or partially. There is however a fundamental problem. The competition legislation is normally directed to the actions of undertakings. This means that if anti-competitive regulations are to be scrutinised, it is hard to find a legal tool that exactly matches the problem.

An important restriction must nevertheless be made. A conflict arises only when the regulations stipulate something which at the same time is prohibited by the competition legislation, in our case the Swedish Competition Act. This would be the case for instance when the regulation stipulates resale price maintenance, which is prohibited according to § 6 of Law 1993:20. Another form of an anti-competitive regulation is when an undertaking can benefit from a legal monopoly. This is however not prohibited by the Law 1993:20 as § 19 only prohibits the abuse of a dominant position, not the existence of such a position. There can still be an indirect conflict as there can be a close connection between the regulation and the performance of the undertaking. Since 1995, when Sweden became a member of the European Union, such exclusive rights granted to an undertaking must also be in accordance with the EC Treaty. But conflicts between the competition

legislation and another legislative act do not occur only because the latter has a negative effect on competition.

From a legal point of view the Swedish Competition Act of 1993 exists together with different kinds of regulations which impedes competition and these legal rules are applicable at the same time. How is this legal conflict to be solved? The aim of this study is to find an answer to this question and to evaluate the solution.

The importance of the economic order

In chapter 2 the importance of the economic order for the legal order is discussed. It is suggested that the characteristics of the economic order, i.e. the market economy system which exists in Sweden and other Member States of the European Union, could be used as an argument in a legal discussion. It is presumably rare that this is necessary, but in the case of conflicts between competition law prohibitions and anti-competitive regulations it might be unavoidable. The issue of the importance of the economic system from a legal point of view has been discussed in Economics, Economic History and especially within an important paradigm in German law called the Freiburg school, or ordoliberalism. The latter, which is quite unknown in Sweden, is described and a comparison between the findings of this school and the present situation in Swedish Law is made. However, the discussion in chapter 2 is of a general nature. No conclusions can be made considering the legal situation without studying the present legal situation using the traditional legal method. This is done in the chapters 3–9.

Experiences from the non-Swedish Legal Orders

The Law of the United States of America

The Law of the United States of America is discussed in chapter 3. It is suggested that the anti-trust rules in the US operate in a pro-competitive context. The approval of the Sherman Act in 1890 is an important contribution to this. The Sherman Act is regarded by the Supreme Court as the Magna Carta of free enterprise, which indicates that the anti-trust rules are of great importance or, in other words, that the anti-trust rules are of high rank.

However, the sensitivity towards federalism is also considerable. Anti-competitive State regulations are in the US treated in accordance with the State Action doctrine. According to this doctrine, State regulations are im-

munised from the Sherman Act if the challenged activity is authorised by a clearly articulated State policy, which is actively supervised by an appropriate government agency.

The stand of American law is therefore positive towards competition, but also respectful on the position of the States within the federal system. The latter, however diminishes the possibilities to use conclusions following the American experience. The theoretically wide discretion that the States have under the State Action doctrine to enact anti-competitive regulations must be seen in the light of federalism. The State Action doctrine is an interesting phenomenon, but it is suggested that it cannot be used as an argument for how an equivalent problem should be dealt with under EC law.

The application by the Supreme Court of the State Action doctrine has as its result that state regulations are exempt from the Sherman Act. When the State Action exemption does not apply, the Supreme Court seems to have a restrictive approach towards regulations. The Supreme Court has stated that the anti-trust laws shall be construed liberally and exceptions from their applications shall be construed narrowly. This indicates that the Supreme Court's attitude towards regulations is restrictive but that due respect is shown towards the political choices of the different States to regulate their own matters.

European Community Law

In two chapters European Community law is examined. In chapter 4, "Market Economy Foundations in European Community Law", the structure of the EC Treaty and the attitude from the European Court of Justice towards the competition rules is discussed. It is proposed that the EC Treaty has a primarily market economy oriented structure and that the ECJ considers the competition rules to be of a fundamental nature.

Article 86 and the most important cases in connection with it are dealt with in chapter 5 "European Community Law" together with another set of cases relating to Articles 3.1.g, 10 and 81. The aim of these two chapters is to describe the EC Law as it stands today on the issue of anti-competitive regulations of the Member States, in particular what effect the case law of the ECJ might have for Swedish Law.

It is proposed that one effect of EC Law is that the statement of the proposition 1992/93:56 p. 70 (cited below) can no longer be regarded as true in all situations. This follows already from the case C-41/90 Höfner v. Macrotron. If the Swedish Parliament would enact a law providing an exclusive right to perform all employment procurement activities to one undertaking, it would be contrary to the EC Treaty, as the undertaking,

whether public or private, would be manifestly incapable of satisfying the demand on the market. According to Swedish Law, as it is expressed in the preparatory works of the Swedish Competition Act 1993:20, such an exclusive right would on the contrary be legal, if this right was the direct and necessary consequence of an Act of law. It is not satisfactory that a statement in the proposition text, which has been used as the legal basis by the Swedish Competition Authority in more than 200 decisions, does not entirely express the law as it must be interpreted today, after the Swedish Membership in the EU.

However, apart from the Commission's power to deregulate markets on the basis of Article 86.3, the limiting effect which the Competition Rules of the Treaty have on Swedish regulations is rather small. Swedish anti-competitive regulations can be scrutinised under the combination of Articles 3.1.g, 10 and 81. It is not possible neither for Sweden nor for the other Member States to have a legislation that favours the adoption of agreements, decisions or concerted practices contrary to Article 81; nor is it possible to reinforce such agreements. Furthermore Sweden cannot deprive its legislation of its official character by delegating to private traders the responsibility for taking decisions affecting the economic sphere. Such legislation is probably not frequent within the Swedish legal system.

It has been suggested that the case law of the ECJ regarding article 3.1.g, 10 and 81 contains a competence criterion. In the case 136/86 *BNIC v. Aubert* the national regulation fell, however, foul of the Treaty Rules. The reason behind that particular regulation seems to have been a purely national economic interest to the disadvantage of the other Member States. If this one case resulted in a "break-through" of EC Law, the rulings of the ECJ can perhaps not be taken as a general criterion of how the competence to regulate markets is divided between the EC and the Member States.

It follows directly from the EC Treaty that Sweden and other Member States may not enact or maintain in force any measure contrary to the rules in the EC Treaty in the case of public undertakings and undertakings to which Member States grant special or exclusive rights. Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly are subject to the rules contained in the EC Treaty in so far as the application of such rules do not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them.

The solution in the EC Treaty is different from the equivalent State Action doctrine in the US Federal Law. That doctrine is primarily a formal test that the questioned measure is truly an intended Act of State. In EC Law the Member States should not deviate from the Treaty Rules, but this can how-

ever still be possible in the case of undertakings being entrusted with the operation of services of a general economic interest. Whether such an activity *really* is of a general economic nature can be scrutinised by a national court, either by asking for a preliminary ruling from the ECJ or by applying Article 86.2 EC directly (provided that EC Law is at all applicable). The EC solution means that a national court has the possibility to look into the substance of the regulation and to ask if the rationale behind really is a matter of a general economic interest.

In practice this means that Sweden may not put public undertakings in a better situation than private ones. Activities that are of a general economic interest, e.g. lower level education, health care for the whole population, providing pensions to the sick and elderly, can however be taken care of by a public undertaking, without regard to the competition rules, if this would obstruct their task. Since it is impossible for the State to satisfy all of the demand in these different areas, it is unlikely that a legal monopoly on any general economic interest area could be upheld. Private actors or actors from other Member States must be allowed.

Danish Law

The present legal situations in Denmark and Sweden respectively are quite similar. In the Danish Law it is explicitly stated that the Danish Competition Act does not apply to hindrance of competition which is a direct and necessary consequence of public regulation. As in Swedish Law it is possible to scrutinise an anti-competitive regulation from a formal point of view. This means that in most cases the regulation will prevail.

For the present, the Danish Competition Act is stricter than its Swedish equivalent. In Danish Law it is stated that the Competition Act *should not* be applied when hindrance of competition appears as a direct and necessary consequence of a regulation. In Swedish Law the preparatory works say that it *can happen* that the Competition Act should not be applied. The disadvantages which have been found in Swedish Law with such a statement in the preparatory works cannot be avoided by placing that statement directly into the Competition Act itself. If a law reform would be considered in Sweden in the future, there seems to be little reason for Sweden to take over the Danish solution.

The New Legislation's Lack of Effect

The law reform resulting in the Swedish Competition Act law of 1993 was intended to improve the competitive situation on Swedish markets. The in-

tention behind the decision to pass a competition legislation with Article 81 and 82 of the EC Treaty as prototypes and also to use the EU-Commission as a role model for the Swedish Competition Authority (Konkurrensverket) with all the consequences for the handling of alleged violations of the Competition Act, was to enhance competition. One of the aspirations of the governmental decision in 1989 to start to investigate how the Competition Act could be reformed, was to enact a Competition Act which could be used in a better way against the negative effects of regulations in the Swedish economy.

The competition law reform of 1993 has been successful in so far as that the Law 1993:20 is more rigorous than its predecessor. This can be observed especially in the case of changing the underlying principle from the “abuse” principle to the “prohibition” principle and that the Swedish Competition Authority has been entrusted with more powerful means to enforce the Competition Act. To improve the reach of the Competition Act of 1993, the passage from the former law from 1982 that the Competition Act was only to be applicable in the case of competition impediments that were inappropriate from a *general public point* of view, was abandoned.

With such a substantial legal reform a change in the way that regulations are handled should be expected. This study shows, however, that there has been practically no change in the legal situation at all. Why is this so?

An important reason is that the law reform meant a complete change of the structure and the principles underlying the Swedish competition legislation. A statement regarding regulations was kept in the important preparatory works, although it had its roots in the former abuse principle and was formulated for the first time in the beginning of the 1950’s.

This statement can be translated into English as follows:

“When, after having considered different public interests, the Swedish Parliament through an Act of law has decided upon public regulations which have as their effect a restriction of competition, the situation can arise that the Competition Act should not at all be applied. The undertakings can be obligated to act in a certain way. Anti-competitive agreements or terms of agreements which thus do not express the parties’ free will, but instead are a direct and intended effect of Acts of law or an inevitable effect, can not be condemned according to this law (proposition 1992/93:56, p.70)”

The Swedish Competition Authority has as one of its tasks to support a workable competition in the public and private sector of the economy. Its task is also to enforce §§ 6 and 19 of the Competition Act. In the case of regulations the Authority can hardly do more than it is already doing. The prohibitions of the Law 1993:20 can seldom be applied when regulations

are present. The Competition Authority has tested the outer limits of the applicability of the law 1993:20, but its decisions have been reversed by the Swedish Market Court (Marknadsdomstolen). According to its instruction the Swedish Competition Authority also provides the Swedish Government with suggestions on how to abolish impediments to competition within the public sector and on regulated markets. In comparison with the other legal instruments at its disposal, these reports are weaker instruments to enhance competition. If the legislator really would like to reform the Swedish Competition Act to be more in line with the intentions behind the reform of 1993, a suggestion would be to copy not only the Articles 81 and 82 of the EC Treaty, but also Article 86.

Are Regulations Still a Serious Problem?

The deregulation of formerly regulated Swedish markets has improved the competitive situation. The acts of former legal monopolies, which have undergone regulatory reform, can now be scrutinised under the law 1993:20. It is now perhaps time to question if regulations should still be regarded as a major problem in the Swedish Economy.

In spite of the deregulation that has taken place, the enforcement of the competition rules in areas where regulations exist is still an important legal question. Conflicts between the generally applicable competition rules and more specialised regulations with harmful effects on competition, reveal what can be regarded as the actual attitude towards the importance of competition within the legal order. The promotion of competition is an important task for the Government in a market economy system. In Sweden, regulations are sometimes implemented without observations of the effects on competition. It would be easier for the courts and governmental authorities to implement both the Competition Act and different kinds of regulations if the importance of a workable competition was to be stressed by the Swedish Government not only in connection with the discussion of Competition Policy, but also in a broader political sense. Here lies perhaps the principal influence of the Swedish EU-Membership and of the adjustment of the Swedish Competition Act to the competition rules of the EC Treaty. Not in that the EC Treaty forces Sweden to give up anti-competitive regulations in great numbers, but in that from EC Law follows the notion that the competition rules are *fundamental*.

The Present Situation in Swedish Law

De lege lata

In Chapter 10 the conclusions on how conflicts between the Competition Act and regulations are and ought to be handled according to Swedish Law are discussed. First of all it must be said that it is a good idea to do what the Swedish Competition Authority already is doing: it evaluates the applicability of the regulation to see if a conflict really is at hand. In this process it is suggested that the regulation should be construed narrowly. The reasons are the following:

1. It is reasonable to make the assumption that within the legal order of a market economy, competition will normally, or as a main rule, exist on a market.
2. If the legislator wants to restrict the operation of competitive forces by issuing a regulation, it is reasonable to assume that the anti-competitive effects of the regulation was explicitly foreseen and that due consideration was taken to the limits of the Member States' competence within European Community Law to issue regulations.
3. If the negative effects of a regulation were not observed, then *prima facie* the Competition Authority or a Court can assume that a restriction of competition was not meant to happen.
4. Also when considering what must be seen as the direct and necessary consequence of a regulation, the regulation ought to be construed narrowly.

Such a restrictive approach has its support in the present case law of the Swedish Market Court and the Swedish Competition Authority. It is also logical to construe exceptions to a clear principal rule narrowly. The conflicts of Competition law and Labour law that were studied in chapter 9 seems to suggest that even when such an important social interest is in conflict with competition law, this exemption in the Competition Act applies only to what is *explicitly* exempted; e.g. the labour market.

A solution which on the other hand can be questioned is to look generally upon anti-competitive regulations as *lex specialis* to the Competition Act. This might of course be the case, but then there should be at least some support that this was the intention of the legislator. *Lex specialis* can be assumed to apply when there are special competition rules on certain markets like post, telecom, energy markets.

In a case where the collision between a regulation and the Competition Act cannot be avoided by construing the regulation narrowly, priority must be given to one of them. In cases where a disturbance to competition is the direct and necessary consequence of a clear regulation – with due considerations to EC Law – then this regulation should prevail. The Competition Authority or the Swedish Market Court cannot be asked to apply the law *contra legem*.

One special aspect of the preparatory works must, however, be commented upon. It is stated there that it “can” happen that the prohibitions of the Competition Act can not be applied. In the case of a regulation contrary to the Competition Act, where the negative effect on competition seems to be unpredicted and without a proper motivation, it must be regarded as possible for the Market Court to give priority to the Competition Act. What the preparatory works say is that it *can* happen that the Competition Act should not be applied. Then, consequently, it can also happen that the regulation should not be applied.

The European Court of Justice has found that Article 81 constitutes a fundamental provision which is essential for the accomplishment of the tasks entrusted to the Community and for the functioning of the internal market. In the case C-126/97 *Eco Swiss* the Court found that Article 81 must be seen as *ordre public*. Does this mean that § 6 of the Swedish Competition Act, which is a copy of Article 81, also must be seen as *ordre public* if a Swedish Court would be faced with a similar situation? It is proposed that this presumably is the case. The function of Article 81 and § 6 of the Competition Act is the same and the preparatory works clearly state that the Competition Act should be construed in accordance with the findings of the ECJ. It is suggested that the “input” from EC Law does not stop with the wordings of §§ 6 and 19 in the Swedish Competition Act. It can be expected that the attitude from the ECJ towards the importance of the competition rules will gradually flow into Swedish Law.

De lege ferenda

Following what has been discussed in chapter 7 (Swedish Law) the present legal situation is less clear after the reform of the Swedish Competition Act. Before that it was at least certain that the Competition Act of 1982 could not be applied in cases where regulations applied. It is not suggested that this was better, but today the Competition Act contains no explicit rule and the only articles from the EC Treaty that were copied were Articles 81 and 82. Another important article of the Treaty is Article 86. A suggestion would be to copy also Article 86.1 and 86.2. With such a reform it would be clear that in

case of activities of a general economic interest the prohibitions of the Competition Act do not apply. This would make it possible for a Court to decide if an activity really can be said to be of a general economic interest and also to determine which consideration is the most important one: competition or the other interest of a general nature.

Another reform could be to express directly in the Swedish Constitution (Regeringsformen) that Sweden is a Social Market Economy. Such a reform would be a signal throughout the society that the legal and the economic order are inseparable and that due considerations should be taken to both. It could make the application of laws with economic implications easier.

There might, however, be reasons not to make such a reform. It is important that the Constitution of a nation state uses an inclusive language and a lot of Swedish citizens may feel excluded by a statement regarding the economic order.

In chapter 8 (Alleged Predatory Pricing by Public Actors – a Competition Law Problem) the proposed reform on how to secure similar competitive conditions for public and private economic activities is discussed. The reform would mean that a new “abuse principle” would be introduced into the Competition Act. However, there might be negative consequences of such a reform. It seems that the proposed definition on what is supposed to be “public selling activity” is very broad and that no exceptions for activities of a general economic interest is made. Another disadvantage is that the important “prohibition principle” introduced in the Swedish Competition Act of 1993, would be weakened by the re-introduction of a “abuse principle” in the Competition Act. A reform of this nature would take us back to the legal situation prior to 1993 where we had a mixture of two different fundamental principles. The reform would also mean that Sweden would deviate from the important principle of similarity in substance with EC Competition Law.

Källförteckning

Litteratur

- Bellamy, Christopher, Child, Graham, European Community Law of Competition, 5:e uppl., Sweet & Maxwell, 2001
- Bernitz, Ulf, Marknadsrätt, Jurist- och samhällsvetareförbundets Förlags AB, 1969
- Bernitz, Ulf, Konkurrens och priser i Norden: en komparativ studie av konkurrens- och prislagstiftningens syften och medel i de nordiska länderna. Jurist- och samhällsvetareförbundets Förlags AB, 1971
- Bernitz, Ulf, Den svenska konkurrenslagen, Juristförlaget, 1996
- Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, Norstedts Juridik, 2:a uppl., 2002
- Bernitz, Ulf, Edwardsson, Eva, (red.) Konkurrens på reglerade marknader – hur långt kan konkurrenslagen tillämpas? Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, nr. 59, 1999
- Bernitz, Ulf, Gorton, Lars, Grönfors, Kurt, Sjöfart och konkurrensrätt, Esselte Studium (Akademiförlaget), 1976
- Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars, Sandgren Claes, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 7:e uppl. 2001, HB Immateriellt Rättsskydd i Stockholm
- Bernitz, Sverige och Europarätten, Norstedts Juridik, 2002
- Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap, Norstedts Juridik, , upplaga 1:2, 1996
- Bruun, Niklas och Hellsten, Jari, Collective Agreement and Competition in the EU. The Report of the COLCOM-project, Djøf Publishing, Copenhagen, 2001
- Buendia Sierra, José Luis, Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, Oxford University Press, 1999
- Bull, Thomas, Mötes- och demonstrationsfriheten. En statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA, Iustus förlag, 1997
- Böhm, Franz, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, i Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, nr. 153/154, Tübingen, 1950
- Carlsson, Kenny, Söderlind, Erik, Ulriksson, Magnus, Konkurrenslagen. En kommentar, Norstedts Juridik AB, 1999
- Coase, Ronald, Företaget, marknaden och lagarna, Ratio, 1992
- Droege, Michael, Lysén, Göran, Introduktion till EU och EG-rätten, Iustus förlag, 1997
- Eucken, W., Die Grundlagen der Nationalökonomie, 9:e uppl., Springer-Verlag, 1989

- von Eyben, William Edler, Monopoler og priser, band I-II, G.E.C. Gad, 1980
- Faull, Jonathan, Nikpay, Ali, The EC Law of Competition, Oxford University Press, 1999
- Fejøl, Jens Monopolret og marked, Skrifter fra Institut for europæisk markedsret ved Handelshøjskolen i København, 1985
- Fejøl, Jens Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997
- Fejøl, Jens, EU-konkurrenceret, 2:a uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997
- Fosdal, Peter, Konkurrenceloven, G.E.C. Gads Forlag, 1990
- Frändberg, Åke, Rättsregel och rättsval, P.A. Norstedts & Söners Förlag, Lund, 1984
- Gerber, David, J., Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus, Clarendon Press Oxford, 1998
- Goyder, EC Competition Law, 3:e uppl, Oxford University Press, 1998
- Grabitz/Hilf (hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Verlag C.H. Beck, 2001
- Inmenga/Mestmäckerb (hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Bd. 2, 1997
- Hallstein, Walter, EEC och det nya Europa, Haegers, 1971
- Inger, G., Svensk rättshistoria, 3:e uppl., Liber Förlag, 1986
- Joliet, René, The Rule of Reason in Antitrust Law, American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective, Martinus Nijhoff, 1967
- Hovenkamp, Herbert, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice, West Publishing Co., 2:a uppl., 1999
- Koktvegaard, Mogens, Lærobog i konkurrenceret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2003
- Kolstad, Olav, Fra Konkurrencepolitikk til konkurranserett. Samfunnsøkonomisk effektivitet i den konkurranserettslige analyse, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 1998
- Küsters, Hanns Jürgen, Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982
- Lando, Ole, Kort indføring i komparativ ret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1986
- Lewin, Leif, Planhushållningsdebatten, 3:e uppl. 1970, Almqvist & Wiksell
- Levinson, Kirsten, Konkurrenceloven med kommentarer, 2:a uppl., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2001
- Lysén, Folkrettsligt ansvar: en studie av EG/EU och dess medlemsstater, Iustus förlag, 2002
- Maduro, M. Poiares, We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution, Hart Publishing, 1998
- Martenius, Åke, Konkurrenslagstiftningen, Norstedts Gula Bibliotek, 1985
- Micklitz, Hans, Weatherill, Stephen, European Economic Law, Ashgate, Dartmouth, 1997
- Myhrman, Johan, Petrén, Gustaf, Strömholm, Stig, Marknadsekonomins rättsliga grundvalar, Timbro förlag, 1987
- Myhrman, J., Varför Sverige blev rikt, SNS Förlag, 1994
- Neale, The Antitrust Law of the United States of America. A Study of Competition Enforced by Law, 2:a uppl., Cambridge University Press, 1970
- Neergaard, Ulla B., Competition and Competences, The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the member states, Djøf Publishing, Copenhagen, 1998
- Bøgh Henriksen, Ulla (gift Neergaard), Anti-Competitive State Measures in the European Community, Handelshøjskolens forlag, 1994
- Nerep, Erik, De amerikanske antitrustlagarna och den exterritoriella tillämpningen på icke amerikanska företag, Liber förlag, 1978

- Nergelius, Joakim, Konstitutionellt rättighetsskydd: svensk rätt i ett komparativt perspektiv, Fritzes förlag, 1996
- Nielsen, Ruth, Retskilderne, 6:e uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999
- Norberg, Per, Konkurrentslagstiftning och bostadspolitik, Skrifter utgivna vid Juridiska Fakulteten i Lund, nr. 132, Juristförlaget i Lund, 1999
- Norberg, Arbetsrätt och konkurrensrätt. En normativ studie av motsättningen mellan marknadsrättsliga värden och sociala värden, Juristförlaget i Lund, 2002
- North, D, Västerlandets uppgång, Institutionerna, tillväxten och välståndet, SNS Förlag, 1993,
- Nowak, John E., Rotunda, Ronald D., Constitutional Law, 6:e uppl., Hornbook Series, West Group, 2000
- Odenbro, Örian, USA:s antitrustlagstiftning: en sammanställning, Sveriges exportråd, 1978
- Peczenik, A. Vad är rätt?, Fritzes förlag, 1995
- Petersson, Olof, Johansson, Mörth, Tarschys, Demokrati utan utland, Demokratirådets rapport, SNS Förlag, 2001,
- Peritz, Rudolph J.R. Competition Policy in America, 1988–1992, History, Rhetoric, Law, Oxford University Press, 2000
- Publica EU: kommentar till EG-rätten, Eliasson, Dan, Wahl, Nils, Publica, 1996
- Posner, Richard A., Economic Analysis of Law, 5:e uppl., Aspen Law & Business, 1998
- von Quitzow, Carl Michael, State Measures distorting free competition in the EC: a study of the need for a new Community policy towards anti-competitive State Measures in the EMU perspective, Kluwer, 2002
- Ross, Alf, Om ret og retfærdighed, 3:e uppl. Nyt nordisk forlag, Arnold Busck, 1971
- Ross, Stephen F., Principles of antitrust law, Westbury, N.Y. : Foundation Press, 1993
- Schovsbo, Jens, Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996
- Smith, A, The Wealth of Nations, 1776, Penguin Books Ltd 1970, med förord av Andrew Skinner, nytryck 1987, Harmondsworth
- Spaak, Paul-Henri, The Continuing Battle. Memoirs of a European 1936–1966, översättning från franskan, Weidenfeld and Nicolson, 1971
- Strömberg, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, 3:e uppl. Juristförlaget i Lund, 1999
- Södersten, B., Kapitalismen byggde landet, SNS Förlag, 1991
- Sølvkjær, Evan, Konkurrenceloven med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1990
- Thamer, U., Die Deutschen und ihre Nation: neuere deutsche Geschichte. Bd 5, Verführung und Gewalt, Deutschland 1933–45, Severin u. Siedler 1986
- Thorelli, Hans B., The Federal Antitrust Policy. Origination of an American Tradition, P.A. Norstedt & Söner, 1954
- Ullrich, H., Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law, 1998, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998
- Wahl, N., Konkurrentförhållanden, Juristförlaget AB, 1994
- Weatherill, Stephen, Law and Integration in the European Union, Clarendon Press, 1995
- Weiler, Joseph H.H., The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration., Cambridge University Press, 1999
- Wetter, m. fl. Konkurrentslagen – en handbok, Thomson fakta, 2:a uppl. 2002
- Whish, Richard, Competition Law, Butterworths, 4:e uppl 2001

- Zweigert, K, Kötz, H, Introduction to Comparative Law, 3:e upp., Clarendon Press, Oxford, 1998
- Zahle, Dansk forfatningsret, , I och II, Ejler, 1995
- Åhman, Karin Egendomsskyddet. Äganderätten enligt artikel 1 första tilläggsprotokollet till den Europeiska konventionen om de mänskliga fri- och rättigheterna, Iustus förlag, 2000

Artiklar

- Abrahamsson, O., EG-domstolen och de grundläggande rättigheterna, SvJT, 2002 s. 363
- Adlercreutz, Arbetsrätten och konkurrensrätten, i Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman, Iustus Förlag, Uppsala, 1993, s. 1–17
- Areeda, Turner, Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, Harvard Law Review, s. 697–733
- Andersson, Svensk skiljedomsrätt och EG:s konkurrensrätt – reflektioner i anledning av EG-domstolens avgörande i Eco Swiss-målet, 1999-00, s. 443–466
- Axberger, Tryckfrihetsrätten, konkurrensrätten och framtiden, JT 1998-99 s. 3–20
- Baumol, Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test, The Journal of Law and Economics, 1996, s. 49–72
- Bernitz, Ulf, Market Law as a Legal Discipline, i Scandinavian studies in law 1979 s. 55–76,
- Bernitz, Ulf, Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr, JT 1994-95, s. 259
- Bernitz, Ulf, Paradigmskifte i norsk konkurrensrätt? Reflexioner i anslutning till en aktuell avhandling, TfR 1999, s. 768–781
- Bernitz, Ulf, Barsebäcksdomen i Regeringsrätten – borde förhandsavgörande av EG-domstolen ha begärts?, JT 1999-00, s. 964–970
- Bernitz, EU:s rättighetsstadga – hur kan den knytas till EU- och EG-fördragen? ERT 2002 s. 472–483
- Bogdan, Michael, Grundlagsskyddet för äganderätten, FT 1988, s. 75–94
- Bogdan, Michael, Market Economy and Swedish Constitutional Law, i festskrift tillägnad Håkan Strömberg på 75-årsdagen, 1992, Skrifter utgivna av Juridiska Föreningen i Lund, nr. 111
- Bohlin, NO och kommunerna – En kollision mellan kommunalrätt och näringsrätt, FT 1986 s. 81–88
- Carlsson, Konkurrensverkets syn på och erfarenheter av förhållandet mellan konkurrenslagen och särregleringar, s. 5–12, 1999, i Bernitz/Edwardsson Konkurrens på reglerade marknader – se ovan under litteratur
- Christensen, A., Social rättvisa i en modern marknadsekonomi : en ny historisk kompromiss, i Samtal om rättvisa, Brevskolan, LO, 1992
- Christensen, A., Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster, TfR 1996 s. 519
- Edwardsson, Eva, Konkurrenslagen, kollektiva hemförsäkringar och stuverimonopolet, JT 1997-98, s. 952–983
- Edwardsson, Eva, Kollektiv arbetsrätt och konkurrensrätt – rättsläget i de nordiska länderna. Rapport från Nordiska Ministerrådet ANP 2002:706 Skärningsfeltet mellem kollektive overenskomster og konkurrenceretten, s. 23–41
- van der Esch, Bastiaan, EC Rules on Undistorted Competition and U.S. Antitrust Laws: The Limits of Comparability, Fordham Corporate Law Institute, 1989, s. 18:1–29

Fejøl, Jens, Other Rules Aiming at Creating Competition in the European Union – Inherent Contradictions, i Melander, Göran, (ed.) *Modern Issues in European Law. Nordic Perspectives: Essays in Honour of Lennart Pålsson*, Norstedts Juridik, 1997

Fikentscher, Free Trade and Protection of the Environment as an Integrated Economic Value System: Outline of an Environment-Conscious Social Market Economy – A Lawyer's View, *JT* 1991-92, s. 205–236

Geradin, The Opening of State Monopolies to Competition: Main Issues of the Liberalization Process, i Geradin (red.) *The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond*, Kluwer, 2000, s. 181–205

Gerber, David J., Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe, 42 *American Journal of Comparative Law* s. 25–84, 1994

Gerber, The European Competition Law Story: Some German Roles, i *Festschrift für Wolfgang Fikentscher*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, s. 654–670

Gustavsson, Sverker, Lagstiftning och nationell identitet, *SvJT* 2000 s. 218–229

Inman, Robert, Rubinfeld, Daniel, Making sense of the Antitrust State-Action Doctrine: Balancing Political participation and Economic Efficiency in Regulatory Federalism, *Texas Law Review*, s. 1203–1299 (1997).

Joerges, The Economic Constitution of the European Community, i Micklitz, Weatherill, *European Economic Law*, Ashgate, Dartmouth, 1997

Joskow, A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, *The Yale law Journal*, s. 213–270

Lindblom, P.H. In dubio pro natura! Några civilprocessuella frågor inom miljöretten *JT* 2000-01 s. 805–845

Lundberg, Lars, *EU Publica*, Häfte 24 Ekonomisk och monetär politik, 1996

Lysén, Göran, Något om villkoren enligt luftfartslagen 7 kap 4 §, *FT* 1979 s. 148–169

MacCormick, Neil, On the Very Idea of a European Constitution: Jurisprudential Reflections from the European Parliament, *JT* 2001-02, s. 529–541

Mestmäcker, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, i *Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag*, Tübingen, 1975, s. 383–419

Müller-Armack, The Meaning of the Social Market Economy, 1956, översatt och omtryckt i Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution, s. 82–86, Basingstoke, 1989

Neergaard, Ulla Bøegh, Intet over, inte ved siden af konkurrenceloven? Konkurrenceloven kontra politiska beslutningar med konkurrencebegrænsende virkninger, i *Juridisk Institut – Julebog 2000*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000

Neergaard, EU-konkurrenceret og national regulering af advokaterhvervet, *ERT* 2002, s. 498–513

Nergelius, Barsebäcksmålet – kommentar till en rättsfallskommentar, *JT* 1999-00, s. 970–972

von Quitzw, Sterzel och Regeringsrätten, *JT* 1999-00, s. 973–978

Reich, Norbert, A European Constitution for Citizens: Reflections on the Rethinking of Union and Community Law, *European Law Journal*, Vol. 3, No. 2 June 1997, s. 131–164

Riberdahl, Kommunernas kompetens i frågan om näringslivet, *FT* 1994 s. 153–169

Sandström, Marknaden, regleringarna och lagstiftaren, i Bernitz/Edwardsson (se under Litteratur), 1999 s. 29–55

Scharpf, Fritz, W., Välfärdsstatens, den ekonomiska integrationen och demokratin, *SOU* 1998:124, s. 103–132

Schepel, Harm, Delegation of regulatory powers to private parties under EC competition law: Towards a procedural public interest test, 39 *CMLRev.* 2002 s. 31–51

Schäfer, H-T, Efficiency as a Legal Norm, i Riis, T., Nielsen, R. (red.) Law and Economics. Methodology and Application, 1998, DJØF Publishing Copenhagen

Semaro, Demystifying Antitrust State Action Doctrine, Harvard Journal of law & Public Policy, 2000, vol. 24, issue 1, s. 203-282

Sterzel, Barsebäcksmålet, JT 1999-00, s. 658-675

Sterzel, Barsebäcksmålet – en slutreplik, JT 2000-01, s. 220-224

Strömberg, Håkan, Europakonventionen och Lex posterior-principen, FT 1993 s. 225-226,

Temple Lang, J. The Information Society and Economic Concentration, i Ullrich, H., Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law, 1998, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998

Temple Lang, State measures restricting competition, ERT 2001, s. 206-223

Strömholm, Stig, Användning av utländskt material i juridiska monografier. Några anteckningar och förslag, SvJT 1971 s. 251-263

Wahl, Nils, Recent Developments Regarding Barriers to Trade: A General Shift of Emphasis, i Andersson, Torbjörn, Simoni, Alessandro (red.) Dealing with Integration, Iustus förlag, 1996

Willgerodt, Peacock, German Liberalism and Economic Revival, i Peacock, Willgerodt, (red.) Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution, s. 1-14, Basingstoke, 1989

Wiwen-Nilsson, Barsebäcksmålet – politik eller juridik? JT 1999-00, s. 978-983

Åhman, Karin, Barsebäck ur ett egendomsrättsligt perspektiv, ERT 1999 s. 661-677

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1946:264 med förslag till lag om övervakning av konkurrensbegränsning inom näringslivet

Prop. 1953:103 med förslag till lag om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning inom näringslivet m.m.

Prop. 1956:148 med förslag till lag angående ändring i lagen den 25 september 1953 (nr 603) om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning inom näringslivet m.m.

Prop. 1966:13 med förslag till lag angående ändrad lydelse av 21 och 29 §§ i lagen den 25 september 1953 (nr 603) om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning inom näringslivet m.m.

Prop. 1981/82:165 med förslag till konkurrenslag

Prop. 1990/91:117 Ny kommunallag? S. 31-37, 150-153

Prop. 1992/93:56. Ny konkurrenslagstiftning

Prop. 1993/94:117 Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor

Prop. 1993/94:188 (om kommunala avgifter)

Prop 1995/96:167 Kommunal uppdragsverksamhet avseende kollektivtrafik

Prop. 1999/2000:140 Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald

Prop. 2001/02:167 Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning m.m,

Förordningar

Förordning 1996:353 med instruktion för Konkurrensverket

Statliga offentliga utredningar

SOU 1951:27 Konkurrensbegränsning. Betänkande med förslag till lag om skydd mot samhällsskadlig konkurrensbegränsning

SOU 1978:9 Ny konkurrensbegränsningslag

SOU 1991:59 Konkurrens för ökad välfärd, del I-II samt bilaga

SOU 1995:105 Konkurrens i balans

SOU 1997:138, Myndighet eller marknad, Statsförvaltningens olika verksamhetsformer, Rapport till Förvaltningspolitiska kommissionen, Stockholm 1997, s. 8–28

SOU 1998:124 Demokrati på europeisk nivå?

SOU 2000:7, Långtidsutredningen 1999/2000, Bilaga 3, Svenskt näringsliv på rätt väg?

Departementsserien

Ds 1992:11 Näringsdepartementet. Remissyttranden över Konkurrens för ökad välfärd. Betänkande (SOU 1991:59) av konkurrenskommittén

Ds 1992:18 Näringsdepartementet. Ny konkurrenslag. En promemoria från näringsdepartementet

Övrigt svenskt offentligt material

Kommittédirektiv 1989:12 Förstärkt konkurrenspolitik

Kommittédirektiv 2003:2 Effektivisering av det konkurrensrättsliga regelverket för företagen m.m.

Konkurrensverkets rapport: Konkurrensen i Sverige 2002, 2002:4,

Konkurrensverkets rapport: Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag, Konkurrensverkets rapportserie 2000:1 (huvuddel)

Danskt offentligt material

Konkurrenceloven 1998. Den ny konkurrencelov med forarbejder, utgiven av Konkurrencestyrelsen 1997, ISBN 87-7029-053-9. Innefattar bland annat:

- Forslag til konkurrencelov nr. 172
- Bmærkninger til lovforslaget 20 februari 1997
- Spørgsmål og svar under behandlingen af forslag til konkurrencelov, från den 20 februari 1997

Konkurrenceloven – med forarbejder, 2002, utgiven av Konkurrencestyrelsen, 2002, ISBN 87-7029-290-6

- Lovforslag L171 fremsat den 20 mars 2002

Konkurrencelovsudvalgets betækning nr. 1297 (bind I-II) Konkurrencelovgivningen i Danmark, Erhvervsministeriet, 1995

Konkurrencerådets henvendelser og udtalelser til offentlig myndigheder, Konkurrencestyrelsen, 1998

Offentlig tryck från Europeiska unionens institutioner

Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Etrangères (Spaakrapporten)

Committee for the Study of Economic and Monetary Union, Report on economic and monetary union in the European Community (Delorsrapporten), 1989, ISBN 92-826-0655-4

Services of General Interest in Europe, Communications from the Commission, EGT C 281, 26.09.1996, s. 3

Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, kommissionsprogram nr 99/027, från den 28 april 1999

EGT 2000/C 364/01 från 18.12.2000, se även den separat publicerade versionen med förklaringar till stadgans fullständiga text, ISBN 92-824-1961-4

Meddelande från kommissionen. Tjänster i allmänhetens intresse i Europa, EGT C17. 19.01.2001, s. 4-23

Rapport från kommissionen om läget när det gäller arbetet med riktlinjerna för statligt stöd till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. COM (2001) 598 (slutlig). 17/10.2001

CONV 250/02 från den 10 september 2002

Övrigt

"Europe, Competition and Public Service, publicerade av European Centre of Enterprises with Public Participation (CEEP)1995, Paris : Masson, 1995, ISBN 2225849757

Konkurrensnytt, nr. 9/2002

Nyt fra Danmarks statistik. Nr 142, 12 april 2002

Websidor

www.centerpartiet.se

www.europa.eu.int

www.folkpartiet.se

www.kkv.se

www.kristdemokrat.se

www.mp.se

www.moderat.se

www.sap.se

www.vansterpartiet.se

www.scb.se

www.ks.dk

www.dst.dk

