

Den svenska konkurrensrätten — mål och inriktning

Av jur. dr FILIP BLADINI

1. Inledning

Sedan den 1 juli 1993 gäller en ny konkurrenslag i Sverige.¹ Lagen är i huvudsak en kopia av EG:s konkurrensregler och tanken är att EG:s konkurrensrätt också skall vara normbildande för inhemska förhållanden. En sådan anpassning till EG-rätten var emellertid inte avsedd från början. Konkurrenskommitténs förslag till lagstiftning, som lades fram i juni 1991, byggde i stället på att den svenska konkurrensrätten skulle skärpas och utvecklas utifrån 1982 års konkurrenslag. Kommitténs förslag till lagstiftning innehöll på många punkter ett närmande till EG:s lagstiftningsteknik, men beträffande motiv och lagstiftningstradition var det knappast fråga om någon principväxling.² I första hand förespråkades en precisering av de tidigare fastlagda målen.³

Nu lades grunden för 1993 års konkurrenslag i stället fast i en promemoria från Näringsdepartementet, i vilken föreslogs en närmast total harmonisering med EG:s konkurrensregler.⁴ Promemorian var också underlag för regeringens proposition till ny konkurrenslag.⁵ Missbruksprincipen, som var den bärande ordningen i 1982 års konkurrenslag, övergavs till förmån för en utvecklad förbudslinje i enlighet med EG:s konkurrensrätt.⁶ Av propositionen framgick att ett av syftena med lagen var att så långt som möjligt uppnå materiell rättslikhet med EG:s regelverk.⁷ Vissa förbehåll gjordes dock; det poängterades att EG-rätten i vissa sammanhang har speciella drag som inte gör sig gällande vid tillämpningen av en nationell konkurrenslag, främst integrationsmålet vil-

¹ SFS 1993:20 Konkurrenslag.

² SOU 1991:59. Konkurrens för ökad välfärd.

³ SOU 1991:59. Del 2 s. 41–51.

⁴ Ds 1992:18 Ny konkurrenslag.

⁵ Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslag.

⁶ Den största skillnaden mellan gamla och nya konkurrenslagen har ansetts vara övergången från en missbruksprincip till en förbudsprincip. Emellertid skall skillnaderna mellan dessa principer inte överbetonas. En förbudsprincip som öppnar möjligheter till undantag kan till sin effekt i hög grad bli densamma som en strikt tillämpad missbruksbestämmelse. Bevisbörderegler och annat kan göra att de båda principerna närmar sig varandra. För svensk del är det framför allt skillnaderna i sanktionssystemen som är den stora förändringen mellan de båda lagarna, främst civilrättslig ogiltighet, möjligheter till skadestånd och konkurrensskadeavgift.

⁷ Prop. 1992/93:56 s. 21.

ket kommer till uttryck genom en strävan att eliminera handels hinder mellan medlemsstaterna. Vidare nämndes att anpassningar kan behöva göras till de särskilda förhållanden som gäller i Sverige, eftersom landet är avlägset beläget i förhållande till centrala Europa och är glest befolkat.⁸

Här inställer sig frågan vilka mål och syften som skall anses ligga till grund för den nuvarande konkurrenslagen. Skall målen ses mot bakgrund av den tidigare lagen eller ligger möjligen de av konkurrenskommittén föreslagna målen också till grund för den nuvarande lagen? Hur mycket av de syften som ligger bakom det EG-rättsliga regelverket kan användas vid tillämpningen av den svenska konkurrenslagen?

Syftet med uppsatsen är att peka ut problemområden och angreppssätt på ett generellt plan. Konkurrensrätten synes sväva i ett vakuum, utan klara förankringar i övergripande konkurrens teori. Osäkerheten om målen och vilka medel som bäst främjar dessa mål genererar ett juridiskt-tekniskt synsätt som fördunklar möjligheten att kunna urskilja samband och förståelse mellan olika rättsliga mekanismer. Utrymmet har inte medgivit att utveckla resonemangen särskilt mycket åt vare sig det teoretiska eller det praktiska hållet. Efter en allmän inledning och bakgrund (avsnitten 2 och 3) sönderfaller uppsatsens tema i två delar. För det första behandlas några övergripande synpunkter om hur den bakomliggande ekonomiska teorin förhåller sig till konkurrensrättens syften (avsnitt 4). Det är här snarast fråga om några allmänna riktlinjer i syfte att dra upp gränsen mellan tillämpad ekonomi och juridik. För det andra skall jag peka på några exempel där den konkreta EG-rätten färgas av övergripande ekonomiska principer (avsnitt 5–7). Möjligheten att se dessa principer försvåras dock avsevärt genom att också integrationsmålet i EG är av central betydelse. Detta medför problem när man undersöker tillämpningen av EG:s konkurrensrätt i syfte att framtolka svensk rätt. Vi måste då särskilt uppmärksamma i vilken mån integrationsmålet påverkar EG-rättens utformning.

2. Implementering av EG-rätt

Inledningsvis skall poängteras att det inte finns någon skyldighet för Sverige att utforma sina interna konkurrensregler i enlighet med EG:s konkurrensregler. I kraft av EG-rättens överhöghet får dock inte nationell rätt förhindra att EG:s konkurrensrätt får full

⁸ Prop. 1992/93:56 s. 21.

genomslagskraft.⁹ Trots att det egentligen är fråga om en och samma rättsordning — därav begränsningen — utformas den nationella rätten för sig och EG-rätten för sig. EG:s konkurrensregler är tillämpliga om samhandelskriteriet i artikel 85 (1) är uppfyllt. Avtal eller samordnade förfaranden som faktiskt eller potentiellt påverkar samhandeln mellan länderna skall således bedömas enligt EG:s konkurrensregler.¹⁰ Det utesluter dock inte en samtidig tillämpning av svensk konkurrensrätt, så länge denna inte begränsar EG-rättens fulla genomslagskraft. Regelsystemen har i princip skilda skyddsobjekt; EG-rätten den mellanstatliga konkurrensen och den svenska rätten den inomstatliga. Förhållandet mellan nationell rätt och EG-rätt blir ofta vanskligt.¹¹ För de här angivna ändamålen — som alltså avser den svenska konkurrensrätten — räcker det att konstatera att EG-rätt och nationell rätt kan komma att vara tillämpliga sida vid sida.

Skälen för att utforma den svenska konkurrenslagen efter mönster från EG-rätten tycks främst vara att man eftersträvat en regelharmonisering. Det har framhållits att det är opraktiskt för företagen att arbeta med skilda regelverk beroende på om handeln är gränsöverskridande eller ej.¹² Även önskemålet om att kraftigt skärpa konkurrenslagen var av betydelse, men i stort torde även de lagförslag som lades fram av konkurrenskommittén ha tillgodosett detta krav.

Det finns här anledning att notera något om skillnaden mellan den anpassning till EG-rätten som konkurrenslagen är ett resultat av och lagharmonisering till följd av EU-medlemskap. Harmonisering (eller *tillnärmning* i officiell svensk översättning) av de skilda staternas nationella lagstiftning följer främst av Romfördragets artikel 3 (h). De nationella lagarna får inte undergräva marknadens gemensamma funktion. Det innebär att harmoniseringssträvandena främst inriktar sig mot regler som kan hindra den fria rörligheten av varor, tjänster, personer eller kapital. Särskilt viktigt är att säkerställa att konkurrensen inom den inre marknaden inte

⁹ Jfr mål 14/68 Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt (1969) E.C.R. 1, (1969) C.M.L.R. 100.

¹⁰ Frågan är emellertid komplex. Wahl har nyligen på ett övertygande sätt argumenterat för att samhandelskriteriet inte kan ses isolerat som en jurisdiktionsnorm, i stället är samhandelskriteriet intimt sammankopplat med övriga kriterier i artikel 85(1), främst konkurrensbegränsningskriteriet. Wahl menar därför att alla fyra kriterier skall vara uppfyllda för att EG-rätten skall vara tillämplig. (Wahl, Nils, Konkurrensförhållanden. Stockholm 1994, avsnitt 4.5).

¹¹ Här hänvisas till Wahls avhandling som behandlar detta ur ett flertal olika perspektiv.

¹² Jfr Bogdan, Michael. Några frågor rörande den nya svenska konkurrensrätten i Jura på många måder, Festskrift till Børje Dahl. Köpenhamn 1994, s. 57–70, referensen till avsnitt 3.

snedvrids.¹³ Som bekant är de viktigaste instrumenten i harmoniseringsarbetet förordningar och direktiv som skall tillämpas direkt eller implementeras i de nationella lagstiftningarna.¹⁴ Utmärkande för harmoniseringen är att den har en mycket konkret inriktning. Det handlar främst om att enskilda rättsregler skall vara lika eller i vart fall att de ekonomiska verkningarna skall vara desamma. Det finns inget krav på att förändra det egna rättssystemets identitet eller utvecklingshistoria.¹⁵ Härvidlag skiljer sig harmoniseringsarbetet inom EG från den nordiska traditionen av lagstiftningssamarbete både till form och innehåll.¹⁶ Den nordiska traditionen bygger i stor utsträckning på samarbete vad gäller identitet, angreppssätt och begreppsapparat. Det innebär att domstolar och rättsvetenskapsmän i stor utsträckning kan ha nytta av varandras arbeten både vad gäller de juridiska argumenten och angreppssätten.¹⁷

EG-rätten måste alltså vara utformad så att den kan fogas till de olika nationella rättsordningarna. Effekten blir ett kasuistiskt system där allmänna principer och harmoni med andra nationella rättsregler skjuts i bakgrunden. När EG:s konkurrensrättsliga regelverk lyfts in som en del av den specifikt svenska rätten är det alltså frågan om en anpassning av annan karaktär; ett slags mellanting mellan nordisk och EG-rättslig harmonisering. Samtidigt som syftet, på EG-rättsligt manér, är att åstadkomma regler med samma ekonomiska effekt, väcks också frågor om hur de nya reglerna kan passas in och förankras i den svenska rättstraditionen.

3. EG:s konkurrensrättsliga regelverk

Sammantaget utgör EG:s konkurrensrätt ett närmast oöverskådligt regelverk. Primärrätten riktad direkt till enskilda rättssubjekt genom artiklarna 85 och 86 i Romfördraget måste också ses i ljuset av bestämmelser som riktar sig till medlemsstaterna.¹⁸ Sekundär-rätten är mycket omfattande.¹⁹ Till detta kommer en betydande praxis från domstolen och kommissionen.²⁰

¹³ RomF. Art 3 (g) efter ändringarna genom Maastrichtfördraget.

¹⁴ Jfr Bernitz, Ulf. Europarättens grunder, Sthlm 1994, avsnitt 7.1.

¹⁵ Jääskinen, Niilo. EG-rättens inverkan på lagstiftningsmetodik och rättstillämpning i Norden, s. 15. Förhandlingarna vid 33:e Nordiska Juristmötet i Köpenhamn, 1993.

¹⁶ Bernitz, Ulf. Svensk lagstiftning och rättsvetenskap inför EG, JT 1992-93, s. 238 f.

¹⁷ Jfr t. ex. Wilhelmsson, Thomas. Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran, TfR 1985 s. 181-197.

¹⁸ Exempel på detta är Romfördragets inledande artiklar 1, 2 och 3 som handlar om mål och målsättningar med unionen. Vidare regler om den fria rörligheten av varor och framför allt tillämpningen av artikel 30 och 34 om kvantitativa import- och exportbegränsningar. Andra bestämmelser är också av betydelse, såsom reglerna om offentliga företag i artikel 90 och principerna om statsstöd i artikel 92.

¹⁹ Ministerrådet har utfärdat ett stort antal betydelsefulla förordningar, t. ex. förordning 17/62 med tillämpningsföreskrifter för artiklarna 85 och 86 och rådets

Mot denna bakgrund blir det naturligtvis mycket svårt att överblicka EG:s konkurrensrätt. Helhetsintrycket försvinner ofta i skogen av enskilda regler. Eftersom i stort sett varje ekonomisk transaktion kan bli föremål för konkurrensrättslig prövning är det av stor vikt för företagen att ha kännedom om vilka regler som gäller just deras verksamhet. Följaktligen finns ett stort informationsug från praktikerhåll. I sin strävan att tillgodose detta behov, samtidigt som regelmassan inte skall bli allt för stor, sker ofta en uppspjälkning av problemen till en viss avtalstyp eller en viss regel. Studerar man enskildheterna finner man dock ofta att det är samma principiella frågeställningar som återkommer från område till område. Framställningar av EG:s konkurrensrätt har en påtaglig praktisk inriktning i den meningen att intresset fokuseras mer på detaljerna än på helheten. Inom konkurrensrätten faller sig kanske detta mer naturligt än på andra rättsområden, eftersom de övergripande principerna antas härröra från de ekonomiska vetenskaperna, såsom vad som är ekonomiskt effektivt. Sannolikt är det därför jurister i allmänhet håller sig på behörigt avstånd från övergripande ekonomiska överväganden och i stället uppehåller sig kring regelverket, där de har fastare mark under fötterna.

Jämför man EG:s konkurrensregler med traditionella missbruksregler av den typ som kännetecknar tidigare svenska konkurrenslagar har EG-reglerna typiskt sett en juridiskt teknisk struktur. Allmänna principer fylls ut med detaljregler, skilda företeelser prövas stegvis mot olika kriterier. Vid en första anblick har vi att göra med ett traditionellt subsumtionslogiskt skelett med en rad kontrollstationer som måste passeras på vägen. Vid dessa kontrollstationer karaktäriseras dock konkurrensrätten av komplicerade intresseavvägningar där framför allt ekonomiskt funktionella aspekter är avgörande. Kända juridiska begrepp, såsom avtal eller företag, tolkas inte mot bakgrund av avtals- eller associationsrättsliga regler,

förordning 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer. Vidare särregleras en mängd sektorer, såsom transporter, bank och försäkring, jordbruk, energi och telekommunikationer. Till detta kommer ett stort antal förordningar som utfärdats av kommissionen, varav de viktigaste är gruppundantagsförordningarna. Tredje upplagan av Richard Whish's framställning *Competition Law*, ett av standardverken i konkurrensrätt, upptar ett 80-tal rättsakter under rubriken sekundärlagstiftning, vilken innefattar de viktigaste förordningarna och direktiven från ministerrådet och kommissionen. Vidare är kommissionens rekommendationer och yttranden av stor praktisk betydelse, exempelvis rekommendationerna om bagatellkarteller (*Commission's Notice on Agreements of Minor Importance 1986 OJ C 23/12*) och samarbete som inte träffas av artikel 85 (*Commission's Notice on Cooperation between Enterprises 1968 OJ C 75/3*).

²⁰ I ett annat standardverk (Ritter, L. Braun, D. Rawlinson, F. EEC *Competition Law*. 1991) upptar rättsfallsförteckningen över 280 rättsfall från domstolen och över 630 beslut från kommissionen i enskilda ärenden. Till saken hör att avgörandena från EG:s institutioner ofta är vidlyftiga; ett rättsfallsreferat in extenso sträcker sig som regel över 20–25 sidor, men betydligt längre referat är inte ovanliga.

utan i stället i ljuset av sin ekonomiska funktion. Även om man velat skapa stadga och förutsägbarhet i systemet med formella regler hindrar det inte att svårlosta enskilda problem ändå får avgöras med hjälp av avvägningar i en ekonomisk kontext. Därför kommer allmänna principer om vad som är ekonomiskt effektivt att vara av stor betydelse också för enskilda företeelser.

Emellertid kan inte EG-rätten förstås om inte också integrationsmålet tas med i beräkningen. Kommissionen har uttalat att konkurrenspolitiken styrs av två kompletterade mål. För det första skall konkurrensen fylla sin traditionella roll att förbättra resursallokeringen, öka företagets förmåga att anpassa sig och möta konsumenternas krav. För det andra skall en sammanhållen gemensam marknad upprätthållas genom att eliminera handels hinder mellan medlemsstaterna. Kommissionen menar därför att syftena med EG:s konkurrensrätt sträcker sig längre än syftena med konkurrenspolitiken i de enskilda medlemsstaterna.²¹ I rättspraxis har detta bl. a. kommit till uttryck i det viktiga Grundig/Constens målet.²² Domstolen uttalade här att ett avtal mellan tillverkare och distributör som kan medverka till att återupprätta en nationell delning av marknaden kan motverka den gemensamma marknadens mest grundläggande mål.²³

Både det konkurrensrättsliga regelverket och rättspraxis präglas i hög grad av ambitionen att skapa en gemensam marknad utan nationsgränser, alltså ett slags geografisk integration. Eftersom konkurrensrättens integrationsfrämjande mål — i den ovan angivna meningen — knappast kan göra sig gällande när den svenska konkurrensrätten utformas, är det centralt att principer som är ett resultat av sådana överväganden kan identifieras. Att spåra upp sådana aspekter i EG:s konkurrensrätt är i själva verket en förutsättning för möjligheterna att utforma en svensk konkurrensrätt, eftersom vi först då, utan risk för sammanblandning, till fullo kan bedöma de olika aspekter som gör sig gällande.

Man bör dock ha klart för sig att den kasuistiska karaktären på EG:s konkurrensrätt innebär att det är förenat med betydande svårigheter att ur rättsfallsmaterialet finna gemensamma principer. De teoretiska problem som uppkommer vid tolkning av EG-rätten har på ett belysande sätt nyligen beskrivits av Wiklund.²⁴ Han pekar bl. a. på att EG-domstolens avgöranden är ändamålsbaserade och

²¹ Twelfth Report on Competition Policy (1982) s. 12.

²² Målen 56 och 58/64 Constens & Grundig v. Commission [1966] E.C.R. 299, [1966] C.M.L.R. 418.

²³ [1966] E.C.R. s. 340.

²⁴ Wiklund, Ola. Rättspositivismen, EG-rätten och problemet med den kreativa domaren, JT 1994-95 s. 332-349.

pragmatiska och därför inte är ägnade att underlätta enhetliga tolkningsteorier samt att medlemsstaterna strävar mot olika håll, inte minst i integrationsprocessen.²⁵ Vidare poängteras att förutsättningarna för EG-rätten att framstå som byggd på enhetliga rättsliga principer är små. Domstolens avgöranden är resultatet av mödosamma kompromisser mellan domare från vitt skilda rättssystem och därför tenderar argumentationen att bli motsägelsefull.²⁶

4. Konkurrensrättens ekonomiska syften

Enligt 1 § konkurrenslagen har lagen som ändamål att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens. Av lagens ordalydelse kan man därmed dra slutsatsen att lagen skall främja konkurrens. Konkurrens får i första hand ses som ett medel för att uppnå vissa mål. Att finna dessa mål uttryckta i propositionstexten är däremot svårare. Som en sammanfattning under rubriken Behovet av en skärpt konkurrenslagstiftning kan man dock läsa att en skärpt lagstiftning "behövs som ett av många medel för att *främja tillväxt och effektivitet* på den svenska marknaden".²⁷

Med en av Hellner använd terminologi kan man dela in lagstiftningens mål i ultimära och primära mål. Med ultimära mål avses mål som är giltiga i sig, medan de primära målen är medel som används för att nå de ultimära målen.²⁸ De ultimära målen behöver inte alltid vara artikulerade i lagtext eller förarbeten utan ligger ofta som ett bakgrundsmaterial, på vilken lagstiftningen vilar. Inte heller kan man räkna med att det finns ett enda ultimärmål; ofta finns flera, vilka i och för sig kan vara sinsemellan motstridiga. Genom detta betraktelsesätt kan man utgå från att konkurrens är ett primärmål med konkurrenslagen, däremot kan man knappast hävda att det skulle vara giltigt i sig självt och därmed också vara ett normativt ultimärmål. Flera ultimärmål är tänkbara men det som ligger närmast till hand är samhällsekonomiska aspekter såsom maximal välfärd, närmare bestämt ekonomisk effektivitet.

Det är knappast en uppgift för rättsvetenskapen att utveckla innebörden av effektivitetsbegreppet inom den ekonomiska teorin. Däremot måste varje jurist som vill göra anspråk på att förstå konkurrensrätten också ha någon kännedom om de olika principer som döljer sig bakom begreppet ekonomisk effektivitet. Det gäller inte bara för att kunna utvärdera analysen utan är också en förutsättning för att kunna urskilja andra faktorer av icke-ekonomisk art som eventuellt gör sig gällande.

²⁵ A. a. s. 336.

²⁶ A. a. s. 342 f.

²⁷ Prop. 1992/93:56 s. 16. Kursiveringen gjord av mig.

²⁸ Hellner, Jan. Lagstiftning inom förmögenhetsrätten, Sthlm 1990, s. 174.

I nationalekonomiska termer brukar välfärd eller samhällsnytta uttryckas som *produktions-* och *allokerings effektivitet*. Den kombinerade effekten av dessa produktivetsmått anses maximera samhällets välfärd.²⁹ Med produktionseffektivitet (oftast kallat produktivitet) avses förhållandet mellan insatta resurser och produktionen, antingen till kvalitet eller kvantitet. En ökad produktivitet innebär alltså att kvalitet eller producerad kvantitet ökar med mindre eller lika resurser. Konkurrenslagens inställning till produktiviteten är ingalunda entydig. Även om ökad produktivitet ofta uppmuntras i en konkurrensrättslig bedömning behöver det inte innebära att förfarandet alltid accepteras. En prövning av ett företagsförvärv kan t. ex. innebära uppenbara rationaliseringar och därmed öka produktiviteten utan att för den skull godkännas enligt konkurrenslagens regler om företagsförvärv.

Allokerings effektivitet (ofta benämnt som enbart effektivitet) är av större betydelse för målen i konkurrenslagen. Här avses effektiviteten i samhället i stort, nämligen hur samhällets begränsade resurser skall användas för största möjliga nytta. Betydelsefullt är inte bara hur produktionen sker utan också vad som produceras.³⁰ Produktionen skall alltså inriktas mot de varor och tjänster som efterfrågas. Man kan uttrycka det på det sättet att produktivitet avser *att saker görs på rätt sätt* medan effektivitet avser *att rätt saker produceras*.³¹

En ofta använd definition av vad som är ett ekonomiskt effektivt tillstånd är att en förändring till det bättre för en person inte kan ske utan att någon annan samtidigt får det sämre.³² Detta synsätt kan spåras tillbaka till utilitarismens förgrundsfigurer såsom Jeremy Bentham och John Stuart Mill. Till detta ansluter en inom nationalekonomin och rättsekonomin ofta använd terminologi att en viss förändring är paretoöverlägsen om den leder till att åtminstone en person får det bättre utan att någon annan får det sämre.³³ I praktiken kommer det emellertid alltid att finnas förlorare. Även de mest uppenbara positiva förändringar kommer att innebära någon nackdel för någon. Ibland används därför begreppet *potentiell* paretoöverlägsenhet, också kallat Kaldor-Hicks-kriteriet, vilket innebär att resultatet av förändringen tillåts generera *både*

²⁹ Se vidare SOU 1991:82 Drivkrafter för produktivitet och välfärd, kap. 4 samt Baumol, William J. – Blinder, Alan S. Economics: Principles and Policy, 5 ed. 1991, s. 567 f.

³⁰ Jfr Eklund, Klas. Vår ekonomi, 4 uppl. 1993, s. 37 f.

³¹ Hjalmarsson, Lennart. Ds 1991:20, Metoder i forskning om produktivitet med tillämpningar på offentliga sektorn, s. 12.

³² Jfr Werin, Lars. Ekonomi och rättssystem, Sthlm 1982, s. 66.

³³ Efter den i början av seklet verksamma italienske nationalekonomen och sociologen Vilfredo Pareto. Jfr också Roos, Carl Martin. Varför rättsekonomi? TFR 3/4 1993, s. 227–249, referensen till s. 232.

vinnare och förlorare, men förutsätter samtidigt att vinsten är större än den samlade förlusten.³⁴ Vi har alltså att göra med vad som skulle kunna kallas en traditionell kostnads- och intäktsanalys. Att det är fråga om *potentiell* paretoöverlägsenhet innebär att det saknar betydelse om kompensation verkligen utgår. Följaktligen är förändringen endast paretoöverlägsen om vinnarna faktiskt ersätter förlorarna.

Med denna utgångspunkt skulle man kunna dra slutsatsen att alla konkurrensrättsliga problem skulle kunna lösas inom ramen för en ekonomisk effektivitetsmodell, en modell som förutsätter att aktörerna är nyttomaximerande och att därför beslutsfattare använder effektivitetsnormen för att analysera de rättsliga reglerna. I en konkurrensrättslig prövning stannar man således för den lösning som är ekonomiskt effektiv. Emellertid är ett sådant synsätt inte särskilt sannolikt. Det skulle innebära att konkurrensrätten inskränktes till att bli tillämpad ekonomi. Det finns minst två huvudinvändningar mot ett sådant resonemang. Den första invändningen är av mer juridiskt principiellt slag medan den andra rör effektivitetsteorins praktiska brister.

Den principiella invändningen går ut på att en teoretisk ekonomisk modell i princip är deskriptiv. Effektivitet kan fastställas objektivt genom observation. Ur en positivistisk synvinkel är resultaten falsifierbara. I bästa fall kan vi genom tillämpad ekonomi förutsäga att en viss företeelse leder till ett visst resultat. Ekonomisk effektivitet i ett renodlat ekonomisk perspektiv har i första hand att göra med måluppfyllelse, inte med målen i sig.³⁵ Men för en juridisk slutsats är detta inte tillräckligt. Vi måste också på normativ grund bestämma om resultatet är önskvärt.

Det leder till slutsatsen att vi måste skilja mellan ekonomisk effektivitet som ett medel i en deskriptiv analys av vissa företeelser och de fall där man upphöjer ekonomisk effektivitet till något normativt genom att tillägga någon uppfattning om vad det innebär. Båda synsätten har sin grund i ekonomin och således bygger även den sistnämnda uppfattningen på att effektivitet legitimeras i en ekonomisk kontext. I juridisk mening måste en viss lösning legitimeras på grundval av en normativ uppfattning om att effektivitet är önskvärt. Distinktionen är viktig eftersom den hjälper oss att systematisera argumenten i en konkurrensrättslig analys.

³⁴ Jfr Posner, Richard. *Economic analysis of law*, 4 ed. Little, Brown and Company 1992, s. 13 f. samt Cooter, Robert. Ulen, Thomas. *Law and Economics*. HarperCollins Publ. 1988, s. 50 f.

³⁵ Jfr förhållandet mellan produktivitet och effektivitet i produktivitetsdelegationens betänkande, SOU 1991:82 *Drivkrafter för produktivitet och välbefinnande*, s. 75–78.

Detta kan illustreras med ett exempel. En deskriptiv effektivitetsmodell tar inte hänsyn till hur resurserna fördelas mellan olika aktörer. Ett visst förfarande kan visserligen anses vara effektivt i den meningen att det inte genererar några välfärdsförluster men kan ändå gynna ena parten genom en önskad förmögenhetsöverföring, exempelvis från konsumenterna till producenten. Vissa menar att konkurrensrätten inte heller skall uppehålla sig vid hur välfärden fördelas, det finns instrument som är bättre avpassade för det ändamålet.³⁶ Ändå följer det normalt av konkurrensrätten att t. ex. s. k. överprissättning inte är tillåten. Detta förutsätter alltså ett normativt ställningstagande eller juridisk legitimering av att också resursernas rättvisa fördelning är en del av konkurrensrätten.

Den andra invändningen är, som sagt, mer praktisk. Det finns knappast någon ekonomisk modell som är så sofistikerad att samtliga faktorer som påverkar de verkliga förhållandena är kända. Även om faktorerna är kända kommer det i praktiken ofta att vara omöjligt att på ett fulländat sätt fastställa deras värden. Detta leder till att ofullständigheterna måste fyllas ut med gissningar och antaganden och att motsägelser i modellen måste överbryggas. Ofta kommer också empiriska erfarenheter att vara oförenliga med de förutsägelser som modellen föreskriver. Sammantaget leder det till att dessa ofullkomligheter fylls med antaganden som är juridiskt rationella och därför i någon mening normativa.

Vi har redan konstaterat att konkurrensreglerna ytterst syftar till samhällsekonomisk effektivitet och att maximera välfärden. Emellertid har bl. a. konkurrenskommittén riktat kritik mot att formulera målen så allmänt att de saknar praktisk betydelse för lagstiftningens implementering.³⁷ Kommittén föreslog därför en precisering av målen till fyra punkter, nämligen *effektivitetsmålet*, *tillväxtemålet*, *fördelningsmålet* och *konsumentmålet*. Att de två första målen faller inom ramen för det centrala ekonomiska effektivitetsbegreppet är uppenbart. När det gäller fördelningsmålet och konsumentmålet kan man emellertid ifrågasätta om de inte snarare skall betraktas som icke-ekonomiska mål. I enlighet med vad som nämnts ovan kan resursernas fördelning vara ett syfte som betraktas som icke-ekonomiskt.³⁸ Om de efterfrågade varorna produceras

³⁶ Jfr Posner, a. a. s. 305–309.

³⁷ SOU 1991:59, del 2, s. 43.

³⁸ Konkurrensrättens förhållande till ekonomisk effektivitet å den ena sidan och ekonomisk rättvisa å den andra är något som livligt har diskuterats i USA. Anhängare till den s. k. Chicagoskolan menar att konkurrensrättens enda syfte är att ta till vara de rent ekonomiska aspekterna. Det betyder att man förespråkar en så fri och oreglerad marknad som möjligt. Enligt chicagoanhängarna rättar marknaden själv till ofullkomligheter. Här kan nämnas arbeten av Richard Posner, t. ex. *The Chicago School of Antitrust*

på ett kostnadseffektivt sätt innebär priser som väsentligt överskrider företagets marginalkostnad endast en förmögenhetsöverföring utan att det sker någon avtappning i ekonomin.³⁹ Ofta nämns också skyddet för små och medelstora företag som ett exempel på icke-ekonomiska mål.⁴⁰

På samma sätt ifrågasätts ibland om åtgärder som möjliggör att man korrigerar konsumenternas bristande kunskaper om utbud, priser och kvalitet skall rymmas inom ramen för konkurrensrätten. Mot detta kan dock invändas att sådana instrument har en utbudsfrämjande effekt, något som klart ligger inom ramen för de rent samhällsekonomiska målen. Enligt min mening kan man dock inte enbart se konsumentskydd och skydd för små och medelstora företag som ett utslag för rent ekonomiska mål. Det är inte heller alldeles säkert att sådana icke ekonomiska skyddsaspekter gör sig gällande i den nya konkurrenslagen. Mycket talar dock för att så är fallet. I propositionen poängteras att ett viktigt mål för konkurrenspolitiken är att stärka och bevara och därmed främja utvecklingskraften i de små och medelstora företagen. Deras flexibilitet och dynamik bidrar till att upprätthålla en effektiv konkurrens.⁴¹ Samma inställning finner vi också inom EG-rätten.⁴² Flera bedömare, bl. a. anhängare av chicagoskolan,⁴³ menar att ett sådant synsätt inte är förenligt med effektivitetsaspekterna, eftersom stora produktionsenheter ofta är mer ekonomiskt effektiva än små enheter.

Också Bernitz menar att lagens skyddsintressen är samhällsekonomiska där rörlighet och anpassning i näringslivet, rimlig prisnivå genom konkurrens samt en effektiv resursfördelning är de viktigaste instrumenten i lagen. Vidare menar han att konkurrenslagstiftningen skall ses som en del av konsumentlagstiftningen i vidare

Analysis. University of Pennsylvania Law Review. v. 127 (1979) s. 925, och Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox A Policy at War with Itself*, 1978. Mer moderata författare förespråkar dock att även icke-ekonomiska mål, om än underordnade de ekonomiska målen, skall beaktas. En intressant jämförelse mellan chicagoanhängarna och förespråkare av mer traditionella värden har gjorts av Eleanor Fox, *Rewriting the Lexicon*, New York University Law Review, v. 62 (1987) s. 969. Andra författare menar att den amerikanska antitrusträtten främst har rättvisesyften, framför allt att bekämpa allt för stor privat makt. Se t.ex. Schwartz, Louis. "Justice" and other non-economic goals of antitrust, University of Pennsylvania Law Review. v. 127 (1979) s. 1076 och Pitofsky, Robert. *The Political Content of Antitrust*. University of Pennsylvania Law Review. v. 127 (1979) s. 1051.

³⁹ Detta är en vanlig åsikt bland chicagoanhängarna, se t. ex. Easterbrook, Frank. *The Limits of Antitrust*, Texas Law Review v. 63 [1984] s. 1.

⁴⁰ Jfr Whish, a. a. s. 14.

⁴¹ Prop. 1992/93:56 s. 21 f.

⁴² Detta kommer bl. a. till uttryck i gruppundantagen för forskning och utveckling samt för specialiseringsavtal. Också *de minimis*-reglerna skall ses mot bakgrund av skyddet för de små och medelstora företagen.

⁴³ Jfr ovan fotnot 38.

mening, där särskild vikt läggs vid att skydda konsumentkollektivet i stort.⁴⁴

Även om resultaten av ekonomiska effektivitetsanalyser ofta är osäkra är de av mycket stor betydelse för konkurrensrätten. Ofta kan de nämligen ge oss en god uppfattning om det analyserade förfarandets kostnadseffekter i ena eller andra riktningen. Med hjälp av dessa slutsatser kan vi sedan bedöma om andra icke-ekonomiska faktorer gör sig gällande till den grad att vi väljer en lösning som inte är den mest effektiva. Man kan dock inte tala om någon skarp gräns mellan ekonomiska och icke-ekonomiska mål. Det visar sig ofta att skilda författare kan ha olika uppfattningar om hur dessa mål är förankrade i den ekonomiska teorin. Man kan dock konstatera att om den ekonomiska analysen visar att det är osäkert om något alternativ är mer effektivt än det andra, ökar utrymmet för att i stället beakta icke-ekonomiska element.

Som nämnts tidigare har konkurrenslagen en juridisk-teknisk karaktär. Konkreta hjälpregler har utvecklats för att underlätta analysen. Det gäller såväl förbudet mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning som kontrollen av företagskoncentrationer. Viktiga riktmärken har utstakats för produktmarknader, geografiska marknader, företagets omsättning m. m. Undantag beviljas endast om de uppfyller fastställda kriterier osv. Även om man underlättat tillämpningen av konkurrenslagen med hjälp av dessa hjälpregler, kommer utfallet i dessa kriterieprövningar att till stor del bero på vilka ekonomiska faktorer som tilläggs störst värde. Den ekonomiska bakgrund som beskrivits ovan kommer att vara en förutsättning för att sådana ställningstaganden skall kunna vara underbyggda.

5. Svensk rätt och förhållandet till EG:s integrationsmål

Som redan framhållits är tanken att konkurrenslagens bestämmelser så långt som möjligt skall följa EG-rätten. För att uppnå materiell rättslikhet mellan den svenska konkurrensrätten och EG:s konkurrensrätt är propositionen medvetet hållen på ett allmänt plan för att inte hindra en dynamisk rättsutveckling på området.⁴⁵ I Sverige kan dock avsaknaden av integrationsmål och geografiska förhållanden föranleda att den svenska konkurrenslagen ges en något annan innebörd än EG:s konkurrensrätt. Det finns inte heller några formella hinder att avvika från EG-praxis. Den enda

⁴⁴ Bernitz, Ulf. Den nya konkurrenslagstiftningen. Sthlm 1993, s. 19 f. Man kan notera att Bernitz beskriver skyddsintressena bakom 1982 års konkurrenslag på ett i det närmaste likalydande sätt. Jfr dennes Svensk marknadsrätt 3 uppl. 1991 s. 34.

⁴⁵ Prop. 1992/93:56 s. 21.

begränsning som finns är att de nationella konkurrenslagarna inte får motverka tillämpningen av EG-rätten.⁴⁶

Det har visat sig att den som undrar över hur den svenska konkurrenslagen skall tillämpas i första hand undersöker om det finns någon fast praxis inom EG-rätten. Mycket tyder på att det också är så man går tillväga på Konkurrensverket.⁴⁷ Förr eller senare hamnar man dock vid den punkt när man måste ta ställning till om samma lösning också skall gälla i Sverige. Den mest naturliga modellen är följsamhet mot EG:s konkurrensrätt såvida inte regler eller andra principer är föranledda av integrationsmålet. Om vi kunde extrahera integrationsmålet ur EG:s konkurrensrätt skulle vi få fram en produkt som väl överensstämmer med de angivna intentionerna med en svensk konkurrensrätt. En sådan extraktion visar sig dock vara förenad med betydande svårigheter.

Rent allmänt är det i ett enskilt fall ofta svårt att utreda vilka mål som legat till grund för en viss slutsats. När det gäller integrationsmålet är det dessutom ett särskilt problem att just detta mål får betraktas som ett av de mest grundläggande målen med gemenskapen. Man kan knappast rycka undan fundamentet och tro att byggnaden står kvar opåverkad. Inte heller är rättspraxis entydig i den meningen att ekonomisk effektivitet mäts i någon storhet som sedan är jämförbar med någon liknande beräkning föranledd av integrationsaspekterna. Även om integrationsmålet framhålls i ett visst avgörande är det inte säkert att en effektivitetsanalys lett till en motsatt slutsats.

Sedan den nya konkurrenslagens tillkomst är det naturligt att den svenska konkurrensrätten behandlas med utgångspunkt i de EG-rättsliga reglerna. Risken är emellertid att EG-rätten får alltför stort utrymme utan att argument som kan föranleda en annan bedömning på den svenska marknaden beaktas i tillräcklig grad. Ett första steg i en sådan riktning är att integrationsmålet lyfts fram i den mån det utgör en substantiell förklaringsmodell till EG-rättens tillämpning. I ett försök att illustrera detta kan man ta två delvis sammanhängande frågor som exempel, nämligen synen på exklusivitetsklausuler i vertikala avtal och användandet av kvalitativa aspekter vid bedömningen av konkurrensbegränsningar.⁴⁸

⁴⁶ Jfr det ovan nämnda Walt Wilhelm-målet och Teigum, Siri B. Nasjonal og Europeisk konkurrancerett. Förhandlingarna vid det 33:e nordiska Juristmötet i Köpenhamn 1993, s. 10.

⁴⁷ Jfr de översikter över olika områden som under åren 1993–94 publicerats i Konkurrensverkets tidskrift *Konkurrens*.

⁴⁸ Jfr Pehrson, Lars. Exklusivitets- och områdesskyddsklausuler inom EU, EES och Sverige, JT 1994-95 s. 56–78 samt Westin, Jacob —Linder, Mikael. Om kvalitativa aspekter vid bedömning av konkurrensbegränsning, SvJT 1993 s. 892–904.

Utformningen av EG-rätten när det gäller *exklusivitetsklausuler* präglas i hög grad av hur olika ekonomiska principer viktas mot varandra men även integrationsaspekterna spelar en betydelsefull roll. Problemet med *kvalitativa bedömningsgrunder* av konkurrensbegränsningar är i princip en spegelbild av samma problem, inriktad mot vilken *rättslig teknik* som är bäst ägnad att förverkliga de övergripande målen, av vilka integrationsmålet i detta fall är avgörande.

Diskussionen om exklusivitetsklausuler i vertikala avtal har bl. a. rört leverantörers eller licensgivares rätt att genom avtal kontrollera varor eller tillverkning sedan de lämnat dem och gått vidare i kommersialiseringskedjan. Även återförsäljarna och licenstagarna har ett intresse av att binda sina motparter. Avtal med exklusivitetsklausuler är ofta en förutsättning för att investeringar skall komma till stånd. Om exempelvis en återförsäljare inte kan garanteras viss exklusivitet inom sitt försäljningsområde, är han inte särskilt benägen att själv investera i marknadsföringsåtgärder eller service till kunderna. Risken är då allt för stor att andra återförsäljare åker snålskjuts på hans investeringar; det s. k. free-rider problemet. Eftersom service och marknadsföring som regel är en förutsättning för avsättning för produkterna ligger det också i leverantörens intresse att återförsäljaren kan erhålla viss exklusivitet.

Mot detta kan invändas att exklusivitetsklausuler också kan vara konkurrensbegränsande. Syftet är ju att man vill stänga ute andra aktörer. Ofta kan också vertikala avtal vara dolda horisontella överenskommelser mellan exempelvis olika leverantörer där marknaden delas mellan dem. Särskilt när det gäller produkter med betydande marknadsandelar kan också exklusivitetsklausuler verka prishöjande eftersom det saknas andra återförsäljare som konkurrerar om att sälja produkten i fråga. Alla produkter kräver inte heller en utvecklad kundservice för avsättning. Konsumenterna tvingas då betala för service de inte vill ha.

När det gäller kvalitativa alternativt kvantitativa bedömningsgrunder av konkurrensbegränsningar speglar denna diskussion förhållandet mellan artikel 85(1) om förbud mot konkurrensbegränsande avtal och bestämmelsen i artikel 85(3) som möjliggör undantag.⁴⁹ Frågan är hur konkurrensbegränsningskriteriet skall

⁴⁹ I den svenska konkurrenslagen motsvaras bestämmelserna av 6 § KL och 8 § KL. — Fejø diskuterar om artikel 85(1) skall betraktas som ett per se-förbud och kommer till slutsatsen att det å ena sidan inte är ändamålsenligt att kalla bestämmelsen för ett per se-förbud eftersom det kan leda till felslut. Liknande invändningar uttrycks också av Whish. (Whish a. a. s. 206.) Å andra sidan menar Fejø att man inte utan vidare kan avfärda resonemang som innebär att bestämmelsen kan betraktas som ett per se-förbud. (Fejø, Jens. Monopolret og marked. Köpenhamn 1984. s. 192) Närmare till hands

tolkas.⁵⁰ Om de inblandade företagen kommer över tröskeln för *de minimis* reglerna innebär en kvantitativ bedömning att varje avtal som på något sätt inskränker företagens möjligheter att agera oberoende av varandra skall anses uppfylla konkurrensbegränsningskriteriet i artikel 85(1). Effekten blir att även avtal med uppenbara positiva samhällsekonomiska effekter — vilka därför kommer att beviljas undantag enligt art 85(3) — betraktas som konkurrensbegränsande. Med en mer kvalitativ analys som innebär att en mer nyanserad helhetsbedömning görs redan inledningsvis skulle i många fall göra en undantagsbedömning överflödigt. Med ett sådant synsätt skulle många praktiska problem kunna undvikas.⁵¹

Båda dessa områden är föremål för diskussion och olika bedömare har skilda uppfattningar. Här är avsikten inte i första hand att utveckla denna diskussion, utan endast att referera vissa infallsvinklar på problemen i ljuset av integrationsmålet med EG:s konkurrensrätt. Därmed hoppas jag att kunna belysa betydelsen av integrationsmålet i tillämpningen av EG:s konkurrensrätt. Som vi konstaterat tidigare är detta av särskilt intresse för svenskt vidkommande, eftersom en EG-rättslig tillämpning färgad av integrationsmål bör föranleda att vi uppmärksammar frågan om en sådan tillämpning också skall gälla den inhemska konkurrensrätten.

6. Vertikala avtal

6.1 Allmänt

Den s. k. kommersialiseringskedjan kan grovt förenklat beskrivas som en varas väg från idé till färdig produkt. Vägen kan vara lång och innehålla många stationer. I huvuddrag brukar man tala om forskningsled, utvecklingsled, innovationsled, tillverkningsled, grossistled och detaljistled. Mycket sällan sker allt inom samma företag. För att tillräckligt kapital och kunnande skall tillföras samordnas förfarandet genom avtal mellan olika företag. Avtal mellan aktörer i olika led brukar kallas vertikala avtal, till skillnad från avtal mellan aktörer som befinner i samma led, som brukar kallas horisontella avtal. För att möjliggöra maximal avsättning för produkten har aktörerna ofta ett starkt intresse av att styra eller kontrollera ett senare led. Det kan t. ex. röra sig om försäljningsområden, priser, vilka kundgrupper ett senare led får sälja till eller tillverkningskvantiteter. Ofta finns också ett ömsesidigt intresse,

ligger dock att kalla bestämmelsen i artikel 85 (3) för en rule of reason-regel, om än inte i den betydelse som följer av Sherman Act. (Fejøl, a. a. s. 193 f.).

⁵⁰ Jfr Bladini, Filip. Petrusson, Ulf. Konkurrensrättens tillämpning på ekonomiska föreningar. Ds 1994:42. s. 43–46.

⁵¹ Jfr Westin — Linder, a. a. s. 901–903.

särskilt när det gäller exklusivitet, dvs. att det senare ledet garanteras en ensamrätt för ett visst område. Det finns knappast någon entydig bild av hur konkurrensrätten griper in i de ovan angivna avtalsituationerna. Möjligen kan man generellt säga att tvingande bestämmelser om priser i ett senare led, s. k. bruttopriser, som regel är förbjudet. I övrigt varierar synen beroende på lagstiftning och de marknadsmässiga omständigheterna i det enskilda fallet. Detta gör att det är av stor betydelse för företagen vilka typer av avtal och inskränkningar som tolereras av konkurrensrätten.

Det finns dock ett relativt säkert sätt att kringgå dessa problem och det är att integrera verksamheten i ett och samma företag. Det kan ske t. ex. genom uppköp av företag i ett annat led eller att man utökar verksamheten i det befintliga företaget eller startar ett dotterbolag. I den EG-rättsliga terminologin kommer transaktionerna att hamna inom samma ekonomiska enhet och träffas därför inte av konkurrensreglerna.⁵² Japanska högteknologiföretag sägs av detta skäl ha ordnat sin europadistribution genom helägda dotterbolag.⁵³ Även konsekvenserna av det sannolikt mest uppmärksammade rättsfallet från EG-domstolen på detta område illustrerar det ovan sagda. I fallet *Constens/Grundig* fastslog domstolen att den tyska tillverkaren Grundigs försök att isolera den franska marknaden genom ömsesidigt exklusiva åtaganden med den franske återförsäljaren Constens stred mot artikel 85 (1).⁵⁴ Efterspelet blev att Grundig köpte Constens och därmed kunde ingå vilka avtal som helst, eftersom sådana avtal inte är "avtal mellan företag" i konkurrensrättens mening.⁵⁵

Intern tillväxt är i princip endast möjligt för större företag med nödvändiga ekonomiska resurser. För mindre företag som exempelvis skall lansera nya produkter är samarbete med andra en förutsättning. Det bör också påpekas att en utveckling mot ökad vertikal integration inom en enhet kan ha flera nackdelar. Här skall blott nämnas några infallsvinklar. Analysen av avtalsmekanismerna — inte minst mot bakgrund av Coase-teorem — har öppnat nya perspektiv på hur företagen sluter avtal.⁵⁶ Williamsons analyser av

⁵² Jfr Sundell, Henrik. Ekonomisk enhet — en av EG-Domstolen fastlagd princip blir snart en del av svensk rätt, JT 1993-94 s. 332.

⁵³ Korah, Valentine. — Rothnie, Warwick A. *Exklusive distribution and the EEC competition rules*, 2 ed. 1992, s. 278. På detta sätt lyckas man också få eventuella parallellimportörer att köpa produkterna längre ner i kommersialiseringskedjan där förutsättningarna för kvantitetsrabatter m. m. är mindre.

⁵⁴ Målen 56 och 58/64 *Constens & Grundig v. Commission* [1966] E.C.R. 299, [1966] C.M.L.R. 418.

⁵⁵ Korah — Rothnie, a. a. s. 277. Det bör noteras att ett sådant kringgående av konkurrensreglerna ofta kan förhindas genom reglerna om prövning av företagsförvärv.

⁵⁶ Det s. k. Coase teorem presenterades i en artikel redan 1937. Den återfinns i en nyligen utgiven antologi, tillsammans med flera andra betydelsefulla artiklar på områ-

transaktionskostnader har också varit betydelsefulla för förståelsen av förhållandet mellan interna transaktioner och transaktioner mellan företag.⁵⁷ Även om Williamson i huvudsak ser positivt på intern vertikal integration, eftersom det som regel minskar transaktionskostnaderna, varnar han samtidigt för att det på koncentrerade marknader kan förstärka enskilda aktörers marknadsmakt och underlätta exempelvis prisdiskriminering.⁵⁸

I ett konkurrensrättsligt perspektiv kommer flera olika marknadsmässiga faktorer i den enskilda avtalsituationen att vara avgörande för hur man ser på det aktuella avtalet. Företagens marknadsandelar är naturligtvis av stor betydelse; i konkurrensrättsliga termer uttryckt i form av relevant marknad.⁵⁹ Ju större marknadsandel, desto större anledning att inta en restriktiv hållning. Andra faktorer av betydelse är förutsättningarna för marknadstillträde — vilket ibland har kallats "naturliga" konkurrensbarriärer — samt förekomsten av faktisk eller potentiell konkurrens från andra aktörer.⁶⁰ För den fortsatta framställningen har dock betydelsen av förhållandet mellan inom- och mellanmärkeskonkurrensen fått träda i förgrunden

6.2 *Inom- eller mellanmärkeskonkurrens*

Förhållandet mellan inom- och mellanmärkeskonkurrens är en ofta använd måttstock för konkurrensklimatet på en marknad. På starkt koncentrerade marknader med *ett* marknadsdominerande märke kan mellanmärkeskonkurrensen vara svag, men å andra sidan kan inommärkeskonkurrensen vara stark genom att det finns många återförsäljare som måste konkurrera med varandra. För att kunna hålla låga priser måste därför återförsäljarna framför allt hålla nere sina egna kostnader. Även om detta kan tyckas positivt, finns avigsidor. Inommärkeskonkurrens verkar ofta konserverande på marknaden och det blir svårt att nå ut med mindre kända konkurrerande märken. För nya märken och mindre kända märken krävs ofta betydande investeringar för att få avsättning för produkterna, något som återförsäljarna inte är beredda att göra såvida inte investeringarna på något sätt kan skyddas. Det vanligaste sättet

det. The nature of the firm. Origins, evolution and development, Ed. Williamson och Winter, Oxford University Press 1991.

⁵⁷ Beträffande Williamsons transaktionskostnadsanalys hänvisas till, Williamson, Oliver E. Markets and Hierarchies: Analysis and antitrust implications. New York. 1975. En bra sammanfattning på svenska i organisationsteoretiska frågor finns i Abrahamsson, Bengt. Varför finns organisationer? Kollektiv handling, yttre krafter och inre logik. 2 uppl. 1992.

⁵⁸ Williamson, a. a. s. 258 f.

⁵⁹ Jfr Djurberg, Ulf — Friman, Håkan. Den nya svenska konkurrenslagen och begreppet "relevant marknad", SvJT 1994 s. 822–851.

⁶⁰ Jfr SOU 1991:59, del 1. s. 77–80 och där angivna referenser.

för ett sådant skydd är någon form av exklusivitet, exempelvis att leverantören åtar sig att endast sälja till en viss återförsäljare i det aktuella området. Först då kan återförsäljaren någorlunda säkert satsa på reklam och andra säljfrämjande åtgärder eller tillhandahålla en hög servicenivå till kunderna i form av lokaler, utbildad personal och serviceåtaganden. Saknas skydd mot konkurrenter som säljer samma märke, kommer dessa att kunna åka snålskjuts på den förres investeringar, s. k. "free-riders". I ett sådant läge finns en uppenbar risk att investeringarna aldrig görs och den befintliga marknaden består.

Med utgångspunkt i ekonomisk teori kommer därför mellanmärkeskonkurrens att vara viktigare för konkurrensen än inommärkeskonkurrens, eftersom det ofta är en förutsättning för en dynamisk marknad där nya produkter kan slå sig in. Konkurrensbegränsande avtal som minskar mellanmärkeskonkurrensen är som regel horisontella överenskommelser, vilket i sig är betydligt allvarligare än den typen av vertikala avtal som inskränker inommärkeskonkurrensen.

Den ovan beskrivna ekonomiska bakgrunden har också på olika sätt fått genomslagskraft på konkurrensrättens område. Pehrson har nyligen beskrivit rättsläget i EU, EES och Sverige beträffande exklusivitetsklausuler och områdesskyddsklausuler.⁶¹ Han konstaterar att EG-domstolens inställning till exklusivitetsklausuler är att dessa i sig sällan är konkurrensbegränsande och därför inte träffas av artikel 85(1). Däremot kan andra tillkommande omständigheter göra att det uppkommer en konkurrensbegränsning, vilket i så fall aktualiserar en undantagsprövning om förfarandet skall kunna godkännas.⁶² (Som vi nedan skall se har kommissionen ofta en

⁶¹ Pehrson, Lars. Exklusivitets- och områdesskyddsklausuler inom EU, EES och Sverige, JT 1994-95 s. 56-78. Pehrson behandlar sådana klausuler i ett antal olika vertikala avtal, såsom återförsäljaravtal, inköpsavtal, patentlicensavtal, know-how-licensavtal samt franchiseavtal. Här görs en distinktion mellan exklusivitetsklausuler, vilka i Pehrsons terminologi endast förpliktar leverantören t. ex. genom att åta sig att inte leverera till någon annan inom ett geografiskt område och vad han kallar områdesskyddsklausuler, vilka förpliktar återförsäljaren att exempelvis begränsa sin försäljning till ett visst område. (Ofta används termen "dubbelsidig exklusivitet" i det fall ensamrätten är förknippad med ett åtagande från återförsäljaren att inte sälja utanför sitt geografiska område.) Pehrson refererar EG-rättslig praxis och uppehåller sig, dels vid frågan om de aktuella klausulerna träffas av artikel 85(1), dels vilka möjligheter till undantag som finns enligt gruppundantagsförordningarna eller individuellt undantag enligt artikel 85(3).

⁶² Vad gäller återförsäljaravtal menade domstolen i fallet *Technique Minière* att det var tveksamt om konkurrensen påverkas på ett negativt sätt om exklusiviteten är nödvändig för att en ny marknad skall kunna penetreras. (Mål 56/65 *Société Technique Minière v. Maschinenbau* [1966] E.C.R. 235, referensen till s. 250 [1966] CMLR 357.) I det mer uppmärksammade *Grundig*-fallet menade domstolen att exklusivitetsklausuler inte nödvändigtvis strider mot artikel 85(1) men att avtal som syftar till att återupprätta uppdelningen av handeln mellan medlemsstaterna motverkar gemenskapens mest grundläggande mål. (Målen 56 och 58/64 *Constens & Grundig v. Commission* [1966]

annan inställning.) I den mån avtalet går så långt att absolut territoriell exklusivitet föreskrivs, exempelvis genom exportförbud, har domstolen konsekvent intagit en restriktiv hållning. Absolut områdesskydd kan endast undantagsvis erhållas genom gruppundantagen eller genom individuellt undantag; parallellimport skall alltid vara tillåtet.⁶³ Man kan illustrera EG-rättens inställning med att avtalen prövas efter en glidande skala, där ena ytterligheten är avtalsbestämmelser som inte påverkar parternas inbördes självständighet och därmed faller utanför artikel 85(1) och den andra ytterligheten där man tillerkänner någon absolut områdesskydd, för vilket det i princip aldrig är möjligt att få undantag. Däremellan finns en gråzon där undantagsprövningen antingen blir beroende av hur avtalet är utformat i relation till ett gruppundantag eller en mer nyanserad analys för bedömning av ett eventuellt individuellt undantag. Är det fråga om långtgående exklusivetsbestämmelser kommer kommissionen knappast att göra någon faktisk prövning av avtalets eventuella positiva sidor. Kritiska röster mot detta är vanliga.⁶⁴ Exempelvis menar Fejø att ekonomiska överväganden tillsammans med behovet av differentierade avsättningsmöjligheter gör att det finns skäl för en mer välvillig inställning. Som regel avvisas alla avtal kategoriskt utan någon realprövning av förhållandena i det enskilda fallet; en sådan prövning visar emellertid ofta att positiva effekter uppkommer.⁶⁵

Korah har kritiserat framför allt kommissionen utifrån ett ekonomiskt analytiskt perspektiv.⁶⁶ I flera sammanhang har hon understrukt skillnaden mellan analys *ex ante* och analys *ex post*. Hon menar att den konkurrensrättsliga analysen skall göras i ljuset av förhållandena vid investeringsögonblicket, dvs. *ex ante*. Det är incitamentet att investera som skall skyddas. Vilka eventuella kon-

E.C.R. 299, [1966] C.M.L.R. 418) Domstolen har intagit liknande ståndpunkter vad gäller exempelvis licensavtal, (Mål 258/78 L.C. Nungesser KG & Kurt Eisele v. Commission [1982] E.C.R. 2015 [1983] 1 C.M.L.R. 278.) och franchiseavtal (Mål 161/84 Pronuntia de Paris GmbH v. Pronuntia de Paris Irmgard Schillgallis [1986] E.C.R. 353 [1986] 1 C.M.L.R. 414.)

⁶³ Genom gruppundantagen kan aktiv försäljning utanför det tilldelade området förbjudas, dock inte passiv försäljning till kunder som exempelvis söker upp en återförsäljare. Vad gäller patentlicensgruppundantaget och know-howlicensgruppundantaget kan dock absolut skydd erhållas under ett inledningsskede genom att även passiv försäljning förbjuds. Se SFS 1993:77 för den svenska lydelsen av förordning 2349/84, artikel 1 (1) (6) samt SFS 1993:78 för förordning 559/84, artikel 1 (1) (6) och 1 (2).

⁶⁴ Bl. a. Pehrson, a. a. s. 78.

⁶⁵ Fejø a. a. s. 412 f.

⁶⁶ Korah, Valentine. EEC Competition Law and Practice. 4:th ed. Oxford 1990. Jfr främst kap. 14. samt Korah — Rothnie a. a. Se främst avsnitt 1.12. Korah utvidgar denna kritik till att också omfatta kommissionens hantering av exklusiva licenser avseende teknik samt joint ventures på forsknings- och utvecklingsområdet. Se Korah, From legal form toward economic efficiency — article 85(1) of the EEC treaty in contrast to U.S. antitrust. The Antitrust Bulletin, Winter 1990. s. 1009–1036.

kurrensbegränsningar skall tålas för att investeringen över huvud taget skall komma till stånd och därmed förutsättningarna för en faktisk konkurrens? Detta synsätt överensstämmer väl med vad som sagts ovan om vikten av mellanmärkeskonkurrens. En analys ex post innebär å andra sidan att analysen görs när produkten redan finns på marknaden. I centrum för bedömningen står då konsumentens möjlighet att köpa den aktuella produkten så billigt som möjligt, alltså ett resonemang som främjar inommärkeskonkurrens. Kommissionens praxis visar att man i praktiken inte är särskilt benägen att göra sådana realprövningar ex ante.⁶⁷

Här kan man notera att den amerikanska antitrusträtten intar en klart avvikande inställning.⁶⁸ En sådan jämförelse kan vara intressant eftersom den amerikanska antitrusträtten i många avseenden varit förebild för den europeiska konkurrensrätten samtidigt som den inte kompliceras av att också påverkas av integrationssträvanden. I en dom från år 1967 uttalade Supreme Court att ett avtal där en cykeltillverkare föreskrev att återförsäljarna endast fick sälja till anvisade auktoriserade detaljister inom tilldelade geografiska områden var förbjudet per se.⁶⁹ Tio år senare svängde Supreme Court och bedömde en liknande fråga efter ett rule of reason förfarande. Här gällde det TV-tillverkaren Sylvania som genom att kraftigt skära ner antalet återförsäljare i detaljistledet ville minska inommärkeskonkurrensen. Sylvania krävde att försäljning endast fick ske från av företaget godkända försäljningsställen, s. k. location clauses.⁷⁰ Sylvania hade endast en marknadsandel på 1–2 % när förfarandet inleddes; tre år senare var marknadsandelen 5 %. Supreme Court menade att vertikala konkurrensbegränsningar kan vara rimliga om de förstärker mellanmärkeskonkurrensen utan att begränsningen av inommärkeskonkurrensen blir onödigt stor.⁷¹ Numera är presumtionen att vertikala territoriella begränsningar är tillåtna om det inte visas att de är skadliga för konkurrensen, bl. a. med hänsyn till marknadsdominans.⁷² Hovenkamp menar att vertikala territoriella begränsningar bör angripas *endast* när man kan anta att det i själva verket rör sig om horisontella överenskommelser alternativt om det rör sig om en

⁶⁷ Jfr Korah, EEC Competition Law and Practice, s. 227 samt Korah, Exclusive Purchasing Obligations: Mars v Langnese and Schöller, (European Competition Law Review) [1994] 3 ECLR s. 171–175.

⁶⁸ Jfr Fejø, a. a. s. 269–282.

⁶⁹ U.S. v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967)

⁷⁰ Continental T.V. v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977)

⁷¹ Hovenkamp, Herbert. Economics and Federal Antitrust Law, West 1985, s. 268.

⁷² Areeda, Phillip E. Antitrust Law, Volume VIII, Little, Brown and Company 1989, s. 549–559, där Areeda pekar ut en användbar mall över vilka omständigheter som bör analyseras när man prövar om ett förfarande är acceptabelt eller ej.

produkt med mycket stor marknadsandel och förfarandet samtidigt används för att eliminera inommärkeskonkurrensen eller för att möjliggöra prisdiskriminering.⁷³ Således generaliseras ofta läget beträffande amerikansk rätt på så vis, att så länge företaget inte har marknadsmakt är begränsning av inommärkeskonkurrensen inte skadlig, eftersom den befrämjar mellanmärkeskonkurrensen. Möjligen har denna utveckling avstannat genom Kodak-målet från 1992.⁷⁴ Målet gällde egentligen en s. k. tie-in, men majoritetens utslag (sex av nio domare) kan ses som att man prioriterade inommärkeskonkurrensen, trots att Kodak saknade marknadsmakt.

I kommissionens 13:e rapport om konkurrens diskuteras just skillnaden mellan EG-rätten och den amerikanska rätten på detta område.⁷⁵ Kommissionen säger sig sträva mot praktiska lösningar snarare än ett teoretiskt fulländat angreppssätt. Man menar att problemen är annorlunda på den amerikanska marknaden som redan är integrerad och konkurrensinriktad än på den ännu inte integrerade europeiska marknaden. Till skillnad från Europa kan man i USA förlita sig till mellanmärkeskonkurrens med stöd av teorier om ekonomisk effektivitet och därmed undanta de flesta konkurrensbegränsningar i vertikala avtal från konkurrensrättens tillämpning. Kommissionen framhåller dock att man även inom EG bör analysera distributionssystem utifrån ett ekonomiskt angreppssätt.

Det finns mycket som tyder på att EG-domstolen numera allt oftare ansluter sig till ett resonemang där man erkänner betydelsen av att analysera situationen ex ante och därmed skyddar incitamentet att investera.⁷⁶ Med endast något undantag tillåts dock inte absolut territoriell exklusivitet, eftersom det skulle innebära en uppdelning av marknaden.⁷⁷ Integrationssträvandena har blivit ett mål i sig.⁷⁸ Kommissionens praxis går inte så långt som domstolens. Även om man ibland har uttalat att man bör analysera förfaranden ex ante har man i praktiken ofta gjort analysen ex post.⁷⁹ Hos kommissionen kan man också spåra uttalanden där man poängterar betydelsen av parallellimport som

⁷³ Hovenkamp, a. a. s. 271.

⁷⁴ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc. 112 S Ct. 2072, 119 L Ed 2d 265 (1992) Frågan väcks i den nyskrivna epilogen till nyttgåvan (1993) av Robert Borks The Antitrust Paradox A Policy at War with itself, 1978.

⁷⁵ Thirteenth Report on Competition Policy 1984, s. 35.

⁷⁶ Korah, EEC Competition Law and Practice s. 233 f. och där angivna referenser samt Korah —Rothnie a. a. s. 299.

⁷⁷ Jfr ovan fotnot 63.

⁷⁸ Jfr Korah — Rothnie, a. a. s. 23.

⁷⁹ Korah, EEC Competition Law and Practice s. 222–228 och där angivna referenser.

ett medel för att upprätthålla inommarkeskonkurrens och därmed pressa konsumentpriserna.⁸⁰

Således tyder det mesta på att EG-rättens utveckling när det gäller konkurrensbegränsningar i vertikala avtal inte primärt är en fråga om vilken teori om ekonomisk effektivitet som har störst fotfäste bland EG:s institutioner. De flesta synes mena att det är incitamentet att investera som är det viktiga, alltså ett ex ante resonemang.⁸¹ Däremot förefaller integrationsmålet verka i en riktning som ibland kan döljas bakom en ex post analys. Därför är det snarare strävan att upprätthålla en gemensam marknad som förklarar att EG-rätten intar en förhållandevis sträng inställning mot begränsningar av inommarkeskonkurrensen.^{82,83} Detta kan uttryckas som att de överväganden som ligger bakom en ex ante analys inom EG-rätten inte är tillräckligt starka för att helt väga upp det allmänna målet att främja en fri rörlighet för varor inom gemenskapen.⁸⁴

7. Kvalitativa eller kvantitativa bedömningar av konkurrensbegränsningar

Som nämnts ovan har det diskuterats om kvalitativa aspekter skall tillmätas betydelse vid en bedömning av konkurrensbegränsningskriteriet eller om sådana aspekter endast skall tillåtas vid en undantagsprövning.⁸⁵ Också inom denna mer rättstekniska diskussion har integrationsmålet en central plats som förklaringsmodell. I princip har kommissionen haft en tendens att föra in en extensiv grupp förfaranden under artikel 85(1) för att först därefter i en mer kvalitativ analys bevilja undantag enligt artikel 85(3). Effekten har varit att förfaranden med klart positiva effekter har ansetts falla på konkurrensbegränsningskriteriet men ändå beviljats undantag. Vissa bedömare menar att det inte är särskilt logiskt att förklara positiva avtal som konkurrensbegränsande. Som vi sett ovan har domstolen också under senare år allt oftare uttalat att exempelvis exklusivitetsklausuler i sig inte strider mot artikel 85(1). Dessutom

⁸⁰ Green, Nicholas. Hartley, Trevor C. Usher, John A. *The Legal Foundation of the Single European Market*, Oxford University Press, 1991, s. 217.

⁸¹ Det betyder inte att man alltid kan bortse från betydelsen av inommarkeskonkurrens, särskilt inte när det gäller företag med marknadsmakt.

⁸² Man kan notera att det inte är bara i amerikansk rätt man intar en mindre strikt hållning till vertikala avtal. Samma iakttagelse kan göras beträffande Storbritannien, Tyskland och Frankrike. (Jfr Ritter m. fl. s. 170 f. med referenser.)

⁸³ Jfr också Wahl. a. a. s. 62–66.

⁸⁴ Gyselen, Luc. Vertical restraints in the distribution process: Strength and weakness of the free-rider rationale under EEC competition law. *Common Market Law Review* v. 21: s. 647 (1984), hänvisningen till s. 666. Jfr också Fejø, Jens. *Monopoly Law and Market*, Kluwer, 1989, s. 248.

⁸⁵ Jfr Westin — Linder, a. a.

innebär ett sådant förfaringssätt en omständlig byråkratisk process, där företagen tvingas söka undantag hos kommissionen eller anpassa sina avtal efter gruppundantagen.⁸⁶ Eftersom kommissionen har en stor arbetsbörda tar det lång tid innan besked kan lämnas samtidigt som kommissionen endast beviljar ett tiotal undantag varje år; undantagen är också tidsbegränsade till att gälla i maximalt 5 år.⁸⁷ I praktiken har det kommit att innebära att företagen i stor utsträckning tvingas anpassa sina avtal efter gruppundantagen. Rent allmänt kan det ifrågasättas om ett sådant förfarande är väl ägnat att stimulera konkurrensen; kommissionens formella tillämpning av undantagsreglerna i 85(3) (gruppundantagen inkluderade) verkar i en konserverande riktning på det sättet att alla avtal stöps i samma form och utrymmet för nytänkande och alternativa lösningar är mycket begränsat.

Flera bedömare har argumenterat för ett ökat inslag av kvalitativa aspekter vid prövningen av artikel 85(1).⁸⁸ Andra har varit mer tveksamma.⁸⁹ Steiner menar dock att det inte är någon tvekan om att domstolen försiktigt har rört sig mot ett kvalitativt angreppssätt.⁹⁰ Diskussionen synes dock primärt handla om huruvida EG-rätten närmast sig ett förfarande som kan karaktäriseras som ett rule of reason-förfarande efter amerikansk modell i Sherman Act.⁹¹ Whish menar att ett antal domar där domstolen förklarat att vissa företeelser i sig inte träffas av artikel 85(1) snarare skall ses som en utveckling från fall till fall och inte skall sammanblandas med den

⁸⁶ En annan aspekt är att avtal som anses konkurrensbegränsande enligt artikel 85(1) också är civilrättsligt ogiltiga enligt artikel 85(2). Det kan innebära betydande osäkerhet fram till den tidpunkt då kommissionen avgjort om undantag skall beviljas. Domstolen har visserligen uttalat att en nationell domstol bör avvakta kommissionens besked om eventuellt undantag innan de förklarar ett avtal ogiltigt enligt 85(2). Jfr Mål C-234/89 Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG [1991] E.C.R. I 935 [1992] 5 C.M.L.R. 210.

⁸⁷ Whish a. a. s. 207. Under senare tid har olika åtgärder vidtagits för att snabba upp processen inom kommissionen. (Whish. a. a. s. 287.) De långa handläggningstiderna har också inneburit att kommissionen kommit att utfärda s. k. comfort letters. Ett sådant innebär att kommissionen under hand meddelar att man är beredd att lägga ärendet till handlingarna utan ytterligare åtgärder. Något bindande beslut fattas således inte. (Jfr Whish a. a. s. 311–312.)

⁸⁸ Av stor betydelse har René Jolietts arbete *The Rule of Reason in Antitrust Law* varit. (Martinus Nijhoff. Collection Scienfitique de la Faculté de Droit de L'Université de Liège 26, 1967) Även Valentine Korah har pläderat för ökade kvalitativa inslag, särskilt att den ekonomiska bakgrunden skall lyftas fram i beslut och domar. Även andra aspekter har diskuterats, t. ex. en klarare tvåstegsprövning mellan artikel 85(1) och artikel 85(3) med olika bevisbördor och en klarare distinktion mellan fakta och värdering. (Steindorf, Ernst. Article 85 and the rule of reason, *Common Market Law Review* v. 21: s. 639 (1984).)

⁸⁹ Whish, a. a. s. 206–211.

⁹⁰ Steiner, Josephine. *Textbook on EEC Law*, 4:ed., Blackstone Press Limited London 1994, s. 157.

⁹¹ Goyder betonar att EG-domstolens ökade benägenhet att använda kvalitativa aspekter vid prövningen av artikel 85(1) inte får sammanblandas med den amerikanska rule of reason regeln. Goyder, D.G. *EC Competition Law*, 2 ed. 1992 s. 117 f.

speciella rule of reason-tekniken från amerikansk rätt.⁹² Whish menar att fallen kan förklaras på annat sätt och delar in dem i tre grupper, nämligen fall där begränsningar av konkurrensen i viss mån är en *objektiv förutsättning* för avtalstypen i fråga,⁹³ fall där domstolen ansett att den *kommersiella risken* är av den sort att viss exklusivitet är nödvändig för att en investering skall göras⁹⁴ och slutligen fall som rör selektiva återförsäljaravtal som Whish föredrar att kalla en grupp *sui generis*. Mot detta kan invändas att de fall på vilken indelningen bygger lika gärna kan kategoriseras som situationer där en realprövning mot bakgrund av marknads-ekonomiska förutsättningar resulterar i att vissa begränsningar i konkurrensen är nödvändiga för att vissa avtal över huvud taget skall komma tillstånd. Således är det ett resultat av en *ex ante*-analys. En sådan ekonomisk analys förefaller oftare leda till att förfarandet under prövning anses positivt för konkurrensen. Att steget inte tas fullt ut (dvs. till en bedömning enbart grundad på ekonomiska effektivitetsaspekter) beror på att integrationsmålet gör att absolut territoriell exklusivitet i princip aldrig kan tillåtas, vilket Whish mycket riktigt påpekar.⁹⁵

Här bör noteras att kommissionen har en avvikande uppfattning i förhållande till domstolen.⁹⁶ I stor utsträckning menar kommissionen att exempelvis exklusivitetsklausuler faller inom konkurrensbegränsningskriteriet i artikel 85(1).⁹⁷ I gruppundantagen för exklusiva återförsäljaravtal och inköpsavtal anges inte ens varför vertikala avtal är konkurrensbegränsande.⁹⁸ Korah menar att kommissionen inte har tagit domstolens dom i *Delimitis*-fallet på allvar, när man trots domstolens krav på en marknadsanalys, ändå generellt tycks mena att exklusivavtal i sig träffas av artikel 85(1).⁹⁹

⁹² Whish, a. a. s. 209.

⁹³ Bl. a. *Remia*-fallet tas som exempel här. Fallet rörde en konkurrensklausul i ett överlåtelseavtal. När *Nutricia* skulle sälja *Remia* ingick i avtalet en klausul att *Nutricia* under en tioårsperiod inte skulle bedriva konkurrerande verksamhet med den nya ägaren till *Remia*. Domstolen ansåg att sådana konkurrensklausuler var nödvändiga och naturliga i avtal av det aktuella slaget. (Mål 42/84 *Remia and Nutricia v. Commission*, [1985] E.C.R. 2545 [1987] 1 C.M.L.R. 1.

⁹⁴ Här nämns fallen *Nungesser KG & Kurt Eisele v. Commission och Société Technique Minière v. Maschinenbau*, se ovan.

⁹⁵ Whish a. a. s. 211.

⁹⁶ Korah, *EEC Competition Law and Practice* s. 224–226.

⁹⁷ Jfr Pehrson a. a. och där angiven praxis.

⁹⁸ Jfr Korah —Rothnie, a. a. s. 243.

⁹⁹ Jfr Korah, *Exclusive Purchasing Obligations: Mars v. Langnese and Schöller*, (*European Competition Law Review*) [1994] 3 ECLR s. 171–175. Jfr Mål 234/89 *Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG* [1991] E.C.R. I 935 [1992] 5 C.M.L.R. 210. Fallet gällde ett exklusivt inköpsavtal beträffande ölleveranser. Vid prövningen av om avtalet kommer i konflikt med artikel 85(1) konstaterade domstolen att ett sådant avtal ofta har fördelar både för leverantören och återförsäljaren (paras 11 och 12). Domstolen menade att det är nödvändigt att analysera om ett sådant avtal till sin effekt hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen (para 13). Endast om ett annat

Vad är då bevekelsegrunden för kommissionens mer snäva perspektiv vid tolkningen av artikel 85(1)? Förklaringen ligger i att det är kommissionen som har ansvaret för den konkreta konkurrenspolitiken och ensam har behörighet att bevilja undantag med stöd av artikel 85(3).¹⁰⁰ Detta garanterar kommissionen fullständig kontroll över tillämpningen i hela gemenskapen.¹⁰¹ En nationell domstol har således att tillämpa artikel 85(1), men kan inte bevilja undantag enligt artikel 85(3). Varje steg mot en mer kvalitativ bedömning av artikel 85(1) medför följaktligen ett större utrymme för de nationella domstolarna att själva avgöra viktiga konkurrensärenden, med den påföljd att man kan fria förfaranden i sådana fall där kommissionen tidigare passivt kunde invänta en ansökan om undantag eller icke-ingripandebesked. Detta skulle göra det betydligt svårare för kommissionen att upprätthålla en gemensam praxis inom hela den gemensamma marknaden.

Det främsta argumentet för att tillämpa en kvantitativ analys av artikel 85(1) är utan tvekan att förfarandet är väl ägnat att upprätthålla en enhetlig praxis i hela gemenskapen. En divergerande praxis — om än bara tillfällig — längs geografiska nationsgränser skulle undergräva det övergripande integrationsmålet. Mot denna bakgrund kan man således tänka sig en smidigare lösning på den svenska marknaden eftersom integrationsmålet inte gör sig gällande här.¹⁰²

8. Sammanfattande slutsatser

Den nya svenska konkurrenslagen ställer stora krav på dem som skall tillämpa den. Det gäller inte bara kunskap om den ekonomiska bakgrunden och de principer som styr denna utan också förhållandet till eventuella icke-ekonomiska mål. Eftersom EG-rätten får anses vara en bas, från vilken tillämpningen av den svenska konkurrensrätten tar sin utgångspunkt, gäller det också att känna till motsvarande relationer och förhållanden inom EG-rätten. Först då kan man med anspråk på trovärdighet argumentera för en

expanderande bryggeri genom ett sådant avtal hindras tillträde i återförsäljarledet under en betydande tidsperiod begränsas konkurrensen mellan leverantörerna. Även under sådana förhållanden menade domstolen att det endast är exklusivavtal som ingås av bryggerier som på ett betydande sätt bidrar till att utestänga andra konkurrenter som träffas av artikel 85(1) (para 24).

¹⁰⁰ Förordning 17/62 med tillämpningsföreskrifter för artiklarna 85 och 86, artikel 9(1).

¹⁰¹ Visserligen kan ett beslut från kommissionen överklagas till domstolen, men det är fråga om en relativt begränsad överprövning där domstolen inte kan fördjupa faktaunderlaget. Detta innebär att kommissionens praxis har stor betydelse, även i förhållande till domstolen. (Bellamy & Child, *Common Market Law of Competition*, 4 ed. London 1993, s. 148 f.)

¹⁰² Westin och Linder har pekat på några områden där en kvalitativ bedömning skulle vara särskilt lämplig. A. a. s. 901–903.

ändamålsenlig tillämpning av den svenska konkurrensrätten. En betydande svårighet ligger i att åskådliggöra integrationsmålet betydelse för utformningen av den konkreta EG-rätten. Detta mål har knappast i sig någon relevans för den specifikt svenska rätten. Att utmönstra integrationsmålet till förmån för en mer renodlad ekonomisk effektivitetsanalys skall dock vägas mot de nackdelar som kan uppkomma med en allt för stor skillnad mellan svensk rätt och EG-rätt. Två snarlika tillämpningssystem skulle sannolikt medföra ansevärd praktiska problem, med betydande risker för förväxling. Nackdelarna med en sådan ordning skulle kunna försvara en mer teoretisk ofullkomlig lösning. Ett minimikrav är dock att detta sker efter en medveten och öppen analys där fördelarna vägs mot nackdelarna.

I svensk praxis i enlighet med de tidigare konkurrenslagarna saknas i stort sett en ex ante-analys vad beträffar exklusivitetsklau-suler.¹⁰³ I första hand var åtgärderna riktade mot företag med betydande marknadsandelar. Eftersom det gällde tillämpningen av en missbruksbestämmelse var det också naturligt att man inriktade sig på sådana företag och att inommärkeskonkurrensen då sattes i centrum. Genom en förbudsbestämmelse kommer långt fler förfaranden under bedömning, även för icke-marknadsdominerande företag, och följaktligen bör en ex ante-analys aktualiseras på ett helt annat sätt. Med lärdom av hur förbudsreglerna tillämpats i amerikansk rätt och inom EG-rätten, bör man för svenskt vidkommande begrunda att konkurrensrättsliga överväganden aktualiseras i en långt större omfattning än tidigare, vilket också ställer krav på andra analysmetoder.¹⁰⁴ Att enbart analysera ett avtal efter förhållandena på en marknad sedan produkten väl är där, en ex post-analys, leder i många fall till slutsatser som kan verka begränsande för konkurrensen, eftersom man inte tar hänsyn till att avtalet, utan den påstådda konkurrensbegränsningen, över huvud taget inte skulle kommit tillstånd. På detta sätt kan vissa marknader konserveras och skyddas mot att nya produkter tillåts nå marknaden. När konkurrensrätten utvidgas till att omfatta allt fler avtal måste också incitamentet att investera, alltså en ex ante-analys, vara en betydelsefull faktor att räkna med.

Vi har kunnat konstatera att denna diskussion i högsta grad är aktuell på EG-rättens område. Även om EG-domstolen accepterar att incitamentet att investera är betydelsefullt har man av hänsyn till integrationssträvandena inte tagit steget fullt ut. Även på den

¹⁰³ Jfr Martenius, Åke. Konkurrenslagstiftningen, Sthlm 1985, s. 161–169.

¹⁰⁴ Jfr t. ex. Korah, V. EEC Competition Policy — Legal Form or Economic Efficiency i Current Legal Problems 1986, s. 85–109.

mer rättstekniska sidan har vi kunnat konstatera att regelstyrningen, främst kompetensförhållandet och de olika intressen som domstolen och kommissionen har att tillgodose, verkar i en integrationsfrämjande riktning, ibland på bekostnad av den ekonomiska effektiviteten.

Mot denna bakgrund är det med viss förvåning man kan konstatera att den svenska lagstiftaren och Konkurrensverket inte tycks ha uppmärksammat detta i någon större utsträckning. I vissa avseenden tycks man t. o. m. ha gått i en helt motsatt riktning. I det svenska gruppundantaget för ensamåterförsäljare finns en spärregel som innebär att en leverantör som har över 35 % av den relevanta marknaden inte kan använda sig av gruppundantaget.¹⁰⁵ Något motsvarande undantag finns inte i EG-rätten. Man kan tänka sig många situationer där spärregeln får en direkt negativ verkan för konkurrensen. Gäller det exempelvis en helt ny teknisk produkt, kommer denna sannolikt att omedelbart omfatta hela den relevanta produktmarknaden. Med de omfattande investeringar som krävs för att lansera en sådan produkt är risken uppenbar att produkten aldrig når marknaden, i alla fall inte genom något mindre företag som måste förlita sig till oberoende återförsäljare. Man kan här notera att man både i amerikansk rätt och inom EG-rätten har intagit en betydligt mer generös inställning till vertikala begränsningar av konkurrensen när det gäller introduktion av nya produkter.¹⁰⁶ Inte heller kan något individuellt undantag beviljas enligt 8 § KL, eftersom ett sådant avtal skulle omfatta hela marknaden och därmed aldrig skulle kunna stå i överensstämmelse med 8 § punkten 4, dvs. att avtalet inte får sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.

De skäl som anges för spärregeln är i första hand resultatet av en ex post-analys, dvs. att en allt för stor marknadsandel för en viss produkt tyder på bristande mellanmärkeskonkurrens och att man därför bör öppna upp för inommärkeskonkurrens.¹⁰⁷ Att redan vid en marknadsandel på 35 % utesluta tillämpningen av gruppundantaget är enligt min mening inte ägnat att främja konkurrensen. Man måste komma upp i betydligt högre marknadsandelar innan de hot som skisseras blir aktuella, sannolikt en monopolliknande marknad. Då finns andra medel att tillgå, främst reglerna om missbruk av dominerande ställning.

¹⁰⁵ Spärregeln har nyligen utsatts för en kritisk analys av Johan Carle, Spärregeln i det svenska gruppundantaget för ensamåterförsäljaravtal, SvJT 1994 s. 814–821.

¹⁰⁶ Gyselen, a. a. s. 650.

¹⁰⁷ Regeringens förordningsmotiv 1993:1 s. 5 f. Visserligen erkänns behovet av skydd när nya marknader skall penetreras men enligt motiven är ofta lokala svenska marknader så små att det inte finns utrymme för att etablera ytterligare märken.