

Svensk konkurrensrätt i ljuset av tjugo års medlemskap i EU

1 Inledning

Den 1 januari 2015 var det 20-års jubileum för Sveriges medlemskap i EU. Vid tidpunkten för EU-anslutningen år 1995 utgjorde konkurrensreglerna en central del av inre marknadsreglerna och en mycket viktig del av den ideologi av marknadsekonomi och liberalisering som genomsytrade EU-rätten och som överfördes till medlemsstaterna. Reglernas (tidvis) mycket långtgående tillämpning ansågs då fortfarande som någonting uppseendeväckande och till en viss del kontroversiellt.

Idag utgör konkurrensrätten fortfarande en hörnsten inom inre marknadsreglerna. Vad gäller synen på konkurrensreglerna har de på sätt och vis blivit en del av de grundläggande "EU-stoffet". Förutom när kommissionen då och då hindrar sammanslagningen av "national champions", är det nog sällan som kommissionens aktivitet inom konkurrensrättsområdet får någon att höja på ögonbrynen. Fokus i debatten har i viss mån skiftat från den marknadsinriktade ideologin som följde med mycket av det regelverk som kom "från Bryssel", och som nu tas för givet, till samarbetet på mycket mer känsligare politiska områden som exempelvis säkerhets- och flyktingpolitik. Ett sätt att se på denna situation är helt enkelt att systemet har mognat.

I detta kapitel beskrivs i väldigt stora drag vad som har hänt inom detta traditionella EU-rättsliga område, konkurrensrätten, på både EU och svensk nivå, sedan Sveriges inträde i EU. Vidare kommer ändringarna på EU och nationell nivå att jämföras och diskuteras. Med tanke på formatet för denna lilla not är det inte meningen att fördjupa sig i detaljer gällande rättspraxis och regler, utan fokus ligger istället på vissa utvalda

utvecklingslinjer. Det bör sägas redan nu att vissa för konkurrensrätten och för konkurrenspolitiken viktiga och intressanta utvecklingslinjer som t.ex. interaktionen med grundläggande rättigheter, verkställandet i Sverige av EU:s regler om statsstöd samt frågor om upphandling helt lämnats utanför denna framställning.

I avsnitt 2 redovisas de utgångspunkter som gäller för lagreglernas utformning samt deras tolkning som visar på kopplingen mellan EU:s och svensk konkurrensrätt. Vidare kommer i följande avsnitt (3–4) att presenteras de förändringar som har skett både på EU och svensk nivå. En analys av de förändringar som har skett och EU-rättens påverkan på svensk nivå redovisas sedan i avsnitt 5.

2 Utgångspunkter

Den nuvarande svenska konkurrenslagen (KL) är från 2008 och utgör den ”andra generationens” konkurrensreglering sedan EU-inträdet 1995.¹ Lagen innehåller materiella regler som är mer eller mindre spegelbilder av reglerna på EU-nivå gällande antitrustområdet och koncentrationskontrollen. Vad gäller antitrustområdet, innehåller 2:1–2 §§ KL förbudet mot konkurrensbegränsande avtal och legalundantaget vilket motsvarar artikel 101 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Vidare stadgar 2:7 § KL ett förbud mot missbruk av en dominerande ställning vilket motsvarar artikel 102 FEUF. Vad gäller koncentrationskontrollen regleras detta av 4:1 § KL inom svensk rätt och av förordning 139/2004 på EU-nivå.²

Dessutom tillkommer regler både inom EU:s konkurrensrätt och den svenska KL om statliga åtgärder avseende privilegierade företag som begränsar konkurrensen, vilka kompletterar varandra. I artiklarna 107–108 FEUF finns förbud mot och undantag för statligt stöd riktat mot vissa företag eller marknadssektorer. I artikel 106.1 FEUF finns även ett förbud mot statliga åtgärder gällande vissa privilegierade företag, dvs. företag som erhållit särskilda eller exklusiva rättigheter, samt offentliga företag, som resulterar i överträdelser av andra fördragsregler, i synnerhet konkurrensreglerna i artiklarna 101, 102 och 107 FEUF. Vidare stadgar 3:27 § KL ett förbud mot vissa förfarande som vidtas av offentliga företag eller

¹ Konkurrenslag (2008:579).

² Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer, EUT 2004 L 24/1 (förordning 139/2004).

viss offentlig säljverksamhet. Det är viktigt att understryka att i svenska KL saknas regler om statsstöd och att 3:27 § KL inte utgör en spegelbild av en EU-rättslig regel även om det finns vissa likheter med artikel 106 FEUF. Vidare innehåller artikel 106.2 FEUF ett specifikt undantag för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som kan tillämpas för verksamheten i sig eller företaget som erbjuder sådana tjänster och som hindrar tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 101, 102 och 107 FEUF.

Vad gäller de olika reglernas tillämpningsområde bör det understrykas att de EU-rättsliga och svenska reglerna inom antitrustområdet kan tillämpas parallellt på samma förfarande. Vad gäller koncentrationskontrollen är reglerna på EU och svensk nivå ömsesidigt uteslutande.³ Vidare kan de EU-rättsliga och svenska konkurrensreglerna om statliga åtgärder överlappa även om de är inriktade på olika företeelser.

En viktig utgångspunkt är att den svenska konkurrensrätten ”EU-anpassades” redan före Sveriges inträde genom Konkurrenslagen från 1993 (KL 1993).⁴ Denna förändring, som rörde antitrustreglerna, innebar i sig ett systemskifte. Den äldre konkurrenslagstiftningen från 1982 (KL 1982) byggde till en övervägande del på ett helt annat system, den s.k. missbruksprincipen, som något förenklat kan beskrivas som att konkurrensbegränsningar angreps i efterhand.⁵ KL 1993 introducerade ett system baserat på förbudsprincipen, dvs. att konkurrensbegränsningar är förbjudna sedan de ingås, samt ett notifieringssystem av konkurrensbegränsande avtal och andra åtgärder med konkurrensverket (KKV) som tillsyns- och övervakningsmyndighet. KKV:s roll kan beskrivas som en spegelbild av kommissionens roll inom det EU-rättsliga konkurrensrätts-systemet.

KL 1993 byggde m.a.o. på en harmonisering med EU-rätten. Detta förstärktes av förarbetsuttalanden om att tolkningen av olika begrepp i konkurrenslagen dessutom skulle följa praxis från EU-domstolen, även om svensk konkurrensrätt i vissa fall måste anpassas till svenska förhållanden.⁶ Av detta följer att en av de viktiga utgångspunkter var att svensk rätt skulle följa den utveckling som sker på EU nivå.

³ Förordning 139/2004, artikel 21.3.

⁴ Konkurrenslag (1993:20).

⁵ Konkurrenslag (1982:729).

⁶ Prop. 1992/93:56, s. 21 och 62.

3 Förändringar på EU-nivå

Denna framställning är alldeles för kortfattad för att ge en uttömmande redovisning av alla de förändringar som har skett inom EU:s konkurrensrätt. Redovisningen kommer därför att hålla sig till ett urval av vissa specifika utvecklingslinjer.

3.1 Konkurrensrättens skifte mot en mer ekonomisk bedömning

En första utvecklingslinje gäller innehållet i de materiella konkurrensreglerna och den grad av ekonomisk analys som karaktäriserar tolkningen och tillämpningen av alla EU:s konkurrensregler. Givetvis hör det till konkurrensrättens natur att tillämpningen av reglerna i enskilda fall inkluderar ekonomiska bedömningar. Begrepp som relevant marknad, missbruk, konkurrensbegränsning eller testet om en privat investerare kräver någon form av ekonomisk analys av situationen i ett enskilt fall. Den kritik som framfördes mot konkurrensrätten tiden före moderniseringsreformen år 2004 var att graden av ekonomisk analys var alldeles för begränsad.⁷ En alldeles för formalistisk syn på konkurrensbegränsningskriteriet under artikel 101 FEUF och på fastställandet av en dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF kritiserades eftersom det kunde resultera i en alltför expansiv konkurrensrätt. Detta skulle eventuellt resultera i s.k. typ I-fel, dvs. intervention mot åtgärder och avtal som är bra för marknaden och som gynnar konsumenter.

Sedan början av nittioalet har en utvecklingslinje varit en ökad grad av ekonomiska bedömningar enligt konkurrensreglerna. *Delimitis* utgör kanske en sådan viktig hållpunkt i utvecklingen av konkurrensbegränsningskriteriet i artikel 101 FEUF där domstolen underströk vikten av en fullständig utredning av marknadsförhållanden i enskilda fall.⁸ Utvecklingen tog sedan fart med det ”nya” gruppundantaget och de nya riktlinjerna för vertikala begränsningar år 1999 samt de substantiella ändringar

⁷ Se t.ex. Jones, Alison, Analysis of agreements under US and EC antitrust law – Convergence or divergence?, Antitrust Bulletin 2006, volym 51, s. 691 (Jones), s. 745 ff.; Akman, Pinar, The Concept of Abuse in EU Competition Law, Hart Publishing, 2012, Oxford (Akman).

⁸ Mål C-234/89 Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG, ECLI:EU:C:1991:91 (Delimitis).

som gjordes i alla gruppundantag år 2004.⁹ Moderniseringsreformens materiella sida innebar därmed ett skifte i fokus från hindrandet av samhandel genom framför allt vertikala avtal, eller m.a.o. den s.k. marknadsintegrationen, till ekonomisk effektivitet och/eller s.k. konsumentvälfärd vid tillämpningen av artikel 101 FEUF.¹⁰ Vad gäller utvecklingen av tillämpningen av artikel 102 FEUF skedde inte denna på ett lika naturligt sätt som utvecklingen av tolkningen av artikel 101 FEUF. Diskussionen satte fart ordentligt först vid tiden för moderniseringsreformen och pågick under många år tills kommissionen utfärdade den s.k. prioritetsvägledningen, ett meddelande gällande bedömningen av utestängande missbruk under artikel 102 FEUF.¹¹ Prioritetsvägledningen introducerade det s.k. lika-effektiv-konkurrent-testet (AEC-testet) vilket skulle begränsa missbruksbegreppets omfång till situationer där endast lika ekonomiskt effektiva konkurrenter skulle kunna slå ut av en utestängande åtgärd.¹² Det kan dock ifrågasättas vilken betydelse testet i prioritetsvägledningen kommer att få i praktiken. I ett par uppmärksammade fall, både vid domstolen och tribunalen, har AEC-testet som utformad i prioritetsvägledningen inte godtagits som en tvingande standard vid missbruksbedömningen enligt artikel 102 FEUF.¹³ Icke desto mindre tycks domstolen ha accepterat AEC-testet vad gäller s.k. prisbaserade missbruk.¹⁴

Utvecklingen inom antitrustområdet har även följts upp med revideringar av de materiella reglerna inom andra konkurrensrättsliga områden.

⁹ Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, EGT 1999 L 336/21; Tillkännagivande från kommissionen, Riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT 2000, C 291/01; för ett smakprov på den ekonomiska angreppsvinkeln sedan år 2004 se Meddelande från kommissionen, Tillkännagivande, Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, EUT 2004 C 101/97.

¹⁰ Se t.ex. Maher, Imelda, *Competition Law Modernization: An evolutionary tale?*, kapitel 23 i Craig, Paul och de Burca, Grainne (red.), *The Evolution of EU Law*, 2:a u., Oxford University Press 2011, Oxford, s. 729 ff. (Maher).

¹¹ Meddelande från kommissionen, Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT 2009 C 45/7 (Prioritetsvägledningen).

¹² Prioritetsvägledningen, punkterna 25–27.

¹³ Mål C-549/10 P Tomra mot kommissionen, ECLI:EU:C:2012:221 (Tomra); mål T-286/09 Intel Corp. mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2014:547 (Intel).

¹⁴ Mål C-209/10 Post Danmark mot Konkurrenserådet, ECLI:EU:C:2012:172 (Post Danmark); mål C-52/09 Konkurrensverket mot TeliaSonera Sverige AB, ECLI:EU:C:2011:83 (TeliaSonera); mål C-280/08 P Deutsche Telekom AG mot kommissionen, ECLI:EU:C:2010:603 (Deutsche Telekom).

Vid Sveriges inträde i EU hade den äldre koncentrationsförordningen utfärdats relativt nyligen.¹⁵ Kommissionen tycks ha visat en viss restriktivitet under första perioden av koncentrationskontroll med få förbudsbeslut. En mer intensiv period följde men uppmärksammades mest pga. av de tre beslut av kommissionen som underkändes av tribunalen (dåvarande förstainstansrätten).¹⁶ Detta resulterade bl.a. i nedläggandet av Merger Task Force och i att en chefsekonom utsågs för en mer rigorös kontroll av ekonomiska bedömningar i kommissionsbeslut. Vidare reviderades det materiella testet inom koncentrationskontrollen vid moderniseringsreformen år 2004, vilket resulterade i ett mer ekonomiskt test, i grunden ett effektsbaserat test, samt en explicit bedömning av effektivitetsvinster.¹⁷ Ovanligt nog, ämnade och innebar införandet av ett mer ekonomiskt test inom detta område att det blev möjligt att fånga in konkurrensbegränsningar på marknaden som det äldre ”formalistiska” dominanstestet inte kunde fånga in.¹⁸ Det nya testet innebar därmed en mindre utvidgning av tillämpningsområdet för att undvika s.k. typ II-fel, dvs. att konkurrensreglerna inte omfattar åtgärder med negativa effekter på marknaden. Härutöver har två moderniseringsreformer genomförts inom statsstödsområdet, men detta diskuteras mer nedan (avsnitt 3.3.).

Vad gäller mottagandet av en skiftning till en mer ekonomisk bedömning tycks ambitionerna ha uppskattas av de flesta praktiker och akademiker. Vad avser resultaten av reformerna tycks åsikterna gå isär beroende på vilket område som avses. Ändringarna gällande tillämpningen av artikel 101 FEUF tycks ha uppnått sitt syfte och ha accepterats av de flesta. Även om det periodvis har spekulerats om att t.ex. tillämpningen av marknadsandelar skulle lägga en alldeles för stor börda på företagen, tycks de flesta se användningen av tröskelvärden för marknadsandelar och distinktionen mellan avtal som ingås mellan konkurrenter (horisontella avtal) och avtal som ingås mellan icke-konkurrenter (vertikala avtal) som ett sunt skifte i konkurrenspolitiken. Även ändringarna inom koncentrationskontrollen

¹⁵ Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, EGT 1989 L 395/1.

¹⁶ Bl.a. mål T-5/02 Tetra Laval BV mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2002:264 (Tetra Laval).

¹⁷ Se förordning 139/2004, artikel 2.3. Jfr med det materiella testet i Rådets förordning (EEG) nr 4064/89, EGT 1989 L 395/1, artikel 2.3.

¹⁸ Gonzalez Diaz, Francisco Enrique, The Reform of European Merger Control: Quid Novi Sub Sole?, World Competition 2004, vol. nr 5, s. 177 ff. (Gonzalez Diaz), s. 185–191.

tycks ha haft den avsedda effekten om en mer ekonomisk bedömning.¹⁹ Vad gäller ändringar gällande artikel 102 FEUF verkar många anse att unionsdomstolarna hållit tillbaka utvecklingen genom att upprätthålla tidigare rättspraxis som gav uttryck för en formbaserad bedömning avseende vissa typer av missbruk.²⁰ Många skulle nog välkomna om kommissionens AEC-test fick ett större genomslag.

3.2 Skiftet mot en mer riktad övervakning av vissa överträdelser av konkurrensrätten

En andra utvecklingslinje gäller steget från en administrativ kontroll från kommissionens sida av alla avtal och åtgärder till en mer riktad övervakning och genomförande (*enforcement*) av konkurrensreglerna. Systemskiftet, moderniseringsreformen inom antitrustområdet år 2004, utgör den stora hållpunkten i denna utveckling, men inte den enda.²¹ Införandet av leniencyprogrammet och förlikningsproceduren vad gäller karteller, samt antagandet av skadeståndsdirektivet (och ”medföljande” rättsakter) utgör ytterligare reformer som har haft till syfte att stärka och fokusera den konkurrensrättsliga interventionen på karteller.²²

Moderniseringsreformens mål var att främja en decentralisering av tillsynen och övervakningen av konkurrensrätten och därmed att öka ansvaret för nationella konkurrensmyndigheter och domstolar. Istället för

¹⁹ Weitbrecht, Andreas, A well-watered plateau: EU merger control 2011–2013, *European Competition Law Review* 2014, vol. nr 35, s. 282 ff. (Weitbrecht), s. 287–288.

²⁰ Se t.ex. Ibáñez Colomo, Pablo, Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy, LSE Legal Studies Working Paper nr 29/2014, 26 november 2014 (Ibáñez Colomo); Venit, James S, Case T-286/09 Intel v Commission – The Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward, *European Competition Journal* 2014 s. 203 ff. (Venit).

²¹ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT 2003 L 1/1.

²² Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, EUT 2006 C 298/17; Kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, EUT 2004 L 123/18, artiklarna 2.1 och 10.a; Kommissionens tillkännagivande om förlikningsförfaranden i samband med beslut enligt artikel 7 och artikel 23 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 i kartellärenden, EUT 2008 C 167/1; Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser, EUT 2014 L 349/1.

att kommissionen skulle bördas med genomgången av tusentals avtal, vilket var fallet med övervakningssystemet under förordning 17/62,²³ av vilka många hade troligtvis väldigt små effekter på marknaden, kunde kommissionen efter år 2004 rikta sin övervakning på prioriterade fall, i synnerhet kartellöverträdelse, andra allvarliga konkurrensbegränsningar och "nyckelsektorer".²⁴ Decentraliseringen öppnade således upp för nationella domstolar och nationella konkurrensmyndigheter att hantera fall av mindre betydelse eller fall som hade en nationell dimension. Vad gäller leniencyprogrammet infördes det redan år 1996 genom ett meddelande som senare har reviderats år 2002 och 2006.²⁵ Leniencyprogrammet spetsade till kommissionens åtgärder att komma åt karteller genom att underlätta upptäckten och insamlandet av information (läs bevis). Företag som deltar i karteller kan få immunitet eller nedsättning av böter genom att vända sig till kommissionen. Incitamentet är starkast för de företag som vänder sig till kommissionen först eftersom de kan få immunitet vilket destabiliserar kartellsamarbeten. En ökad risk för upptäckt resulterar dessutom i ökad avskräckningseffekt. Vidare infördes möjligheten till förlikning år 2008 för att undvika dyra och komplicerade konkurrensrättsliga processer som kan fortgå i många år och som belastar domstolssystemet, i synnerhet Tribunalen.²⁶ I utbyte kan kartelldeltagarna få upp till 10 % "rabatt" på sina böter.

Huruvida moderniseringsreformen inom antitrustområdet skall ses som lyckad eller inte beror i hög grad på vilket syfte som skall anses vara den "viktigaste" med reformen. Enligt författaren torde huvudpoängen med reformen ha varit att frigöra resurser och att koncentrera övervakningen och tillsynen på de konkurrensbegränsningar som anses vara mest

²³ Förordning nr 17, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 EGT 1962, s. 204, Svensk specialutgåva: område 8 Volym 1 s. 8.

²⁴ Meddelande från kommissionen, "En aktiv konkurrenspolitik för ett konkurrenskraftigt Europa", COM (2004) 293 slutlig, s. 16–17.

²⁵ Kommissionens meddelande om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden EGT 1996 C 207/4; Kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden EGT 2002 C 45/3; Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, EUT 2006 C 298/17.

²⁶ Ginevra Bruzzoneb and Marco Boccacciobb, Taking Care of Modernisation After the Start-up: A View from a Member State, *World Competition* 2008, vol. nr 31, 89 ff. (Bruzzoneb & Boccacciobb), s. 97; Hinds, Anna-Louise, All settled? Some six years of cartel settlement, *European Competition Law Review* 2014, vol. nr 35, s. 292 ff. (Hinds), s. 292–293.

skadliga. Om det antagandet stämmer, är antalet karteller som kommissionen ingripit mot sedan år 2004 en ganska imponerande siffra, jämfört med antalet ärenden före reformen.²⁷ Leniencyprogrammet har i detta avseende blivit en central del av de mekanismer och utredningsåtgärder som kommissionen har till sitt förfogande i kartellbekämpningen. Det är förmodligen alldeles för tidigt att utvärdera förlikningsmekanismen, men siffrorna tycks ändå visa på att kommissionen flitigt använt sig av möjligheten i kartellfall under senare år (runt hälften av alla fall).²⁸ Givetvis är kartellbekämpningen ännu inte perfekt och det finns en rad ”problem” som fortfarande bör åtgärdas. Ett sådant problem rör den avskräckningseffekt som existerande åtgärder, i synnerhet böterna, har på företagens incitament att ingå kartellavtal. Det är ingen tvekan att böterna som har utdömts av kommissionen ökat markant under de senaste två decennier.²⁹ Ett antal studier visar dock att böterna ändå inte når upp till nivån som enligt ekonomisk teori (optimal deterrence model) krävs för att effektivt avskräcka företag från konkurrensöverträdelser.³⁰ Kommissionens ansträngningar att underlätta för ”private enforcement” genom skadeståndsdirektivet och medföljande instrument, kan, i teorin, öka trycket på deltagare i karteller till följd av skadeståndsprocesser från företag eller konsumenter som har drabbats av överpriser. Även om skadeståndsdirektivet främst ska ses som en åtgärd som garanterar ett effektivt rättsskydd för enskilda kan det även bidra till att höja konkurrensreglernas avskräckningseffekt.

Vad gäller andra konkurrensrättsliga områden har reformer inte gått så långt som att släppa kommissionens centraliserade administrativa kontroll. Reformerna har haft syftet att fördela ansvaret bättre mellan nationella myndigheter och kommissionen, och/eller att begränsa utredningar av kommissionen till allvarigare konkurrensbegränsningar. Inom kon-

²⁷ Kommissionen tog 122 beslut under perioden år 2004–2013. Av dessa, gällde 54 beslut kartellärenden. Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och Rådet, Tio år av antitrustregler enligt förordning 1/2003: Resultat och framtidsutsikter, COM(2014) 453 slutlig, punkt 8. Dessutom har ca 27 % av de beslut som nationella konkurrensmyndigheter tagit gällt karteller under samma period.

²⁸ Se kommissionens hemsida.

²⁹ Se Wils, Wouter, *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR*, *World Competition* 2010, vol. nr 33, s. 5 ff. (Wils), s. 11.

³⁰ Emmanuel Combe and Constance Monnier, *Fines against hard core cartels in Europe: The myth of overenforcement*, *The Antitrust Bulletin* 2011, vol. nr 56, s. 235 ff., se s. 267.

centrationskontrollen kan revideringarna i hänvisningsreglerna, som bestämmer om antingen EU:s eller nationella konkurrensregler skall tillämpas på en koncentration i ett enskilt fall, ses som mindre anpassningar, om än viktiga, av det existerade systemet för övervakning.³¹ Inom statsstödsområdet, kan det generella gruppundantaget ses som en reform ämnad att minska antalet notifieringar till kommissionen samt att förenkla förfarandet för undantag av stöd med mindre effekter på konkurrensen.

3.3 Ett ökat fokus på statliga åtgärder som snedvrider konkurrensen

En tredje utvecklingslinje rör konkurrensrättens reglering av statliga åtgärder. Ett viktigt mål med konkurrensrätten har alltid varit att främja liberalisering och att minska konkurrensbegränsande åtgärder som vidtas av medlemsstaterna. Ser man till EU:s konkurrenspolitik i vid mening, har reglerna om fri rörlighet främjat konkurrensen genom eliminering av handelshinder som därmed lett till ett öppnande av nationella marknader och främjandet av bl.a. importkonkurrens. Konkurrensrätten har i denna del fungerat som ett komplement till reglerna om fri rörlighet genom regleringen av privilegierade företag i artiklarna 106 FEUF och 107 FEUF, dvs. företag som fått särskilda eller exklusiva rättigheter (läs monopol), företag som ägs av staten (offentliga företag), samt företag som erhållit ekonomisk stöd (statsstöd) från medlemsstaternas sida. Det bör understrykas att denna del av konkurrensrätten har alltid varit mer kontroversiell än antitrustreglerna och koncentrationskontrollen eftersom den direkt har begränsat medlemsstaternas möjligheter att påverka en viktig del av den ekonomiska politiken (industrial policy) samt att vidta åtgärder med sociala hänsyn, som olika typer av välfärdssystem.³²

En första liberaliseringsvåg gällande företag med särskilda och exklusiva rättigheter tog fart under 90-talet, i synnerhet inom telekomsektorn, med stöd av lagstiftningskompetensen under artikel 106.3 FEUF.³³ Avregleringen skedde i första hand genom ett antal direktiv inom nyckelsektorer som telekom, post och energi.

³¹ Förordning 139/2004, artiklarna 4.4–5, 9 och 22.

³² Chalmers, Damian, Davies, Gareth, och Monti Giorgio, "European Union Law", 3:e u. Cambridge University Press, Cambridge 2014, s. 1052.

³³ Kommissionens direktiv 88/301/EEG av den 16 maj 1988 om konkurrens på marknaderna för teleterminalutrustning, EGT 1988 L 131/73, Svensk specialutgåva, område 08, vol. 1 s. 99 (dir. 88/301).

Under 90-talet skedde dessutom en långtgående utveckling av rättspraxis under artikel 106.1 och 106.2 FEUF. Rättsfall som *RTT* och *Corbeau* gav ytterligare stöd för kommissionens liberaliseringsambitioner.³⁴ Vidare i fall som exempelvis *Höfner* och *Albany* utvidgade domstolen konkurrensrättens tillämpningsområde (genom kriteriet företag och begreppet ekonomisk verksamhet) till vissa delar av medlemsstaternas välfärdssektorer och begränsade möjligheterna för medlemsstaterna att tilldela legala monopol.³⁵ Det bör dock understrykas att domstolen godkände de nationella regleringarna i många av dessa fall. Domstolen godkände dock dessa åtgärder under antingen snäva och svårbedömda inskränkningar av företagsbegreppet eller undantagsregeln i artikel 106.2 FEUF vilket ändå upprätthöll domstolens explicita kontroll. Denna utveckling tycks ha fortsatt under de senaste tio åren. I fallen *MOTOE*, *Connect Austria* och *DEI* har domstolen fortsatt att flytta fram positionerna för tolkningen av den kombinerade tillämpningen av artiklarna 106.1 och 102 FEUF.³⁶ Ett problem med den kombinerade tillämpningen av artiklarna 106.1 och 102 FEUF har alltid varit påvisandet av att den statliga åtgärden orsakat ett missbruksbeteende enligt artikel 102 FEUF, vilket har begränsat tillämpningsområdet för reglerna ifråga. I *DEI* har dock kommissionen och domstolen lättat på detta krav vilket underlättar möjligheten att angripa offentliga företag i dominerande ställning som fått fördelar genom statliga åtgärder och som resulterat i snedvridningar av konkurrensen.³⁷

Vad gäller lagstiftningen om liberalisering har denna under de senaste tjugo åren inte endast expanderat, utan även utvecklats vad gäller metoden för regleringen och tillsynen av de berörda marknaderna.³⁸ Precis

³⁴ Mål C-18/88 Régie des télégraphes et des téléphones mot GB-Inno-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474 (*RTT*); mål C-320/91 Brottmaß mot Paul Corbeau, ECLI:EU:C:1993:198 (*Corbeau*).

³⁵ Mål C-41/90 Klaus Höfner et Fritz Elser mot Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*); mål C-67/96 Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*).

³⁶ Mål C-49/07 Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID mot Elliniko Dimosio, ECLI:EU:C:2008:376 (*MOTOE*); mål C-462/99 Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH mot Telekom-Control-Kommission, i närvaro av Mobilkom Austria AG. ECLI:EU:C:2003:297 (*Connect Austria*); mål C-553/12 P Europeiska kommissionen mot Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (*DEI*), ECLI:EU:C:2014:2083 (*DEI*).

³⁷ *DEI*, punkt 46.

³⁸ Se Hancher, Leigh, och Larouche, Pierre, *The Coming of Age of EU Regulation of Network Industries and Services of General Economic Interest*, kapitel 24 i Craig, Paul

som på antitrustområdet har regleringen gradvis byggt upp nätverk av nationella myndigheter som alltmer beaktat unionsintressen i motsats till nationella intressen. Samtidigt har kommissionen genom konkurrensreglerna kunnat intervensera i fall där styrningen av nationella myndigheter inte fungerat. Allt som allt, verkar denna växelverkan mellan lagstiftning och tillämpning av konkurrensreglerna befäst och förstärkt kommissionens möjligheter att styra och leda nationella myndigheters arbete.

Vad gäller statsstödsområdet tycks kommissionen under tiden före Sveriges inträde i EU ha varit relativt restriktiv i sin intervention. Precis som i fallet gällande liberalisering, ökade kommissionens aktivitet gentemot statsstöd under 90-talet.³⁹ Sedan dess har expansionen och graden av kontroll av statsstöd alltjämt fortsatt och ökat. Den första stora (moderniserings)reformen av statsstödsreglerna följde reformen av antitrustreglerna under åren 2005–2009 (State Aid Action Plan, s.k. SAAP).⁴⁰ Syftet var att minska stödåtgärder från medlemsstaternas sida och att göra tillåtna stödåtgärder effektivare. Som ett led i denna utveckling har tolkningen av statsstödsreglerna i allt större grad inkluderat ekonomiska bedömningar. De ökade kraven på stödets främjande av ett gemensamt intresse, påvisandet av ett marknadsmisslyckande eller ett legitimt rättvisebaserad mål, samt kraven på stödets lämplighet och proportionalitet har fördjupat kontrollen av stödåtgärder och även inkluderat en effektivitetsbedömning av de enskilda åtgärderna.⁴¹ Som det har beskrivits i litteraturen har statsstödskontrollen gått från en kontroll av stöd (läs subventioner) med negativa effekter på samhandeln till en allt större kontroll av medlemsstaternas användning av skattemedel.⁴² Vidare syftade reformen enligt SAAP även till att förenkla förfaranden och att göra en viss decentralisering av tillsynen och genomförandet av statsstödsregleringen

och de Burca, Grainne (red.), *The Evolution of EU Law*, 2:a u., Oxford University Press 2011, Oxford, s. 743 ff.

³⁹ Chalmers, Damian, Davies, Gareth, och Monti Giorgio, *European Union Law*, 3:e u. Cambridge University Press, Cambridge 2014, s. 1055.

⁴⁰ Kommissionen, *Handlingsplan för statligt stöd – mindre men bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005–2009*, Bryssel KOM(2005) 107 slutlig.

⁴¹ Hancher, Leigh, Otteranger, Tom, och Slot, Piet Jan, *EU State Aids*, 4:e u. Sweet & Maxwell 2012 (Hancher, Otteranger & Slot), s. 7–8.

⁴² Coppi, Lorenzo, *The role of economics in State aid analysis and the balancing test*, kapitel 4 i Szyszczak, Erika (red.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Edward Elgar, Cheltenham 2011, s. 64 ff. (Coppi), s. 75–77.

(enforcement). Bl.a. introducerades ett s.k. allmänt gruppundantag som på sätt och vis överflyttade en viss del av ansvaret för övervakningen av statsstöd till nationella domstolar. Vad gäller verkställandet av reformen, hindrades denna till viss del av den ekonomiska krisen vilket tvingade kommissionen till en ökad flexibilitet, en ändrad inställning till vissa typer av stöd som "Rescue and Restructuring Aid" samt en minskad tillämpning av de ekonomiska principer som uppställts i SAAP. Ser man till de sektorer där den mer ekonomiska bedömningen ändå fick genomslag verkar inte graden av stöd ha minskat nämnvärt, även om stödet har blivit mer riktat och mer förenlig med de principer som infördes genom reformen.⁴³ Den andra reformen, "State aid Modernization" (SAM), påbörjades år 2012. Strategin i den senaste moderniseringsreformen syftar till att öka tillväxten inom en konkurrenskraftig inre marknad, att fokusera statsstödsreglerna gentemot de fall som påverkar den inre marknaden samt att skapa enhetligare regler och att få till snabbare beslut.⁴⁴ Våldigt förenklat innebär SAM en fördjupad reform längs samma linjer som SAAP. Det allmänna gruppundantaget har sålunda utvidgats ytterligare och bedömningen av stöd enligt undantagsreglerna i artikel 107.3 FEUF har kopplats alltmer till marknadsmisslyckanden och ett (ekonomiskt) effektivitetstest. Sammantaget har moderniseringsreformerna inom statsstödsområdet inneburit en allt högre grad av ekonomisk analys av stöd enligt undantagsreglerna, samtidigt som bedömningen av de konkurrensbegränsande effekterna av stöd enligt förbudsregeln i artikel 107.1 FEUF upprätthållit ett formalistiskt synsätt.

Sammanfattningsvis, är en personlig reflektion, att till skillnad från ändringarna inom antitrustområdet som har haft till syfte att begränsa reglernas tillämpningsområde och omfång, har ändringarna gällande statliga åtgärder gått i en motsatt riktning, dvs. en ökad kontroll från kommissionens och unionsdomstolarnas sida.

⁴³ Hancher, Otteranger & Slot, s. 10.

⁴⁴ Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén – Modernisering av det statliga stödet i EU, KOM(2012) 209 slutlig.

4 Förändringar på svensk nivå

Vad gäller den svenska konkurrensrätten innebar EU-inträdet som ovan nämnts ett systemskifte. Sedan dess tycks ändringar inom den svenska konkurrensrätten främst ha reflekterat de förändringar och de tendenser som har skett på EU-nivå. Den ökade ekonomiska inslaget i analysen, moderniseringsreformen och den mer riktade övervakningen av konkurrensmyndigheterna, samt den ökade fokusen på statliga åtgärder, är tendenser som även avspeglats på den svenska konkurrensrätten.

4.1 Moderniseringsreformen i Sverige – en större inriktning på karteller och ett ökat inslag av ekonomisk analys?

Moderniseringsreformens två aspekter, den administrativa sidan och den materiella sidan, infördes båda under år 2004 samtidigt som skiftet till förordning 1/2003 verkställdes på EU-nivå.⁴⁵ Vad gäller den administrativa sidan innebar systemskiftet att resurser kunde frigöras även för KKV för en mer inriktad tillsyn på karteller och andra allvarliga konkurrensbegränsningar.⁴⁶ Som det uttalas i utredningen som föregick KL 2008, verkar KKV:s fokus ha skiftat till karteller redan i början av 2000-talet. Dessförinnan låg fokus framför allt på att hantera alla de anmälningar av ärenden om icke-angripande besked och undantag som hade inkommit vid skiftet till KL 1993.⁴⁷ Ser man till de förändringar som genomfördes under 2000-talet i själva lagen verkar trenden att inrikta konkurrensövervakningen på kartellöverträdelser ha följts även inom svensk konkurrensrätt.

Eftergiftsprogrammet infördes 2002.⁴⁸ Med inspiration från framför allt de kanadensiska och amerikanska leniencyprogrammen påbörjades arbetet under 2000/01 med att ta fram regler om eftergift och nedsättning. Regleringen anpassades dock till de EU-rättsliga normerna. Som

⁴⁵ Lag (2004:409) om ändring i konkurrenslagen.

⁴⁶ Prop. 2003/04:80, s. 76.

⁴⁷ KKV:s rapportserie (2000:1), Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag, s. 281; prop. 2003/04:80, s. 67.

⁴⁸ KKV:s 2002:1. Se lag (2002:595) om ändring i konkurrenslagen (1993:20), prop. 2001/02:167. Möjligheterna till nedsättning för samarbete och ingivandet av information gällande egna företagets egna överträdelser till KKV fanns sedan tidigare, i synnerhet efter ändringen i 28 § KL 1993.

nämnts ovan leder eftergiftprogrammet till att karteller blir mer instabila genom att öka incitamenten för företag att själva informera konkurrensmyndigheter om kartellöverträdelser. Samtidigt underlättas utredningsarbetet genom att konkurrensmyndigheterna får tillräckligt med data för att påvisa kartellöverträdelser istället för att myndigheterna på egen hand tar fram informationen. Vidare infördes under år 2005 explicita regler som tillät KKV att göra gryningsräder i privata bostäder vilket underlättade utredningen av kartellöverträdelser.⁴⁹ Ett problem med KL 1993 som uppmärksammades i början av 2000-talet var domstolarnas tendens att minska nivån på de konkurrensskadeavgifter som yrkades av KKV i sina avgöranden. I en utredning av Simonsson pekades på de eventuellt negativa effekter som kunde följa av alltför låga konkurrensskadeavgifter i termer av en minskad avskräckningseffekt för företag.⁵⁰ KL 2008 införde således även en anpassning av reglerna gällande beräkningen av konkurrensskadeavgiften. Ser man till förarbetena tycks den huvudsakliga tanken ha varit att underlätta för domstolarna att döma ut *högre* avgifter samtidigt som man ökade rättssäkerheten för enskilda.⁵¹ KL 2008 införde dessutom en ny sanktion, näringsförbudet (se nedan), samt möjligheten för KKV att avsluta fall genom avgiftsförelägganden.⁵² Allt som allt, verkar reformer av KL huvudsakligen ha syftat till att underlätta upptäckandet, utredningen samt avslutandet av kartellärenden.

I ljuset av alla dessa reformer är det intressant att se KKV:s aktivitet i form av fall om konkurrensskadeavgift pga. kartellöverträdelser.⁵³ Det är viktigt att understryka att KKV dessförinnan inte använt sig av stämningar om konkurrensskadeavgift i någon högre grad gällande kartellöverträdelser.⁵⁴ Under perioden 1993–1999 ansökte KKV om konkurrensskadeavgift i endast två fall av kartellöverträdelser. Det bör dock noteras att övervakningen av konkurrensreglerna under denna tid befann sig i något av en uppstartsfas där verket dessutom var tvungen att han-

⁴⁹ Lag (2005:598) om ändring i konkurrenslagen (1993:20).

⁵⁰ SOU 2006:99, En ny konkurrenslag, s. 180–182.

⁵¹ Prop. 2007/08:135 – En ny konkurrenslag, s. 120.

⁵² KL, 3:16 och 24 §§.

⁵³ Siffrorna nedan är baserade på redovisningen på KKV:s hemsida. Författaren har placerat målen i en viss period med datumet för KKV:s ansökan om konkurrensskadeavgift som grund, även när domstolsavgörandet fallit i en ”senare” period.

⁵⁴ Det bör dock påpekas att de flesta ingripanden under denna period gällde förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan i 6 § KL avseende notifierade avtal eller åtgärder. Diskussionen här gäller endast karteller. Se prop. 2003/04:80, s. 67.

tera en stor mängd notifieringar av avtal. Den fasen hade goda effekter på marknaden genom att företag kunde anpassa sina avtal i förenlighet med KL. Ett skifte i fokus tycks ha skett under perioden 2000–2008 där 6 stämningar pga. kartellöverträdelser avgjordes av domstol. Därefter har stämningar om konkurrensskadeavgift pga. kartellöverträdelser avstannat något. Under perioden 2009–2015 har tre sådana mål avgjorts. Det bör dock påpekas att tre kartellmål tycks ha avslutats genom avgiftsförelägganden samt att ett mål pågår för nuvarande.

Det går givetvis inte att dra alltför långtgående slutsatser i denna lilla not om varför en större ökning av stämningar om konkurrensskadeavgift pga. kartellöverträdelser inte har skett. Det verkar emellertid som att alla de regelförändringar som gjorts mellan 2000 och 2010 i termer av eftergiftsprogrammet och hårdare sanktioner inte i realiteten resulterat i ett ökat antal mål om konkurrensskadeavgift pga. av kartellöverträdelser. Antalet mål kan även kontrasteras med antalet mål om konkurrensskadeavgift pga. av missbruksfall, där efter en lång tid av låg aktivitet mellan åren 2000–2008 verket ansökt om konkurrensskadeavgift i fem mål mellan 2009–2015. Under samma period har verket dessutom ansökt om stämning i sex fall gällande offentlig säljverksamhet. Det totala antalet stämningar tycks därmed inte vara låg enligt svenska förhållanden.

I ljuset av dessa siffror är det intressant att notera att KKV i sin rapport år 2009 om konkurrensförhållandena i Sverige inte nämner kartellverksamhet i någon större utsträckning.⁵⁵ Detta kan jämföras med rapporterna om konkurrensen i Sverige från 1999 och 2002 där det ändå antyds att det kan förekomma en del kartellverksamhet på marknaden, i synnerhet med tanke på svenska företags inblandning i internationella karteller.⁵⁶ Det kan därmed spekuleras om huruvida de största konkurrensproblemen på svenska marknaden beror mest pga. dominerande företag och/eller pga. statliga åtgärder och offentlig säljverksamhet (se nedan). Kanske är det så att svenska företags inblandning i kartellverksamhet sker på internationell nivå och därför primärt hanteras av EU-kommissionen.

Vad gäller den materiella sidan av moderniseringsreformen genomfördes skiftet inom svensk konkurrensrätt mot mer ekonomiska bedöm-

⁵⁵ Konkurrensverket, Åtgärder för bättre konkurrens – Konkurrensen i Sverige, Konkurrensverkets rapportserie 2009:4. För en snabb översikt över de konkurrensbegränsningar som identifierats, se sammanfattningen, s. 7–19.

⁵⁶ KKV:s rapportserie (2000:1), Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag, s. 276–293.

ningar under 2:1 § KL i stor utsträckning genom de gruppundantag som reviderades på EU-nivå och som därmed även integrerades i den svenska rätten.⁵⁷ Vidare reviderades koncentrationsreglerna till följd av ändringar gjorda i förordning 139/2004. Vad gäller förbudet mot missbruk av dominerande ställning var situationen dock en annan. En sådan förändring kunde inte verkställas genom revideringar i lagregler utan krävde en ändrad analys i KKV:s och domstolars beslut i enskilda ärenden. Ser man till KKV:s verksamhet verkar synsättet i kommissionens prioritetsvägledning ha anammats helt och hållet. I det uppmärksammade Bringmålet utnyttjade det klagande företaget den subsidiära talerätten i 3:2 § KL efter att KKV avböjt att föra ärendet vidare.⁵⁸ KKV tog inte upp ärendet gällande ett rabattsystem pga. att bedömningen enligt AEC-testet i kommissionens prioritetsvägledning inte visat på en negativ effekt på marknaden. Marknadsdomstolen konstaterade emellertid att prioritetsvägledningen inte gav uttryck för gällande (EU-)rätt, samt att tidigare rättspraxis gällande rabattsystem gav stöd för att det dominerande företaget hade missbrukat sin ställning. Vad som kan konstateras är att divergensen mellan KKV och marknadsdomstolen innebär att ett mer ekonomiskt baserat test gällande utestängande missbruk ännu inte fått full genomslag i svensk konkurrensrätt.

4.2 Kriminaliseringsdebatten och införandet av näringsförbudet

Som det har nämnts ovan, var näringsförbudet en av de åtgärder som infördes genom KL 2008 som ett led i en striktare kartellbekämpning. Införandet av näringsförbudet tycks närmast ha utgjort en form av kompromiss i den kriminaliseringsdebatt som påbörjades efter KKV:s rapport om konkurrensen under 90-talet.⁵⁹

Tidigare erfarenheter av straffrättsliga sanktioner fanns genom KL 1982 som kriminaliserade anbudskarteller och fastställande av bruttopriser.⁶⁰ Det är intressant att det ”äldre” systemet inte fokuserade på karteller trots att det var erkänt att karteller kunde utgöra allvarliga konkur-

⁵⁷ Gruppundantag utfärdas genom lagar i Sverige, där i reglerna gällande den materiella bedömningen görs korshänvisningar till de EU rättsliga gruppundantagen.

⁵⁸ MD 2011:14.

⁵⁹ KKV:s rapportserie (2000:1), Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag, s. 276–293.

⁶⁰ Konkurrenslagen (1982:729), 13–14 §§.

rensbegränsningar. Anledningen till detta var förekomsten av karteller med positiva effekter på marknaden, exempelvis samverkan mellan mindre aktörer gentemot större kunder.⁶¹ Kriminaliseringsdebatten i början av 2000-talet tycks alltså ha satts igång på grund av helt andra skäl än de som rättfärdigade kriminaliseringen av vissa överträdelser i KL 1982. Konkursverks rapport från 1999 identifierade den troliga förekomsten av karteller som ett problem, samt uttryckte en ökad medvetenhet om och ett ökat fokus på kartellers negativa effekter på marknaden.

Kriminaliseringsfrågan behandlades i tre större offentliga utredningar som alla avrådde från att introducera straffrättsliga sanktioner.⁶² Ett antal argument fördes fram. Ett första var att det inte hade fastställts att de existerande konkurrensskadeavgifterna inte hade en tillräcklig avskräckande effekt, vilket skulle motivera straffrättsliga sanktioner. Som ovan nämnts har antalet fall om konkurrensskadeavgift överlag inte varit många sedan införandet av KL 1993. Vid tidpunkten för kriminaliseringsdebatten (2000–2008) hade endast ett fåtal mål avgjorts av domstolarna och det gick inte att uppskatta konkurrensskadeavgifternas eventuella avskräckande effekter.⁶³ För det andra kunde straffrättsliga sanktioner eventuellt störa eftergiftsprogrammet och därmed minska incitamenten för företag att vända sig till KKV.⁶⁴ Det bör understrykas att resonemanget baserade sig på antagandet att eftergifts- och nedsättningsprogrammet var ett verkningsfullt verktyg i kartellbekämpningen. Vid tidpunkten för propositionen till KL 2008 gick det inte att utvärdera om eftergifts- och nedsättningsprogrammet hade haft en sådan positiv effekt än, även om det noterades att anmälningar av kartellöverträdelser hade ökat på senare år.⁶⁵ Det tredje argumentet mot straffrättsliga åtgärder var att reglerna skulle omgärdas av viss rättsosäkerhet för enskilda vilket inte ansågs vara acceptabelt.⁶⁶ För det fjärde skulle dubbla sanktionssystem eventuellt

⁶¹ Prop. 1981/82:165, s. 131–138.

⁶² SOU 2001:74 Kartellbekämpning; SOU 2004:131 Konkursbrott – en lagstiftningsmodell; SOU 2006:99 – En ny konkurrenslag.

⁶³ Exempelvis identifierades i utredningen om en ny konkurrenslag om inte eventuella (effektivitets)problem låg i svårigheterna med att utreda konkurrensöverträdelser. SOU 2006:99, s. 555–560.

⁶⁴ Prop. 2007/08:135, s. 150–151.

⁶⁵ Prop. 2007/08:135, s. 151.

⁶⁶ Prop. 2007/08:135, s. 150.

kunna resultera i andra problem som t.ex. prejudikatbildning inom två skilda domstolssystem.⁶⁷

Det val som istället gjordes var införandet av näringsförbudet i KL 2008.⁶⁸ Tanken bakom näringsförbudet tycks ha varit att införa en mjukare form av personligt ansvar utan att skapa en alltför stor friktionsyta med eftergiftsprogrammet, rättsosäkerhet samt att undvika problemen med dubbla sanktionssystem. Icke desto mindre var den grundläggande tanken att öka konkurrensrättens avskräckande effekt.

Införandet av näringsförbud blev föremål långtgående kritik både under förarbetet med den nya lagen och vid själva införandet. Kritiken tycks huvudsakligen ha inriktats på att näringsförbudet normal sett hade använts mot en helt annan typ av ekonomisk "brottslighet". Ytterligare problem identifierades gällande tolkningen av rekvisiten för näringsförbudet, i synnerhet svårigheter med att bedöma när personer i ledningen skulle kunna bli ansvariga för åtgärder som vidtagits av personer i lägre ställning inom företaget.

Efter sju års tillämpning av KL 2008, är det aningen fascinerande att näringsförbudet inte har använts vid ett endaste fall. Det kan spekuleras huruvida de "problem" som kan uppstå pga. av osäkerhet om när och under vilka villkor näringsförbudet kan tillämpas mot enskilda satt hinder för användningen av denna sanktion. Å andra sidan, som förklarats ovan, har antalet mål gällande karteller och konkurrensskadeavgift inte varit många under senare år. En enkel förklaring kan därmed vara att det inte har funnits tillfällen för att tillgripa näringsförbudet som sanktion än så länge. En reflektion är att ett näringsförbud knappast kommer att främja avskräckningseffekten av konkurrensrätten så länge som antalet mål om kartellärenden är få. Så länge det beror på att karteller förekommer i väldigt liten grad är det i sig oproblematiskt.

4.3 Statliga åtgärder och svensk konkurrensrätt

Som det har redogjorts ovan (se avsnitt 2) regleras statliga åtgärder inom konkurrensrätten främst genom EU-rätten. Förändringar på EU-nivå avspeglas därför inte i den svenska KL, även om det finns andra svenska regler om t.ex. verkställandet av unionens statsstödsregler som påverkas.

⁶⁷ Prop. 2007/08:135, s. 151–152.

⁶⁸ KL 2008, 3:24 §.

En förändring i svenska KL som ändå rör statliga åtgärder i vid mening är införandet av den s.k. konfliktlösningsregeln i 3:27 § KL (KOS-regeln).

KOS-regeln är, enligt författaren, en av de intressantare ändringarna som har gjorts i svensk konkurrensrätt, dels för att det var en produkt av en genuin ”svensk” diskussion, dels pga. av regelns utformning och tillämpningsområde.⁶⁹ Regeln infördes först år 2010 trots att problemen med friktion mellan offentlig säljverksamhet och privata aktörer uppmärksammats under en väldigt lång tid. Regeln har ingen egentligen motsvarighet inom EU-rätten även om det finns vissa likheter med artikel 106.1 FEUF.

Det finns en rad områden där konkurrensen direkt påverkas i gränsen mellan de offentliga och det privata. För det första kan staten tilldela ett monopol antingen till ett offentligt företag eller en privat aktör vilket direkt hindrar konkurrensen från andra företag. Monopolisters beteende kan falla inom antitrustreglerna antingen i KL eller FEUF eftersom sådana företag uppfyller kravet på dominerande ställning. Under 2:7 § KL och artikel 102 FEUF kan, i teorin, en monopolists beteende, som underprissättning, överprissättning eller sättandet av oskäligen villkor gentemot kunder, förbjudas som missbruk. Vidare kan tilldelandet av det legala monopolet (alltså den statliga åtgärden) även angripas genom tillämpningen av artiklarna 106.1 och 102 FEUF eller EU:s regler om fri rörlighet om det kan påvisas en samhandelseffekt.⁷⁰ För det andra, kan det offentliga ge olika typer av fördelar till grupper av eller enskilda företag. EU:s statsstödsregler kommer åt överföringar av statliga medel till privata aktörer som orsakar konkurrensbegränsningar med samhandelseffekt medan regler om upphandling förhindrar att fördelar ges till privata aktörer i ett ”konkurrensutsatt” upphandlingsförfarande. Inom svensk rätt kan dessutom stöd från kommuner till enskilda (privata) bolag angripas genom enskilda kommunmedlemmars överklagande av kommunala be-

⁶⁹ Hedelin, Johan, De nya svenska reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet – en spegel av reglerna om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, kapitel 8 i Madell, Tom, Bekkedal, Tarjei, och Neergaard, Ulla (red.), Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext, Skrifter från juridiska institutionen vid Umeå universitet nr 23, Iustus Förlag 2011, Uppsala (Hedelin 2011), s. 241.

⁷⁰ Se t.ex. mål C-41/90 Klaus Höfner et Fritz Elser mot Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*) och mål C-350/07 Kattner Stahlbau mot Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft, ECLI:EU:C:2009:127 (*Kattner*).

slut.⁷¹ För det tredje kan det offentliga direkt vara verksam på marknaden så att konkurrensen begränsas, t.ex. genom kommunalt eller statligt ägda bolag eller genom tjänster som erbjuds direkt av kommun eller stat. Endast i de fallen där det offentliga aktören befinner sig i en dominerande ställning kan dess åtgärder angripas med hjälp av förbuden mot missbruk av dominerande ställning i 2:7 § KL och artikel 102 FEUF.

Som följer av ovan finns det en rad olika situationer där det offentliga är direkt eller indirekt verksam på marknaden eller där det offentliga påverkar marknadsförhållanden genom enskilda (offentliga eller privata) bolag. Regleringen av dessa situationer tycks närmast utgöra ett lapptäcke av olika regler som syftar till att ta itu med olika specifika konkurrensbegränsande åtgärder. En situation som dock inte fångas in av de ovan redovisade reglerna är när verksamhet som drivs direkt eller indirekt av stat, landsting eller kommun och aktören ifråga inte har en dominerande ställning.⁷² Den offentliga aktören kan ändå snedvrida konkurrensen genom att vidta åtgärder som inte skulle kunna vidtas av ”normala” aktörer på marknaden, precis som dominerande företag ibland kan ägna sig åt beteende som inte är möjlig för andra normalt konkurrensutsatta företag. Offentliga aktörer kan dessutom snedvrida konkurrensen med sin blotta närvaro genom att göra det svårare för potentiella aktörer att träda in på marknaden trots avsaknaden av en dominerande ställning. Det är i denna lucka som KOS-regeln har sin roll att spela. Det bör noteras att KOS-regeln har en vidare tillämpningsområde än den närmaste motsvarigheten inom EU-rätten, den kombinerade tillämpningen av artikel 106.1 med artikel 102 FEUF. Den svenska regeln kan tillämpas trots avsaknaden av en dominerande ställning och ett ”missbruksbeteende”. Det räcker med att säljverksamheten klassificeras som offentligt samt att förfaranden eller att (den kommunala) säljverksamheten hämmar eller snedvrider konkurrensen.

Ser man till bakgrunden för införandet av KOS-regeln tycks diskussionen om problem som uppstod pga. av offentlig säljverksamhet ha satts igång kort efter att KL 1993 infördes. Redan 1995 kom den första utredningen med fokus på friktionen mellan offentlig och privat ekonomisk

⁷¹ Kommunallag (1991:900), 10:8 §.

⁷² Prop. 2008/09:231, s. 30. Se exempelvis uppräknningen av klagomål på konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet där i många fall KKV inte kunder ingripa eftersom den offentlige aktören inte hade en dominerande ställning enligt 19 § KL 1993. Se SOU 1995:105, Konkurrens i balans, s. 205–212.

verksamhet.⁷³ I synnerhet, pekade utredningen på problemet med låg prissättning från offentliga aktörers sida. Resultaten av utredningen ledde så småningom till att Konkurrensrådet inrättades år 1998. Konkurrensrådet utgjorde ett partsammansatt organ som hade till uppgift att lösa sådana problem genom dialog och rekommendationer till kommuner och landsting. Upprättandet av rådet hade till syfte att lösa konkurrensproblemen genom "frivilligåtgärder". År 2000 redovisade konkurrensrådet sitt arbete i en utredning där man även föreslog införandet av en regel i KL 1993 som skulle lösa konflikter mellan offentliga och privata aktörer.⁷⁴ Dock verkar inte lösningen genom frivilligåtgärder ha varit tillräckligt för att få offentliga aktörer att rätta till beteende och konkurrensrådet lades så småningom ner år 2003.⁷⁵ Efter ytterligare rapporter från både KKV och statskontoret som visade på fortsatta konkurrensproblem och ytterligare utredningsarbete infördes KOS-regeln genom 2010 års lagändringar.⁷⁶

En snabb överblick över tillämpningen av KOS-regeln visar att KKV använt sig av regeln relativt frekvent sedan 2010. Hittills har sex ärenden drivits vidare till domstol. Av dessa har 3 avgjorts, medan ett ärende har dragits tillbaka, ett annat ärende pågår fortfarande vid Sthlm TR och ett tredje har överklagats till Marknadsdomstolen.⁷⁷ Ett antal andra ärenden har dessutom avskrivits efter att de offentliga företagen vidtagit åtgärder för att eliminera konkurrensproblemen.⁷⁸

En reflektion över den lilla mängden rättspraxis på området är att de riktigt svåra frågorna som den eventuella konflikten mellan självkostnadsprincipen och KOS-regeln eller korssubventionering ännu inte aktualiserats vid domstolarna. De fall som hittills har avdömts till KKV:s fördel har gällt fall där kommuner klart överskridit sin kompetens. Likaledes har domarna som gått emot KKV gällt situationer där verket misslyckats med att definiera den relevanta marknaden eller saknat tillräcklig med bevis för att belägga påstådda undanträngningseffekter. En intressant fråga är vilken tröskel som gäller för att påvisa hämmande eller snedvridning av

⁷³ SOU 1995:105.

⁷⁴ Se SOU 2000:117.

⁷⁵ Prop. 2008/09:231, s. 14.

⁷⁶ Statskontorets rapporter 2000:16 och 2005:19; KKV:s rapportserie 2004:4; prop. 2008/09:231, s. 30.

⁷⁷ De avgjorda målen är MD 2015:12 Strömstad badanstalt, MD 2014:1 Räddningstjänsten Dala Mitt och Sthlm TR, T 8160-11 Skelleftebuss.

⁷⁸ Se KKV:s hemsida.

konkurrensen. I förarbetena uttalas att ett märkbarhetskriterium inte tillämpas enligt 3:27 § KL.⁷⁹ Färsk rättspraxis antyder dock att inte varje liten fördel i termer av kostnadsfördelar räcker för att konkurrensbegränsningar skall anses föreligga.⁸⁰ Påstådda undanträngningseffekter måste påvisas och bevisas. Enskilda aktörers faktiska inträde på marknaden kan även vara en indikation på att tillräckliga konkurrensbegränsande effekter inte föreligger i det enskilda fallet.⁸¹ Det kan därför ifrågasättas hur stor skillnad det egentligen är mellan de konkurrensbegränsande effekter som når över tröskeln enligt 3:27 § KL och sådana effekter som även kan anses vara märkbara.

5 Reflektioner

Som det har beskrivits ovan tycks tre tendenser kunna avläsas i utvecklingen av EU:s konkurrensrätt. För det första har de materiella reglerna ändrats för att öka förenligheten med ekonomisk teori (och därmed med ekonomisk effektivitet). Inom antitrustområdet har den utvecklingen minskat tillämpningsområdet för förbuden mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning. Det huvudsakliga skälet har varit att minska risken för en alltför strikt konkurrensrätt. Inom områdena koncentrationskontroll och statsstöd verkar dock den ökade ekonomiska analysen ha haft det motsatta syftet att expandera konkurrensrätten för att komma åt konkurrenssnedvridningar som inte täckts tidigare. För det andra har inom alla konkurrensrättsliga områden gjorts förändringar för att öka effektiviteten i tillsyns- och sanktionssystemen. Systemskiftet inom antitrustområdet och de justeringar som skett inom koncentrationskontrollen och statsstödsområdet har haft till syfte att dela eller fördela ansvaret mellan kommissionen och nationella myndigheter. För det tredje tycks ett ökat fokus ha lagts på statliga åtgärder.

Vad gäller det ökade inslaget av ekonomisk analys kan det enkelt konstateras att ändringarna har haft genomslag inom den svenska rätten. Utgångspunkten i svensk rätt har varit att harmoniera de materiella reglerna med EU-rätten, vilket betyder att ändringar på EU-nivå nästan per automatik genomförts på svensk nivå. Det mest uppseendeväckande vad gäller detta tema är att KKV:s följsamhet av kommissionens nya (mer

⁷⁹ Prop. 2008/09:231, s. 37.

⁸⁰ MD 2015:12, punkt 68.

⁸¹ MD 2015:12, punkt 73.

ekonomiska) policy gällande förbudet mot dominerande ställning inte riktigt accepterats av domstolarna. Möjligtvis finns det två perspektiv på denna fråga. Det ena är att det är problematiskt för en nationell konkurrensmyndighet att följa alltför strikt de policyförändringar (inom EU-rätten) som kommissionen genomför utan direkt stöd i lagregler eller domstolspraxis. Givetvis går det att hävda att det står en nationell konkurrensmyndighet som KKV fritt att göra sina egna policyprioriteringar och lämna oprioriterade fall till privata parter att processa om. Samtidigt kan det vara problematiskt om verket släpper igenom ärenden som enligt domstolarna (inklusive unionsdomstolarna) resulterar i konkurrensbegränsningar på marknaden. Eventuellt kan detta tyda på förekomsten av typ II-fel, dvs. en alldeles för restriktiv konkurrensrätt som släpper igenom åtgärder med negativa effekter på marknaden. Speciellt i fall som Bring, där det dominerande företaget är en f.d. monopolist kan det finnas än starkare skäl att vidta åtgärder när det finns stöd i unionsrättslig praxis. Det andra perspektivet är att Marknadsdomstolen i Bring helt enkelt har brustit i anpassningen till ett mer ekonomiskt synsätt. Detta är givetvis en svår fråga. Det kan uppmärksammas, som nämnts ovan, att det är även osäkert inom EU-rätten i vilken grad unionsdomstolarna har accepterat kommissionens policyförändringar gällande missbruksmål. Om nu svenska domstolar strikt strävar efter att följa tolkningen som görs på EU-nivå (utan att ha ambitionen att själva styra konkurrenspolitiken när det finns ett utrymme), är det kanske rätt strategi att invänta unionsdomstolarnas uttalanden om nya policytrender och hålla sig till äldre rättspraxis.

Vad gäller skiftningen mot mer effektiva tillsyns- och sanktionssystem står det klart att svensk konkurrensrätt följt EU-rätten inom det enda område där det finns överlappande parallella system, antitrustområdet. Vidare har den svenska konkurrensrätten genomfört det systemskifte som gjorts på EU-nivå. Svensk konkurrensrätt har dessutom följt i detalj de förändringar som har gjorts gällande såväl utvidgade utredningsmöjligheter som ändringar gällande sanktioner. Det kan även konstateras att inom den svenska konkurrensrätten har ytterligare åtgärder i form av avgiftsförelägganden och striktare sanktioner medelst näringsförbudet genomförts i syfte att bekämpa karteller. Vad som kanske är mest anmärkningsvärt gäller resultaten av alla dessa förändringar. Mål gällande konkurrensskadeavgift pga. av kartellöverträdelser tycks i slutändan inte ha ökat nämnvärt. En förklaring till detta kan vara att de stora konkurrensproblemen i Sverige rör existensen av offentliga och dominanta före-

tag. Ser man till KKV:s aktivitet de fem senaste åren vad gäller offentlig säljverksamhet och missbruksmål kan det stödja en sådan tes. Att detta tills viss del avviker från situationen på EU-nivå eller andra medlemsstater antyder inte att det finns problem med det svenska övervaknings- och tillsynssystemet. Ett mål med den decentralisering som skedde genom moderniseringsreformen på EU-nivå var just att nationella konkurrensmyndigheter skulle fokusera på nationella konkurrensproblem. Ur ett sådant perspektiv bör den svenska "moderniseringsreformen" ha resulterat i att KKV fått större utrymme att utreda och lagföra överträdelse kopplade till nationella konkurrensproblem vilket måste ses som en positiv effekt både från ett svensk och EU-perspektiv. Om nu KKV:s aktivitet inte avspeglar den faktiska förekomsten av karteller på den svenska marknaden tyder det på att det fortfarande finns brister antingen i de regler om utredning och sanktioner gällande kartellöverträdelse eller på att KKV saknar tillräckliga resurser.

Vad gäller den ökade fokusen på statliga åtgärder, är detta även en trend som parallellt skett på svensk nivå. KOS-regeln, som är en genuin svensk lösning, fungerar dessutom som ett komplement till de EU-rättsliga reglerna om statsstöd och andra privilegierade företag. På sätt och vis kan det argumenteras för att KOS-regeln täcker en lucka som finns i det EU-rättsliga systemet vad gäller offentliga företag. Som noterats ovan går KOS-regeln mycket längre än den närmaste EU-rättsliga "motsvarigheten" i artikel 106.1 FEUF. Den EU-rättsliga regeln kan inte användas för att angripa säljverksamheten i sig eller åtgärder som vidtagits av icke-dominerande offentliga företag, utan endast statliga åtgärder som resulterar i ytterligare fördelar för dominerande privilegierade företag och som resulterar i snedvridningar av konkurrensen. Ytterligare en aspekt är att KOS-regeln inte heller kan användas som en sköld, likt artikel 106.2 FEUF, mot tillämpningen av andra konkurrensregler som t.ex. 2:1 § KL. Därmed utgör KOS-regeln en utvidgning av konkurrensrätten och en ytterligare reglering av det offentligas påverkan på marknaden. Ser man till senare rättspraxis enligt artikel 106.1 FEUF som DEI-målet verkar domstolen ha utvidgat tillämpningsområdet för att ta itu med konkurrensproblem som redan regleras av KOS-regeln inom svensk konkurrensrätt.

Avslutningsvis bör även ett par ord sägas om den kommande utvecklingen gällande samspelet mellan EU:s och svensk konkurrensrätt. Vad gäller de materiella reglerna finns ett antal utmaningar som rör exempelvis nya marknader som exempelvis e-böcker, sökfunktioner på internet etc. som säkert kommer att påverka utvecklingen och tolkningen av ex-

isterande regler. Vidare kan ytterligare justeringar av de materiella regler ske i den grad "ny" ekonomisk teori som t.ex. behavioral economics infogas i den konkurrensrättsliga analysen. I den mån sådana förändringar sker är det svårt att tänka sig en annan utveckling än att EU-rättsliga tolkningar sipprar ner i den svenska konkurrensrätten, precis som har skett sedan EU-inträdet. En mer komplicerad fråga är kanske i vilken grad kommissionen kommer att kunna styra sådana förändringar, i synnerhet i ljuset av mottagandet av prioritetsvägledningen. En aktuell fråga är därför just hur domstolarna i fortsättningen kommer att hantera användningen av prioritetsvägledningen och annan soft law som utfärdas av kommissionen. En annan intressant fråga är vilken effekt som det nya skadeståndsdirektivet kommer att få på sanktioner och tillsyn verkställt av nationella myndigheter. Frågan är om den ökade "private enforcement" kommer att störa incitamenten för eftergiftsprogrammen på både EU och nationell nivå. Nu tycks just denna fråga kanske inte vara så akut i ljuset av den svenska situationen med tanke på antalet mål som har redovisats ovan. En relaterad fråga är att skadeståndsmöjligheterna för enskilda bygger i hög grad på att enskilda kan följa upp intervention från nationella konkurrensmyndigheter med skadeståndsanspråk. M.a.o. kommer kanske eventuella framgångar av "private enforcement" vara beroende på en hög aktivitet, i synnerhet gällande kartellöverträdelser, från konkurrensmyndigheters sida. Uppenbarligen, väntar några spännande år som kommer att ge svar på svar på dessa frågor.