



Konkurrens och miljö

Av Hans Henrik Lidgard och Patrik Samuelsson
på uppdrag av Konkurrensverket

UPPDRAGSFORSKNINGSRAPPORT 2016:1



KONKURRENSVERKET
Swedish Competition Authority

Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2016:1
Utredare: Hans Henrik Lidgard, Patrik Samuelsson
ISSN-nr 1652-8069
Foto: Matton Images

Förord

I Konkurrensverkets uppdrag ingår att främja forskning på konkurrens- och upphandlingsområdet.

Konkurrensverket har gett professor Hans Henrik Lidgard vid Lunds Universitet i uppdrag att, inom ramen för Konkurrensverkets uppdragsforskning, studera hur miljörettsliga aspekter tillgodoses vid konkurrensrättsliga överväganden vad avser såväl samarbetsöverenskommelser som dominerande ställning i EU. Medförfattare är jur kand Patrik Samuelsson.¹

Konkurrensrättsliga skärningspunkter är av särskilt intresse. Under lång tid har fokus varit på konkurrensrättens förhållande till immaterialrätten. Relationen miljö-konkurrens har diskuterats förhållandevis livligt i Europa, men däremot inte varit föremål för samma intresse i Sverige. 2010 sammanställde Konkurrensverket tillsammans med nordiska konkurrensmyndigheter en översiktlig rapport i ämnet, som utgör en grund för föreliggande rapport.

Författarna har till denna rapport har tittat på hur miljörettsliga aspekter tillgodoses vid konkurrensrättsliga överväganden vad avser såväl otillåtet samarbete som missbruk av dominerande ställning. Rapporten berör även företagssammanslagningar och bekräftar hypotesen att en balans mellan de konkurrensrättsliga och miljömässiga övervägandena kan åstadkommas. Dock pekar författarna på att praxis inom området är sparsam och att det är svårt att värdera miljöaspekter. Det kan därför förväntas att rättsområdet fortsätter att utvecklas.

Till projektet har knutits en referensgrupp bestående av Arvid Fredenberg, Martin Lindqvist samt Martin Bäckström, samtliga från Konkurrensverket.

Författarna ansvarar själva för alla slutsatser och bedömningar i rapporten.

Stockholm, mars 2016

Dan Sjöblom
Generaldirektör

¹ Professor Hans Henrik Lidgard har erhållit understöd från Söderbergska stiftelsen för att utreda hur skärningspunkten mellan konkurrensrätt och miljörett ska hanteras. Jur. kand. Patrik Samuelsson skrev under Lidgards handledning ett examensarbete under 2014/2015 rörande miljösamverkan. Även detta arbete, som finns tillgängligt på Lund University Libraries, har tjänat som ett underlag för denna rapport.

Innehåll

Sammanfattning	7
Summary	9
1 Marknadsekonomisk teori och miljöhänsyn	11
1.1 Marknadsekonomisk teori	11
1.1.1 Pareto-optimalitet.....	11
1.1.2 Den perfekta marknaden.....	12
1.2 Miljö och den fria marknaden	13
1.2.1 Kollektiva nyttigheter och fria resurser	14
1.2.2 Externa effekter.....	15
1.2.3 Miljöpolitiska styrmedel.....	15
1.3 Konkurrensrätt och miljöhänsyn	19
1.3.1 Konkurrenspolitik	19
1.3.2 Miljööverväganden i konkurrenspolitiken	20
1.3.3 Konkurrens och miljö i balans.....	20
1.4 Sammanfattande kommentar	23
2 EU:s miljö rätt och miljösamverkan	24
2.1 En hållbar utveckling.....	24
2.1.1 Grundläggande principer.....	24
2.1.2 Lagstiftning som styrmedel	26
2.1.3 Marknadsbaserade instrument.....	27
2.2 Frivilliga miljöavtal	28
2.2.1 Självreglering	29
2.2.2 Samreglering	29
2.2.3 Miljöavtalets innehåll.....	30
2.3 Sammanfattande kommentar	30
3 Konkurrensrättslig kontroll av företagssamverkan	32
3.1 Artikel 101(1) FEUF – förbud.....	33
3.2 Artikel 101(2) FEUF - avtals ogiltighet	34
3.3 Artikel 101(3) FEUF - undantag	34
3.3.1 Individuella undantag	35
3.3.2 Gruppundantag	37
3.4 Sammanfattande kommentar	38
4 Konkurrensbegränsande miljösamverkan	39
4.1 Förbud enligt 101(1) FEUF drabbar även miljösamverkan	39

4.1.1	Generellt förbud för konkurrensbegränsande miljösamverkan	39
4.1.2	Inget gruppundantag för miljösamverkan	41
4.1.3	Proportionalitet enligt 2001 års riktlinjer	42
4.2	Undantag enligt artikel 101(3) FEUF för miljösamverkan.....	47
4.2.1	Kravet på ekonomiskt eller tekniskt framåtskridande.....	47
4.2.2	Fördelar för konsumenterna	49
4.2.3	Nödvändighet.....	53
4.2.4	Konkurrensen får inte elimineras.....	55
4.3	Sammanfattande kommentar	56
5	Konkurrensrättslig kontroll av dominerande ställning.....	59
5.1	Artikel 102 FEUF	59
5.1.1	Dominerande ställning	60
5.1.2	Påverkan på handeln mellan medlemsstater	61
5.1.3	Missbruk.....	61
5.2	Objektivt försvarbara skäl.....	64
5.2.1	Rätten att möta konkurrens	65
5.2.2	Effektivitetsvinster	65
5.2.3	Legitima allmänintressen som försvar	66
5.3	Sammanfattande kommentar	67
6	Miljöhänsyn och artikel 102 FEUF	68
6.1	Allmänt	68
6.2	Dominerande ställning	69
6.2.1	Relevant miljöproduktmarknad.....	69
6.2.2	Relevant geografisk marknad för miljöprodukter.....	69
6.2.3	Andra faktorerers inverkan.....	70
6.3	Miljömässiga missbruk.....	71
6.3.1	Miljöhänsyn vid prissättningen och andra avtalsvillkor.....	72
6.3.2	Tekniska begränsningar ur ett miljöperspektiv	75
6.3.3	Diskriminerande villkor ur ett miljöperspektiv.....	76
6.3.4	Kopplingsförbehåll ur ett miljöperspektiv	78
6.4	Objektivt försvarbara miljöskäl	79
6.5	Sammanfattande kommentar	82
7	Miljööverväganden i koncentrationsärenden.....	84
7.1	Allmänt	84
7.2	Effektivitetsvinster	85
7.2.1	Konsumentvinster	86
7.2.2	Koncentrationsspecifika vinster	86
7.2.3	Kontrollerbara vinster.....	87

7.3	Miljöaspekter vid koncentration	87
7.3.1	Tidigare praxis	87
7.3.2	Förändrade regler	88
7.3.3	Relevant miljömarknad	89
7.4	Miljövinster kan vara effektivitetsvinster	90
7.4.1	Miljö inte en automatisk undantagsgrund	90
7.4.2	Proportionalitet styr miljöbedömningar	91
7.4.3	Legitima intressen	92
7.5	Sammanfattande kommentar	93
8	Sammanfattning och konklusioner	94
9	Referenser	99

Sammanfattning

Utredningsuppdraget har gått ut på att presentera hur miljörettsliga aspekter tillgodoses vid konkurrensrättsliga överväganden utifrån konkurrensbegränsande samarbeten, missbruk av dominerande ställning och företagssammanslagningar. Rapporten söker visa vilken balans som kan finnas mellan uppnåendet av de konkurrensrättsliga målsättningarna av en effektiv konkurrens samtidigt som de mer svårfångade miljörettsliga värdena kan beaktas i konkurrensbedömningen.

Rapporten har en ekonomisk inledning, som översiktligt presenterar marknads-ekonomisk teori och kopplingen mellan konkurrens och miljö på en väl fungerande marknad. Diskussionen förs sedan vidare till miljörettsliga principer, styrmedel och de marknadsmässiga instrument, som används för att rätta till marknadsmisslyckande när marknadspriserna inte reflekterar den rätta samhällskostnaden. Beskrivningen täcker därefter de olika förbudsreglerna och möjligheterna till undantag av miljöhänsyn. Presentationen utgår ifrån lagtext och den vägledning som finns i kommissionens riktlinjer och redovisar hur frågorna har behandlats i den praxis som har utvecklats. Rapporten avslutas med ett sammanfattande avsnitt.

Av det inledande ekonomi- och miljöavsnittet följer att en marknadsekonomi, som enbart bygger på nytto- och vinstmaximering, inte tar hänsyn till värdet av de kollektiva nyttigheter som miljön representerar, vilket leder till en olycklig överkonsumtion. Utan miljöpolitiska åtgärder hade överutnyttjandet fortsatt tills den privata marginella nyttan är lika med noll eller miljövärdena förbrukats. De negativa externa effekterna, som representerar samhällets kostnader för miljöförstöringen, kan med fördel internaliseras som kostnader för företagen. Om en sådan internalisering är universell och rättvis snedrivs inte konkurrensen och företagen tar miljömotiverade hänsyn kopplade till de kostnader som uppkommer. Konkurrens och marknadskrafter leder till att miljömål uppnås genom att ekonomiska styrmedel sätter priser som beaktar negativa externaliteter. Konkurrensen fungerar därmed som en motor för att driva fram en utveckling som fokuserar på att minska kostnaderna. Priskonkurrensen mellan företagen driver fram miljövänligare innovation och utveckling. Miljömässigt sämre alternativ konkurreras ut från marknaden. För detta krävs dock en fungerande miljöpolitik, som tar hänsyn till hur marknaden fungerar och vilka möjligheter som finns att använda marknadsmässiga instrument. Likaså behöver konkurrensrätten anpassas så att miljöhänsyn inte blockeras med hänvisning till rent ekonomiska perspektiv.

Svårigheten ligger dock i att finna en balans mellan de olika politikområdena och hur reglerna kan fungera tillsammans för att uppnå bästa resultat utan att det sker på bekostnad av respektive skyddsvärde. Integrationsprincipen i artikel 11 FEUF medför bl.a. en skyldighet för medlemsstaternas kompetenta myndigheter att använda alla tillgängliga medel för att uppnå fördragets syften. Genom tillämpning av konkurrensrätten på ett sätt som inkluderar miljöhänsyn i konkurrens-

bedömningarna blir rätten ett bra verktyg för att uppnå de målsättningar, som artikel 191 FEUF förespråkar. Om det är möjligt att tillämpa konkurrensbestämmelserna på ett sätt som innebär fördelar för miljöskydd, utan att det uppstår en konflikt med konkurrenspolitiska målsättningar, ska reglerna tolkas till miljöns fördel. Om det uppstår en konflikt mellan rättsområdena måste istället en proportionalitetsbedömning avgöra utgången. Den samhällsekonomiska bedömningen vid proportionalitetsavvägningen bygger på en ekonomisk värdering av både miljövärdena och kostnaderna relaterade till sämre konkurrens på marknaden.

En åtgärd anses vara proportionerlig om den är lämplig för att uppnå en av EU:s målsättningar och det saknas mindre konkurrensbegränsande alternativa åtgärder. Miljöskäl kan motivera undantag enligt artikel 101(3) FEUF eller om det föreligger objektiva försvarbara skäl enligt artikel 102 FEUF. Grundförutsättningen är dock att konkurrensen på marknaden inte får elimineras. Den hållbara utveckling som miljöskyddet och integrationsprincipen förespråkar kräver att konkurrens består. Utan aktiv konkurrens uppkommer långsiktigt negativa effekter.

Rapporten bekräftar hypotesen att en balans mellan de konkurrensrättsliga och miljömässiga övervägandena kan åstadkommas. Tillämpningen av integrationsprincipen medför utrymme för inkludering av miljöhänsyn vid den konkurrensrättsliga bedömningen. Myndighetens ambition att inkludera miljöhänsyn avgör hur och i vilken grad sådana hänsyn inkorporeras i bedömningen. Kruxet ligger i att miljöhänsyn måste kunna omvandlas till ekonomiskt kvantifierbara värden. Praxis är dock fortfarande sparsam. Svårigheterna att rätt värdera miljöriktiga insatser förblir stora. Det kan därför förväntas att rättsområdet fortsätter att utvecklas.

Summary

The aim of this report has been to present information on how environmental considerations are incorporated within the legal antitrust assessment concerning measures that constitute anticompetitive practices according to Article 101 TFEU, abuse of dominance according to Article 102 TFEU and for concentrations covered by the European Community Merger Regulation from 2004. The report seeks to highlight the balance that exists between the competition goal of enabling effective competition on the one hand and on the other, the attainment of the environmental goals contained within the Treaty on the Functioning of the European Union.

The report begins with an overview of free market economic theory and how it relates to aspects of competition and environment on an effective market. This initial discussion covers environmental principles as the basis of environmental regulation and the use of different instruments, including market based instruments aiming to correct market failures so that prices reflect society's true costs of production. The examination then moves to the prohibitions against anticompetitive practices and to what extent exemptions can be made through the inclusion of environmental considerations. Using the specific wording of the prohibitions and the Commission guidance as a starting point, the report then examines how the provisions allow for environmental considerations in the competition assessment and how case-law has developed for such. The various results of which are then summarized in a final chapter.

In a system such as a free market economy, which is based on the maximization of utility and profit, it is inherent that it does not sufficiently take into account the values that public goods such as the environment represent. This ultimately leads to an unfortunate over-consumption of such goods. Without the use of environmental policies to regulate such consumption, it would really only be curtailed by either the marginal benefit becoming zero or the eventual exhaustion of the good itself. The so called negative externalities that arise (which represent society's costs associated with environmental degradation) can be internalized by corporations as a cost to correct this market failure. If such internalization is universal and fair, then competition isn't skewed while at the same time companies are made to take environmental aspects into consideration. In such a situation, effective competition on the market serves as a catalyst for environmental improvement, as companies compete to offer the lowest prices possible. Competitors offering environmentally inferior products, which would have higher costs due to the environmental harm being factored in as an externality, would thus lead to such products eventually being phased out by cheaper and ultimately more environmentally friendlier alternatives. For that to work, however, a functional environmental policy must take into account how the market works and utilize the different market based instruments available. At the same time, competition policy needs to be utilized so that environmental considerations are not unduly blocked by purely economic considerations of competition law.

The difficulty arises in finding the proper balance between the policy areas and in balancing how the rules relating to them can work together to achieve the most efficient solutions without sacrificing the values of one to achieve the other. The integration principle as expressed in Article 11 TFEU entails, inter alia, an obligation for Member States competent authorities to use all available means to achieve the aims of the Treaties. Through the application of competition law in a way that includes environmental considerations in the competition assessment, competition itself becomes a good tool with which to achieve the environmental objectives expressed in Article 191 TFEU. If it is possible to apply the competition rules in such a way that provides a benefit for the environment without coming at a cost to the goals of competition policy objectives, then the competition rules should be interpreted in such a way as to provide such environmental benefits. Should a conflict arise between the different objectives then the outcome must instead be decided through a proportionality assessment, where the socio-economic proportionality balance assessment is based on the economic value placed on, in part, the valuation of the environmental issue concerned and the costs related to the reduction of competition on the relevant market.

A measure can be seen as being proportionate if it is a suitable means of achieving the EU's objectives and there are no alternative measures less restrictive of competition available. Environmental reasons can, for example, be used to justify an exemption under Article 101(3) TFEU based on the efficiency gains that consumers receive, or if there are objectively justifiable reasons under Article 102 TFEU. The basic premise is, however, that competition must not be eliminated as a result of that which is to be exempted. At the very least, sustainable development itself (and environmental protection that the integration principle seeks to facilitate) can only be achieved if there is residual competition on the market; without which, the long term effects for consumers would far outweigh any potential benefits that may otherwise have enabled an exception.

The report confirms the hypothesis that a balance between competition and environmental considerations can be achieved. Through the application of the integration principle there exists leeway for the relevant Competition Authorities to include environmental considerations in the competition assessment of individual cases. The ambition of the relevant Competition Authorities to include environmental considerations is decisive. The difficulty lies in quantifying environmental values to represent objective financial values so that they can be balanced in accordance with the exemption criteria. Case-law involving the incorporation of environmental benefits is still sparse, however, and the difficulties in properly evaluating the environmental benefits when balanced against competition interests are prevalent. It is therefore expected that this area of law will continue to evolve.

1 Marknadsekonomisk teori och miljöhänsyn

Detta avsnitt beskriver allmänna marknadsekonomiska teorier om den perfekta marknaden och problem som leder till att målet snarare blir uppnåendet av en väl fungerande konkurrens. Mot denna bakgrund introduceras ett miljöperspektiv, för att visa sambandet mellan marknadsekonomin, konkurrens och miljöhänsyn och vilka problem som uppkommer i dessa skärningspunkter. Kapitlet beskriver också översiktligt hur såväl miljöpolitiken som konkurrenspolitiken försöker lösa problemen genom olika styrmedel och hur EU-politiken på ett övergripande sätt strävar efter en samordning.

1.1 Marknadsekonomisk teori

Marknadsekonomin i teori² bygger på tanken om den perfekta marknaden, där konkurrens är avgörande för att resurserna utnyttjas så effektivt som möjligt. En sådan marknad kännetecknas av flera faktorer. Kärnan ligger i att marknadsaktörerna agerar i vinst- eller nytto-maximeringssyfte.³ Detta innebär att resursallokeringen blir optimal då exempelvis företagen bara producerar det som konsumenterna efterfrågar och till ett pris som de är beredda att betala. Sådana beslut leder enligt teorin till produktions- och allokeringseffektivitet och den största möjliga samhällsekonomiska nyttan i vad som i ekonomiska termer kallas för pareto-optimalitet.⁴

1.1.1 Pareto-optimalitet

Pareto-optimalitet uppstår då det inte går att omfördela tillgängliga resurser för att skapa förbättringar för en individ utan att samtidigt skapa en försämring för andra.⁵ Om en förändring innebär en förbättring utan att det försämrar för någon annan är det en pareto-förbättring. Sker däremot förbättringar för en part genom försämringar för någon annan leder detta enligt pareto-resonemanget till ett ineffektivt användande av samhällets resurser.

Enligt Kaldor-Hicks-kriteriet är en åtgärd samhällseffektiv även om den innebär försämringar för en individ om förlusten *kan* kompenseras av att vinnarna får mer än vad förlorarna förlorat.⁶ Faktisk kompensation måste inte äga rum, utan det räcker med att möjlighet till sådan kompensation föreligger.⁷ Om nyttan med en

² Miljö, handel och konkurrens – spelregler för effektiva marknader, 1998:2, s 21-43.

³ Miljömessigt innebär detta sällan några fördelar då företagens affärspolitik och vinstmaximering ofta sker på bekostnad av miljöhänsyn (som ofta representerar dyrare alternativ; vilket konsumenterna i många lägen, på grund av bristande miljömedvetande, inte är beredda att betala för om där finns billigare alternativ).

⁴ Välfärdsekonomisk teori kräver exempelvis att marknader existerar för alla varor och tjänster som konsumeras och produceras; att alla marknader har perfekt konkurrens; att alla som utför transaktioner har perfekt information; att privat äganderätt är tilldelad alla resurser och varor; att inga externaliteter existerar; att alla produkter och tjänster är privata; och att alla välfärds- och produktionsfunktioner uppfyller förväntningarna.

⁵ Cooter & Ulen, Law and Economics, s 12.

⁶ Larragán, s 162; Ekonomiska styrmedel i miljöpolitiken, 2006:34, s 60.

⁷ Cooter & Ulen, Law and Economics, s 43-44.

åtgärd överstiger kostnaden och det är teoretiskt möjligt för dem som fick det sämre på grund av åtgärden att kompenseras av dem som fick det bättre, så bedöms åtgärden vara samhällseffektiv.⁸

1.1.2 Den perfekta marknaden

Konsumenten i en perfekt marknad förutsätts ha fullständig information om varornas priser och egenskaper, vilket möjliggör för denne att fatta rationella beslut, som hela tiden påverkar marknaden till att vara dynamiskt effektiv. Försöker ett företag ta ut ett överpris för en viss vara eller tjänst leder det till att konsumenterna vänder sig till ett annat företag, vilket återskapar den rätta balansen. På en fri marknad kan bristande miljömedvetande hos konsumenterna leda till att miljömässigt sämre produkter prioriteras på grund av lägre priser. Resurser används då för att tillverka miljömässigt sämre produkter istället för dyrare men miljövänligare produkter.⁹

En ständig konkurrens på marknaden innebär att företagen måste anpassa sig efter rådande förhållande vad avser faktorer som priser, kvalitet, produktenskaper, teknikförbättringar eller produktionsprocesser. Utgångspunkten är hela tiden att vara bättre än konkurrenterna. Så länge ett företag gör vinster kommer det att uppstå andra aktörer som vill ta del av vinsterna, vilket medför ett konkurrenstryck och en "ekonomisk darwinism". Verksamheter som klarar sig bäst överlever.¹⁰ Situationen som sådan främjar förbättringar av befintliga produkter och utvecklingen av nya. Optimeringen leder därmed i teorin till att såväl kapital som arbetskraft riktas till områden där de kommer till bäst användning, vilket också i teorin leder till att produktion sker till minsta möjliga kostnad och till lägsta pris för konsumenterna. En sådan resultatnriktad produktion leder till "teknisk effektivitet" och att produktionsresurser används optimalt i syfte att reducera onödiga kostnader. Den faktiska produktionsvolymen närmar sig vad som är potentiellt den maximala volym, som kan produceras utifrån insatta produktionsresurser.¹¹

Grunder för den perfekta marknaden

För att den perfekta marknaden ska uppstå krävs att en del faktorer är uppfyllda, vilket aktualiserar betydelsen av en fungerande konkurrens.¹² Antalet konkurrerande företag måste vara tillräckligt för att inte något på egen hand kan påverka prisbildningen på den relevanta produktmarknaden. En fungerande handel över gränserna har en avgörande betydelse för marknads effektivitet. Hinder för in- eller utträde avseende kapital, arbetskraft eller produkter måste elimineras. Köpare

⁸ Kaldor-kriteriet medför att ett projekt är önskvärt om det hypotetiskt skulle vara möjligt att omfördela inkomst så att alla har det bättre med projektet i jämförelse med förhållandena utan projektet (på så vis att vinnarna skulle kunna kompensera förlorarna), och Hicks-kriteriet, att projektet är att föredra om det är omöjligt att omfördela inkomst så att alla har det lika bra som genom projektet (att förlorarna inte skulle kunna muta vinnarna att inte genomföra projektet).

⁹ Monti, s 1062-1064; Miljö, handel och konkurrens – spelregler för effektiva marknader, 1998:2, s 12.

¹⁰ Konkurrensbrott: en lagstiftningsmodell (slutbetänkande), SOU 2004:131, s 144.

¹¹ Ibid.

¹² Miljö, handel och konkurrens – spelregler för effektiva marknader, 1998:2, s 12-14.

och säljare får inte samverka på ett otillbörligt sätt och det måste råda avtalsfrihet. Alla konsumenter och producenter måste ha fullständig information om priser, egna preferenser och anknutna kostnaderna. Vidare får inte "externa effekter" eller "kollektiva nyttigheter" snedvrída villkoren.¹³

Verkligheten – hinder för den perfekta marknaden

Sammantaget är den perfekta marknaden svåruppnåelig. Det är inte kostnads-effektivt för en konsument att införskaffa fullständig information om egenskaper, kvalitet och priser och jämföra den informationen med information från alla andra tillverkare av samma vara. Faktorer som höga kostnader förknippade med att uppsöka köpare alternativt säljare, att införskaffa information eller att förhandla och sluta avtal ("transaktionskostnader") kan sätta konkurrensen ur spel.¹⁴

Ett annat hinder för den perfekta marknaden och en optimal resursallokering uppkommer när bara ett fåtal företag styr marknaden eller när det sker ett medvetet sabotage av marknadsmekanismen genom konkurrensbegränsande samarbeten. Risker ökar när företag har möjlighet att utnyttja en dominerande ställning för att stärka sin position på marknaden eller att vidta åtgärder som skadar konkurrensen. Kan företaget agera oberoende av sina kunder, konkurrenter eller konsumenterna sätts marknadsfunktionen ur spel till nackdel för de intressen som den perfekta marknaden söker att tillgodose.¹⁵

Inträdes- och etableringshinder förhindrar samhällsekonomisk effektivitet. Stordriftsfördelar kopplade till produktion eller distribution inom ett område kan hindra nya och mindre aktörer från att komma in på marknaden.¹⁶ Underpris-sättning av ett starkare företag inom ett visst område kan också ha en exkluderande verkan för svagare konkurrenter, där även små kostnadsskillnader kan vara avgörande.

Svårigheterna att uppnå den perfekta marknaden gör att konkurrenspolitiken snarare är inställd på en *väl fungerande konkurrens*, som kommer så nära den perfekta marknaden som möjligt.

1.2 Miljö och den fria marknaden

Marknadsekonomi är inte särskilt inriktad på att optimera användningen av miljöresurser på ett effektivt sätt eftersom samhällsekonomiska effekter och kostnader sällan reflekteras i marknadspriserna.¹⁷ Detta gäller särskilt kollektiva nyttigheter som tillgång till rent vatten, ren luft och en artrik mångfald i naturen.

¹³ Se avsnitt 1.2.1 och 1.2.2; Miljö, handel och konkurrens – spelregler för effektiva marknader, 1998:2, s 12-14.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Se mål C-85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 461, p 38.

¹⁶ Se kommissionens beslut 1/463/EC [2001], DSD, OJ L166/1.

¹⁷ Ekonomiska styrmedel i miljöpolitiken, 2006:34, s 59-68.

Dessa nyttigheter kan utnyttjas av flera konsumenter samtidigt. En konsuments konsumtion utgör inte ett hinder för en annan konsument.¹⁸

1.2.1 Kollektiva nyttigheter och fria resurser

Att försöka exkludera ett allmänt användande av nyttigheten är kostnadsprohibitivt och ingen vinstmaximerande aktör är intresserad av att försöka tillhandahålla nyttigheten.¹⁹ Värden, som är kollektiva nyttigheter, kan inte ägas individuellt. Utan en sådan äganderätt saknas det grund för avtal mellan presumtiva ägare av nyttigheten och brukaren av nyttigheten och av den anledningen etableras det inte heller något marknadspris på nyttigheten.²⁰

Det marknadsmisslyckande som uppstår genom att ett pris saknas leder till att miljöresurserna betraktas som fria resurser (öppen access), vilket leder till överutnyttjande och att endast den fysiska tillgången till nyttigheten utgör en begränsning. För miljöresurser är tillgången dessutom oftast av långsiktig natur och ett faktiskt överutnyttjande blir sällan märkbart i ett kortare perspektiv. Det inkluderas inte i företagets beräkningar som en kostnad.²¹ Slöseriet med vad som egentligen är ändliga miljöresurser blir därmed ett faktum.

Även när miljöresurser faktiskt kan köpas och säljas, och därmed får ett marknadspris, händer det ofta att priset blir alltför lågt.²² Till exempel återspeglar inte priset för flaskvatten de lokala vattenrelaterade miljöproblem, som uppstår när produktionen tar ut stora mängder grundvatten för massproduktion. Denna massproduktion kan leda till sänkta grundvattennivåer och negativa miljöeffekter för området där vattenuttagen görs. Vattnets funktion i det lokala ekosystemet eller konsekvenserna av lokal vattenbrist ingår inte i prissättningen och påverkar därmed inte lönsamheten för flaskvattnet, som kan kosta 2000 gånger mer än vanligt kranvatten.²³ Verksamheten väljer istället att maximera vinsten inom ett område tills det inte längre är lönsamt, varefter en flytt sker till nästa område, som erbjuder fortsatta vinstmöjligheter.

Eftersom utgångspunkten för marknadsaktörernas beslut på den fria marknaden är en vinst- och nyttomaximering, leder fria resurser till en olycklig överkonsumtion eftersom kostnader inte begränsar nyttjandet.²⁴ Sådana fria resurser har egenskapen av icke-exkluderbarhet och rivalitet, jämfört med kollektiva varor, som har egenskapen av icke-rivalitet och icke-exkluderbarhet. För företagets del finns helt enkelt

¹⁸ Fegler & Unemo, Långtidsutredningen (Bilaga 7), s 46.

¹⁹ Cooter & Ulen, Law and Economics, s 42.

²⁰ Ekonomiska styrmedel i miljöpolitiken, 2006:34, s 61.

²¹ Fegler & Unemo, Långtidsutredningen (Bilaga 7), s 41-67.

²² Ibid, s 46.

²³ Boesler, Matthew "Bottled Water Costs 2000 Times As Much As Tap Water" Business Insider, Jul 12, 2003 <<http://www.businessinsider.com/bottled-water-costs-2000x-more-than-tap-2013-7>>.

²⁴ Garret Hardin la fram i den nu klassiska artikeln från 1968, "The Tragedy of the Commons", s 1244, "Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all. ... The individual benefits as an individual from his ability to deny the truth even though society as a whole, of which he is a part, suffers."

ingen vinning i att bevara miljöresurser eller kollektiva nyttigheter de inte äger eller betalar för.²⁵ Värdet av miljöresursen beaktas vanligtvis inte vid beslutsfattandet eftersom samhällets kostnad inte bärs av brukaren. Att det kan bli långtgående negativa konsekvenser för kommande generationer påverkar inte dagens beslut. En sådan påverkan blir aktuellt först genom yttre åtgärder, som har en omedelbar effekt på beslutsfattandet. Vinst- och nyttomaximeringsbeslut, som okontrollerat får överutnyttja fria resurser leder därför till ett bristande miljöskydd och att privata investeringar inte görs i miljön.²⁶

1.2.2 Externa effekter

Skillnaden mellan utövarens kostnader och de samhällsekonomiska kostnaderna associerade till brukandet av miljöresurser ("*externa effekter*") är ett skäl till att fria marknader inte alltid är samhällsekonomiskt effektiva. Termen fångar upp de indirekta verkningarna av att en verksamhet utövas, som inte tas med i marknadspriserna. Positiva externa effekter ger en fördel och räknas som en intäkt, medan negativa externa effekterna ses som en samhällskostnad.²⁷

Miljöskador är ett typiskt exempel på en negativ extern effekt. Miljöskadan blir en kostnad för samhället medan själva verksamheten som orsakar skadan inte beaktar kostnaden i vare sig produktionskostnader eller det pris som tas ut för varan eller tjänsten. Eftersom den i sig inte är förenad med en privatkostnad innebär en negativ extern effekt oftast en överproduktion eller överkonsumtion. Hade den externa kostnaden inkluderats hade större samhällseffektivitet uppnåtts och marknadens oförmåga att förhindra ett överutnyttjande av fria resurser genom priser rättats till.²⁸

1.2.3 Miljöpolitiska styrmedel

För att rätta till marknadsmisslyckandet med externa effekter och uppnå en samhällsekonomisk optimal resursanvändning behövs det en fungerande miljöpolitik, som medför tydliga och rättssäkra regler. Målet måste vara att anpassa marknadsaktörernas beteenden till att bättre hushålla med och fördela miljöresurser, vilket effektiviserar samhällets resursanvändning och därmed ökar välfärden. Marknadspriset borde då reflektera den faktiska marginalkostnaden, som uppstår för samhället när verksamheten producerar en viss vara eller tillhandahåller en tjänst.

Staten eller av staten anvisad aktör iklär sig då rollen som förvaltare av miljöresurser och det är genom miljöpolitiska styrmedel, som man försöker

²⁵ Företagen motiveras istället enligt Pearce av effektivitet, påtryckningar från intresseorganisationer eller företagets egen image och lednings eller anställdas intressen; Pearce, s 212-217.

²⁶ Kingston, s 50-54.

²⁷ Ekonomiska styrmedel i miljöpolitiken, 2006:34, s 60.

²⁸ Tari, "Competition or Environmental Protection: is it necessary to choose?", s 278.

balansera kostnaderna för de negativa externa effekterna. Styrmedel som står till buds för detta är antingen administrativa eller ekonomiska.²⁹

Administrativa och ekonomiska styrmedel

Administrativa styrmedel utgörs av allt från klassiska lagstiftningsåtgärder och regler i form av förbud eller påbud till mer otraditionella åtgärder i form av frivilliga miljöavtal,³⁰ som kan fungera som komplement eller alternativ till lagstiftningsåtgärder. Kostnaderna för marknadsaktörerna påverkas på ett indirekt sätt. Lagstiftning eller avtal, som leder till att gränsvärden för vissa utsläpp skärps, innebär att verksamheter måste anpassa sig genom ändringar i produktion eller investeringar i ny teknik, som minskar utsläppen.³¹ Därmed ökar produktionskostnaderna och verksamheten tvingas ta hänsyn till de externa effekter som uppstår till följd av produktionen.³²

De ekonomiska styrmedlen utgörs av ekonomiska instrument, som är särskilt ämnade att direkt påverka priser och kostnader såsom miljöskatter och särskilda avgifter. Skatterna benämns "pigouvianska skatter"³³ och avsikten är att justera den negativa externa effekten, som uppstår när samhällets kostnader för en viss aktivitet är högre än kostnaderna för dem som företar aktiviteten. Skatter och avgifter fungerar som en signal för marknadsaktörerna att anpassa produktion till mer kostnadseffektiva och miljövänliga alternativ. Kostnaden för miljöstörande produktion blir högre än för alternativa miljövänligare lösningar. Även möjligheter till dispens och avgiftseftergifter är användbara som incitament för marknadsaktörer att göra miljömässiga förbättringar.³⁴

En bakomliggande utgångspunkt för ekonomiska styrmedel på miljöområdet är principen att förorenaren betalar (*Polluter Pays Principle* – "PPP").³⁵ Den som förorenar eller på annat sätt orsakar skador i miljön ska bära de samhälls-ekonomiska kostnader, som uppstår för att avhjälpa skadan eller begränsa effekterna. På så vis sker en internalisering av negativa externa effekter, som ekonomiska aktörer har att ta hänsyn till vid beslutsfattandet.³⁶ Kostnaden som uppstår är tänkt att representera det verkliga priset av en viss aktivitet – dvs. det privatekonomiska priset plus priset av den negativa externa effekten, vilket innefattar den faktiska kostnaden för samhället.³⁷

²⁹ Miljö, handel och konkurrens – spelregler för effektiva marknader, 1998:2, s 31–32.

³⁰ Meddelande från kommissionen om "Miljöavtal på gemenskapsnivå inom ramen för handlingsplanen för en bättre och enklare lagstiftning", KOM (2002) 412 slutlig, 17.7.2002, s 3.

³¹ Kingston, s 43–49.

³² Miljö, handel och konkurrens – spelregler för effektiva marknader, 1998:2, s 31.

³³ Vilka får sitt namn från ekonomen Arthur Cecil Pigou, från vilka teorin om externaliteter härstammar; Kingston, s 56.

³⁴ Miljö, handel och konkurrens – spelregler för effektiva marknader, 1998:2, s 32.

³⁵ Kingston, s 51. Det förtjänar att påpekas att där även finns en omvänd teori, Victim Pays Principle – "VPP", men att den används mer sällan och saknar den filosofiska tyngd som ligger bakom att den som orsakat skadan ska vara den som står för kostnaderna.

³⁶ Se exempelvis VOTOB ärendet; XXII:e rapporten om konkurrenspolitiken, COMP REP EC 1992, s 106–108.

³⁷ Ramlogan, s 101–104.

Eftersom tesen är att en fungerande marknadsekonomi leder till optimal resursallokering borde det innebära automatiska miljöförbättringar när kostnaderna för miljöstörande verksamheter inkluderas. Teoretiskt borde effekten bli kortsiktiga miljövinster och långsiktiga förbättringar av miljön med mindre miljöstörande teknologier. Konkurrenstrycket mellan företagen ökar dessutom innovationen och utvecklingen av miljövänligare produkter och teknologier till lägre kostnader.³⁸

Sådan internalisering bör vara universell, så att den drabbar alla marknadens aktörer lika. Annars är risken att företag, som har internaliserat negativa externa effekter, försätts i ett sämre konkurrensläge än företag, som inte beaktar sådana kostnader för miljön eller samhället. Om ekonomiska styrmedel används korrekt så blir det svårt för sådana nackdelar att uppstå. Exempelvis att ett pris sätts av en miljöskatt på utsläpp, vilket leder till en internalisering av externaliteten. Om miljöskatten på utsläppen motsvarar kostnaderna som samhället vill reglera så kommer det ökade priset leda till en kostnadseffektiv internalisering av externaliteten. Företagen som kan anpassa sig bäst genom att antingen rena utsläppen till lägst kostnad eller minska produktionen är de som kommer att drabbas minst. Efter att ekonomiska styrmedel har använts korrekt verkar konkurrens och marknadskrafterna fritt, vilket kan leda till en ekonomisk darwinism: att vissa företag helt enkelt inte kan konkurrera på marknaden och slås ut av de ökade kostnaderna som följer av exempelvis en miljöskatt på utsläpp. Problemet kan också lösas genom villkor i miljöavtal, som binder upp aktörer på marknaden att följa en viss utveckling eller genom att dominerande aktörer driver utvecklingen med sin prispolicy. Sådana ageranden kan dock anses vara konkurrensbegränsande och bli föremål för en konkurrensrättslig prövning.

Politiska styrmedel

Den fria marknadens marknadsmisslyckande att effektivt allokera miljöresurser motsvaras ofta av ett "politiskt misslyckande" att utnyttja miljöpolitikens styrmedel optimalt. Precis som med marknadsmisslyckande skickas fel signaler till marknadsaktörerna, som resulterar i att deras beteenden formas på felaktiga grunder, fast det sker då genom bruket av styrmedel.³⁹

Används ett styrmedel för att balansera en viss negativ extern effekt och bygger styrmedlet på okunskap, bristande information eller direkta felaktigheter, kan det inträffa att situationen förvärras. I praktiken styrs marknadsaktörerna i fel riktning. Ett färskt exempel på detta är hur man i Storbritannien uppmuntrat användningen av "miljövänliga" dieselfordon med mindre klimatpåverkan genom olika stödåtgärder. Nu brottas landet med en föråldrad och miljömässigt sämre dieselpark, som allvarligt påverkar storstadsmiljöerna. Problemen ska nu lösas med biltullar, som ska styra om användandet till miljövänligare alternativ.⁴⁰ Användningen av

³⁸ XXIII:e rapporten om konkurrenspolitiken, 1994, s 93.

³⁹ Fegler & Unemo, Långtidsutredningen (Bilaga 7), s 47.

⁴⁰ "Diesel cars face £10 charge for driving into central London", BBC News, July 29, 2014 <<http://www.bbc.com/news/uk-england-london-28540259>>.

subventioner som stödåtgärder är därför sällan något som ekonomer förordar som lösningar på externalitetsproblem, då marknaden kan bli större än vad den annars hade varit på grund av att subventionen gör det lönsamt för aktörer som annars inte hade trätt in på marknaden.

Det finns en naturlig, även om den inte är universell, koppling mellan en växande ekonomi och vissa miljöproblem som uppstår.⁴¹ Tillgrips styrmedel, som har till syfte att förhindra vissa miljöskador, kan detta innebära möjligheterna att bedriva viss ekonomisk verksamhet inskränks. Konkurrensen påverkas och fråga uppkommer om begränsningarna är proportionerliga till vinsterna man söker uppnå genom begränsningarna.⁴² Ekonomiska styrmedel kan exempelvis brukas för att kostnadseffektivt internalisera externaliteter, där samhällets miljömål är att minska vissa utsläpp genom produktionsminskningar eller reningsåtgärder. Det innebär kostnader för företagen, vilket beroende på efterfrågeelasticiteten, leder till högre priser och/eller minskade marginaler i jämförelse med konkurrenterna. Om marknadsaktörerna inte kan verka på marknaden vid korrekta priser så leder det oundvikligen till att antalet marknadsaktörer blir mindre. Vilket även det är i linje med ett miljömotiverat samhällsmål att minska utsläppen, i detta fallet på bekostnad av konkurrens på marknaden. Används ekonomiska styrmedel korrekt och en miljöskatt landar på rätt nivå blir följden att samhällets välfärd blir större efter att externaliteten har internaliserats. Styrmedel kan dock även ha den effekten att de leder till konkurrensbegränsande samarbeten just i syfte att uppnå miljömål. Risken för konkurrensbegränsningar är särskilt stor när åtgärderna förhindrar eller försvårar marknadsinträde eller leder till marknadsdominans i någon form.⁴³

Alla konflikter som uppstår mellan miljöintressen och konkurrensintressen måste dock inte ha en "antingen eller"-lösning. Snarare eftersträvas en fungerande balans för att uppnå största möjliga nytta för samhället genom miljöförbättringar och en väl fungerande konkurrens.⁴⁴ Konkurrensrättens återkommande hänvisning till proportionalitet som bedömningsgrund är ett led i att hitta en sådan balans. Nyttan med åtgärderna som används måste dock överstiga kostnaderna, som orsakas på andra områden i enlighet med Kaldor-Hicks-kriteriet. Utifrån konkurrenslagstiftningen är dock en grundläggande förutsättning att konkurrensen inte helt får sättas ur spel, vilket varken skulle gynna marknaden eller det långsiktiga miljöarbetet.⁴⁵

⁴¹ Miljöförstöring kan i vissa lägen först bli aktuellt efter att ett lands tillväxt ökat markant och befolkningen lämnat fattigdom bakom sig, för att sen minska gradvis igen när landet nått ännu högre inkomstnivåer, vilket kallas för miljö-kutznetskurvan. Där ett samband har fastslagits för vissa utsläpp, såsom lokala föroreningar som svavelutsläpp och förkastats för andra utsläpp.

⁴² Se kommissionens beslut 2000/475/EC [2000], CECED, OJ L187/47.

⁴³ Kommissionens beslut 2001/837/EC [2001], DSD, OJ L319/1, fastställt av tribunalen i mål T-289/01 DSD [2007] ECR II-1691. Förpackningsförordningen i Tyskland gav upphov till insamlings- och återvinningssystemet DSD, vars stordriftsfördelar och tillämpade ensamrätter inom insamlingsområdena bedömdes vara konkurrensbegränsande; se avsnitt 4.2.4 nedan.

⁴⁴ Townley, s 444. Fördelarna med balansen blir att ekonomiska fördelar kommer konsumenterna och samhället till nytta samtidigt som fler målsättningar kan beaktas i linje med det helhetsperspektiv som EU eftersträvar.

⁴⁵ Att användningen av ekonomiska styrmedel skulle medföra att vissa företag tvingas lämna marknaden, att priser höjs på varor eller att vinstmarginaler förändras är något som kräver vidare analys utifrån ett samhällsekonomiskt perspektiv, för att avgöra ifall det är samhällsekonomiskt optimalt.

1.3 Konkurrensrätt och miljöhänsyn

Föregående beskrivning behandlade övergripande samhällsekonomiska teorier om effektiv resursallokering, som en grund för hur pareto-optimalitet kan uppnås genom en effektiv konkurrens i relation till miljöhänsyn. Följande avsnitt fortsätter på den linjen med att presentera konkurrenspolitik utifrån ett miljöperspektiv.

1.3.1 Konkurrenspolitik

Det är en generellt accepterad uppfattning i Europa att konkurrens inte är ett mål i sig, utan ett medel för att uppnå andra samhällsnyttiga mål. Konkurrensen ska skapa såväl en statisk som dynamisk effektivitet. Den allokeringseffektiva marknaden ska vara öppen för nya aktörer och nya produktionsresurser och resursanvändningen ska ge största möjliga nytta för samhället.⁴⁶ Detta i sig leder till en ökad ekonomisk välfärd.⁴⁷

I EU ska konkurrensrätten⁴⁸ skydda såväl konsumenter som konkurrenter och marknadsens struktur och därmed även konkurrensen i sig.⁴⁹ EU-kommissionen noterade i 1999 års rapport om konkurrenspolitiken att "det första målet för konkurrenspolitiken är att upprätthålla konkurrensen på marknaderna. Konkurrenspolitiken tjänar som verktyg för att främja en effektiv industri, optimal resursfördelning, tekniska framsteg och förmåga att anpassa sig till utvecklingen."⁵⁰ Därutöver ska konkurrenspolitiken medverka till fullbordandet av den inre marknaden.⁵¹ Alla företag som är verksamma inom den inre marknaden ska konkurrera på rättvisa och lika villkor och av egen kraft.⁵²

Det råder dock delade meningar på vilket sätt man ska ta hänsyn till miljöaspekter inom konkurrensen.⁵³ Chicagoskolan har som utgångspunkt att konkurrenspolitiken inte ska styras av andra mål än att uppnå ekonomisk effektivitet och konsumentvälfärd.⁵⁴ Konsumentvälfärd uppkommer när samhällets resurser utnyttjas optimalt av konsumenterna. Marknadsmislyckande som beror på negativa externa effekter är enligt Chicagoskolans synsätt en uppgift för lagstiftaren och inget som konkurrenspolitiken ska rätta till. Ordoliberal teori förespråkar en skillnad mellan rent ekonomiska hänsyn och icke-ekonomiska hänsyn och det är bara ekonomiska hänsyn som är relevanta för konkurrenspolitiken.⁵⁵ Harvardskolan, å andra sidan, tillämpar till en ekonomisk helhetssyn,

⁴⁶ Vedder, s 39.

⁴⁷ Konkurrensbrott: en lagstiftningsmodell (slutbetänkande), SOU 2004:131, s 143.

⁴⁸ Jones & Sufrin, s 32.

⁴⁹ Odudu (2009), s 2; förenade mål C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P och C-519/06P GlaxoSmithKline Services [2009] ECR I-9291, p 63; Se även t.ex. mål C-52/09 TeliaSonera Sverige [2011] ECR I-527, p 22 ("förhindra att konkurrensen snedvrids till nackdel för allmänintresset, de enskilda företagen och konsumenterna").

⁵⁰ XXIX:e rapporten om konkurrenspolitiken, SEK(2000) 720 Slutlig, s 19.

⁵¹ Ibid.

⁵² Karlsson & Östman, s 216.

⁵³ Townley, s 168–169.

⁵⁴ Där ett påpekande är att varken ekonomisk effektivitet eller maximal konsumentvälfärd råder om det finns negativa externaliteter.

⁵⁵ Se Odudu, s 608–609. Kritik framförs mot att konkurrenspolitiken kapas för att genomföra andra målsättningar fram till dess att där finns nog med stöd för att genomföra lagstiftningsåtgärder, som löser problemen.

som möjliggör hänsyn till icke-ekonomiska faktorer i konkurrenspolitiken.⁵⁶ I vilken mån miljöhänsyn påverkar bedömningen är således avhängigt vilka mål konkurrenspolitiken ska nå.⁵⁷

1.3.2 Miljööverväganden i konkurrenspolitiken

Den europeiska konkurrenspolitiken har över tiden influerats av de tre ekonomiska skolorna. Från en inledningsvis stringent och formellt tillämpad förbudsreglering, som i allt fungerade som ett kitt för en ökad integration mellan medlemsstaterna har ett ekonomiskt synsätt⁵⁸ successivt blivit tydligare med ökad tonvikt på effektivitet.⁵⁹ Från tid till annan har denna europeiska modell också präglats av icke-ekonomiska faktorer som t.ex. arbetsmarknads- och miljöhänsyn.⁶⁰ Svårigheten har ofta legat i hur sådana hänsyn ska balanseras mot ett ekonomiskt effektivitetstänkande. Försök har gjorts att beräkna miljöargumentens ekonomiska effektivitet och inverkan på konsumentvälfärden.⁶¹ Resonemangen kommer delvis till uttryck dels i kommissionens vägledning från 2009 om dess prioriteringar vid bedömningar av utestängande missbruk av företag med dominerande ställning⁶² och i riktlinjerna från 2010 angående tillämpningen av artikel 101 FEUF på horisontella samarbetsavtal.⁶³ Därmed understryks en tillnärmning till Chicagoskolans mer effektbaserade tillvägagångssätt. Resonemangen ligger dock på en generell nivå och svårigheterna att rätt värdera miljöargumenten är betydande.

1.3.3 Konkurrens och miljö i balans

Fördraget om den Europeiska unionen ("FEU") fastställer i artikel 3(3), att målsättningen för det europeiska samarbetet är en hållbar social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft, som bl.a. bygger på en hög miljöskyddsnivå och en bättre miljö.

Artikel 11 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt ("FEUF") klargör den så kallade integrationsprincipen, som stipulerar att "miljöskyddskraven ska integreras i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling". Miljöskyddskraven kommer till uttryck i artikel 191 FEUF och innebär att EU:s miljöpolitik ska bidra till att bevara, skydda och förbättra miljön. Politiken ska vidare skydda människors hälsa, ett

Rättssäkerheten påverkas av att icke-ekonomiska hänsyn skulle bli del av den konkurrensrättsliga prövningen under ett decentraliserat system efter moderniseringsförordningen nr 1/2003.

⁵⁶ Kingston, s 9–38; där externaliteter också utgör en ekonomisk faktor men att svårigheten ligger i att lyckas värdera miljökostnaderna korrekt.

⁵⁷ Lavrijssen, s 639-643; Larragán, s 124–131.

⁵⁸ Som avser ett mer effektbaserat tillvägagångssätt vid analysen; Kingston, s 39–40.

⁵⁹ Kingston, s 33.

⁶⁰ Townley (2011), s 441–442.

⁶¹ Monti (2007), s 46.

⁶² 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 C 45, 24.2.2009.

⁶³ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011.

varsamt och rationellt utnyttjande av naturresurser och att främja åtgärder som på internationell nivå kan komma att lösa miljöproblem och bekämpa klimatförändring. De olika miljörettsliga principerna kommer också till uttryck i andra policyområden genom integrationsprincipen, vilket gör att även försiktighetsprincipen, principen om att miljöskador ska hejdas vid källan och att förorenaren ska betala, måste inkluderas som en del av politiken. Artikel 7 FEUF kräver dessutom en samstämmighet mellan alla politik- och verksamhetsområden med beaktande av samtliga mål.⁶⁴ Lojalitetsförpliktelsen i artikel 4(3) FEU ålägger medlemsstaterna att säkerställa att fördragets målsättningar uppfylls,⁶⁵ därmed även miljömålsättningar, som kommer till uttryck genom integrationsprincipen och artikel 191 FEUF. Förpliktelsen innebär att medlemsstaterna bl.a. ska avstå från åtgärder som kan äventyra uppnående av målsättningarna.⁶⁶ Genom praxis har den förpliktelsen tolkats som att medlemsstaternas kompetenta myndigheter är skyldiga att använda alla tillgängliga medel för att uppnå fördragets syften.⁶⁷

Integrationsprincipen är viktig för tolkningen av alla rättsområden.⁶⁸ Principen ger dock inte något företräde för miljöhänsyn framför andra målsättningar⁶⁹ men målsättningarna inom de andra politikområden behöver enligt artikel 11 FEUF uppnås på ett så miljövänligt sätt som möjligt.⁷⁰ Principen skapar en rättsligt bindande förpliktelse att verka för en hållbar utveckling.⁷¹ Hållbar utveckling innebär en balans mellan ekonomisk tillväxt⁷² och hänsyn till ett effektivt miljöskydd,⁷³ utan att äventyra kommande generationers möjligheter.⁷⁴ Miljöskyddets centrala roll framgår enligt Sadeleer direkt av artikel 11 FEUF,⁷⁵ medan Kingston beaktar miljörettens utveckling och sätter den i relation till andra rättsområden genom en fördragsenlig tolkning.⁷⁶

⁶⁴ Miljöhänsyn prioriteras inte i jämförelse med andra policyområden såsom jämställdhet (artikel 8 FEUF), hög sysselsättning och socialt skydd (artikel 9 FEUF), icke-diskriminering (artikel 10 FEUF), konsumentskydd (artikel 12 FEUF) eller djurskydd (artikel 13 FEUF); se Vedder, "The Treaty of Lisbon and European Environmental Policy", 2010, *Journal of Environmental Law* 285, s 289; se även förenade mål C-20/01 och C-28/01 kommissionen mot Tyskland [2003] ECR I-3646, p 47 (där det påpekas att integrationen av principen om att miljöförstöring ska förhindras vid källan inte innebär något företräde för miljöpolitiken framför andra policyområden).

⁶⁵ Townley (2011), s 443. En skyldighet för nationella konkurrensmyndigheter.

⁶⁶ Sjäfjell, s 52ff.

⁶⁷ Se mål C-165/91 Van Munster [1991] ECR I-4661; Mahmoudi, s 86–88.

⁶⁸ Vedder s 68–70.

⁶⁹ Nowag, s 26–37.

⁷⁰ Larragán, s 127; Jans & Vedder, s 17; Krämer, s 20–22; Mål C-513/99 Concordia Bus [2002] ECR I-7213, p 57.

Integrationsprincipen medför att en tolkning att miljöskyddskriterier kan inkluderas vid bedömningen av anbud vid upphandling.

⁷¹ G. Durán, "Commentary on Article 37 of the EU Charter of Fundamental Rights – Environmental Protection", University of Edinburgh, Research Paper Series No 2013/20, s 16–17.

⁷² Vilket tar hänsyn till att en hållbar utveckling omfattar tre pelare, avseende miljö, ekonomi och sociala aspekter; se Larragán, s 127.

⁷³ Lee, s 25–48.

⁷⁴ Såsom begreppet hållbar utveckling myntades 1981 av Lester Brown och fick internationell spridning genom FN-rapporten "Vår gemensamma framtid", 1987.

⁷⁵ Sadeleer, s 21–25.

⁷⁶ Kingston, s 97–125.

Integrationsprincipen är ett verktyg för samordning mellan rättsområdena och inte ämnad att skapa ny rätt.⁷⁷ Är ordalydelsen i en bestämmelse öppen för olika tolkningar bör den tolkningen accepteras, som innebär en fördel för miljöskydd. Är det således möjligt att tillämpa konkurrensbestämmelserna på ett sätt som innebär fördelar för miljöskydd, utan att det uppstår en konflikt med konkurrenspolitiska målsättningar, ska reglerna tolkas till miljöns fördel.⁷⁸ Uppstår det däremot en konflikt, ska en proportionalitetsbedömning avgöra utgången.⁷⁹ En åtgärd anses vara proportionerlig om den är lämplig för att uppnå en av EU:s målsättningar och det saknas mindre konkurrensbegränsande åtgärder.⁸⁰ Miljöskäl kan motivera undantag enligt artikel 101(3) FEUF, vid effektivitetsvinster som konsumenterna får del av, eller om det föreligger objektiva försvarbara skäl enligt artikel 102 FEUF. En förutsättning är att konkurrensen inte får elimineras, oavsett vilka miljöfördelar som uppkommer.⁸¹ Trots att fördraget ger omfattande vägledning för hur miljöfrågor ska hanteras lämnar tillämpningen av integrationsprincipen ett betydande utrymme för olika tolkningar⁸² och är ytterst beroende av den politiska viljan.⁸³

Både Vedder⁸⁴ och Kingston⁸⁵ anser att integrationsprincipen inte innebär att artikel 101 eller 102 FEUF kan användas för att förhindra miljöskadliga åtgärder, som i sig inte bedöms vara konkurrensbegränsande. Det är inte konkurrensrättens uppgift att lösa miljörettsliga brister, utan dessa måste regleras i den separata miljölagstiftningen.⁸⁶

Integrationsprincipen kan inte heller användas som ett argument för att undanta prövningen från konkurrensreglerna enbart med hänvisning till åtgärdens positiva verkningar för miljön. Om åtgärden innebär att konkurrensen elimineras träffas den av förbudet. Målsättningen i artikel 11 FEUF att främja en hållbar utveckling förutsätter att konkurrens återstår för att säkra just den hållbara utvecklingen.⁸⁷

⁷⁷ *Contra legem* är när en rättstillämpare bortser från lagtextens ordalydelse eller lagstiftarens ursprungliga syfte med lagen. Är lagtexten specifik så vore det *contra legem* att tolka in ett annat innehåll, medan om där finns oklarheter i lagtexten eller om den är tillräckligt vag för att ge utrymme till flera olika tolkningar då är det möjligt att tolka lagen på ett annat sätt.

⁷⁸ Townley, s 148–153; Dhondt, s 478.

⁷⁹ Som EU-domstolarna har utvecklat proportionalitetstestet utgörs det av tre delar, med bedömning av: 1) lämplighet, 2) nödvändighet och 3) proportionalitet i strikt bemärkelse; men där finns viss akademisk skiljaktighet om huruvida domstolen prövar de olika delarna tillsammans (Tridimas, s 139) eller om vissa delar av testet kan eller bör utelämnas (Craig (2006), s 984; Groussot, s 152).

⁸⁰ Kingston, s 97–116.

⁸¹ Att försvaga konkurrensen kan medföra sociala kostnader, som överstiger de fördelar som miljöpolitiken eftersträvar. Dock kräver detta en analys för att avgöra ifall det skulle innebära större kostnader för samhället att inte internalisera externaliteten; se Nordic Competition Authorities (joint report, 2010), s 16–17.

⁸² Larragán, s 124–131; Europa 2020-strategin förutser dessutom en fullständig integrering av miljöhänsyn i andra politikområden som en del av strategin (se <http://ec.europa.eu/environment/action-programme/>).

⁸³ Krämer (2013), s 101; Kommissionen inte har någon politisk ambition att integrera miljöhänsyn i övriga policyområden och ger intrycket av att alla är för integration, men att det inte omsätts i praktiken. McIntyre (s 137–139) lyfter fram att betydelsen av den miljömässiga integrationsprincipen minskat med anledning av konkurrensen med andra policyområden. Townley (2012 – s 41–42) menar att kommissionen försöker ändra spelreglerna i enlighet med riktlinjerna för att avspegla ett mer ekonomiskt synsätt inriktat på enbart konsumentvälfärd.

⁸⁴ Vedder, s 158–159.

⁸⁵ Kingston, s 190.

⁸⁶ Townley, s 247–248; samt Odudu, s 611–612.

⁸⁷ Vedder, s 157.

Ett ambitiöst miljöavtal med betydande miljövinster men också kraftiga konkurrensbegränsningar kan omfattas av förbudet i artikel 101(1) FEUF, men det kan också öppna möjligheter till undantag om rekvisiten i 101(3) FEUF är uppfyllda. Även om uttryckligt stöd saknas i artikel 102 FEUF blir resultatet detsamma om effektivitetsvinster kan styrkas.⁸⁸ En kasuistisk proportionalitets-bedömning blir till slut avgörande.⁸⁹

1.4 Sammanfattande kommentar

Grundläggande teorier om samhällsekonomisk effektivitet och den fria marknadens allokering via prismekanism syftar till att optimera resursanvändningen i samhället. Är så inte fallet beror det oftast på marknadsmisslyckande till följd av konkurrensbegränsande samarbeten, skadliga monopol, hinder för marknadsdeltagande, negativa externa effekter eller överutnyttjande av kollektiva nyttigheter.

En felaktig resursanvändning av kollektiva nyttigheter, som får negativa miljökonsekvenser åtgärdas i första hand via ekonomiska eller politiska styrmedel. Marknadspriset ska avspegla alla de kostnader, som marknadsaktörerna har att ta hänsyn till vid beslutsfattandet. Internaliseringen av negativa externa effekter i marknadspriset för varor och tjänster framtvingar miljövänligare alternativ.

På samma sätt kan en effektiv och dynamisk konkurrens sporra fram miljöförbättrande utveckling och innovation och reduktion av externa effekter och samhällets kostnader. Fördraget förutser att miljömässiga avvägningar ska integreras i konkurrensbedömningen av såväl samordnade åtgärder som åtgärder vidtagna av dominerande företag. Miljöförbättringar ökar välfärden och har konsumenter möjlighet att välja miljöriktiga produkter där externa effekter har internaliserats leder en ökad konkurrens automatiskt till en ökad välfärd. På en dynamisk och konkurrensutsatt marknad utvecklas effektivare teknologier, som sänker såväl produktionskostnader som prisnivåer. Kan miljövinster översättas till effektivitetsvinster och finansiella vinster för marknadsaktörerna, innebär vinstmaximeringen att det är den miljövänligare vägen som väljs.⁹⁰ En samordnad och balanserad konkurrens- och miljöpolitik skapar därför samhällsekonomisk nytta.

⁸⁸ 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 C 45, 24.2.2009, s 12, p 30.

⁸⁹ Kingston, s 115.

⁹⁰ Tari, "Competition or Environmental Protection: is it necessary to choose?", s 279.

2 EU:s miljö rätt och miljö samverkan

Föregående avsnitt har belyst det marknadsekonomiska sambandet mellan en väl fungerande konkurrens och vikten av att miljöhänsyn beaktas genom fungerande miljöpolitiska styrmedel. Styrmedel, som bygger på principen om att förorenaren betalar och att samhällets kostnader internaliseras av marknadsaktörerna, kan fungera som signal för marknaden och leda till en optimal resursanvändning.

Utöver mer traditionella administrativa styrmedel i form av lagstiftningsåtgärder, har på senare tid användandet av marknadsmässiga instrument såsom frivilliga miljöavtal kommit att spela en allt större roll för att nå en miljövänligare användning av resurserna. Detta avsnitt presenterar miljöarbetet inom den Europeiska unionen och behandlar speciellt frivilliga miljöavtal som styrmedel.

2.1 En hållbar utveckling

Det europeiska samarbetet var inledningsvis inriktat på ekonomiska frågor och saknade lagliga medel att behandla miljöfrågor. Arbetet med EU:s miljölagstiftning kom igång vid slutet av 1960-talet.⁹¹ Ett första handlingsprogram efterlystes i samband med Europeiska rådet i Paris 1972, som angav behov av en miljöpolitik för gemenskapen vid sidan om det ekonomiska samarbetet.⁹² Fleråriga miljöhandlingsprogram har sedan dess legat till grund för den europeiska miljöpolitiken.⁹³ Med den Europeiska enhetsakten 1987 infördes ett särskilt miljökapitel i Romfördraget, som utgjorde den första rättsliga grunden för en gemensam miljöpolitik. Målet var att bevara miljö kvaliteten, skydda människors hälsa och säkerställa ett varsamt och rationellt utnyttjande av naturresurserna. Efter hand har miljöns betydelse både förstärkts⁹⁴ och förtydligats genom senare fördragsändringar till att omfatta ett eget politikområde med skyldighet att integreras i alla andra sektorer i syfte att främja en hållbar utveckling.⁹⁵

2.1.1 Grundläggande principer

Den europeiska miljöpolitiken präglas av en hög ambitionsnivå, där miljöns framträdande roll betonas av bl.a. integrationsprincipens placering i början av FEUF. De grundläggande principerna, som kommer till uttryck i artikel 191(2) FEUF och som styrs av integrationsprincipen, har inte direkt effekt, utan är

⁹¹ Townley, s 148.

⁹² Jordan, s 13–29.

⁹³ Det sjunde miljöhandlingsprogrammet antogs november 2013 och innehåller nio policymål att uppnås till 2020 gällande klimat och miljö prioriteringar inom den europeiska miljöpolitiken.
<<http://ec.europa.eu/environment/newprg/index.htm>>.

⁹⁴ Jacobs, s 37–49. Se mål C-240/83 Procureur de la République mot Association de defense des brûleurs d'huiles usages (ADBHU) [1985] ECR s 531, p 13; och mål C-302/86 kommissionen mot Danmark [1988] REG s 4607, p 8–9. (Miljöskyddet "utgör en av gemenskapens viktigaste målsättningar").

⁹⁵ Craig & De Búrca, "The Evolution of EU Law", s 653–692.

vägledande målsättningar.⁹⁶ En hög, men inte närmare preciserad, skyddsnivå eftersträvas, vilket öppnar för flexibilitet och kasuistisk bedömning. Skyddsnivån tar hänsyn till regionala skillnader.⁹⁷ Beträffande förhållandet till konkurrensrätten spelar principerna en viktig roll vid tolkningen av på vilket sätt miljöhänsyn kan inkorporeras i den konkurrensrättsliga bedömningen.⁹⁸ I de grundläggande principerna innefattas en försiktighetsprincip, en förebyggandeprincip, principen att miljöförstöring ska förhindras vid källan samt principen om att förorenaren ska betala.⁹⁹

Försiktighetsprincipen

Försiktighetsprincipen syftar till att förhindra, minska eller kontrollera bevisbara skador på miljön genom införandet av restriktioner för åtgärder, som kan leda till sådan skada. Som med övriga principer är tillämpningen inte begränsad till miljörättens område utan har en generell tillämplighet. Enligt kommissionens vägledning bör principen beaktas som ett led i en riskhantering.¹⁰⁰ Tribunalen utnyttjar principen för att förebygga potentiella risker för miljöskador¹⁰¹ och menar att skyddet ska tillmätas större betydelse än ekonomiska intressen vid utformningen och genomförandet av gemenskapens politik.¹⁰² Åtgärder som vidtas måste vara proportionerliga i förhållande till skyddsnivån, icke-diskriminerande och i linje med tidigare praxis.¹⁰³

Principen om förebyggande åtgärder

Avsikten bakom principen om förebyggande åtgärder är att det alltid är enklare att förhindra miljöförstörande åtgärder än att i efterhand försöka rätta till följd effekter och har därför ett nära samband med försiktighetsprincipen. Principen får sitt uttryck genom de olika administrativa styrmedel, som tillämpas i preventivt syfte för att styra utvecklingen i en miljövänligare riktning. Både försiktighets- och förebyggandeprincipen utgör nödvändiga förutsättningar för möjligheterna att inom EU vidta åtgärder på ett tidigt stadium innan eventuella miljöskador uppstår.¹⁰⁴

Principen att miljöförstöring ska förhindras vid källan

Att miljöförstörande effekter bör hindras redan vid källan utgör en av hörnstenarna för unionens miljöpolitik. EU-domstolen har markerat att det ankommer på EU och

⁹⁶ Se mål C-379/92 Peralta [1994] ECR I-3453, p 57; och mål C-378/08 ERG m.fl. [2010] ECR I-1919, p 45.

⁹⁷ Mahmoudi, s 60–89.

⁹⁸ Se kommissionens beslut 2000/475/EC [2000], CECEC, OJ L187/47.

⁹⁹ Artikel 191(2) FEUF.

¹⁰⁰ Vid vetenskaplig osäkerhet, men inte på rent hypotetiska risker. Se meddelande från kommissionen om försiktighetsprincipen, KOM(2000) 1 slutlig, s 12.

¹⁰¹ Se mål T-229/04 Sverige mot kommissionen [2007] ECR II-2437, p 161.

¹⁰² Se förenade mål T-74/00 och T-76/00 Artegoda m.fl. mot kommissionen [2002] ECR II-4945, p 183–184.

¹⁰³ Vilket försvårar att de utgör grunden för protektionistiska åtgärder beträffande nationella intressen; Mahmoudi, s 73–76.

¹⁰⁴ Krämer, s 24.

medlemsstaterna att "förebygga, minska och i möjligaste mån redan vid källan undanröja föroreningar eller olägenheter genom att vidta åtgärder för att eliminera kända risker".¹⁰⁵ Principen reflekterar en hög ambitionsnivå, men verkligheten tvingar fram kompromisser. Till exempel har riskerna med koldioxidutsläpp vid förbränning inte medfört att bilmotorer förbjudits. Principen har utnyttjats inom avfallsområdet.¹⁰⁶ Vid kommissionens konkurrensrättsliga prövning av CECED-ärendet framhölls de energifördelar som skulle uppkomma genom att minska utsläppen vid källan. Avtalet ansågs därför medföra kostnadsbesparingar, som kunde beaktas som effektivitetsvinster i konkurrensbedömningen.¹⁰⁷

Principen om att förorenaren betalar

Som påpekats är principen om att förorenaren betalar viktig för att tvinga fram ett rationellt ekonomiskt beteende¹⁰⁸ från miljöförstörarens sida¹⁰⁹ och därmed minska kostnaderna för samhället.¹¹⁰ Förorenare får bära de kostnader som uppstår på grund av föroreningarna.¹¹¹ Indirekt leder principen till innovation och utveckling för att uppnå konkurrensfördelar. Praktiskt ställs krav på användning av bästa möjliga teknik. Proportionella och icke-diskriminerande miljöavgifter, skatter eller andra ekonomiska instrument är exempel på hur principen om att förorenaren betalar genomförs utan att konkurrensen snedvrids.¹¹²

2.1.2 Lagstiftning som styrmedel

Klassisk lagstiftning används som generellt styrmedel i miljöpolitiken.¹¹³ Vill lagstiftaren komma åt utsläpp från en viss industri föreskrivs utsläppsvärden, som inte får överskridas. Likaså är skyddet av naturområden eller kollektiva nyttigheter, något som är bäst uppnått genom lagstiftningsåtgärder. Lagstiftningsåtgärder innebär en formell och etablerad procedur, som är både rättssäker och öppen för insyn. För företagets del kan det vara en trygghet att ha en fast lagstiftad standard. Särskilt i pressade, konkurrensutsatta lägen med små marginaler eller i fall med betydande investeringar, framstår en lagstadgad standard som en säkerhet

¹⁰⁵ Se förenade mål C-175/98 och C-177/98 Lirussi och Bizzaro [1999] ECR I-6881, p 51.

¹⁰⁶ Mahmoudi, s 77.

¹⁰⁷ Kommissionens beslut 2000/475/EC [2000], CECED, OJ L187/47, p 55.

¹⁰⁸ March, s 97–101.

¹⁰⁹ Hur effektiv principen är bygger på att prismekanism fungerar korrekt för att omsätta kostnaderna av negativ externa effekter för samhället och miljön till kostnader som förorenaren har att internalisera vid produktion. Om prismekanism fungerar korrekt, genom en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden leder ett högre pris på miljöstörande verksamheter till att det inte blir långsiktigt gångbart med sämre miljöalternativ i jämförelse med miljövänligare och således billigare alternativ. Därför förutsätts en effektiv tillämpning av konkurrensbestämmelserna, både vad gäller konkurrensbegränsande samarbeten som vid missbruk av dominerande ställning; se XXII:e rapporten om konkurrenspolitiken, COMP REP EC 1992, s 52–54; och Nordic Competition Authorities (joint report, 2010), s 8.

¹¹⁰ Se avsnitt 1.2.3.

¹¹¹ Krämer, s 26–27.

¹¹² Mahmoudi, s 78–82; se mål C-293/97 Standley m.fl. [1999] ECR I-2603, p 52.

¹¹³ Imad, s 12–13.

för vidtagna åtgärder och att uppställda krav gäller alla och tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt.¹¹⁴

Lagstiftning är dock en tidskrävande och komplicerad process. Lagstiftningsåtgärder för att uppnå miljömål sätter ofta också en sorts statisk standard, som kan hämma innovation och utveckling.¹¹⁵ Frågor rörande vilka mål som ska uppnås och hur man bäst uppnår dem är ofta politiserade och föremål för informationsunderskott och ibland tveksamma kompromisser. Risk föreligger att lagstiftningen antingen blir för långtgående och stryker tillväxt och utveckling, eller för uddlös och inte når målen. På just miljöområdet påverkar lobbyverksamhet ("regulatory capture"¹¹⁶) inte sällan lagstiftningen.¹¹⁷ Svårigheter uppstår också med att övervaka reglernas genomförande.¹¹⁸

2.1.3 Marknadsbaserade instrument

Att värdesätta ändliga resurser, vars tillgång är en nödvändig förutsättning för framtida generationer, är förenat med betydande svårigheter. Det är svårt att veta vilka ändliga resurser som kommer att behövas i framtiden, med tanke på såväl forskning som den teknologiska utvecklingen. Hänsyn måste även inkludera hur ekosystem fungerar tillsammans och att de är viktiga att bibehålla och värdera så att naturens förmåga kvarstår. När priset för den negativa externa effekten väl är satt och ska internaliseras uppstår dessutom lätt obalans mellan större, mer framgångsrika marknadsaktörer och små eller nyetablerade företag, som inte har samma ekonomiska förutsättningar.¹¹⁹ Felavvägda ingrepp kan försvåra för önskvärda aktörer, som inte får de incitament för sin verksamhet som krävs.¹²⁰ Att sätta korrekta priser ger emellertid företagen bästa möjlighet att själva, utifrån sina egna kostnadsstrukturer, minska sina utsläppsmängder. Att genom lag ställa krav på exempelvis användningen av en viss teknisk standard eller att alla företag ska rena utsläppen lika mycket leder oundvikligen till högre kostnader för såväl företagen som samhället, vilket i sin tur riskerar att miljökostnaderna blir allt för betungande. I motsats till lagstiftningsåtgärder erbjuder ekonomiska styrmedel en ökad valfrihet och incitamentsstruktur som leder till teknikutveckling och åtgärder förbi lagstiftningens tvångsjacka, och blir därför ett mer kostnadseffektivt styrmedel.

¹¹⁴ Kingston, s 41–46.

¹¹⁵ Ibid, s 47–48; där ekonomiska styrmedel har bättre incitamentsstruktur gällande teknikutveckling och fortsatt miljöarbete.

¹¹⁶ Bailey, s 171–179.

¹¹⁷ Levi-Faur, s 98–99.

¹¹⁸ Miljöbalken innehåller en omfattande miljöskyddslagstiftning, men tillsynen av länsstyrelserna och sanktioner av miljöåklagare lever inte upp till lagstiftningens krav, vilket i sig leder till att miljöskyddet blir mindre effektivt.

¹¹⁹ Kingston, s 54.

¹²⁰ I allt större utsträckning spelar miljöegenskaper in vid konsumentpreferenser, där konsumenterna väljer bort företag eller produkter som inte lever upp till en högre miljöstandard. Vilket också underlättas genom olika miljöcertifieringsprogram. Detta har dock lett till mer så kallad grönmalning (engelska "green washing"), där företagen överdriver miljöegenskaper eller genom falsk marknadsföring presenterar egna miljöresultat som inte har någon verklig förankring. Se Miljöaktuellt artikel, "Företagens "greenwash" ökar", 2013-03-28 <<http://miljoaktuellt.idg.se/2.1845/1.499497/foretagens-greenwash-okar>>.

Lagstiftning erbjuder inte alltid samma handlingsfrihet, som när privata aktörer frivilligt avtalar olika lösningar. Även om företagen kan förväntas agera i ett vinstintresse är det de som har relevant information om vilka förbättringar som är möjliga och hur man kan tänkas bäst uppnå uppställda mål. Det har därför blivit viktigt att finna konstruktiva lösningar vid sidan av lagstiftningsaktiviteter för att lösa miljöutmaningar genom att kombinera klassiska lagstiftningsåtgärder med marknadsbaserade styrinstrument.¹²¹

Användningen av mer marknadsbaserade instrument som styrmedel inom EU:s miljöpolitik inleddes i början av 1990-talet och var inspirerat av liknande åtgärder i USA. Precis som med klassiska administrativa styrmedel är tanken att man formar beteendet genom incitament och möjligheter till vinst- och nyttoximering, i motsats till lagstiftningens "tvångsjacka".

2.2 Frivilliga miljöavtal

Frivilliga miljöavtal tillhör således miljöpolitikens administrativa styrmedel och är ett allt vanligare alternativ till lagstiftningsåtgärder,¹²² som uppfattas som mindre byråkratiska och mer flexibla än traditionella tillvägagångssätt.¹²³ Det anses lämpligt att använda sådana åtgärder när det är möjligt för att förverkliga målen i fördraget och samtidigt "förenkla lagstiftningsarbetet och själva lagstiftningen (samreglering, självregleringen, frivilliga branschspecifika avtal...)"¹²⁴ Sådana avtal anses inte strida mot bestämmelserna i fördraget.¹²⁵

Där finns ingen entydig definition på vad som avses med miljöavtal. Vägledande är kommissionens meddelande,¹²⁶ som fastslår att "miljöavtal på gemenskapsnivå är sådana, som innebär att aktörer åtar sig att minska föroreningar, vilket anges i miljölagstiftningen, eller i miljömålen i artikel [191 FEUF]." Bestämmelsen innebär att miljöavtal inte enbart är ämnade att minska föroreningar, men också syftar till att "bevara, skydda och förbättra miljön; att skydda människors hälsa; att bidra till att utnyttja naturresurserna varsamt och rationellt; samt att främja åtgärder på internationell nivå för att lösa regionala eller globala miljöproblem, särskilt för att bekämpa klimatförändringen". Det måste dock finnas ett direkt samband mellan miljöavtalet och målet att antingen minska föroreningen eller uppnå relevant skydd som täcks av artikel 191 FEUF.

¹²¹ I Europa 2020-strategin om en smart och hållbar tillväxt för alla framhävs särskilt användningen av marknadsbaserade instrument (såsom frivilliga avtal och offentlig upphandling) för att uppnå en hållbar tillväxt; se miljöhandlingsprogram för unionen till 2020 - att leva gott inom planetens gränser, OJ L 354, 28.12.2013, p 33 och 38; samt OECD, Roundtable on Horizontal Agreements in the Environmental Context, 14.10.2010, s 2–4.

¹²² EU:s sjätte miljöhandlingsprogram (2002–2012) betonade användningen av marknadsbaserade instrument. Det har uppskattats att kostnadsbesparingarna är sex gånger större vid användningen av marknadsbaserade instrument än vid användningen av lagstiftningsåtgärder; Kingston, s 51. Enligt dåvarande miljökommissionär Wallström utgör miljöavtal en proaktiv möjlighet för företagen att involveras som ett komplement till traditionella styrmedel; se kommissionens press release IP/02/1069.

¹²³ XXV:e rapporten om konkurrenspolitiken, s 41.

¹²⁴ Senden, s 10–21.

¹²⁵ Meddelande från kommissionen om "Miljöavtal på gemenskapsnivå inom ramen för handlingsplanen för en bättre och enklare lagstiftning", KOM (2002) 412 slutlig, 17.7.2002, s 3.

¹²⁶ Ibid.

Enligt kommissionens meddelande om miljöavtal kan miljöavtal delas in i två kategorier: självreglering och samreglering.

2.2.1 Självreglering

Självregleringen initieras vanligast av intressenterna själva. Inga formkrav föreskriver hur ett självreglerande miljöavtal kan utformas, utan det kan vara ett bindande skriftligt eller en muntlig överenskommelse mellan minst två parter. Självreglerande avtal motiveras ofta av ett intresse av att stävja eller förekomma lagstiftningsåtgärder.¹²⁷

För att visa att de är seriöst menade innehåller de ofta kontrollbestämmelser, som möjliggör en uppföljning av deras effektivitet. Kommissionen bedömer om avtalet uppnår fördragets mål och kan antingen avvakta med lagstiftningsåtgärder eller inleda ett formellt förfarande.¹²⁸ Syftet med att inleda ett formellt förfarande är att utöva påtryckningar mot självreglerande avtalsparter, som antingen tar för lång tid på sig, inte når målen eller framstår som mindre seriösa att uppnå miljömålen.

Ett praktiskt exempel på självreglering¹²⁹ gäller den europeiska biltillverkarorganisationen ACEA:s (European Automobile Manufacturers Association) miljöavtal från 1998, om minskning av koldioxidutsläppen från personbilar. Enligt ett förslag från kommissionen 1995 byggde gemenskapens strategi i första hand på bilindustrins frivilliga åtgärder, som skulle kompletteras med konsumentinformation och ett gynnande av bränsleeffektiva bilar genom skatteförmåner.¹³⁰ Bilindustrins frivilliga åtgärder skulle senast 2008/2009 leda till en minskning av utsläppen från lätta fordon till 140 g/km för nya bilar, vilket innebar en minskning med 25 %. 2010 skulle utsläppen minska till 120 g/km. 2006 hade utsläppen dock bara minskat med 12,4 %¹³¹ och 2007 meddelade kommissionen att målen med avtalet inte skulle komma att uppfyllas och aviserade lagstiftningsåtgärder.¹³²

2.2.2 Samreglering

Den andra kategorin miljöavtal omfattar samreglering och avser miljöavtal, som ingås inom ramen för en rättsakt men överläter detaljregleringen till parterna. Lagstiftaren fastställer vilka mål som parterna har att uppnå, hur lång tid de har på sig för att uppnå målen och eventuella krav för genomförandet. Rättsakten

¹²⁷ Gipperth, s 281–285.

¹²⁸ Se exempelvis VOTOB ärendet; XXII:e rapporten om konkurrenspolitiken, COMP REP EC 1992, s 106–108.

¹²⁹ Se även kommissionens press release IP/05/170, om IBAW miljöavtal att använda miljövänligare plaster i produktion; eller avsnitt 4.2.1 nedan för andra avtal som har kommit att prövas utifrån artikel 101 FEUF.

¹³⁰ Kommissionens gemenskapsstrategi för minskade koldioxidutsläpp från personbilar och förbättrad bränsleekonomi, KOM(95) 689, rådets slutsatser av den 25 juni 1996, Europaparlamentets resolution av den 22 september 1997.

¹³¹ Press release från kommissionen, IP/06/1134.

¹³² Fiat var egentligen den enda tillverkaren som uppnådde målen (redan 2005, med utsläpp på 139 g/km) och där övriga tillverkare låg på ett genomsnitt av 153.7 g/km för 2008; jämfört med krav på 80 g/km som planeras införas september 2019; se meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet angående resultat av översynen av gemenskapens strategi för minskade koldioxidutsläpp från personbilar och lätta nyttofordon, KOM(2007) 19 slutlig, s 5–6.

stipulerar kontroll av efterlevnaden och eventuella sanktioner. Parterna kan avtala om hur man avser att implementera innehållet för att uppnå målet. I motsats till självreglering så inleds ofta samreglering på initiativ från kommissionen riktat mot en viss industri eller som ett svar på frivilliga åtgärder från industrins sida.

Enligt kommissionen är samreglering ett bra sätt att minska lagstiftningsarbetet.¹³³ Avtalen tillgodoser lagstiftningens krav och utnyttjar parternas erfarenheter.¹³⁴

2.2.3 Miljöavtalets innehåll

Miljöavtal anses leda till "ökat samförstånd, förbättrat informationsutbyte, ökad medvetenhet bland entreprenörer samt förbättrad miljöledning i företag".¹³⁵ Just flexibiliteten och att det är en snabbare väg att uppnå lösningar än traditionella åtgärder värdesätts. Kritikerna menar dock att frivilliga miljöavtal bara är ett sätt för företagen att undvika att omfattas av lagstiftningsåtgärder och att avtalsförhandlingar fördröjer dessa åtgärder.¹³⁶

Kommissionens bedömningskriterier utgår ifrån att "ett miljöavtal måste ge ökat mervärde i form av en hög miljöskyddsnivå."¹³⁷ Målen i miljöavtalet bör vara tydliga och väldefinierade och resultat ska kunna kvantifieras och mätas.¹³⁸ Hur effektivt ett miljöavtal blir beror på avtalet, vilka mål som sätts, parternas ambitionsnivåer och möjligheten för kommissionen att utöva påtryckning. Miljöavtal bör dessutom innehålla bestämmelser om öppna avtalsförhandlingar, som erbjuder insyn, medverkan av de viktigaste aktörerna inom sektorn, regler som förhindrar "free-rider"-problem och åtgärder som uppmuntrar till ett ökat deltagandet.¹³⁹ Avtal som leder till att resultat uppnås är att föredra framför att inget miljöavtal kommer till stånd. Avtalen får dock inte medföra orimliga administrativa övervakningskostnader i förhållande till sina mål eller vad alternativa instrument skulle kräva.

2.3 Sammanfattande kommentar

Miljöåtgärder kom relativt sent i det europeiska samarbetet. Efter hand har en grundläggande miljöpolitik utvecklats, som omfattar en försiktighetsprincip, en

¹³³ Kommissionens utkast till interinstitutionellt avtal om bättre lagstiftning, OJ C 321, 31.12.2003, s 3, p 18.

¹³⁴ Meddelande från kommissionen om "Miljöavtal på gemenskapsnivå inom ramen för handlingsplanen för en bättre och enklare lagstiftning", KOM (2002) 412 slutlig, 17.7.2002, s 8; samt Croci, s 98; Sadeleer, s 199–202.

¹³⁵ Meddelande från kommissionen om "Miljöavtal på gemenskapsnivå inom ramen för handlingsplanen för en bättre och enklare lagstiftning", KOM (2002) 412 slutlig, 17.7.2002, s 4.

¹³⁶ Kingston, s 80; ett exempel vore om bilindustrin känner till att lagstiftningsåtgärder planeras för att reglera utsläppsnormer för bilavgaser och inleder utdragna avtalsförhandlingar enbart i syfte att fördröja lagstiftningsåtgärderna; se också naturvårdsverkets rapport 5064, "Miljööverenskommelser – en möjlighet i miljöarbetet?", 2000/03, s 60–64.

¹³⁷ Meddelande från kommissionen om "Miljöavtal på gemenskapsnivå inom ramen för handlingsplanen för en bättre och enklare lagstiftning", KOM (2002) 412 slutlig, 17.7.2002, s 10.

¹³⁸ Möjligheten att beviljas undantag från förbudet i artikel 101 FEUF underlättas om kvantifieringen kan översättas till konkreta ekonomiska vinster (t.ex. energibesparingar av effektivare maskiner som leder till identifierbara kostnadsbesparingar för konsumenterna); se meddelande från kommissionen om "Miljöavtal på gemenskapsnivå inom ramen för handlingsplanen för en bättre och enklare lagstiftning", KOM (2002) 412 slutlig, 17.7.2002, s 11.

¹³⁹ Kingston, s 80.

förebyggandeprincip, en princip om att miljöförstöring ska förhindras vid källan; och att förorenaren ska betala den skada som verksamheten orsakar.

Inledningsvis lades vikten vid lagstiftningsåtgärder. Kostnader kopplade till användningen av miljöresurser skulle övervältras på marknadsaktörerna. Informerade konsumenter skulle göra miljöriktiga val, vilket i sin tur skulle tvinga fram konkurrens och en ökad innovation och utveckling på miljöområdet.

Lagstiftningsarbetet är dock tungrott och felaktiga politikerbeslut kan leda utvecklingen åt fel håll. Under senare tid har därför den europeiska miljöpolitiken kompletterats med nya marknadsinstrument. Ett viktigt sådant är att kommissionen uppmuntrar företagen att träffa miljöavtal, gärna branschavtal, för att vidta miljöfrämjande åtgärder. Rätt hanterade kan avtalen åstadkomma betydande miljöförbättringar, men de måste genomföras under kontrollerade former. Ett transparent miljösamarbete ska syfta till en bättre miljö med tydliga mål och mätbara resultat. Miljömässigt sämre produkter eller tjänster konkurreras ut av bättre alternativ. På så sätt framstår miljöavtalet som ett användbart komplement till lagstiftningsåtgärder, särskilt när tillsynen av lagstiftningsåtgärder kan bli antingen för kostsam eller ineffektiv eller om effektivitetsvinster kan uppnås när marknadsaktörerna själva får utforma innehållet i miljöavtalet. Skulle det visa sig att miljöavtalet inte får avsedd effekt återstår alltid lagstiftningsmöjligheter.

Uppfyllandet av miljömässiga målsättningar genom denna typ av miljöavtal kan dock komma att påverka konkurrensen på ett sätt strider mot förbudet i artikel 101 FEUF.

3 Konkurrensrättslig kontroll av företagssamverkan

Tidigare avsnitt har lagt grunden för en behandling av hur konkurrensbegränsande samverkan kan komma att behandlas om de inkluderar miljöhänsyn och sådana hänsyn ställs mot ekonomisk effektivitet och konsumentvälfärd. Det kanske är så att privata marknadsaktörer finner det mer effektivt att själva reglera sin verksamhet, eftersom de har den relevanta kunskapen om vad som krävs för att nå uppställda målsättningar. Marknadsaktörerna kan frukta oförutsebara lagstiftningsåtgärder och därför erbjuda en alternativ lösning, som har möjligheten att vara både effektivare och billigare än lagstiftningsåtgärderna.

I detta avsnitt ges en mer övergripande framställning av den konkurrensrättsliga synen på samverkansavtal. I nästa avsnitt behandlas miljösamarbete på ett mer djupgående sätt.

De grundläggande konkurrensreglerna återfinns i artikel 101 (förbud mot konkurrensbegränsande avtal) och artikel 102 (förbud om missbruk av dominerande ställning) i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).¹⁴⁰

Artikel 101 FEUF har en generell räckvidd och är tillämplig inom samtliga ekonomiska områden i syfte att undanröja hinder för en effektiv konkurrens och att främja en gränsöverskridande handel genom marknadsintegration.¹⁴¹ Konsumentintresset sätts i fokus snarare än en total välfärd.¹⁴² Bestämmelsen är tillämplig på såväl formella som informella avtal eller därmed jämförliga samordnade förfaranden. Ensidiga ageranden omfattas inte.¹⁴³

Om ett konkurrensbegränsande samarbete orsakas av tvingande nationell lagstiftning¹⁴⁴ är artikel 101 FEUF inte tillämplig.¹⁴⁵ Förutsättningen är att den nationella lagstiftningen inte ger utrymme för ett självständigt agerande, som tillgodoser syftet med den tvingande lagstiftningen utan att vara konkurrensbegränsande.¹⁴⁶

Lojalitetsförpliktelsen i artikel 4(3) FEU ålägger medlemsstaterna att säkerställa fördragens skyldigheter och att avstå från åtgärder, som kan äventyra att fördragens mål uppfylls. Med stöd av artikel 3(1)(b) FEU om konkurrensens roll för

¹⁴⁰ Den svenska motsvarigheten till artikel 101 FEUF har haft EU-rätten som förebild och återfinns i 2 kap 1 § konkurrenslagen (KL), och för artikel 102 FEUF, i 2 kap 7 § KL (med skillnaden att där saknas ett samhandelskriterium om påverkan på den inre marknaden).

¹⁴¹ Karlsson & Östman, s 12.

¹⁴² Total välfärd tar hänsyn till såväl konsumenternas som producenternas intressen tillsammans.

¹⁴³ Ensidiga ageranden prövas istället som eventuella missbruk av en dominerande ställning, vilket behandlas separat i avsnitt 5 nedan.

¹⁴⁴ Vedder, s 154.

¹⁴⁵ Exempelvis mål C-280/08 Deutsche Telekom mot kommissionen [2010] ECR I-9555, p 80.

¹⁴⁶ Karlsson & Östman, s 95–96.

den inre marknads funktion och principen om EU-rättens företräde, kan nationella myndigheter vara skyldiga att underlåta att tillämpa nationella bestämmelser som står i konflikt med EU-rätten.¹⁴⁷

3.1 Artikel 101(1) FEUF – förbud

Artikel 101(1) FEUF, innehåller ett allmänt förbud för konkurrensbegränsande avtal mellan företag som påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

Avtalskriteriet avser alla avtal mellan företag, som påverkar deras agerande.¹⁴⁸ Med företag avses enligt EU-domstolens praxis varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och oavsett hur den finansieras.¹⁴⁹ Relevant är om verksamheten i fråga erbjuder varor eller tjänster på marknaden i vinstsyfte.¹⁵⁰ Verksamheter, som uppfyller en social funktion eller som uppfyller ett allmänt intresse är undantagna. Avgörande för frågan om ekonomisk aktivitet och om verksamheten kan undantas är om verksamheten är av en sådan beskaffenhet att den inte alltid eller nödvändigtvis behöver utföras av det allmänna. Om det allmänna eller av det allmänna anvisad aktör bedriver t.ex. förvaltning av en kollektiv nyttighet, som en privat aktör också hade kunnat bedriva, bedöms verksamheten utgöra en ekonomisk aktivitet enligt artikel 101(1) FEUF.¹⁵¹

Samhandelskriteriet i artikel 101 FEUF innebär att avtalet måste kunna "påverka handeln mellan medlemsstaterna". EU:s konkurrensregler är inte tillämpliga på förfaranden som bara påverkar handeln i en enskild medlemsstat eller handel i tredje land. EU-domstolen använder ett handelsmönstertest för att avgöra om avtalet direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan komma att inverka på handelsflödet mellan medlemsstaterna.¹⁵² Kriteriet gäller avtalet som helhet utan något krav på att varje del har en märkbart påverkande effekt. Effekten måste dock kunna förutses med en hög grad av sannolikhet och det räcker inte med endast teoretiska möjligheter.

Konkurrenskriteriet fastslår att avtalet måste ha till "syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den inre marknaden". Snarare än att definiera begreppet konkurrens innehåller artikel 101 FEUF en icke uttömmande uppräknig av exempel på förbjudna förfaranden. Alla avtal som direkt syftar till att vara konkurrensbegränsande omfattas av artikel 101(1) FEUF.¹⁵³ "Hard-core"

¹⁴⁷ Karlsson & Östman, s 95–96.

¹⁴⁸ Samma definition av företagsbegrepp gäller för tillämpningen av missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF (fast då med utgångspunkt av ett ensamt dominerande företag eller ett kollektiv av företag som tillsammans utgör ett dominant kollektiv).

¹⁴⁹ Se exempelvis EU-domstolens dom av den 23 april 1991 i Mål C-41/90 Höfner och Elser [1991] ECR I-1979, p 21.

¹⁵⁰ Craig & Búrca (EU LAW), s 961.

¹⁵¹ Kingston, s 197–202.

¹⁵² Karlsson & Östman, s 50.

¹⁵³ Det är innehållet i avtalets bestämmelser, avseende de objektiva mål som bestämmelserna strävar att uppnå och det ekonomiska samt juridiska sammanhang dessa ingår i, som avgör om avtalet är konkurrensbegränsande; se förenade mål C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P och C-519/06P GlaxoSmithKline Services [2009] ECR I-9291, p 58.

begränsningar såsom fastställande av gemensamma priser eller uppdelning av marknader anses normalt ha som syfte att begränsa konkurrensen.¹⁵⁴ Direkta och indirekta, verkliga och potentiella effekter ingår i bedömningen. "För att ett avtal ska ha konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101(1) FEUF måste det ha en märkbart negativ effekt på minst en av konkurrensparametrarna på marknaden, t.ex. pris, produktion, produktkvalitet, produktutbud eller innovation."¹⁵⁵ Effektbedömningen görs med hänsyn till parternas marknadsposition och hur konkurrensen på marknaden hade fungerat utan avtalet.¹⁵⁶ Om avtalet begränsar konkurrens omfattas det av förbudet i artikel 101(1) FEUF.

Märkbar effekt anses enligt kommissionens nya tillkännagivande om bagatellavtal inte omfatta avtal mellan små och medelstora företag ("*de minimis*")¹⁵⁷ och sådana avtal löper mindre risk att omfattas av samhandelskriteriet.¹⁵⁸ Kommissionen använder den s.k. NAAT-regeln ("*no appreciable affect on trade*") för att avgöra om ett avtal eller förfarande kan komma att ha en märkbar påverkan på handeln. NAAT-regeln innebär att horisontella avtal mellan konkurrenter bara kan påverka handeln om deras sammanlagda marknadsandel överstiger fem procent¹⁵⁹ och deras sammanlagda relevanta årsomsättning överstiger 40 miljoner euro.¹⁶⁰ Intresset av att främja små och medelstora företags verksamheter är dock underordnat det övergripande syftet att främja en effektiv konkurrens och riktlinjerna utgör bara en guide.¹⁶¹

3.2 Artikel 101(2) FEUF – avtals ogiltighet

Artikel 101(2) FEUF kompletterar förbudsbestämmelsen i artikel 101 genom att klargöra att förbjudna avtal dessutom är civilrättsligt ogiltiga. Ogiltighet följer automatiskt. Uppfylls förutsättningarna för undantag enligt artikel 101(3) FEUF blir ett annars otillåtet samarbete godkänt och drabbas inte av ogiltighet enligt andra paragrafen. Moderniseringsförordningen nr 1/2003 stipulerar att företagen har på eget ansvar att pröva förutsättningarna för tillämpning av såväl ogiltighet som undantag för eventuellt konkurrensbegränsande samarbeten.

3.3 Artikel 101(3) FEUF – undantag

Undantagsbestämmelsen i artikel 101(3) FEUF är i praktiken tillämplig på alla typer av avtal och innehåller fyra kumulativa kriterier, som samtliga måste vara

¹⁵⁴ Craig & Búrca (EU LAW), s 962–970.

¹⁵⁵ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 8, p27.

¹⁵⁶ Ibid, p 29.

¹⁵⁷ Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 101(1) FEUF, OJ C 291, 30.8.2014, p 1, 4 och 5; kommissionen kommer inte att inleda förfarande om tröskelvärdena inte uppnås.

¹⁵⁸ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 86, p 50.

¹⁵⁹ Ibid, p 52(a).

¹⁶⁰ Ibid, p 52(b).

¹⁶¹ Se exempelvis VOTOB ärendet; XXII:e rapporten om konkurrenspolitiken, COMP REP EC 1992, s 106-108.

uppfyllda för att avtalet ska vara undantaget förbudet och ogiltigheten.¹⁶² Kriterierna syftar till att fastställa avtalets positiva ekonomiska effekter som kan främja konsumentvälfärden och en effektivare resursfördelning och ställa dessa fördelar mot de begränsningar av konkurrensen som avtalet medför.¹⁶³

Den konkurrensfrämjande effekten som avses är effektivitetsvinster i form av sänkta produktions- och tillverkningskostnader eller förbättringar i produktens kvalitet. De bevisade ekonomiska fördelarna ska uppväga de negativa konkurrensbegränsande effekterna.¹⁶⁴ Kommissionen balanserar konkurrensbegränsningar mot effektivitetsvinster. Vinster som utgörs av icke-ekonomiska faktorer omfattas inte av bedömningen i samma utsträckning som rent ekonomiska faktorer.¹⁶⁵ Detta synsätt kommer också till uttryck i kommissionens riktlinjer.¹⁶⁶ I praktiken avgör omständigheterna i det individuella fallet.¹⁶⁷

Målsättningar som eftersträvas genom andra bestämmelser i fördragen (exempelvis miljömål) kan beaktas i den mån de kan inordnas under befintliga kriterier för undantag i 101(3) FEUF.¹⁶⁸ Bara det faktum att ett begränsande avtal omfattar miljöhänsyn är dock inte skäl nog för att utgöra undantag. Miljöavtalet måste i sig uppfylla kriterierna för undantag.¹⁶⁹ Det konkurrensbegränsande miljöavtalet måste visa att effektivitetsvinster uppnås och att begränsningarna är nödvändiga för att uppnå syftet med miljöavtalet.

3.3.1 Individuella undantag

För att ett avtal ska kunna vara undantaget enligt 101(3) FEUF måste det medföra (a) effektivitetsvinster, (b) att konsumenterna får del av dessa vinster, (c) att konkurrensbegränsningarna är nödvändiga och objektivt försvarbara, och (d) att konkurrensen inte sätts ur spel. Kriterierna är uttömmande och ett undantag kan inte göras beroende av andra faktorer. Är de kumulativa kriterierna uppfyllda ska undantag enligt 101(3) FEUF meddelas.

Effektivitetsvinster. Första kriteriet i artikel 101(3) FEUF handlar om att definiera vilka typer av effektivitetsvinster, som kan uppstå genom ett avtal och som eventuellt blir underlag för analys av de andra kriterierna för undantag i artikel

¹⁶² Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 104, p 46.

¹⁶³ Craig & Búrca (EU LAW), s 984–989.

¹⁶⁴ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 97, p 32–33.

¹⁶⁵ Balanseringen är dock otydlig, särskilt sett utifrån riktlinjerna där kommissionen väljer att framhäva en mer ekonomisk inriktning (sett till icke-ekonomiska faktorer) och där det har visat sig att icke-ekonomiska faktorer faktiskt kan utgöra sådana effektivitetsvinster som omfattas av prövningen enligt artikel 101(3) FEUF; se Townley, s 175–176.

¹⁶⁶ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 11, p 48–49.

¹⁶⁷ Kingston, s 264 och Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 97, p 6.

¹⁶⁸ Ibid, p 42.

¹⁶⁹ Vedder, s 162.

101(3) FEUF.¹⁷⁰ Avtalet måste bidra till "att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåt-skridande". I Consten & Grundig fallet ansågs begreppet omfatta en bevisligen märkbar förbättring, som måste medföra "objektiva fördelar som kan uppväga de nackdelar som avtalet kan ha för konkurrensen".¹⁷¹ Kommissionen har återkommande poängterat att ett avtal måste innebära en objektiv förbättring i förhållande till den situation som skulle ha rått utan avtalet.¹⁷²

Konsumentintresset i artikel 101(3) FEUF förutsätter att "konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därmed uppstår". Enligt riktlinjerna för tillämpningen av artikel 101(3) FEUF omfattar begreppet "konsumenter" alla direkta och indirekta användare av de relevanta produkterna. Kunderna kan vara såväl individuella privatpersoner som företag.¹⁷³ Kravet på skälig vinstfördelning avser att nytta ska föras vidare till konsumenterna. Nettoeffekten av avtalet måste i vart fall vara neutral för berörda konsumenter. Det är först om avtalet försämrar för konsumenterna, som man definitivt kan säga att konsumenterna inte tillförs en skälig andel av fördelarna enligt andra villkoret.¹⁷⁴

Det är inte nödvändigt att konsumenterna tillförsäkras en andel av varje konstaterad vinst, utan bara att vinsterna som faktiskt kommer konsumenterna tillhanda är tillräckliga för att kompensera för eventuella negativa effekter, som följer av den begränsning av konkurrensen som avtalet innebär. Leder ett konkurrensbegränsande avtal till högre priser kan konsumenterna kompenseras genom bättre produkter.¹⁷⁵ Ju större de konstaterade konkurrensbegränsningarna är, desto större måste nyttan som följer av avtalet vara för konsumenterna. Skulle avtalet innebära såväl betydande begränsningar som betydande fördelar krävs en noggrann analys och tyngdpunkten ligger på hur mycket konkurrens som återstår. Konkurrens är avgörande för effektivitet och innovation på lång sikt. Utan konkurrensstryck blir incitamenten svagare att upprätthålla effektivitetsvinster, vilket oavsett kortsiktiga fördelar anses leda till nackdelar för konsumenterna på sikt.¹⁷⁶

Det åligger avtalsparterna, som gör gällande att konsumenter tilldelas en skälig andel av den vinsten, att styrka kvalitativa förbättringar eller kostnadsbesparingar faktiskt förs vidare till relevanta konsumenter. Företagen måste, så långt det är

¹⁷⁰ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 104, p 50.

¹⁷¹ Dom i de förenade mål C-56/64 och C-58-64 Etablissements Consten sàrl och Grundig-Verkaufs GmbH mot kommissionen [1966] REC 1966, s 296.

¹⁷² Vedder, s 162.

¹⁷³ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 110, p 84.

¹⁷⁴ Ibid, p 85.

¹⁷⁵ Ibid, p 86; jämför exempelvis CECED ärendet, där ett avtal som begränsade produktutbudet, vilket kunde leda till högre priser, ändå medförde att kvarvarande produkter skulle ha bättre energieffektivitet och därmed leda till dels individuella besparingar genom minskade kostnader men även betydande miljöförbättringar genom minskade utsläpp; kommissionens beslut 2000/475/EC [2000], CECED, OJ L187/47.

¹⁷⁶ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 111, p 92.

möjligt i det enskilda fallet, kunna underbygga sina påståenden genom beräkningar och andra uppgifter.¹⁷⁷

Nödvändighet. Det tredje kriteriet vid undantagsprövningen är ett led i en proportionalitetsbedömning, som innebär att konkurrensbegränsningen måste vara nödvändig för att uppnå syftet med avtalet i fråga. Begränsningarna får inte gå utöver det som är absolut nödvändigt för att uppnå effektivitetsvinsterna. Bevisbördan faller naturligt på den part som vill åberopa omständigheterna. Kommissionen tar i bedömningen hänsyn till hur svårt det kan vara att bevisa fördelarna. I en sådan analys är det inte nödvändigt att ta med andra rent teoretiska eller hypotetiska alternativ, utan bara sådant som faktiskt är möjligt. Synsättet öppnar för en mer realistisk och flexibel bedömning av exempelvis miljöavtal.¹⁷⁸ Allvarliga konkurrensbegränsningar kommer sannolikt inte att kunna ses som nödvändiga på ett sådant sätt att de hade kunnat motivera undantag. Ju större konkurrensbegränsningen är, desto strängare är testet för att begränsningarna ska kunna anses nödvändiga.¹⁷⁹

Konkurrens bevaras. Det fjärde kriteriet siktar till att avtalet inte får eliminera all konkurrens på marknaden. Ordalydelsen är entydig och öppnar inte för andra tolkningar än att prioritera skyddet av själva konkurrensprocessen och en fungerande konkurrens.¹⁸⁰ Detta värderas högre än eventuella effektivitetsvinster, som ett annars konkurrensbegränsande avtal hade kunnat ge upphov till. Utan en fungerande konkurrens riskerar priserna att höjas utan någon egentlig fördel för konsumenterna och incitamentet att förbättra eller utveckla produkterna avstannar. Sätts konkurrensen ur spel påverkas resultatet av konkurrensprocessen och även om ett annars konkurrensbegränsande horisontellt avtal hade kunnat medföra eventuella kortsiktiga vinster blir sådana kortsiktiga vinster negerade av långsiktiga konsekvenser av en bristande konkurrens.¹⁸¹ Bedömningen baseras på en realistisk analys av den grad av konkurrens som gällde före avtalet samt vilken påverkan ett begränsande avtal får på konkurrensen. Analysen avser den relevanta marknaden och täcker in såväl faktisk som rent potentiell konkurrens.¹⁸²

3.3.2 Gruppundantag

Undantagna från tillämpningen av artikel 101(1) FEUF är sådana samarbeten som omfattas av olika gruppundantag som har utfärdats. Presumtionen för gruppundantag är att kriterierna för undantag enligt 101(3) FEUF redan är uppfyllda. Om ett gruppundantag har meddelats kan undantaget dock återkallas om det visar sig att ett avtal eller samarbete har allvarliga konkurrensbegränsande effekter.

¹⁷⁷ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 111, p 94.

¹⁷⁸ Kingston, s 281–282.

¹⁷⁹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 108, p 79.

¹⁸⁰ Casey, s 363–364.

¹⁸¹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, p 105.

¹⁸² Ibid, p 108.

3.4 Sammanfattande kommentar

Alla typer av avtal som på ett märkbart sätt begränsar konkurrensen och handeln mellan medlemsländerna faller under förbudet i artikel 101(1) FEUF. Sådana avtal är dessutom civilrättsligt ogiltiga enligt artikel 101(2) FEUF. Balansering av för- och nackdelarna med ett konkurrensbegränsande avtal sker med beaktande av kriterierna för undantag i artikel 101(3) FEUF. Ett undantag blir beroende av att ekonomiska effektivitetsvinster kan styrkas av avtalets parter. Fördelar som inte är rent ekonomiska kan beaktas i den mån det är möjligt att inkludera sådana fördelar under kriterierna för undantag. Hur miljöhänsyn inkluderas blir beroende på mottagligheten av den tolkningen som görs av kriterierna för undantag och på vilket sätt det är möjligt att inkludera och styrka eventuella miljöförbättringar som konstaterbara ekonomiska värden.

4 Konkurrensbegränsande miljösamverkan

I kapitel 3 sammanfattades på ett övergripande sätt den konkurrensrättsliga hanteringen av samverkan mellan företag i Europa. I detta avsnitt är avsikten att mer specifikt granska hur detta regelsystem appliceras på miljöstyrt samarbete. Detta knyter an till beskrivningen i kapitel 2 om EU:s miljöpolitik och inte minst det faktum att gemenskapen som ett alternativ till lagstiftning uppmuntrar samverkan mellan företag för att skapa förbättringar på miljöområdet. Frågan blir nu hur denna strävan harmonierar med kraven på att all samverkan ska ske under vidmakthållen konkurrens.

Inledningsvis kan fastslås att miljösamarbetet inte har någon absolut särställning. Uppfyller ett miljöavtal förutsättningarna i artikel 101(1) FEUF drabbas det av förbudet. Ett sådant avtal är också civilrättsligt ogiltigt enligt artikel 101(2) FEUF. Detta kräver inga omfattande utläggningar. Det miljörettsliga perspektivet integreras framför allt i undantagsbedömningen enligt artikel 101(3) FEUF och kapitlet har därför sin tyngdpunkt i att diskutera de avvägningar som måste göras för att konkurrensbegränsande miljösamverkan ska kunna undantas från förbudet.

4.1 Förbud enligt 101(1) FEUF drabbar även miljösamverkan

Enligt artikel 3 FEU, ska unionen verka för en hög miljöskyddsnivå och en bättre miljö. Miljöhänsyn ska enligt de grundläggande fördragen genomsyra all verksamhet i gemenskapen. Även vid konflikt med konkurrenspolitiken öppnar integrationsprincipen för tolkningar, som främjar ett miljöskydd. Kravet innebär dock inte att miljööverväganden har en absolut prioritet, utan säkrar att miljön är en faktor, som ska balanseras in på ett proportionellt sätt i den övriga bedömningen. I praktiken kan ett miljöriktigt men konkurrensbegränsande avtal bedömas som förbjudet enligt artikel 101(1) FEUF och den proportionella bedömningen mot miljöretten kommer då att ske med stöd av undantagsreglerna.

4.1.1 Generellt förbud för konkurrensbegränsande miljösamverkan

Syftet med förbudsbestämmelsen i artikel 101 FEUF är att undanröja hinder för en effektiv konkurrens och att främja en gränsöverskridande handel. Riskerar ett konkurrensbegränsande samarbete att medföra miljöskador tar tillämpningen av förbudsbestämmelsen inte hänsyn till de eventuellt negativa miljöeffekterna. Omfattas avtalet å andra sidan inte av ett konkurrensrättsligt förbud kan förbud av ett miljöskadligt avtal inte motiveras med hänsyn till konkurrensrätten. Det är först om ett sådant miljöskadligt avtal omfattas av artikel 101 FEUF och blir föremål för undantagsprövning enligt artikel 101(3) FEUF, som det är möjligt att indirekt förhindra ett miljöskadligt avtal eftersom det måste bidra till "att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande". Miljöskadorna kan då vägas in i balansen som kostnader jämfört med eventuella förbättringar, som skulle kunna motivera ett

undantag.¹⁸³ I andra fall måste miljöskadliga avtal angripas genom alternativa medel i form av lagstiftning eller beskattning.

När företag bestämmer sig för att samarbeta för att t.ex. standardisera miljökrav sker det genom överenskommelser, som ofta har en mer vidsträckt betydelse för förhållandena i hela gemenskapen och det ålägger företagen att uppnå bestämda mål inom definierade tidsrymder. Standardisering rör ofta samverkan mellan direkta eller potentiella konkurrenter och samarbetet kan medföra långtgående informationsutbyte, samverkan för att utveckla nya teknologier eller gälla gemensamma marknadsaktiviteter. På mer än ett sätt kan konkurrensen sättas ur spel och det är uppenbart att första paragrafen i artikel 101 FEUF kan sätta gränser för hur samarbetet får utformas. Att miljön påverkas innebär ingen friskrivning från kraven på att agera i överensstämmelse med konkurrensrättens krav.

Frivilliga miljöavtal kan ta sig en rad olika uttryck. De kan ha som enda föremål att uppnå ett angeläget miljömål, men likväl begränsa en effektiv konkurrens. Samarbetet får ofta andra dimensioner än att bara lösa ett miljöproblem och proportionalitetsbedömningar blir svåra och ibland godtyckliga. Det är närmast omöjligt att kvantifiera betydelsen av miljöinsatsen mot den effektivitetsförlust som samarbetet kanske leder till.¹⁸⁴ Artikel 101 FEUF ger dåligt stöd för att ta hänsyn till icke-ekonomiska perspektiv i den konkurrensrättsliga bedömningen. Användningen av marknadsmässiga instrument för att uppnå miljöpolitiska målsättningar ökar och därmed även fallen då konkurrensrätten behöver ta hänsyn till omständigheter, som inte hade varit aktuella om enbart lagstiftningsalternativ använts för att uppnå målen.

Ytterligare en svårighet ligger i att företagen själva måste utvärdera om miljöavtalet omfattas av förbudet i artikel 101(1) FEUF och om så är fallet, huruvida kriterierna för undantag enligt artikel 101(3) FEUF är uppfyllda. Kravet på egenanalys kom med moderniseringen av konkurrensrätten genom förordning nr 1/2003 för att skapa likvärdiga marknadsförhållanden inom hela EU och motiverades med kostnads- och tidsbesparingar.¹⁸⁵ Moderniseringen innebar decentralisering och systemet för ansökan till kommissionen om icke-ingripande besked och ansökan om undantag från 101(1) FEUF avskaffades.¹⁸⁶ Kommissionens arbetsbörda var för stor och väntetiderna för undantagsbesked för långa. Utökningen av antalet medlemsländer skulle dessutom lägga ytterligare uppgifter på kommissionen.

¹⁸³ Portwood, s 157–159; Townley (2011), s 447; Vedder, s 185–188.

¹⁸⁴ Där finns dock miljöekonomiska metoder (som rapporten inte omfattar) för att genomföra denna typ av värdering, men det kan vara både svårt och resurskrävande att kvantifiera miljövärden. Utvecklingen går bland annat mot värderingsöverföring. På så vis kan värden från en utförd primärstudie föras över till en liknande situation utan att den totala kostnaden associerad med en primärstudie behöver tas. Svårigheterna och kostnaderna kvarstår dock trots värdeöverföringsstudier.

¹⁸⁵ Korah, s 466–468; rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 001, 4.1.2003, p 8.

¹⁸⁶ Vilket var avsett att skapa förutsättningar för en förenkling avseende hur konkurrensbestämmelserna i artikel 101 och 102 FEUF tillämpades i praktiken, utan att för den saken påverka det materiella innehållet; se XXXII:e rapporten om konkurrenspolitiken, SEC(2003) 467, s 25.

Effekten blev att de svåra bedömningar, som uppstår när miljöintressen ställs mot konkurrensrättsliga krav, övervältrades på marknadsaktörerna.

Från en konkurrensrättslig utgångspunkt är det framför allt samverkan mellan konkurrenter, som kontrolleras. I princip rör det sig om en horisontell samverkan när miljöavtal utnyttjas som marknadsbaserade institutionella lösningar inom miljöpolitiken. Horisontella avtal mellan aktuella och potentiella konkurrenter faller under artikel 101(1) FEUF och till skillnad från F&U-samarbete¹⁸⁷ och Specialiseringsavtal¹⁸⁸ saknas gruppundantag för denna typ av samverkan. Däremot behandlade kommissionen utformningen av miljöavtal i 2001 års riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 FEUF på horisontella samarbetsavtal.¹⁸⁹ 2010 års riktlinjer har omarbetats i linje med moderniseringsprocessen och kapitlet om standardiseringsavtal har reviderats och ett nytt kapitel om informationsutbyte tillkommit. Det följer av 2010 riktlinjerna att "syftet med riktlinjerna är att skapa ett analysunderlag för de vanligaste typerna av horisontella samarbetsavtal med hjälp av rättsliga och ekonomiska kriterier". Parternas marknadsposition och marknadens struktur är avgörande för bedömningen av ett horisontellt samarbetsavtals sannolika marknadseffekt och därmed bedömningen enligt artikel 101 FEUF.¹⁹⁰

Vid prövningen av förbud enligt artikel 101(1) FEUF gör kommissionen ingen värdering av ett avtals eventuella positiva fördelar, utan utgår ifrån om ett avtal har konkurrensbegränsande effekter, som har en märkbar negativ påverkan på minst en av konkurrensparametrarna på marknaden (pris, produktion, produktkvalitet, utbud eller innovation). Man jämför avtalet med ett läge där ett avtal inte hade funnits. Av riktlinjerna framstår det som om kommissionen utgår från en snäv ekonomisk tolkning, som enbart tar hänsyn till ekonomiska värden ur ett konsumentvälfärdsperspektiv vid förbudsprövningen. Kommissionen balanserar inte de för- och nackdelar, som ett avtal kan medföra vid prövningen av förbud enligt artikel 101(1) FEUF, utan en sådan balansering utförs endast genom beaktande av kriterierna för undantag enligt 101(3) FEUF.¹⁹¹

4.1.2 Inget gruppundantag för miljösamverkan

Miljöavtal har således ingen särställning i förhållande till artikel 101 FEUF, utan ett sådant avtal, som inte är att betrakta som ett bagatellavtal, som begränsar konkurrensen och menligt påverkar handeln mellan medlemsstaterna faller under

¹⁸⁷ Kommissionens förordning (EU) nr 1217/2010 av den 14 december 2010 om tillämpningen av artikel 101(3) i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av forsknings- och utvecklingsavtal, EUT L 335, 18.12.2010, s 36–42.

¹⁸⁸ Kommissionens förordning (EU) nr 1218/2010 av den 14 december 2010 om tillämpningen av artikel 101(3) i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av specialiseringsavtal, EUT L 335, 18.12.2010, s. 43–47.

¹⁸⁹ På den punkten bör det noteras att riktlinjerna från 2001 har upphört men att de fortfarande innehållsmässigt utgör bra riktlinjer för hur miljöavtal kan komma att behandlas av kommissionen.

¹⁹⁰ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 11, p 5.

¹⁹¹ Ibid, p 29.

förbudet i artikel 101(1) FEUF och beivras på samma sätt som andra konkurrensbegränsande avtal.

Med hänsyn till integrationsprincipens krav på att miljööverväganden ska inkluderas i all politik kunde det möjligen förväntas att miljöavtalen blivit föremål för ett särskilt gruppundantag, som på ett entydigt sätt fastställt gränser för samarbetsformen. Så har inte skett. Sannolikt har kommissionen ännu inte vunnit tillräckligt med praktiska erfarenheter för att en sådan reglering är meningsfull. Miljösamverkan omfattar dessutom många olika parametrar och att reglera dessa är komplicerat inte minst med hänsyn till svårigheterna att ställa mer mjuka miljövärden mot ekonomisk effektivitet.

Kommissionen har istället nöjt sig med att diskutera miljöaspekter i sina riktlinjer i anslutning till horisontellt samarbete. I 2001 års riktlinjer infogades i kapitel 7 ett utförligt avsnitt innehållandes 18 punkter om miljöavtal. Detta avsnitt har helt utgått ur 2010 års riktlinjer. Frågan är om miljöaspekterna därmed nedgraderades vid konkurrensbedömningen och om sekelskiftets miljötrend tio år senare helt enkelt inte var av samma betydelse. Så torde dock inte vara fallet. Exempel och förklaringar i 2010 års riktlinjer visar att miljöaspekter fortfarande har stor relevans för den konkurrensrättsliga bedömningen.

2010 års riktlinjer noterar bortfallet av miljökapitlet i en fotnot till punkt 18 med att "de nuvarande riktlinjerna innehåller inget sådant särskilt kapitel om miljöavtal som fanns i de tidigare riktlinjerna. Fastställande av standarder inom miljösektorn, som var främsta fokus i det gamla kapitlet om miljöavtal, behandlas på ett ändamålsenligare sätt i kapitlet om standardisering i 2010 års riktlinjer. I allmänhet ska miljöavtal, beroende på vilka konkurrensproblem ett miljöavtal ger upphov till, bedömas på grundval av det relevanta kapitlet i dessa riktlinjer, om det så är fråga om forsknings- och utvecklings-, produktions-, saluförings- eller standardiseringsavtal."

Kommissionen framhåller dessutom i informationsutskick som följde 2010 års riktlinjer, att borttagandet av miljökapitlet inte medförde en nedvärdering för bedömningen av miljöavtal och att tillämpningen istället breddats till att omfatta ett större perspektiv, samt att miljöavtal ska bedömas under allmänna principer om horisontella samarbeten istället för att behandlas i ett särskilt kapitel.¹⁹² Någon förändring avsågs således inte och 2001 års riktlinjer utgör därför en bra grund för bedömning av miljöavtal även under nuvarande ordning.¹⁹³

4.1.3 Proportionalitet enligt 2001 års riktlinjer

2001 års riktlinjer identifierade tre typer av miljöavtal beroende på deras effekter på konkurrensen. Första kategorin var miljöavtal som inte alls omfattades av artikel

¹⁹² Competition Memo: Commission adopts revised competition rules on horizontal cooperation agreements, MEMO/10/676, 14.12.2010, s 4.

¹⁹³ Med anmärkningen att kommissionens riktlinjer endast är vägledande och inte bindande.

101(1) FEUF. Andra kategorin var miljöavtal som kunde omfattas beroende på omständigheterna i det enskilda fallet och den tredje kategorin var miljöavtal som nästan alltid omfattades av artikel 101(1) FEUF.

Avtal som inte omfattas

Till kategorin miljöavtal som inte omfattades av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i artikel 101(1) FEUF, oberoende av marknadsandelarna som innehas av parterna, noteras i riktlinjerna från 2001 sådana miljöavtal, som inte innebär någon särskild individuell skyldighet för parterna utan bara avser ett allmänt åtagande att bidra till uppnåendet av ett generellt miljömål för en viss sektor.¹⁹⁴ Bedömningen bygger på vilken grad av frihet som lämnas till parterna att självmant avgöra de tekniska och ekonomiska medel som det står fritt att använda för att uppnå målen enligt avtalet.

Ju fler alternativ som finns att uppnå målen, desto fördelaktigare anses avtalet vara ur konkurrenssynpunkt. Europeiska biltillverkare, ACEA, gjorde frivilliga åtaganden att minska utsläppsvärdena av koldioxid från personbilar.¹⁹⁵ Målet var för en minskning med 25 % över en period på tio år. Organisationen fastställde en genomsnittsnivå för utsläppen, som gällde samtliga medlemmar, men där det lämnades fritt för varje medlem att fastställa sin egen nivå. Kommissionen ansåg att detta uppmuntrade medlemmarna till att självständigt och i konkurrens med varandra utveckla ny teknik som skulle leda till minskningar av koldioxidutsläppen enligt miljöavtalet. Avtalet ansågs därför inte utgöra en konkurrensbegränsning.¹⁹⁶

Inte heller omfattas miljöavtal som fastställer miljöprestanda för produkter eller processer, som inte i sig väsentligt påverkar produktutbudet på den relevanta marknaden eller som endast marginellt påverkar inköpsbesluten.¹⁹⁷ I 2001 års riktlinjer angavs som exempel miljöavtal, som reglerar förbjudna produkter eller produkter som annars håller på att fasas ut från marknaden. Begränsningar av konkurrensen omfattas inte om produktkategorierna med en relativt liten marknadsandel.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 184–185.

¹⁹⁵ Press release från kommissionen, IP/98/865, ACEA.

¹⁹⁶ XXVIII:e rapporten om konkurrenspolitiken, (1999) 743 slutlig, s 58, p 131.

¹⁹⁷ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 186.

¹⁹⁸ Exempelvis CEMEP-ärendet (EGT C 74, 15.3.2000, s.5, samt press release IP/00/508) som omfattande ett icke-ingripandebesked om ett horisontellt miljöavtal som begränsade tillverkning och försäljning av fas AC standardmotorer, där avtalet inte ansågs vara konkurrensbegränsande utifrån artikel 101(1) FEUF, med tanke på den frihet som lämnades till avtalsparterna att själva råda över hur målen med avtalet uppnåddes. Sett till riktlinjerna, kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s. 27 p. 184, så gäller att om parterna inte har ålagts någon särskilt individuell skyldighet eller bara åtagit sig att bidra allmänt till uppnåendet av ett miljömål då omfattas inte avtalet av artikel 101(1) FEUF.

Vidare gäller att miljöavtal, där det kan konstateras att avtalet leder till skapandet av en ny marknad, inte borde omfattas av artikel 101(1) FEUF. Exemplet som användes i riktlinjerna från 2001 avsåg etableringen av producentansvar och miljöavtal om återvinningssystem. Avgörande är att parterna inte kan uppnå målen på egen hand.¹⁹⁹ Är det fullt möjligt att ensamt uppnå målet med avtalet väcks frågor om varför avtalsparterna väljer att samarbeta. Vad gäller just återvinningssystem krävs oftast stordriftsfördelar och behov av samarbete för att skapa de infrastrukturnät, som behövs för att återvinningssystemen ska fungera rent ekonomiskt.

Avtal som utgör gränsfall

Den andra kategorin miljöavtal som beskrivs i riktlinjerna från 2001 är sådana som utgör gränsfall och kan omfattas av artikel 101(1) FEUF beroende på omständigheterna i det individuella fallet. I sådana fall är det avgörande vilken effekt som avtalen har på marknaden. Täcker det många branschrepresentanter i en medlemsstat eller en betydande andel av den gemensamma marknaden och begränsar parternas möjligheter att självständigt utforma produkttegenskaper eller produktionsprocesser är sannolikt artikel 101 FEUF tillämplig. Risker är stor för inbördes påverkan och ett otillbörligt inflytande över produktionen och försäljning.²⁰⁰ Marknadsinträde för utomstående parter kan lätt störas. 2001 och 2010 års riktlinjer pekar på att många typer av miljöavtal faller in under det som anses utgöra gränzsfall.

Standardiseringsavtal som gränsfall

Standardiseringsavtal som fastställer en miljömässig standard kan innebära en betydande begränsning av parternas möjligheter att fastställa produkttegenskaper och tillverkningsprocess.²⁰¹ 2010 års riktlinjer lyfter å ena sidan fram standardiseringsavtalens positiva verkningar genom att de främjar en ekonomisk samordning och underlättar utvecklingen av nya och förbättrade produkter och därmed ökar konkurrensen och minskar kostnaderna.²⁰² Å andra sidan flaggar kommissionen för riskerna med att det under vissa förhållanden kan uppstå begränsningar av priskonkurrensen och produktionsförsämringar, vilket riskerar att begränsa såväl marknadsinträden som innovation och teknisk utveckling. Informationsdelning i samband med standardiseringen kan också innebära konkurrensnackdelar om parternas självständighet påverkas.²⁰³

För att ett standardiseringsavtal ska anses falla utanför tillämpningen av artikel 101(1) FEUF bör själva standarden vara icke-diskriminerande och tillgänglig för alla

¹⁹⁹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 187.

²⁰⁰ Ibid, p 189.

²⁰¹ Ibid, p 189; och kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 56, p 263–335.

²⁰² Ibid, p 263.

²⁰³ Ibid, p 264.

samt helt transparent. Ett förfarande som i IAZ-målet²⁰⁴, som diskriminerar produkter från andra medlemsstater, uppfyller inte kraven. En frivillig, öppen förpackningsstandard kan däremot förväntas bli mer positivt bedömd.²⁰⁵

Produktionsavtal som gränsfall

Beroende på aktörernas marknadsposition kan produktionsavtal med miljömässiga målsättningar komma att betraktas som gränsfall. Avgörande för utgången blir enligt 2010 års riktlinjer marknadens egenskaper och produktens art och marknadstäckning. Det reglerade avtalsförhållandet ställs mot situationen att inget avtal förelegat. Ger ett produktionsavtal mellan konkurrenter upphov till en ny marknad, som annars inte hade etablerats på grund av bristande teknisk kapacitet, anses avtalet inte konkurrensbegränsande.²⁰⁶ Eventuella restriktioner som avtalet innebär måste dock vara proportionerliga och objektivt försvarbara utifrån målet som ska uppnås.

Exklusivitetsavtal som gränsfall

2001 års riktlinjer tar upp exklusivitet som anledning till att ett avtal kan omfattas av artikel 101(1) FEUF. Har avtalsparterna betydande marknadsandelar och utser de ett företag till exklusiv tillhandahållare av insamlings- och/eller återvinnings-tjänster för sina produkter kan konkurrensen väsentligen begränsas. Förutsättningen är att det finns andra faktiska eller potentiella konkurrenter.²⁰⁷

När 2001 riktlinjerna utformades var systemet för producentansvar för återvinning i sin begynnelse och mer än ett decennium senare är systemet nu väl etablerat. Under tiden har flera miljöavtal för återvinningssystem prövats mot konkurrensrättens krav. Kommissionen har behandlat systemen, som utvecklats i Tyskland (DSD),²⁰⁸ Frankrike (Eco-Emballages),²⁰⁹ Österrike (ARA)²¹⁰ och Storbritannien (Valpak).²¹¹ Det tyska DSD-systemet analyseras nedan i avsnitt 6.3.1.

²⁰⁴ Förenade mål C-96-102, 104, 105, 108 & 110/82 NV IAZ [1983] ECR 3369; se sida 39 nedan.

²⁰⁵ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 56, p 331; se Kingston, s 247–249. För standardisering genom miljöavtal, se exempelvis kommissionens beslut 2000/475/EC [2000], CECED, OJ L187/47; EACEM, OJ 1998 C12/02; eller APB, OJ 1990 L1818/35.

²⁰⁶ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 37, p 162–167.

²⁰⁷ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 191.

²⁰⁸ Kommissionens beslut 2001/837/EC [2001], DSD, OJ L319/1, fastställt av tribunalen i mål T-289/01 DSD [2007] ECR II-1691, avseende prövningen om förbud mot konkurrensbegränsande samarbete enligt artikel 101 FEUF; observera att DSD även blev föremål för prövning enligt artikel 102 FEUF och att det fallet behandlas i avsnitt 6.3.1 nedan.

²⁰⁹ Kommissionens beslut i Eco-Emballages, OJ 2001 L233/37.

²¹⁰ Kommissionens beslut i ARA, ARGEV, ARO, OJ 2004 L75/59, fastställt av tribunalens dom i mål T-419/03 Altstoff Recycling Austria AG mot Europeiska kommissionen [2011] ECR II-975.

²¹¹ Se XXVIII:e rapporten om konkurrenspolitiken - SEK(99)743, s 157.

Informationsutbyte som gränsfall

Det informationsutbyte som sker vid miljöavtal kan innebära att parterna på olika sätt samordnar sitt agerande och anpassar sig till konkurrenternas marknadsstrategier.²¹² Effektivitetsvinster i form av kostnadsbesparingar och konsumentfördelar elimineras om konkurrensen sätts ur spel genom informationsutbytet. Har parterna ingått ett miljöavtal i syfte att dela konkurrensbegränsande information är artikel 101(1) FEUF tillämplig. Är informationsutbytet däremot en nödvändig förutsättning för att miljöavtalets mål ska kunna nås och i övrigt proportionerligt och objektivt försvarbart faller informationsutbytet utanför tillämpningen av artikel 101(1) FEUF. Det kan t.ex. vara fallet om parterna inte hade ingått miljöavtalet utan informationsutbytet. Möjligen kan det räcka om parterna inte delar informationen med varandra direkt, utan informationen lämnas till en bestämd tredje part, som sammanställer informationen²¹³ på ett sätt som inte medför konkurrensstörande insyn, men som ändå medför att väsentliga delar av informationsmaterialet kan användas för att uppnå miljömålen.²¹⁴

Avtal som nästan alltid omfattas av förbudet

Den tredje och allvarligaste kategorin av miljöavtal, som nästan alltid omfattas av artikel 101(1) FEUF, gäller miljöavtal, som snarare är en täckmantel för en dold kartell i syfte att fastställa priser, begränsa produktionen eller dela upp marknader.²¹⁵ Samarbetet syftar i grunden inte till ett egentligt miljömål. Hit hör även samarbeten, som har som syfte att utestänga faktiska eller potentiella konkurrenter.²¹⁶ 2010 års riktlinjer klargör också att avtal som samordnar gemensamma kostnader generellt sett täcks av förbudet i artikel 101(1) FEUF.²¹⁷

I den här kategorin avgörs bedömningen om vad samarbetet faktiskt är avsett att uppnå. Även om det skulle finnas ett genuint och erkänt miljömål får avtalet inte innebära ett fastställande av priser, begränsningar av produktion eller en uppdelning av marknader. EU-domstolen bedömde i IAZ-målet²¹⁸ ett avtal rörande miljömärkning av tvätt- och diskmaskiner. Märkningen skulle vara ett tecken på att maskinerna uppfyllde de tekniska krav, som ställdes i nationell lagstiftning. Enligt domstolen var det egentliga syftet med avtalet att begränsa importen av liknande maskiner eftersom märkningen endast var tillgänglig för nationella tillverkare.²¹⁹ Likaså behandlade kommissionen i VOTOB²²⁰ ett avtal, som gällde det genuina

²¹² Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 13, p 58.

²¹³ Se kommissionens beslut 2000/475/EC [2000], CECED, OJ L187/47, p 38.

²¹⁴ Kingston, s 246.

²¹⁵ Där det inte direkt finns någon konflikt mellan miljö och konkurrens så mycket som ett försök att begränsa konkurrensen.

²¹⁶ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 188.

²¹⁷ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s. 9, p 32–38.

²¹⁸ Förenade mål C-96-102, 104, 105, 108 & 110/82 NV IAZ [1983] ECR 3369.

²¹⁹ Kingston, s 245.

²²⁰ VOTOB ärendet, se XXII:e rapporten om konkurrenspolitiken, COMP REP EC 1992, s 106–108.

miljömålet att minska luftburna utsläpp från kemikaliedeponering. Avtalet fastställde priser och trots att priserna var relativt låga ansåg kommissionen att det var frågan om en otillåten begränsning av konkurrensen.²²¹

4.2 Undantag enligt artikel 101(3) FEUF för miljösamverkan

Miljösamarbete, som faller under förbudet i artikel 101(1) FEUF omfattas inte av något generellt gruppundantag, utan frågan blir i vilken utsträckning undantaget i artikel 101(3) FEUF kan aktualiseras.

Ordalydelsen i artikel 101(3) FEUF ger inte utrymme för miljöhänsyn som ett skäl för undantag. Bestämmelsen lägger tonvikten på ekonomiska hänsyn i form av effektivitetsvinster. Möjligheten till undantag måste dock bedömas mot fördragets krav på ett verksamt miljöskydd som möjliggör en hållbar utveckling.

Kommissionen har i sin tjugofemte rapport om konkurrenspolitiken framhållit att vid en analys av miljöavtal "väger kommissionen de konkurrensbegränsningar som uppstår till följd av avtalet mot de miljömässiga målsättningar som kan realiseras. För detta tillämpas principen om proportionalitet enligt artikel [101(3) FEUF]. Framför allt ses förbättringar av miljön som ett element som bidrar till att förbättra produktionen och till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande."²²² Detta vittnar om en positiv inställning till värdet av miljöförbättringar genom miljöavtal och hur sådana förbättringar vid en proportionalitetsbedömning kan motsvara och t.o.m. överträffa de konkurrensrättsliga effektivitetsvinsterna.

I det följande behandlas de fyra specifika undantagskriterierna i artikel 101(3) FEUF.

4.2.1 Kravet på ekonomiskt eller tekniskt framåtskridande

Avtalet ska leda till ekonomiskt eller tekniskt framåtskridande. Föreligger objektiva ekonomiska fördelar behandlas miljöavtalet som andra avtal och det är inte aktuellt att ta någon särskild miljöhänsyn. Det är först när ett avtal saknar eventuella objektiva ekonomiska fördelar, som frågan uppstår om miljövinster i sig kan utgöra ett tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, som omfattas av det första kriteriet i artikel 101(3) FEUF.

Integrationsprincipen i artikel 11 FEUF, som föreskriver att miljöskydds krav ska integreras i utformningen och genomförandet av Europeiska unionens politik och verksamhet, innebär att kravet på främjandet av teknisk eller ekonomiskt framåt-

²²¹ Tilläggen för miljöavgifter i VOTOB motsvarade mindre än 5 % av de totala kostnaderna.

²²² XXV:e rapporten om konkurrenspolitiken – KOM(96)126 slutlig, s 41, p 85.

skridande ska tolkas på ett sätt, som gynnar miljöskyddet och på så vis också tar hänsyn till eventuella miljövinster.²²³

2001 års riktlinjer anger ekonomiska fördelar som "nettofördelar i fråga om mindre miljöbelastning till följd av avtalet, jämfört med ett utgångsläge där inga åtgärder vidtas". Fördelarna måste uppväga kostnaderna för enskilda konsumenter eller konsumentkollektivet som helhet.²²⁴ Effekterna av minskad konkurrens och företagens kostnader för att uppfylla miljökraven liksom effekter på tredje parter har betydelse. Fördelarna bedöms i två steg. Det första omfattar avtal, som ger nettofördel för enskilda konsumenter under en rimlig period. Uppkommer sådana finns det "inget behov att objektivt fastställa de totala miljöfördelarna".²²⁵ Om så inte är fallet utförs en nyttokostnadsanalys för att bedöma om "nettofördelar för konsumenterna i allmänhet är sannolika under rimliga förhållanden".²²⁶ Nettobidraget ska överväga kostnaderna som följer genom avtalet.²²⁷

De nyare riktlinjerna från 2010 har en tydligare ekonomisk prägel och effektivitetsvinster ska vara "objektiva ekonomiska effektivitetsvinster",²²⁸ som skapas genom att företagen kan utföra uppgifter till lägre kostnader eller med större mervärde för konsumenterna.²²⁹ Miljömässiga fördelar, som uppstår på grund av ett miljöavtal, borde enligt Kingston kunna räknas som kvantifierbara fördelar, som ska väga tyngre än kostnaderna.²³⁰ Nackdelen är dock svårigheten att omsätta miljövinster till sådana ekonomiska värden.²³¹ Riktlinjerna gör åtskillnad mellan kostnadsbesparingar å ena sidan och kvalitativa effektivitetsvinster i form av nya eller förbättrade produkter eller bättre utbud å andra sidan.²³² Även om konsumentpriserna ökar kan compensation uppstå genom andra mer långsiktiga kostnadsbesparingar. Det är endast objektiva ekonomiska fördelar som beaktas i analysen och inte parternas egna subjektiva uppfattningar. Kostnadsminskningar måste visas leda till positiva effekter för konsumenterna.²³³

Bedömningen kompliceras ytterligare av att de miljövinster ett samarbete påstås ge upphov till kanske uppkommer långt in i framtiden.²³⁴ Det nödvändiggör svåra

²²³ Enligt Kingston, s 275, förutsätter detta att miljövinster kan beskrivas ekonomiskt, som ett värde i analysen enligt riktlinjerna.

²²⁴ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 193.

²²⁵ Ibid, p 194.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ Ibid, p 198; eller i vart fall inte försätta konsumenterna i ett sämre läge än hade varit fallet utan avtalet.

²²⁸ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 11, p 48.

²²⁹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 105, p 59 och 62.

²³⁰ Kingston, s 274 och Kingston (2010), s 800.

²³¹ Knox, s 108.

²³² Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 105, p 59.

²³³ Ibid, p 49.

²³⁴ Positiva effekter av miljöinsatser kan ligga långt fram i tiden. Parterna måste trots detta kunna styrka miljöfördelar. Av riktlinjerna framgår att kommissionen är införstådd med svårigheterna och inte bara tar hänsyn

avvägningar av hur konkurrensen påverkas och hur proportionerlig begränsningen är mot den potentiella miljövinsten. Vid analysen och diskonteringen blir det avgörande hur långt fram i tiden det handlar om och hur mycket som fördelarna kan bevisas jämfört med kostnaderna som uppstår. Bevisbördan vilar på parterna.²³⁵ Påståenden måste underbyggas med konkret information om effektivitetsvinsternas art, kopplingen som finns mellan miljöavtalet och effektivitetsvinsterna, sannolikheten för och omfattningen av effektivitetsvinsterna, samt hur och när eventuella vinster skulle uppnås.

Kommissionens uppfattning om effektivitetsvinster förefaller således vara att icke-ekonomiska målsättningar, som inte kan omvandlas till bevisbara effektivitetsvinster, svårligen kan grunda undantag. Den ekonomiska kopplingen till objektiva effektivitetsvinster, som antingen kan utgöras av kostnadsbesparingar eller kvantitativa effektivitetsvinster, måste styrkas. I ett antal avgöranden har miljöfördelar kommit att beaktas som ekonomiskt eller tekniskt framåtskridande. Sådana avgöranden har berört frågor om miljöförbättringar genom minskad energianvändning (CECED, CEMEP och EACEM),²³⁶ förbättringar för avfallshandling (VOTOB och DSD),²³⁷ minskade resursanvändning (Exxon/Shell),²³⁸ utvecklingen av miljövänligare produktionsmetoder (BBC Brown Boveri, Carbon Gas Technologie och Assurpol)²³⁹ och mindre utsläpp vid tillverkning (ZVEI/Arge Bat och Philips/Osram).²⁴⁰ Det är främst när individuella ekonomiska fördelar inte kan påvisas som det kan bli aktuellt att behandla miljöfördelarna i den mån de kan omsättas till kvantifierbara ekonomiska värden.

Sammanfattningsvis gäller att miljöavtal måste medföra objektiva ekonomiska effektivitetsvinster i form av ekonomiskt eller tekniskt framåtskridande för att första kriteriet i artikel 101(3) FEUF ska vara uppfyllt.

4.2.2 Fördelar för konsumenterna

Konsumenterna ska tillförsäkras en skälig andel av den vinst som uppkommer till följd av ett konkurrensbegränsande miljösamarbete. Begreppet "konsument" måste uppfattas tämligen brett. Miljöfördelar kan tillfalla konsumenter som har en direkt

till de kortsiktiga effekterna; se kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 110, p 87.

²³⁵ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 105, p 51 och 55.

²³⁶ CECED, kommissionens beslut 2000/475/EC [2000], CECED, OJ L187/47; CEMEP-ärendet (EGT C 74, 15.3.2000, s.5, samt Press release IP/00/508); EACEM, OJ 1998 C12/02.

²³⁷ VOTOB, se XXII:e rapporten om konkurrenspolitiken, COMP REP EC 1992, s 106–108; kommissionens beslut 2001/837/EC [2001], DSD, OJ L319/1, vilket bekräftades av tribunalen i mål T-289/01 DSD [2007] ECR II-1691.

²³⁸ Kommissionens beslut i Exxon/Shell, OJ 1994 L144/20.

²³⁹ Kommissionens beslut i BBC Brown Boveri, OJ 1988 L301/68; Carbon Gas Technologie, OJ 1983 L376/17; Assurpol, OJ 1992 L37/16. Jfr. 1990 års kommissionsbeslut i KSB/Goulds/Lowara/ITT, OJ 1991 L19/25.

²⁴⁰ Kommissionens beslut i ZVEI/Arge Bat, OJ 1998 C173/13; Philips/Osram, OJ 1994 L378/37.

eller indirekt koppling till avtalet, men kan också avse en bredare grupp, som drar nytta av de miljöfördelar som följer av avtalet.²⁴¹

Att konsumenter med en direkt eller indirekt koppling till miljöavtalet omfattas förefaller uppenbart, medan oklarheter i lagstiftningen gör att det inte är lika klart att även en bredare grupp i samhället eller inom ett annat geografiskt område eller på en annan produktmarknad kan godtas.²⁴² Det finns dock ingen anledning att utesluta positiva effekter för en mer allmän konsumentgrupp.²⁴³ Generellt sett tillfaller miljöfördelar samhället i stort, oavsett innehållet i avtalet, eftersom miljön är en kollektiv nytta.²⁴⁴ Alla tjänar på ett miljöavtal, som leder till påvisbara miljöförbättringar.

CECED ärendet²⁴⁵ gällde ett frivilligt miljöavtal, som anmälts till kommissionen för icke-ingripandebesked.²⁴⁶ Den belgiska organisationen Conseil Européen de la Construction d'Appareils Domestiques (CECED) omfattar tillverkare av hushållsapparater och nationella branschorganisationer. Bland de representerade företagen återfanns marknadsledande tillverkare såsom Bosch Siemens, Electrolux och Whirlpool. Den sammanlagda marknadsandelen uppskattades till mer än 95 %.

Parterna hade frivilligt begränsat utbudet av tvättmaskiner, som inte ansågs uppfylla de i avtalet överenskomna kriterierna om energieffektivitet. I allt väsentligt skulle bara maskiner som uppnådde energieffektivitetsklasserna A-C få tillverkas eller importeras. Dessutom gällde enhetliga krav för elförbrukning.²⁴⁷ Syftet var att öka energieffektiviteten med sammanlagt 2 % av den totala elförbrukningen²⁴⁸ och fasa ut de tvättmaskiner som inte uppfyllde målen.²⁴⁹ Betydande miljöförbättringar ansågs därmed kunna uppnås samtidigt som konsumenternas miljömedvetande ökades genom riktade konsumentupplysningar om förbättringarna och mer ekonomiska sätt att använda apparaterna.²⁵⁰

Kommissionen fann att företagen hade en skyldighet att göra sitt bästa för att uppnå en lägsta effektivitetsstandard. Avtalet innehöll inte någon specifik kvotfördelning eller precisering av hur mycket de enskilda företagen skulle bidra till det gemensamma målet. Syftet kunde därmed inte anses vara att begränsa

²⁴¹ Townley, s 149–150.

²⁴² Se Philips/Osram, OJ 1994 L378/37, p 27. (Miljövänligare tillverkning skulle innebära mindre utsläpp, vilket vore till nytta för konsumenter både direkt och indirekt genom minskningen av negativa externa effekter); mål T-168/01 GlaxoSmithKline Services [2006] ECR II-2969, p 248. (Fördelar kan uppstå inte enbart på den relevanta marknaden men även på andra marknader); samt mål C-238/05 ASNEF-EQUIFAX [2006] ECR I-11125, p 70. (Alla konsumenter på en marknad omfattas av bedömningen av välfärdsökningar).

²⁴³ Townley, s 149–151.

²⁴⁴ Vedder, s 170.

²⁴⁵ Kommissionens beslut 2000/475/EC [2000], CECED, OJ L187/47.

²⁴⁶ Moderniseringsförordningen nr 1/2003 (trädde i kraft 1 maj, 2004) avskaffade systemet för ansökan till kommissionen om icke-ingripandebesked från förbudet i artikel 101(1) FEUF.

²⁴⁷ Kommissionens beslut 2000/475/EC [2000], CECED, OJ L187/47, p 19.

²⁴⁸ Ibid, p 14.

²⁴⁹ Ibid, p 13.

²⁵⁰ Ibid, p 18.

konkurrensen.²⁵¹ Beträffande begränsningarna av tillverkning och import fann kommissionen att tillgängligheten av tvättmaskiner skulle minska och konsumenternas valfrihet reduceras. Priserna på kvarvarande maskiner riskerade att öka,²⁵² vilket innebar en begränsning av konkurrensen, som föll under artikel 101(1).²⁵³ Även framtida priskonkurrens kunde påverkas negativt genom kraven att investera i nya produktioner.²⁵⁴ Däremot ansåg kommissionen inte att det konsumentupplysande informationsutbytet var problematiskt.

Kommissionen bedömde att avtalet ledde till såväl kollektiva som individuella miljöfördelar. Även utan individuella ekonomiska fördelar hade miljöfördelar uppkommit för kollektivet.²⁵⁵ Genom att ur miljösynpunkt sämre tvättmaskiner togs bort från marknaden minskades energi- och vattenförbrukningen. Eventuella prisökningar på kvarvarande maskiner ansågs därmed kompenseras.²⁵⁶ I ett längre perspektiv skulle det leda till sjufaldiga besparingar för konsumenterna.²⁵⁷ Även utan dessa individuella konsumentfördelar var fördelarna för det kollektiva samhället tillräckliga för att motivera ett undantag.²⁵⁸ Av beslutet framgår att riktlinjerna inte ska tillämpas mekaniskt²⁵⁹ utan reglerna ger utrymme för flexibla tolkningar så länge de är proportionerliga.

Generellt anses ett miljöavtal, som leder till kvalitativa förbättringar, vara till fördel för konsumenterna.²⁶⁰ Nya och förbättrade produkter är en viktig källa till ökad välfärd. Om fördelarna överstiger nackdelarna och priset inte justeras anses konsumenterna ha fått del av vinsten. Riskerar däremot priset att öka till följd av miljösamarbetet sker en analys av i vilken grad konsumenterna kompenseras för konkurrensbegränsningarnas negativa effekter.²⁶¹ Ju större effekt begränsningarna får för konsumenterna desto mer måste de miljömässiga vinsterna som tillfaller konsumenterna styrkas.²⁶² Problemen blir särskilt stora när kostnaderna uppstår i närtid medan de miljömässigt positiva effekterna först kommer i ett betydligt senare skede.²⁶³ Bedömningen påverkas ytterligare av att värdet av framtida vinster för konsumenterna inte lätt kan jämföras med omedelbara vinster eftersom värdet av framtidens vinster är lägre. Om man då jämför värdet av en omedelbar förlust för konsumenterna med en förväntad vinst i framtiden räcker det inte med att den

²⁵¹ Kommissionens beslut 2000/475/EC [2000], CECED, OJ L187/47, p 28 och 29.

²⁵² Ibid, p 32.

²⁵³ Ibid, p 33.

²⁵⁴ Ibid, p 34.

²⁵⁵ Ibid, p 56.

²⁵⁶ Semmelmann, s 27–28.

²⁵⁷ Kommissionens beslut 2000/475/EC [2000], CECED, OJ L187/47, p 56; Townley, s 151.

²⁵⁸ Kommissionens press release IP/00/148.

²⁵⁹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 5, p 7.

²⁶⁰ Kingston, s 279.

²⁶¹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 113, p 103 och 104.

²⁶² Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s. 22, p 103.

²⁶³ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 110, p 87; vilket blir ett bedömnings- och bevisproblem huruvida en diskonteringsprocess skulle kunna lösa hanteringen.

framtida vinsten enbart är nominellt av samma storlek som förlusten. I den diskonteringskoefficient som används får man göra avräkningar för exempelvis eventuell inflation och förlorad ränta som en indikation på det lägre värdet av framtida vinster.²⁶⁴

Det påpekas i riktlinjerna att syftet med gemenskapens konkurrensregler är att skydda konkurrensen på en definierad marknad. Ger ett konkurrensbegränsande miljöavtal upphov till effektivitetsvinster inom en specifik marknad måste konsumentfördelarna uppstå på samma marknad. Föreligger ett nära samband mellan två marknader kan effektivitetsvinster, som uppstår för konsumenter på separata marknader, beaktas om den grupp konsumenter som drabbas av begränsningarna i huvudsak är densamma som den som drar nytta av effektivitetsvinsterna.²⁶⁵ I DSD-fallet krävdes att systemet för förpackningsåtertagande skulle vara användarvänligt och innebära stordrifts-fördelar och därmed kostnadsbesparingar. Konsumenterna ansågs kompenserade för avtalens konkurrensbegränsningar utgjorde en miljömässig förbättring eftersom det innebar en markant minskning av volymen förpackningsavfall.²⁶⁶ Kostnadsbesparingarna kunde något ospecifikt återföras till konsumenterna på den relevanta marknaden.

Det kan till och med vara så att konsumentintresset tillgodoses enbart av det skälet att en åtgärd är i överensstämmelse med gällande konsumentuppfattning. I Exxon/Shell-beslutet fäste kommissionen vikt vid hur konsumenterna uppfattade miljöförbättringar i form av mindre förbrukning av råvaror och mindre plastavfall. Ett ökat miljömedvetande bland konsumenter innebar att fördelarna med avtalet skulle uppfattas som positiva i tider då allmänheten visade oro över minskningar av naturresurser och ökande miljöhot.²⁶⁷

Det är ofrånkomligt att bedömningen av konsumentnyttan blir tämligen subjektiv när en ekonomisk effektivitetsbedömning inte genomförs fullt ut. Svårigheterna är stora att fastställa och styrka de miljömässiga konsekvenserna för enskilda konsumenter och samhället i stort, inte minst när eventuella miljöfördelar först uppkommer på sikt.²⁶⁸ Behoven av att skärpa analysinstrumenten och förmågan att sätta pris på miljöförbättringar för att rättvist kunna balansera konkurrens mot miljö är stora.

Sammanfattningsvis gäller dock att när ett konkurrensbegränsande miljöavtal skapar objektiva ekonomiska effektivitetsvinster, som leder till direkta och bevisbara besparingar för enskilda konsumenter eller konsumentkollektivet som helhet, är andra kriteriet i artikel 101(3) FEUF uppfyllt.

²⁶⁴ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 110, p 88.

²⁶⁵ Ibid, p 43.

²⁶⁶ Kommissionens beslut 2001/837/EC [2001], DSD, OJ L319/1, p 147 och 148.

²⁶⁷ Kommissionens beslut i Exxon/Shell, OJ 1994 L144/20, p 71.

²⁶⁸ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 112, p 103.

4.2.3 Nödvändighet

Undantagsprövningen kräver en proportionalitetsbedömning av hur nödvändig en begränsning är för att uppnå syftet med avtalet i fråga. Härigenom balanseras vikten av en fungerande konkurrens mot syftet att åstadkomma miljöförbättringar. Precis som vid övriga kriterier måste de fördelar som avtalet medför för konsumenterna balansera ut nackdelarna som avtalet orsakar konkurrensen.²⁶⁹ Av Matramålet²⁷⁰ framgår att det inte finns någon gräns för vad som kan undantas, men bedömningen måste alltid vara proportionerlig.²⁷¹ Det får inte finnas andra lösningar på miljöproblemet, som inte innebär samma begränsning av konkurrensen.

En relevant fråga är om ett avtal hade ingåtts utan ett visst restriktivt innehåll. En sådan bedömning blir avhängig en proportionalitetstest. Är restriktionerna proportionerliga och objektivt försvarbara kan avtalet falla utanför tillämpningen av artikel 101(1) FEUF.²⁷² Moderniseringen av tillämpningen av konkurrensreglerna genom rådets förordning nr 1/2003, som innebär att artikel 101 FEUF fick direkt effekt i medlemsländerna, gör att skillnaden mellan ett förbud enligt 101(1) FEUF och möjligheten till att undantas enligt artikel 101(3) FEUF minskat.²⁷³ EU-domstolen har under vad som ibland kallas en "ancillary doktrin" test²⁷⁴ varit beredd att beakta vissa positiva, icke-ekonomiska faktorer vid prövning enligt artikel 101(1) FEUF.²⁷⁵

Om avtalet faller under artikel 101(1) FEUF avgör proportionalitetstestet om begränsningarna är absolut nödvändiga.²⁷⁶ Om parterna kan uppnå samma effekter genom ett mindre konkurrensbegränsande förfarande blir det svårt att motivera ett undantag enligt tredje kriteriet.²⁷⁷ Fyra moment måste inkluderas i bedömningen. Den första punkten gäller om syftet med åtgärderna kan rättfärdigas. Är syftet en miljöförbättring eller försöker parterna bara skapa andra konkurrensmässiga fördelar?²⁷⁸ För det andra måste det kunna styrkas att åtgärderna är effektiva för att uppnå syftet. Det måste finnas en kausalitet mellan åtgärderna och den effekt som

²⁶⁹ I DSD-fallet ansågs exempelvis ensamrätterna i serviceavtalen som parterna tillämpade nödvändiga med hänsyn till de omfattande investeringar som krävdes för att bygga upp ett nytt och för tidpunkten oprövat insamlings- och återvinningssystem. Det ansågs att miljöfördelarna som skapades övervägde konkurrensnackdelarna, dock med reservation för att ensamrätternas giltighetstider behövde kortas ner för att inte utgöra hinder för marknadsinträde för direkta eller potentiella konkurrenter; kommissionens beslut 2001/837/EC [2001], DSD, OJ L319/1, p 146.

²⁷⁰ Mål T-17/93 Matra [1994] ECR II-595, p 85.

²⁷¹ Vedder, s 175.

²⁷² Konkurrensbegränsningar som avses i artikel 101(1) FEUF kan i vissa fall vara motiverade om de är absolut nödvändiga; Tridimas, s 235–236.

²⁷³ Kingston, s 241.

²⁷⁴ Se Kingston, s 233–242, Townley, 131–133 och Whish, s 126–130 som diskuterar "ancillary restriction doctrine" i sammanhanget. Se även Vogelaar, s 171–172 och Mortelmans, s 628–632 som använder begreppet "inherent restriction-approach" för motsvarande fenomen, samt Schweitzer, s 2–5.

²⁷⁵ Tridimas, s 235.

²⁷⁶ Kingston, s 280.

²⁷⁷ Som exempelvis vid DSD-fallet, där kommissionen förenade ett undantag med villkor som begränsade ensamrätters giltighetstider för att säkerställa fri tillgång till marknaden.

²⁷⁸ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 188.

eftersträvas. För det tredje måste det visas att det inte går att uppnå samma fördelar genom mindre restriktiva eller konkurrensbegränsande åtgärder.²⁷⁹ För det fjärde måste miljöavtalets mål balanseras mot strävan att bevara konkurrens på marknaden.²⁸⁰

2001 års riktlinjer uttrycker proportionalitetskravet så att "konkurrensbegränsningarna måste vara nödvändiga för att de ekonomiska fördelarna ska uppnås. Om motsvarande fördelar kan uppnås med mindre begränsningar, kan de anförda effektivitetsvinsterna inte åberopas för att motivera konkurrensbegränsningarna."²⁸¹ En "objektiv bedömning av bestämmelser, som vid första anblicken inte skulle anses nödvändiga, måste stödjas av en effektivitetsberäkning, som visar att alternativa sätt att uppnå de väntade miljöfördelarna skulle vara ekonomiskt och finansiellt kostsammare".²⁸² Om det är möjligt att objektivt visa att ett begränsande miljöavtal innebär ekonomiska effektivitetsvinster är det mer sannolikt att ett undantag är motiverat, medan om begränsningarna inte verkar nödvändiga måste en nyttokostnadsanalys göras som styrker omständigheterna.

Riktlinjerna från 2004 för tillämpningen av artikel 101(3) FEUF behandlar frågan om nödvändighet i ett tvåstegstest; för det första måste det begränsande avtalet som sådant vara rimligt nödvändigt för att uppnå effektivitetsvinsterna. För det andra måste enskilda konkurrensbegränsningar också vara rimligt nödvändiga för att effektivitetsvinsterna ska kunna uppnås.²⁸³ Den avgörande faktorn är om avtalet möjliggör bedrivandet av en effektivare verksamhet än vad som varit fallet utan ett avtal.²⁸⁴ Exempelvis bedömdes det i CECED ärendet att utfasningen av produkter med sämre miljöegenskaper skulle vara det enda lämpliga sättet att uppnå eftersträvarade minskningar av energianvändning.

Kommissionens behandling av VOTOB-ärendet är ett exempel på hur även ett avtal med ett fullt legitimt miljösyfte kan anses förbjudet på grund av konkurrensbegränsningar, som inte anses vara proportionerliga eller nödvändiga. Ärendet avsåg ett frivilligt miljöavtal mellan företag verksamma med uthyrning av kemisk lagringskapacitet.²⁸⁵ Syftet med avtalet var att säkra finansiering för miljöförbättrande åtgärder, som skulle minska luftburna utsläpp från cisternerna genom bättre filtrering. För att täcka kostnaderna införde avtalsparterna en fast "miljöavgift".

²⁷⁹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 28, p 196.

²⁸⁰ Vedder, s 175–176.

²⁸¹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 6, p 35.

²⁸² Ibid, p 196.

²⁸³ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 107, p 73.

²⁸⁴ Ibid, p 74.

²⁸⁵ Kommissionen avslutade ärendet utan något formellt beslut då VOTOB självmant tog bort tillägget för miljöavgifter samt ändrade sättet som kunderna fakturerades. Där finns således inget faktiskt beslut att använda sig av, utan ärendet nämns bara officiellt i kommissionens rapport om konkurrenspolitiken från 1992; se XXII:e rapporten om konkurrenspolitiken, COMP REP EC 1992, s 106–108.

Avgiften motiverades att den skulle göra VOTOB:s kunder mer medvetna om vilka kostnader som uppstod på grund av lagringen av deras kemikalier.

Kommissionens prövning av ärendet kom att fokusera på miljöavgiften och huruvida den var ett otillåtet prissamarbete. Kommissionen hade även synpunkter på att de fasta avgifterna inte tog någon hänsyn till parternas olika förhållanden och att deras kostnader för miljöförbättrande investeringar, som motiverade miljöavgifterna, inte var enhetliga. Att kunderna fakturerades miljöavgiften som en separat post kunde lätt missleda kunderna att tro att avgiften var en av myndigheterna påförd miljöskyddsavgift. Enligt kommissionen saknade det betydelse att miljöavgiften bara utgjorde 5 % av de totala kostnaderna eller att den ersatte ett tidigare statligt stöd. Medlemmarna hade själva kunnat beräkna sina kostnader för miljömotiverade åtgärder och fakturerat sina kunder tillägg för miljöåtgärder. Priskonkurrensen skulle därmed inte ha påverkats. Inte heller hade någon minimistandard för miljöskyddsåtgärder uppkommit, utan parterna hade haft incitament att genom innovation och utveckling uppnå kostnadseffektivare lösningar som i sin tur öppnat för ökad priskonkurrens.²⁸⁶

Kommissionen underströk att den välkomnar frivilliga miljöavtal, men eventuella begränsningar får inte gå utöver vad som är nödvändigt på bekostnad av konkurrensen.²⁸⁷ Kommissionen försöker därmed skapa en balans mellan konkurrenspolitiken och miljöpolitiken genom tillämpningen av proportionalitetsprincipen och kriterierna för undantag i artikel 101(3) FEUF.²⁸⁸

Sammanfattningsvis gäller att när ett miljöavtal innehåller begränsningar som inte är nödvändiga för att nå avtalets miljömål är inte det tredje kriteriet i artikel 101(3) FEUF uppfyllt.

4.2.4 Konkurrensen får inte elimineras

Avtalet får inte utesluta konkurrensen på marknaden. Ur ett miljöperspektiv skulle avsaknaden av fungerande konkurrens och den situation som därmed skulle uppstå innebära en ineffektiv resursfördelning till nackdel för miljön. Avsaknad av konkurrens rörande innovation eller utveckling skulle medföra att miljömässigt bättre produkter sannolikt inte skulle utvecklas med samma effektivitet. En fungerande konkurrens är därför inte bara samhällsekonomiskt motiverad, utan även viktig för ett fungerande miljöskydd. Oavsett vilka effektivitetsvinster som ett konkurrensbegränsande avtal kan medföra, är det därför en grundförutsättning att konkurrens återstår på den relevanta marknaden. Konkurrensbegränsningar som

²⁸⁶ Collins, s 194; Orts, s 257.

²⁸⁷ XXI:e rapporten om konkurrenspolitiken, COMP REP EC 1992, p 177.

²⁸⁸ OECD, Competition Policy and Environment (Paris, OECD), s 74.

helt eliminerar konkurrensen är normalt inte proportionerliga och undantag för sådana är uteslutet enligt fjärde kriteriet i artikel 101(3) FEUF.²⁸⁹

2001 års riktlinjer klargör att "oavsett fördelarna för miljön och ekonomin samt nödvändigheten av de planerade bestämmelserna, får avtalet inte sätta konkurrensen ur spel i fråga om differentiering av produkter eller metoder, teknisk innovation eller marknadsinträde på kort sikt, eller om det är relevant, på lång sikt".²⁹⁰

Hänvisningen till marknadsinträde utnyttjades i DSD-fallet för att bedöma de problem, som uppstår när ensamrätter beviljas, som ett led i uppbyggnaden av gemensamt system för insamling och återvinning av förpackningar. Potentiella konkurrenter riskerade att uteslutas från marknaden.²⁹¹ Sådana problem kan lösas genom att giltighetstiden för ensamrättigheter fastställs i avtalet med utgångspunkt från vad som är rimligt för att bygga upp systemet, samtidigt som möjligheter öppnas för potentiell konkurrens.²⁹² Avtalsparternas marknadsandelar på den relevanta marknaden blir en viktig bedömningsgrund i ett sådant läge. Sannolikt är påverkan mer negativ ju högre marknadsandelarna är.²⁹³ Omständigheterna i det individuella fallet avgör dock som så ofta utgången. I DSD-fallet hade miljöavtalets parter en närmast monopolliknande marknadsandel. Avtalen ansågs likväl inte sätta konkurrensen ur spel på ett sätt som förhindrade undantag enligt fjärde kriteriet i artikel 101(3) FEUF.²⁹⁴

Sammanfattningsvis gäller att ett konkurrensbegränsande miljöavtal inte får eliminera all konkurrens för att fjärde kriteriet i artikel 101(3) FEUF ska anses uppfyllt.

4.3 Sammanfattande kommentar

Artikel 101(1) FEUF förbjuder avtal vilka har som syfte eller resultat att begränsa konkurrensen. Vid bedömningen utgår kommissionen normalt inte från andra hänsyn än rent ekonomiska faktorer, som påverkar konkurrensen på marknaden. Fokus ligger på om en "märkbart negativ effekt på minst en av konkurrensparametrarna på marknaden, t.ex. pris, produktion, produktkvalitet, produktutbud

²⁸⁹ Jämför exempelvis miljöavtal som CECED eller EACEM, där standardiseringsåtgärder införs och hur egenskaperna som standardiseras oftast utgör en potentiell källa till konkurrens mellan konkurrenterna på den relevanta marknaden, så att där även efter avtalet återstår flera andra källor till konkurrens.

²⁹⁰ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 28, p 197.

²⁹¹ Kommissionens beslut 2001/837/EC [2001], DSD, OJ L319/1, p 163.

²⁹² Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 28, p 197.

²⁹³ Kingston, s 289.

²⁹⁴ Dels för att avfallshanterare som inte omfattades av DSD:s serviceavtal var fria att konkurrera med DSD om avfallshantering och dels för att insamlings- och återvinningssystemet som det var uppbyggt enligt förpackningsförordningen i Tyskland medförde vissa skal- och nätverkseffekter som gjorde att ensamrätterna var särskilt motiverade (inte minst på grund av det opraktiska av att ha flera olika tjänster som inom samma område utförde samma uppgift). Vilket även ansågs vara fallet vid kommissionens behandling av ARA-ärendet i Österrike (ARA, ARGEV, ARO, OJ 2004 L75/59); Lehmann, s 441.

eller innovation” inträffar.²⁹⁵ De positiva effekter ett avtal kan få för andra mål beaktas normalt inte vid förbudsprövningen. Andra hänsyn, t.ex. miljöhänsyn, lyfts däremot fram vid bedömningen om undantag kan beviljas enligt artikel 101(3) FEUF.

Miljöavtal ingås ofta av konkurrerande företag och behandlingen följer den allmänna inställningen till horisontellt samarbete. Särskilt gruppundantag saknas för miljösamverkan medan utfärdade riktlinjer ger viss vägledning. 2001 års horisontella riktlinjer innehöll ett särskilt miljökapitel, som dock utmönstrats ur 2010 års reviderade riktlinjer. Denna förändring ska dock inte uppfattas som en nedklassning av miljöaspekter och resonemangen i 2001 års riktlinjer torde ha kvar sin relevans. Miljöavtalen följer nu samma systematik, som gäller övriga horisontella avtal. Har ett sådant avtal en märkbar effekt på konkurrens och handel omfattas det av förbudet oavsett hur angeläget det är ur miljösynpunkt.²⁹⁶

Om ett angeläget miljöavtal lätt fångas av förbudet i artikel 101(1) FEUF framstår det som viktigt att möjligheterna till undantag enligt artikel 101(3) FEUF väger in miljöhänsyn enligt integrationsprincipen i bedömningarna. Enligt artikel 191 FEUF ska unionens miljöpolitik bidra till att bevara, skydda och förbättra miljön samt iakttä försiktighetsprincipen. Miljöavtal kan erbjuda långsiktiga vinster för såväl samhället som helhet och för enskilda konsumenter. Samtliga fyra kumulativa undantagskriterier i artikel 101(3) FEUF ska uppfyllas. Avtalets fördelar måste väga upp nackdelar för konkurrensen vid en nyttokostnadsanalys.

I riktlinjerna klargörs att kommissionen intar en njuugg inställning till icke-ekonomiska allmänna intressen om det inte är möjligt att ekonomiskt kvantifiera sådana intressen.²⁹⁷ Inställningen saknar direkt stöd i såväl fördragen som rättspraxis²⁹⁸ och problemen är legio när det gäller att värdesätta miljövinster i rent ekonomiska beräkningar. I praktiken förefaller kommissionen inta en mer förmedlande attityd, vilket öppnar för undantag av annars konkurrensbegränsande miljöavtal.

²⁹⁵ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 8, p 27.

²⁹⁶ Eftersom bedömningen bl.a. baseras på marknadsandelar kan en tveksam effekt uppstå för miljöavtal. Uppnåendet av miljömål kräver ofta samverkan mellan marknads tyngsta aktörer och grundas inte sällan på stordriftsfördelar. Risken är därför stor att avtal som bygger på miljöhänsyn kommer att bedömas som mer konkurrensbegränsande än vad som är aktuellt för avtal som har rent ekonomiska målsättningar. Även om möjligheterna till undantag enligt artikel 101(3) FEUF föreligger förutsätter undantag att parterna styrker avtalets fördelar. Hade prövningen istället skett enligt förbudsbestämmelsen skulle ansvaret för att visa avtalets skadlighet åvilat på myndigheten enligt skäl 5 i moderniseringsförordningen nr 1/2003. Med hänvisning till integrationsprincipen hade det kanske varit en väl så lämplig lösning.

²⁹⁷ Särskilt efter rådets förordning nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, den s.k. moderniseringsförordningen (EGT L 1, 4.1.2003) som medfört att hela artikeln 101 FEUF numera äger nationell tillämpning i medlemsstaterna och inte enbart artikel 101(1) FEUF som tidigare. Ändringen har medfört att bedömningar om undantag enligt artikel 101(3) FEUF även kan göras av nationella konkurrensmyndigheter och domstolar, varvid uppfattningen sannolikt varit att det blev nödvändigt att förenkla tolkningarna så mycket som möjligt (där begränsningen till att endast avse ekonomiska faktorer istället för att även behöva ta hänsyn till icke-ekonomiska allmänna intressen minskar räckvidden för subjektivitet och svårbedömda politiska hänsynstagande).

²⁹⁸ Townley (2011), s 442; Whish, s 19.

Avtalets parter måste dock visa att miljöavtalet medför objektiva ekonomiska effektivitetsvinster i form av ekonomiskt eller tekniskt framåtskridande och leder till direkta och bevisbara besparingar för enskilda konsumenter eller konsumentkollektivet som helhet. Miljöavtal får inte innehålla begränsningar som inte är nödvändiga för att nå avtalets miljömål och inte heller eliminera all konkurrens, för att de fyra kumulativa kriterierna i artikel 101(3) FEUF ska anses uppfyllda.

Förhållandena måste bedömas på såväl kort som lång sikt. Miljövinster som först uppkommer på sikt kan vara särskilt svåra att värdera gentemot kortsiktiga konkurrensförluster. Minskar avtalen incitament för innovation och produktutveckling uppkommer sannolikt negativa konsekvenser för miljön. Tillämpningen av hur miljöhänsyn kan inkluderas i konkurrensbedömningen är inte mekanisk, utan varje individuellt ärende måste ses utifrån de speciella omständigheterna, som berörs när det avgörs om ett miljöavtal kan undantas eller inte. Avvägningarna är många och även om riktlinjerna ger sken av att alla bedömningar är objektiva och har en ekonomisk grund, torde verkligheten vara den att metoderna ännu inte är tillräckligt utvecklade, vilket öppnar för en diskretionär bedömning.

Det finns ett nära samband mellan bedömningen av miljöavtal enligt artikel 101 FEUF och artikel 102 FEUF. Branschvisa miljöavtal skapar ofta en gemensam dominans. Ett miljöavtal, som skapar eller stärker en monopolställning kan i regel inte motiveras med att det också leder till effektivitetsvinster eftersom en dominerande ställning i slutändan leder till en utveckling där effektivitetsvinster inte förs vidare.²⁹⁹ 2001 års riktlinjer framhöll att huruvida konkurrensen sätts ur spel "hänger samman med frågan om dominans".³⁰⁰ Tillämpningen av artikel 101(3) FEUF kan inte hindra tillämpningen av förbudet mot missbruk av dominerande ställning i artikel 102 FEUF. Riktlinjerna utgår dock inte ifrån att alla begränsande avtal, som ingås av dominerande företag också utgör ett missbruk av dominerande ställning.³⁰¹

²⁹⁹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer om vertikala begränsningar, EUT C 130, 19.5.2010, s 43 p 127.

³⁰⁰ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 6, p 36. Kommissionen påstås sedan 2001 riktlinjerna ha ändrat uppfattning på så vis att det är möjligt att bevilja undantag enligt artikel 101(3) FEUF för konkurrensbegränsande avtal som ingås av företag med dominerande ställning så länge konkurrensen i sig inte sätts ur spel; se Kingston, s 292.

³⁰¹ Se mål T-191/98 Atlantic Container Line [2003] ECR II-3275, p 939, och kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 113, p 106.

5 Konkurrensrättslig kontroll av dominerande ställning

Kapitel 3 behandlade artikel 101 FEUF i generella termer och kapitel 4 förde in miljöhänsyn genom förfarandet i miljöavtal i diskussionen och fokuserade på förutsättningarna för undantags beviljande. I detta kapitel ska reglerna om missbruk för dominerande ställning kortfattat behandlas för att i nästa kapitel diskutera hur reglerna harmonierar med miljöhänsyn och kravet på en hållbar utveckling.

De grundläggande missbruksreglerna, som träffar ensidiga förfaranden återfinns i artikel 102 FEUF.³⁰² Liksom artikel 101 har artikel 102 FEUF en generell räckvidd och är tillämplig inom samtliga ekonomiska områden i syfte att undanröja hinder för en effektiv konkurrens och att främja en gränsöverskridande handel genom marknadsintegration.³⁰³ En skillnad mellan bestämmelserna är att artikel 102 FEUF saknar särskild undantagsbestämmelse, vilket dock i praktiken inte har någon dramatisk betydelse.³⁰⁴ Effekten är att bedömningen måste ske i ett sammanhang. De konkurrensrättsliga effekterna måste ställas mot de objektivt godtagbara skäl, som agerandet kan motiveras av. I överensstämmelse med artikel 101 FEUF bär myndigheten bevisbördan för att missbruk av dominerande ställning föreligger medan företagen har att styrka de objektiva skäl som talar för att agerandet inte ska förbjudas.³⁰⁵

5.1 Artikel 102 FEUF

Artikel 102 FEUF syftar till att undanröja hinder för en effektiv konkurrens på den inre marknaden genom att förbjuda missbruk av en dominerande ställning, som kan ha en negativ inverkan på marknadens funktion och den gränsöverskridande handeln.³⁰⁶

Tre kriterier måste uppfyllas för artikel 102 FEUF tillämplighet: (a) endast företag³⁰⁷ som innehar en dominerande ställning på den inre marknaden berörs; (b) dominantens åtgärder utgör missbruk av den dominanta ställningen; samt (c) handeln mellan medlemsstaterna påverkas. Lagtexten innehåller även en icke

³⁰² Den svenska motsvarigheten för artikel 102 FEUF har haft EU-rätten som förebild och återfinns i 2 kap 7 § KL (med skillnaden att där saknas ett samhandelskriterium om påverkan på den inre marknaden i den svenska konkurrenslagen).

³⁰³ Karlsson & Östman, s 12.

³⁰⁴ Gormsen, s 49–54; analytiskt så bör inte skillnaden mellan analysen av effektivitetsvinster vara stor mellan prövningen för artikel 102 FEUF sett till den som sker för artikel 101 FEUF eller med koncentrationsförordningen.

³⁰⁵ Rådets förordning nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, den s.k. moderniseringsförordningen (EGT L 1, 4.1.2003), skäl 5.

³⁰⁶ Karlsson & Östman, s 13–15.

³⁰⁷ Företagsbegreppet är detsamma som gäller för tillämpningen av artikel 101 FEUF. Observera dock att till skillnad från tillämpningen av artikel 101 FEUF (att det måste handla om minst två företag) så avser tillämpningen av artikel 102 FEUF åtgärder som företas av antingen ett ensamt dominant företag eller ett kollektiv av företag som tillsammans innehar en dominerande ställning.

uttömmande lista på åtgärder, som vanligtvis kvalificerar som missbruk om de utförs av ett företag med dominerande ställning.

Tillämpningen av artikel 102 FEUF har ansetts kontroversiell och komplicerad.³⁰⁸ I ett försök att rätta till oklarheter och öka rättssäkerheten för dominerande företag publicerade kommissionen år 2005 ett arbetsdokument,³⁰⁹ som år 2009 utvecklades till en vägledande handling. Vägledningen omfattar kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 102 FEUF på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder ("2009 års vägledning").³¹⁰ Vägledningen påverkar inte EU-domstolens tolkning av artikel 102 FEUF, utan avser att fastlägga kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 102 FEUF.³¹¹ Den täcker bara ensamdominans och behandlar inte kollektiv dominans.³¹² Den tar sin utgångspunkt i ett ekonomiskt, effektbaserat perspektiv i linje med Chicagoskolans krav på att konkurrenspolitiken ska styras av ekonomisk effektivitet och konsumentvälfärd.³¹³

5.1.1 Dominerande ställning

Den inom konkurrensrätten klassiska definitionen av vad som utgör en dominerande ställning återfinns i *United Brands*-domen: "företagets ställning tillåter det att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till konkurrenter, kunder och i sista hand konsumenter".³¹⁴ Marknadsandelarna ger bara en indikation.³¹⁵ Andra faktorer kopplade till det enskilda fallet kan vara avgörande.³¹⁶

Den relevanta marknaden måste definieras och avgränsas, så att företagets absoluta och relativa marknadsandelar kan fastställas.³¹⁷ Fastställandet av den relevanta marknaden involverar en bedömning av såväl produktmarknaden som den

³⁰⁸ Kingston, s 295.

³⁰⁹ DG Competition Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, från december 2005.

³¹⁰ 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 C 45, 24.2.2009, s 7, p 1.

³¹¹ *Ibid*, p 2 och 3.

³¹² *Ibid*, p 3 och 4; kollektiv eller gemensam dominans omfattar exempelvis "dominerande ställning som innehas av två eller fler ekonomiska enheter som i juridiskt hänseende är oberoende av varandra, förutsatt att de agerar tillsammans på en särskild marknad som en kollektiv enhet". En sådan gemensam dominerande ställning innebär att incitament att faktiskt konkurrera dem emellan upphör eller minskas (konkurrensen dem emellan behöver inte upphöra för att kollektiv dominans kan anses föreligga). Se Karlsson & Östman, s 659–661.

³¹³ Vedder, s 36–37, samt 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 C 45, 24.2.2009, s 7, p 5.

³¹⁴ Mål C-27/76 *United Brands* mot kommissionen [1978] REG 1978, s 207, p 65; samt återkommer även i ett flertal mål, bl.a. mål C-85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461, p 38; samt 2009 vägledningen s 8, p 10.

³¹⁵ Som en grov indikation är att marknadsandelar under 40 procent normalt utesluter att ett företag skulle ha ensam dominans på den relevanta marknaden, medan en marknadsandel över 65 procent innebär en stark presumtion för dominans (antingen ensamt eller gemensamt med andra företag); se Karlsson & Östman, s 649–650. EU-domstolen har i *AKZO*-målet markerat att marknadsandelar på över 50 procent normalt kännetecknar en dominerande ställning, Mål C-62/86 *AKZO* mot kommissionen [1991] ECR I-3439, p 60.

³¹⁶ 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 C 45, 24.2.2009, s 7, p 10 och 13.

³¹⁷ Karlsson & Östman, s 14.

geografiska marknaden. Produktmarknaden avser varor eller tjänster, som är utbytbara och faktiskt konkurrerar med varandra. Den geografiska marknaden utmärks av "det klart angivna geografiska område inom vilket produkten saluförs och där konkurrensförhållandena är tillräckligt enhetliga för att man ska kunna bedöma verkan av det berörda företags ekonomiska styrka".³¹⁸

Bedömningen tar hänsyn till: a) konkurrenternas ställning på den inre marknaden i jämförelse med det dominerande företaget, b) hinder för marknadsinträde eller expansion för potentiella konkurrenter, och c) förhandlingsstyrkan hos företagets kunder.³¹⁹ Särskilt avgörande blir hur dynamisk marknaden är och i vilken utsträckning differentierade produkter eller tjänster erbjuds på just denna marknad.³²⁰ Om ett företag under en betydande tidsperiod och på ett lönsamt sätt³²¹ kan höja priserna över den nivå som anses gälla vid ett normalt konkurrensförhållande på marknaden föreligger inte ett effektivt konkurrenstryck utan en dominerande marknadsposition.³²²

5.1.2 Påverkan på handeln mellan medlemsstater

Den dominerade ställningen måste avse den inre marknaden eller en väsentlig del av denna och åtgärderna måste påverka handeln mellan medlemsstater.

Kravet på handelspåverkan gäller två eller flera medlemsstater. Även om bara marknaden i en medlemsstat är involverad kan kravet likväl vara uppfyllt³²³ till följd av t.ex. nationella krav på lagstadgade monopol eller när den dominerande ställningen utgörs av en för marknaden nödvändig anläggning som t.ex. en flygplats, hamn eller tillgång till ett nationellt återvinningssystem.³²⁴ Även indirekta effekter på samhandeln kan vara av betydelse.

5.1.3 Missbruk

Artikel 102 FEUF bygger på antagandet att dominerande företag är benägna att företa konkurrensbegränsande åtgärder för att ge sig ekonomiska fördelar.³²⁵ Enligt EU-domstolen innebär dock "förekomsten av en dominerande ställning ... inte i sig någon anmärkning mot det berörda företaget utan endast att företaget, oavsett hur

³¹⁸ Mål C-27/76 United Brands mot kommissionen [1978] REG 1978, s 207, p 10.

³¹⁹ 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 C 45, 24.2.2009, s 8, p 12.

³²⁰ Ibid, p 13.

³²¹ 2009 vägledningen anger två år som riktvärde (se fotnoten nedan).

³²² 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 C 45, 24.2.2009, s 9, p 11. Observera att tiden kan variera beroende på produkterna och marknaden som avses och även kortare tider kan beaktas, men i regel används två år. Se även Karlsson & Östman, s 642.

³²³ Mål C-203/96 Chemische Afvalstoffen Dusseldorp mot Minister van Volkhuysvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (Dusseldorp) [1998] ECR I-4075; mål C-179/90 Merci Convenzionali Porto di Genova mot Siderurgica Gabrielli (Genoa) [1991] ECR I-5889, p 15; kommissionens beslut i IV/34.801 Flughafen Frankfurt/Main AG, 14 januari 1998, OJ L72, p 57–60.

³²⁴ Se Karlsson & Östman, s 644; samt Vedder, s 204–206.

³²⁵ Kingston, s 299.

det uppnått denna ställning, har ett särskilt ansvar för att inte genom sitt beteende skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens".³²⁶ I praktiken medför ett sådant särskilt ansvar att dominanta företag riskerar att sanktioneras för åtgärder som, om de hade företagits av icke dominerande företag, kanske hade varit fullt tillåtna.³²⁷ Med marknadsdominans följer således större krav på företagets agerande, och med tanke på de ekonomiskt kännbara sanktionerna mot missbruk vid överträdelse av artikel 102 FEUF, föreligger ett stort behov av tydlig vägledning.³²⁸

Missbruk ska vara objektivt konstaterbart. Uppsåt behöver inte föreligga.³²⁹ Potentiell risk kan räcka, vilket dock inte utesluter att ett företags subjektiva syften kan komma att beaktas i bedömningen.³³⁰ Missbruk avser således åtgärder, som antingen direkt eller indirekt, kan komma att leda till skada för kunder eller konsumenter eller påverkar marknadsstruktur. Missbruk enligt artikel 102 FEUF karaktäriseras antingen som ett exploaterande missbruk eller som ett utestängande missbruk.³³¹ Båda typerna av missbruk kan bli aktuella i ärenden som berör miljöhänsyn.³³²

Exploaterande missbruk

Missbruk som innebär att det dominerande företaget använder sig av sin marknadsposition för att driva igenom ett skadligt agerande undergräver en fungerande och integrerad inre marknad. Missbruket kan t.ex. gälla oskäligt höga priser, som det dominerande företaget tar ut och som direkt påverkar kunder eller konsumenter. Beträffande priser har EU-domstolen framhållit att "det ska därför i detta sammanhang undersökas om innehavaren av denna ställning har utnyttjat de möjligheter som följer av densamma för att uppnå handelsfördelar som denne inte skulle ha uppnått om det hade rått en normal och tillräckligt effektiv konkurrens".³³³

³²⁶ Förenade mål C-395 och 396/96 *Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mot kommissionen* [2000] ECR I-1365, p 3; se även mål C-322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot kommissionen* [1983] ECR 3461, p 10; jämför 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 C 45, 24.2.2009, s 7, p 1.

³²⁷ Pace, s 15–16; Padilla, s 3.

³²⁸ Vedder, s 206; samt mål C-322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot kommissionen* [1983] ECR 3461, p 57.

³²⁹ Sadeleer, s 419.

³³⁰ Observera att vid 102 2 st (c) FEUF, angående missbruk genom ett diskriminerande beteende från ett dominerande företag, är det just syftet med beteendet som är viktigt vid fastställandet av missbruk och att det dominerande företaget måste ha som syfte att snedvrیدا konkurrensen mellan handelspartner för att ett sådant missbruk ska anses föreligga. Se exempelvis mål T-301/04 *Clearstream mot kommissionen* [2009] ECR II-3155, p 192.

³³¹ Vedder, s 206-207. Hämnadåtgärder eller repressalier riktade mot ett annat företag är en ytterligare tänkbar missbrukstyp, se Padilla, s 4.

³³² Se exempelvis DSD-fallet, kommissionens beslut 1/463/EC [2001], DSD, OJ L166/1.

³³³ Mål C-52/07 *Kanal 5 och TV 4* [2008] ECR I-9275, p 27.

Utestängande missbruk

Hoffmann-La Roche-målet gällde ett utestängande missbruk. Domstolen definierade missbruksbegreppet till att det "... omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen hos en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av det ifrågavarande företags existens och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas."³³⁴ Det innebär bl.a. att ett utestängande missbruk antingen hindrar befintlig konkurrens från att fortsätta eller förhindrar uppkomsten av ny konkurrens genom att dominanten använder metoder, som inte kan räknas till vad som vanligtvis klassificeras som normal pris- och prestationskonkurrens.³³⁵

2009 års vägledning behandlar huvudsakligen utestängande missbruk.³³⁶ Kommissionen bedömer om ett utestängande av verkliga eller potentiella konkurrenter har skett till skada för konsumenterna. Ett ingripande är bara motiverat ifall det "finns starka och övertygande bevis för att det misstänkta missbruket sannolikt kommer att leda till konkurrenshämmande avskärmning".³³⁷ En jämförelse görs mellan den faktiska situationen och den troliga utvecklingen.³³⁸ Utgångspunkten är att konkurrens mellan företag är nyttig och att ett dominerande företag har all rätt att skydda sina ekonomiska intressen genom en effektiv pris- och prestationskonkurrens, som leder till en långsiktig vinst för konsumenterna.³³⁹ Även om en kraftfull priskonkurrens i regel är till nytta för konsumenterna får dock åtgärderna inte hämma konkurrenter, som anses vara lika effektiva som det dominerande företaget.³⁴⁰

Exempel på missbrukligt agerande

Artikel 102 FEUF exemplifierar missbruken med att: (a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäliga inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäliga

³³⁴ Mål C-85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 461, p 91.

³³⁵ Karlsson & Östman, s 663–665.

³³⁶ 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 C 45, 24.2.2009, s 8, p 7. När det gäller kommissionens prioriteringar för exploaterande missbruk kommer kommissionen "att ingripa mot sådana åtgärder, särskilt när konsumentskyddet och en väl fungerande inre marknad inte kan säkerställas". Vägledningen är dessutom primärt inriktad på ensamt missbruk av ett dominerande företag och avser inte kollektivt missbruk av flera företag som agerar tillsammans.

³³⁷ Ibid, p 20.

³³⁸ Ibid, p 21.

³³⁹ Kingston, s 302; se även Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder EUT C 45, 24.2.2009, s 10, p 19, fn 2. Såsom konsument avses "alla direkta och indirekta användare av de produkter som påverkas av beteendet, däribland producenter i mellanled som använder produkterna som insatsprodukt, samt distributörer och slutkonsumenter, både av slutprodukten och av produkter från producenter i mellanled".

³⁴⁰ 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 C 45, 24.2.2009, s 11, p 23.

affärsvillkor: (b) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna; (c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med viss handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel; samt (d) ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.³⁴¹

5.2 Objektivt försvarbara skäl

Som det påpekades i början av avsnittet saknar artikel 102 FEUF samma möjligheter till undantag som artikel 101(3) FEUF erbjuder. Det kan dock uppstå situationer då ett företag med en dominerande ställning företar åtgärder, som, även om de kan uppfattas som missbruk av den ställningen, ändå kan försvaras som berättigade av objektivt försvarbara skäl. Sådana skäl gör att det inte blir fråga om ett faktiskt missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF.³⁴² Objektivt försvarbara skäl åberopas ofta i mål som prövas enligt artikel 102 FEUF, men det har i praktiken varit svårt att använda sådana skäl som ett effektivt försvar.

Tribunalen har framhållit att "trots att det är kommissionen som har bevisbördan för att de omständigheter föreligger som utgör ett åsidosättande av artikel [102 FEUF] ankommer det dock på det berörda dominerande företaget och inte på kommissionen att i förekommande fall och innan det administrativa förfarandet avslutas göra gällande eventuella sakliga skäl och härvid anföra argument och bevisning. Det ankommer därefter på kommissionen att, om denna anser att det föreligger missbruk av dominerande ställning, visa att företaget inte kan vinna framgång med sina argument och sin bevisning, och att den åberopade motiveringen således inte kan godtas."³⁴³

Bedömningen om det föreligger objektivt försvarbara skäl blir en balansgång mellan det dominerande företagets handlingsfrihet och behovet av att skydda en effektiv konkurrens. Handlingsfriheten begränsas av det särskilda ansvaret att inte missbruka en dominerande ställning. Var gränserna faktiskt går är inte helt klart, utan avgörs efter hand i rättspraxis. Beviskraven gör det synnerligen svårt för företag att styrka att åtgärderna faktiskt är genuint motiverade av de objektiva skäl som åberopas.

³⁴¹ Artikel 102 2 st (a)-(d) FEUF.

³⁴² 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 C 45, 24.2.2009, s 12, p 28–31.

³⁴³ Mål T-201/01 Microsoft [2007] ECR II-3601, p 688; vilket ändå är en förbättring jämfört med tidigare förhållande innan 2009 vägledningen, då det var den klagande som hade bevisbördan och skyldigheten att balansera allt som talade både för och emot ett eventuellt missbruk (även om det låg i ett dominerande företags intresse att medverka i den bedömningen), se Albors-Llorens, "The Role of Objective Justification and Efficiencies in Article 82 EC", 2007, p 1754.

Praxis har identifierat tre typer av objektivt försvar som kan användas av företag med dominerande ställning: a) rätten att möta konkurrens; b) effektivitetsvinster; och c) legitima allmänintressen.

5.2.1 Rätten att möta konkurrens

Utgångspunkten är att ett företag med en dominerande ställning har rätt att skydda sina kommersiella intressen och bedriva en sund konkurrens. Detta kan ske utifrån vad som kan anses vara normalt för den aktuella branschen.³⁴⁴

Dominantens åtgärder måste vara proportionerliga till det ekonomiska hot som konkurrenterna utgör. Bedömningen tar då hänsyn till den ekonomiska styrkan hos de berörda företagen. EU-domstolen har konstaterat att "förekomsten av en dominerande ställning inte kan fränta ett företag som befinner sig i en sådan ställning rätten att tillvarata sina egna affärsintressen när dessa angrips och att företaget i rimlig omfattning måste få möjlighet att vidta de åtgärder som det anser vara lämpliga för att skydda företagets affärsintressen. Ett sådant beteende kan dock inte tillåtas när det just har till syfte att förstärka och missbruka denna dominerande ställning".³⁴⁵ I arbetsdokumentet från 2005, som föregick 2009 års vägledning, kallar kommissionen försvaret "att möta konkurrensförsvaret".³⁴⁶ Det är fullt legitimt för dominerande företag att vilja skydda sina intressen. Det återges dock inte i 2009 års vägledning, men försvaret har med framgång använts i målet *Sot Lélou*, som behandlade missbruk av dominerande ställning i läkemedelsindustrin.³⁴⁷

5.2.2 Effektivitetsvinster

Den andra typen av objektivt försvarbara skäl avser åtgärder, som dominanten kan rättfärdiga med hänvisning till effektivitetsvinster som uppnås genom åtgärderna.

Kommissionen benämnde detta som ett "effektivitetsförsvar" i arbetsdokumentet från 2005 och försvaret finns inkluderat i 2009 års vägledning under rubriken objektiv nödvändighet och effektivitetsvinster.³⁴⁸ Ett sådant försvar innebär att "ett dominerande företags beteende som leder till att konkurrenter utestängs kan vara berättigat om skälet är att det ger effektivitetsvinster som är tillräckligt stora för att garantera att konsumenterna sannolikt inte lider någon nettoskada".³⁴⁹ Hänvisningen till åtgärdernas effekter för konsumentvälfärden istället för påverkan på

³⁴⁴ Karlsson & Östman, s 667.

³⁴⁵ Mål C-27/76 *United Brands mot kommissionen* [1978] REG 1978, p 189.

³⁴⁶ *Meeting Competition Defence*, se DG Competition Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, från december 2005, s 25, p 81–83.

³⁴⁷ Förenade mål C-468/06 till C-478/06 *Sot. Lélou kai Sia (GSK)* [2008] ECR I-7139.

³⁴⁸ *Efficiency defence*, se 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 C 45, 24.2.2009, s 12, p 28–31.

³⁴⁹ *Ibid*, p 30.

marknadens struktur utgör ett exempel på kommissionens tillnärmande till Chicagoskolans mer effektbaserade ekonomiska perspektiv.

För att ett dominerande företag ska kunna använda sig av ett effektivitetsförsvar måste det visa att fyra kumulativa villkor är uppfyllda. Utan att vara identiska liknar villkoren undantagsmöjligheten i artikel 101(3) FEUF.³⁵⁰ Företaget ska visa: a) att det finns en direkt koppling mellan dess agerande och reella eller potentiella effektivitetsvinsterna; b) att beteendet är nödvändigt för att uppnå effektivitetsvinsterna och mindre konkurrenshämmande alternativ saknas, som leder till samma effektivitetsvinster; c) att uppnådda eller förväntade effektivitetsvinster uppväger en negativ inverkan på konkurrensen och konsumenternas välfärd på de berörda marknaderna; och d) att beteendet inte får sätta den effektiva konkurrensen ur spel.³⁵¹ Det fjärde villkoret innebär naturligtvis en särskild utmaning för det dominerande företaget. Om konkurrensen på den relevanta marknaden redan är svag blir det svårt att motivera begränsande åtgärder, oavsett hur stora effektivitetsvinster som kan uppkomma.

Om dominantens agerande har prövats enligt artikel 101 FEUF och beviljats undantag är utgångspunkten att undantaget även täcker en bedömning enligt artikel 102 FEUF.³⁵² Det är inte heller uteslutet att ett förfarande, som skulle omfattas av förbudet i artikel 101(1) FEUF kan kvalificera för en prövning enligt artikel 102 FEUF gällande ett eventuellt missbruk.³⁵³ Prövningen av DSD-systemet i Tyskland är ett exempel på detta, vilket behandlas i avsnitt 6.3.1. Det verkliga problemet är att det idag saknas rätt att få ett förhandsbesked om dessa svåra avvägningar och företagen är hänvisade till egna bedömningar om åtgärdernas tillåtlighet.

5.2.3 Legitima allmänintressen som försvar

Den tredje typen av objektivt försvarbara skäl avser åtgärder, som kan rättfärdigas med hänvisning till att de vidtas för att tillgodose ett legitimt allmänintresse. 2009 års vägledning exemplifierar med trängande hälso- och säkerhetsskäl.³⁵⁴ Kommissionen noterar att "vid bedömningen av om den här typen av beteende är objektivt nödvändigt måste hänsyn dock tas till att det i regel är myndigheternas uppgift att fastställa och genomföra folkhälso- och säkerhetsnormer".³⁵⁵

³⁵⁰ Kingston, s 305.

³⁵¹ 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 C 45, 24.2.2009, s 12, p 30.

³⁵² Se mål T-51/89 Tetra Pak Rausing SA mot kommissionen (Tetra Pak-BTG License) [1990] ECR II-309; och mål T-193/02 Laurent Piau mot kommissionen [2005] ECR II-209, p 119 och DG Competition Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, från december 2005, s 5, p 8.

³⁵³ Förenade mål C-395 och 396/96 Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mot kommissionen [2000] ECR I-1365, p 33.

³⁵⁴ Kingston, s 306–307.

³⁵⁵ 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 C 45, 24.2.2009, s 12, p 29.

5.3 Sammanfattande kommentar

Artikel 102 FEUF saknar särskild undantagsbestämmelse, vilket dock i praktiken inte har någon dramatisk betydelse. Bedömningen måste ske i ett sammanhang där de konkurrensmässiga effekterna ställs mot de objektivt godtagbara skäl, som agerandet kan motiveras av. Myndigheten bär bevisbördan för att missbruk av en dominerande ställning föreligger, medan företagen har att styrka de objektiva skäl som talar för att agerandet inte ska förbjudas.

Tillämpningen av artikel 102 FEUF är komplicerad. Kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 102 FEUF framgår av 2009 års vägledning. Vägledningen, som bara täcker ensamdominans, utgår ifrån ett ekonomiskt effektbaserat perspektiv. Den relevanta marknaden måste avgränsas så att företagets marknadsandelar kan fastställas. Bedömningen tar hänsyn till: a) konkurrenternas ställning på den inre marknaden i jämförelse med det dominerande företaget, b) ifall där finns hinder mot marknadsinträde eller expansion för potentiella konkurrenter, och c) förhandlingsstyrkan hos företagets kunder. Särskilt avgörande blir hur dynamisk marknaden är och hur differentierade produkter eller tjänster som erbjuds på just denna marknad. Om ett företag under längre tid och på ett lönsamt sätt kan höja priserna över en normal nivå föreligger inte ett effektivt konkurrenstryck och dominans kan förutsättas. Påverkas den mellanstatliga handeln direkt eller indirekt är unionsrätten tillämplig.

Artikel 102 FEUF bygger på antagandet att dominerande företag är benägna att företa konkurrensbegränsande åtgärder för att skapa ekonomiska fördelar, som kan leda till skada för den effektiva konkurrensen. Förekomsten av en dominerande ställning innebär dock inte i sig någon anmärkning mot det berörda företaget. Däremot har det dominerande företaget ett särskilt ansvar för att genom sitt beteende inte snedvrider konkurrensen. I praktiken medför ett sådant ansvar att dominerande företag riskerar att sanktioneras för åtgärder, som kanske varit tillåtna om dominans inte förelegat.

Även om artikel 102 FEUF inte innehåller någon specifik undantagsregel kan det uppstå situationer där åtgärder är berättigade av objektivt försvarbara skäl. Praxis har identifierat tre typer av objektivt försvar som kan användas av företag med dominerande ställning: a) rätten att möta konkurrens; b) effektivitetsvinster; och c) legitima allmänintressen. Svårigheterna för företagen ligger i att de bär bevisbördan för att de påtalade konkurrensbegränsningarna faktiskt är genuint motiverade av de objektiva skälen som åberopas.

6 Miljöhänsyn och artikel 102 FEUF

I kapitel 5 sammanfattas på ett övergripande sätt den konkurrensrättsliga hanteringen av missbruk av dominerande ställning. I detta avsnitt är avsikten att granska hur regelsystemet appliceras på miljörelaterade aktiviteter av dominerande aktörer.

Återigen finns det anledning att fastslå att aktiviteter relaterade till miljön inte åtnjuter något generellt undantag från konkurrensrätten. Till skillnad från artikel 101 FEUF måste dock bedömningen göras i ett steg eftersom artikel 102 FEUF inte öppnar för någon särskild undantagsmöjlighet. Konkurrensbegränsningen kommer därför att vägas direkt mot de eventuella fördelar som miljöaktiviteterna erbjuder. Frågan som uppkommer är om det föreligger objektiva försvarbara skäl, som kan motivera begränsningarna. Praxis har utvecklat resonemanget i överensstämmelse med artikel 101 FEUF så att myndigheten har att visa på begränsningen men det åligger det dominerande företaget att styrka de objektiva skälen i eventuellt försvar. Det diskuteras om bevisbördan hamnat rätt just i miljöärenden med tanke på bl.a. bevissvårigheterna.

6.1 Allmänt

Artikel 102 FEUF förbjuder missbruk av en dominerande ställning, som påverkar samhandeln. Som nämnts kopplas inte förbudsbestämmelsen till civilrättslig ogiltighet och lagtexten saknar möjlighet till undantag för t.ex. effektivitets- eller miljövinster. Att dominerande företag vidtar åtgärder ägnade att förbättra eller skydda miljön utgör inte skäl för förbud, men är inte heller någon direkt undantagsgrund från tillämpningen av artikel 102 FEUF.³⁵⁶

Samma fördragsskyldighet föreligger att integrera miljöhänsyn enligt artikel 11 FEUF och miljöpolitikens innehåll enligt artikel 191 FEUF vid tillämpningen av artikel 102 som vid artikel 101 FEUF. Eftersom det inte kan ske vid en regelrätt undantagsbedömning uppstår frågan hur miljöaspekterna kan tillgodoses. Praxis tyder på att det först bedöms om en dominerande ställning är för handen och om denna missbrukats. Därefter sker en bedömning av om det föreligger objektiva försvarbara miljöskäl, som med en proportionalitetsbedömning kan anses uppväga de konkurrensskadliga effekterna som uppstår på den relevanta marknaden. Om så anses vara fallet är åtgärderna berättigade och ett förbud inte aktuellt.

³⁵⁶ Sadeleer, s 420; ett dominerande företag som vidtar åtgärder utifrån ett legitimt miljömål och där åtgärderna kan ses som missbruk av en sådan ställning, kommer naturligtvis att försöka berättiga åtgärderna genom hänvisning till just de miljöintressen som aktualiseras. Frågan blir var gränserna går för vad som är att anses vara oacceptabelt konkurrensbegränsande (med efterföljande skador för konsumentvälfärden) och vad som kan accepteras i miljöns namn med hänvisning till miljövinster som uppstår?

6.2 Dominerande ställning

Som framhållits styrs bedömningen av den dominerande ställningen av om ett företag kan agera utan hänsyn till konkurrens och köparintressen. Bedömningen underlättas av hjälpregler, som utgår ifrån marknadsandelar. Marknadsandelar under 30–40 procent medför normalt inte dominans. Det föreligger en dominanspresumtion över 50 procent, som kan motbevisas. När marknadsandelarna ligger mellan 40 och 75 procent blir bedömningen ofta beroende omständigheterna i det speciella fallet.³⁵⁷

Vid miljööverväganden är risken särskilt stor att dominans anses föreligga genom att den relevanta marknaden tolkas snävt, eftersom miljöåtgärder lätt skapar nya egna marknader. Miljöegenskaper, särskild miljöteknik eller inriktning på miljöprodukter eller tjänster riskerar således att klassificeras som en egen marknad med en snävare produktmarknadsbedömning. Andra faktorer än marknadsandelar måste lyftas fram, vilket skapar en rättvisare bild av konkurrensläget (marknadens struktur, köparmakt, hinder för marknadsinträde m.m.).³⁵⁸

6.2.1 Relevant miljöproduktmarknad

Är miljömedvetandet högt sker konsumtion med hållbar utveckling i åtanke i motsats till konsumtion som enbart fokuserar på pris. Miljöegenskaper kan innebära att en produkt anses utgöra en egen marknad beroende på hur mycket konsumenten är beredd att betala extra för den miljövänligare egenskapen. Om skillnaden i priset, som en miljömedveten kund är beredd att betala, är större än skillnaden i kostnaden för att tillverka alternativen, kan den miljövänligare produkten vara en egen produktgrupp.

6.2.2 Relevant geografisk marknad för miljöprodukter

Konsumentmedvetandet kan påverka marknaden för miljöprodukter eller tjänster lokalt och skapar då en speciell efterfrågan, som avviker från andra geografiska marknader. Effekten kan bli att ett företag anses ha en dominerande ställning inom ett mer begränsat geografiskt område. Det kan gälla nationellt utvecklade och standardiserade återvinningssystem, som ytterligare kan snävas in på grund av vilken typ av återvinning eller avfall som hanteras.³⁵⁹

Den geografiska marknaden kan innebära att ett företag anses vara dominant utifrån egenskaperna på den marknaden för företagets produkter eller tjänster. Det kan gälla en specifik nationell miljöstandard eller särskilda lagkrav. Åtgärder kan motiveras utifrån nationella intressen kopplade till vissa industrier eller politiska

³⁵⁷ Vedder, s 182.

³⁵⁸ Kingston, s 292.

³⁵⁹ Vedder, s 205.

åtgärder att driva fram ny teknologi som anses mer miljövänlig och som inte prioriteras på samma sätt inom andra områden.³⁶⁰

Konsumenternas preferenser ska inte underskattas. I ett geografiskt område kan miljön värdesättas högre än i ett annat område. Preferenserna kan styras av ett företags varumärke eller miljörykte, som leder till att såväl det ekonomiska som det miljömässiga värdet uppfattas som högre. Sådana konsumenter handlar mer från företag som uppfyller miljökrav än från företag som inte anses lika miljövänliga. För Sverige uppmättes sådana miljöpreferenser till 46 procent jämfört med Tyskland med 28 procent och Frankrike med 23 procent.³⁶¹

Vid bedömningen måste också hänsyn tas till att det kan vara nödvändigt med starka aktörer för att uppnå miljömålen. Inrättandet av större återvinningssystem där insamling, sortering och återvinning kan kräva särskilda stordriftsfördelar för att alls genomföras. Om marknaden därmed inte monopoliseras och absoluta hinder för marknadsinträde inte upprättas³⁶² kan en proportionalitetsprövning ge företräde för miljöintresset.

6.2.3 Andra faktorerers inverkan

Ju större påverkan som miljöegenskaperna har vid bedömningen av den relevanta marknaden, desto mer sannolikt blir det att miljöprodukterna anses utgöra en egen relevant marknad.³⁶³ Jämfört med marknader där produkterna är mer utbytbara riskerar miljöinriktade företag att i större utsträckning anses inta en dominerande ställning. Detta understryker vikten av att prövningen utgår från en helhetsbedömning av för fallet relevanta egenskaper, omfattande bland annat marknadens konkurrensstruktur, förhållandet mellan konkurrenter på marknaden, eventuella hinder för expansion eller inträde och ifall där finns en motverkande köpkraft från kunderna på marknaden.³⁶⁴

Dominansen är i sig inget problem. Även på en fungerande och konkurrensutsatt marknad försöker företag uppnå marknadsdominans. En fungerande marknadsmechanism gynnar exempelvis miljöprodukter eller tjänster om principen om att förorenaren betalar har integrerats fullt ut.³⁶⁵ Då återspeglar marknadspriserna för

³⁶⁰ Vissa länder prioriterar förnyelsebar el över mer traditionella elkällor och där satsningar görs på vindkraftsparkar som är tänkta att till stor del ta över elproduktionen. Det kan vara så att förutsättningarna saknas i ett område eller att det politiska läget är mer miljöorienterat inom ett annat område, oavsett förutsättningarna för utvecklingen.

³⁶¹ Environmental Leader, October 2, 2007 (<http://www.environmentalleader.com/2007/10/02/53-of-consumers-prefer-to-buy-from-companies-with-green-rep/>); jämför att det uppskattas att endast 15 % av EU-medborgare inte köper miljövänligare produkter (Attitudes of Europeans Towards Building the Single Market for Green Products, Flash Eurobarometer 367, december 2012).

³⁶² Vedder, s 181–185.

³⁶³ Sadeleer, s 422.

³⁶⁴ Ibid, s 202–204; samt 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 C 45, 24.2.2009, s 11–18.

³⁶⁵ Se avsnitt 2.1.1 angående principen om att förorenaren betalar.

produkter och tjänster den egentliga kostnaden för samhället.³⁶⁶ Målsättningen med artikel 102 FEUF är inte att skydda ineffektiv konkurrens eller företag som drabbas av effektivare konkurrenter.³⁶⁷ Med den dominerande ställningen följer dock det särskilda ansvaret att agera på ett konkurrensmässigt korrekt sätt och därmed begränsningar av företagets handlingsfrihet. Problem uppstår således när den faktiska dominerande ställningen missbrukas för att vinna otillbörliga fördelar som hämmar den effektiva konkurrensen.

6.3 Miljömässiga missbruk

Det saknas en entydig definition av begreppet missbruk i artikel 102 FEUF. Liksom är fallet för artikel 101 FEUF exemplifieras i artikeln istället vad som kan anses utgöra de vanligaste formerna av missbruk:

- a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,*
- b) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,*
- c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,*
- d) ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.*

I allt väsentligt rör det sig om samma exempel som i artikel 101 FEUF. Noterbart är dock att hänvisningen till marknadsuppdelande åtgärder saknas. Eftersom listan inte är uttömmande har denna skillnad inte getts någon betydelse i praxis.

Hur ska då miljöaspekter integreras i den mer traditionella konkurrensrättsliga analysen?

Används en konsumentvälfärdsanalys kan miljöhänsyn inkluderas genom att de positiva miljöeffekterna av ett dominant företags åtgärder läggs till den uppskattade totala nyttan för konsumenter, där en balansering sedan sker mellan uppskattade positiva effekter jämfört med negativa effekter som drabbar konsumenten.

Problem gäller bevisföringen och hur positiva miljöeffekter kan omsättas på ett ekonomiskt kvantifierbart sätt.³⁶⁸ Även om det är svårt att sätta ett ekonomiskt

³⁶⁶ På så vis att miljöförstörande produkter eller tjänster vars priser återspeglar det verkliga priset för samhället hade bedömts vara dyrare än sådana produkter eller tjänster som medför mindre miljöbelastning. Eftersom marknaden då hade styrts efterfrågan och tillverkning till miljövänligare alternativ, med lägre priser, så leder detta i teorin till att miljöförstörande alternativ konkurreras ut.

³⁶⁷ Vedder, s 201.

³⁶⁸ Kostnads-nyttoanalyser tar exempelvis svårigen hänsyn till moraliska värderingar (vikten av ren luft eller tillgång till rent vatten) och ur ett rent utilitaristiskt perspektiv kan de leda till ibland märkliga slutsatser;

värde på miljöförbättringar borde en rimlig uppskattning vara bättre än inget värde alls. Miljönyttokomponenter kan exempelvis värderas på ett bra sätt avseende användarvärden och kan värderas genom ett faktiskt agerande på en marknad. Vad gäller exempelvis existensvärden blir det betydligt svårare att värdera och kan kräva värdering genom hypotetiska marknader där direkta frågor om betalningsvilja ställs till respondenten. I vart fall borde miljöhänsyn kunna tas in i beräkningen när eventuella ekonomiska fördelar och nackdelar väger lika.³⁶⁹

6.3.1 Miljöhänsyn vid prissättningen och andra avtalsvillkor

Det första missbruksexemplet i artikel 102 FEUF avser att ett dominerande företag direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor. Det dominerande företaget exploaterar sin ställning genom en oskäligt hög eller låg prissättning. Priserna kan dock ha en särskild koppling till miljöförbättringar och det finns anledning att närmare utreda de bakomliggande omständigheterna som motiverat prissättningen.

Överpriser

Negativa externa effekter ska internaliseras så att priset kommer att reflektera den egentliga samhällskostnaden för tillverkningen. Miljökostnaderna i form av nödvändiga investerings- eller miljöförbättringskostnader omfattas.³⁷⁰ Om ett dominerande företag väljer att internalisera sådana kostnader i linje med principen om att förorenaren betalar, leder det oundvikligen till att priserna blir högre. Hänsyn måste tas till sådana extra produktionskostnader, som orsakas av miljöhänsyn vid bedömningen om priserna är oskäligen.³⁷¹ Om ett dominerande företag väljer att använda dyrare men mer miljövänligare teknik eller produktionsmetoder borde det inte av den anledningen riskera sanktioner. En miljömässigt högre standard ökar produktens kvalitet, men riskerar också att återspeglas i ett högre pris än ett miljömässigt sämre alternativ.

Kostnaderna måste motiveras så att det framgår att det höga priset verkligen är berättigat och inte bara ett försök att utnyttja en dominerande ställning för ekonomisk vinning.³⁷² Det följer av kommissionens uttalande i VOTOB-fallet att kommissionen accepterar att kostnader förs vidare till följd av principen om att förorenaren betalar, eftersom detta medför ett ökat medvetande om vilka kostnader

exempelvis Martin Krieger's tankeexperiment om plastträd som ett mer kostnadseffektivt alternativ till riktiga träd. Miljövärden skiljer sig rätt kraftigt åt från rent ekonomiska värden i många sammanhang. Se Farber, s 52–53; samt M. Krieger, "What's Wrong with Plastic Trees?" (1973).

³⁶⁹ Kingston, s 192.

³⁷⁰ Lee, s 185.

³⁷¹ Sadeleer, s 420; om vetenskap finns om de ökade produktionskostnaderna och efterfrågans priselasticitet, då kan det också analyseras ifall själva prisökningen är skäligen.

³⁷² Kingston, s 324.

som orsakas av miljöförstörande beteende.³⁷³ De högre priser som miljömotiverade åtgärder föranleder måste vara objektivt försvarbara och proportionella.

Underpriser

Miljöhänsyn kan även spela roll vid underprissättning. Så länge priserna täcker genomsnittliga rörliga kostnader inklusive miljökostnader, men är lägre än de genomsnittliga totala kostnaderna föreligger inte ett missbruk. Skulle dominanten begära priser, som ligger under de genomsnittliga rörliga kostnaderna är syftet avgörande. En sådan prispolicy kan vara motiverad vid lansering av en ny och miljövänligare produkt, för att möjliggöra ett större genomslag på marknaden.³⁷⁴ Åtgärderna måste dock vara proportionerliga och får inte leda till en eliminering av all direkt eller potentiell konkurrens på marknaden. Tillfällig underprissättning är mindre skadlig än långvariga prisdumpningar.

Selektiva priser

Även vid selektiv prissättning måste miljöhänsyn beaktas utifrån vad som kan objektivt försvaras. Objektivt försvarbara åtgärder måste balanseras av effektivitetsvinster som kommer konsumenterna tillhanda i form av bättre produkter eller lägre priser på sikt.³⁷⁵ Skapas en uteslutningseffekt kan den uppvägas av effektivitetsfördelar som gynnar konsumenten. Om uteslutningseffekt saknar samband med fördelarna eller går utöver vad som krävs för att uppnå fördelarna ska systemet anses utgöra missbruk.³⁷⁶

Oskäligen miljöavtalsvillkor

Avtalsvillkor kan utnyttjas på ett oskäligt sätt, som medför begränsningar av parternas handlingsfrihet och berör miljön i strid med artikel 102 FEUF. Förhindrar dominanten kontrahent från att välja andra alternativ än sådana som dominanten tillhandahåller kan det vara positivt för miljön om kraven är motiverade miljöförbättringar. Avtalsvillkoren måste vara en del av en helhetsbedömning och måste objektivt kunna motiveras som nödvändiga för miljöskyddet.

DSD-fallet utgör ett exempel på att villkor om märkesanvändning kan ha en utestängande effekt när kunderna var tvungna att betala ett pris för alla produkter oavsett om de insamlats av DSD eller inte.

³⁷³ XXII:e rapporten om konkurrenspolitiken, COMP REP EC 1992, s 108, p 185.

³⁷⁴ Kingston, 323.

³⁷⁵ 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 C 45, 24.2.2009, s 14, p 46.

³⁷⁶ Mål C-95/04 British Airways mot kommissionen [2007] ECR I-2331, p 86; jämför Kingston, s 312–327.

DSD-fallet

I syfte att minska miljöeffekter av förpackningsmaterial stipulerade tysk lag 1992 att ansvaret för insamling och återvinning av förpackningarna skulle falla på producenterna. Förpackningsåtervinning separerades från den ordinarie avfallshandlingen, som ordnades i allmän regi. Producenterna kunde antingen själva ordna återvinningen eller ingå avtal med en tredje part att fullgöra skyldigheterna.

Duales System Deutschland AG ("DSD")³⁷⁷ utvecklades som det vid tidpunkten enda systemet som erbjöd en heltäckande lösning. Producentföretag, som valde att ingå i systemet, tecknade ett avtal med DSD om rätten att märka sina produktförpackningar med "der Grüne Punkt" och DSD organiserade insamling och återvinning av sådant material. DSD-systemet omfattade närmare 70 procent av marknaden.³⁷⁸

År 2001 fann kommissionen att DSD hade missbrukat sin dominerande ställning på marknaden genom sina betalningsvillkor.³⁷⁹ Ersättning utgick för alla märkta förpackningar oavsett om det var DSD eller annat företag som tog hand om förpackningsmaterialet, vilket kunde leda till dubbelbetalning. Producenter som exporterade förpackningar behövde olika märkning för nationellt bruk och för export eller så fick de betala även för märkta exporterade produkter. Betalningen omfattade således tjänster som inte utnyttjades och innebar att konkurrerande system utestängdes.³⁸⁰ Kommissionen ålade DSD att sluta ta betalt även för märkning av förpackningar, som inte faktiskt omfattades av DSD:s insamlings- och återvinningssystem.

2007 fastställde Tribunalen kommissionens beslut.³⁸¹ Förpackningsförordningen uteslöt inte blandade parallella system. Inte heller krävde förordningen att det material, som skulle insamlas och återvinnas av DSD, bara fick vara märkt med DSD:s varumärke.³⁸² Det saknade betydelse att vissa konkurrenter satt upp egna heltäckande system. DSD var fortsatt dominerande och överprissättningen kunde leda till en utestängande effekt.³⁸³ Beträffande risken att varumärket skulle användas utan ersättning,³⁸⁴ konstaterade Tribunalen att det vore förenat med ökade svårigheter och kostnader för producenterna att märka förpacknings-

³⁷⁷ Duales System Deutschland AG (DSD), se kommissionens beslut 1/463/EC [2001], DSD, OJ L166/1. Observera att insamlings- och återvinningssystemet Duales System Deutschland (DSD) har varit föremål för prövning enligt dels artikel 101 FEUF och dels artikel 102 FEUF. Behandlingen av DSD i detta avsnitt berör den senare prövningen.

³⁷⁸ Sett till enbart miljösyftet med lagstiftningen kan 70 procent av samtliga konsumentförpackningar på den tyska marknaden anses vara en stor framgång i arbetet med att minska miljöeffekterna genom insamling och återvinning av förbrukade konsumentförpackningar (vilket hade skapat en ny och lukrativ marknad).

³⁷⁹ Kommissionens beslut 1/463/EC [2001], DSD, OJ L166/1.

³⁸⁰ Tanken var att betalar man för ett heltäckande system så kan man likaväl använda det istället för att anlita konkurrenter för delarna man annars inte hade betalat för.

³⁸¹ Mål T-151/01 Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH mot kommissionen [2007] ECR I-1607.

³⁸² Ibid, p 135.

³⁸³ Ibid, p 95 och 148.

³⁸⁴ Ibid, p 93.

produkter på olika sätt.³⁸⁵ Märkningen ansågs inte ha någon praktisk betydelse för val av återvinningsföretag eftersom slutkonsumenten bestämde till vem förpackningen lämnades - DSD eller konkurrenter - beroende på vilket som var smidigast.³⁸⁶ Konsumenterna var inte vilseledda och något objektivt försvar för åtgärderna ansågs inte föreligga.³⁸⁷

Domstolarna konstaterade dock att DSD:s skydd för ord och bildvarumärket "der Grüne Punkt" skulle respekteras. Utnyttjades kännetecknen tillsammans med andra märken kunde det emellertid inte anses vara ett oproportionerligt intrång i DSD:s varumärkesrätt och rättfärdiga ett missbruk av en dominerande ställning.³⁸⁸ Företaget hade dock rätt att ta ut en avgift för användningen, som bara fick motsvara värdet av informationen att förpackningen var tillgänglig för DSD:s system.³⁸⁹

Inte heller i EU-domstolen vann företagets talan bifall.³⁹⁰ EU-domstolen bekräftade att syftet med märkningen bara var att markera att skyldigheterna enligt förpackningsförordningen hade uppfyllts och att insamling och återvinning hade ordnats.³⁹¹

Ärendet bedömdes helt utifrån konkurrens- och varumärkesrättsliga överväganden. DSD försökte inte objektivt motivera sitt agerande med miljöargument. Behovet av att säkerställa en effektiv konkurrens föreföll att väga tyngre än ett påstått hot mot ett effektivt återvinningssystem. Missbruk av ett miljöföretag måste kunna objektivt motiveras utifrån genuina och legitima miljöskäl för att de ska kunna beaktas vid prövning enligt artikel 102 FEUF.

6.3.2 Tekniska begränsningar ur ett miljöperspektiv

Det andra missbruksexemplet i artikel 102 FEUF förbjuder dominerande företag att begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna.

En högre miljömässig standard på produkter eller tjänster leder dock generellt till en kvalitetshöjning, vilket kommer konsumenterna till nytta. Om ett företag måste uppfylla specifika tekniska eller miljömässiga krav för att en miljömässig kvalitetshöjning ska kunna äga rum är en sådan satsning inte i sig ett missbruk. Likaså borde det vara förenligt med artikel 102 FEUF att kräva leverans av produkter eller tjänster, som uppfyller en högre miljöstandard. Förutsättningen är att effekterna av

³⁸⁵ Mål T-151/01 Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH mot kommissionen [2007] ECR I-1607, p 143.

³⁸⁶ Ibid, p 141–145.

³⁸⁷ Ibid, p 150–155.

³⁸⁸ Ibid, p 156–162.

³⁸⁹ Ibid, p 191–196.

³⁹⁰ Mål C-385/07 P Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH mot kommissionen [2009] ECR I-6155.

³⁹¹ Ibid, p 118.

åtgärderna på den relevanta marknaden står i proportion till ändamålet och att åtgärderna inte leder till en eliminering av direkt eller potentiell konkurrens.³⁹²

Det är inte förvånande att dominerande företag, som tillhandahåller miljöprodukter eller tjänster, som krävt omfattande investeringar, kommer att vilja säkerställa sina investeringar och minimera den ekonomiska risken genom att binda upp sina kunder i exklusiva relationer. Sådana åtgärder säkerställer inte enbart investeringar, utan kan också leda till att minska möjligheterna för konkurrerande företag att snylta på vinsterna av sådana investeringar eller etablerade system utan egna ansträngningar. Det innebär dock att eventuell konkurrens riskerar förhindras. Även om åtgärderna kan vara kortsiktigt motiverade blir de tveksamma i ett längre perspektiv.

Missbruk av en dominerande ställning kan också bestå i att vägra tillämpa en viss teknologisk utveckling, som medför miljövinster men även besparingar i form av lägre kostnader. I Genova-fallet använde sig dominanten inte av modernare teknologi, vilket medförde högre kostnader för kunderna. Förfarandet kan jämföras med en vägran att använda förbättrande miljöteknologi som ett led i att minska kostnader. I vissa situationer skulle en sådan vägran kanske kunna utgöra ett missbruk genom att priserna därmed blir oskäligt höga eller att marknaden eller teknologisk utveckling begränsas som en följd av dominantens agerande.³⁹³

6.3.3 Diskriminerande villkor ur ett miljöperspektiv

Det tredje exemplet på hur den dominanta ställningen kan missbrukas omfattar att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel.

Som framgått finns det många omständigheter, som kan utgöra diskriminerande missbruk på ett sätt som skulle omfattas av artikel 102 FEUF. Variationen blir inte mindre när miljöhänsyn kommer in i bilden. Skillnaden blir istället på vilket sätt som ett dominerande företag eventuellt försöker berättiga vad som annars skulle räknas som diskriminerande åtgärder med hänvisning till objektiva försvarbara skäl.

Ett dominerande företag kan hävda att en kunds behov kräver en olikartad miljöhantering av en viss produkt eller tjänst, vilket medför ökade kostnader för kunden i jämförelse med andra kunder.³⁹⁴ Det kan röra sig om olika krav i olika regioner. Kunden kan kräva särskilda specifikationer till följd av miljökraven. Det dominerande företaget kan också vägra att leverera till kunder, som inte lever upp till gällande miljökrav, om ett sådant agerande är motiverat för att det skulle skada företagets egen miljöimage.

³⁹² Kingston, s 312.

³⁹³ I linje med omständigheterna i mål C-179/90 *Merci Convenzionali Porto di Genova mot Siderurgica Gabrielli* (Genoa) [1991] ECR I-5889.

³⁹⁴ Olika miljömotiverade kostnader kan exempelvis uppstå om leveranser behöver ske med lastbil, istället för genom ett miljövänligare alternativ som med tåg.

En försäljning på olika villkor men till priser som motsvarar producentens kostnader för internalisering av miljöeffekter bör inte leda till konkurrensrättsliga invändningar. Om det dominerande företaget vill framtvinga miljöförbättrande åtgärder i form av investeringar i ny teknik eller miljöförbättrande produktion hos kunden, kan det försvaras med att förbättringarna på sikt leder till lägre kostnader samtidigt som det bidrar till en långsiktigt hållbar utveckling. Transport med tåg är billigare än med lastbil. Priset för lastbilstransporten blir högre eftersom miljökostnaderna motsvarar den ökade miljöbelastningen som lastbilstrafiken utgör. Kunder som presterar sämre miljömässigt kan drabbas av högre priser än andra, som bedriver miljövänligare aktiviteter, utan att det nödvändigtvis behöver betraktas som en otillåten diskriminering.

Omständigheterna i det enskilda fallet avgör. Avgörande är om dominanten faktiskt syftar till att snedvrída konkurrensen eller om det finns genuint objektiva skäl för skillnader mellan annars likvärdiga transaktioner. Har ett dominerande företag en närmast monopolliknande ställning på marknaden blir det svårare att motivera åtgärder som får en konkurrenshämmande effekt och som dessutom innebär konkurrensnackdelar för vissa aktörer. COBAT-fallet är exempel på när ett dominant företag tillämpar exklusivitetsvillkor minskar förutsättningarna för övriga aktörer att konkurrera på lika villkor.

COBAT

I COBAT-fallet³⁹⁵ inledde kommissionen en granskning när en underleverantör ifrågasatte territoriella rättigheter och exportförbud av återvinningsbart material. COBAT anklagades också för att tillämpa en diskriminerande prispolitik beroende på var köparna var lokaliserade. Missbruken på den italienska marknaden för återvinningsbart blyavfall var således både exploaterande och exkluderande.

COBAT är ett konsortium, som skapades 1990 för att tillgodose italienska lagkrav om insamlandet och återvinningen av blyavfall från batterier. Italienska staten beviljade COBAT exklusiva rättigheter till insamlande, lagerföring och försäljning av förbrukade batterier och annat blyavfall. I syfte att effektivisera återvinningen förpliktades insamlarna av sådant blyavfall att mot ersättning lämna över avfallet till COBAT. COBAT:s kostnader finansierades dels genom en vidareförsäljning av avfallet och dels genom en form av indirekt beskattning där konsumenterna betalade en extra avgift på all försäljning av nya batterier. Verksamheten var lagligt grundad och hade ett miljömotiverat allmänintresse. De exklusiva rättigheterna gav COBAT en dominerande ställning och COBAT organiserade budgivning för rättigheter att samla in avfallet, uppdelat efter exklusiva områden. Endast vinnaren av en sådan budgivning kunde samla in avfall i området och andra insamlare kunde bara fungera som underleverantörer. COBAT förbjöd dessutom att blyavfall exporterades, utan det måste lämnas vidare till företaget.

³⁹⁵ COBAT, förkortning för: Consorzio Obbligatorio per le Batterie al Piombo Esauste e i Rifiuti Piombosi (eng: Official Recycling Association for Spent Lead Batteries and Lead Waste).

Kommissionen bedömde inte att några av dessa begränsande åtgärder var miljömotiverade, utan fokuserade på det ekonomiska värdet av marknaden för blyavfall. Åtgärderna kunde utgöra ett missbruk, vilket medförde konkurrensnackdelar för andra aktörer. Som ett resultat valde COBAT att företa ändringar i regelsystemet för insamling och försäljning av blyavfall. Alla lagliga insamlingsföretag fick utföra sådana åtgärder utan territoriella begränsningar. Köp av blyavfall skulle ske till enhetliga priser utan diskriminering och försäljning av blyavfall till återvinningsföretag skulle ske till det bästa marknadspriset, oavsett var återvinningsföretaget var lokaliserat. På så vis skulle inte den inhemska marknaden gynnas av lägre försäljningspriser. Insamlare tilläts att avgöra ifall de ville sälja insamlat blyavfall till COBAT eller om de istället ville exportera sådant blyavfall. Eftersom de konkurrensbegränsande åtgärderna i praktiken hade upphört med ändringarna bedömde kommissionen att det saknades skäl att gå vidare och avslutade ärendet utan ett formellt beslut.

Kommissionens hantering av COBAT-ärendet visar att miljö- och konkurrensregler kan samordnas. Miljöåtgärder gynnas av en fungerande och effektiv konkurrens. Fler aktörer och en bättre konkurrens leder till miljöförbättringar. Konkurrensprövningen utvärderar ifall åtgärderna faktiskt är miljömotiverade eller om de istället är ett förtäckt missbruk.³⁹⁶

6.3.4 Kopplingsförbehåll ur ett miljöperspektiv

Det fjärde och sista missbruksexemplet i artikel 102 FEUF förhindrar villkor för att ingå avtal där motparten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller sedvanligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet. Det rör sig om kopplingsförbehåll och ofta avses situationer där ett företag försöker att utnyttja efterfrågan på en produkt för att även kunna sälja andra produkter. I miljösammanhang kan dock sådana kombinationer vara motiverade i vissa situationer.

Kopplingsförbehåll och kombinationserbjudande kan motiveras utifrån att de är objektivt nödvändiga och att användandet medför effektivitetsvinster, som kommer konsumenterna till godo. Ett kopplingsförbehåll eller kombinationserbjudande från ett dominant företag kan avse en koppling av två separata produkter, som kan innebära mindre resursåtgång, miljövänligare förpackningar, mindre miljöbelastande transporter, och bättre miljöegenskaper mellan de kopplade produkterna. Sådana åtgärder är ofta proportionerliga och bör inte ses som ett missbrukande av kopplingsförbehåll eller kombinationserbjudande enligt artikel 102 FEUF.

Även tekniska begränsningar³⁹⁷ som är inbyggda i en miljövänligare produkt, så att den bara fungerar tillsammans med miljövänligare tillbehör kan försvaras utifrån

³⁹⁶ Kingston, s 318–320.

³⁹⁷ I detta fall även avtalsbegränsningar som formellt binder motparten till att endast använda sådana miljövänligare alternativ som avses med kopplingsförbehållet eller kombinationserbjudandet (eller vid utnyttjandet av en viss rättighet) har samma effekt.

ett legitimt miljösyfte. Effektivitetsvinster uppstår för konsumenterna genom bättre produkter och miljö om nackdelarna för konkurrensen balanseras ut av uppnådda miljövinster.³⁹⁸

Ytterligare ett exempel är om en miljömedveten tillverkare har ett kombinations-erbjudande för två miljövänligare produkter och det kombinerade priset understiger alternativ som har större miljöpåverkan. Den positiva effekten för miljön borde kunna beaktas vid bedömningen om effektivitetsvinster med stöd av artikel 11 FEUF om skyldigheten att även inkludera miljöhänsyn i bedömningen, förutsatt att kravet för objektiv nödvändighet och övriga villkor för effektivitetsvinster är uppfyllda. Åtgärderna får inte riskera sätta den effektiva konkurrensen ur spel genom att eliminera faktisk eller potentiell konkurrens.

6.4 Objektivt försvarbara miljöskäl

Som gång efter annan framhållits medger inte ordalydelsen i artikel 102 FEUF möjligheter till undantag från förbudet. Föreligger en dominerande ställning som påverkar handeln mellan medlemsstaterna så är varje missbruk i princip förbjudet enligt bestämmelsen. Det är t.o.m. så att det dominerande företaget har ett särskilt ansvar för att inte missbruka sin ställning, vilket öppnar för en tämligen diskretionär prövning. Likväl är det redan av genomgången av de olika missbruksfallen tämligen uppenbart att bokstavstolkningen inte får överdrivas. Föreligger objektivt försvarbara skäl, som vid en proportionalitetsprövning visar sig uppväga de konkurrensskadliga effekterna, kommer förbudsbestämmelsen inte i tillämpning. I allt väsentligt är det en fråga om samma avvägningar som gäller för artikel 101(3) FEUF. Liksom är fallet för undantag enligt artikel 101(3) FEUF åvilar bevisbördan företaget, som ska visa att åtgärderna faktiskt är genuint motiverade av de objektiva skälen som åberopas.

Prövningen utgår ifrån de målsättningar, som uttrycks i artikel 3 FEU och integrationsprincipen i artikel 11 FEUF om en hög miljöskyddsnivå. Om det uppstår en konflikt mellan målen med konkurrenspolitiken och miljöpolitiken ska den lösas genom en proportionalitetsanalys. Integrationsprincipen medför en skyldighet för myndigheten att beakta miljöhänsyn vid prövningen om missbruk av en dominerande ställning. Därmed är det inte bara ekonomiska perspektiv som beaktas i bedömningen av om åtgärderna utgör missbruk av en dominerande ställning. De miljömässiga effektivitetsvinsterna måste dock kunna kvantifieras på ett för bedömningen användbart sätt.

Om det inte finns något lämpligare sätt att uppnå miljömålsättningarna än genom åtgärder, som enligt konkurrensbestämmelserna kvalificerar som missbruk, borde åtgärderna tillåtas.³⁹⁹ Om åtgärder däremot medför risk för miljöskador, så innebär integrationsprincipen att risken för sådana skador beaktas som en kostnad vid

³⁹⁸ Kingston, s 320–321.

³⁹⁹ Kingston, s 307–308; förutsatt då att en total eliminering av konkurrensen inte äger rum.

beräkningen av eventuella effektivitetsvinster. Blir kostnaden högre än vinsten föreligger inte objektivt försvarbara skäl. Om ett dominerande företag vidtar proportionerliga och bevisligen miljöförbättrande åtgärder, som samtidigt kan anses utgöra antingen ett exploaterande eller utestängande missbruk, talar starka skäl enligt Kingston för att sådana åtgärder ändå kan anses vara objektivt försvarbara. En systematisk tolkning av EU-fördragen och med hänvisning till att begreppet missbruk inte definierats i fördragen måste tolkningen ske i överensstämmelse med målsättningarna, som de uttrycks i artikel 3 FEU att företräde ges en hög miljöskyddsnivå och en bättre miljö.⁴⁰⁰

Det är dock osäkert om miljöpolitiska argument kan ges något företräde. Hälsa och säkerhet, till vilket miljöeffekter onekligen kan kopplas, har inte fått ett sådant företräde trots att fördragen sätter dessa mål högt. I Hilti-målet, som avsåg åtgärder för att säkerställa säkerheten vid användning av spikpistoler⁴⁰¹ och Tetra Pak II-målet, som påstods säkerställa konsumenternas hälsa vid användning av mjölkförpackningar,⁴⁰² misslyckades de bägge företagen med att vinna förstärkt förståelse för sina åtgärder. Det måste framgå, att utan begränsningarna hade varorna inte kunnat produceras eller distribueras på marknaden.⁴⁰³ Grundinställningen förefaller vara att det inte är "ett dominerande företags uppgift att på eget initiativ vidta åtgärder för att utestänga produkter som de, riktigt eller felaktigt, bedömer vara farliga eller sämre än företagets egen produkt".⁴⁰⁴ Inställningen har kritiserats för att den i princip innebär att ett dominerande företag, som upptäcker hälso- eller säkerhetsrisker skulle vara tvunget att behöva rapportera upptäckten till relevanta myndigheter och avvakta åtgärder. Beroende på hur allvarlig en sådan upptäckt kan vara fördröjs nödvändiga åtgärder för att förhindra skador.

Det är bara under speciella omständigheter som ensidiga åtgärder från ett företags sida kan anses uppfylla kravet på objektivitet.⁴⁰⁵ Huruvida miljöskäl kan särbehandlas med anledning av den ökade användningen av marknadsbaserade styrinstrument för att uppnå miljömål kan diskuteras. Eftersom det i allt större utsträckning överläts till marknadsaktörer att genom marknadsmässiga instrument uppnå miljömål⁴⁰⁶ går det inte längre att göra gällande, på samma sätt som för

⁴⁰⁰ Kommissionen har dessutom markerat att det vore otänkbart att tillämpa konkurrenspolitiken utan hänsyn till prioriteterna som uttrycks av gemenskapen ("applied without reference to the priorities fixed by the Community"), se kommissionens XXIII:e rapporten om konkurrenspolitiken (1993), p 1.

⁴⁰¹ Mål T-30/89 Hilti [1991] ECR II-1439, p 118.

⁴⁰² Mål T-83/91 Tetra Pak International mot kommissionen [1994] ECR II-755, p 83–84 och 138.

⁴⁰³ DG Competition Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, från december 2005, s 25, p 80.

⁴⁰⁴ 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 C 45, 24.2.2009, s 12, p 29.

⁴⁰⁵ Albers-Llorens, "The Role of Objective Justification and Efficiencies in Article 82 EC", 2007, p 1757.

⁴⁰⁶ Exempelvis hur användningen av marknadsbaserat instrument utgör en viktig del av Europa 2020-strategin och hur Corporate Social Responsibility (CSR) har kommit att inta en allt större roll tillsammans med vikten av en aktiv miljömedvetenhet bland företag (bland annat genom användningen av miljömärkningssystem som EMAS).

hälso- eller säkerhetsaspekter,⁴⁰⁷ att myndigheterna ensamma har att skydda sådana intressen. En bredare tolkning vad gäller miljöhänsyn måste dock grundas på ett allmänintresse och gäller under förutsättningen att åtgärderna bevisligen är genuint miljömotiverade och proportionerliga.

En proportionalitetsanalys avgör om miljöåtgärder, som kan utgöra missbruk enligt artikel 102 FEUF, är nödvändiga för att uppnå de eftersträlvade miljövinster. Integrationsprincipen i artikel 11 FEUF innebär en skyldighet att genomföra en integrerad och balanserad avvägning av fallets miljömässiga aspekter när artikel 102 FEUF tillämpas, utan att det finns något uttalat företräde för miljöhänsynen.⁴⁰⁸ Åberopas objektivt försvarbara skäl ska miljöhänsyn också prövas om de fyra villkoren för effektivitetsvinster är uppfyllda.⁴⁰⁹ Effektivitetsvinsterna måste vara en följd av miljöåtgärden och kunna kvantifieras. Villkoren för effektivitetsvinster i 2009 års vägledning gäller även vid miljöförbättringar, som bidrar till att förbättra produktionen och främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande.⁴¹⁰ Oavsett vilka effektivitetsvinster som åtgärderna ger upphov till så är det en grundförutsättning att det måste finnas återstående konkurrens på den relevanta marknaden. Fallet Spa Monopol/GDB belyser vikten av att lagstiftningsåtgärder inte förändrar marknadssituationen och utesluter konkurrens.

Spa Monopol/GDB

Den belgiska mineralvattenstillverkaren Spa Monopole klagade på bristande tillgång till det tyska återvinningssystemet för standardiserade glasflaskor. Enligt klagomålet missbrukade Genossenschaft Deutscher Brunnen (GDB), ett kollektiv av tyska mineralvattenstillverkare, sin dominerande ställning på den tyska marknaden genom oskäligen och diskriminerande avtalsvillkor för utländska tillverkare.

Återvinningssystemet hade organiserats av GDB, som hade ingått avtal med merparten av tyska matbutiker för försäljning och återvinning av returglas för mineralvatten. Avtalen, som tidigare prövats utan åtgärd eftersom det fanns andra buteljalternativ, påstods ha en exkluderande verkan eftersom tillgång till systemet nekades verksamheter som inte var tyska. Nya lagstiftningsåtgärder i Tyskland hade förbjudit användningen av engångsflaskor till förmån för återvinningsbara flaskor, vilket förändrat marknadsförhållandena och minskat möjligheterna för utländska tillverkare. GDB hade en monopolliknande ställning för återvinningsbara glasflaskor.

⁴⁰⁷ 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 C 45, 24.2.2009, s 12, p 29.

⁴⁰⁸ Jans och Vedder, s 23.

⁴⁰⁹ 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 C 45, 24.2.2009, s 12, p 30.

⁴¹⁰ XXV:e rapporten om konkurrenspolitiken – KOM(96)126 slutlig, s 41, p 85.

Tillgång till GDB:s system ansågs därför vara en nödvändig förutsättning för att belgiska mineralvattenstillverkare skulle ha möjlighet att effektivt konkurrera på den tyska marknaden. Lagändringen innebar att det enda sättet som utländska importörer kunde vara konkurrenskraftiga på den tyska marknaden för mineralvatten var tillgång till GDB:s system för glasflaskor. Det var inte rimligt att kräva att belgiska tillverkare skulle sätta upp ett eget återvinningssystem i Tyskland.

Kommissionen meddelade GDB att deras exkluderande avtal hade en avskärmande effekt på marknaden och utgjorde ett hinder för marknadsinträde för utländska tillverkare. Effektiv konkurrens på den relevanta marknaden ansågs begränsad på ett sätt som påverkade handeln mellan medlemsstaterna, vilket aktualiserade prövning utifrån både artikel 101 och 102 FEUF. Genom att vägra ge utländska tillverkare tillgång till vad som utgjorde en nödvändig förutsättning för att effektivt kunna bedriva handel på den tyska marknaden hade GDB missbrukat sin dominerande ställning i enlighet med förbudet i artikel 102 FEUF.

GDB valde att självmant ändra sina avtal så att tillgång till systemet öppnades även för utländska tillverkare. Utländska tillverkare fick rätt att ingå avtal med GDB om glasflaskorna enbart skulle exporteras till den tyska marknaden och var märkta på ett adekvat sätt. Ärendet kunde därmed avskrivas och återfinns nu i 1993 års rapport om konkurrenspolitiken under rubriken miljöskydd.⁴¹¹ Det framgår inte av rapporten om det dominerande företaget hävdade att åtgärderna var objektivt försvarbara. De särskilda villkoren som infördes för utländska tillverkare kan tyda på att åtgärderna syftade till att säkerställa var vattnet kom ifrån samt att det uppfyllde tyska krav. Ett helt annat skäl var att GDB inte önskade svara för returerna av tomflaskor från andra länder. En sådan import hade potentiellt lett till ökade kostnader för det tyska systemet.

Kommissionen fokuserade på de ekonomiska aspekterna av utestängningen för utländska tillverkare efter den nya miljömotiverade lagstiftningen. Ärendet visar hur miljölagstiftning kan komma att påverka den konkurrensrättsliga bedömningen.⁴¹²

6.5 Sammanfattande kommentar

Ett dominerande företag kan motivera ett berättigande av vad som annars hade utgjort ett missbruk genom hänvisning till att åtgärderna är objektivt försvarbara eftersom de medför effektivitetsvinster. Vinster måste gynna konsumenterna i form av antingen miljöriktigare produkter, tjänster eller bättre miljövärden. Problemet ligger i att kvantifiera miljövärden så att de kan jämföras mot kostnaderna som eventuellt missbrukande åtgärder annars orsakar.

⁴¹¹ XXIII:e rapporten om konkurrenspolitiken, 1993, p 240.

⁴¹² Sadeleer, s 422; Kingston, s 322.

Integrationsprincipen i artikel 11 FEUF föreskriver att miljöskyddskraven i artikel 191 FEUF ska beaktas vid prövningen om åtgärderna är att betrakta som missbruk enligt artikel 102 FEUF. Miljöåtgärderna måste vara nödvändiga för att nå sitt syfte. Konkurrensprövningen tar hänsyn till såväl positiva som negativa miljöeffekter. Miljövinster kan inkluderas som effektivitetsvinster, som bidrar till en ökad nytta för konsumenterna.

Miljömotiverade åtgärder utgör inte en automatisk undantagsgrund från förbudet i artikel 102 FEUF. Det åligger den granskande konkurrensmyndigheterna att noggrant undersöka omständigheterna i varje enskilt fall för att pröva vilka negativa konkurrenseffekter missbruket ger upphov till och ställa dem mot eventuella miljömotiverade vinster. Effekter måste såväl beaktas i ett kortsiktigt som ett långsiktigt perspektiv och eventuella kortsiktiga förluster kan uppvägas av eventuella långsiktiga vinster.⁴¹³ Vid en prövning måste konkurrensmyndigheterna kunna särskilja mellan genuint miljömotiverade åtgärder och åtgärder, som endast utgör en täckmantel för konkurrensbegränsningar.

Proportionalitet styr bedömningen. Även om miljöåtgärderna är objektivt försvarbara och innebär effektivitetsvinster kan de bara vara berättigade "om det inte därigenom införs hinder, vilkas verkan går utöver det mål som ska uppnås".⁴¹⁴ Om ett företag med en dominerande ställning har vidtagit åtgärder som medför proportionerliga och miljömässigt sett positiva åtgärder finns det starka skäl som talar för att sådana åtgärder ska anses som berättigade om övriga villkor om objektiv försvarbarhet och effektivitetsvinster är uppfyllda.⁴¹⁵ Det ska således inte gå att uppnå samma mål och effekt på andra för konkurrensen mindre betungande sätt och åtgärderna får inte riskera att all eller stora delar av den effektiva konkurrensen på marknaden snedvrids. Utan konkurrens saknar miljövinster betydelse eftersom den långsiktiga skadan på konsumentvälfärden blir för stor.

Så trots att det saknas en uttrycklig undantagsmöjlighet i artikel 102 FEUF föreligger möjligheter att vid en missbruksprövning beakta positiva miljöfaktorer. Från praxis finns dock endast ett fåtal fall, som har berört en eventuell miljökoppling i samband med prövningen av artikel 102 FEUF. Även om 2009 års vägledning ger vägledning är det fortfarande oklart var gränserna går för missbruk enligt artikel 102 FEUF går när de ställs mot miljöintressen. Området är under fortsatt utveckling.

⁴¹³ Tal av Neelie Kroes den 23 september 2005, Speech/05/537.

⁴¹⁴ Vilket kommer till uttryck i bl.a. United Brands målet (p 158) och i kommissionens beslut i DSD (p 112); se mål C-27/76 United Brands mot kommissionen [1978] REG 1978, p 158, och kommissionens beslut 1/463/EC [2001], DSD, OJ L166/1, p 112.

⁴¹⁵ Kingston, s 309.

7 Miljööverväganden i koncentrationsärenden

I detta avsnitt är avsikten att redogöra för hur miljöhänsyn beaktas vid tillämpningen av företagskoncentrationer. Kan åtgärder, som medför miljöförbättringar, åberopas till stöd för en positiv bedömning?

1989 års koncentrationsförordning lämnade inte i sig utrymme för att bedöma annat än ekonomiska effektivitetsvinster. Praxis tydde dock på en mer förmedlande hållning till sociala aspekter som t.ex. arbetsmarknadsskäl. Med 2004 års förordning vidgades möjligheten att ta andra hänsyn än rent konkurrenspolitiska. Miljöfokus i de grundläggande fördragen bör genom integrationsprincipen ha förstärkt möjligheten, men praxis är fortfarande tämligen återhållsam. Inget tyder på att miljöargument ensamt trumfar de ekonomiska övervägandena, men de kan vara en betydelsefull faktor vid en proportionalitetsbedömning. Det kan också finnas fullt legitima krav, som ger miljöhänsyn en viktigare ställning i framtida fusionsbedömningar. Avsnittet avslutas med en sammanfattande kommentar.

7.1 Allmänt

1989 års system för kontroll av företagskoncentrationer reviderades 2004 för att förenkla och effektivisera systemet i syfte att skydda en effektiv konkurrens på den inre marknaden.⁴¹⁶ Koncentrationsförordningens grundläggande mål är att säkerställa att konsumentvälfärden inte blir lidande av ekonomisk koncentration med konkurrenshämmande effekter. Förordningen har en generell räckvidd och är tillämplig inom samtliga ekonomiska områden.⁴¹⁷ Europeiska kommissionen granskar med exklusiv behörighet koncentrationer, som uppfyller de i koncentrationsförordningen angivna tröskelvärdena⁴¹⁸ och som riskerar att hindra en effektiv konkurrens på den inre marknaden.⁴¹⁹ Uppfylls inte tröskelvärdena saknar förordningen tillämplighet och koncentrationen kan i stället komma att prövas enligt nationella regler.⁴²⁰ Sedan 1990 har av ca 5000 prövade ärenden endast 24 koncentrationer förbjudits. Sex förbud har skett efter 2004 års revision av

⁴¹⁶ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr L 24, 29.1.2004 (i texten hädanefter koncentrationsförordningen). Koncentrationsförordningen från 2004 ersatte tidigare koncentrationsförordning från 1989, rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer EGT L nr 395, 30.12.1989.

⁴¹⁷ Se dock skäl 19 i ingressen till koncentrationsförordningen, om undantag för artikel 346 FEUF, angående medlemsstaterna rätt att vidta åtgärder för att skydda väsentliga säkerhetsintressen (beträffande militär- och vapenindustri).

⁴¹⁸ Avseende i dagsläget förvärv av kontroll; även på vilket sätt som koncentrationsförordningen ska gälla för förvärv av icke-kontrollerande minoritetsandelar håller på att utredas (då syftet med förvärvet kanske bl.a. inte är så mycket att ta kontroll som att genom andelar blockera andra åtgärder, vilket kan medföra en konkurrenshämmande effekt på marknaden). Se exempelvis vitboken om Effektivare kontroll av företagskoncentrationer i EU, COM(2014) 449 slutgiltig, 9.7.2014.

⁴¹⁹ Med förbehåll för EU-domstolens prövningsrätt.

⁴²⁰ För Sveriges del, 4 kap. i konkurrenslagen, som i stort sett harmoniserats med EU-rätten i fråga om koncentrationskontroll (bl.a. för att dra största möjliga nytta av EU:s rättspraxis vad gäller företagskoncentrationer). Åtgärder som kan medföra ett otillåtet konkurrensbegränsande samarbete kan exempelvis prövas under artikel 101 FEUF, ifall kraven i artikel 101(1) FEUF är uppfyllda på åtgärderna.

förordningen.⁴²¹ Flertalet fall har antingen funnits inte utgöra hinder för effektiv konkurrens, modifierats genom gjorda åtaganden eller återkallats. Några har efter överklagaden upphävts genom domstolsprövning.

1989 års koncentrationsförordning föregicks av en livlig debatt om vilket sätt som icke-ekonomiska hänsyn skulle tillmätas betydelse vid bedömningen av företagskoncentrationers tillåtlighet. Effektivitetsvinster kunde enligt tidiga utkast till förordningen balansera ut eventuella inskränkningar i konkurrensen. Enligt Vedder var möjligheterna att inkludera icke-ekonomiska hänsyn enligt dessa utkast större än i artikel 101(3) FEUF. Den antagna versionen av 1989 års koncentrationsförordning innehöll dock inte en sådan balanseringsmöjlighet. Dåvarande konkurrenskommissionär, Sir Leon Brittan, förklarade att 1989 års koncentrationsförordning enbart hade som mål att upprätthålla en effektiv konkurrens.⁴²² Avgörande för bedömningen var om sammanslagningen skapade eller förstärkte en dominerande ställning.⁴²³

I samband med översynen av koncentrationsförordningen år 2004 infördes ett substanstest vid bedömningen av företagssammanslagningar. Hänsyn skulle tas till effekterna snarare än om en dominerande ställning skapades eller förstärktes. Det nya testet, som förkortas SIEC ("*Significant Impediment to Effective Competition*"), utgår ifrån om åtgärderna påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen.⁴²⁴ Substanstestet ökade möjligheten att ta hänsyn till koncentrationens miljöeffekter.⁴²⁵ Två tillkännagivanden har utfärdats för bedömningen av horisontella koncentrationer⁴²⁶ respektive icke-horisontella koncentrationer.⁴²⁷

7.2 Effektivitetsvinster

Enligt kommissionens horisontella koncentrationsriktlinjer är det fortfarande av primär betydelse om en dominerande ställning skapas eller förstärks vid bedömningen av koncentrationer enligt 2004 års förordning.⁴²⁸ Det är dock möjligt "att de effektivitetsvinster en koncentration ger upphov till motverkar dess negativa påverkan på konkurrensen och särskilt den skada den annars hade kunnat åsamka

⁴²¹ Granskning av vitbok om effektivare kontroll av företagskoncentrationer i EU, Näringsutskottets utlåtande 2014/15:NU5, s 5.

⁴²² Ibid.

⁴²³ Karlsson & Östman, s 817.

⁴²⁴ Där prövningen omfattar både samordnade och icke-samordnade effekter som uppstår på marknaden i fråga.

⁴²⁵ Karlsson & Östman, s 817–818.

⁴²⁶ Kommissionens tillkännagivande – Riktlinjer för bedömningen av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr C 31, 5.2.2004 (i texten fortsättningsvis horisontella koncentrationsriktlinjer), och som behandlar bedömningar avseende koncentrationer som uppstår mellan direkta eller potentiella konkurrenter; där effektivitetsvinster behandlas i p 76–88.

⁴²⁷ Kommissionens tillkännagivande – Riktlinjer för bedömningen av icke-horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr C 256, 18.10.2008 (i texten fortsättningsvis icke-horisontella koncentrationsriktlinjer), och som behandlar bedömningar avseende vertikala förvärv och konglomeratförvärv av företag som inte är direkta konkurrenter; där effektivitetsvinster behandlas i p 21.

⁴²⁸ Kommissionens tillkännagivande – Riktlinjer för bedömningen av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr C 31, 5.2.2004, p 2.

konsumenterna”.⁴²⁹ Hänsyn ska tas till tekniskt och ekonomiskt framåtskridande under förutsättningen att fördelar skapas för konsumenterna och att dessa inte hindrar konkurrensen.⁴³⁰ Kommissionen ska göra en helhetsbedömning och SIEC-testet i artikel 2(1) möjliggör att miljöhänsyn kan komma att inkluderas i den bedömningen. Förordningens artikel 2(1)(b) liknar undantagsmöjligheten i artikel 101(3) FEUF genom att tre av fyra kriterier behandlas i förordningen - om än i en annan form. Enligt de två första kriterierna ska hänsyn tas till ”tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande” och att ”detta måste vara till gagn för konsumenterna”. Proportionalitetskravet och kravet på att konkurrensen inte får elimineras kan sägas motsvaras av ett krav på att åtgärderna i fråga inte får utgöra ”ett hinder för konkurrensen”.

7.2.1 Konsumentvinster

Det första kravet bygger på att effektivitetsvinsterna måste komma konsumenterna tillhanda.⁴³¹ Måttstocken är att konsumenterna i vart fall inte ska få det sämre på grund av koncentrationen.⁴³² Effektivitetsvinsterna ska dessutom vara betydande, förverkligas snabbt och gagna konsumenterna på den marknad där konkurrensproblem kan uppstå. Konsumentvälfärden är ledstjärnan vid bedömningen och lägre priser eller kostnadsbesparingar inom produktion eller distribution kan i sin tur ge den fusionerade enheten incitament att ta ut lägre priser. Kostnadsminskningar till följd av produktionsinskränkningar räknas dock inte som effektivitetsvinster, som kommer konsumenterna tillgodo.⁴³³ Parterna till koncentrationen har bevisbördan för påstådda effektivitetsvinster och det åligger dem att styrka betydelsen av dessa.⁴³⁴

7.2.2 Koncentrationsspecifika vinster

Vinsterna måste dessutom vara koncentrationsspecifika och en direkt följd av den anmälda koncentrationen. Det får inte föreligga något mindre konkurrensbegränsande alternativ. Även i detta fall åligger det parterna att föra i bevis att andra realistiska möjligheter för att uppnå effektivitetsvinsterna saknas. Bara sådana alternativ som är praktiskt rimliga utifrån parternas affärssituation beaktas av kommissionen. Nödvändigheten måste säkerställas liksom att åtgärderna är

⁴²⁹ Kommissionens tillkännagivande – Riktlinjer för bedömningen av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr C 31, 5.2.2004, p 76.

⁴³⁰ Ibid.

⁴³¹ Ibid, p 79.

⁴³² Detta i likhet med vad som gäller vid bedömningen om nyttan för konsumenterna enligt undantagsmöjligheten i artikel 101(3) FEUF, dock vad gäller koncentrationsförordningen är begreppet konsumenter snävare, på så vis att det specifikt inkluderar endast konsumenterna som kan drabbas av eventuella konkurrensbegränsningar som följer av koncentrationen.

⁴³³ Eftersom sådana fördelar annars bara hade tillfallit företaget; se kommissionens tillkännagivande – Riktlinjer för bedömningen av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr C 31, 5.2.2004, s 13, p 80.

⁴³⁴ Kingston, s 332–335.

proportionerliga i förhållande till den konkurrensbegränsande effekt som uppstår på marknaden.⁴³⁵

7.2.3 Kontrollerbara vinster

Tredje kravet är att påstådda effektivitetsvinster måste vara kontrollerbara. Kommissionen måste övertygas om att vinsterna "troligtvis kommer att förverkligas" och att de i sådana fall är "tillräckligt betydande för att motverka de eventuella skadliga verkningarna av en koncentration för konsumenterna".⁴³⁶ Tidpunkten för effektivitetsvinsterna är också viktig. Ju längre fram i tiden vinsterna förväntas, desto mindre sannolikt är det att kommissionen anser vinsterna kan balansera eventuella konkurrensnackdelar. I likhet med prövningen av effektivitetsvinster för undantag enligt artikel 101(3) FEUF kan det vara svårt att fastställa ett ekonomiskt värde på miljövinster, som förväntas förverkligas i framtiden. Krav ställs på miljöekonomiska beräkningar,⁴³⁷ som är svåra att kvantifiera i praktiken – inte minst när det gäller framtida effekter,⁴³⁸ och blir naturligtvis beroende på omständigheterna som gäller för det enskilda fallet. Miljöekonomiska värderingar, vare sig de bygger på beräkningar av betalningsvilja eller acceptans, kostnadsnytta-analyser eller kostnadseffektivitetsanalyser, kräver goda kunskaper om de åtgärder, som erfordras för att rätta till miljöproblem. Miljöekonomisk värdering och diskontering av nyttor och kostnader är under utveckling.

7.3 Miljöaspekter vid koncentration

Det borde således vara möjligt att beakta miljövinster även vid en koncentrationsprövning. I praxis har argumenten framförts, men en viss återhållsamhet att balansera sådana aspekter kan ändå skönjas.

7.3.1 Tidigare praxis

Även om 1989 års koncentrationsförordning inte längre är giltig har äldre praxis fortfarande aktualitet.⁴³⁹ Särskilt betydelsefull är behandlingen av ärenden, som hanterades enligt den gamla koncentrationsförordningen utifrån dåvarande artikel 2(1) och den enklare versionen av effektivitetsanalys som ändå kunde göras då. I Vittel-målet⁴⁴⁰ gällde frågan på vilket sätt tryggande av arbetstillgång kunde inkluderas i bedömningen. Kommissionen hävdade att det enligt 1989 års koncen-

⁴³⁵ Kommissionens tillkännagivande – Riktlinjer för bedömningen av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr C 31, 5.2.2004, s 13, p 85.

⁴³⁶ Ibid, p 86.

⁴³⁷ Se exempelvis mål T-342/07 Ryanair mot kommissionen [2010] ECR II-3457, p 412. (Påstådda effektivitetsvinster behövde kvantifieras eller i vart fall vara identifierbara).

⁴³⁸ Whish, s 863.

⁴³⁹ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr L 24, 29.1.2004, p 24, skäl 26.

⁴⁴⁰ Se mål T-12/93 Vittel [1993] ECR II-785.

trationsförordning inte krävdes en detaljerad analys av arbetsrelaterade frågor.⁴⁴¹ Förordningen syftade bara till att säkerställa en fungerande konkurrens.

Beslutet överklagades och tribunalen avfärdade kommissionens ståndpunkt. Även om artikel 2(1)(b) i koncentrationsförordningen primärt avsåg säkerställandet av en effektiv konkurrens medförde den även en skyldighet för kommissionen att upprätta en ekonomisk balansräkning, som även kunde inkludera sociala hänsyn.⁴⁴² En sådan balansakt måste beakta om en koncentration även indirekt kunde medföra negativa effekter för anställda. Steget från att inkludera sociala frågor till även omfatta miljörelaterade frågor är inte långt.

Sociala hänsyn har även kommit att spela en roll enligt den gamla koncentrationsförordningen vid behandlingen av ärenden, som gällt förvärv av konkurshotade företag.⁴⁴³ Koncentrationsbedömningen ska normalt inte ta hänsyn till begränsningar, som uppkommer oberoende av koncentrationen, utan fokusera på koncentrationsspecifika faktorer.⁴⁴⁴ Emellertid kan bedömningen förändras om det förvärvade företaget redan befinner sig i kris och är konkursfärdigt. En annars otillåten koncentration kan i sådana situationer komma att tillåtas. Effekterna av bortfallet av konkurrensen på marknaden med nackdelar för konsumenterna hade ändå inträffat genom konkursen.⁴⁴⁵

I ett mål från 1989 tillät kommissionen ett förvärv där hänsyn togs till sociala effekter i forna Östtyskland om förvärvet nekats godkännande. Betydande sociala konsekvenser hade uppstått om det statligt kontrollerade företaget hade behövt stänga ner.⁴⁴⁶ Samma principiella resonemang borde vara tillämpligt för miljöhänsyn.⁴⁴⁷

7.3.2 Förändrade regler

Ingressen till 2004 års koncentrationsförordning ger direkt stöd för att effektivitetsvinster ska beaktas. Skäl 23 föreskriver att kommissionen bör "vid sin bedömning ta fasta på förverkligandet av de grundläggande mål som anges i artikel 2 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen och i artikel 2 i fördraget om Europeiska unionen".⁴⁴⁸ Skäl 29 klargör att "för att fastställa en koncentrations

⁴⁴¹ Mål T-12/93 Vittel [1993] ECR II-785, p 14.

⁴⁴² Ibid, p 39.

⁴⁴³ "Där en annars problematisk koncentration trots allt är förenlig med den gemensamma marknaden om det ena av de samgående företagen är ett konkurs hotat företag." Se kommissionens tillkännagivande – Riktlinjer för bedömningen av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr C 31, 5.2.2004, s 13, p 89.

⁴⁴⁴ Ibid, p 85.

⁴⁴⁵ Karlsson & Östman, s 915.

⁴⁴⁶ Se förenade mål C-68/94 och 30/95 Frankrike mot kommissionen (Kali & Salz) [1998] ECR I-1375.

⁴⁴⁷ Kingston, s 339.

⁴⁴⁸ Där finns en språkmässig skillnad i den svenska versionen av koncentrationsförordningen jämfört med den engelska versionen vad gäller skäl 23 i ingressen, där "the Commission *must* place its appraisal within the general framework" har blivit "därvid *bör* kommissionen vid sin bedömning ta fasta på", där innebörden även för den svenska versionen borde vara att kommissionen *måste* ta fasta på förverkligandet av de grundläggande målen i fördragen.

påverkan på konkurrensen inom den gemensamma marknaden är det lämpligt att beakta alla välgrundade och sannolika effektivitetsvinster som de berörda företagen framför". Till vilket det kan tilläggas att kommissionen klargjorde i sin tjugofemte konkurrensrapport att vid en analys "väger kommissionen de konkurrensbegränsningar som uppstår till följd av avtalet mot de miljömässiga målsättningar som kan realiseras. För detta tillämpas principen om proportionalitet enligt artikel [101(3) FEUF]. Framför allt ses förbättringar av miljön som ett element som bidrar till att förbättra produktionen och till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande."⁴⁴⁹

Hänvisningen till fördragets grundläggande mål innebär, som återkommande framhållits, att bedömningen också omfattar en hög miljöskydds nivå, förbättring av miljöns kvalitet och en hållbar utveckling.⁴⁵⁰ Till detta kommer numera integrationsprincipen i artikel 11 FEUF, som förstärker behovet av att tillgodose miljöskydds kraven i artikel 191 FEUF även vid koncentrationsärenden.

Även om det saknas en uttalad hierarki mellan fördragens olika målsättningar har hänvisningen till en hållbar utveckling och integrationsprincipen i artikel 11 FEUF, gett miljöskydd en särskilt betydelsefull roll. En proportionell balans måste nås mellan miljörelaterade vinster och kostnader och konkurrensskadliga effekter av en koncentration. Denna ska ställas mot kravet i artikel 2(1)(b) att koncentrationen inte får utgöra "ett hinder för konkurrensen". Visar en analys att det föreligger ett påtagligt hinder, som dessutom skapar eller stärker en dominerande ställning, förminskas betydelsen av effektivitetsvinsterna och koncentrationen kommer inte att godkännas.⁴⁵¹

7.3.3 Relevant miljömarknad

Precis som vid analysen av den relevanta marknaden enligt artikel 102 FEUF måste hänsyn tas till vilken marknadsposition parterna har vid en koncentrationsprövning. Miljöhänsyn kan påverka fastställandet av såväl berörd produkt- som geografisk marknad. Miljöfaktorer har exempelvis kommit att spela en roll vid fastställandet av den relevanta återvinningsmarknaden för särskilt farligt industriellt avfall, där avfallets karaktär⁴⁵² och olika miljöregler för hanteringen skapade egna relevanta marknader.⁴⁵³ Kommissionen har även inkluderat olika miljöskatter som skäl att göra en snävare tolkning av den geografiska marknaden.⁴⁵⁴ Särskilda miljöregler kan alltså ha en avskärmande effekt på marknaden och skapa hinder för inträde, vilket kan medföra att en koncentration leder till dominans.

⁴⁴⁹ XXV:e rapporten om konkurrenspolitiken – KOM(96)126 slutlig, s 41, p 85.

⁴⁵⁰ EU-domstolen har dessutom slagit fast att miljöskyddet utgör "en av gemenskapens viktigaste målsättningar" och som sådan har ansetts kunna göra bl.a. vissa inskränkningar i principen om fri rörlighet för varor; se mål C-302/86 kommissionen mot Danmark [1988] REG s 4607, p 8, samt avsnitt 2.1 ovan.

⁴⁵¹ Vedder, s 230–232.

⁴⁵² Se kommissionens beslut i ärende IV/M.1059, CELEX No. 397M1059 (Suez Lyonnaise des Eaux/BFI) OJ C39/07.

⁴⁵³ Se kommissionens ärenden IV/M.283, Waste Management International/SAE, CELEX No. 392M283 OJ C10/07; och IV/M.168, Flachglas/VEGLA, CELEX No. 392M168 OJ C120/14

⁴⁵⁴ Vedder, s 228.

7.4 Miljövinster kan vara effektivitetsvinster

Kingston menar att miljöhänsyn kan komma att inkluderas i bedömningen av företagskoncentrationer på samma sätt som gäller undantagsmöjligheterna i artikel 101(3) FEUF. Miljöfördelarna måste kvantifieras ekonomiskt och kan på så vis inkluderas vid beräkningen om effektivitetsvinster uppkommit. Sådana vinster balanseras sedan mot kostnaderna, som uppstått genom eventuella konkurrensbegränsningar.⁴⁵⁵ Medför en koncentration betydande miljövinster måste sådana vinster beaktas vid bedömningen av tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande enligt artikel 2(1)(b) i koncentrationsförordningen.

Gemenskapspraxis har bara behandlat få ärenden där koncentrationer har accepterats med hänvisning till påstådda effektivitetsvinster och inget har berört frågor som har koppling till miljöfördelar, som accepterats som effektivitetsvinster.⁴⁵⁶ Avgjorda ärenden antyder dock hur kommissionen och EU-domstolen beaktar effektivitetsvinster. I *Inco-Falconbridge*⁴⁵⁷ kunde en relativt återhållsam inställning skönjas, medan prövningen var mer ändamålsenlig och mindre formbunden i *Korsnäs/Assidomän Cartonboard*.⁴⁵⁸

Utgörs effektivitetsvinster av miljöförbättringar, som kan kvantifieras på ett rimligt ekonomiskt sätt, bör de således kunna inkluderas i fusionsbedömningen. De ska normalt nyttiggöras för konsumenter i närtid.⁴⁵⁹ Allmänt gäller att ju senare en effektivitetsvinst väntas uppstå desto mindre vikt kommer kommissionen att fästa vid den.⁴⁶⁰ Med tanke på målet om en hållbar utveckling måste det dock finnas utrymme för miljövinster, som tar längre tid att realisera.

7.4.1 Miljö inte en automatisk undantagsgrund

Att det uppstår miljöfördelar utgör inte någon automatisk grund för att SIEC-testet skulle fästa mindre hänsyn till de konkurrensbegränsningar som uppstår. Integrationsprincipen i artikel 11 FEUF föreskriver bara att miljöhänsyn ska beaktas i bedömningen. Om konkurrenter på marknaden för förbränning av industriavfall går samman kan det medföra stordriftsfördelar. Stordrift sänker i allmänhet kundens kostnader. Å andra sidan måste det undersökas om koncentrationen innebär att konkurrenstrycket på marknaden upphör. Försvåras marknadsinträde för potentiella konkurrenter kan eventuella miljövinster inte väga upp den konkurrensskada som uppkommer. Om koncentrationen har som syfte att uppnå en miljövänligare förbränning med mindre utsläpp, får det syftet uppnås genom andra åtgärder än just en koncentration med betydande konkurrensbegränsningar.

⁴⁵⁵ Kingston, s 328–330.

⁴⁵⁶ Ibid, s 332–340.

⁴⁵⁷ Se kommissionens beslut den 4 juli 2006 i mål M.4000, *Inco/Falconbridge*; och kommissionens press release IP/06/926

⁴⁵⁸ Se kommissionens beslut den 12 maj 2006, mål M.4057, *Korsnäs/Assidomän Cartonboard*.

⁴⁵⁹ Det förefaller som där finns en tradition från nyttokostnadsanalys att diskontera nyttor och kostnader till nuvärdet.

⁴⁶⁰ Kommissionens tillkännagivande – Riktlinjer för bedömningen av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr C 31, 5.2.2004, s 13, p 83.

Miljövinster måste vara koncentrationsspecifika. I Inco-Falconbridge hade parterna gjort gällande att koncentrationen skulle möjliggöra effektivitetsvinster i form av ökad produktion till lägre kostnader. Det skulle gå att dra nytta av att produktionsfaciliteterna skulle vara nära källan till materialet (gruvorna). Kommissionen valde att inte tillmäta dessa påstådda vinster någon betydelse eftersom de inte ansågs vara koncentrationsspecifika. Effektivitetsvinster hade likaväl kunnat uppnås genom ett samriskföretag mellan parterna utan att riskera negativa konkurrens-effekter. Kommissionen ansåg inte heller att de åberopade effektivitetsvinsterna skulle komma konsumenterna tillgodo i tillräcklig utsträckning eftersom sänkta produktionskostnader skulle spridas över en större produktgrupp. Därmed inkluderades större konsumentgrupper och inte bara de direkt berörda konsumenterna, som inte skulle kompenseras tillräckligt. Avgörande för bedömningen var att koncentrationen skulle skapa en monopolliknande ställning. Incitamentet att föra eventuella effektivitetsvinster vidare till konsumenterna saknades. Enligt kommissionen hade parterna inte på ett övertygande sätt styrkt att effektivitetsvinsterna skulle uppväga den påtagliga risken för att konkurrensen på marknaden skulle hämmas.⁴⁶¹

Miljövinster får inte heller utesluta konkurrensen. Korsnäs/Assidomän Cartonboard fallet, som inte i första hand gällde miljön, avsåg Korsnäs förvärv av Assidomän Cartonboard. Bägge företagen var producenter av wellpapp. Kommissionen fann att övertagandet skulle skapa effektivitetsvinster i form av en ökad produktion. Trots att övertagandet skapade en dominerande ställning för Korsnäs fann kommissionen att det saknades skäl att ifrågasätta åtgärderna. Motverkande köpkraft hos konsumenterna förhindrade att det sammanslagna bolaget kunde utnyttja sin ställning på ett otillbörligt sätt. Enheterna var dessutom inte närmaste konkurrenter, så någon avsevärd eliminering av konkurrensen rörde det sig inte heller om. Fristående aktörer säkrade att konkurrensstrycket skulle förbli högt. Efter genomgång av de konkurrensbegränsande effekterna valde kommissionen att avsluta ärendet. Effektivitetsvinsterna skulle sannolikt medföra att Korsnäs fick incitament att öka produktionen, vilket skulle vara till nytta för konsumenterna.⁴⁶²

7.4.2 Proportionalitet styr miljöbedömningar

Parterna i en horisontell företagskoncentration har således möjligheten att föra fram välgrundade argument om miljövinster om sådana vinster kan kvantifieras ekonomiskt. Normalt kan parterna tänkas vilja visa att miljöförbättringarna är att betrakta som förbättringar av produktionen och bidrar till tekniskt och ekonomiskt framåtskridande, som i slutändan kommer konsumenten tillgodo. Kommissionen kommer att ta ställning till vinsterna vid bedömningen enligt artikel 2(1)(b) i koncentrationsförordningen.

Att bevisa ett direkt samband mellan koncentrationen och en nödvändig miljömessig effektivitetsvinst kan dock vara svårt. En proportionell helhets-

⁴⁶¹ Kingston, s 336.

⁴⁶² Ibid, s 337.

bedömning måste därför balansera konkurrensbegränsningen mot de påstådda miljömässiga effektivitetsvinster. Skulle påstådda effektivitetsvinster vara en följd av krav enligt gällande miljölagstiftning går det inte att hävda ett samband mellan en koncentration och sådana effektivitetsvinster.⁴⁶³

Svårigheterna kommer, liksom i samband med artiklarna 101 och 102 FEUF, att ligga i att ekonomiskt kvantifiera miljöförbättringar. På samma sätt är det problematiskt att visa att miljömotiverade effektivitetsvinster inte utgör ett hinder för konkurrensen. Ordalydelsen i artikel 2(1) kan förefalla att skapa oöverstigliga hinder. Oavsett vilka effektivitetsvinster, som uppkommer och ger upphov till tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, får de inte medföra ett hinder för konkurrensen. En strikt tolkning går för långt. Ett hinder för effektiv konkurrens måste vara påtagligt, vilket leder till en proportionalitetsbedömning baserad på specifika omständigheter.

Beträffande vertikala koncentrationer förefaller det troligt att effektivitetsvinster kan få ett ökat utrymme för att bedöma om koncentrationen påverkar konkurrensen. Vertikala sammanslagningar anses ha mindre påverkan på konkurrensen än när direkta konkurrenter går samman. Parterna snarare kompletterar varandra, vilket möjliggör kostnads- eller produktionseffektivitet med bättre produkter och tjänster till lägre priser.⁴⁶⁴ Ett exempel på en sådan vertikal koncentration var Posten AB/Post Danmark A/S,⁴⁶⁵ där kommissionen gjorde bedömningen att en koncentration mellan ett tryckeriföretag och postutdelningsföretag inte nämnvärt påverkade konkurrensen på marknaden, utan medförde effektivitetsvinster genom lägre priser och tillgång till båda tjänsterna från en leverantör. I bedömningen valde kommissionen att se till resultatet av åtgärderna mer än de tre kriterierna för hur effektivitetsvinster kan inkluderas i bedömningen enligt de horisontella koncentrationsriktlinjerna.⁴⁶⁶

7.4.3 Legitima intressen

Huvudregeln är att det är kommissionen ensam som är behörig att hantera koncentrationer, som uppfyller koncentrationsförordningens tröskelvärden och därmed anses ha en gemenskapsdimension.⁴⁶⁷ Förordningen innehåller dock en möjlighet för medlemsstaterna att genom hänvisning till legitima intressen antingen blockera eller införa särskilda villkor för en koncentration. Legitima intressen avser uttryckligen allmän säkerhet, mediernas mångfald och tillsynsregler. Listan är inte uttömmande och det är möjligt att beakta även andra legitima intressen under förutsättningen att de meddelas kommissionen innan åtgärderna

⁴⁶³ Kingston, s 335.

⁴⁶⁴ Jämför exempelvis kommissionens tillkännagivande – Riktlinjer för bedömningen av icke-horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr C 256, 18.10.2008, s 7, p 10–13.

⁴⁶⁵ Se kommissionens beslut den 21 april 2009 i mål M.5152, Posten AB/Post Danmark A/S.

⁴⁶⁶ Se exempelvis kommissionens tillkännagivande – Riktlinjer för bedömningen av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr C 31, 5.2.2004, s 14, p 79, 80, 83, 85 och 86.

⁴⁶⁷ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr L 24, 29.1.2004, s 17, artikel 21(2) och 21(3).

utförs och att medlemsstaten avvaktar med genomförande till kommissionen tagit ställning.⁴⁶⁸ Medlemsstaten kan därefter enligt artikel 21(4) vidta "nödvändiga åtgärder för att skydda andra legitima intressen än de som omfattas" av förordningen.

Det är oklart om miljöhänsyn kan anses som ett intresse av allmän säkerhet eller om det utgör ett eget särskilt intresse, som därmed måste meddelas kommissionen innan åtgärderna vidtas. Begreppet allmän säkerhet har tolkats brett till att omfatta fortsatta leveranser av olja till Irland.⁴⁶⁹ Kan ett miljöintresse inte kopplas till allmän säkerhet enligt artikel 21(4) måste det behandlas som ett annat legitimt intresse. Kommissionens bedömning utgår från proportionalitetsprincipen och nödvändigheten av åtgärderna. Vidare ska kommissionen ta hänsyn till kravet på en hållbar utveckling och integrationsprincipens krav på miljöhänsyn. I *Banco Santander Central Hispanico/A. Champalimaud* gjorde kommissionen en snäv tolkning av artikel 21(4).⁴⁷⁰ Täcks inte åtgärden av första stycket i artikel 21(4) måste avsikten att vidta åtgärder meddelas kommissionen i avvaktan på beslut enligt andra stycket i samma paragraf. Skulle åtgärderna vara genuint miljömotiverade och inte ett förtäckt sätt för medlemsstaten att försöka skydda ett annat nationellt ekonomiskt intresse, förefaller det möjligt att få miljökraven tillgodosedda.⁴⁷¹ Det är dock sällsynt att legitima intressen beviljas.⁴⁷²

7.5 Sammanfattande kommentar

2004 års ändringar av koncentrationsförordningen och införandet av ett nytt substanstest innebar ökade möjligheter att beakta effektivitetsvinster. Den förändringen skapade större förutsättningar för att miljövinster skulle kunna föras fram som effektivitetsvinster. Hänvisningen i artikel 2(1)(b) till att bedömningen inkluderar utvecklandet av tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande gör det fullt möjligt för parterna att föra fram bevisning om miljövinster trots att koncentrationsförordningen främst har en ekonomisk prägel.

Koncentrationen får dock inte utgöra ett påtagligt hinder för effektiv konkurrens på marknaden. Om så är fallet minskar betydelsen av miljöfördelarna. Kommissionens behandling av miljöhänsyn måste utgå ifrån integrationsprincipen i artikel 11 FEUF och unionens övriga målsättningar om en hög miljöskyddsnivå och en hållbar utveckling. Även om det inte medges något direkt undantag för miljön föreligger i alla händelser en skyldighet att beakta miljöhänsyn vid koncentrationsbedömningen.

⁴⁶⁸ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr L 24, 29.1.2004, s 17, artikel 21(4).

⁴⁶⁹ Se mål C-72/83 *Campus Oil* [1984] REG 1984, s 2727.

⁴⁷⁰ Vedder, s 233; kommissionens beslut den 30 juni 1999 i ärende IV/M.1616, *Banco Santander Central Hispanico/A. Champalimaud*; och kommissionens beslut den 21 december 1989 i ärende M.2054 *Holderbank/Cimpor Cimentos de Portugal* (där nationella åtgärder i syfte att skydda aktieägarstrukturen i företag som skulle privatiseras inte utgjorde ett legitimt intresse).

⁴⁷¹ Kingston, s 340–342.

⁴⁷² Whish, s 846.

8 Sammanfattning och konklusioner

Relationen miljö-konkurrens har diskuterats livligt i Europa. Två uppfattningar har stått mot varandra: å ena sidan att fördragstext ställer krav på att miljöhänsyn ska integreras i all unionsverksamhet – inklusive konkurrensrätten – och å andra sidan att den ekonomiska konkurrensrätten inte lämpar sig för miljöreglering.

Detta utredningsuppdrag presenterar utvecklingen i EU beträffande miljörettens förhållande till konkurrensbegränsande samarbeten, missbruk av dominerande ställning och företagssammanslagningar. Rapporten försöker visa på förändringar efter att krav på en hållbar utveckling infördes som ett övergripande målen i EU-rätten. Myndigheter och domstolar har sökt en vettig balans mellan hur ekonomisk effektivitet ska ställas mot svårfångade miljörettsliga värden?

Samhällsekonomisk effektivitet och miljö

Grundläggande teorier om samhällsekonomisk effektivitet syftar till att optimera resursanvändningen i samhället. Misslyckanden beror ofta på konkurrensbegränsande samarbeten, monopol, hinder för marknadsdeltagande, negativa externa effekter i form av missbruk av kollektiva nyttigheter – alla företeelser som konkurrenslagstiftningen försöker förhindra.

Miljösatningar kom relativt sent i det europeiska samarbetet. Efter hand har en grundläggande miljöpolitik utvecklats, som omfattar en försiktighetsprincip, en förebyggandeprincip, en princip om att miljöförstöring ska förhindras vid källan; och att förorenaren ska betala den skada som verksamheten orsakar.

En felaktig resursanvändning av kollektiva nyttigheter, som får negativa miljökonsekvenser, åtgärdas i första hand med politiska styrmedel för att skapa en miljöriktig balans. Under senare år har de politiska styrmedlen kompletterats med marknadsstyrda s.k. miljöavtal. Marknadspriset ska avspegla alla de kostnader, som marknadsaktörerna har att ta hänsyn till vid beslutsfattandet. Internaliseringen av negativa externa effekter i marknadspriset för varor och tjänster framtvingar miljövänligare alternativ.

På samma sätt kan en effektiv och dynamisk konkurrens sporra fram miljöförbättrande utveckling och innovation och reducering av externa effekter och kostnader för samhället. Miljömässiga avvägningar ska integreras i konkurrensbedömningen. Har konsumenter möjlighet att välja miljöriktiga produkter leder en ökad konkurrens automatiskt till en ökad välfärd. På en dynamisk och konkurrensutsatt marknad utvecklas effektivare teknologier, som sänker såväl produktionskostnader som prisnivåer. Kan miljövinster översättas till effektivitetsvinster innebär vinstmaximeringen att det är den miljövänligare vägen som väljs.⁴⁷³ En

⁴⁷³ Tari, "Competition or Environmental Protection: is it necessary to choose?", s 279

samordnad och balanserad konkurrens- och miljöpolitik skapar därför samhällsekonomisk nytta.

Inledningsvis lades vikten vid lagstiftningsåtgärder på miljöområdet. Kostnader kopplade till användningen av miljöresurser skulle övervältras på marknadsaktörerna. Informerade konsumenter skulle göra miljöriktiga val, vilket i sin tur skulle tvinga fram konkurrens och en ökad innovation och utveckling på miljöområdet.

Lagstiftningsarbetet är dock tungrott och felaktiga politikerbeslut kan leda utvecklingen åt fel håll. Under senare tid har därför den europeiska miljöpolitiken kompletterats med nya marknadsinstrument, som uppmuntrar företagen att träffa miljöavtal för att vidta miljöfrämjande åtgärder. Ett miljösamarbete ska syfta till en bättre miljö med tydliga mål och mätbara resultat. Miljömässigt sämre produkter eller tjänster konkurreras ut av bättre alternativ. På så sätt framstår miljöavtalet som ett användbart komplement till lagstiftningsåtgärder om effektivitetsvinster uppnås när marknadsaktörerna själva får utforma innehållet i miljöavtalet. Skulle det visa sig att miljöavtalet inte får avsedd effekt återstår alltid lagstiftningsmöjligheter.

Konkurrensbegränsande samverkan

Avtal som på ett märkbart sätt begränsar konkurrensen och handeln mellan medlemsländerna faller under förbudet i artikel 101(1) FEUF och är civilrättsligt ogiltiga enligt artikel 101(2) FEUF. Balansering av för- och nackdelarna med ett konkurrensbegränsande avtal sker med beaktande av kriterierna för undantag i artikel 101(3) FEUF. Ett undantag är beroende av att ekonomiska effektivitetsvinster kan styrkas av avtalets parter. Fördelar, som inte är rent ekonomiska, kan beaktas i den mån det är möjligt att inkludera sådana fördelar under kriterierna för undantag.

Miljöavtal ingås ofta av konkurrerande företag och behandlingen följer den allmänna inställningen till horisontellt samarbete. Särskilt gruppundantag saknas för miljösamverkan medan utfärdade riktlinjer ger viss vägledning. 2001 års horisontella riktlinjer innehöll ett särskilt miljökapitel, som dock utmönstrats ur 2010 års reviderade riktlinjer. Denna förändring ska dock inte uppfattas som en nedklassning av miljöaspekter. Resonemangen i 2001 års riktlinjer torde ha kvar sin relevans. Miljöavtalen följer nu samma systematik, som gäller övriga horisontella avtal. Har ett sådant avtal en märkbar effekt på konkurrens och handel omfattas det av förbudet oavsett hur angeläget det är ur miljösynpunkt.

Om ett angeläget miljöavtal lätt fångas av förbudet i artikel 101(1) FEUF är det viktigt att möjligheterna till undantag enligt artikel 101(3) FEUF väger in miljöhänsyn enligt integrationsprincipen i bedömningarna. Enligt artikel 191 FEUF ska unionens miljöpolitik bidra till att bevara, skydda och förbättra miljön samt iakttä försiktighetsprincipen. Miljöavtal kan erbjuda långsiktiga vinster för såväl sam-

hället som helhet och för enskilda konsumenter. Samtliga fyra kumulativa undantagskriterier i artikel 101(3) FEUF ska uppfyllas. Avtalets fördelar måste väga upp de nackdelarna för konkurrensen vid en nyttokostnadsanalys. Avtalets parter måste visa att miljöavtalet medför objektiva ekonomiska effektivitetsvinster i form av ekonomiskt eller tekniskt framåtskridande och leder till direkta och bevisbara fördelar för enskilda konsumenter eller konsumentkollektivet som helhet. Miljöavtal får inte innehålla begränsningar, som inte är nödvändiga för att nå avtalets miljömål och inte heller eliminera all konkurrens.

Förhållandena måste bedömas på såväl kort som lång sikt. Miljövinster som först uppkommer på sikt kan vara särskilt svåra att värdera mot kortsiktiga konkurrensförluster. Minskar avtalen incitament för innovation och produktutveckling uppkommer sannolikt långsiktigt negativa konsekvenser för miljön. Tillämpningen av hur miljöhänsyn kan inkluderas i konkurrensbedömningen är inte mekanisk, utan varje individuellt ärende måste ses utifrån de speciella omständigheterna, som berörs när det avgörs om ett miljöavtal kan undantas eller inte. Avvägningarna är många och även om riktlinjerna ger sken av att alla bedömningar är objektiva och har en ekonomisk grund, torde verkligheten vara den att metoderna ännu inte är tillräckligt utvecklade, vilket öppnar för en diskretionär bedömning.

Missbruk av dominerande ställning

Artikel 102 FEUF saknar särskild undantagsbestämmelse, vilket inte är avgörande. En helhetsprövning sker likväl om förfarandet är acceptabelt. Bedömningen måste ske i ett sammanhang där de konkurrensmässiga effekterna ställs mot de objektivt godtagbara skäl, som agerandet kan motiveras av. Myndigheten bär bevisbördan för att missbruk av en dominerande ställning föreligger, medan företagen har att styrka de objektiva skäl, som talar för att agerandet inte ska förbjudas.

Tillämpningen av artikel 102 FEUF är komplicerad. Kommissionens prioriteringar framgår av 2009 års vägledning. Vägledningen, som bara täcker ensamdominans tar till utgångspunkt ett ekonomiskt effektbaserat perspektiv. Bestämmelsen bygger på antagandet att dominerande företag är benägna att företa konkurrensbegränsande åtgärder för att skapa ekonomiska fördelar, som kan leda till skada för den effektiva konkurrensen. Förekomsten av en dominerande ställning innebär dock inte i sig någon anmärkning mot det berörda företaget. Däremot har det dominerande företaget ett särskilt ansvar för att inte genom sitt beteende snedvrider konkurrensen. Även om artikel 102 FEUF inte innehåller en specifik undantagsregel kan det uppstå situationer där åtgärder är berättigade av objektivt försvarbara skäl. Svårigheterna för företagen ligger i att de bär bevisbördan för att de påtalade konkurrensbegränsningarna faktiskt är genuint motiverade av de objektiva skäl som åberopas.

Vinster måste gynna konsumenterna i form av antingen lägre priser, miljöriktigare produkter, tjänster eller bättre miljövärden. Problemet ligger i att kvantifiera miljövärden så att de kan jämföras mot kostnaderna, som eventuellt missbrukande

åtgärder annars orsakar. Miljöåtgärderna måste vara nödvändiga för att nå sitt syfte. Konkurrensprövningen tar hänsyn till såväl positiva som negativa miljöeffekter. Miljövinster kan inkluderas som effektivitetsvinster, som bidrar till en ökad nytta för konsumenterna.

Miljömotiverade åtgärder utgör inte en automatisk undantagsgrund från förbudet i artikel 102 FEUF. Det åligger den granskande konkurrensmyndigheterna att noggrant undersöka omständigheterna i varje enskilt fall för att pröva vilka negativa konkurrenseffekter missbruket ger upphov till och ställa dem mot eventuella miljömotiverade vinster. Effekter måste såväl beaktas i ett kortsiktigt som ett långsiktigt perspektiv och eventuella kortsiktiga förluster kan uppvägas av eventuella långsiktiga vinster. Vid en prövning måste konkurrensmyndigheterna kunna särskilja mellan genuint miljömotiverade åtgärder och åtgärder som endast utgör en täckmantel för konkurrensbegränsningar.

Proportionalitet styr bedömningen. Även om miljöåtgärderna är objektivt försvarbara och innebär effektivitetsvinster så "kan detta fortfarande endast vara berättigat om det inte därigenom införs hinder, vilkas verkan går utöver det mål som ska uppnås".⁴⁷⁴ Om ett företag med en dominerande ställning har vidtagit åtgärder, som medför proportionerliga och miljömässigt sätt positiva åtgärder finns det starka skäl som talar för att sådana åtgärder ska anses som berättigade om övriga villkor om objektiv försvarbarhet och effektivitetsvinster är uppfyllda. Det ska således inte gå att uppnå samma mål och effekt på andra för konkurrensen mindre betungande sätt och åtgärderna får inte riskera att all eller stora delar av den effektiva konkurrensen på marknaden snedvrids. Utan konkurrens saknar miljövinster betydelse eftersom den långsiktiga skadan på konsumentvälfärden blir för stor.

Koncentration

2004 års ändringar av koncentrationsförordningen och införandet av ett nytt substanstest innebar ökade möjligheter att beakta effektivitetsvinster. Den förändringen skapade större förutsättningar för att miljövinster skulle kunna föras fram som effektivitetsvinster.

Hänvisningen i artikel 2(1)(b) till att bedömningen inkluderar utvecklandet av tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande gör det fullt möjligt för parterna att föra fram bevisning om miljövinster. Trots att koncentrationsförordningen har en ekonomisk prägel borde det vara möjligt att kvantifiera miljövinster på ett sätt att sådana kan inkluderas vid bedömningen om koncentrationen medför för- eller nackdelar för konkurrensen på marknaden eller för konsumenterna. Koncentrationen får dock inte utgöra ett påtagligt hinder för effektiv konkurrens på marknaden. Om så är fallet minskar betydelsen av miljöfördelarna. Kommissionens

⁴⁷⁴ Vilket kommer till uttryck i bl.a. United Brands målet (p 158) och i kommissionens beslut i DSD (p 112); se mål C-27/76 United Brands mot kommissionen REG 1978 s 207, p 158, och kommissionens beslut i DSD, OJ 2001 L 166/1, p 112.

behandling av miljöhänsyn måste utgå ifrån integrationsprincipen i artikel 11 FEUF och unionens övriga målsättningar om en hög miljöskyddsnivå och en hållbar utveckling. Även om det inte medges något direkt undantag för miljön föreligger i alla händelser en skyldighet att beakta miljöhänsynen vid koncentrationsbedömningen.

Sammantaget: Rapporten bekräftar hypotesen att en balans mellan de konkurrensrättsliga och miljömässiga övervägandena kan åstadkommas. Praxis är dock fortfarande sparsam. Svårigheterna att rätt värdera miljöriktiga insatser förblir stora. Det kan därför förväntas att rättsområdet fortsätter att utvecklas.

9 Referenser

Litteratur

Albors-Llorens, Albertina: "The Role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82 EC", (2007) *Common Market Law Review*, Vol. 44, s 1727-1761

Bailey, Patricia: "The Creation and Enforcement of Environmental Agreements", (1999) *European Environmental Law Review*, June 1999, s 170-179

Casey, Donal: "Disintegration: Environmental Protection and Article 81 EC", (2009) *European Law Journal*, Vol. 15 No. 3, s 362-381

Collins, Natalie: "European Environmental Policy and Its Effects on Free Trade", (2001) *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, Vol. 26, Issue 1, s 185-213

Cooter, Robert: "Law and Economics", (1999) Addison-Wesley, Boston

Craig, Paul och Búrca de, Gráinne: "The Evolution of EU Law", (1999) Oxford University Press, Oxford

Craig, Paul: "EU Administrative Law", (2006) Oxford University Press, Oxford [Craig (2006)]

Craig, Paul och Búrca de, Gráinne: "EU Law: Text, Cases, and Materials", (2008) Oxford University Press, Oxford

Croci, Edoardo: "The Handbook of Environmental Voluntary Agreements", (2005) Springer, Dordrecht

Dhondt, Nele: "Integration of Environmental Protection into other EC Policies - Legal Theory and Practice", (2003) Europa Law Publishing, Groningen

Durán, Garcia: "Commentary on Article 37 of the EU Charter of Fundamental Rights – Environmental Protection", (2013) University of Edinburgh, Research Paper Series No 2013/20

Farber, Daniel och Frickey, Philip: "Law and Public Choice - A Critical Introduction", (1991) University of Chicago Press, London

- Gipperth, Lena: "Lagstiftning eller självreglering I miljöretten", (2001) Svensk Juristtidning 2001 s. 280-299
- Gormsen Lovdahl, Liza: "A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law", (2010) Cambridge University Press, Cambridge
- Groussot, Xavier: "General Principles of Community Law", (2006) Europa Law Publishing, Groningen
- Hardin, Garrett: "The Tragedy of the Commons", (1968) Science, New Series, Vol. 162, No. 3859, s 1243-1248
- Imad, Moosa: "The Costs and Benefits of Environmental Regulation", (2014) Edward Elgar Publ Ltd, Cheltenham
- Jacobs, Reto: "EEC Competition Law and the Protection of the Environment", (1993) 20 Legal Issues of Economic Integration, Issue 2, s 37-67
- Jans, Jan och Vedder, Hans: "European Environmental Law - After Lisbon", (2012) Europa Law Publishing, Groningen
- Jones, Alison och Sufrin, Brenda: "EU Competition Law: Text, Cases and Materials", (2014) Oxford University Press, Oxford
- Jordan, Andrew: "Environmental Policy in the EU: Actors, Institutions and Processes", (2013) Routledge, Oxon
- Karlsson, Johan och Östman, Marie: "Konkurrensrätt - En Handbok", (2014) Karnov Group Sweden, Stockholm
- Kingston, Suzanne: "Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special", (2010) European Law Journal, Vol. 16 No. 6, s 780-805
- Kingston, Suzanne: "Greening EU Competition Law and Policy", (2012) Cambridge University Press, Cambridge
- Kingston, Suzanne: "European Perspectives on Environmental Law and Governance", (2013) Routledge Research in EU Law, London [För Krämer (2013) och McIntrye]
- Knox, Ruth: "Should Competition Authorities Integrate Environmental Protection into Competition Policy?", (2009) Global Antitrust Review, s 101-115
- Korah, Valentine: "An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice", (2007) Hart Publishing, Oxford

Krieger, Martin: "What's Wrong with Plastic Trees?", (1973) *Science* Vol. 179, s 446-455

Krämer, Ludwig: "EU Environmental Law", (2011) Sweet & Maxwell, London

Krämer, Ludwig: Se Kingston (2013)

Laguna de Paz, José Carlos: "Protecting the Environment Without Distorting Competition", (2012) *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 3, s 248-257

Larragán de Cendra de, Javier: "Distributional Choices in EU Climate Change Law and Policy", (2011) Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn

Lavrijssen, Saskia: "What Role for National Competition Authorities in Protecting Non-competition Interests After Lisbon?", (2010) *European Law Review*, Vol. 35, s 636-659

Lee, Maria: "EU Environmental Law - Challenges, Change and Decision Making", (2005) Hart Publishing, Oxford

Lehmann, Markus: "Voluntary Environmental Agreements and Competition Policy - The Case of the German System for Packaging Waste Management", (2004) *Environmental & Resource Economics*, s 435-449

Levi-Faur, David: "Handbook on the Politics of Regulation", (2011) Edward Elgar Publishing, Glos

Mahmoudi, Said och Langlet, David: "EUs Miljö rätt", (2011) Norstedts Juridik AB, Stockholm

March, James: "How Decisions Happen in Organizations", (1991) *Human-Computer Interaction*, Vol. 6, s 95-117

McIntyre, Owen: Se Kingston (2013)

Monti, Giorgio: "Article 81 EC and Public Policy", (2002) *Common Market Law Review*, Vol. 39, s 1057-1099

Monti, Giorgio: "EC Competition Law, Law in Context Series", (2007) Cambridge University Press, Cambridge

Mortelmans, Kamiel: "Towards a Convergence of the Application of the Rules on Free Movement and Competition?", (2001) *Common Market Law Review*, Nr. 38, s 613-649

Nowag, Julian: "Competition Law, State Aid Law and Free-Movement Law: The Case of the Environmental Integration Obligation" (2014)(PhD Thesis, Oxford University 2014; forthcoming as "Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws", OUP 2016)

Odudu, Okeoghene: "Editorial – Competition: Efficiency and Other Things", (2009) *The Competition Law Review*, Vol. 6 Issue 1, s 1-4

Odudu, Okeoghene: "The Wider Concerns of Competition Law", (2010) *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 30, No. 3, s 599-613

Orts, Eric: "Environmental Contracts: Comparative Approaches to Regulatory Innovation in the United States and Europe", (2001) Kluwer Law International, London

Pace, Lorenzo: "European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102", (2011) Edward Elgar Publishing, Cheltenham

Padilla, Jorge och O'Donoghur, Robert: "The Law and Economics of Article 102 TFEU", (2013) Hart Publishing, Oxford

Pearce, David och Barbier, Edward: "Blueprint for a Sustainable Economy", (2000) Earthscan, London

Portwood, Timothy: "Competition Law & the Environment", (2000) Cameron May, London

Ramlogan, Rajendra: "Sustainable Development: Towards a Judicial Interpretation (Legal Aspects of a Sustainable Development)", (2011) Martinus Nijhoff Publ., Boston

Sadeleer de, Nicolas: "EU Environmental Law and the Internal Market", (2014) Oxford University Press, Oxford

Samuelsson, Patrik: "Konkurrensbegränsande miljöavtal - Enligt artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt", (2014) Lund University Libraries

Schweitzer, Heike: "Competition Law and Public Policy: Reconsidering an Uneasy Relationship. The example of Art. 81", (2007) EUI WP 2007/30

Semmelmann, Constanze: "The Future Role of Non-Competition Goals in the Interpretation of Article 81 EC", (2008) *Global Antitrust review*, Vol. 1, s 15-47

Senden, Linda: "Soft Law, Self-Regulation and Co-regulation in European Law: Where do they meet?", (2005) *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 9.1

Sjåfell, Beate och Wiesbrock, Anja: "The Greening of European Business under EU Law", (2015) Routledge, Oxon

Tari, Zsófia: "Competition of environmental protection - is it necessary to choose?", (2010) *Iustrum Aequum Salutare*, VI. 2010/04, s 277-283

Townley, Christopher: "Article 81 EC and Public Policy", (2009) Hart Publishing, Portland

Townley, Christopher: "Which Goals Count in Article 101 TFEU?: Public Policy and its Discontents", (2011) *E.C.L.R*, Issue 9, s 441-448 [Townley (2011)]

Townley, Christopher: "Is There Still Room for Non-Economic Arguments in Article 101 TFEU Cases?", (2012) *The Conference on Aims and Values in Competition Law*, Copenhagen, September 20, 2012, s 1-45

Tridimas, Takis: "The General Principles of EC Law", (2006) Oxford University Press, Oxford

Vedder, Hans: "Competition Law and Environmental Protection in Europe: Towards Sustainability?", (2003) Europa Law Publishing, Groningen

Vedder, Hans: "The Treaty of Lisbon and European Environmental Law and Policy", (2010) *Journal of Environmental Law*, Vol. 22(2), s 285-299

Whish, Richard: "Competition Law", (2009) Oxford University Press, Oxford

Rättsfall

EU-domstolen

Förenade mål C-56/64 och C-58-64 *Etablissements Consten sàrl och Grundig-Verkaufs GmbH mot kommissionen* [1966] Rec 1966

Mål C-27/76 *United Brands mot kommissionen* [1978] REG 1978

Mål C-85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461

Mål C-322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot kommissionen* [1983] ECR 3461

Förenade mål C-96-102, 104, 105, 108 & 110/82 *NV IAZ* [1983] ECR 3369

Mål C-72/83 *Campus Oil* [1984] REG 1984

Mål C-240/83 *ADBHU* [1985] ECR 531

Mål C-62/86 AKZO mot kommissionen [1991] ECR I-3439

Mål C-302/86 kommissionen mot Danmark [1988] REG s 4607

Mål C-41/90 Höfner och Elser [1991] ECR I-1979

Mål C-179/90 Merci Convenzionali Porto di Genoa mot Siderurgica Gabrielli (Genoa) [1991] ECR I-5889

Mål C-165/91 Van Munster [1991] ECR I-4661

Mål C-379/92 Peralta [1994] ECR I-3453

Förenade mål C-68/94 och 30/95 Frankrike mot kommissionen (Kali & Salz) [1998] ECR I-1375

Mål C-203/96 Chemische Afvalstoffen Dusseldorp mot Minister van Volkhuysvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (Dusseldorp) [1998] ECR I-4075

Förenade mål C-395 och 396/96 Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mot kommissionen [2000] ECR I-1365

Mål C-293/97 Standley m.fl. [1999] ECR I-2603

Förenade mål C-175/98 och C-177/98 Lirussi och Bizzaro [1999] ECR I-6881

Mål C-513/99 Concordia Bus [2002] ECR I-7213

Förenade mål C-20/01 och C-28/01 kommissionen mot Tyskland [2003] ECR I-3646

Mål C-95/04 British Airways mot kommissionen [2007] ECR I-2331

Mål C-238/05 ASNEF-EQUIFAX [2006] ECR I-11125

Förenade mål C-468/06 till C-478/06 Sot. Léloukas kai Sia (GSK) [2008] ECR I-7139

Förenade mål C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P och C-519/06P GlaxoSmithKline Services [2009] ECR I-9291

Mål C-52/07 Kanal 5 och TV 4 [2008] ECR I-9275

Mål C-385/07 P Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH mot kommissionen [2009] ECR I-6155

Mål C-280/08 Deutsche Telekom mot kommissionen [2010] ECR I-9555

Mål C-378/08 ERG m.fl. [2010] ECR I-1919

Mål C-52/09 TeliaSonera Sverige [2011] ECR I-527

Tribunalen

Mål T-30/89 Hilti [1991] ECR II-1439

Mål T-51/89 Tetra Pak Rausing SA mot kommissionen (Tetra Pak-BTG License) [1990] ECR II-309

Mål T-83/91 Tetra Pak International mot kommissionen [1994] ECR II-755

Mål T-12/93 Vittel [1993] ECR II-785

Mål T-17/93 Matra [1994] ECR II-595

Mål T-191/98 Atlantic Container Line [2003] ECR II-3275

Förenade mål T-74/00 och T-76/00 Artegoda m.fl. mot kommissionen [2002] ECR II-4945

Mål T-151/01 Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH mot kommissionen [2007] ECR I-1607

Mål T-168/01 GlaxoSmithKline Services [2006] ECR II-2969

Mål T-201/01 Microsoft [2007] ECR II-3601

Mål T-289/01 DSD [2007] ECR II-1691

Mål T-193/02 Laurent Piau mot kommissionen [2005] ECR II-209

Mål T-419/03 Altstoff Recycling Austria AG mot Europeiska kommissionen [2011] ECR II-975

Mål T-229/04 Sverige mot kommissionen [2007] ECR II-2437

Mål T-301/04 Clearstream mot kommissionen [2009] ECR II-3155

Mål T-342/07 Ryanair mot kommissionen [2010] ECR II-3457

Kommissionens beslut

Carbon Gas Technologie - [1983] OJ L376/17

BBC Brown Boveri - [1988] OJ L301/68

Holderbank/Cimpor Cimentos de Portugal (mål M.2054) - Kommissionens Beslut den 21 december 1989

KSB/Goulds/Lowara/ITT - [1990] OJ L19/25

APB - [1990] OJ L1818/35

FLACHGLAS/VEGLA (IV/M.168) - [1992] OJ C120/14

Assurpol - [1992] OJ L37/16

Waste Management International/SAE (Ärende IV/M.283) - [1993] OJ C10/07

Exxon/Shell - [1994] OJ L144/20

Philips/Osram - [1994] OJ L378/37

EACEM - [1998] OJ C12/02

Suez Lyonnaise des Eaux/BFI (IV/M.1059) - [1998] OJ C39/07

ZVEI/Arge Bat - [1998] OJ C173/13

Flughafen Frankfurt/Main AG (IV/34.801) - [1998] OJ L72

*Banco Santander Central Hispanico/A. Champalimaud (IV/M.1616)
Kommissionens Beslut den 30 juni 1999

CECED (IV.F.1/36.718) - [2000] OJ L187/47

DSD (1/463/EC) - [2001] OJ L166/1

Eco-Emballages - [2001] OJ L233/37

DSD (2001/837/EC) - [2001] OJ L319/1

ARA, ARGEV, ARO - [2004] OJ L75/59

*Korsnäs/Assidomän Cartonboard (M.4057) - Kommissionens Beslut den 12 maj 2006

*Inco/Falconbridge (M.4000) - Kommissionens Beslut den 4 juli 2006

*Posten AB/Post Danmark A/S (mål M.5152) - Kommissionens Beslut den 21 april 2009

EU-handlingar

Förordningar

Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer EGT L nr 395, 30.12.1989

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 001, 4.1.2003

Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr L 24, 29.1.2004

Kommissionens förordning (EU) nr 1217/2010 av den 14 december 2010 om tillämpningen av artikel 101(3) i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av forsknings- och utvecklingsavtal, EUT L 335, 18.12.2010

Kommissionens förordning (EU) nr 1218/2010 av den 14 december 2010 om tillämpningen av artikel 101(3) i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av specialiseringsavtal, EUT L 335, 18.12.2010

Riktlinjer

Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001

Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT C 101, 27.4.2004

Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004

Kommissionens tillkännagivande – Riktlinjer för bedömningen av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr C 31, 5.2.2004

Kommissionens tillkännagivande – Riktlinjer för bedömningen av icke-horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr C 256, 18.10.2008

Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer om vertikala begränsningar, EUT C 130, 19.5.2010

Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011

Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 101(1) FEUF, OJ C 291, 30.8.2014

Meddelanden

Kommissionens gemenskapsstrategi för minskade koldioxidutsläpp från personbilar och förbättrad bränsleekonomi, KOM(95) 689

Meddelande från kommissionen om försiktighetsprincipen, KOM(2000) 1 slutlig

Meddelande från kommissionen om "Miljöavtal på gemenskapsnivå inom ramen för handlingsplanen för en bättre och enklare lagstiftning", KOM (2002) 412 slutlig, 17.7.2002

Kommissionens utkast till interinstitutionellt avtal om bättre lagstiftning, OJ C 321, 31.12.2003

Meddelande från kommissionen till rådet och europaparlamentet angående resultat av översynen av gemenskapens strategi för minskade koldioxidutsläpp från personbilar och lätta nyttofordon, KOM(2007) 19 slutlig

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 C 45, 24.2.2009

Program

Miljöhandlingsprogram för unionen till 2020 - att leva gott inom planetens gränser, OJ L 354, 28.12.2013

Vitbok

Vitboken om Effektivare kontroll av företagskoncentrationer i EU, COM(2014) 449 slutgiltig, 9.7.2014

Rapporter om konkurrenspolitiken

XXII:e rapporten om konkurrenspolitiken, COMP REP EC 1992

XXIII:e rapporten om konkurrenspolitiken, COMP REP EC 1993

XXV:e rapporten om konkurrenspolitiken, KOM(96) 126 slutlig

XXVIII:e rapporten om konkurrenspolitiken, (1999) 743 slutlig

XXIX:e rapporten om konkurrenspolitiken, SEK(2000) 720 Slutlig

XXXII:e rapporten om konkurrenspolitiken, SEC(2003) 467

Press releaser

Kommissionens press release IP/98/865

Kommissionens press release IP/00/508

Kommissionens press release IP/00/148

Kommissionens press release IP/02/1069

Kommissionens press release IP/05/170

Kommissionens press release IP/06/926

Kommissionens press release IP/06/1134

EU-övrigt

DG Competition Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, från december 2005

Competition Memo: Commission adopts revised competition rules on horizontal cooperation agreements, MEMO/10/676, 14.12.2010

Tal av Neelie Kroes den 23 september 2005, Speech/05/537

Svenska offentliga handlingar

Miljö, handel och konkurrens - spelregler för effektiva marknader, 1998:2

Naturvårdsverkets rapport 5064, "Miljööverenskommelser – en möjlighet i miljöarbetet?", 2000/03

Fegler, Cecilia: Långtidsutredningen (Bilaga 7 - Vad är hållbar utveckling?), SOU 2000:007

Konkurrensbrott: en lagstiftningsmodell (slutbetänkande), SOU 2004:131

Ekonomiska styrmedel i miljöpolitiken, 2006:34

Nordic Competition Authorities: "Competition Policy and Green Growth - Interactions and challenger (A joint report by the Nordic Competition Authorities)", (2010)

Granskning av vitbok om effektivare kontroll av företagskoncentrationer i EU, Näringsutskottets utlåtande 2014/15:NU5

Övrigt

OECD, Policy Roundtable on Competition Policy and Environment, 1995-05

OECD, Roundtable on Horizontal Agreements in the Environmental Context, 14.10.2010

Attitudes of Europeans Towards Building the Single Market for Green Products, Flash Eurobarometer 367, december 2012

Webbmaterial

Boesler, Matthew: "Bottled Water Costs 2000 Times As Much As Tap Water" Business Insider, 2003-07-12 <<http://www.businessinsider.com/bottled-water-costs-2000x-more-than-tap-2013-7>>

Environmental Leader: Consumer Preferences, 2007-10-02 <<http://www.environmentalleader.com/2007/10/02/53-of-consumers-prefer-to-buy-from-companies-with-green-rep/>>

Miljöaktuellt: "'Företagens "greenwash" ökar", 2013-03-28 <<http://miljoaktuellt.idg.se/2.1845/1.499497/foretagens-greenwash-okar>>

BBC: "Diesel cars face £10 charge for driving into central London", BBC News, 2014-07-29 <<http://www.bbc.com/news/uk-england-london-28540259>>

EU Europa 2020 Strategy Policy: Environment Action Programme to 2020, 2015-08-15 <<http://ec.europa.eu/environment/action-programme/>>



Adress 103 85 Stockholm

Telefon 08-700 16 00

Fax 08-24 55 43

konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se