

Lund University Faculty of Law

From the Selected Works of Hans Henrik Lidgard

1976

Frihandel och missbruk av marknadsdominerande ställning

Hans Henrik Lidgard



SELECTEDWORKS™

Available at: http://works.bepress.com/hans_henrik_lidgard/33/



LUND UNIVERSITY

Faculty of Law

Selected Works @ Lund University, Faculty of Law
<http://works.bepress.com/LundLaw>

Citation for the published article:

Hans Henrik Lidgard
Frihandel och missbruk av marknadsdominerande ställning
Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, Häfte 10, 1976.

This paper is available at:

http://works.bepress.com/hans_henrik_lidgard

Frihandel och missbruk av marknadsdominerande ställning

Av jur kand Hans Henrik Lidgard

I de två föregående artiklarna om missbruk av marknadsdominerande ställning har förhållandena i EEC respektive Sverige berörts. I det följande är det min avsikt att knyta samman dessa båda rättsområden mot bakgrund av frihandelsavtalet mellan Sverige och EEC.

JÄMFÖRELSE SVERIGE — EEC

Inledningsvis görs en kortfattad jämförelse av hur marknadsdominerande företag behandlas i Sverige och EEC. Härvid måste det hållas i minnet att det finns en grundläggande skillnad mellan systemen därigenom att EEC-lagstiftningen bygger på förbud med möjligheter till individuella undantag, medan vi i Sverige tillämpar ett missbrukssystem med ingrepp i form av förhandlingar.

Missbruk i traditionell bemärkelse

Med det traditionella missbruket menas, att ett företag med en dominerande ställning utnyttjar sin maktposition på ett för medkontrahenter och avnämare skadligt sätt. Exempel härpå är att det dominerande företaget tillämpar oskäligen låga priser, diskriminerar och vägrar leveranser.

I såväl Sverige som gemenskapen finns det omfattande möjligheter att ingripa mot det traditionella missbruket av en dominerande ställning. I Sverige anges visserligen inte en dominerande ställning vara en förutsättning för ingrepp enligt 1956 års version av KBL. Avsikten är i stället, att alla konkurrensbegränsningar med skadliga verkningar skall kunna påtalas genom förhandlingar. I praktiken måste dock företagen innehå en stark marknadsställning för att en ur allmän synpunkt skadlig verkan skall uppstå. Av denna anledning har fast-

ställandet av en marknadsdominerande ställning betydelse även enligt svensk rätt.

Vid bedömningen av om en dominerande ställning föreligger är tillvägagångssättet snarlikt. En relevant produktmarknad fastställs. Hänsyn tas härvid till såväl konkurrerande produkter som substitut. Vare sig i Sverige eller gemenskapen behöver den dominerande ställningen knytas till hela området. I gemenskapen kan även de mindre staterna utgöra underlag för en bedömning och i Sverige anses det, att den geografiska avgränsningen kan göras ytterligt snäv. Företaget behöver *inte* innehå en *monopolställning* på den avgränsade marknaden, utan marknadsdominans kan föreligga vid tämligen låga marknadsandelar. I EEC kompletteras denna strukturella avvägning med en analys av företagets allmänna position. En rad faktorer med anknytning till företagets agerande kan medverka till att en marknadsdominerande ställning anses föreligga även om marknadsandelen är begränsad.

Romfördraget ger exempel på olika former av missbruk, vilket inte skett i svensk lagstiftning. Exemplen i artikel 86 avser emellertid inte att vara uttömmande och några gränser för vilka konkurrensbegränsningar gemenskapsmyndigheterna kan ingripa mot är svåra att dra. För svenskt vidkommande har KBL uppställt krav på att den konkurrensbegränsande handlingen skall vara skadlig från en allmän utgångspunkt. Lagen anger som exempel på skadlig verkan, att prisbildningen påverkas, verkningförmågan inom näringslivet hämmas eller att annans näringsutövning hindras. Praxis i Sverige och gemenskapen visar stor överensstämmelse beträffande missbruk som beivrats.

Den väsentliga skillnaden för företagen ligger i, att gemenskapsbestämmelserna är

förenade med sanktioner, som utgör ett betydande skäl för företagen att utan särskilt myndighetsingripande ställa sig lagreglerna till efterrättelse. I Sverige övervakas lagens efterlevnad genom förhandlingar vid konstaterat missbruk. Detta förfaringssätt medför, att företagen i sitt dagliga agerande fäster föga uppmärksamhet vid lagens krav, men att de däremot i allmänhet skyndsamt tillmötesgår myndigheternas önskemål efter påpekanden.

Fusionskontroll

Såväl i gemenskapsrätten som i svensk rättstillämpning har tonvikten lagts på ingrepp mot effekter av en dominants agerande och inte på ingrepp mot själva marknadsdominansen. Otvivelaktigt kan emellertid marknadsstrukturen i sig utgöra en begränsning av konkurrensen. Frågan uppstår i vilken utsträckning ingrepp kan ske mot strukturella företeelser. Det är i hög grad tveksamt om myndigheterna i Sverige och gemenskapen kan vidtaga åtgärder, som inkräktar i en *bestående företagsstruktur*. Synen är emellertid inte densamma när företagen själva vidtar åtgärder, som innebär *förändringar i strukturen* t. ex. genom partiella eller fullständiga sammanslagningar av tidigare mer eller mindre fristående enheter.

För företagen framstår sammanslagningen som ett alternativ till ett långtgående avtalsmässigt samarbete och det är mot denna bakgrund rimligt att jämställa myndigheternas åtgärdsregister med möjligheterna att inskrida mot konkurrensbegränsade samarbetsavtal. Ingrepp mot företagsammanslagningar skall inte enligt detta synsätt jämställas med de högst begränsade möjligheterna att motverka ineffektivitet eller skadlighet hos ett dominerande företag, som genom egen växtkraft tillskansat sig en dominerande ställning.

I *gemenskapen* har, utan att en uttrycklig bestämmelse finns härom i Romfördraget, både kommissionen och gemenskapsdomstolen tolkat artikel 86 som innebärande en kompetens att i efterhand ingripa mot en företagssammanslagning, som leder till att konkurrensen på marknaden elimineras. Detta har skett i samband med Continental Can-ärendet år 1973. Därefter har myndigheterna förhållit sig passiva med

konkreta åtgärder. Däremot har kommissionen förelagt rådet ett förslag till föregående fusionskontroll, som dock ännu inte blivit slutbehandlat.

I *Sverige* är situationen något mer osäker. Mot bakgrund av förarbetsuttalanden och lagstiftningens utformning finns det emellertid inte någon anledning att utesluta möjligheterna för myndigheterna att genom förhandlingar försöka förhindra att skadliga företagsammanslagningar kommer till stånd. Näringsfrihetsombudsmannen har visat uttryck för en vilja att kunna ingripa mot skadliga fusioner — hittills har dock frågan aldrig ställts på sin spets inför marknadsdomstolen. Även i Sverige har förslag till föregående kontroll av företagsammanslagningar framlagts. Alla tecken tyder dock på att detta förslag inte kommer att förverkligas i sin helhet.

Vid en jämförelse av förutsättningarna för ingrepp i det ena och det andra området förefaller för närvarande inga anmärkningsvärda skillnader finnas. I båda områdena rör det sig om en *efterkommande kontroll*. I gemenskapen förbjuds sammanslagningen och företagen åläggs att återgå till den ordning som gällde före sammanslagningen. Hittills har en ingående granskning bara verkställts vid ett tillfälle och slutresultatet blev att sammanslagningen fick bestå. I Sverige befinner sig praxis på ungefärligen samma stadium. NO har granskat ett flertal fusioner, men nöjt sig med att hos Statens Pris- och Kartellnämnd begära en fortlöpande granskning av prissättningen i branschen samt kontroll av eventuell ytterligare koncentration. I Cementärendet var ombudsmannen beredd att tillgripa radikala åtgärder och påfordra sammanslagningens återgång. Fusionen godkändes emellertid av regering och riksdag och därmed föll förutsättningarna för ingrepp från en konkurrensbegränsningsrättslig utgångspunkt.

Det torde i såväl Sverige som gemenskapen kunna förutsättas, att kraven i praktiken kommer att ställas tämligen högt innan ingrepp aktualiseras. Sammanslagningen måste för att motivera ett myndighetsingripande leda till att konkurrensen på den aktuella produktmarknaden väsentligen sätts ur spel.

I Sverige och EEC förbereds lagstiftning

rörande föregående kontroll av företagsammanslagningar. Det svenska förslaget är huvudsakligen dikterat av arbetsmarknadspolitiska avvägningar medan EG-kommissionens förslag styrs av konkurrensöverväganden. Båda förslagen har mött motstånd och deras respektive framtid förefaller osäker. Särskilt det svenska förslaget kan förväntas genomgå en grundlig bearbetning i samband med den allmänna revisionen av KBL. Skulle förslagen i sin nuvarande tappning genomföras, kommer den beskrivna enhetliga inställningen till kontroll av marknadsdominerande företag att förloras.

Strukturell kontroll

I *den svenska lagstiftningen* har möjligheterna att ingripa mot en bestående marknadsstruktur klart avvisats i förarbetena. Det har visserligen hävdats, att myndigheterna skall kunna ingripa mot ineffektiva marknadsdominerande enheter och påverka rationaliseringsgraden inom företaget. Detta innebär en möjlighet till påverkan av företagets interna struktur. De strukturella ingreppen torde emellertid stanna härvid — möjligheterna att bryta upp marknadsdominerande företag i mindre enheter har uttryckligen undantagits.

I *gemenskapen* är situationen något mer diffus än i Sverige. Artikel 86 öppnar ingen möjlighet för myndigheterna att agera enligt amerikansk förebild och dela upp företag i mindre, sinsemellan konkurrerande företag. Å andra sidan förebådar vissa uttalanden i GD:s motiv en sådan utveckling. Skulle så bli fallet, föreligger på denna punkt en skillnad gentemot svensk rätt.

EXTRATERRITORIELL TILLÄMPNING AV KONKURRENSBEGRENSNINGSGREGLERNA

Ett speciellt spörsmål vid analys av lagstiftning och praxis i Sverige och EEC gäller hur konkurrensbegränsningsreglerna kan tillämpas när utländska intressen är inblandade. I Europa har de nationella myndigheterna under den första hälften av detta århundrade intagit en restriktiv hållning till tillämpning av offentlighetsregler på utländska rättssubjekt. I USA har det där-

emot inte hysts några tveksamheter på denna punkt, utan de amerikanska myndigheterna har ingripit för att förhindra skadliga verkningar på den amerikanska marknaden.¹ Under de senaste tio åren har en tämligen omfattande praxis utvecklats i Europa vid bedömning av de utländska företagens agerande. Denna praxis går något oegentligt under benämningen "*extra-territoriell tillämpning*" av konkurrensbegränsningsreglerna.

I *EEC* har man genom beslut från kommissionen² och utslag från gemenskapsdomstolen³ klart demonstrerat, att Romfördragets regler även påverkar utländska företags verksamhet på den gemensamma marknaden. Myndigheterna utgår härvid ytterst från den s. k. "effekt-doktrinen" och hävdar:

"To be incompatible with the Common Market and prohibited under Article 85, an agreement must be 'capable of affecting trade between member-States' and have 'the object or effect' of interfering with 'competition within the Common Market'.

The fact that one of the undertakings participating in the agreement is situated in a non-member country is no obstacle to the application of that provision, so long as the agreement produces its effects in the territory of the Common Market."⁴

Gemenskapens inställning innebär, att Romfördragets bestämmelser äger tillämplighet så snart ett företags åtgärder — oberoende av var företaget har sitt juridiska säte eller av var konkurrensbegränsningen ursprungligen iscensatts — får effekter på handeln mellan medlemsstaterna i EG. En

¹ Se *Fugate, W.*, Foreign Commerce and the Antitrust Laws, (Boston 1973) och *Kintner and Joelson*, An International Antitrust Primer, (New York 1974).

² Kommissionsbeslut med anknytning till extraterritoriell tillämpning av konkurrensbegränsningsreglerna: JO 1964 nr 58/915, JO 1964 nr 173/2761, JO 68 L 276/25, JO 72 L 14/14, JO 72 L 143/39, JO 72 L 299/51, JO 75 L 29/11, JO 75 L 29/26, JO 76 L 28/19 och JO 76 L 192/27.

³ GD-utslag med anknytning till extraterritoriell tillämpning av konkurrensbegränsningsreglerna: Mål 41, 44, 45, 49, 51—57/69, 22/71, 6/72, 6, 7/73.

⁴ Mål 22/71, Beguelin Import CO, domsaml. XVII (1971) s. 949 ff. domsmotiv 10 och 11. Citatet är ifrån Common Market Law Reports 1972 s. 95.

följd av denna inställning är, att endast två situationer kan sägas undgå en bedömning grundad på gemenskapsrätt. För det första anses det inte vara ett gemenskapsintresse att ingripa mot konkurrensbegränsningar — även om de uteslutande har åstadkommit av företag etablerade i gemenskapen — när begränsningarna endast får sina effekter i tredje land. Myndigheterna är vid sin bedömning uppmärksamma på om dylik "utlandsverkan" kan förmodas få återverkningar på gemenskapshandeln i en eller annan form.⁵ För det andra saknas behörighet för gemenskapsorganen att ingripa när en konkurrensbegränsning uteslutande får verkningar i ett enskilt medlemsland. Det är dock tydligt att myndigheterna efter hand har blivit mer restriktiva med att undanta avtal med verkningar i blott en medlemsstat. Ofta påverkar dessa konkurrensbegränsningar andra företags möjligheter att bedriva gränsöverskridande handel.⁶

I praktiken kontrollerar myndigheterna först om de utländska företagen själva, eller genom dotterbolag, filialer eller andra stadigvarande anknytningspunkter, varit verksamma på den gemensamma marknaden. Är så fallet, anses ev. ingrepp inte grundade på en extraterritoriell tillämpning av gemenskapsrätten, utan det är ett rent internt förfarande.⁷ Böter kan utdömas mot moder- och dotterbolag solidariskt⁸ och således utan svårighet indrivnas hos det företag, som är etablerat i något av medlemsländerna. Först i det fall detta direkta anknytningsmoment till gemenskapsrätten saknas tillämpas den s. k. "effekt-principen".⁹ Ett skäl till att myndigheterna så långt möjligt hävdar, att det rör sig om ett rent internt förfarande är att man härigenom undviker att komma i konflikt med tredje lands intressen, vilket skett vid ett par tillfällen.¹⁰

I Sverige har myndigheterna hittills gått tämligen försiktigt fram vid sin tillämpning av den svenska lagstiftningen på internationella förhållanden.

Konkurrensbegränsningslagen stadgar beträffande förbudet mot bruttopriser och anbudskarteller, att lagen äger tillämpning på begränsning som sker "här i riket" (KBL §§ 2 och 3). Beträffande möjligheterna att inskrida med förhandlingar mot

konkurrensbegränsningar med skadlig verkan görs i den femte paragrafen ingen uttrycklig avgränsning och bestämmelsens tillämplighet förefaller att knytas till att en inlandsverkan skall uppstå.

Förarbetena till 1953 års konkurrensbegränsningslag har emellertid ansetts medföra en restriktiv tolkning av lagens tillämplighet på internationella förhållanden. Departementschefen menar, att lagen inte kan användas mot konkurrensbegränsningar, som härstammar från utländska företag. "I dylikt fall kan de svenska myndigheterna icke ingripa med stöd av den tilltänkta lagstiftningen, eftersom utlänningen icke nås av bestämmelsen om straff för överträdelse av bruttoprisförbudet. Detsamma gäller utländska anbudskarteller. Icke heller kan förhandling inför näringsfrihetsrådet upptagas med utländska företagare beträffande övriga konkurrensbegränsningar."¹¹

I praxis har lagen hittills uteslutande kommit till användning när den utländske företagaren är etablerad på den svenska marknaden eller håller sig med en stadigvarande mellanhand. Det har således funnits ett krav på att utlänningen — direkt eller indirekt — skall vara verksam här i riket. Det förefaller emellertid som om en ny utveckling är på väg. Bernitz-Grönfors har gemensamt hävdat, att lagen bör kunna utnyttjas även när blott en effekt föreligger på den svenska marknaden.¹²

5 Se JO 1964 nr 58/915, JO 1964 nr 173/2761, JO 68 L 276/25, JO 72 L 143/39.

6 CSV-beslutet, JO 76 L 192/27.

7 Mål 49, 51—57/69, ICI, domsaml. XVIII 1972 s. 619 ff.

8 Mål 6—7/73, Zoja, domsaml. 1974, s. 223 ff., motiv 51.

9 Mål 22/71, Beguelin, domsaml. XVII (1971) s. 949 ff.

10 Hoffman—La Roche ärendet, se JO 75 C 19/23, 86/50, 161/50, 161/50 och 209/14. Kommissionen har fattat beslut i ärendet under juli 1976, ännu inte publicerat. Jfr JO 76 L 192/27.

11 Prop. 1953:103 s. 217.

12 Bernitz, U. och Grönfors, K., Svensk konkurrenslagstiftning och internationell sjöfart. (Göteborg, mars 1975 i stencilform.) Här s. 20 f. Departementschefens inställning tolkas som oklar: "Man måste nämligen skilja mellan dels domstolens behörighet, dvs. det mått av extraterritoriell tillämplighet som den egna lagstiftningen gör anspråk på, dels möjligheterna att tvinga in utländska företag utan direkt svensk anknytning mot sin vilja i ett förfarande enligt KBL. Departements-

"Grundläggande för lokalisering av konkurrensbegränsningar med internationell karaktär anses vara var dessa har sina huvudsakliga effekter. Denna s. k. effektoprincip tillämpas ofta inom konkurrensbegränsningslagstiftningen och den svenska KBL utgör härvid inget undantag. Grundläggande för bedömningen av om den svenska KBL är tillämplig är sålunda om konkurrensbegränsningen i fråga har ekonomiska verkningar på den svenska marknaden."

I NO:s anmälan i Bayer-Kerr-målen¹³ har ombudsmannen åberopat denna passus. De två företagen är inte etablerade på den svenska marknaden, utan har vart och ett från sitt hemland vägrat en svensk lågpriskanal leveranser och rätt att återförsälja företagets produkter i Sverige. Trots att företagen saknar närmare anknytning till Sverige har NO anmält företagen till MD för att genom förhandlingar undanröja den påtalade leveransvägran. Mot bakgrund av utvecklingen i andra länder och viss tvetydighet i innebörden av förarbetsuttalanden finns det inte anledning att rikta någon anmärkning mot förfarings sättet. Det kan dock konstateras, att med Bayer-Kerr målen sker en betydelsefull utveckling i svensk praxis om marknadsdomstolen följer ombudsmannens yrkanden.

Inskränkningen vid extraterritoriell tillämpning av nationell konkurrensbegränsningslagstiftning ligger på verkställighetsplanet. Det är en stor skillnad mellan att "fördoma" ett visst förfarande och att verkställa en sanktion gentemot det ansvariga utländska företaget. I den sistnämnda delen är det en vedertagen uppfattning, att myndigheterna får begränsa sina åtgärder till att avse ingrepp inom den egna jurisdiktionen.¹⁴

EEC. Ingrepp från gemenskapsmyndigheterna kan självfallet avse missbruk av en marknadsdominerande ställning från ett svenskt företags sida. I allmänhet torde emellertid de svenska företag, som har en

chefsuttalandet skiljer inte klart på dessa två fall utan förefaller endast ta sikte på den senare frågan, varvid konstateras att det inte skulle vara möjligt att tvinga utländska företagare att uppträda som part inför marknadsdomstolen. Om däremot en utländsk företagare i ett ärende om en konkurrensbegränsning med påtagliga och direkta effekter på svensk marknad väljer att gå in i svaromål inför marknadsdomstolen, kan det rimligen inte möta hinder att betrakta företagaren som part."

sådan ställning att de anses dominerande på en väsentlig del av den gemensamma marknaden, vara etablerade inom gemenskapen. Föreligger etablering rör det sig inte om extra-territoriell tillämpning av gemenskapsreglerna, utan ett internt förfarande. De svenska företag, som är etablerade eller företrädda genom filial, dotterbolag eller annan fast anknytning, har ingen särställning i förhållande till EG-företagen.

Vid företagssammanslagningar har gemenskapsmyndigheterna vid handläggningen av Continental Can-ärendet visat, att Romfördragets bestämmelser är tillämpliga även när utländska företag är inblandade vid en fusion med ett gemenskapsföretag. Detta faktum bekräftar också av kommissionens förslag till förordning om kontroll av företagssammanslagningar.¹⁵ I förordningen uppställs krav på att ett av de inblandade företagen skall vara ett gemenskapsföretag — övriga företag kan vara utländska rättssubjekt — för förordningens tillämplighet.

Sverige. Beträffande motsvarande kontroll av utländska företag i Sverige är situationen ännu något osäker. Hittills har myndigheterna ansetts äga behörighet att ingripa mot utländska företag när dessa själva, eller indirekt genom mellanhand, varit verksamma på den svenska marknaden. I motsats till förhållandet i gemenskapen torde det emellertid förekomma, att dominerande företag inte är etablerade på den svenska marknaden men ändå missbrukar sin ställning så att skadliga verkningar upp-

13 Anmälan till marknadsdomstolen 1975.05.27. Dnr. 170/75, 57/73 och 98/74. Påminnelser 1976.02.10. Dnr. 170/75.

14 Det kan diskuteras vilka åtgärder som kan aktualiseras i Bayer-Kerr-målen om det skulle visa sig att domstolen finner att en skadlig begränsning föreligger, inleder förhandlingar, men dessa blir verkningslösa. Att vid vite ålägga företagen leveransskyldighet innebär att myndigheterna måste vara beredda att beslagta tillgångar som finns på den svenska marknaden. Man kan inte hoppas på bistånd från främmande myndigheter för indrivning. Indrivning kan möjligen tänkas ske i av företagen hit exporterade varor eller i den betalning som från mottagaren skall utgå för produkterna. Ytterst måste man ifrågasätta om det inte kan gå att förhindra företagen att sälja produkter på den svenska marknaden.

15 Proposal for a Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings, JO 73 C 92/1.

kommer här i riket. För att ingrepp skall kunna ske i dylika fall krävs det en utveckling av nuvarande praxis — ett steg som marknadsdomstolen har möjlighet att ta i samband med Bayer-Kerr-målen.

Visar sig förhandlingar och försök att sanktionera eventuella beslut mot det utländska företaget resultatlösa, har den nationella rättsordningens ingreppsmöjligheter uttömts. Internationella överenskommelser öppnar emellertid en möjlighet, att via helt andra kanaler attackera icke önskvärda företeelser. Inom ramen för samarbetet i OECD finns ett konsultationsförfarande för konkurrensbegränsningsfrågor. Sveriges frihandelsavtal med EFTA och EEC är exempel på internationella överenskommelser, som går ett steg längre än OECD-samarbetet eftersom det i dessa avtal föreligger en folkrättslig förpliktelse för avtalsparterna att ingripa mot skadliga verkningar som åstadkoms av egna företag på främmande marknader.

KONKURRENSBEGRENSNINGSGREGLER I SVERIGES FRIHANDLSAVTAL MED EEC

Den 1 januari 1973 trädde Sveriges frihandelsavtal med den Europeiska ekonomiska gemenskapen — EEC — i kraft. Syftet med avtalet är upprättande av frihandel för industrivaror mellan de två områdena. Avtalet förutsätter att tullar och andra handels hinder successivt skall avvecklas under en femårsperiod för att den fulla frihandeln för huvudelen av produkterna skall vara uppnådd i juli 1977. Hittills har 80 procent av den ursprungliga tullen lyfts av. För s. k. "känsliga varor" — pappersprodukter och vissa former av specialstål — är övergångstiden förlängd upp till 12 år. För dessa varor har tullavtrappningen således varit långsammare.

Eftersom det rör sig om ett frihandels-samarbete och inte en tullunion saknas en gemensam handelspolitik gentemot tredje land. Det innebär bl. a. att parterna inte har upprättat en gemensam yttre tullmur, vilket i sin tur medför att ursprungs krav måste uppställas för att varorna skall bli föremål för frihandels fördelar. Det tämligen komplicerade systemet för fastställande av att ursprungs kraven är uppfyllda kan

summariskt sägas gå ut på en kontroll av att endast de varor, som är producerade hos endera avtalsparten eller som genom förädling där erhållit sitt huvudsakliga värde, skall undslippa tull vid gränsöverskridande handel.

Ytterligare ett viktigt led i avtalet är det skyddssystem, som införts för att frihandels-samarbetet inte skall leda till negativa verkningar ur bl. a. regional- och handelsbalans-politisk synpunkt. Skyddsklausulerna i avtalet ger möjligheter att temporärt upphäva samarbetet punktvis eller i sin helhet.¹⁶

Tolkning av frihandelsavtalet

a. En folkrättslig förpliktelse

Frihandelsavtalet mellan Sverige och EEC förhandlades fram och ratificerades i överensstämmelse med det interna förfarande, som tillämpas i respektive parts rättstradition.

För svenskt vidkommande innebar proceduren, att det mellan parterna framförhandlade avtalet godkändes genom beslut i riksdagen den 12 december 1972 och att besked lämnades gemenskapen om att avtalet var ratificerat kort därefter. Gemenskapen hade för sin del följt den ordning, som Romfördragets artikel 113 föreskriver för ingående av handelsavtal med tredje land. Bundenheten för gemenskapen uppstod vid samma tidpunkt som för Sverige: dvs. vid den högtidliga sammankomsten i Bryssel. De enskilda medlemsstaterna i EG är inte avtalsparter, men likväl bundna av frihandelsavtalet i överensstämmelse med Romfördragets artikel 228.

För Sverige, gemenskapen och de enskilda medlemsstaterna i EG föreligger således en folkrättslig skyldighet att följa de regler som avtalet stadgar. Gemensamt har avtalsparterna inrättat en blandad kommitté med uppgift att administrera avtalet och vaka över dess rätta tillämpning. Denna blandade kommitté saknar emellertid EG-domstolens funktion att fastställa avtalets innebörd. Kommittén skall ses som ett konsultations-

¹⁶ Juridiska kommentarer till frihandelsavtalet, se *Danelius, H.*, SvJT 1973 s. 104 och *Lidgard, H. H.*, SvJT 1974 s. 31. Ytterligare en artikel föreligger för publ. i SvJT under hösten 1976, som utförligare behandlar vissa frågor i detta avsnitt.

organ mellan parterna utan behörighet att fatta bindande beslut i strid med parts vilja.

Vid tolkning av frihandelsavtalet tvingas man ytterst falla tillbaka på de allmänna principer för traktatstolkning, som dragits upp av Wienkonventionen.

b. Materiella normer för enskilda

Det råder ingen tvekan om att de båda avtalsparterna är bundna i förhållande till varandra av den överenskommelse som ingåtts. Frågan är om frihandelsavtalet även kan tänkas grunda rättigheter och skyldigheter för enskilda rättssubjekt.

Jag har i annat sammanhang utförligt granskat denna frågeställning och därvid kommit till följande slutsats:¹⁷

I EEC införlivas internationella överenskommelser i den interna rättsordningen automatiskt i och med att den folkrättsliga bundenheten uppstår. I den mån det införlivade avtalet ger klara och entydiga rättsregler kan dessa också åberopas av enskilda. Gemenskapsdomstolen har hittills varit försiktig med att erkänna den direkta effekten hos rättsregler i andra internationella överenskommelser än Romfördraget. Domstolen har t. ex. avvisat direkt effekt och därmed tillämpning av vissa bestämmelser i GATT-avtalet. Frihandelsavtalet, som för övrigt publicerats i förordningsform¹⁸, är delvis mer pregnant utformat än GATT-avtalet och det är därför en öppen fråga om inte vissa av avtalets rättsregler kan komma att få en direkt effekt i gemenskapspraxis.

För Sveriges del erfordras att en internationell överenskommelse införlivas genom en intern rättsakt innan densamma skapar rättsverkningar för enskilda. Frihandelsavtalet är till skillnad från många andra internationella överenskommelser publicerat i Svensk Författningssamling i förordningsform (SFS 1972:698). Denna inkorporation medför, att de rättsregler i avtalet, som är klara till sitt innehåll, bör kunna åberopas av enskilda inför svensk domstol.

Det skall därför med hänsyn till det anförda inte uteslutas, att frihandelsavtalet kan komma att grunda rättigheter för enskilda medborgare och juridiska personer i såväl Sverige som gemenskapen.

Avtalets konkurrensbegränsningsregler

Redan av avtalets preambel och inledande principförklaring framgår det att handeln skall utvecklas under upprätthållandet av rättvisa konkurrensvillkor. Dessa allmänna förklaringar har omsatts i en operativ bestämmelse i artikel 23, som stadgar beträffande missbruk av marknadsdominerande ställning:

1. Följande förfaranden är oförenliga med detta avtals störningsfria tillämpning i den mån de är ägnade att påverka handeln mellan Sverige och gemenskapen:
 - i. överenskommelser mellan företag . . .
 - ii. missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning inom de avtalslutande parternas hela område eller en väsentlig del därav;
 - iii. offentliga stödåtgärder . . .
2. Om en avtalslutande part anser att ett visst förfarande är oförenligt med denna artikel, kan parten vidtaga lämpliga åtgärder på de villkor och enligt det förfarande som anges i artikel 27."

Frihandelsavtalets regler om missbruk av marknadsdominerande ställning uppvisar stora likheter med motsvarande bestämmelse i Romfördraget. Tre kriterier för bestämmelsens tillämplighet uppställs:

1. *Dominerande ställning* skall föreligga.
2. Denna starka ställning skall *missbrukas*.
3. *Samhandeln* mellan Sverige och EEC skall *påverkas*.

Romfördragets artikel 86 utgår från samma kriterier. Till skillnad från artikel 86 ger dock frihandelsavtalets bestämmelse ingen uppräknande exemplifiering av de förfaranden, som anses otillåtna. Vidare saknar artikel 23 ett uttryckligt förbudsstadgande riktat till enskilda. Den enda typ av åtgärder, som förefaller kunna grundas

¹⁷ *Lidgard, H. H.*, Frihandelsavtalets konkurrensbegränsningsreglers förhållande till intern rätt. Stencil, Lunds universitet 1975. Se även i not 16 angivna arbete.

¹⁸ Enligt Romfördragets artikel 189 äger förordningar allmän giltighet. De är till alla delar bindande och direkt tillämpliga i samtliga medlemsstater. Det skulle redan på denna grund kunna hävdas, att frihandelsavtalet har en direkt effekt i gemenskapsrätten.

på artikel 23, är de skyddsåtgärder, som behandlas i artikel 27. Denna bestämmelse avser endast relationerna mellan Sverige som stat och gemenskapen som organisation.

Frågan är hur artikel 23 skall tolkas och hur den kommer att användas i praktiken.

Betydelsen av konkurrensbegränsningsreglerna i frihandelsavtalet

Hittills har artikel 23 inte spelat någon mer framträdande roll i frihandelssamarbetet. I de sju avtal med EFTA-stater som gemenskapen ingått har bestämmelsen endast i förbigående berörts i ett fall.¹⁹ Med hänsyn härtill måste man fråga sig vilken betydelse artikel 23 kan komma att erhålla i framtiden.

1. Är det en rättsregel, som, liksom EFTA-avtalets konkurrensbegränsningsregler, mer eller mindre kommer att sakna betydelse?
2. Är det en första inledning till ett mer aktivt konkurrensbegränsningssamarbete mellan myndigheterna i alla europeiska stater?
3. Kan bestämmelsen, liksom Romfördragets motsvarande bestämmelser, erhålla en direkt effekt för enskilda rättssubjekt och därigenom inte bara komplettera, utan delvis ersätta de nationella reglerna?

Det är för tidigt att ge några slutgiltiga svar på dessa frågeställningar — icke desto mindre kan man mot bakgrund av den hittillsvarande utvecklingen göra vissa spekulationer.

Gemenskapen angav för sin del, att man avsåg att tolka artikel 23 i frihandelsavtalet i överensstämmelse med den bedömning som inom gemenskapen gjorts beträffande motsvarande regler i Romfördraget.²⁰ Hittills har dock kommissionen tillämpat de interna reglerna extraterritoriellt och inte gjort bruk av de möjligheter frihandelsavtalet erbjuder. I SABA-beslutet²¹ från februari 1976 antyds emellertid, att en ny fas i inställningen till frihandelskrav på en oförfalskad konkurrens kan komma att inledas efter övergångstidens slut i juli 1977.

Huruvida utvecklingen skall ske med utnyttjande av artikel 23 eller grundat på en aktivare tillämpning av Romfördragets regler är inte känt och ej heller bestämt av vad jag kunnat förstå efter samtal med ledande kommissionsfunktionärer i maj 1976.

Vid sidan av den offentlighetsrättsliga tillämpningen av artikel 23 uppstår frågan om bestämmelsen kan komma att få en självständig betydelse genom att enskilda parter åberopar sig på bestämmelsen inför nationella domstolar i civilrättsliga förfaranden. Tidigare har det i uppsatsen framhållits att den direkta effekten inte kan uteslutas hos en klar bestämmelse i frihandelsavtalet. Artikel 23 är knappast en fullständig och entydig rättsregel. Kopplas bestämmelsen till den, i vart fall för gemenskapen och medlemsstaterna, bindande tolkningsförklaringen är det möjligt att situationen förändras.

För svenskt vidkommande har hittills inga åtgärder vidtagits grundade på artikel 23 i frihandelsavtalet. Sverige har i anslutning till riksdagens godkännande av avtalet förklarat sig icke bundet av gemenskapens tolkningsförklaring, men att man å andra sidan inte hade något emot en koppling till Romfördragets regler vid utläggning av bestämmelsen.²² I propositionen förklarade departementschefen, att Sverige inte hade för avsikt att på eget initiativ ingripa mot svenska företags konkurrensbegränsande handlingar i strid med frihandelsavtalet. Åtgärder kunde först anses påkallade efter påpekande från motparten.²³ Det är också tydligt, att svenska myndigheter i första hand avser att tillämpa svensk intern lagstiftning mot utländska företag.²⁴ Först när denna utväg är uttömd kan ett åberopande av frihandelsavtalet komma att övervägas.

Även i Sverige kan frihandelsavtalets rättsregler komma att åberopas av enskilda i ett civilrättsligt förfarande. Huruvida den

19 Hoffmann-La Roche ärendet. Se ovan not 10.

20 Gemenskapens tolkningsförklaring återges i den svenska prop. 1972:135 s. 195.

21 SABA-beslutet JO 76 L 28/19.

22 Prop. 1972:135 s. 50.

23 Prop. 1972:135 s. 55.

24 NO yttrade i Bayer-Kerr-målen, se not 13. "De internationella förfarandena förutsätter att man i första hand begagnar sig av det normala förfarandet enligt nationell konkurrensbegränsningslagstiftning."

enskilde härvid kan grunda några anspråk med stöd av artikel 23 är mer osäkert. Bestämmelsen är, i brist på ett klart förbudsstadgande och regler om undantag från oförenligheten med frihandelsavtalet, knappast tillräckligt klar för att medge en direkt effekt. Skulle gemenskapens tolkningsförklaring bedömas som bindande även för Sverige och artikel 23 därigenom erhålla en direkt effekt, måste det understrykas att införlivandet av frihandelsavtalet skett i förordningsform. Detta medför att rättsregeln i frihandelsavtalet inte blott viker för yngre lagstiftning, utan även i förhållande till författning med högre dignitet än förordning. Skillnaden mellan en fördragskonform tillämpning av svensk lagstiftning och en direkt tillämpning av artikel 23 blir därigenom minimal.

Beträffande den materiella tolkningen av frihandelsavtalets bestämmelse om missbruk av marknadsdominerande ställning får man, i brist på klargörande förarbetsuttalanden, utgå ifrån vad som förefaller naturligt mot bakgrund av hur parterna tillämpar sin nationella lagstiftning. I det föregående har det kunnat konstateras att några markanta skillnader inte föreligger i uppfattning på denna punkt. Parterna bör därför — helt oberoende av gemenskapens tolkningsförklaring — kunna enas om när ett missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 23 föreligger.

ÅTGÄRDER FRÅN SVENSKA FÖRETAGS SIDA

Med anledning av redovisningen av gemenskapens extra-territoriella tillämpning av den interna lagstiftningen och frihandelsavtalets nuvarande funktion måste man fråga sig vilka åtgärder svenska företag i en dominerande ställning har anledning att vidta.

För närvarande finns det inte anledning att rikta större uppmärksamhet på det svenska frihandelsavtalet med EEC. För det första torde konkurrensbegränsningsbestämmelserna idag inte anses omedelbart tillämpliga mot enskilda företag och för det andra saknar bestämmelserna i sin nuvarande utformning något sanktionssystem, som kan riktas mot det enskilda företaget. Avtalet grundar en folkrättslig förpliktelse för Sve-

rige som stat. De svenska myndigheterna kommer emellertid först efter begäran från motparten att vidta åtgärder mot de enskilda rättssubjekt, som är upphov till den konkreta överträdelsen. Enligt 6 § KBL äger de svenska myndigheterna beivra konkurrensbegränsning med utlandsverkan. Myndigheternas försök att undanröja begränsningen kan för närvarande inte grundas på frihandelsavtalet, utan eventuella åtgärder måste stödjas på svensk rätt. Konkret innebär det att förhandlingar kan tillgripas — företagen kan däremot inte utsättas för sanktioner.

Emellertid är Romfördraget i allmänhet tillämpligt på samma situation som frihandelsavtalet. Med stöd av de interna bestämmelserna kan gemenskapsmyndigheterna rikta kännbara sanktioner även mot utländska företag, som bryter mot art. 85 och art. 86. Hittills har gemenskapsmyndigheterna föredragit att utnyttja de interna reglerna framför att gå via det betydligt krångligare frihandelsavtalet. I Hoffmann-La Roche-ärendet var det under en tid osäkert om kommissionen inte skulle ta upp ärendet till behandling med Schweiz enligt frihandelsavtalets föreskrifter. Under juli månad har emellertid beslut enligt artikel 86 fattats och frihandelsbestämmelserna blir över huvud taget inte aktuella. Svenska företaget kan således utgå ifrån att Romfördragets regler blir tillämpliga vid gränsöverskridande handel med effekter i gemenskapen.

Detta faktum torde redan ha noterats i större svenska företag och man försöker för att undgå böter anpassa sina åtgärder till de krav, som uppställs i gemenskapsrätten. Vid osäkerhet om ett visst förfarande kan anses strida mot gemenskapsrätten finns det, om det rör sig om kartellavtal, möjlighet att begära undantag från förbudet i artikel 85. Vidare kan negativttest begäras om besked önskas att förfarandet inte strider mot gemenskapsrätten. I samband med missbruk av en dominerande ställning saknas möjligheter att erhålla undantag från förbudet i artikel 86. Däremot ger tillämpningsförordning 17/62 utrymme för negativttest. Så vitt bekant har det ännu inte förekommit att ett dominerande företag begärt negativttest för ett förfarande som ev. skulle kunna komma att bedömas

som missbrukligt. Möjligheten finns emellertid.

ÅTGÄRDER DE LEGE FERENDA

Vilka erfarenheter skall för svensk lagstiftnings vidkommande dras av den gjorda genomgången?

I konkurrensbegränsningsutredningens arbete finns en grundläggande fråga, som måste passeras innan lagstiftningstekniken kan ventileras. Direktiven ger utredarna i uppgift att ifrågasätta om konkurrens över huvud taget är ett rimligt och lämpligt medel för att uppnå samhällsekonomiska mål. Kanske finns det andra och bättre medel. Denna fråga är avhängig en grundläggande ekonomisk-politisk värdering av hur samhällsutvecklingen skall ske. Den har inte varit föremål för prövning i denna uppsats och skall heller inte bli det framöver.

Konkurrensen i det marknadsekonomiska systemet har hittills medverkat till en effektiv och dynamisk förändring av det svenska samhället och utgångspunkten för detta arbete är att så kan vara fallet även i framtiden. Beträffande de marknadsdominerande företagen, som har varit i centrum för diskussionen i de föregående avsnitten anser jag mig kunna dra följande slutsatser:

1. Den svenska lagstiftningen bör medverka till att den internationella handeln bedrivs under för företagen likartade konkurrensbetingelser. Sverige bör sträva efter en lagstiftning, som, samtidigt som den tillgodoser specifikt svenska intressen, relativt enkelt kan anpassas till utvecklingen i världen. Vi bör undvika särlösningar, som kan skapa problem för en framtida lagharmonisering och som innebär att svenska företag skall rätta sig efter ett system på hemmamarknaden samtidigt som de skall beakta helt andra regler vid export.

Gemenskapslagstiftningen är för närvarande en gemensam nämnare för i stort sett hela Västeuropa. Gemenskapsländerna är direkt underställda lagstiftningen, EFTA-länderna har en anknytning genom frihandelsavtalen och de associerade staterna har i sina associationsavtal bestämmelser, som innebär att de efter en övergångstid kommer att införlivas i gemenskapens regelsystem på konkurrensbegränsningsområdet. Utanför samarbetet står egentligen bara

Spanien. För detta land kan det finnas anledning att räkna med en snabb utveckling i takt med den tilltagande demokratiseringen. Det finns all anledning att ta fasta på denna situation och medvetet verka för att enhetliga regler kommer att tillämpas i hela Europa.

Ett första steg på konkurrensbegränsningsområdet vore, att med beaktande av särpräglade svenska intressen i så stor utsträckning som möjligt anpassa den svenska lagstiftningen till gemenskapsrätten. Nästa steg bör vara att aktivt arbeta för att EFTA-länderna skall kunna påverka utvecklingen och tillämpningen av konkurrensbegränsningsreglerna inom EG. Skulle medinflytande alltjämt visa sig oacceptabelt för EEC med hänvisning till den beslutsautonomi, som gemenskapsorganen alltid eftersträvat, kan en lösning av samma karaktär som den som genomförts i anslutning till patentregistrering övervägas. Det skulle innebära, att gemenskapen internt höll sig med ett regelsystem, som inte påverkades av utanför stående stater, men att man samtidigt skapade en yttre konvention, i vilken samtliga europeiska stater deltog. OECD skulle kunna vara ett lämpligt forum för en sådan överenskommelse. Detta internationella organ behöver då utrustas med överstatliga befogenheter för att kunna ingripa mot konkurrensbegränsande förfaranden. Vid sidan av ett sekretariat behövs en överprövande instans.

2. En anpassning av den svenska konkurrensbegränsningslagstiftningen till internationella förhållanden innebär inga omvälvande nyheter. Grundtankarna i KBL och EEC-reglerna är i mycket likartade. Sverige har hittills kunnat bemästra konkurrensbegränsningarna med ett missbruks- och förhandlingssystem. Det måste dock övervägas om inte ett striktare system bättre överensstämmer med framtidens behov. Förbudssystemet torde i vissa hänseenden ha påtagliga fördelar. Även om lagstiftaren väljer att kvarstå vid den nuvarande missbruksprincipen finns det anledning att skärpa den nuvarande lagen. I första hand bör det ifrågasättas om inte anbuds- och kartellförbuden kan behöva kompletteras med ytterligare ett förbud.

Ingrepp mot leveransvägran och diskriminerande handlingar upptar idag en stor del

av myndigheternas arbete. Bedömningen är restriktiv på gränsen till att handlingarna anses olagliga per se. Det vore i överensstämmelse med praxis och den inställning som i allmänhet råder att förbjuda dessa former av konkurrensbegränsningar, men att samtidigt medge möjligheter till undantag från förbudet. Liksom vid undantag från anbudskartellförbudet (ett förbud som det för övrigt finns anledning att skärpa) och bruttoprisförbudet skulle uppgiften att behandla begäran om undantag falla på marknadsdomstolen. Ett motiv för undantag skulle, som är fallet idag, kunna vara utpräglat selektiv distributionspolitik, som leder till fördelar för konsumenterna.

I övrigt kan det finnas anledning att på nytt pröva grundtankarna i 1953 års lagstiftning, som baserades på att ingrepp skulle kunna vidtagas om antingen samarbetsöverenskommelser mellan företag eller ett dominerande företags verksamhet fick skadliga verkningar. Denna metodik kom aldrig att prövas i sin fulla vidd, utan ersattes redan efter två år med det nuvarande mindre exakta systemet. 1953 års uppdelning förefaller mer logisk och de konkurrensbegränsningar, som inte kan inrangeras under de två alternativen och som inte heller faller under per se-förbuden, torde sakna intresse från samhällsekonomisk utgångspunkt.

Lagstiftningen måste vidare kompletteras med utförliga regler om hur kontroll av företagssammanslagningar skall ske. Myndigheterna bör uttryckligen erhålla befogenheter att ingripa mot skadliga företagsammanslagningar.

Beträffande strukturella ingripanden mot

bestående företagsenheter måste det ifrågasättas om den nuvarande begränsningen i lagstiftningens räckvidd är befogad. Det torde finnas situationer där ett företag genom sin egen effektivitet och växtkraft tillskansat sig en position på marknaden, som utesluter all verksam konkurrens. I detta läge måste det från en samhällsekonomisk synpunkt kunna ifrågasättas om inte ingripanden i syfte att uppdelat företagen i mindre, sinsemellan konkurrerande enheter, måste kunna accepteras. Det är självfallet att gränser måste sättas för myndigheternas befogenhet och att dessa skall vara restriktiva.

3. Avslutningsvis behöver inställningen till ingrepp mot internationella konkurrensbegränsande företeelser fräschas upp. Det är visserligen sant att myndigheterna i första hand bör eftersträva ett internationellt samarbete på området. Det finns tyvärr anledning att utgå ifrån att detta samarbete inte låter sig åstadkommas på kort tid och att man inte skall vara alltför optimistisk om att det verkligen kommer till genomförande. I avvaktan på en sådan lösning måste det nationella regelsystemet vara så utformat, att alla företag som önskar verka på den svenska marknaden — i vilken form det vara må — är utsatta för samma spelregler. Det kan inte accepteras, att utländska företag skall kunna undandra sig svenska myndigheters insyn blott därför att de är utländska. Denna uppfattning börjar alltmer vinna gehör i Europa. En konsekvens av ett sådant agerande — som delvis sträcker sig utanför de nationella gränserna — kommer onekligen att bli, att behovet av en internationell samordning ter sig mer påtagligt.