

Näringsdepartementet

Konkurrenspolicy och den gröna given

N2020/02495

Sammanfattning

Inledande kommentarer

- Konkurrensverket stödjer Europeiska kommissionens ("kommissionens") initiativ att undersöka hur konkurrensreglerna på bästa sätt kan komplettera reglering på området för att säkerställa att konkurrensrätten inte ställer upp onödiga hinder för miljöfrämjande samarbeten. Kommissionens initiativ utgör startpunkten för ett arbete som sannolikt kommer att prägla, bland annat, konkurrensområdet i allt högre utsträckning framöver. Konsultationen är bred och syftar till att samla idéer och förslag från alla berörda aktörer, inklusive konkurrensexperter, den akademiska världen, industrin, miljögrupper och konsumentorganisationer om hur konkurrenspolitiken kan bidra till den så kallade gröna given.
- Hållbarhetsavtal och miljö- och klimatfrågor har visserligen inte uppmärksamrats inom ramen för Konkurrensverkets tillsynsverksamhet i särskilt stor omfattning hittills men kommer, med tanke på frågornas angelägenhet, att vara ett fokusområde även för Konkurrensverket.
- Det huvudsakliga syftet med konkurrenspolitiken i Sverige och i EU är att främja konsumenternas välfärd. En tillämpning av konkurrensregelverket med utgångspunkt i konsumentvälfärdsstandarderna kan i sig, inom ramen för det befintliga regelverket, bidra till att uppnå hållbarhetsmål i kombination med ändamålsenliga styrmedel som reglering och skatter.
- Konkurrensverket ser med intresse fram emot att få ta del av resultatet av kommissionens konsultation för att få ytterligare inblick i hur berörda intressenter menar att det behövs ytterligare vägledning från konkurrensmyndigheter och i vilken form. Med utgångspunkt i bland annat de diskussioner som förs på konkurrensrättens område i olika internationella forum, kan Konkurrensverket emellertid redan nu konstatera att det finns ett

behov av större tydlighet om hur legitima allmänintressen som miljö- och klimathänsyn ska balanseras mot konsumentvälfärd vid konkurrensrättsliga bedömningar.

- Enligt Konkurrensverket är kommissionen bäst lämpad att utfärda vägledning, eller koordinera ett sådant arbete, eftersom detta säkerställer enhetlighet i konkurrenstillsynen i hela EU och ger företagen större förutsebarhet.

Avseende konsultationens frågor om antitrustreglerna

- Redan enligt rådande praxis och riktlinjer finns goda förutsättningar för att kunna bedöma olika typer av hållbarhetsavtal som oproblematiska ur konkurrenssynpunkt.
- Vissa avtal som är konkurrensbegränsande kan också undantas från förbud om de leder till effektivitetsvinster som kommer konsumenterna tillgodo. Gällande riktlinjer från kommissionen kan dock innebära att vissa miljöförbättrande men konkurrensbegränsade avtal eventuellt inte kan ingås då alla positiva effekter av ett avtal inte kan beaktas i samma utsträckning.
- I avvaktan på resultatet av kommissionens pågående konsultation med alla berörda intressenter, och utan att förekomma resultatet av konsultationen, kan Konkurrensverket konstatera att det även på kort sikt finns sätt att ge ökad klarhet i de frågor konsultationen avser. I ett första steg kan det övervägas att införa en ordning där kommissionen, på motsvarande sätt som skett nyligen med anledning av Covid 19-krisen, erbjuder företag individuell vägledning genom vägledande skrivelser/*comfort letters*. Med adekvata koordineringsmekanismer inom det europeiska konkurrensnätverket (European Competition Network, ECN) på plats skulle även nationella konkurrensmyndigheter kunna bidra till större tydlighet för företag, exempelvis genom sådan informell vägledning. Formella beslut från kommissionen i konkreta ärenden skulle också ge värdefull vägledning.
- I ett andra steg kan det bli aktuellt att inkludera allmän vägledning i exempelvis de horisontella gruppundantagsförordningarna eller de tillhörande riktlinjerna. Det behövs dock först relevant praktiskt erfarenhet, t.ex. genom utfärdande av individuell vägledning, som kan ligga till grund för en efterföljande allmän vägledning.
- När resultaten av kommissionens pågående konsultation finns tillgängliga och alla berörda intressenter har utvecklat i vilka avseenden det behövs ytterligare vägledning och i vilken form, behöver frågan bli föremål för fortsatta överväganden.

Avseende konsultationens frågor om förvärvskontroll

- Konkurrensbegränsningar kan leda till bland annat högre priser, försämrad kvalitet, försämrad service, lägre produktvariation eller lägre innovationsgrad. I den mån miljöpåverkan eller hållbarhetsaspekter kan hänföras till sådana faktorer finns ingen principiell begränsning för att beakta dem i konkurrensbedömningen vid kontroll av företagskoncentrationer.
- Det finns dock skäl som talar emot att hållbarhetsaspekter som inte redan prisas in av marknadsaktörerna utgör en faktor för att etablera graden av konkurrens på marknaden.
- Hållbarhetsaspekter skulle teoretiskt kunna beaktas inom ramen för en analys av effektivitetsvinster vid förvärvskontroll. Konkurrensverket ser dock utmaningar i att visa att hållbarhetsaspekter uppfyller de krav som ställs enligt EU:s konkurrensrätt, dvs. att de medför nytta för konsumenterna, är koncentrationsspecifika och är kontrollerbara.

Inledning

Konkurrensverket verkar för en effektiv konkurrens i privat och offentlig regi till nytta för konsumenterna samt för en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknads aktörer.

Mot bakgrund av EU:s klimatmål och kommissionens gröna giv har frågan om vilka förutsättningar som finns för att beakta hållbarhetsaspekter inom ramen för tillämpningen av EU:s konkurrensregler blivit alltmer aktuell. Konkurrensverket understryker inledningsvis vikten av att hitta effektiva lösningar för att uppnå Sveriges och EU:s miljö- och klimatmål samt målen i Parisavtalet och Agenda 2030. Konkurrensverket stödjer kommissionens initiativ att undersöka hur konkurrensreglerna på bästa sätt kan komplettera reglering på området för att säkerställa att konkurrensrätten inte ställer upp onödiga hinder för miljöfrämjande samarbeten. Konkurrensverket delar dock kommissionens bedömning att konkurrensreglerna spelar en underordnad roll i detta sammanhang och att det finns andra effektivare verktyg och styrmedel (som reglering och skatter) för att uppnå dessa mål.

Den remitterade konsultationen från kommissionen innehåller ett flertal frågor beträffande (i) statsstöd, (ii) antitrustreglerna samt (iii) företagskoncentrationer. Konkurrensverket avgränsar sitt yttrande till de två sistnämnda områdena.

Konkurrensverket saknar i vissa delar relevant erfarenhet för att ge svar på konkreta frågor såsom de ställs i konsultationen och vissa frågor förefaller vara riktade till direkt berörda intressenter. Detta gäller t.ex. konsultationens fråga om verkliga eller teoretiska exempel på önskvärt samarbete mellan företag som främjar målen för den gröna giv men som inte genomförs på grund av risken att de skulle bryta mot EU:s antitrustregler (fråga 1 under del 2 i konsultationen

om antitrustreglerna). Det gäller även frågan om det finns situationer där hållbarhetsaspekter berättigar konkurrensbegränsande avtal som är förbjudna enligt nuvarande praxis (fråga 3 under del 2 i konsultationen om antitrustreglerna). Då Konkurrensverket saknar sådana konkreta exempel och uppfattar att dessa frågor är riktade till andra intressenter så ger inte verket några sådana exempel.

I syfte att bidra till den remitterade konsultationen ur perspektivet som tillsynsmyndighet, ger verket i detta yttrande en orientering av på vilket sätt hållbarhetsfrågor i viss mån redan kan vägas in i konkurrenstillsyn utan ändringar av det rättsliga regelverket. Konkurrensverket belyser därutöver vissa situationer där det kan finnas en osäkerhet om hur hållbarhetsaspekter ska bedömas konkurrensrättsligt.

Uttalade hållbarhetsfrågor har ytterst sällan aktualiserats i Konkurrensverkets tillsynsarbete sedan det moderniserade systemet för tillämpningen av EU:s konkurrensregler inrättades 2004. Likaså finns det endast begränsad praxis från EU-domstolen, kommissionen och de andra nationella konkurrensmyndigheterna inom EU som berör hållbarhetsaspekter inom konkurrensrätten. Däremot har Konkurrensverket handlagt vissa ärenden som berör sektorer som anknyter till hållbarhetsfrågor, som t.ex. avfallshantering¹ och gasnätsmarknaden.²

Konkurrensrätten är föremål för ständig utveckling och det är sannolikt att miljöhänsyn kommer att tillmätas större betydelse i konkurrensrättslig praxis i framtiden än vad som gjorts hittills. Det är emellertid en utveckling som tar tid och som kan komma att medföra rättsosäkerhet för företagen under tiden.

Konkurrensverket är därför positivt inställt till att kommissionen inom ramen för den remitterade konsultationen belyser i vilka avseenden berörda intressenter anser att det finns hållbarhetsinitiativ som inte kommer till stånd eftersom det uppfattas finnas en risk att de skulle bryta mot EU:s antitrustregler.

Konkurrensverket anser ändå att det finns goda förutsättningar inom ramen för nuvarande praxis från EU-domstolen och gällande riktlinjer utfärdade av kommissionen, för att flera olika typer av hållbarhetsavtal ska kunna genomföras på ett sätt som är oproblemiskt ur konkurrenssynpunkt. De allra flesta avtal är lagliga och faller helt utanför konkurrensreglerna. Andra avtal, som är konkurrensbegränsande, kan undantas om de leder till effektivitetsvinster som kommer konsumenterna tillgodo. Samtidigt vill Konkurrensverket betona vikten

¹ Se mål nr PMÖA 1519-19 *Svenska Förpacknings- och tidningsinsamlingen AB .I. Konkurrensverket* (2020-02-28)

² Se Dnr 339/2018. Konkurrensverket har även berört hållbarhetsfrågor i olika remissyttranden och rapporter, exempelvis i yttrande över promemorian om Mer fastighetsnära insamling av förpackningsavfall och returpapper - utveckling av producentansvaren (dnr. 201/2018), i rapporten *Konkurrensen i Sverige* rapport 2018:1, kapitel 4 om cirkulär ekonomi, samt i en gemensam rapport med de nordiska konkurrensmyndigheterna, *Competition in the waste management sector – preparing for a circular economy*, Nordiska rapporter, 2016.

av att säkerställa att miljöskäl inte används som täckmantel för samarbeten av kartellkaraktär eller andra typiskt sett konkurrensskadliga beteenden.

Konsumentvälfärdsstandarden

Det huvudsakliga syftet med konkurrenspolitiken i Sverige och i EU är att främja konsumenternas välfärd. Konkurrensreglerna är utformade så att konsumenter ska gynnas och, om ett granskat marknadsbeteende ger upphov till skada på konkurrensen, att konsumenterna måste kompenseras för att beteendet ska kunna godtas.³ Det innebär att fokus ligger på att förhindra och begränsa förfaranden som drabbar konsumenterna negativt ur ekonomisk synvinkel. Normalt innebär detta även att de konsumenter som berörs av en konkurrensbegränsning behöver kompenseras, direkt eller indirekt, av förbättringar så att förfarandet åtminstone är konkurrensneutralt i relation till de berörda konsumenterna för att kunna accepteras.

En tillämpning av konkurrensregelverket med utgångspunkt i konsumentvälfärdsstandarden kan i sig bidra till att uppnå hållbarhetsmål i kombination med ändamålsenliga styrmedel som reglering och skatter. Konsumentvälfärdsstandarden är inte begränsad till att främja lägre konsumentpriser. Konkurrensreglerna har också som mål att skapa förutsättningar för innovation och kvalitetsmässiga förbättringar, inklusive ur miljö- och hållbarhetsynpunkt. Reglerna bidrar därigenom i sig till att ge förbättrade förutsättningar för miljö och hållbarhet att få genomslag på marknader till nytta för konsumenter.⁴ Samtidigt kan konkurrens leda till prispress och överutnyttjande av resurser om inte negativa externaliteter, såsom till exempel koldioxidutsläpp, internaliseras i priset, till exempel i form av koldioxidskatter.

I sammanhanget är det värt att nämna de skyldigheter som följer av dels den s.k. integrationsprincipen i artikel 11 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) som stipulerar att "[m]iljöskyddskraven ska integreras i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling", dels kravet i artikel 7 FEUF om att EU ska säkerställa samstämmighet mellan all sin politik och verksamhet, med beaktande av samtliga mål. Kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter ska därför vid tillämpningen av artikel 101 och 102 FEUF väga in bland annat miljön

³ Jfr bl.a. skrivningen i artikel 101.3 FEUF om att konsumenter behöver erhålla en skälig andel av den vinst som uppstår till följd av ett avtal som omfattas av artikel 101.1 FEUF, Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer ("EG:s koncentrationsförordning"), Europeiska unionens officiella tidning L 24/1, 29.1.2004, punkt 29, Meddelande från Kommissionen, tillkännagivande, riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, (2004/C 101/08), Europeiska unionens officiella tidning C 101/97, 27.4.2004, punkt 13 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, (2009/C 45/052), Europeiska unionens officiella tidning C 45/7, 24.2.2009, punkt 5.

⁴ Konkurrensverket (2018), *Konkurrensen i Sverige* rapport 2018:1, s. 6.

som en faktor.⁵ Med det sagt så vill Konkurrensverket betona att det i praktiken kan vara svårt att väga in allmänintressen som miljö- och klimathänsyn i exempelvis en konkurrensrättslig proportionalitetsbedömning.

Utmaningar med att balansera konsumentvälfärd mot miljömässiga mål

Alla produktions- och konsumtionsbeslut kan ha påverkan på marknader och samhälleliga områden bortom, såväl som på, den marknad där verksamheten bedrivs. Sådana externaliteter kan ur ett samhällsperspektiv vara såväl gynnsamma som skadliga. Externaliteter är dock ofta inte en ingående parameter i marknadsaktörernas beslut om prissättning, produktion och konsumtion eller beaktas bara i begränsad omfattning. Det innebär att förekomsten av externaliteter kan skapa över- eller underproduktion/-konsumtion mot vad som vore samhällsekonomiskt optimalt. Det kan också leda till att varor och tjänster produceras genom andra processer, eller med andra insatsvaror och material, än vad som vore önskvärt från ett övergripande samhällsperspektiv.

Från ett samhällsperspektiv är det önskvärt att externaliteter kan internaliseras i marknadsaktörernas beslutsprocesser för att på så sätt få ett bättre optimerat resursanvändande i samhället.⁶ I fråga om miljöaspekter, där de negativa externaliteterna riskerar ett överutnyttjande av ändliga kollektiva nyttigheter med potentiellt katastrofala följder, är en internalisering av externaliteterna särskilt angelägen.

Konkurrenspolitiken och hållbarhetshänsyn har båda som målsättning att underlätta en optimal resursanvändning i samhället. De gynnsamma effekter som begränsningar av negativa externaliteter skulle medföra leder emellertid inte nödvändigtvis till nytta för konsumenterna av de relevanta varorna eller tjänsterna, vilket är kärnan i konsumentvälfärdsstandarden.

En reduktion av växthusgaser har en påverkan på global nivå, alltså för alla konsumenterna och inte endast för de aktuella konsumenterna av en specifik vara eller tjänst. Förbättringar i närmiljön runt en produktionsplats gynnar de närboende och inte de som köper produkterna eller tjänsterna. Hållbarhetsförbättringar till följd av samarbeten mellan konkurrenter kan ligga långt i framtiden om det handlar om nyutveckling av produktion. I sådana situationer kan en konflikt uppstå mellan en konsumentvälfärdsstandard såsom den traditionellt tillämpats inom EU:s konkurrensrätt och de fördelar som hållbarhetsarbete ger upphov till. Detta beskrivs närmare i avsnitten om

⁵ Lidgard, Hans Henrik och Samuelsson, Patrik (2016) *Konkurrens och miljö* Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2016:1, s. 39. Jfr även EU-domstolens uttalanden, avseende statsstöd, i mål C-594/18 P *Republiken Österrike mot kommissionen* EU:C:2020:742, p. 45 och 100.

⁶ Se Lidgard, Hans Henrik och Samuelsson, Patrik (2016) *Konkurrens och miljö* Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2016:1, avsnitt 1.2.

effektivitetsvinster under artikel 101.3 FEUF / 2 kap. 2 § konkurrenslagen (KL) och förvärvsprövningen nedan.

En metod som konkurrensmyndigheter teoretiskt skulle kunna använda för att balansera konsumentvälfärd mot hållbarhetshänsyn är att beräkna ett *skuggpris*, vilket är det teoretiska pris som, om det lades till priset för den vara eller tjänst som orsakar externaliteten, helt skulle internalisera denna externalitet. Ett exempel på en mekanism som fastställer skuggpriser är den handel med utsläppsrätter som bedrivs inom ramen för EU:s handel med utsläppsrätter (EU ETS). En sådan beräkning skulle innefatta en bedömning av miljöskadan, en värdering av denna miljöskada samt ett försök att efterlikna marknadens framåtblickande bedömning som görs i handeln med utsläppsrätter.

Konkurrensverket anser att fastställandet av skuggpriser i enskilda ärenden där konkurrensreglerna tillämpas skulle innebära att konkurrensmyndigheterna måste göra komplexa beräkningar med en analytisk metod som traditionellt sett inte legat inom ramen för konkurrensbedömningen. Detta kan innebära utmaningar för en effektiv och förutsebar tillämpning av konkurrensreglerna. Till detta kommer även utmaningar av strategisk natur. Konkurrensmyndigheten behöver t.ex. också kunna avgöra att de berörda företagens långsiktiga bevekelsegrunder verkligen är hållbarhetshänsyn och inte någonting annat (s.k. greenwashing).

Sammantaget är Konkurrensverkets bedömning att fastställandet av skuggpriser som metod för att internalisera miljö- och klimatrelaterade externaliteter lämpar sig bättre för regulatoriska mekanismer såsom EU:s handel med utsläppsrätter, snarare än att konkurrensmyndigheter ska beräkna skuggpriser i enskilda konkurrenstillsynsärenden.

Konkurrensreglerna och hållbarhetsaspekter

I följande avsnitt beskrivs särskilda överväganden beträffande hållbarhetsaspekter när det gäller dels de konkurrensrättsliga förbudena mot konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av dominerande ställning, dels förvärvskontroll. Framställningen tar i huvudsak sikte på hur hållbarhetsfrågor redan kan vägas in inom ramen för den befintliga rättsliga regleringen.

Konkurrensbegränsande samarbete

Överväganden i detta avsnitt avser särskilt frågorna 1–3 i konsultationens del 2 om antitrustreglerna.

Horisontella samarbeten mellan faktiska eller potentiella konkurrenter som har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen är förbjudna enligt 2 kap. 1 § KL och motsvarande förbud i artikel 101 i FEUF.

Ett skäl till varför företag kan vilja ingå miljöavtal är för att undvika s.k. snålskjutsproblematik, dvs. att företag drar nytta av andra företags investeringar utan att själva bära några av investeringskostnaderna. Företag kan också identifiera stora risker och kostnader förenade med att vara först med att t.ex. utveckla hållbara produkter och produktionsprocesser (s.k. first-mover disadvantage). Dessa problem kan lösas med överenskommelser mellan konkurrenter. Vissa överenskommelser kan vara lagliga och faller helt utanför konkurrensreglerna medan andra typer av samarbete kan vara konkurrensbegränsande och förbjudna enligt konkurrensreglerna.

Miljöavtal som inte är konkurrensbegränsande

Det finns ett antal situationer där avtal mellan konkurrenter som regel betraktas som oproblematiske ur konkurrenssynpunkt. Det finns inget särskilt gruppundantag i EU:s konkurrensregler för hållbarhetsavtal. Däremot är samarbeten av miljö- eller hållbarhetsskäl i form av standardiseringsavtal i regel inte konkurrensbegränsande i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF om de uppfyller vissa fastställda kriterier i kommissionens horisontella riktlinjer.⁷

Huvudsakligen gäller kommissionens riktlinjer om standardiseringsavtal överenskommelser som inte ålägger något företag en skyldighet att följa standarden och som ger tillgång till standarden på rättvisa, rimliga och icke-diskriminerande villkor, om deltagandet i fastställandet av standarden är utan begränsningar och förfarandet för att införa den är öppet.⁸

Det kan noteras att tidigare riktlinjer från kommissionen⁹ från 2001 innehöll specifika bestämmelser om miljöavtal som inte ansågs vara konkurrensbegränsande och därför inte omfattades av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i dåvarande artikel 81.1 EG (nu artikel 101.1 FEUF).¹⁰ Dessa bestämmelser gällde:

- Avtal där parterna inte ålagts någon särskild individuell skyldighet eller om de allmänt har åtagit sig att bidra till uppnåendet av ett miljömål för en viss sektor;¹¹
- Avtal om fastställande av miljöprestanda för produkter eller processer som inte i väsentlig grad påverkar produkt- och produktionsdiversiteten på den

⁷ Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal (2011/C 11/01), punkt 280.

⁸ *Ibid*, punkt. 280.

⁹ Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal (2001/C 3/02).

¹⁰ Lidgard, Hans Henrik och Samuelsson, Patrik (2016) *Konkurrens och miljö* Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2016:1, s.42-43

¹¹ Se kommissionens ärenden *JAMA* (Case IV/F-2/37.634) och *KAMA* (Case IV/F-2/37.611) samt *CEMEP* (COMP/37773) för hållbarhetsavtal som kommissionen godtagit faller utanför artikel 101.1 FEUF.

relevanta marknaden eller som endast marginellt påverkar inköpsbesluten; samt,

- Avtal som leder till att det faktiskt skapas nya marknader.¹²

Avtal som är konkurrensbegränsande men ger upphov till effektivitetsvinster

Hållbarhetsamarbeten kan undantas från förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten om de ger upphov till effektivitetsvinster. Kommissionens beslut i CECED-ärendet utgör ett exempel på ett sådant samarbete. Enligt ett avtal mellan tillverkare, importörer och branschorganisationer fick man inte längre tillverka eller importera tvättmaskiner som inte uppfyllde en ny effektivitetsstandard som infördes genom avtalet. Även om avtalet minskade konsumenternas valmöjligheter, vilket kunde leda till högre priser, bedömde kommissionen att avtalet sannolikt skulle bidra till tekniska och ekonomiska framsteg och samtidigt låta en skälig andel av fördelarna komma användarna till godo.¹³

Enligt artikel 101.3 FEUF / 2 kap. 2 § KL undantas sådana samarbeten från förbudet om fyra kumulativa kriterier är uppfyllda: (i) Avtalet måste bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, (ii) konsumenterna måste tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås, (iii) begränsningarna måste vara nödvändiga för att uppnå dessa mål, och (iv) avtalet får inte ge parterna möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

Av dessa kriterier är det framförallt bedömningen av de första två som aktualiseras i förhållande till hållbarhetsamarbeten (observera dock att samtliga fyra kriterier alltså måste vara uppfyllda). När det gäller *det första kriteriet* angavs i 2001 års horisontella riktlinjer att ekonomiska fördelar kan vara "nettofördelar i fråga om mindre miljöbelastning till följd av avtalet, jämfört med ett utgångsläge där inga åtgärder vidtas".¹⁴ Ett antal äldre avgöranden har beaktat miljöfördelar som ekonomiskt eller tekniskt framåtskridande.¹⁵ Enligt de nu gällande horisontella riktlinjerna från 2010 ska samarbetet dock ge upphov till "objektiva ekonomiska fördelar",¹⁶ på så sätt att det gör det möjligt för företagen i

¹² Se DSD (COMP/34493). Jfr även den nederländska konkurrensmyndighetens utkast till riktlinjer för hållbarhetsamarbeten, kapitel 4.

¹³ Kommissionens beslut av den 24 januari 1999 i ärende IV.F.1/36.718 – CECED (2000/475/EG), p. 57.

¹⁴ Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal (2001/C 3/02), p. 193.

¹⁵ Lidgard, Hans Henrik och Samuelsson, Patrik (2016) *Konkurrens och miljö* Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2016:1, s. 49 med hänvisning till ärendena CECED (IV.F.1/36.718), CEMEP (Commission Press Release (IP/00/508) och EACEM (OJ 1998 C12/02) (miljöförbättringar genom minskad energianvändning), VOTOB (COMP REP EC 1992) och DSD (COMP/34493) (förbättringar för avfallshantering), Exxon/Shell (IV/33.640) (minskade resursanvändning), BBC Brown Boveri (IV/32.368), Carbon Gas Technologie och Assurpol (IV/33.100) (utvecklingen av miljövänligare produktionsmetoder), och ZVEI/Arge Bat och Philips/Osram (IV/34.252) (mindre utsläpp vid tillverkning).

¹⁶ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, p. 33

fråga att utföra uppgifter till lägre kostnader eller med större mervärde för konsumenterna.¹⁷

Det andra kriteriet kräver i sin tur att konsumenterna tillförsäkras "en skäligen andel" av effektivitetsvinster som samarbetet ger upphov till. Diskussionen kretsar här i stor utsträckning kring om detta innebär att konsumenterna som drabbas av konkurrensbegränsningen också måste kompenseras till fullo, eller om effektiviteten kan uppstå på en annan relevant marknad (s.k. *out of market* effektivitetsvinster). Kommissionens ståndpunkt, såsom den anges i riktlinjerna från 2010, är att nettoeffekten av avtalet åtminstone måste vara neutral ur de konsumenters synvinkel som direkt eller sannolikt påverkas av avtalet.¹⁸ Det finns dock viss domstolspraxis (samt äldre beslutspraxis från kommissionen) som indikerar att det har funnits utrymme för att även beakta fördelar och effektivitetsvinster, inklusive fördelar ur miljösynpunkt¹⁹, på andra relevanta marknader än den där konkurrensbegränsningen uppstår.²⁰ Frågan är dock omdiskuterad.²¹

De sista två kriterierna i undantagsprövningen kräver att "begränsningarna ska vara nödvändiga" (dvs. proportionerliga) och att "konkurrensen inte får elimineras". Proportionalitetbedömningen under det tredje kriteriet innebär att avtalet inte får föreskriva begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dess objektiva fördelar. Det får inte vara möjligt för parterna att utarbeta mindre konkurrensbegränsande alternativ som lösning på problemet.²² Även om nödvändighetskriteriet är uppfyllt är det en förutsättning att samarbetet inte eliminerar all konkurrens på den relevanta marknaden (det fjärde kriteriet).

Gällande riktlinjer från kommissionen kan alltså innebära att vissa miljöförbättrande men konkurrensbegränsade avtal eventuellt inte kan ingås då alla positiva effekter av ett avtal inte kan beaktas i samma utsträckning. Så länge måttstocken är att direkta och indirekta konsumenter fullt ut ska kompenseras för eventuella konkurrensbegränsningar kan det vara så att de effektivitetsvinster som sker *out of market* inte kan vägas in i den konkurrensrättsliga bedömningen med mindre än att fränsteg från den sedvanliga konkurrensbedömningen tillåts.

¹⁷ *Ibid*, p. 59 och 62

¹⁸ *Ibid*, p. 85

¹⁹ Se t.ex. kommissionens beslut i ovan nämnda *CECED* (IV.F.1/36.718), p. 55 ff där det togs hänsyn till de kollektiva miljöfördelarna med avtalet. De sociala fördelarna med avtalet beräknades vara mer än sju gånger större än de ökade inköpskostnaderna för energisnålare tvättmaskiner.

²⁰ Se t.ex. mål T-86/95 *Compagnie Générale Maritime m.fl.* EU:T:2002:50, p. 343 och förenade målen C-501/06 P m.fl. *GlaxoSmithKlein Services Unlimited* EU:C:2009:610.

²¹ Se t.ex. OECD (2020), Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion Paper, <http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf>, s. 25

²² Se t.ex. *CECED* (IV.F.1/36.718) p. 58, 59.

Samarbete som utgör ett legitimt allmänintresse

EU-domstolen har i sin praxis utvecklat vad som av vissa anses vara en skälighetsbedömning (*rule of reason*) där vissa legitima allmänintressen vägs mot en konkurrensbegränsning med hjälp av en proportionalitetsbedömning och, i förekommande fall, då faller utanför reglerna om konkurrensbegränsande samarbete. Doktrinen, som har sin grund i *Wouters*-målet²³, har dock tillämpats restriktivt av EU-domstolen.²⁴ Trots detta har det hävdats att doktrinen som sådan även skulle kunna tillämpas i förhållande till vissa typer av hållbarhetssamarbeten där konkurrensbegränsningen är (objektivt) nödvändig för att målet med samarbetet ska uppfyllas.²⁵ Eftersom doktrinen utvecklats i rättspraxis skulle frågan behöva bli föremål för EU-domstolens prövning för att slutligt avgöra om doktrinen kan utvecklas till att omfatta hållbarhetssamarbeten.

Missbruk av dominerande ställning

Enligt 2 kap. 7 § KL och artikel 102 FEUF är ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på marknaden förbjudet. Missbruksbestämmelsen saknar en uttrycklig undantagsbestämmelse likt den som återfinns i artikel 101.3 FEUF / 2 kap. 2 § KL. Generellt sett ställs det stränga krav på företag som innehar en dominerande ställning att inte genom sitt beteende försvaga konkurrensen ytterligare. Av EU-domstolens praxis följer emellertid att det finns en möjlighet att rättfärdiga ett beteende, som annars skulle klassas som ett missbruk, om det dominerande företaget kan visa att beteendet är *objektivt nödvändigt/objektivt försvarbart* eller om det kan uppvägas av fördelar i *effektivitetshänseende* som även gynnar konsumenternas intressen.²⁶ Avseende effektivitetsvinster har det i praxis uppställts fyra kumulativa kriterier som behöver uppfyllas.²⁷ Dessa kriterier liknar, utan att vara identiska med, de kriterier som uppställs i artikel 101.3 FEUF / 2 kap. 2 § KL.²⁸ Det torde således, åtminstone i teorin, finnas situationer där ett beteende som motiveras av miljöskäl skulle kunna rättfärdigas om det innebär fördelar i effektivitetshänseende. Det följer vidare av kommissionens

²³ Mål C-309/99 *Wouters m.fl.* EU:C:2002:98.

²⁴ Doktrinen bekräftades i mål C-519/04 P *Meca Medina* EU:C:2006:492 där konkurrensbegränsningen som orsakats av internationella olympiska kommitténs anti-dopingregler motiverades av hälsoskäl och rättvisa inom idrott. Doktrinen behandlades även mer nyligen i mål C-1/12 *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* EU:C:2013:127 och mål C-136/12 *Consiglio nazionale dei geologi* EU:C:2013:489.

²⁵ Se OECD (2020), Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion Paper, <http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf>, s. 24 med hänvisning till Monti (2017), De Stefano (2020), Gerbrandy (2020) och HCC (2020). Doktrinen har stora likheter med, och behandlas ibland som en del av, doktrinen om objektivt nödvändiga (accessoriska) begränsningar där domstolen har accepterat att (accessoriska) konkurrensbegränsningar som är objektivt nödvändiga för att en konkurrensfrämjande kommersiell transaktion kan falla utanför artikel 101.1 i FEUF.

²⁶ Se t.ex. EU-domstolens dom av den 27 mars 2012 i mål C-209/10 *Post Danmark A/S/Konkurrenserådet* EU:C:2012:172, p. 40-41.

²⁷ Mål C-209/10 *Post Danmark A/S/Konkurrenserådet*, punkt 42. Se även Meddelande från kommissionen - Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02), p. 30.

²⁸ Lidgard, Hans Henrik och Samuelsson, Patrik (2016) *Konkurrens och miljö* Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2016:1, s. 66.

vägledningarna att ett konkurrensbegränsande beteende som motiveras av t.ex. hälso- och säkerhetsskäl i undantagsfall kan anses objektivt försvarbart, förutsatt att beteendet också är proportionerligt.²⁹ Detta torde även innebära att ett beteende som motiveras av miljöhänsyn, i princip, kan anses objektivt försvarbart.³⁰

Det finns dock få exempel där ett missbruk över huvud taget ansetts objektivt nödvändigt, än mindre på grund av miljöhänsyn. Detta förklaras bland annat av att det vid bedömningen ska tas hänsyn till om det eftersträvade intresset bättre kan uppnås genom andra åtgärder som inte är konkurrensbegränsande. Det anses inte heller vara ett dominerande företags uppgift att på eget initiativ begränsa konkurrensen för att det, riktigt eller felaktigt, bedömer att detta är bättre ur t.ex. miljösynpunkt.³¹

Det ovan sagda ligger även i linje med den bedömning som Konkurrensverket och sedermera Patent- och marknadsdomstolen (PMD) gjorde i det s.k. FTI-målet.³² I ärendet, som rörde Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB:s (FTI) uppsägning av en konkurrents tillträde till det återvinningssystem som FTI äger, anförde FTI att uppsägningen var objektivt försvarbar med hänvisning till bland annat hög miljöstandard, kontroll över återvinningen och att företaget hade satt högre återvinningsmål än vad som lagstiftningen kräver. Enligt PMD hade FTI inte visat att det inte fanns mindre ingripande åtgärder, till exempel omförhandling av avtalet, för att uppnå dessa syften samt att det inte kan anses vara upp till FTI att styra vilka standarder som ska gälla i fråga om bland annat återvinningsmål.³³

Kontroll av företagskoncentrationer

Överväganden i detta avsnitt avser frågor 1 och 2 under del 3 om kontroll av företagskoncentrationer i konsultationen.

Hållbarhetsaspekter i konkurrensbedömningen

Huruvida konkurrensen begränsas av ett anmält förvärv bestäms i huvudsak med hänsyn till två kriterier:

²⁹ Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget, p. 29.

³⁰ Se Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget, p. 29, där kommissionen anger att "[e]tt utestängande beteende kan till exempel anses vara objektivt nödvändigt av hälso- och säkerhetsskäl som har att göra med den aktuella produktens art." Se även J.Nowag, "Environmental Integration in competition and free-movement laws" (OUP, 2017), s. 239 ff., bl.a. med hänvisning till konkurrensmyndigheten i Luxemburg som i ett ärende slagit fast att ett dominerande företags konkurrensbegränsande beteende var objektivt försvarbart med hänsyn till miljöskydd (Conseil de la Concurrence S.A. Tanklux Décision N°2009-FO-02 (2009-08-03)).

³¹ Se Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82, punkt 29.

³² PMÅ 2741-18 (2019-01-21).

³³ PMÅ 2741-18, s. 39 ff. PMD:s dom upphävdes sedermera av Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD) eftersom domstolen, till skillnad från PMD, inte ansåg att återvinningssystemet utgjorde en nödvändig nytthet. PMÖD behandlade däremot inte frågan om objektiv försvarbarhet (se PMÖÄ 1519-19 (2020-02-28)).

- i) Den sammanslagna enhetens förutsättningar att påtagligt hämma den effektiva konkurrensen utan att tillgripa samordnade förfaranden (unilaterala effekter)
- ii) Att aktörerna på marknaden efter sammanslagningen i högre grad kan samordna sitt beteende och därigenom påtagligt hämma den effektiva konkurrensen (samordnade effekter).

Konkurrensverket anser att förvärvsprövningar redan i dagsläget bidrar till att säkerställa att konkurrensen på marknaden inte hämmas, vilket ger förutsättningar för utveckling och innovation med fokus på miljö och hållbarhet.

Miljö- och hållbarhetsaspekter kan även ha en direkt inverkan på hur avgränsningen av den eller de relevanta marknaderna i ärendet ska göras och i förlängningen vilken marknadsaktör de samgående företagen har, vilket får en betydelse för den materiella bedömningen. I detta avseende tas ingen särskild hänsyn till just miljö- och hållbarhetsaspekter, men deras inverkan på marknadens funktionssätt och deras betydelse för konsumenternas agerande blir en naturlig del av att bedöma konkurrensstrycket på marknaden.³⁴

Hämmande av konkurrensen kan ta sig uttryck i bland annat högre priser, försämrad kvalitet, försämrad service, lägre produktvariation eller lägre innovationsgrad. I den mån miljöpåverkan eller hållbarhetsaspekter kan hänföras till sådana faktorer finns ingen principiell begränsning att beakta dem i konkurrensbedömningen.

Som nämns ovan karaktäriseras hållbarhetsaspekter i form av externaliteter av att de ofta inte beaktas av aktörerna på marknaden när de fattar sina beslut om produktion eller konsumtion. Detta talar emot att hållbarhetsaspekter, som inte redan prisas in av marknadsaktörerna, utgör en faktor för att etablera graden av konkurrens på marknaden, vilket i sin tur gör det svårare att visa att sådana hållbarhetsaspekter har en inverkan på den effektiva konkurrensen.

Hållbarhetsaspekter vid bedömningen om effektivitetsvinster

Hållbarhetsaspekter skulle kunna beaktas inom ramen för en analys av effektivitetsvinster, under förutsättning att de medför nytta för konsumenterna, är koncentrationsspecifika och är kontrollerbara. I den mån hållbarhetsaspekter leder till sådana effektivitetsvinster finns det inget som principiellt förhindrar konkurrensmyndigheter från att beakta hållbarhetsaspekterna inom ramen för prövningen av företagskoncentrationer.

³⁴ Miljö- och hållbarhetsaspekter i marknadsavgränsningshänseende har bland annat påtalats i Gasums förvärv av Lidingö Clean Gas och Natuitor, dnr 7/2020.



Ju större konkurrensbegränsningarna är, desto säkrare och mer betydande behöver effektivitetsvinsterna vara för att kunna uppväga konkurrensbegränsningarna. Om den föreslagna koncentrationen leder till en monopolliknande ställning, försämras kraftigt incitamenten att föra vidare eventuella effektivitetsvinster till konsumenterna. Under sådana omständigheter skulle det därför vara osannolikt att effektivitetsvinster bestående i t.ex. ökad hållbarhet skulle medföra att ett förvärv godkänns.

En utmaning ligger också i att positiva effekter utifrån ett hållbarhetsperspektiv kan vara svåra att införliva i framförallt begreppet "nytta för konsumenterna". Uppstår vinsterna av hållbarhetsförbättringar på andra marknader än de som är aktuella för koncentrationsprövningen, och alltså inte gynnar de direkta konsumenterna, kommer det att göra det svårare att ta hänsyn till hållbarhetsaspekter såsom effektivitetsvinster.

För att beakta hållbarhetsaspekter måste det klarläggas att det saknas andra realistiska, mindre konkurrensbegränsande sätt, för att uppnå effektivitetsvinsterna. Om effektivitetsvinster i form av miljö- eller hållbarhetshänsyn följer av gällande miljölagstiftning kan effektivitetsvinsterna inte anses vara förvärvsspecifika. Kravet på kontrollerbarhet ställer höga krav på förvärvsparter att klargöra konsumentnyttan av påstådda hållbarhetsaspekter och att styrka att hållbarhetseffekterna faktiskt kommer att realiseras för konsumenterna inom en skälig tidsrymd samt att eventuella negativa verkningar av koncentrationen därmed uppvägs. Forskningsläget kring miljöekonomisk estimering av kostnads- och nyttoeffekter från hållbarhetsaspekter är under utveckling vilket i sig försvårar bedömningen av verifierbarhet i underlag till en effektivitetsvinstbedömning.

I jämförelse med artikel 101.3 FEUF är effektivitetsvinster enligt förvärvsprövningen till sin ordalydelse något annorlunda men i praktiken torde det handla om begränsade skillnader. I båda fallen handlar det om effektivitetsvinster som faktiskt ska uppstå som en konsekvens av förvärvet/förfarandet, utan att det finns andra mindre konkurrensbegränsande alternativ att uppnå dessa, som ska komma konsumenter till del och som inte får utsläcka konkurrensen (vilket ligger implicit i den materiella bedömningen inom förvärvsprövningen). I den mån det föreligger en skillnad, är det möjligen en kortare tidshorisont för förvärvsprövningen.

Behövs ytterligare förtydliganden och stöd rörande hållbarhetsavtal och hur ska vägledningen utformas?

Detta avsnitt avser särskilt fråga 2 om antitrustreglerna i konsultationen.

Det kan konstateras att förfaranden som rör hållbarhet, exempelvis s.k. hållbarhetsavtal, kan bli föremål för konkurrenstillsyn. Givet den begränsade erfarenheten som tycks finnas angående bedömningen av sådana avtal samt

andra förfaranden som kan knyta an till hållbarhetsfrågor, och med utgångspunkt i bland annat de diskussioner som förs på konkurrensrättens område i olika internationella forum, ser Konkurrensverket att det kan finnas skäl att skapa större klarhet rörande hur sådana frågor kommer att bedömas inom konkurrenstillsynen.

För att uppnå en enhetlig tillämpning av konkurrensreglerna inom EU bör en sådan vägledning i huvudsak komma från, eller koordineras av, kommissionen.

Resultaten av kommissionens pågående konsultation med berörda intressenter kommer att ge ytterligare underlag för att bedöma i vilka avseenden och i vilken form ytterligare vägledning är behövlig. Utan att förekomma resultaten av konsultationen, redovisar Konkurrensverket i det följande olika möjligheter som kommissionen har att ge vägledning om specifika frågor inom konkurrenstillsynen samt hur sådan vägledning skulle kunna ges just beträffande hållbarhetsfrågor. När resultaten av kommissionens pågående konsultation med alla berörda intressenter finns tillgängliga, behöver frågan om i vilka avseenden det behövs ytterligare vägledning och i vilken form bli föremål för fortsatta överväganden.

Om kommissionens möjligheter till vägledning inom konkurrenstillsynen
Sedan ikraftträdandet av förordning 1/2003³⁵ förväntas företag som är föremål för EU:s konkurrensregler själva bedöma huruvida deras förfaranden är förenliga med konkurrensreglerna eller inte. Inom det tidigare regelverket under förordning 17/62³⁶ fanns det möjlighet för företag att anmäla avtal som skulle kunna falla inom tillämpningsområdet av artikel 101 FEUF till kommissionen. Företag kunde då få icke-ingripandebesked av kommissionen om det anmälda avtalet inte bedömdes strida mot artikel 101 FEUF. Denna ordning blev dock alltför belastande för kommissionen och ledde till svårigheter att utöva effektiv tillsyn över de mest skadliga förfarandena.³⁷ Bytet av tillvägagångssätt kunde då också motiveras av att kommissionen hade byggt upp praxis om tillåtna och otillåtna förfaranden under lång tid, vilket anmälningsförfarandet under förordning 17/62 hade bidragit till.

För att väga upp för det borttagna anmälningssystemet och förbättra företagens möjligheter att bedöma sitt eget agerande har kommissionen olika verktyg för att vägleda företag.

Det finns gruppundantagsförordningar som undantar vissa typer av avtal från tillämpningen av artikel 101 FEUF. De mest relevanta

³⁵ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

³⁶ Förordning nr 17, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86.

³⁷ Förordning 1/2003, skäl 3-4.

gruppundantagsförordningarna i detta sammanhang är de som rör samarbeten mellan konkurrenter, dvs. gruppundantagsförordningarna rörande forsknings- och utvecklingsavtal respektive specialiseringsavtal.³⁸ Kommissionen har även publicerat flera vägledande dokument som bl.a. är ämnade att underlätta bedömningen av huruvida ett visst förfarande kan vara tillåtet eller förbjudet.³⁹

Dessutom har kommissionen fortsatt möjlighet att ge individuell vägledning till företag. Kommissionens tillsynspraxis är en källa till vägledning under konkreta, fallspecifika omständigheter. Kommissionen kan både fastställa att ett visst förfarande strider mot artikel 101 eller 102 FEUF och att ett visst förfarande inte gör det.⁴⁰ Det är dock värt att notera att beslut om icke-tillämplighet utgör en hittills utnyttjad möjlighet till vägledning i enskilda ärenden, då kommissionen aldrig fattat ett beslut enligt artikel 10 i förordning 1/2003.

Det finns även möjlighet för kommissionen att utfärda informell vägledning gällande nya frågor i form av "vägledande skrivelser", s.k. *comfort letters*.⁴¹ Dessa vägledande skrivelser skiljer sig från sådana *comfort letters* som kommissionen kunde lämna till företag under anmälningssystemet enligt förordning 17/62. Kommissionen kan numera välja att ge informell vägledning om nya frågor som rör tillämpningen av både artikel 101 och 102 FEUF och kan enligt eget skön avgöra om den ska utfärda ett *comfort letter*.⁴² Nationella konkurrensmyndigheter har sedan moderniseringen genom förordning 1/2003 inte någon uttalad möjlighet att utfärda *comfort letters*.

Kommissionen har i skrivande stund inte utnyttjat möjligheten till vägledning genom *comfort letters*. Med anledning av den pågående covid-19-pandemin har kommissionen dock antagit en tillfällig ram för att vägleda företag i konkurrensrättsliga frågor och utfärdat *comfort letters* baserad på detta ramverk.⁴³ Även de nationella konkurrensmyndigheterna inom ECN, inklusive

³⁸ 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 [2010] EUT L 335/43; 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 [2010] EUT L 335/36.

³⁹ Se exempelvis: Tillkännagivande - Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, EUT C 101, 27.4.2004, s. 97–118.

⁴⁰ Förordning 1/2003, art. 7 och art. 10.

⁴¹ Kommissionens tillkännagivande om informell vägledning vid nya frågor rörande artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget som uppstår i enskilda fall (vägledande skrivelser) [2004] EUT C 101/78; se även förordning 1/2003.

⁴² Kommissionens tillkännagivande om informell vägledning vid nya frågor rörande artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget som uppstår i enskilda fall (vägledande skrivelser) [2004] EUT C 101/78; se även förordning 1/2003, p. 5.

⁴³ Tillfällig ram för bedömning av antitrustfrågor i samband med företagssamarbete vid nödsituationer som orsakas av det pågående covid-19-utbrottet [2020 EUT C 116 I/2]; *Comfort letter: coordination in the pharmaceutical industry to increase production and to improve supply of urgently needed critical hospital medicines to treat COVID-19 patients* (COMP/OG – D(2020/044003), https://ec.europa.eu/competition/antitrust/medicines_for_europe_comfort_letter.pdf

Konkurrensverket, har i ett gemensamt uttalande gjort sig tillgängliga för viss informell vägledning för företag i anledning av covid-19-krisen.⁴⁴

Slutligen kan nämnas att både kommissionen och andra konkurrensmyndigheter inom ECN-nätverket har befogenheten att prioritera vilka ärenden som utreds. Det innebär att konkurrensmyndigheterna aktivt kan välja bort ärenden rörande förfaranden som t.ex. vanligen inte anses orsaka skada för konkurrensen eller som är svåra att åtgärda utifrån de verktyg som står till förfogande. För att vägleda företag kan konkurrensmyndigheter anta en prioriteringspolicy som förklarar vilka typer av ärenden som typiskt sett kommer att prioriteras. Konkurrensverket har en allmän prioriteringspolicy rörande konkurrenstillsynen medan kommissionen endast publicerat en prioriteringspolicy rörande exkluderande missbruk i strid mot artikel 102 FEUF.⁴⁵

Om vägledning rörande hållbarhetsaspekter inom konkurrenstillsynen

Givet de olika möjligheter kommissionen har för att vägleda företag, är frågan vilken eller vilka av dessa möjligheter som är bäst lämpade för att användas rörande hållbarhetsfrågor.

Principiellt sett finns det fördelar med att ge vägledning i allmänna riktlinjer och/eller inom ramen för gruppundantagsförordningar. Sådan vägledning kan på grund av sin allmänna formulering komma många företag tillgodo. Fördelen för kommissionen är också att allmän vägledning är arbetseffektivt i den meningen att vägledningen bara behöver formuleras en gång, till skillnad från individuell vägledning som behöver anpassas utifrån ett ärendes särskilda omständigheter. Det kan i sammanhanget även noteras att kommissionen för närvarande reviderar sina horisontella gruppundantagsförordningar.⁴⁶ Det finns alltså goda möjligheter att inkludera frågor om hållbarhet i dessa förordningar. De nya förordningarna kommer dock att träda i kraft först i början av 2023.⁴⁷ Tidshorisonten till dess att allmän vägledning kan finnas på plats är med andra ord relativt lång. Möjligheten att anta mer specialiserad vägledning finns visserligen, men det ter sig osannolikt att sådan vägledning skulle kunna finnas på plats inom en snar framtid då även sådan vägledning skulle behöva beredas utförligt av kommissionen. Ett ytterligare övervägande är att allmän vägledning vanligen bygger på erfarenhet från praxis som har byggts upp under längre tid. Någon sådan praxis finns dock inte, i någon större utsträckning, varken hos kommissionen eller hos de nationella konkurrensmyndigheterna. Det finns därför en risk att allmänna riktlinjer skulle

⁴⁴ <https://www.konkurrensverket.se/nyheter/konkurrensreglerna-under-coronakrisen--gemensamt-uttalande-av-european-competition-network-ecn/>

⁴⁵ Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten, <https://www.konkurrensverket.se/globalassets/om-oss/prioriteringspolicy-for-tillsynsverksamhet.pdf>; Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82.

⁴⁶ Se https://ec.europa.eu/competition/consultations/2019_hbers/index_en.html

⁴⁷ Se https://ec.europa.eu/competition/consultations/2019_hbers/index_en.html

bli antingen för vida eller för snäva i sin formulering, och därför inte skulle underlätta för företagen att bedöma sina ageranden.

Som nämnts ovan har kommissionen varit restriktiv i sin hållning gällande individuell vägledning genom s.k. *comfort letters*, eftersom den velat undvika att tillåta anmälan för icke-ingripandebesked "bakvägen". Inom ramen för det rådande covid-19-utbrottet har kommissionen dock frångått denna inställning med hänvisning till den krissituation som utbrottet utgör.⁴⁸ Det kan argumenteras att klimatkrisen också utgör en kris, dock med skillnaden att klimatkrisen sträcker sig över en längre tidshorisont. Allvaret i klimatkrisen skulle även kunna rättfärdiga att *comfort letters* utfärdas för förfaranden rörande hållbarhetsaspekter, samtidigt som praxis inte förändras på motsvarande sätt rörande andra förfaranden.

Utfärdandet av *comfort letters* av kommissionen kan därför fylla två syften: för det första, att underlätta för företag att bidra till bekämpningen av klimatkrisen och för det andra, att bygga upp praxis och erfarenheter av hur hållbarhetsaspekter kan påverka konkurrenstillsynen. När viss erfarenhet har byggts upp, kan kommissionen även utfärda en mer träffsäker allmän vägledning. För att göra dessa erfarenheter tillgängliga för både nationella konkurrensmyndigheter och företag vore det välkommet om kommissionen publicerade icke-konfidentiella versioner av sina *comfort letters*.

Nackdelen med *comfort letters* från kommissionen är att de bara gäller kommissionens egen tillsyn. Nationella myndigheter är strikt taget inte förhindrade från att utöva tillsyn över förfaranden under sin jurisdiktion.⁴⁹ Även om kommissionen ansvarar för att EU:s konkurrensregler tillämpas så enhetligt som möjligt inom hela EU,⁵⁰ kan det tänkas att företag kan uppfatta *comfort letters* som rättsosäkra. Det finns också en risk att företag bedömer risken att be om ett *comfort letter* som för stor eftersom det uppmärksammar konkurrensmyndigheten på det ifrågasatta förfarandet. Detta torde dock vara ett mindre problem, eftersom genuina hållbarhetssamarbeten typiskt sett inte borde behöva ske i det dolda. Om företagens föresatser är goda så borde såväl de som konkurrensmyndigheterna vara behjälpta av möjligheten till en öppen och transparent dialog.

En annan möjlighet till vägledning som bör bli föremål för fortsatta överväganden är om kommissionen skulle kunna skapa ökad tydlighet genom att, i lämpliga fall, fatta formella beslut enligt artikel 10 i förordning 1/2003 där kommissionen

⁴⁸ Tillfällig ram för bedömning av antitrustfrågor i samband med företagssamarbete vid nödsituationer som orsakas av det pågående covid-19-utbrottet [2020] EUT C 116 I/2, skäl 1.

⁴⁹ Mål C-547/16 *Gasorba SL m.fl. mot Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*, EU:C:2017:891, p. 30.

⁵⁰ Artikel 17 TEU; Kommissionens tillkännagivande om samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter, EUT C 101, 27.4.2004, s. 43–53, p. 43.

fastställer att artiklarna 101 och 102 FEUF inte är tillämpliga på ett visst samarbete eller förfarande.

Kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter kan även ge viss vägledning till företag inom ramen för en prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten. En prioriteringspolicy påverkar dock inte hur ett t.ex. hållbarhets-samarbete skulle bedömas vid en domstolsprövning i de fall enskilda parter skulle väcka en talan om ogiltighet eller skadestånd på konkurrensrättslig grund. Det är därför inte säkert att en prioriteringspolicy, i vart fall inte ensamt, är ett tillräckligt verktyg för att ge företagen klarhet i de frågor konsultationen avser (vilket resultaten av konsultationen får visa).

En övergripande synpunkt gällande vägledning är att det är av stor vikt att undvika fragmentering av bedömningar som görs inom EU gällande frågan hur hållbarhetsaspekter bedöms inom konkurrenstillsynen. Det är därför viktigt att kommissionen och ECN-medlemmarna fortsätter det nära samarbetet som redan nu finns även inom detta område. Kommissionen tjänar också i många avseenden som förebild för ECN-medlemmarna. Det är dessutom bara kommissionen som kan utfärda förordningar rörande tillämpningen av artikel 101.3 FEUF på vissa grupper av avtal samt fatta icke-ingripandebeslut då kommissionen fastställer att ett visst förfarande inte strider mot artikel 101 eller 102 FEUF.⁵¹ Avseende *comfort letters* finns i dag inget system för att rapportera och följa upp *comfort letters* som har utfärdats av kommissionen samt eventuell informell vägledning av nationella konkurrensmyndigheter på motsvarande sätt som för övriga tillsynsärenden. Om ett större skifte i inställningen till individuell vägledning sker, skulle det kunna vara lämpligt att ett sådant system skapas. Därmed skulle även s.k. forum-shopping av företag kunna undvikas.

Konkurrensverket anser sammanfattningsvis att det finns ett behov av större tydlighet om hur hållbarhetsaspekter ska bedömas inom konkurrenstillsynen. Kommissionen är bäst lämpad att utfärda vägledning eftersom detta säkerställer enhetlighet i konkurrenstillsynen i hela EU. I ett första steg och på kort sikt kan det övervägas om kommissionen kan ge sådan individuell vägledning exempelvis genom *comfort letters* eller genom beslut i enskilda ärenden. Med adekvata koordineringsmekanismer inom ECN på plats skulle även nationella konkurrensmyndigheter kunna bidra till större tydlighet för företag, exempelvis genom informell vägledning.

I ett andra steg kan det bli aktuellt att inkludera allmän vägledning i de horisontella gruppundantagsförordningarna eller de tillhörande riktlinjerna. Det behövs dock först relevant praktisk erfarenhet, t.ex. genom utfärdande av

⁵¹ Förordning 1/2003, art 10; Rådets förordning nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden, EUT Svensk specialutgåva Område 8 Volym 1 s. 0036, art 1.

individuell vägledning, som kan ligga till grund för en efterföljande allmän vägledning.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit funktionsansvarig för internationella frågor Graeme Jarvie.

Yttrandet undertecknas inte egenhändigt och saknar därför namnunderskrifter.

Rikard Jermsten

Graeme Jarvie