

Betydelsen av ekonomisk argumentation och analys i svensk konkurrensrätt

Av: Erik Sandin

Tillämpade studier, 20 poäng

Handledare: Filip Bladini

2007

Innehållsförteckning

1. Inledning.....	4
1.1. Syfte	6
1.2. Metod	7
1.3 Tack.....	9
2. Bakgrund.....	10
2.1. Konkurrensrättens utveckling och spridning.....	10
2.2. Konkurrensrättens mål	16
2.2.1. Välfärdsmaximering.....	17
2.2.2. Det Jeffersonska perspektivet.....	18
2.2.3. Styrmedelsperspektivet	19
2.3. Nationalekonomins betydelse för konkurrensrätten.....	20
2.3.1. Juridik kontra nationalekonomi.....	20
2.3.2. Framväxten av en ekonomiserad konkurrensrätt.....	22
2.3.3. Ekonomisk teori	23
2.3.3.1. Neoklassiska jämviktsmodeller	24
2.3.3.1.1. Traditionell mikroekonomi.....	24
2.3.3.1.2. Monopolistisk konkurrens och oligopol.....	25
2.3.3.1.3. Structure-Conduct-Performance (S-C-P) och Industrial Organization.....	26
2.3.3.1.4. Chicago-skolan.....	26
2.3.3.2. Neo-österrikisk marknadsteori	27
2.3.3.3. Beslutsperspektivet.....	28
2.3.3.4. Workable competition	29
2.3.4. Problematiken kring konkurrerande ekonomiska teorier	30

3. Den svenska konkurrensrättens aktörer.....	32
3.1. Konkurrensverket.....	32
3.2. Advokatbyråer.....	35
3.3. Domstolsinstanser.....	36
3.4. Uppfattningar kring den ekonomiska kompetensen.....	38
4. Betydelsen av ekonomisk argumentation och analys.....	41
4.1. Tidigare studier.....	41
4.2. Intervjupersonernas uppfattningar om betydelsen av ekonomisk argumentation.....	43
4.3. Förklaringar av intervjupersonernas uppfattningar.....	45
4.4. Problematiken kring olika ekonomiska teorier.....	48
4.5. Synen på framtiden.....	50
4.5.1. Global utveckling.....	51
4.5.2. Nationell utveckling.....	54
5. Slutsats.....	55
6. Källförteckning.....	60
7. Appendix.....	63

1. Inledning

Konkurrensrätt har varit ett av de rättsområden som jag under min tid som juris studerande har uppfattat som mest komplicerade. En högst ovetenskaplig rundfrågning bland en mindre skara studiekamrater ger stöd för att denna uppfattning har sympatier hos fler studenter. Detta kan te sig som naturligt och nästan väntat; avtalsrätt, förvaltningsrätt och tyvärr även straffrätt är alla rättsområden som ligger närmare studentens vardag än konkurrensrätt. Denna förklaring har nog sin giltighet. Jag tror emellertid att det finns en mer intressant orsak till att studenter upplever konkurrensrätt som ett svårt och otillgängligt rättsområde.

Dagens akademiska universum kan på en mycket hög taxonomisk nivå sägas bestå av tre stora fält; naturvetenskap, samhällsvetenskap och humaniora. Låt oss genast lämna naturvetenskapen därhän – detta fält saknar kontaktytor både vad gäller konkurrensrätten och denna uppsats. Kvar finns emellertid två fält; det samhällsvetenskapliga och humaniora. Gränsdragningen mellan dessa två fält har, likt så många andra gränsdragningar inom den akademiska världen, länge varit en tvistefråga. Antalet förslag på definitionen av vad som skiljer fälten åt är många. Ett i min mening fruktbart förslag bygger på begreppsparret nomotetisk-idiografisk.¹

Begreppet nomotetisk härleder sin mening från det grekiska ordet ”nomos”, vilket betyder lag. Att eftersträva nomotetisk kunskap betyder således att man söker det lagbundna eller det allmängiltiga. Istället för att fokusera på det specifika försöker man att finna de generella lagar som alltid gäller; det som skiljer olika situationer åt lämnas därhän till förmån för det som förenar. Begreppet idiografisk utgör raka motsatsen till nomotetisk. Även i detta fall härleds betydelsen från grekiskan. Denna gång är det emellertid ”idios” – det grekiska ordet för det enskilda – som intar huvudsätet. Idiografisk kunskap är således knuten till det unika eller det speciella; vad som förenar är ointressant, det är vad som skiljer åt som är intressant. Att finna skillnaden mellan samhällsvetenskap och humaniora i detta begreppspar innebär att man benämner nomotetisk kunskap samhällsvetenskap och idiografisk kunskap humaniora.

Att studera juridik innebär nästan alltid – i alla fall är detta min erfarenhet – att befinna sig med båda fötterna i den arena som går under namnet humaniora. Varje enskild situation studeras noggrant i syfte att frilägga alla de omständigheter och förutsättningar som karakteriserar just det

¹ Jämför det resonemang som förs i Liedman, Mellan det triviala och det utsägliga, s. 12-14.

aktuella fallet. Utifrån denna kunskap kan studenten sedan finna de lagar och regler som är av relevans och tillämpa dessa i den utsträckning som följer av omständigheterna i det enskilda fallet. Då jag även i viss utsträckning studerat nationalekonomi anser jag mig ha nog på fötterna för att kunna karakterisera den form av kunskap som odlas inom det ämnet för nomotetisk. Då enskilda konjunkturen eller prispförändringar studeras görs det inte främst i syfte att förstå den specifika händelse som är för handen, utan för att kunna dra generella slutsatser om hur olika faktorer hänger ihop på ett allmängiltigt plan.

Ett annat sätt att beskriva skillnaden mellan juridik och samhällsvetenskap tar avstamp i skillnaden mellan öppen respektive sluten argumentation. Detta perspektiv tar inte sikte på ämnesområdenas målsättning utan på dess inre dynamik. Man kan snarast säga att uppdelningen i öppen respektive sluten argumentation försöker förklara hur en tvist avgörs inom de olika ämnesområdena.

Inom samhällsvetenskapen kan argumentationen i princip betraktas som helt öppen. Med detta avses att alla de fakta och omständigheter som talar för en viss ståndpunkt kan läggas fram och läggas till grund för en argumentation i en viss riktning. Det finns således inte några principiella restriktioner på vilka typer av bevis som kan beaktas eller mot vilka hypoteser som de bör bedömas. Detta medför att det inte finns några hinder mot att utveckla den undersökningsmetodik och de beviskällor som brukar användas inom ett specifikt ämne, så länge som man når upp till de allmänna vetenskapliga krav som ställs. När en specifik frågeställning sedermera debatteras kan alla tillgängliga bevis användas som argument och, förhoppningsvis, den ståndpunkt som har mest stöd koras till vinnare.

Inom det juridiska området är situationen en annan. Här kan argumentationen snarare betraktas som sluten. Detta innebär att alla de fakta och omständigheter som talar för en viss ståndpunkt *inte* kan läggas till grund för en rättslig argumentation. Till skillnad från det samhällsvetenskapliga området bygger den rättsliga argumentationen nämligen på en normstruktur som sätter upp en ram för hur en viss tvist skall avhandlas. Normstrukturen definierar vad som är rättsligt relevanta argument och vad som inte är det. Ett argument måste således vara sanktionerat av den juridiska normstrukturen och därmed äga "*giltighet*" för att vara rättsligt relevant. Juridik bygger således på en i grunden annorlunda argumentationsprincip jämfört med vad som gäller inom det samhällsvetenskapliga området.

Inom konkurrensrätten bryter emellertid båda dessa klara gränsdragningar samman. Rättsområdets teoretiska underbyggnad är i hög grad knuten till samhällsvetenskaplig forskning, det vill säga nomotetisk kunskap. Dessutom spelar ekonomer en viktig roll både som experter och akademiska skribenter inom området. Likväl utspelar sig den praktiska konkurrensrätten i en klassisk juridisk och därmed idiografisk miljö med domstolsförhandlingen som ett centralt inslag och jurister som nyckelpersoner för att driva konkreta processer. Konkurrensrätten låter sig således inte på något enkelt vis karakteriseras som entydigt hörandes till det nomotetiska eller det idiografiska fältet. Det torde vara en bidragande orsak till att även distinktionen mellan samhällsvetenskapens öppna och juridikens stängda sätt att argumentera bryter samman på konkurrensrättens område. Det teleologiska angreppssättet, tillsammans med en omfattande teoretisk underbyggnad och relativt vaga juridiska rekvisit, gör att konkurrensrätten måste karakteriseras som ett av de rättsområden där den juridiska normstrukturen är som svagast. Ett annat sätt att uttrycka detta på är att den konkurrensrättsliga argumentationen är mer öppen än vad som är fallet inom andra rättsområden.

Jag tror att det är de ovanliga förutsättningar som nyss har beskrivits som är anledningen till att konkurrensrätt upplevs som ett så svårtillgängligt rättsområde. Det juridiska/idiografiska perspektivet tvingas in i samma hjärna som det nationalekonomiska/nomotetiska perspektivet med upplevd vilshenhet – i vissa fall yrsel – som första reaktion. Detta kaos kompletteras sedan med en öppen juridisk normstruktur som i hög grad tillåter ekonomisk analys att transformeras till rättslig argumentation. Ämnets ovanliga karaktär leder emellertid inte bara till huvudbry utan skapar även ett intressant fenomen att studera. Hur fungerar egentligen samspelet mellan dessa två olika akademiska traditioner och vilken typ av praktisk rättstillämpning ger samarbetet upphov till?

1.1. Syfte

Den problematik som beskrivs i föregående stycke har jag för avsikt att analysera i denna uppsats. Detta kommer att ske genom en undersökning av vilken roll som ekonomisk argumentation och analys spelar inom den svenska konkurrensrätten. Det ter sig för mig som om

denna frågeställning utgör en lämplig ram för att beskriva problematiken kring konkurrensrättens oklara akademiska hemvist.

Konkret kommer frågan att belysas utifrån tre synvinklar. Först kommer en kartläggning av de institutioner och organisationer som utgör stommen i den praktiska svenska konkurrensrätten att göras; vem gör vad, hur organiserar man sitt arbete och fungerar detta tillfredsställande? Sedan kommer den roll som ekonomisk argumentation och analys spelar i svensk konkurrensrättspraxis att undersökas; hur betydelsefull är argumentation av detta slag för ett måls utgång, vad är det som avgör betydelsen och kommer detta att fungera i framtiden? Det tredje perspektivet som kommer att anläggas är knutet till de problem som kan förväntas på grund av konkurrensrättens mångfacetterade natur; är det ett problem att det finns flera olika nationalekonomiska teorier och modeller av relevans för konkurrensrättens område och hur hanterar man i så fall detta?

Mitt syfte med denna uppsats är således att – via de synvinklar eller perspektiv som utmejslats i föregående stycke – analysera betydelsen av ekonomisk argumentation och analys i den svenska konkurrensrätten, och på detta vis kunna öka kunskapen om hur samspelet mellan ett nomotetiskt och ett idiografiskt perspektiv kan fungera i praktiken.

1.2. Metod

För att kunna genomföra studien har jag – utöver sedvanliga litteraturstudier – genomfört intervjuer med sju personer med insyn i den svenska konkurrensrättens vardag. Intervjupersonerna har subjektivt valts ut för att representera både det ekonomiska och det juridiska perspektivet. Genom att intervjupersonerna har hämtats från de tre viktigaste aktörerna på den svenska konkurrensrättens område – Konkurrensverket, större affärsbyråer och domstolsväsendet – så torde de väsentliga skillnader i uppfattningar som finns mellan olika aktörer kunna skönjas

De personer som har ingått i studien är Jonas Häckner, professor i nationalekonomi vid Stockholms Universitet och ekonomisk expert vid Marknadsdomstolen, Raoul Hasselgren, ekonomisk expert vid Stockholms tingsrätt, Lars Borg, rådman vid Stockholms tingsrätt, Christer Fallenius, ordförande i Marknadsdomstolen, Kent Karlsson, advokat på Linklaters advokatbyrå,

Carl Wetter, advokat på advokatbyrån Vinge samt Arvid Fredenberg, ekonom på Konkurrensverket. Trots en längre tids korrespondens med en anvisad kontaktperson vid myndigheten har jag tyvärr inte fått intervjua någon jurist på Konkurrensverket.²

Jag har med samtliga intervjupersoner förutom Christer Fallenius genomfört telefonintervjuer. I sistnämnda fall har jag istället fått svar på mina frågor via e-mailkorrespondens. Raoul Hasselgren har deltagit i intervjun med den begränsning som domareden påbjuder och har således svarat på mina frågor utifrån ett principiellt perspektiv, ej enskilda ärenden. De frågor som har använts redovisas i ett appendix i slutet av uppsatsen.

Intervjuerna har bestått av en enkät del och en kvalitativ del med öppna frågor. Den förstnämnda delen är ett försök att i någon mån skapa en kvantitativ bild av intervjupersonernas åsikter. Det ringa antal personer som ingår i studien gör emellertid att några statistiska analyser av enkätsvaren inte kan komma ifråga. Däremot är den bild som kommer till uttryck i svaren till dessa frågor relevanta då intervjupersonerna inte valts ut genom ett slumpmässigt urval utan subjektivt lokaliserats för att de sitter på centrala positioner inom det svenska konkurrensrättssystemet. Svaren på enkätfrågorna redovisas på utvalda platser i uppsatsen. De uppfattningar och åsikter som kommit till uttryck vid den kvalitativa delen av intervjuerna ligger till grund för större delen av den diskussion och analys som återfinns i studien.

Den använda metoden är emellertid inte oproblematisk. Det finns fog för att ifrågasätta möjligheten att via detta angreppssätt finna svaren på komplexa frågeställningar. Det finns en allvarlig problematik knuten till aktörernas egen bias. Med detta avses den tendens till självbedrägeri som alltid förekommer i större eller mindre utsträckning när människor besvarar frågor om saker som de själva har ett intresse i eller berörs av. De krav som den yrkesmässiga rollen ställer och det obehagliga kring att kritisera den egna organisationen kan göra att intervjupersonerna visserligen inte medvetet undviker att ta upp vissa saker men likväl omedvetet framställer sina åsikter på ett sätt som ger upphov till ett motsvarande resultat. Då konkurrensrättsområdet i Sverige är relativt begränsat och antalet personer som arbetar inom

² Avsaknaden av en jurist på Konkurrensverket bland intervjupersonerna utgör ett avsteg från studiens ursprungliga utformning. Då det generellt sett inte varit svårt att få även centrala aktörer inom andra organisationer att delta i studien framstår det som svårförståeligt att ingen jurist alls från Konkurrensverket har haft tid att låta sig intervjuas. Med anledning av den allvarliga kritik som Konkurrensverket har utsatts för under senare år måste det ifrågasättas om det inte är extra angeläget för just denna organisation att få möjlighet att ge uttryck för hur de ser på den praktiska konkurrensrättens dynamik och funktion i en svensk kontext. Så verkar emellertid inte vara fallet.

detsamma är litet torde det finnas en överhängande risk för att denna problematik sprider sig även till frågor om andra aktörers verksamhet; ofta drar man sig nog för att kritisera personer som man kan förväntas att komma att interagera med i framtiden.

Mot denna bakgrund är det lätt att ifrågasätta möjligheten att genom en intervjustudie frilägga principer av det slag som frågeställningarna i denna uppsats bygger på. Det finns en betydande risk för att metoden gör att studien mest förmedlar förhärskande uppfattningar utan att nå frågeställningarnas egentliga kärna. Emellertid är det av vikt att inte kasta ut barnet med badvattnet. Komplexa frågeställningar av detta slag låter sig knappast besvaras på ett oproblematiskt sätt via *någon* metod. Det synes således vara rättfärdigat att belysa frågeställningarna med hjälp av den valda metodiken under förutsättning att ovan beskrivna problematik beaktas.

1.3 Tack

Ett första tack vill jag naturligtvis rikta till de personer som har låtit sig intervjuas av mig. Utan deras medverkan hade denna uppsats inte varit möjlig att genomföra. Jag vill även rikta ett tack till Cecilia Klerbro vid Stockhoms tingsrätt och Urban Moberg på Konkurrensverket för att de har hjälpt mig att komma i kontakt med lämpliga intervjupersoner.

2. Bakgrund

2.1. Konkurrensrättens utveckling och spridning

Betraktat från ett brett perspektiv kan konkurrensrättens historia spåras långt tillbaka i tiden. Det är knappast svårt att finna historiska lagar som både haft som syfte att påverka konkurrensen inom ett visst område och som lyckats med denna sin målsättning. Som David Gerber har påpekat är det dock främst lagstiftning med syfte att *hindra* konkurrens till förmån för andra intressen som man finner vid en sådan studie.³ Det omvända förhållandet är mer ovanligt. Det finns dock rättshistorisk forskning som identifierat rättsregler med till synes sådant syfte. Ibland dras paralleller ända till antiken och rudimentära regler mot samverkan mellan köpmän.⁴ Vanligare och mer relevant är att diskutera kopplingar till den medeltida doktrinen om rättvist pris (just price) samt senare tiders regler om näringsfrihet.⁵ Framför allt principen om näringsfrihet har spelat en viss roll som argumentationsmässigt instrument under framväxten av den moderna konkurrensrätten. Det vore dock felaktigt att betrakta denna process som en enhetlig utveckling där tidigare skeenden har underbyggt därpå följande. Den moderna konkurrensrätten är ett nytt rättsområde och dess konkreta grundvalar återfinns så sent som under andra hälften av 1800-talet.

För att förstå framväxten av den moderna konkurrensrätten är det nödvändigt att förstå i vilken kontext denna utveckling skedde. Ett fundamentalt inslag i denna kontext var det som brukar kallas för den industriella revolutionen, en process karakteriserad av snabb övergång från manuellt hantverk till mekaniserade fabriker, överföring av resurser från jordbruket till en framväxande industrisektor och en resulterande tillväxtboom. Under denna epok gjordes flera banbrytande uppfinningar som kom att få enorma konsekvenser för de berörda samhällenas socioekonomiska struktur och välståndsnivå. Orsaken till att själva samhällsstrukturen kom att påverkas i så stor utsträckning var att den nya tekniken ändrade förutsättningarna för konkurrensen inom näringslivet genom att gynna allt större företag.⁶ Bakom denna utveckling låg naturligtvis det faktum att de nya produktionssätten erbjöd väldiga skalfördelar. Avgörande

³ Gerber, Law and competition in twentieth century Europe, s. 1.

⁴ Bernitz, Marknadsrätt, s. 89-93.

⁵ Staley, A history of economic thought, s. 4-8 och Bernitz, Marknadsrätt, s. 104-111.

⁶ Gerber, Law and competition in twentieth century Europe, s. 21-23.

för utvecklingen var även framstegen inom kommunikation och transport, vilka möjliggjorde för företag att drastiskt öka det geografiska området inom vilket de var verksamma på marknaden.⁷ Detta intensifierade konkurrensen, vilket gynnade de mest effektiva företagen (och konsumenterna), men gav alltså upphov till en ökad koncentration i näringslivet.

Denna utveckling mot ökad koncentration gav upphov till problem under den djupa ekonomiska depression som drabbade världsekonomin under den sista fjärdedelen av 1800-talet.⁸ De kärvarer tiderna förändrade den bärande principen inom näringslivet, från konkurrens till samverkan. Företag började således knyta sig samman. Detta skedde genom olika former av samverkansavtal eller rentav genom upprättandet av mer beständiga strukturer för gemensamma beslut, så kallade trustar. Konsekvensen av denna utveckling blev en utbredd kartellisering av näringslivet, en utveckling som skapade större privata maktkoncentrationer än som tidigare skådats.

Det är den process, vars huvuddrag återgivits ovan, som utgjorde bakgrunden till den moderna konkurrensrätten. Det är värt att poängtera att denna utveckling var gemensam för Europa och Förenta Staterna. Ibland kan man få intrycket av att de två kontinenternas särdrag inom konkurrensrätten bottnar i skillnader i de förändringar som den industriella revolutionen medförde. Detta är emellertid inte fallet. Istället var det i den samhällsliga responsen på processen utmynnade som en skillnad avtecknar sig.

I Förenta Staterna (och Storbritannien) angreps kartelliseringen av marknaden och trusternas växande makt till en början genom åberopande av äldre rättsliga principer med grund i det Common Law-system som förenade de anglosaxiska nationerna.⁹ Dessa principer anknöt till konceptet om näringsfrihet och möjliggjorde rättsliga åtgärder mot vad som uppfattades som privata inskränkningar av denna rättighet (restraints of trade). Detta innebar emellertid att det inte rörde sig om något skydd för konkurrensen som process, utan om ett skydd för aktörer på marknaden; kartellavtal ansågs sakna rättsverkan med hänvisning till varje parts rätt att ingå nya kontrakt med andra aktörer och tredje man kunde angripa säljvägran på basis av alla aktörers rätt att delta i näringslivet.

⁷ Cameron, *Världens ekonomiska historia*, s. 256-263.

⁸ Cameron, *Världens ekonomiska historia*, s. 377-379, Rider, *An introduction to economic history*, s. 405-416 och Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe*, s. 25-26.

⁹ Amato, *Antitrust and the bounds of power*, s. 8-10.

De praktiska effekterna av dessa äldre rättsliga principer skall dock inte överdrivas, även om de säkerligen utgjorde en viktig kontext för den vidare utvecklingen. År 1890 infördes nämligen i Förenta Staterna den berömda antitrustlagstiftningen Sherman Act efter påtryckningar från småföretagare och mindre jordbrukare.¹⁰ Sektion 1 av denna lagstiftning förbjöd kontrakt och andra former av samverkan mellan företag om samarbetet innebar inskränkningar i näringsfriheten (restraints of trade) medan sektion 2 angrep individuella företags försök att monopolisera en viss marknad. Det var dock möjligt att kringgå Sherman Act genom att inte använda sig av samarbetsavtal utan istället formellt låta företagen gå samman, ett kryphål som gav upphov till en kraftig ökning i antalet företagssammanslagningar. Utvecklingen i denna riktning stoppades emellertid genom införandet av Clayton Act år 1914, vilken tog sikte just på sammanslagningar (mergers) som riskerade att leda till minskad konkurrens. Det är utifrån denna för konkurrensrättare välkända normstruktur som konkurrensrätten i Förenta Staterna sedermera har vidareutvecklats och även utövat inflytande på andra rättsordningar.

Som antytts ovan skapade emellertid industrialiseringens effekter även ringar på vattnet i Europa. I Österrike pågick runt sekelskiftet en akademisk och politisk diskussion om de problem som kartellerna gav upphov till.¹¹ Den främsta kritiken var det ekonomiska argumentet att monopolisering möjliggör välfärdsöverföringar från konsumenter till producenter. Det påpekades även att det fanns risker med de maktkoncentrationer som karteller utgjorde. Principiellt accepterades dock kartellen som ekonomisk enhet i de fall nackdelarna kunde försvaras på annat vis. En konkurrenslags främsta uppgift var alltså, enligt detta sätt att betrakta frågeställningen, att skilja de bra kartellerna från de dåliga. För besvarandet av denna fråga diskuterades bland annat erfarenheterna i Förenta Staterna, men det system som växt fram där förkastades som alltför tungrott och inte nog flexibelt. Frågor av denna art borde inte avgöras i domstol menade man och det förslag som sedermera lades fram i juni 1897 byggde på en administrativ struktur där tjänstemän skulle väga fördelar mot nackdelar i det enskilda fallet. Lagförslaget promulgerades emellertid aldrig, men det har påpekats att man redan här kunde se grunddragen i de skillnader som kom att utmärka den europeiska konkurrensrätten från dess motsvarighet i Förenta Staterna vid 1900-talets mitt; ett administrativt angreppssättet istället för ett rättsligt, missbruksprincip

¹⁰ Beskrivningen av den tidiga amerikanska lagstiftningens framväxt bygger på Motta, Competition policy, s. 3-4.

¹¹ Beskrivningen av den österrikiska utvecklingen bygger på Gerber, Law and competition in twentieth century Europe, s. 43-44, 54-58, 66-67.

istället för förbudsprincip.

Den debatt som fördes i Österrike var emellertid inte representativ för hela Europa. I exempelvis Tyskland var inställningen till karteller till en början fundamentalt annorlunda och kartellerna sågs vid denna tidpunkt inte alls som ett problem.¹² En av orsakerna till detta var att den historiska skolan dominerade den tyska ekonomiska debatten. Denna skolas anhängare använde sig föga av den klassiska nationalekonomins principer för att utvärdera skeenden i samhället utan menade att varje tidsepok präglas av sina egna principer, vilka måste uttydas empiriskt. Kartellen var helt enkelt bara ett uttryck för den moderna industrialismen. Dessutom påpekades att det skydd som kartellen gav mot konkurrens skulle gynna de anställda och även konsumenter genom att jakten på profit skulle bli mindre och den sociala sammanhållningen större.

Den tidiga akademiska och politiska acceptansen fick emellertid inte stå oemotsagd och långsamt började vinden vända i den nationella diskursen även i Tyskland.¹³ Gustav Schmoller, en av den historiska skolans mest kända namn, medgav på en konferens 1905 att vissa karteller fick sägas missbruka sin makt. Hans grundinställning var dock trots allt positiv och han underströk att det var av vikt att staten inte skadade kartellerna. För att lösa problematiken föreslog Schmoller inrättandet av en administrativ myndighet med uppgift att övervaka kartellerna och upprätthålla vissa grundläggande normer. En myndighet av denna karaktär inrättades i Tyskland 1908, efter att det politiska läget skiftat ytterligare. Myndighetens befogenheter blev dock små och verksamheten avbröts snart genom första världskrigets utbrott. Uppenbart är likväl att det även i Tyskland är den administrativa modellen och missbruksprincipen som diskuteras, inte den typ av lagstiftning som infördes i Förenta Staterna. Då situationen knappast förbättrades av kriget fortgick diskussionen och utmynnade 1923 i Europas första generella regelsystem mot missbruk av karteller.

Den tyska erfarenheten av konkurrensrättstänkande kom under mellankrigstiden att influera flera länder med intellektuell anknytning till Tyskland, däribland Sverige genom 1925 års Lag

¹² Beskrivningen av den tidiga tyska utvecklingen bygger på Staley, *A history of economic thought*, s. 150, Sandelin, Trautwein, Wundrak, *Det ekonomiska tänkandets historia*, s. 69-79 och Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe*, s. 86-88.

¹³ Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe*, s. 96-97, 109, 123-124.

(1925:223) om undersökning angående monopolistiska företag och sammanslutningar.¹⁴ Lagen kom dock att utnyttjas mycket sparsamt. Från 1930-talet och framåt talades det också formellt om ett europeiskt angreppssätt avseende konkurrensrätt, definierad i motsats till den modell som levde kvar i Förenta Staterna; administrativ grund istället för rättslig, missbruksprincip istället för förbudsprincip.

Nästa stora konkurrensrättsliga utvecklingsfas ägde rum efter andra världskrigets slut.¹⁵ Då spred sig den europeiska modellen av konkurrensrätt till ännu fler västeuropeiska länder, däribland Storbritannien, Frankrike och Nederländerna. Även Sverige följde med i denna utveckling och förstärkte 1953 sin tidigare lagstiftning med Lag (1953:603) om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning inom näringslivet.

Av avgörande vikt för framtiden var emellertid att den europeiska modell av konkurrensrätt som nu spreds runtom i Europa inte längre var självklar i Tyskland. För det första upplevdes den europeiska modellen som använts före kriget som en del av problemet; det administrativa ramverket och godtyckliga bedömningsgrunderna hade, menade man, möjliggjort skapandet av osunda relationer mellan näringsliv och stat. För det andra kom Förenta Staterna i egenskap av ockupationsmakt att utöva inflytande på de praktiska beslut som togs precis efter kriget, inte minst genom den dekartelliseringslag som infördes 1947. En indirekt effekt av den lagstiftningen var att det skapades viss praktisk erfarenhet av amerikanskt konkurrensrättstänkande både i näringslivet och bland myndighetspersoner.¹⁶ För det tredje bör nämnas framgången för den intellektuella strömning som kallas för Ordo-liberalism eller Freiburger-skolan. Denna skola hade sin grund i den klassiska liberalismen – företrädarna menade att konkurrens var nödvändig för välstånd och att ekonomisk frihet var viktigt även för den politiska friheten – men utökade perspektivet för den liberala samhällstolkningen; dessa värden behövde inte bara skyddas från statsmaktens regleringsmakt utan även från privata maktkoncentrationer. För detta krävdes en ny relation mellan ekonomi och lagstiftning.¹⁷

Resultatet av den tidiga efterkrigstidens diskussion blev införandet av konkurrenslagen Gesetz

¹⁴ Gerber, Law and competition in twentieth century Europe, s. 155-156, 163-164 och Bernitz, Marknadsrätt, s. 413-415.

¹⁵ Gerber, Law and competition in twentieth century Europe, s. 171-173 och Bernitz, Marknadsrätt, s. 351-352.

¹⁶ Gerber, Law and competition in twentieth century Europe, s. 268-269.

¹⁷ Gerber, Law and competition in twentieth century Europe, s. 237-243.

gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB), vilken antogs 1957 och trädde i kraft året efter.¹⁸ Den utgjorde ett avsteg från den europeiska rättstraditionen i båda de avseenden som ovan använts som riktmärken. För det första frångicks missbruksprincipen till förmån för den i Förenta Staterna rotade förbudsprincipen. För det andra skapades en hybrid mellan den rättsliga amerikanska och den administrativa europeiska tillämpningsmodellen; det var ett federalt kartellkontor som tillämpade lagstiftningens substantiella regler men detta hade inte till uppgift att genomföra några politiska beslut eller på godtyckliga grunder se efter allmänhetens bästa. Istället hade de till uppgift att upprätthålla de normer som slagits fast i lagstiftningen, vilket de gjorde under former som lämpligen karakteriseras som en juridisk process. Den bärande tanken bakom denna förändring var att det ansågs vara konkurrensen som skulle reglera marknaden, inte planering i vare sig privat eller offentlig regi. Resultatet blev en konkurrensrätt som integrerades i själva samhällsstrukturen istället för att utgöra ett politiskt instrument att användas ad hoc. Detta möjliggjorde en förfinad akademisk debatt och mer ingående studier av de principer som tillämpades.

Den debatt som fördes i Tyskland kom dock att få effekter även utanför landets gränser. Tillsammans med ett starkt inflytande från Förenta Staterna bidrog den tyska inställningen till att de konkurrensrättsliga inslag som återfinns i Parisfördraget om Europeiska kol- och stålunionen även de återspeglar den nya synen på konkurrensrättens natur. Än viktigare var det fortsatta inflytande som detta synsätt rönt genom framgångarna vid förhandlingarna om Romfördragets konkurrensrättsliga aspekter.¹⁹ Den från europeiskt perspektiv nya formen av konkurrensrätt blev nu förankrad i den framväxande gemenskapens institutioner.

Efter att denna förankring skett i de europeiska institutionerna kom den att utöva dragningskraft på de nationella lagstiftningarna och en långsam konvergensprocess tog sin början.²⁰ Orsaken till denna process är svår att föra i bevis, men exempelvis det ökade utbytet konkurrensmyndigheter emellan och en vilja hos nya medlemsstater att anpassa sig till gemenskapen har förts fram som viktiga faktorer. Klart står i alla fall att den nya formen av konkurrensrätt spred sig över Europa

¹⁸ Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe*, s. 276-280, 331-332 och Bernitz, *Marknadsrätt*, s. 333-339.

¹⁹ Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe*, s. 335-339.

²⁰ Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe*, s. 401-403.

under slutet av 1900-talet, en utveckling som Sverige är ett bra exempel på.²¹ En vilja att stärka den svenska konkurrensrätten och det då stundande medlemskapet i den europeiska gemenskapen samverkade för att 1993 driva fram ett substantiellt inkorporerande av gemenskapens konkurrensrättsliga principer. Det resulterade i en ny konkurrenslag, Konkurrenslag (1993:20).

2.2. Konkurrensrättens mål

Som framgår ovan har konkurrensrätten en brokig och komplex historia. Framväxten av rättsområdet knöt tätt an till samtida ekonomiska och tekniska utveckling men också till de politiska strider och ideologiska bataljer som följde i dess spår. Ekonomisk förändring skapar nästan alltid förlorande intressegrupper som föredrar den gamla ordningen och som är beredd att investera stort i att försvara den. Detta missnöje bör, om än i praktiken med mycket möda, skiljas från mer genuint engagemang i den samhällseliga utvecklingen. Dessa två aspekter av dagspolitikens förutsättningar – tendensen att försvara gamla strukturer och en genuin vilja att genomföra sunda reformer – spelar stor roll för all lagstiftningsmässig utveckling men kopplingen dem emellan torde vara extra tydlig inom konkurrensrätten. Till detta måste i konkurrensrättens fall läggas det täta sambandet med samtidens ideologiska strider. Det går knappast att undvika det faktum att konkurrensrättsområdets fundamentala, ofta rent av existentiella, frågor i princip är identiska med de teoretiska frågor om olika ekonomiska systems egenskaper som utgjorde slagfält för 1900-talets mest tongivande ideologiska sammandrabbning.

Det säger sig självt att mot denna bakgrund är det långt ifrån lätt att säga något kortfattat om konkurrensrättens syfte eller mål i meningen vilka fundamentala principer som skall vara vägledande för rättstillämpningen. Från ett historiskt perspektiv torde sanningen vara att det inte finns något enhetligt syfte. Till viss del beror detta på att området växte fram i olika länder vars politiska sanningar skilde sig åt. Även inom enskilda länder torde motiven bakom rättsutvecklingen ha varierat mellan olika tidsperioder och skilt sig åt mellan de olika kategorier av aktörer som varit inblandade. En mer relevant fråga är vilka syften och mål som

²¹ Gerber, Law and competition in twentieth century Europe, s. 410-413.

konkurrensrätten har idag. Även om denna fråga inte helt kan frigöras från det historiska perspektivet så är den ändå till sin karaktär fundamentalt annorlunda. Vi rör oss så att säga från det deskriptiva till det argumenterande perspektivet; historiens *vara* blir till politikens *böra*.

Den brokighet som ovan beskrivits gör det svårt att på ett översiktligt sätt tala om enhetliga skolor för konkurrensrättens ambitioner. Jag tar mig dock friheten att utmejsla tre olika perspektiv på konkurrensrätten som jag anser sammanfattar de stora dragen i debatten; det välfärdsmaximerande perspektivet, det Jeffersonska perspektivet och styrmedelsperspektivet. Denna uppdelning är baserad på min tolkning av de strömningar som har präglat det gångna seklets debatt på området och kan knappast kallas mer än översiktlig. Detta medför att penseldragen blir breda och stilen grov; olika praktiska åtgärder kan ibland vinna stöd från mer än ett perspektiv. Likväl utgör denna uppdelning en viktig komponent för att kunna förstå nationalekonomins skiftande roll på konkurrensrättens område.

2.2.1. Välfärdsmaximering

Det första perspektivet kan lämpligen kallas för det välfärdsmaximerande. Det fundamentala axiomet för detta synsätt är att konkurrensrätten har sitt enda existensberättigande i att den medför ökad produktionseffektivitet och förbättrad allokering av samhällets resurser, vilket ökar konsumenternas ekonomiska välfärd. Genom att upprätthålla konkurrensen på marknaden tvingar man i linje med neoklassisk ekonomisk teori producenterna att pressa sina priser vilket ökar konsumentöverskottet.²² För anhängarna av detta perspektiv blir konkurrensrätten således ett juridiskt-administrativt komplement till ett samhälle präglad av marknadsekonomins logik. Upprättandet av en objektiv om än i praktiken svårutredd standard för att bedöma ingrepp på marknaden utifrån minimerar statsmaktens ingripanden och gör dem mer transparenta. Av naturliga skäl återfinns anhängarna av detta perspektiv främst bland dem som sätter stor tilltro till det marknadsekonomiska systemet även i andra frågor. Det förvånar därför inte att några av de mer tongivande representanterna är knutna till den inom nationalekonomin inflytelserika Chicago-skolan. Som exempel kan nämnas Robert H. Bork och Richard Posner, vilka båda

²² Med konsumentöverskott avses den aggregerade skillnaden mellan vad varje konsument skulle vara villig att betala för en vara och det pris som de facto råder på marknaden. För en formell härledning av begreppet och en mer ingående analys av dess användning, se exempelvis Varian, *Intermediate microeconomics*, s. 248-264.

skrivit inflytelserika böcker i vilka de argumenterat för detta perspektiv.²³

2.2.2. Det Jeffersonska perspektivet

Det andra perspektivet kan kallas för det Jeffersonska. Namnet anspelar på Thomas Jefferson (1743-1826), Förenta Staternas tredje president, vars republikanska vision om en representativ demokrati med skydd för minoriteten har blivit stilbildande. Naturligtvis kommenterade Jefferson aldrig själv konkurrensrätt – han levde ju innan rättsområdet skapades – men liksom på många andra områden går hans tankar igen inom den senare utvecklingen av konkurrensrätten.

Det är således viljan att möjliggöra och bevara ett samhälle byggt på dessa ideal som utgör grunden för det Jeffersonska perspektivet. Som framgår ovan liknar denna vision de tyska ordo-liberalernas världsbild, i vilken offentlig såväl som privat makt måste begränsas. Följaktligen ser anhängarna av detta perspektiv ett större syfte för konkurrensrätten än maximering av konsumentöverskott, men detta större syfte är likväl begränsat. Rättsområdet betraktat utifrån detta synsätt blir inte till ett politiskt instrument utan snarare ett konstitutionellt ramverk för den privata makten, som kan liknas vid motsvarande ramverk för den offentliga makten. Konkurrens och fragmentering av makt betraktas således som eftersträvansvärda mål i sig, inte enbart för de effektivitetsfrämjande konsekvenser de må frambringa. Ett exempel på en anhängare av detta perspektiv är Giuliano Amato, som i sin tankeväckande bok ”Antitrust and the bounds of power” försöker beskriva konkurrensrättens roll i en demokratisk marknadsekonomi just utifrån dessa förutsättningar.²⁴

Spänningen mellan det välfärdsmaximerande och det Jeffersonska perspektivet kan lämpligen illustreras genom en klassisk källa till kontrovers inom konkurrensrätten, nämligen diskussionen om det är konkurrensen eller konkurrenterna man skyddar genom ett visst beslut. Om vi antar att frågan för handen är huruvida en sammanslagning mellan två företag skall godkännas eller inte ser vi snart att det finns två skilda sätt att resonera kring frågan. Det välfärdsmaximerande angreppssättet frågar vilken effekt den föreslagna sammanslagningen kommer att ha på marknadens konsumentöverskott. Om det kan visas att sammanslagningen kommer att leda till

²³ Bork, R, The antitrust paradox och Posner, Antitrust law.

²⁴ Amato, Antitrust and the bounds of power, speciellt kapitel 7-8.

effektivitetsvinster, som kan omsättas i lägre priser för konsumenten, är frågan utifrån detta perspektiv avgjord. Vad som händer med konkurrenterna på marknaden är inte av intresse för bedömningen. Det Jeffersonska lägret hävdar emellertid att frågan inte är så enkel. Anhängarna förnekar visserligen inte den ekonomiska effektivitetens betydelse för frågan men menar att det finns lägen där även sammanslagningar som kan visas vara ekonomiskt effektiviserande bör förhindras. Detta bör ske då den fragmentariska maktindelning, som i lagrets ögon utgör ett skydd mot förtryckande tendenser, riskerar att sättas ur spel och privata maktkoncentrationer växa sig för starka, även om det är ekonomiskt effektivt. Det Jeffersonska perspektivets kärnproblematik är därför knuten till frågan *när* risken för sådana tendenser uppstår. Historien visar att det kan vara en vansklig uppgift att besvara denna fråga.

2.2.3. Styrmedelsperspektivet

Det tredje perspektivet betraktar konkurrensrätten som ett mer generellt politiskt instrument och kan därför lämpligen benämnas styrmedelsperspektivet. Rättsområdets syfte går alltså utifrån denna synvinkel inte att definieras i substantiella termer. Således är det inte aktuellt att formulera konkreta vägledande regler för hur konkurrensrättsliga beslut skall fattas. Istället nöjer man sig med mer vaga definitioner så som exempelvis att konkurrensrätten skall bidra till social rättvisa, möjliggöra en effektiv arbetsmarknadspolitik eller reglera omställningar av näringslivet. En grundläggande problematik med denna syn på konkurrensrätten är att det är en utomordentligt svår uppgift för en domstol att ge innehåll till så vaga rekvisit. Det ligger normalt inte inom rättssystemets utan inom politikens roll att ta beslut av den arten. Det torde vara skälet till att denna syn på konkurrensrätten hade sin höjdpunkt under den administrativa eran av europeisk konkurrensrätt då densamma ofta låg nära ren industripolitik.²⁵ Det är emellertid inte så att styrmedelsperspektivet har försvunnit, vilket det europeiska konkurrensrättssystemets integrationsmål är ett bra exempel på.

Eftersom konkurrensrätt allt mer är ett globalt rättsområde med tillämpningar inom olika jurisdiktioner är det förenat med betydande svårigheter att säga något definitivt om styrkan i dessa skilda perspektiv på konkurrensrättens syfte och mål samt det inflytande de utövar på

²⁵ Gerber, Law and competition in twentieth century Europe, s. 173-176.

lagstiftare och beslutsfattare. Frågan är om det ens går att uttala sig entydigt om förhållandena i enskilda jurisdiktioner; oberoende av formella paragrafers reglering i frågan involverar den praktiska konkurrensrätten ofta komplicerade bedömningar som föranleder diskussioner om syfte och konsekvenser. Det är frågor som oftast inte diskuteras i domskälen. Det är således helt enkelt svårt att måla den praktiska konkurrensrättsverkligheten med en bred pensel i det här avseendet. Det borde emellertid stå klart att styrmedelsperspektivet har gått från att ha haft en stark ställning i de nationella europeiska jurisdiktionerna till att spela en allt mer tillbakadragen roll både nationellt och inom den Europeiska Unionens konkurrensrätt. Detta har skett på bekostnad av allt större utrymme av ett rent välfärdsmaximerande synsätt. I Förenta Staterna har styrmedelsperspektivet aldrig utövat något större inflytande. Däremot kan man under slutet av 1900-talet ana en tillbakagång för det Jeffersonska perspektivet genom att tidigare tabun utmanats från ett välfärdsmaximerande perspektiv. Ett bra exempel på att denna process alltjämt pågår är beslutet av Supreme Court att höra argument om huruvida den 96 år gamla regeln mot vertikal prissättning (retail price maintenance) bör luckras upp i vissa fall.²⁶ Således torde man kunna teckna en global bild där det välfärdsmaximerande perspektivet har växt sig starkare på de andras bekostnad. Detta är av relevans i detta arbete då det av naturliga skäl är mot bakgrund av det välfärdsmaximerande perspektivet som ekonomisk argumentation och analys har störst tyngd.

2.3. Nationalekonomins betydelse för konkurrensrätten

2.3.1. Juridik kontra nationalekonomi

Både jurister och nationalekonomer är yrkesgrupper till vilka allmänheten kan sägas ha ett ambivalent förhållande. Oräkneliga är de skämt som kretsar kring världsfrånvända ekonomer och juristers kärlek till det finstilta. Kanske hade man kunnat hoppas att dessa två yrkesgrupper skulle kunna förstå varandra bättre än vad allmänheten i stort gör. Det är dock tveksamt om så är fallet; författaren till denna uppsats har en något annorlunda erfarenhet.

En i sammanhanget relevant frågeställning är vad det är som egentligen ger upphov till

²⁶ Greenhouse, Justices Hear Arguments About Pacts on Pricing, New York Times, 27/3 2007

spänningar mellan jurister och ekonomer. Man kan naturligtvis se på frågan utifrån ett gruppsykologiskt perspektiv och ge svaret att motsättningen bör tolkas som en maktkamp mellan två grupper om vilken grupp som skall avgöra viktiga frågor. Det må ligga något i en sådan analys, men detta torde vara att göra det allt för enkelt för sig. Man bör även se på de substantiella skillnader som finns mellan grupperna. Nationalekonomen Phedon Nicolaides har på ett träffande vis beskrivit tre fundamentala skillnader mellan juristens och ekonomens yrkesroll som på konkurrensrättens område ger upphov till konflikter eller i vart potentiella sådana²⁷:

- Metodologisk skillnad: Inom nationalekonomin antar man att företag agerar rationellt i syfte att maximera sin vinst. Något motsvarande generellt antagande finns inte inom juridiken.
- Substantiell skillnad: Nationalekonomin förstår begreppet konkurrenshämmande som åtgärder som minskar den ekonomiska välfärden. Man tittar alltså på *resultatet* och man gör det utifrån ett effektivitetsperspektiv. Juridiken däremot använder begrepp som konkurrenshämmande för att a priori beskriva avvikelser från lagstiftningsmässigt fastlagda rekvisit som tillkommit ex ante.
- Operationell skillnad: Nationalekonomin försöker att analysera betydelsen av olika marknadsstrukturer och enskilda företags agerande för effektiviteten i samhället. Juridiken arbetar istället utifrån applikation av legala kriterier och rekvisit för att avgöra om ett visst agerande eller struktur sorterar in under en på detta vis definierad förbjuden lista.

Dessa punkter utgör knappast det slutgiltiga svaret på den aktuella frågeställningen, men det ter sig som om de till stor del identifierar de mest relevanta skillnaderna mellan yrkesgrupperna. Dessa skillnader torde, utöver historiska orsaker, till stor del ha sin grund i de båda yrkesgruppernas olika roller. Nationalekonomer har ofta möjlighet att uttrycka sig i termer av tendenser och sannolikheter. Praktiskt använda prognoser och analyser som förmedlas förutsätts innehålla ett

²⁷Nicolaides, An essay on economics and the competition law of the European community, s. 8.

visst mått av osäkerhet, vilket oftast även redovisas öppet i samma dokument. Detta är inte den miljö som jurister normalt befinner sig i. Domare måste producera en till synes övertygande dom med bärkraftiga domskäl. En annan sak är att advokater som företräder en klient aldrig kan garantera utfallet av en process. Advokaterna måste emellertid i det praktiska arbetet analysera omständigheterna med målsättningen att skapa en till synes övertygad partsinlaga, inte att producera en diskuterande analys. Utifrån detta perspektiv kan man betrakta den substantiella respektive operationella skillnaden mellan yrkesgrupperna som en kostnadsfråga. Absoluta rekvisit är alltför stelbenta för att sägas utgöra en perfekt modell av verkligheten – det går alltid att hitta undantag – men om målet är att fatta stora mängder definitiva beslut så kan det likväl vara effektivt att ex ante slå fast vissa regler för bedömningen.

2.3.2. Framväxten av en ekonomiserad konkurrensrätt

Oberoende av problematiken kring att sammanfoga juridik och nationalekonomi sker detta idag allt oftare på konkurrensrättens område både i Förenta Staterna och Europa. ”Today, the links between economics and law have been institutionalized with increasing presence of an economic perspective in law schools, extensive and explicit judicial reliance on economic theory, and with substantial presence of economists in the government antitrust agencies”, sammanfattar William E. Kovacic och Carl Shapiro träffande sin framställning om den amerikanska konkurrensrättens första hundra år.²⁸ Även i Europa har det senaste decenniet inneburit ökat inflytande från ekonomisk teori och framväxten av en konkurrensrätt baserad på ekonomisk analys²⁹

Om man jämför utvecklingen ifråga om var frontlinjen mellan juridik och nationalekonomi går inser man att det har skett en rejäl förflyttning framåt av nationalekonomernas skyttegravar. Men analysen kan också flyttas från regelnivå till principnivå, vartefter man kan konstatera att den ökade betydelsen av det välfärdsmaximerande perspektivet på konkurrensrättens syfte inbjuder till just denna utveckling. Då knäckfrågorna allt oftare handlar om vilka effekter de aktuella

²⁸ Kovacic, Shapiro, Antitrust policy: a century of economic and legal thinking, s. 58-59.

²⁹ Se exempelvis Neven, Competition economics and antitrust in Europe och Hildebrand, The role of economic analysis in the EC competition rules.

åtgärderna får för konsumenterna är det självklart att ekonomisk argumentation ges ökad tyngd.

Oavsett vad som ligger bakom tendensen till ökat inflytande från ekonomer och ekonomisk teori på konkurrensrättens område så är utvecklingen ingalunda självklar. Den tidiga framväxten av rättsområdet präglas av ett näst intill unisont ointresse från dåtidens nationalekonomer.³⁰ Från den ekonomiska diskursens horisont var den utveckling som näringslivet genomgick vid denna tidpunkt endast ett oundvikligt resultat av djupgående strukturella förändringar av samhällets tekniska och ekonomiska förutsättningar. För att parafrasera Kovacic och Shapiro kan man säga att nationalekonomkårens perspektiv vid införandet av Sherman Act var att lagen i bästa fall var oförmögen att hejda en oundviklig utveckling och därmed harmlös eller i värsta fall riskerade att underminera de stora effektivitetsvinster som den tekniska utvecklingen erbjöd. Den moderna konkurrensrätten uppfanns således ” [...] neither by the technicians of commercial law (though they became the first specialists) nor by economists themselves (though they supplied its most solid cultural background). It was instead desired by politicians and (in Europe) by scholars [...]”.³¹ Denna skeptiska inställning förändrades successivt och relativt snabbt blev konkurrensrätt en viktig del av den nationalekonomiska forskningen.³²

I dagsläget kan man således säga att nationalekonomin som ämne har gått från ett ursprungligt kyligt ointresse för konkurrensrätten till ett lika brinnande engagemang för området. Konkurrensrätt är ett flitigt förekommande ämne för nationalekonomiska doktorsavhandlingar och mängden akademiska artiklar som publiceras inom ämnet är hisnande stort.

2.3.3. Ekonomisk teori

Den nationalekonomiska diskussion om marknadsekonomin funktionssätt som har förts under 1900-talet – och ännu i hög grad pågår – har gett upphov till en rad olika analysmetoder och teoretiska angreppssätt. Oftast har inte just konkurrensrätten stått i centrum för den teoretiska utvecklingen men de nya perspektiv och analytiska metoder som konstruerats har varit av

³⁰ Kovacic, Shapiro, Antitrust policy: a century of economic and legal thinking, s. 44 och Stigler, The economists and the problem of monopoly.

³¹ Amato, Antitrust and the bounds of power, s. 2.

³² Se Stigler, The economists and the problem of monopoly för en fascinerande diskussion om hur denna förändring gick till.

relevans även från ett konkurrensrättsligt perspektiv. På grund av denna bredd i utvecklingen och det nationalekonomiska ämnets utveckling mot allt mer sofistikerad matematisk analys är det ingen lätt uppgift att skapa sig en överblick av denna sida av konkurrensrätten. En kortare framställning där huvuddragen står i centrum kan emellertid tecknas på följande vis.³³

2.3.3.1. Neoklassiska jämviktsmodeller

En huvudfärd av mer eller mindre närbesläktade teoribildningar kan utmejslas. Dessa har som förenande egenskaper dels det neoklassiska jämviktstänkandet i sig, dels det förhållandet att analyser tar sin utgångspunkt i rationella och nyttomaximerande marknadsaktörer. Dessa aktörer antas dessutom besitta perfekt information om marknadens förutsättningar och ha förmåga att analysera dessa.

2.3.3.1.1. Traditionell mikroekonomi

Grunden för den analytiska ansatsen i de neoklassiska jämviktsmodellerna är traditionell mikroekonomi, vilket fortfarande utgör basen för en nationalekonomisk grundutbildning. Den ursprungliga och mest kända av de modeller som baserats på denna utgångspunkt är analysen av perfekt konkurrens. Denna modell har som sina viktigaste antaganden att marknaden har ett stort antal köpare och säljare, identiska varor samt avsaknaden av etableringshinder. På teoretisk väg kan man visa att modellen leder till ekonomisk effektivitet genom att marknadspriset på varor pressas till en nivå som motsvarar kostnaden för att producera dem. Lika grundläggande för den traditionella mikroekonomiska analysen är emellertid monopolmodellen. Denna har som förutsättning att det endast finns en enda säljare på marknaden men att köparna fortfarande är många. Genom att dra ut konsekvenserna av denna förändrade omständighet kan man visa att jämvikt inte längre uppstår vid ett marknadspris som motsvarar produktionskostnaden. På grund av sin ställning som enda säljare på marknaden kan nämligen monopolisten öka sin vinst genom

³³ Framställningen bygger främst på Hildebrand, The role of economic analysis in the EC competition rules, s. 105-170. Vad gäller uppdelningen i tre olika grupper har jag inspirerats av Knudsen, Modeling rationality, institutions and processes in economic theory.

att minska produktionen och öka priset. Han får sälja färre enheter men kan ta ett högre pris för var och en av dessa.

Dessa modeller kan sägas utgöra ytterligheter inom ramarna för den traditionella mikroekonomiska inriktningen. De är enkla att härleda och visar båda på viktiga aspekter av hur marknadsekonomins logik påverkas av marknadens struktur. Emellertid är det sällan som en verklig marknad kan karakteriseras som endera av dessa extremfall. I linje med denna insikt utvecklades under 1920-talet och 1930-talet ytterligare modeller av stor vikt för analysen av marknadens funktionssätt. Ledande inom denna utveckling var främst nationalekonomerna Piero Sraffa, Joan Robinson och Edward H. Chamberlain.

2.3.3.1.2. Monopolistisk konkurrens och oligopol

Till modellerna över perfekt konkurrens och monopol kunde nu läggas en modell som går under namnet monopolistisk konkurrens. Modellen av monopolistisk konkurrens släpper på antagandet att marknadsprocessen avser identiska varor. Istället inför man det mer realistiska antagandet att de olika producenterna försöker differentiera sina produkter för att även på detta vis försöka locka kunder från konkurrenterna. Denna aspekt av konkurrensprocessen erbjuder bland annat bakgrund för att analysera marknadsföringens betydelse för marknadens funktion och utfall. Vid lösning av den teoretiska modellen avviker resultatet på lång sikt emellertid inte mycket från modellen över perfekt konkurrens. Annorlunda förhåller det sig med modellen av oligopol som också utvecklades under denna tid. Oligopolmodellen bygger precis som de ursprungliga modellerna på identiska varor men antar att strukturen på producentsidan inte är extrem – det vill säga består av många aktörer eller endast en – utan istället karakteriseras av det mer realistiska antagandet att det finns ett fåtal producenter som konkurrerar med varandra. Komplexiteten medför att det inte finns någon enda lösning på oligopolmodellen utan utfallen kan skifta beroende på hur producenterna interagerar.

2.3.3.1.3. Structure-Conduct-Performance (S-C-P) och Industrial Organization

Insikten om att marknadsstrukturen har en avgörande betydelse för utfallet av marknadsprocessen bör ses som bakgrund till den senare utvecklingen av det inflytelserika analysparadigmet Structure-Conduct-Performance (S-C-P), som utvecklades i anslutning till Harvard-skolan och som ibland går under namnet Industrial Organization. S-C-P som skolbildning betraktad tar nämligen avstamp i denna insikt och drar slutsatsen att vägen mot bättre analys inte går genom mer intrikat teoretisk analys utan genom empiriska undersökningar av existerande marknader. Denna typ av studier skulle, menade förespråkarna, ge kunskap om vilka marknadsfaktorer som ger upphov till önskvärda utfall, vilka som ger upphov till motsatsen samt hur viktiga de olika faktorerna är för bestämmandet av utfallet.

En vidareutveckling av denna forskningsinriktning har skett genom anammandet av den inom nationalekonomin allt mer inflytelserika spelteoretiska analysmetoden. Syntesen går ofta under namnet new industrial economics och har i någon mån bytt perspektiv från att analysera korrelationen mellan utfall och marknadsstruktur till att studera hur ekonomiska aktörer handlar under olika strukturella förutsättningar.

2.3.3.1.4. Chicago-skolan

Den så kallade Chicago-skolan är vid sidan av S-C-P den för sentida konkurrensrättsdebatt mest centrala skolbildningen. Denna analytiska inriktning har till skillnad från de metoder som omtalats ovan inte varit en ren nationalekonomisk produkt utan även konkurrensrättsjurister har tagit del i utvecklingen, inte minst genom den flitige skribenten och domaren Richard Posner. Detta har pekats på som en viktig faktor till varför Chicago-skolan haft stor framgång i den amerikanska konkurrensrättsdebatten under slutet av 1900-talet.

Chicago-skolan går till starkt angrepp på de försök att knyta marknadsstruktur till utfall som exempelvis företrädarna för S-C-P ägnat sig åt. Detta har skett utifrån den grundläggande inställningen att de existerande marknaderna ger ett i stort sett önskvärt utfall vilket förklaras med de självkorrigerande mekanismer som man tillskriver marknadsekonomin. Företrädarna har bland annat ifrågasatt de empiriska metoder och resultat som lagts fram till stöd för ingrepp på

marknader och pekat på andra sätt att tolka undersökningsmaterialet. Detta kan illustreras genom debatten om marknadskoncentrationens betydelse för utfallet av marknadsprocessen. Anhängare av S-C-P menade att det fanns en tydlig koppling mellan hög marknadskoncentration och monopolvinster. Detta ifrågasattes av Chicago-skolan genom att man påvisade att dessa monopolvinster inte var stabila när de förekom och ibland inte förekom alls, trots att marknadskoncentrationen var hög. Orsaken till att även höga marknadskoncentrationer i stort sett leder till önskvärda utfall menade man var att den potentiella konkurrens som möjligheten till nyetablering alltid innebär på en fri marknad är av avgörande betydelse för marknadsekonomin funktion. De studier som trots allt visade på att en ökad marknadskoncentration i vissa fall hade givit upphov till ökade monopolvinster menade man hade missuppfattat orsakssambandet. Olika marknadskoncentrationer beror på att olika marknader har olika kostnadsstrukturer, exempelvis genom olika förutsättningar för att utnyttja skalfördelar i produktionen. Höga vinstnivåer i koncentrerade marknader beskrivs således inte som resultatet av ineffektiv samverkan för att dra ner på produktionen utan beskrivs som en naturlig följd av att man genom att utnyttja skalfördelar kunnat effektivisera produktionen.

Chicago-skolan kategoriseras under den neoklassiska mittfåran eftersom det är inom denna tradition som det mesta av dess analys hör hemma. Det finns emellertid vissa inslag i skolans argumentation, exempelvis vad gäller marknadens självkorrigering mekanismer, som ligger nära en mer dynamisk syn på marknadsprocessen än vad den neoklassiska jämviktsanalysen tillåter. Chicago-skolan kan därför sägas höra hemma på gränsen mellan den neoklassiska huvudfåran och en alternativ analystradition som just tar marknadens evolutionära eller dynamiska egenskaper som utgångspunkt. Denna tradition går oftast under beteckningen neo-österrikisk.

2.3.3.2. Neo-österrikisk marknadsteori

Den neo-österrikiska synen på konkurrensprocessen skiljer sig från den neoklassiska jämviktsmodellen genom att man förnekar möjligheten att modellera marknadsprocessen och utifrån den dra slutsatser om önskvärd utfall. Denna skepsis bygger på att man ser marknadsekonomin som en ständigt pågående evolutionsprocess. Man kan således inte definiera

en viss marknad och sedan optimera den för ett visst utfall, ty själva strukturen för vad som utgör olika marknader omskapas hela tiden beroende på teknisk utveckling och entreprenörmässiga förutsättningar. Det är den övergripande utvecklingen av denna process som är av långsiktig betydelse, inte den inom en enskild sektor. Det går därför inte, menar företrädarna av det neo-österrikiska perspektivet, att med någon analytisk metod avgöra hur en artificiellt avgränsad marknad bör fungera för att möjliggöra bästa möjliga utfall på lång sikt.

Den grundläggande skillnaden i synsätt på konkurrensprocessen kan illustreras genom Friedrich von Hayeks – en av den österrikiska skolans förgrundsfigurer – påpekande att den neoklassiska jämviktsanalysen förutsätter perfekt information medan den österrikiska skolan ser konkurrensen som den process genom vilken relevant information över huvud taget skapas.³⁴

Även om den neo-österrikiska analysen skiljer sig från det neoklassiska perspektivet i synen på konkurrensprocessens natur delar man utgångspunkt i det att man studerar de ekonomiska aktörerna. Visserligen talar neo-österrikare gärna om entreprenören istället för producenten och skillnader i hur man karakteriserar dessa aktörer skall inte negligeras. Likväl är det ändå de personer som tar de relevanta besluten och de incitament som dessa möter som står i centrum för analysen. Den andra alternativa analystraditionen vid sidan av den neoklassiska huvudfåran – beslutsperspektivet – avviker dock på denna punkt.

2.3.3.3. Beslutsperspektivet

Beslutsperspektivet bygger på en bild av marknaden som tillskriver de enskilda aktörerna en mycket mindre förmåga till överblick av komplicerade processer än de både det neoklassiska och det neo-österrikiska perspektivet. Istället för att analysera de enskilda aktörerna på marknaden tar man inom detta perspektiv istället sikte på de beslut som skall fattas samt den ofta ofullständiga information som då finns tillgänglig. Det mest inflytelserika analytiska angreppssättet inom denna fåra torde vara transaktionskostnadsteorin.³⁵ Denna teori bygger på den inflytelserika analys av marknadens organisation som Ronald Coase 1937 publicerade i uppsatsen ”The nature of the firm”. Syftet med analysen var att förklara varför företaget som ekonomisk enhet är en

³⁴Hildebrand, The role of economic analysis in the EC competition rules, s. 155.

³⁵ Framställningen baseras främst på Joskow, Transaction cost economics, antitrust rules, and remedies.

effektiv organisationsform och vad som avgör företags beslut att köpa varor och tjänster utifrån respektive att producera dem internt. En av huvudpunkterna i denna analys är att kostnaden för skrivandet, övervakandet och genomdrivandet av ett kontrakt ibland är betydande vilket påverkar det sätt på vilket det är effektivast att organisera en företagsverksamhet.

Kring denna utgångspunkt har det växt fram en konkurrensrättslig tillämpning av de bärande principerna i Coases resonemang. Det område inom konkurrensrätten som främst analyserats med dessa metoder torde vara vertikala avtal med olika former av konkurrensbegränsande klausuler. Målsättningen vid sådana analyser har varit att försöka sätta den konkurrensbegränsande aspekten av avtalet i relation till problematiken avseende ett företags kontraktskostnader. Det kan paradoxalt nog, menar anhängarna, vara konkurrensfrämjande att tillåta vissa till synes konkurrensbegränsande avtal. Orsaken är att det kan krävas hållhakar på motparten för att få till stånd ett samarbete som leder till effektiviseringar. Genom etablerande av sådana hållhakar kan man nämligen gardera sig mot motpartens incitament att agera opportunistiskt, exempelvis att byta till en billigare leverantör efter det att den ursprunglige leverantören investerat pengar i marknadsföring och byggt upp en efterfrågan på produkter av det aktuella slaget.

Istället för att betrakta sådana konkurrensbegränsande avtal ex post, det vill säga då de finns på plats och är konkurrensbegränsande, menar man från transaktionskostnadshåll att situationen bör bedömas ex ante. Det innebär att man tar med i analysen att det stod parterna fritt att ingå avtal med andra men att det aktuella avtalet vid den tidpunkten framstod som det mest gynnsamma för dem båda.

2.3.3.4. Workable competition

Vid sidan av de tre teoretiska skolbildningar som just beskrivits finns det en mer självständig teoretisk inriktning som går under namnet workable competition. Denna inriktning kan sägas bygga båda på det neoklassiska jämviktsperspektivet och den dynamiska synen hos den neo-österrikiska skolan. Företrädarna för workable competition har emellertid ifrågasatt möjligheten att dra generella slutsatser om den komplexa verkligheten utifrån abstrakta teorier. Problemet

med detta, menar de, är att en abstrakt modell utgör ett system vars samtliga förutsättningar samverkar för att skapa den dynamik som modellen resulterar i. Om en eller flera av de antaganden som en modell bygger på inte föreligger i verkligheten är det således inte alls säkert att förekomsten av de övriga förutsättningarna har en positiv inverkan på det slutgiltiga utfallet av marknadsprocessen. Denna tankegång torde analogt kunna uttryckas på följande vis. Det förefaller att vara uppenbart gynnsamt att ha en bostad med låsanordning på ytterdörren och att själv vara i besittning av nyckeln till denna; detta hindrar andra personer att ta sig in i bostaden och erbjuder säkerhet. Om man sedan kan konstatera att i verkligheten har bostadsinnehavaren ingen nyckel så är det inte längre gynnsamt att ytterdörren är försedd med lås. Tvärtom vore det under den förutsättningen bättre om bostaden saknade lås; även om säkerheten skulle bli låg så skulle bostaden i vart fall kunna användas. Slutsatsen som anhängarna av workable competition drar utifrån denna insikt är att praktiska analyser av enskilda marknader måste göras utifrån ett helhetsperspektiv där dynamiken i de existerande förutsättningarna undersöks.

Workable competition är således ett mer praktiskt inriktat perspektiv på konkurrensprocessen, vilket torde vara orsaken till att synsättet främst har rönt framgångar i konkurrensrättskretsar. Från nationalekonomiskt håll har det riktats stark kritik mot workable competition som skolbildning, bland annat vad avser bristen på teoretisk underbyggnad och vad man ser som bristande konsekvens i de analyser som görs.

2.3.4. Problematiken kring konkurrerande ekonomiska teorier

Det är stimulerande att filosofera kring den rika samling av perspektiv på de konkurrensrättsliga frågeställningarna. De olika perspektiven bidrar säkerligen också till att genom den akademiska diskursen på sikt göra slutsatserna mer korrekta. Förekomsten av flera olika skolor kan emellertid skapa uppenbara problem för praktikerna inom rättsområdet.³⁶ Hur ska man exempelvis hantera situationer där olika skolors ekonomiska analys ger olika resultat? Övervakande konkurrensmyndighet måste på något vis orientera sig mellan dessa olika perspektiv för att kunna fullgöra sitt myndighetsuppdrag. Jurister och andra som företräder företag då talan sedermera väcks eller då sammanslagningar skall prövas måste, för att göra ett

³⁶ Se exempelvis Bladini, Den konkurrensrättsliga argumentationen.

bra jobb, aktivt försöka styra mot en viss analys men också vara beredda på att de inte vet vilket perspektiv som till sist får falla avgörandet. Den svåraste situationen befinner sig emellertid domstolen i. Domstolens ledamöter måste inte bara hantera och förstå flera olika analytiska perspektiv utan även fatta det slutgiltiga beslutet om hur bevisningen skall bedömas.

Denna problematik har inslag som återfinns inom många andra rättsområden där expertis av olika slag används för att argumentera kring de rättsliga rekvisiten. Detta är visserligen ett fenomen som är vanligare i Förenta Staterna än i Europa och kanske i synnerhet i Sverige men situationen som sådan finns överallt där det finns teknisk bevisning som måste tolkas; vilka slutsatser kan man dra av bromsspårs egenskaper, vad säger egentligen bokföringen och hur länge har liket legat i vattnet? Vad gäller konkurrensrätten är dock problematiken mer omfattande än i de flesta andra fall.

Den grundläggande skillnaden mellan konkurrensrätten och nyssnämnda exempel är att det inte råder någon större oenighet inom forskarvärlden om hur man ska bedöma exempelvis hur länge en kropp har legat nedsänkt i vatten. Ibland kontrasteras denna enighet med den mångfacetterade skolbildning som råder på nationalekonomins område och jämförelsen används sedan för att kritisera nationalekonomers expertis samt deras betydelse för juridiska bedömningar. Detta är emellertid att jämföra äpplen och päron. Frågan om hur en kropp påverkas av att ligga i vatten är mycket avgränsad och dessutom relativt lätt att undersöka. Oenigheten är inte stor inom det nationalekonomiska fältet heller vad avser denna typ av frågor, exempelvis uppskattningar av enkla priselasticiteter för en specifik vara. Det är emellertid inte denna typ av frågor som nationalekonomer generellt sett ombeds besvara i konkurrensrättsliga sammanhang. Istället är det frågor där det ofta saknas bra data och som dessutom bjuder på en betydligt högre grad av komplexitet. Att avgöra de aggregerade och dynamiska effekterna av en åtgärd i ett system bestående av stora mängder individer verksamma inom kulturella och ekonomiska strukturer som dessutom inte kan avgränsas från omvärlden är ingen enkel uppgift. Om jämförelsen med naturvetenskapen skall upprätthållas bör den ske gentemot exempelvis den uppsjö av modeller som florerar inom ämnen såsom klimatologi, ett ämne som ju också handlar om att undersöka dynamiken i ett mycket komplext system. Liknelsen bör naturligtvis inte tillskrivas allt för stor betydelse, men vad avser punkterna undersökbarhet och avgränsningsbarhet torde denna jämförelse i alla fall ge en bättre förståelse.

Denna apologi kan emellertid inte tolkas som att frågan om nationalekonomers status som expertis inom konkurrensrätten skulle vara oproblematiske. Det torde vara fullt möjligt att argumentera för att det finns en anledning till att domstolar vanligtvis frågar naturvetenskapliga experter om just avgränsade frågor som inte är alltför öppna och komplexa. Mer generella frågeställningar skulle antagligen både bli mycket omständliga och dyra att få besvarade med hjälp av naturvetenskaplig metodik och dessutom vara av begränsat värde för den juridiska bedömningen. Men situationen är problematisk även från ett medborgarperspektiv. De flesta torde acceptera att domstolen som institution kan fylla en effektiv roll som tvistlösare i frågor där de djupgående meningssmötningarna är få och en objektiv bedömning utifrån fastlagda kriterier kan göras. Regelbundet återkommande tsunamis i den rättsfilosofiska fingerborgen lämnade därhän kan detta sägas vara den accepterade rollen för domstolar i ett demokratiskt rättssamhälle. Som vi sett ovan är emellertid många av de frågor som nationalekonomer ombeds besvara under konkurrensrättsliga processer vare sig fria från omfattande meningsskiljaktigheter eller byggda på tydliga rekvisit. Det torde således ligga utanför domstolarnas normala verksamhet att ta ställning till frågor av den art som aktualiseras inom den moderna konkurrensrätten.

3. Den svenska konkurrensrättens aktörer

3.1. Konkurrensverket

Konkurrensverket är förvaltningsmyndighet för konkurrensfrågor.³⁷ Det ankommer på myndigheten att verka för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet till nytta för konsumenterna. Verksamheten regleras av Konkurrenslag (1993:20) och Lagen (1994:1845) om tillämpning av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler.³⁸ Av konkurrenslagen följer att Konkurrensverket skall övervaka efterlevnaden av regelsystemet mot konkurrensbegränsande åtgärder (6§) och missbruk av dominerande ställning (19§). Myndigheten har rätten att ålägga företag att upphöra med överträdelser av nyss nämnda regler,

³⁷ 1§ Förordning (1996:353) med instruktion för konkurrensverket.

³⁸ 3§ Förordning (1996:353) med instruktion för konkurrensverket.

ett förfarande som även kan förenas med vite.³⁹ Man har även möjlighet att driva frågan om en särskild konkurrensskadeavgift.⁴⁰ Verket övervakar dessutom efterlevnaden av regelsystemet mot skadliga företagskoncentrationer (34a§).⁴¹

Den konkreta innebörden av myndighetens formella arbetsuppgifter är att Konkurrensverket skall övervaka att de konkurrensträttsliga reglerna efterlevs. Vid misstanke om regelbrott skall myndigheten via kontakter med företag eller i sista hand i en process i domstol försöka tvinga fram efterlevnad av regelsystemet. Det torde vara uppenbart att denna roll är av avgörande betydelse för att ett konkurrensträttsligt system av den modell som idag existerar skall fungera och uppnå de mål som eftersträvas.

Först och främst måste de företag som bryter mot konkurrensreglerna avslöjas och lagföras. Det finns betydande incitament för företag att kringgå de regler som satts upp och utan en effektiv undersökningsverksamhet från samhällets sida finns det stor risk att reglerna blir tandlösa. Under förutsättning att effektiva regler konstruerats är denna aspekt av Konkurrensverkets verksamhet mycket viktig för att konkret främja effektivitet i samhällsekonomin. Den preventiva effekten av myndighetens verksamhet skall inte heller underskattas. Det skall emellertid poängteras att ett effektivt konkurrensträttsligt system även bygger på träffsäkerhet i den meningen att företag som inte bryter mot reglerna slipper dras in i processer där de anklagas för detta. Om ett företag felaktigt dras in i en tvist minskar snarare än ökar effektiviteten i samhällsekonomin både genom att myndighetens resurser slösas bort och genom att den legitima näringslivsverksamheten störs. Bilden kompliceras ytterligare av att det ligger inom Konkurrensverkets uppgifter att driva rättsutvecklingen framåt för att uppnå större förutsägbarhet och transparens i systemet. De djupare aspekterna av denna inneboende motsättning – uppgiften att driva rättsutvecklingen framåt samtidigt som felaktiga beslut riskerar att direkt motverka myndighetens officiella mål – ligger utanför ramarna för denna uppsats. Det bör emellertid konstateras att verksamheten hos en myndighet som Konkurrensverket i hög grad bör bedömas utifrån kvaliteten på de utredningar som ligger till grund för de beslut som fattas.

Konkurrensverket har genomgått flera organisationsförändringar, vilka motiverats av

³⁹ 23,57§§ Konkurrenslag (1993:20).

⁴⁰ 26§ Konkurrenslag (1993:20).

⁴¹ 33,34§§ Konkurrenslag (1993:20).

erforderliga effektivitetsförbättringar i verksamheten.⁴² Trenden har varit att gå från ett branschindelad till ett funktionsstyrt organisationssätt. Idag arbetar verket efter en modell som delar upp verksamheten i tre operativa enheter som kompletteras med särskilda enheter för rättslig expertis respektive ekonomisk analys. Det är inom de tre operativa enheterna – konkurrensenheterna – som utredningar görs. Konkurrensenheterna kan för detta begära in analyser och liknande material från enheten för ekonomisk analys. Om utredningen visar att det finns grund för rättsliga åtgärder överlämnas ärendet till den rättsliga enheten som driver ärendet vidare. Myndigheten hade i år 2007 (oktober) 133 anställda, varav 39 ekonomer och 44 jurister.⁴³

Ett sätt att praktiskt försöka uppskatta kvaliteten på de utredningar som ligger till grund för Konkurrensverkets beslut är att studera vilken framgång myndigheten har i de rättsliga processer man är part i. Detta är ingen perfekt metod, eftersom utfallet av en viss process kan bero på ett flertal olika saker, exempelvis skickligheten hos de processförande jurister som används. Angreppssättet erbjuder emellertid en rimlig väg framåt för ett försök att belysa frågeställningen. Genom rapporten ”Konkurrensverkets domstolsprocesser 1993-2004”, som Ingeborg Simonsson sammanställt på uppdrag av Konkurrensverket, har många relevanta data presenterats.⁴⁴ Rapporten utgör en genomgång av Konkurrensverkets rättsliga processer under perioden och utmynnar i en analys av myndighetens förmåga att framgångsrikt driva konkurrensrättsliga processer.

Av Simonssons rapport framgår att under åren 1993-2004 har Konkurrensverket varit part i 89 rättsliga processer, av vilka man har vunnit 38, förlorat 36 och nått partiell framgång i 12.⁴⁵ Resterande processer har rört tredje mans talerätt och kan inte kategoriseras på detta vis. Enligt Simonsson är detta en låg framgångsfrekvens för en myndighet som i stor utsträckning har möjlighet att välja sina strider. Simonssons analys visar dessutom att det inte är en viss typ av mål som verket har haft svårt att bemästra utan att motgångarna fördelar sig jämt över hela verksamhetsområdet.⁴⁶ Utöver rent processuella synpunkter lyfter Simonsson fram behovet av bättre utredningar. Det bör dock påpekas att Simonsson i sin analys inte främst avser den ekonomisk-analytiska aspekten av utredningarna, vilken hon finner fungera tillfredsställande.

⁴² SOU 1997:20, s.150-155.

⁴³ Korrespondens med Konkurrensverket, 2007-10-11.

⁴⁴ Simonsson, Konkurrensverkets domstolsprocesser 1993-2004.

⁴⁵ Simonsson, Konkurrensverkets domstolsprocesser 1993-2004, s. 27.

⁴⁶ Simonsson, Konkurrensverkets domstolsprocesser 1993-2004, s. 31.

Hon finner dock att betydelsen av ekonomisk analys troligen kommer att öka i framtiden.⁴⁷

Konkurrensverkets verksamhet har även analyserats av samarbetsorganisationen OECD. Den har i ett policy brief ”Competition Law and policy in Sweden” från juni 2007 pekat på att Konkurrensverket är i behov av ökade anslag för att effektivt kunna fullgöra sina uppgifter. Författarna till OECD-rapporten menar att bristande resurser i dagsläget leder till att Konkurrensverket har svårt att behålla kompetens vid myndigheten. Det märks exempelvis genom att Konkurrensverket har svårt att matcha de anställningsvillkor som andra arbetsgivare kan erbjuda de anställda vid myndigheten.⁴⁸

3.2. Advokatbyråer

Vid rättsliga processer mellan Konkurrensverket och enskilda företag uppkommer frågan om hur företag rekryterar rättslig och ekonomisk expertis för att företräda dem. Man kan tänka sig flera olika modeller för hur sådan kompetens kan knytas till företagen. Vilken modell som väljs torde skifta mellan olika länder och mellan branscher. För svensk del är bilden som författaren till denna uppsats bedömer den emellertid ganska klar.

Ett par mycket stora företag har egen konkurrensrättslig kompetens permanent knuten till sina juridiska avdelningar. Det är då dessa personers kunskaper och skicklighet som utgör grunden för företagets konkurrensrättsliga bedömningar. Detta är emellertid mycket ovanligt. Det normala är att företag anlitar advokatbyråer som besitter specialkompetens inom det konkurrensrättsliga ämnesområdet.

På grund av den specialkompetens som många konkurrensrättsliga tvister kräver är det relativt få advokatbyråer som är verksamma på denna marknad. Den bild som avtecknas vid diskussioner med personerna som ingår i denna studie är att det finns tre större affärsbyråer som åtar sig lejonparten av de svenska konkurrensrättsuppdragen, i vart fall de av mer avancerad art. Till dessa skall kan sedan läggas en mindre krets av byråer som åtar sig konkurrensrättsliga uppdrag av mer begränsad omfattning, exempelvis bedömningar av kontrakt och dylikt.

⁴⁷ Simonsson, Konkurrensverkets domstolsprocesser 1993-2004, s. 86, 124, 127.

⁴⁸ OECD, Policy Brief: Competition law and policy in Sweden, s. 4.

I uppdraget att företräda ett företag i en konkurrensrättslig tvist ligger även att knyta kontakt med erforderlig ekonomisk kompetens för att bistå juristerna med rådgivning och ofta vittna å företagets vägnar i domstol. Det förekommer att viss ekonomisk expertis återfinns inom de större byråerna, men det är helt klart vanligast att man hyr in experter på konsultbasis. Bland de mindre byråerna är detta av naturliga skäl helt dominerande.

Vanligast torde vara att man anlitar ekonomiska experter från de akademiska lärosätena eller från utredningsinstitut knutna till näringslivet. Detta skiljer sig i någon mån från förhållandena i exempelvis Förenta Staterna och i övriga Europa. Där förekommer det oftare att specialiserade konsultbyråer bistår med ekonomiska experter och utför analyser. Sådana byråer är ovanliga i Sverige men det finns några stycken som arbetar på nordisk nivå. Anledningen till att detta inte är lika vanligt i Norden torde kunna förklaras med den relativt begränsande förekomsten av konkurrensrättsliga mål samt att det saknats en tradition att vid domstolsprocesser anlita denna typ av expertvittnen.

3.3. Domstolsinstanser

Den rättsliga prövningen av det regelsystem som utformats i konkurrenslagen sker i huvudsak i två olika instanser; Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen.⁴⁹ När Konkurrensverket väcker talan om undersökningar hos företag, utdömande av konkurrenskadeavgift eller agerar i frågor som rör företagsförvärv sker detta i Stockholms tingsrätt som första instans.⁵⁰ Tingsrättens beslut kan sedan överklagas till Marknadsdomstolen.⁵¹ I de fall där Konkurrensverket fattar beslut, det vill säga främst vid ålägganden att upphöra med verksamhet som verket anser strider mot huvudförbuden i 6§ respektive 19§ konkurrenslagen, sker överklagande direkt till Marknadsdomstolen.⁵²

Både Marknadsdomstolen och Stockholms tingsrätt har tillgång till ekonomisk kompetens genom ekonomiska experter som är knutna till respektive domstol. Marknadsdomstolen består av

⁴⁹ Den något krångliga instansordningen framställs pedagogiskt i Gustafsson, Svensk konkurrensrätt, s. 222-223.

⁵⁰ 26,39,47§§ Konkurrenslag (1993:20).

⁵¹ 63§ Konkurrenslag (1993:20).

⁵² 60§ Konkurrenslag (1993:20).

en ordförande, en vice ordförande och fem särskilda ledamöter.⁵³ Av dessa skall de två förstnämnda samt en av de särskilda ledamöterna vara lagfarna domare. Övriga särskilda ledamöter skall vara ekonomiska experter som hjälper domstolen att analysera ekonomisk argumentation. Marknadsdomstolen är beslutsför när ordföranden och fyra andra ledamöter är närvarande. För Stockholms tingsrätt gäller som huvudregel att när mål prövas enligt konkurrenslagen skall domstolen bestå av fyra ledamöter, varav två skall vara lagfarna domare och två ekonomiska experter.⁵⁴

I båda Marknadsdomstolen och Stockholms tingsrätt deltar de ekonomiska experterna som fullvärdiga medlemmar av domstolen med rösträtt. Deras viktigaste uppgift är emellertid att vara just experter på ekonomisk analys och argumentation. Även om juristledamöterna naturligtvis också de har kunskaper inom den ekonomiska området kan det vara svårt för dem att tillfullo tillgodogöra sig innebörden av tekniska analyser och annan ekonomisk argumentation. Av intervjuerna framgår att de ekonomiska experterna fyller den viktiga funktionen att förklara de metoder som analysen bygger på för juristledamöterna. De tillför också kompetensen för att kunna göra en rimlig bedömning av säkerheten och signifikansen på de resultat som läggs fram.

Genom att de ekonomiska experterna utgör nyckelpersoner för att förmedla innehållet i teknisk analys till juristledamöterna torde de få stor betydelse för tolkningen av den ekonomiska bevisningen. Det bör dock påpekas att detta inte nödvändigtvis är samma sak som att de ekonomiska experterna utövar ett oproportionerligt stort inflytande över målets utgång; det är skillnad på att tolka innebörden av viss bevisning och att sedermera fatta ett beslut som bygger på en helhetsbedömning av det som parterna framfört. Av intervjuerna med både ekonomiska experter och juristledamöter från såväl Stockholms tingsrätt som Marknadsdomstolen framgår att det finns en bred konsensus om att samarbetet mellan jurister och ekonomer fungerar bra i de båda domstolarna. Man uppger att det visserligen finns en tendens att se på viktiga frågor på lite olika sätt men att diskussionsklimatet är respektfullt och konstruktivt. Ett tecken på detta är, menar vissa, att man nästan alltid lyckas nå enighet i viktiga frågor.

Vad gäller styrkeförhållandet mellan juristledamöter och ekonomiska experter är det svårt att tolka de svar som givits i denna studie. Å ena sidan menar man unisont att det är fel att tala om

⁵³ 3,4,9§§ Lag (1970:417) om Marknadsdomstol m.m.

⁵⁴ 64§ Konkurrenslag (1993:20).

ett styrkeförhållande, det är mer korrekt att tala om att man har olika roller som är beroende av varandra. Man tillstår emellertid att vad gäller tolkningen av teknisk ekonomisk argumentation är de ekonomiska experterna troligen mer inflytelserika än juristdomarna. Å andra sidan påpekas att ett motsatt förhållande ofta gäller i komplicerade juridiska frågor. En god sammanfattning av den bild som förmedlats torde således vara att de ekonomiska experterna utövar större inflytande på tolkningen av teknisk ekonomisk bevisning men att den mångfacetterade karaktären på konkurrensrättsliga tvister gör att det är svårt att tillskriva endera gruppen generellt större inflytande på de domslut som görs.

3.4. Uppfattningar kring den ekonomiska kompetensen

I föregående avsnitt var ambitionen att beskriva de formella och praktiska förutsättningarna för de olika aktörerna. Det är givetvis även av stort intresse att bedöma de olika aktörernas faktiska förmåga att handskas med ekonomisk analys och rättslig argumentation byggd på densamma. Det faktum att aktörerna har tillgång till de rätta verktygen betyder inte nödvändigtvis att man kan hantera dem på ett effektivt sätt. Inte heller är det självklart att man har förmågan att sammanfoga olika angreppssätt till en fungerande strategi kring vilken kollektivet kan dra åt samma håll. Med ett klichéartat men nog så träffande uttryck kan man säga att det handlar om att framgångsrikt skapa en organisation som är mer än summan av de separata delarna.

Man kan först och främst konstatera att uppskattningen av den egna organisationens kompetens är hög. I stort sett alla intervjupersoner har uppgivit att den organisation man själv är knuten till har en hög ekonomisk kompetens, både generellt och vad avser tillgången på specialiserad expertis. Detta kan naturligtvis vara ett tecken på en ovilja att blotta egna svagheter inför omvärlden eller ett utslag av en omedveten bias för den egna organisationen. Det intryck som genomsyrar även andra delar av samtalen ger emellertid vid handen att intervjupersonerna hyser en genuin uppfattning om att man står sig bra i konkurrensen med andra aktörer.

Nyssnämnda bild av den egna organisationen kan emellertid nyanseras. Det har förekommit att ganska allvarlig kritik framförts mot den egna organisationens generella ekonomiska kompetens. Den har då kommit till uttryck i samband med att kritik riktats även mot andra organisationer och

aktörer. Inte heller dessa personer har således gett uttryck för någon systematisk kompetensbrist visavi andra aktörer utan snarare pekat på generella tillkortakommanden som man uppfattar präglar de som agerar på den svenska konkurrensrättens område.

Det finns även en viss oro inför framtiden knuten till tendensen att konkurrens mål blir allt mer avancerade och utdragna i tiden, både vad avser utredningsarbete och förhandlingar i domstol. Tillgången på ekonomisk expertis med inriktning på praktisk konkurrensrätt och kunskap om de metoder som används inom detta fält är relativt begränsad på den svenska marknaden. När större mål hanteras finns det redan idag en tendens att ta i anspråk hela den specialiserade kompetens som finns att tillgå. Denna situation riskerar att leda till brist på specialiserad kompetens om trenden mot större och mer avancerade mål fortsätter. Sett ur detta perspektiv är en sådan utveckling primärt ett problem för advokatbyråerna, vilka regelbundet uppfattas söka extern specialistkompetens. Emellertid påverkas även domstolssidan av denna utveckling. Vare sig de ekonomiska experter som anlitas vid konkurrens mål i Stockholms tingsrätt eller i Marknadsdomstolen är heltidsanställda. De har även andra uppdrag. Det är exempelvis vanligt att experterna är anställda vid universitet eller andra akademiska institutioner. Det kan mot den bakgrunden vara svårt för de ekonomiska experterna att ta sig an större mål som innefattar både ett avancerat utredningsmaterial och en längre tids domstolsförhandlingar. Det beror helt enkelt på att de har svårt att vara borta från den vanliga arbetsplatsen i den omfattning som krävs. Detta är således ett problem som berör flera aktörer och som flera intervjupersoner har pekat ut som ett potentiellt framtida problem.

Ett annat problem som knyter an till parternas tillgång på ekonomisk expertis rör bedömningen av rättegångskostnader. Konkret gör flera intervjupersoner gällande att domstolarna tenderar att vara för restriktiva i bedömningen av vilka kostnader för experter som bör betraktas som skäliga. Kostnadsfrågan är i dagsläget inget större problem men man menar att denna tendens är ett embryo som skulle kunna utvecklas till en systematisk skillnad i utgångsläge för advokatbyråerna och deras klienter respektive Konkurrensverket.

Vad gäller den generella kompetensen ser intervjupersonerna mer positivt på framtiden. Det finns en utbredd uppfattning att man är inne i en period av institutionellt lärande och att man successivt blir bättre på att hantera ett rättsområde i förändring. På frågan ”Upplever du att den ekonomiska kompetensen på din arbetsplats ökar, minskar eller är konstant?” svarade fyra

personer att den ökar, två personer att den är konstant och en person att den minskar. Svaren antyder således en tendens mot ökad ekonomisk kompetens på de berörda arbetsplatserna. Trenden torde emellertid vara ännu tydligare än vad dessa siffror pekar på. Vid uppföljande frågor kring hur de tillfrågade resonerat kring sina svar är det nämligen slående att de som svarat ”ökande” anför strukturella förändringar och medvetna utbildningsmål medan övriga i relativt stor utsträckning pekat på mer temporära försämringar med grund i nyckelpersoners byte av arbetsplats och dylikt. Det finns alltså grund för att betrakta den ekonomiska kompetensen bland aktörerna på det svenska konkurrensrättsområdet som generellt sett stigande.

Så långt har vi rört oss kring uppfattningarna om den egna organisationens kompetens. Om man istället tittar på hur uppfattningarna av andra aktörers kompetens ser ut blir bilden lite mer kritisk. Visserligen anser man generellt att även andra aktörer har god kompetens, men man är ofta kritisk mot samspelet inom andra aktörers organisationer.

I förhållande till Konkurrensverket finns det en ganska utbredd kritik som ligger nära de problem som anfördes i den tidigare nämnda rapporten av Ingeborg Simonsson. Bland annat uppger flera personer att de uppfattar Konkurrensverkets organisation som splittrad, vilket ger upphov till ”glapp” i hanteringen av mål. Som exempel på problem som detta leder till anförs bland annat försämrade processföring och osäkerhet kring hur verket ser på viktiga frågor. Det har till och med ifrågasatts om den juridiska avdelning som driver verkets processer ibland ens själva är övertygade om den utredning som läggs fram.

Den kritik som riktas mot Konkurrensverket rör således inte den ekonomiska kompetensen som sådan. Det verkar vara den allmänna uppfattningen att verkets avdelning för ekonomisk analys har hög kompetens. Det är istället bristen på samspel inom organisationen som man menar fallerar på ett sätt som gör att verket inte når den framgång som borde vara möjlig.

Även advokatbyråerna uppfattas emellertid som mindre integrerade än vad som borde vara möjligt, det vill säga att samspelet mellan advokater och inhyrda ekonomiska experter inte fungerar tillfredsställande. Bland annat hävdas från en del personer att det ofta saknas tillräcklig koppling mellan advokaternas argument och den analys som den ekonomiska experten står för. De skulle behöva länkas samman mera och framför allt tydligare vid förhandlingar i domstolen.

Viss kritik går ut på att advokaterna ibland har sämre kunskap om sakfrågorna än Konkurrensverket, men att advokaterna är skickligare på att driva processer.

Flera intervjupersoner upplever att de ekonomiska experter som byråsidan hyr in skiftar i kvalitet och effektivitet. Med denna kritik avser de inte experternas ekonomiska kompetens, utan experternas förmåga att använda denna kompetens för att stärka sin uppdragsgivares argumentation. Att utföra själva den ekonomiska analysen är ju blott ett av den inhyrde expertens uppdrag. Det andra, och det är där de ibland brister, är att lägga fram sina resultat på ett enkelt, lättförståeligt och övertygande sätt. Det krävs helt enkelt bättre pedagogiska kunskaper för att ekonomerna bättre skall få gehör för sin analys.

Både Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen undgår nästan helt kritik och uppfattas som kompetenta och kunniga. Det gäller både juristdomarna och de ekonomiska experterna, vilka uppfattas fungera bra ihop och komplettera varandra. Smärre kritik har dock framkommit mot den inriktning som vissa av de ekonomiska experterna har. Denna går ut på att nationalekonomiska experter bör användas framför andra, exempelvis framför de med företagsekonomisk bakgrund. Förekomsten av båda typerna av experter har emellertid av andra framhållits som något positivt.

4. Betydelsen av ekonomisk argumentation och analys

4.1. Tidigare studier

Betydelsen av ekonomisk analys och argumentation inom den moderna konkurrensrätten måste sägas vara ett tämligen hett ämne i dagens akademiska diskurs. Det finns otaliga hyllmeter skrivna i ämnet vad avser de större jurisdiktionerna såsom Europeiska Unionen och Förenta Staterna. Även i Sverige verkar det finnas ett intresse för denna typ av frågeställningar, men större studier av detta slag som rör den nationella konkurrensrätten lyser med sin frånvaro.

Ett undantag återfinns dock i rapporten ”Avancerad ekonomisk analys i mål om tillämpningen av konkurrenslagen i svensk domstol”, författad av nationalekonomen Rickard Sandin på uppdrag

av Konkurrensverket.⁵⁵ Detta är inte en generell studie av vilken vikt som läggs vid ekonomisk argumentation. Den är istället inriktad på just avancerad ekonomisk analys, av författaren definierad som ”analys baserad på teoretiska eller ekonometriska modeller hämtade från i första hand ämnet industriell ekonomi och organisation.”⁵⁶ Rapporten avser tiden 1993-2003 och är en fördjupad studie av de mål där bevisning som uppfyller rapportförfattarens definition på avancerad ekonomiska analys har förekommit.

Antalet fall som uppfyller dessa krav är enligt Rickard Sandin endast sex stycken.⁵⁷ Detta kan jämföras med den förteckning över Konkurrensverkets processer som återfinns i Ingeborg Simonssons rapport.⁵⁸ Den senare ger vid handen att under perioden 1993-2003 avslutades 88 konkurrensprocesser, varav 13 som rörde huvudsakligen processrättsliga frågor. Om man drar ifrån de sistnämnda målen och beräknar andelen av de kvarvarande som omfattar avancerad ekonomisk analys hamnar man på 8%.

Efter att ha analyserat fem av de sex relevanta målen finner Rickard Sandin att avancerad ekonomisk analys klart beaktas av domstolarna och att de har betydelse för bedömningen av ärendena.⁵⁹ Detta gäller både för teoretisk och empirisk analys men störst effekt nås då analysen kompletteras med faktiska undersökningar av omständigheterna på den relevanta marknaden. Han påpekar emellertid även att det är svårt att veta vilken betydelse som den avancerade ekonomiska analysen haft i målen men att det verkar variera från fall till fall. Orsaken är som så ofta att de domskäl som meddelas är vaga. De ger inte någon explicit vägledning kring hur man har sett på denna typ av bevismaterial. Rapporten innehåller även en sammanställning av intervjuer med domstolsledamöter.

Osäkerheten i frågan om vilken vikt som har lagts vid den ekonomiska analysen och argumentationen torde kvarstå även för mål som avgjorts efter 2003. Det finns en tendens att i domar inte direkt diskutera den ekonomiska analys som lagts fram i målet. Analyser och andra rapporter omnämns och används ibland som delargument för en viss ståndpunkt, men det sker ingen närmare argumentation för varför en viss analys anses övertygande eller ens hur tungt den

⁵⁵ Sandin, Avancerad ekonomisk analys i mål om tillämpningen av konkurrenslagen i svensk domstol.

⁵⁶ Sandin, Avancerad ekonomisk analys i mål om tillämpningen av konkurrenslagen i svensk domstol, s. 7.

⁵⁷ Sandin, Avancerad ekonomisk analys i mål om tillämpningen av konkurrenslagen i svensk domstol, s. 19.

⁵⁸ Simonsson, Konkurrensverkets domstolsprocesser 1993-2004, s. 131ff.

⁵⁹ Sandin, Avancerad ekonomisk analys i mål om tillämpningen av konkurrenslagen i svensk domstol, s. 51-52.

har vägt. Det sker sällan någon diskussion om varför den analys som lagts fram av den förlorande parten – en analys som ofta går stick i stäv med domslutet – *inte* anses övertygande.

4.2. Intervjupersonernas uppfattningar om betydelsen av ekonomisk argumentation

Den tvetydiga bild som återgivits i det föregående avsnittet bekräftas av de intervjuer som denna uppsats bygger på. Det råder en stark enighet kring uppfattningen att den ekonomiska analysen har en given plats som en av den moderna konkurrensrättens grundvalar. Detta framgår vid diskussioner med intervjupersonerna om den svenska konkurrensrättens generella utveckling. Så är fallet både explicit – exempelvis genom beskrivningar av modern konkurrensrätt som ”tillämpad nationalekonomi” – och implicit – exempelvis genom hänvisningar till marknadskarakteriseringar som endast kan göras med hjälp av ekonomisk analys. Vad gäller den teoretiska sinnebilden av konkurrensrättens väsen eller platonska idé präglas denna således bland aktörerna på den svenska konkurrensrättsscenen av en bred acceptans av den ekonomiska analysens centrala ställning.

Om perspektivet breddas till att innefatta aktörernas inställning till lämpligheten av denna centrala roll för ekonomisk analys så finns det inte heller då någon större oenighet. Det verkar vara en utbredd uppfattning att den bild av den moderna konkurrensrätten som beskrivits ovan är en förbättring jämfört med vad som har dominerat tidigare. Användningen av ekonomisk analys och argumentation åtnjuter således starkt stöd och det ges i princip inte uttryck för någon kritik mot systemet i den meningen.

Medan det således är korrekt att tala om konsensus på det teoretiska planet så kan denna analys inte utsträckas till det praktiska. Här slår den tvetydighet som påtalats ovan igenom och bilden som tonar fram är mer nyanserad. Faktum är att den bild som förmedlas av den ekonomiska analysens praktiska betydelse för svensk konkurrensrätt skiljer sig ganska mycket åt mellan de olika personer som intervjuats. En genomgående trend är emellertid att synsättet är ganska polariserat, det vill säga antingen har man inställningen att den ekonomiska analysen inte har fått

så stort genomslag alls eller så menar man att den har kommit att bli väldigt viktig. Det har således varit ovanligt att mer osäkra synsätt framförts. Denna beskrivning är inte menad som en negativ kritik av de personer som intervjuats. Beskrivningen syftar till att ge uttryck för det faktum att en genuin skillnad i hur man ser på den svenska konkurrensrättens praktiska utveckling existerar även bland de centrala aktörerna.

Denna skillnad återfinns även i enkätfrågan ”Hur viktig upplever du att ekonomisk argumentation är för utgången i mål inom svensk konkurrensrätt” som kunde besvaras med 1-5 där 1 representerade helt oviktig och 5 mycket viktig. Av de tillfrågade har tre valt att besvara frågan med 2, två med 4 och ytterligare två har valt 5.

På grund av det relativt begränsade antal personer som av praktiska skäl kunnat ingå i undersökningen är det vanskligt att säga något om skillnader mellan personer som kommer från olika aktörer på den konkurrensrättsliga scenen. Svaren på enkätfrågan visar att det inte är personer från en viss aktör som har olika uppfattningar. Åsikten att ekonomisk argumentation är mycket viktig samt mindre viktig kan nämligen återfinnas bland representanter för samma aktör. Om analysen utökas till att även omfatta de diskussioner som fördes i ämnet förefaller det emellertid som om de personer som representerar domstolarna är något mer benägna att tillmäta ekonomisk argumentation större betydelse. Det är dock knappast fråga om en tydlig trend utan en subjektiv bedömning av de argument som lades fram. Dessutom bör man komma ihåg att det kan finnas en ökad benägenhet att inta ”säkra” positioner om man representerar den dömande aktören och att inställningen att ekonomisk argumentation spelar stor roll torde vara den allmänt sett mest förväntade bland utomstående personer.

Inte heller kan skillnaden i uppfattningar förklaras av de två olika typer av yrkeskategorier som ingått i studien, det vill säga jurister respektive ekonomer. Representanter för de olika uppfattningarna återfinns inom bägge yrkesgrupperna. Att skillnaderna i åsikter inte beror på yrkestillhörighet är dessutom ett intryck som förstärkts av de diskussioner som förts. Det är inte så att de ekonomer som deltagit i studien intagit en drastiskt mer economicentrerad position och argumenterat för sin yrkesroll medan juristerna varit mer tveksamma till betydelsen av ekonomisk analys och argumentation.

Således kan konstateras att det föreligger olika åsikter i frågan om hur viktig ekonomisk argumentation är inom den svenska konkurrensrätten men att denna skillnad inte kan förklaras utifrån enkla gruppstillhörighetsanalyser. För en djupare analys kommer nu de kvalitativa resonemang som fördes för att försöka greppa intervjupersonernas motiveringar för sina ställningstagande att redovisas.

4.3. Förklaringar av intervjupersonernas uppfattningar

De intervjupersoner som generellt sett tillmätte ekonomisk argumentation stor vikt för den svenska konkurrensrätten motiverade oftast detta med hänvisningar till allmänna uttalanden om den moderna konkurrensrättens grunder. Man argumenterar exempelvis för hur den typ av rekvisit som används ofta kräver ekonomisk argumentation för att kunna analyseras och pekar på de fundament som motiverar konkurrensrätten, det vill säga samhällsekonomisk effektivitet. Man påpekar också att den ekonomiska kompetens som knutits till konkurrensrättens olika aktörer är ett tydligt tecken både på att ekonomisk argumentation är viktig och att aktörerna har kompetens att ta till sig denna typ av argument. Däremot pekar man sällan på specifikt svenska trender eller mer praktiska omständigheter.

Detta skall inte uppfattas som en negativ kritik utan torde vara en naturlig följd av den utbredda uppfattningen att ekonomisk argumentation *är* viktig för den moderna konkurrensrätten. Åsikten att ekonomisk argumentation är viktig även inom den svenska konkurrensrätten ses således inte som en specifik svensk trend utan betraktas mot bakgrund av den internationella utvecklingen. Då är det naturligt att argumentera utifrån den mer generella utvecklingen, varvid tendensen att anföra praktiska omständigheter i den nationella rättsordningen minskar.

Intressantare torde vara att studera de argument som lagts fram av dem som visserligen delar den allmänna uppfattningen om den moderna konkurrensrättens väsen men som menar att vikten av den ekonomiska argumentationen i Sverige trots allt är liten. Inversen av tankegången i föregående stycke innebär att man här kan förvänta sig argument av mer konkret karaktär och med en mer praktisk anknytning.

En vanlig uppfattning bland dem som inte tillskriver ekonomisk argumentation speciellt stor betydelse är att svensk praxis dominerats av kartellmål. De menar vidare att denna typ av mål oftast inte kräver någon direkt ekonomisk argumentation i det enskilda fallet. Istället handlar det om att bevisa sakomständigheter såsom möten och samtal mellan de aktuella företagen. Detta är en karakterisering av kartellprocessens natur som delas även av dem som tillskrivit ekonomisk argumentation stor generell betydelse. De som menar att ekonomisk argumentation inte är lika viktig pekar dock gärna just på detta som ett argument för att motivera sin ståndpunkt.

Det finns en likhet mellan nyssnämnda argument och den mer generella synpunkten att en stor del av förklaringen till att ekonomisk argumentation inte fått så stort genomslag i den svenska konkurrensrätten beror på Konkurrensverkets prioriteringar. Det finns visst stöd bland intervjupersonerna för åsikten att Konkurrensverket är relativt passivt och endast driver tämligen traditionella mål. Detta menar man leder till att betydelsen av ekonomisk argumentation inte blir speciellt stor eftersom det oftast är rena sakomständigheter som är avgörande. Som kontrast till detta pekas exempelvis på Förenta Staterna där mycket och ofta ganska avancerade ekonomiska analyser måste genomföras då mer perifera mål skall avgöras. Det gäller således mål som ligger på rättsområdets frontlinje.

Denna karakterisering av Konkurrensverkets agerande kan kanske också ses mot bakgrund av ett annat argument för skälet till att ekonomisk argumentation anses så viktig; den svenska marknadens storlek är helt enkelt ganska liten. Detta medför enligt vissa intervjuade personer att det inte blir aktuellt med exempelvis stora koncentrationsmål, vilket ofta är en typ av mål som kräver omfattande ekonomisk analys. De menar att även mål om missbruk av dominerande ställning påverkas på detta vis. Utöver att den relativa ringa storleken på den svenska marknaden skapar en betydande avgränsning neråt i möjligheten att driva fler konkurrensmål så utgör det europeiska konkurrenssystemet en viktig avgränsning uppåt för ett land med ett mycket internationaliserat näringsliv.

Vid de intervjuer som genomförts har även ytterligare en möjlig förklaringsgrund tagits upp. Det är den i rättsvetenskapliga studier ofta förekommande tankegången att man bör skilja på de bakomliggande omständigheter som är avgörande för domslutet och de argument som sedermera används för att förklara – eller rättfärdiga – beslutet. Tanken är alltså att det kan vara andra saker som faller det egentliga avgörandet än de som anges i domskälen. Detta skulle ju kunna vara

speciellt relevant på konkurrensrättens område där olika akademiska ämnen blandas och teknisk bevisning kan vara svår att ta till sig. Det finns dock ingen stark acceptans av detta synsätt för att förklara ställningstagandet att ekonomisk argumentation inte upplevs som så viktig. Det torde vara naturligt att detta synsätt inte tilltalar de som representerar domstolarna, men även utanför deras led är stödet svagt för ett sådant synsätt. Även om det finns visst acceptans för tankegången bland de sistnämnda så är det inte en viktig faktor för deras analys av den vikt som tillmäts ekonomisk argumentation. Den grundläggande inställningen är att domstolarna har både kompetens och förmåga att ta till sig den argumentation och analys som läggs fram samt att så också sker. Vad gäller domskälens utformning ser man ett större problem i att de ofta är oklara vad gäller betydelsen av den ekonomiska analysen som lagts fram än att man skulle rättfärdiga beslut som fattats på andra grunder genom till synes stringent underbyggnad av ekonomisk argumentation.

Ett sätt att tolka de argument som analyserats ovan är att de olika åsikter som finns om den ekonomiska argumentationens betydelse kanske kan förklaras utifrån den konvergensprocess gentemot det europeiska konkurrensrättssystemet som beskrivits i bakgrunden till denna uppsats. Som redan nämnts råder det konsensus kring den moderna konkurrensrättens starka koppling till ekonomisk argumentation. Dessutom är det otvetydigt att denna konkurrensrättsliga modell nått det svenska rättssystemet som ett led i det svenska närmandet mot Europa som skedde i början av 1990-talet. Att förändra rättsliga och inte minst institutionella strukturer tar dock tid och är sällan oproblematiskt. Det går att argumentera för att de skilda åsikterna kan ha sin grund i synen på hur långt denna process har kommit, det vill säga i hur stor utsträckning konkurrensystemets strukturer förändrats och dess institutioner anpassat sig. Det torde då vara naturligt att de som betraktar inlemmandet av det svenska systemet i det europeiska som långt framskridet tillskriver ekonomisk argumentation stor betydelse. På motsatt vis skulle uppfattningen av att det fortfarande finns väsentliga nationellt knutna strukturer som spelar stor roll, exempelvis marknadens storlek, och institutionella trögheter, såsom Konkurrensverkets uppfattade passivitet, kunna ge upphov till en bild där ekonomisk argumentation tillmäts mindre vikt. Den betydande osäkerheten kring var systemet befinner sig i denna integrationsprocess torde ha sin grund i att antalet svenska konkurrensrättsmål är ganska få, vilket gör att trend och position kan vara svåra att skapa sig en klar uppfattning om.

4.4. Problematiken kring olika ekonomiska teorier

I bakgrundsdelen av denna uppsats har skisserats en intrikat problematik knuten till existensen av flera olika alternativa nationalekonomiska angreppssätt av relevans för konkurrensrätten. Det framstår, för den som inte verkar praktiskt inom konkurrensrättens område, som att detta borde vara en ständig källa till osäkerhet inom rättsområdet. Detta är förvånande nog inte alls den uppfattning som har kommit till uttryck i de intervjuer som genomförts. Snarare finns det en stark konsensus kring att detta alls inte är något praktiskt problem. På frågan ”Upplever du att existensen av olika ekonomiska teorier skapar problem vid den praktiska tillämpningen av den svenska konkurrensrätten?” svarade sex personer nej medan endast en person svarade ja. Det framstår som konstigt för den som kommer utifrån att detta inte upplevs som något problem av dem som verkar inom rättsområdet varför det är intressant att titta närmare på frågan.

Diskussionen kring denna fråga har under intervjuerna främst kommit att handla om faktorer som gör att man alls inte hamnar i situationer där detta är relevant respektive om faktorer som gör att problematiken kan hanteras utan större problem. Dessa två typer av faktorer kommer att redovisa i tur och ordning.

Det typiska svaret när frågan tagits upp är att denna typ av teoretiska spørsmål ligger långt bortom den konkurrensrättsliga vardagen. ”Den som börjar snacka om neo-österrikiska analyser och sånt där sysslar uppenbarligen inte med praktisk konkurrensrätt, det är inte sånt man håller på med...” uttryckte sig någon som visserligen var mer rakt på sak än andra men i inställning framstår som nog så representativ. Det finns alltså en bred uppfattning att existensen av olika nationalekonomiska teorier på konkurrensrättens område inte blir något problem helt enkelt därför att de inte aktualiseras i praktiken.

Orsaken till nyssnämnda konstaterande förklaras på i huvudsak två olika sätt. Det finns de som vill se även denna fråga i ljuset av vad man ser som en passiv konkurrensmyndighet. Genom att Konkurrensverket ofta drivit mål på traditionella och okontroversiella grunder så har den svenska konkurrensrätten inte kommit i kontakt med mer perifera analysmetoder på det vis som har skett i exempelvis Förenta Staterna. Det finns dock andra som vill förklara situationen med att det skett en successiv konvergens mot någon form av ram för vad som utgör gångbar ekonomisk

analys i konkurrensrättsmål. Hur denna ram är utformad upplevs emellertid som svårt att definiera.

Det framstår som att intervjupersonerna har uppfattningen att den svenska konkurrensrätten till största delen har anammat den fåra av ekonomisk teoribildning som i bakgrundsdel av denna uppsats benämns neoklassiska jämviktsmodeller. Detta verkar upplevas som en yttre ram för vilken typ av perspektiv som det är relevant att anlägga i en rättslig process. För att frånga denna huvudfåra inom den nationalekonomiska teoribildningen, uttryckte sig en person, får man ha en mycket bra anledning. Emellertid framhåller flera personer att det råder viss osäkerhet kring hur den rika flora av modeller som räknas till den neoklassiska jämviktsmodellerna skall betraktas. Dessa personer påpekar dock att detta är en begränsad problematik och att den inte upplevs som ett stort praktiskt problem.

Mot den bakgrunden kan man sen övergå till att diskutera argumentation som inte tar sikte på att avfärda själva frågeställningen. Dessa argument syftar alltså till att förklara varför existensen av olika teorier och modeller inte upplevs som en stor problematik ens om de skulle förekomma i domstol. Tre huvudfåror kan här identifieras.

För det första framhålls att oenigheten kring analysmetoder inte skall överdrivas och dessutom måste kvantifieras. Omsatta i praktiskt tillämpbara analyser är skillnaderna mellan många teorier inte extremt stora, även om det i en akademisk framställning kan se så ut. Viktigare är att man menar att oenigheten sällan gäller de olika teorierna eller modellerna. Det framhålls att det vanligtvis råder konsensus kring hur de olika modellerna fungerar, när de kan vara rimliga att tillämpa och vilken slutsats de ger upphov till. Man ifrågasätter således sällan någon parts analysmodell eller teorin bakom denna. Vad man tvistar om är istället vilken modell som bäst passar in på den marknad eller situation som föreligger i det enskilda fallet. Detta är inte en tvist om ekonomisk teori utan om sakomständigheter och skiljer sig således inte så mycket från frågeställningar som domstolar brukar hantera i andra sammanhang än de konkurrensrättsliga.

Tankegången kan förtydligas genom att återknyta till exemplet med den i vatten nedsänkta kroppen från bakgrundsdel av denna uppsats. Låt oss anta att det inte alls är självklart att kroppen legat i vatten utan att den även kan ha legat på land. Vi kan anta att olika metoder, eller i vart fall olika parametrar, används för att då beräkna tiden som förflutit sedan personen avled.

Sannolikt råder det inte någon större oenighet om hur denna sakomständighet påverkar beräkningarna. Däremot kan det ju i ett enskilt fall säkert bli tvist om hur sakomständigheterna ser ut; har kroppen legat i vatten eller på land? Sannolikt är den teoretiska enigheten större i detta fall än vad som gäller inom konkurrensrätten, men principen är densamma.

För det andra framhävs betydelsen av bevisregler. Genom att bevisbördan regleras så undviks ju relativt effektivt låsningar och domstolen kan undvika att tvingas till ett avgörande om de teoretiska modellerna. Även i en extrem situation där man upplever att parternas modeller är precis lika bra kan således problematiken undvikas på detta sätt. Även från det perspektivet kan man alltså beskriva eventuell problematik kring olika ekonomiska teoriers existens som i vart fall inte väsensskild från dylika problem inom andra rättsområden. En generell juridisk mekanism som bevisbördans placering kan därför räcka långt för att hantera de situationer som uppstår i det praktiska rättslivet.

För det tredje finns det en uppfattning om att det inte är så att existensen av olika ekonomiska teorier skapar problem. Snarare tillför de något viktigt till konkurrensrättens område. Man påpekar att möjligheten att belysa komplicerade situationer från olika perspektiv och med olika analysmetoder kan bidra till att över tid föra området framåt och göra de rättsliga besluten bättre. ”Att det finns olika teorier är inte ett problem för konkurrensrätten utan möjliggör meningsfull diskussion om sakomständigheterna” torde väl kunna sammanfatta denna argumentationslinje. Detta argument är visserligen inte av samma art som de övriga – det är ju ingen praktisk lösning på exempelvis de låsningsproblem som kan uppstå – men torde vara nog så viktigt för att indikera den allmänna inställning som problematiken måste ses mot bakgrund av.

4.5. Synen på framtiden

Det är alltid svårt att sia om framtiden. Historien lär oss att ödmjukhet måste vara ledordet för varje sådant företag. Likväl är förmågan att strukturera information och utifrån denna dra slutsatser om framtiden en viktig del av den mänskliga naturen. Efter att ha betraktat den historia som ligger bakom den svenska konkurrensrätten och därefter analyserat den situation som idag råder är det således dags att försöka säga något om vad som väntar i framtiden.

Redan inledningsvis bör det påpekas att det råder en relativt stark enighet kring vart utvecklingen är på väg vad avser betydelsen av ekonomisk argumentation och analys inom den svenska konkurrensrätten. Det framstår som att den typiska uppfattningen är att denna typ av bevisning och argumentation kommer att bli allt viktigare; detta är både något intervjupersonerna tycker sig känna som en trend idag och hur man tolkar utvecklingen på ett par års sikt. Detta kan illustreras genom de svar som åtföljde frågan ”Tror du att betydelsen av ekonomisk argumentation inom den svenska konkurrensrätten kommer att öka, minska eller vara konstant under de närmaste 5 åren?”; 5 personer uppgav att de trodde att betydelsen skulle öka medan 2 valde alternativet konstant.

Vad gäller synen på framtiden har det framstått som om trenden mot en ökande betydelse av ekonomisk argumentation faktiskt har haft mer stöd än vad svaren på den ovan angivna frågan antyder. När diskussionen har kommit in på denna fråga har även de som besvarade frågan med alternativet ”konstant” pekat på flera faktorer som talar för den trend som majoriteten tycker sig se. Emellertid har det för dessa personer framstått som nödvändigt att problematisera frågeställningen; som påpekas ovan är det en komplex värld som utgör bakgrunden till all utveckling och man vill peka på rörelser som både stärker och försvagar den genomgående trenden.

Precis som i avsnitt 4.3 framstår uppdelningen i global och nationell nivå som central för den diskussion som förts om hur utveckling ter sig från de olika aktörernas horisont. Det försök som nedan görs för att ge uttryck för den komplexa bild som intervjupersonerna förmedlat bygger således på en grundläggande uppdelning av betydelsefulla faktorer på dessa två nivåer.

4.5.1. Global utveckling

Det finns en uppfattning bland intervjupersonerna om att det pågår en global konvergensprocess på konkurrensrättens område. Riktning på konvergensprocessen upplever man gå mot den konkurrensrättsliga praxis som emanerar från Förenta Staterna. Då man har uppfattningen att denna praxis lämnar större utrymme för ekonomisk argumentation och analys så anser intervjupersonerna att detta kommer att bli ett allt vanligare inslag i framtidens konkurrensrätt på ett mer generellt plan, inte bara i Förenta Staterna. Denna konvergensprocess kan på sikt till och

med tänkas leda till en formell världskonkurrensrätt – i regi av någon av de stora internationella organisationerna – vilket antagligen ytterligare skulle stärka kraften i denna rörelse mot den amerikanska synen på den ekonomiska analysens roll inom konkurrensrätten. Man framhåller emellertid att detta inte är en utveckling som med någon säkerhet kan förutspås. Inte heller verkar man mena att denna utveckling mot en formaliserad konvergens är nödvändig för det ökande inflytande för Förenta Staternas perspektiv på konkurrensrätten som intervjupersonerna tycker sig se.

Denna utveckling berör inte minst den europeiska konkurrensrätten. Intervjupersonerna menar att det redan idag finns en trend mot en mer effektbaserad konkurrensrätt på europeisk nivå och att denna utveckling troligen kommer att tillta i styrka. Man pekar bland annat på att den Europeiska Kommissionen (nedan benämnd Kommissionen) har anammat ett arbetssätt som i större utsträckning än tidigare har integrerat ekonomisk analys och intagit en mindre stelbent attityd till de bedömningar som måste göras. Denna förändrade inställning kommer, säger man, till uttryck i de guidelines och andra dokument som Kommissionen står som författare till. Även vad avser de mål som avgjorts i domstol tycker man sig se en trend i denna riktning.

Utvecklingen på europainivå upplevs som väldigt viktig för svensk del av två skäl. För det första är det svenska konkurrensrättssystemet hårt knutet till det europeiska genom liknande substantiella regler och en stark institutionell samhörighet. För det andra fungerar det europeiska konkurrensrättssystemet för svensk del som en katalysator för de globala influenser som beskrivits ovan.

Den starka kopplingen till det europeiska systemet upplevs således som en viktig faktor för att förklara varför man tycker sig se en ökad betydelse för ekonomisk argumentation och analys i framtiden. Kopplingen måste förstås mot bakgrund av den historiska bakgrund som utmejslats i del 2.1 av denna uppsats och består idag av flera komponenter.

För det första finns det i Sverige en uttalad vilja att konformera till det europeiska systemet. Detta kommer till uttryck både genom att svenska förarbeten och dylika dokument explicit hänvisar till de europeiska reglerna och den utveckling som sker på europeisk nivå. Den formella målsättningen verkar ha starkt praktiskt stöd bland de personer som ingått i denna studie.

För det andra finns det ett starkt institutionellt och praktiskt ramverk på plats som formar utvecklingen i denna riktning. Som exempel på komponenter i detta ramverk har intervjupersonerna lyft fram de guidelines och dylika dokument som berörts ovan. Man menar, som påpekats, att de berörda dokumenten allt oftare ger uttryck för en effektbaserad inställning till konkurrensrätten som ger ökat utrymme för ekonomisk analys. Dessa dokument utövar – det råder det bland intervjupersonerna stor enighet kring – relativt starkt inflytande på den svenska utvecklingen och driver denna i samma riktning som den europeiska. Ett annat exempel som anförts till stöd för denna världsbild är det relativt nystartade European Competition Network (ECN). Detta är ett nätverk där de europeiska konkurrensmyndigheterna på nationell nivå samt Kommissionen samverkar exempelvis genom diskussion om policyfrågor. En stor del av nätverkets verksamhet består emellertid av informationsutbyte. En tredje komponent i ramverket är den praxisskapande roll som EG-domstolens beslut har för den nationella rättstillämpningen.

Ytterligare en faktor som bidrar till styrkan i det ramverk som beskrivits ovan, men som förtjänar att diskuteras för sig, är moderniseringen av tillämpningen av den europeiska konkurrensrätten.⁶⁰ Nationella domstolar har under lång tid haft kompetens att tillämpa grundregeln i artikel 81 i EG-fördraget; europarättens förbud mot konkurrensbegränsande avtal. De möjligheter till undantag från förbudet som återfinns i artikelns tredje paragraf har emellertid fram till moderniseringen endast kunnat tillämpas av Kommissionen, och då genom att företag har kunnat ansöka om undantag ex ante. Detta system har genom moderniseringen reformerats genom att möjligheten till att ex ante ansöka om undantag tagits bort och de nationella domstolarna istället givits kompetens att ex post pröva om grunderna för undantag är uppfyllda. Denna förändring har hittills inte haft någon påtaglig effekt men flera personer har givit uttryck för åsikten att det i moderniseringen finns en potentiell viktig faktor för den framtida utvecklingen. De bedömningar som aktualiseras då undantagsgrunderna skall bedömas är av en mindre definitiv art än huvudregelns förbud. För att kunna ta ställning till undantagsgrunderna är det rimligt att anta att ytterligare ekonomisk analys och argumentation måste användas. Detta skulle – menar vissa av personerna – kunna göra det än mer accepterat med avancerad ekonomisk analys i Sverige och bidra till framväxten av en ny tradition.

⁶⁰ Förordning 1/2003.

4.5.2. Nationell utveckling

Vad avser nationella faktorer av vikt för den framtida betydelsen av ekonomisk argumentation och analys i svensk konkurrensrätt bör först nämnas Konkurrensverkets agerande. Som tidigare framhållits menar en del av personerna som intervjuats för denna studie att Konkurrensverket hittills har uppträtt relativt passivt. Verket – säger de – har mest valt att driva traditionella konkurrensrättsmål som inte har aktualiserat ekonomisk analys i någon större omfattning. Av avgörande vikt för hur de internationella aspekter som beskrivits ovan kommer att påverka det svenska konkurrensrättssystemet är således hur Konkurrensverket kommer att agera i framtiden. Om myndigheten väljer att driva mer kontroversiella frågor i framtiden torde detta avsevärt kunna påverka betydelsen av ekonomisk argumentation och analys, menar dessa personer. Om Konkurrensverket däremot håller fast vid den nuvarande policyn så är detta istället en faktor som kan förväntas hålla tillbaka de internationella rörelserna i den riktningen.

Att sja om hur Konkurrensverket kommer att agera i detta avseende upplever man dock som svårt. En person menar att Bensinkartellmålet kan ses som ett trendbrott.⁶¹ Målet aktualiserade komplicerade frågeställningar om vilken typ av informationsutbyte som skall bedömas som konkurrensbegränsande. Detta föranledde både Konkurrensverket och de berörda företagen att lägga fram avancerad ekonomisk analys trots att det rörde sig om ett kartellmål. Inte mindre än 6 docenter och professorer i nationalekonomi hördes som sakkunniga. Det är emellertid tveksamt om bensinkartellmålet i detta avseende är representativt för utvecklingen i övrigt.

Det har också påpekats att enbart beslutet att driva flera mål antagligen skulle öka betydelsen av ekonomisk argumentation. För det första skulle fler mål nästan per definition innebära mer kontroversiella mål på marginalen. För det andra sägs det att en ökad målmängd skulle möjliggöra uppbyggandet och bibehållandet av specialkompetens hos de konkurrensrättsliga aktörerna.

Just framväxten av en bredare och kunnigare yrkeskår knuten till konkurrensrättens område nämns även av andra personer som en viktig faktor för att avgöra hur stor betydelse ekonomisk analys och argumentation kommer att få i framtiden. För att klara av en utveckling mot ökad betydelse av ekonomisk argumentation och analys måste nämligen – menar de - den ekonomiska

⁶¹ MD 2005:7.

kompetensen utvecklas inom de aktörer som är verksamma på konkurrensrättens område. Med detta avses exempelvis att de större advokatbyråerna måste bli bättre på att vidareutbilda sina jurister samt att på ett mera effektivt sätt integrera ekonomisk expertis i arbetet. Detta är emellertid något som också sägs om Konkurrensverket, vilket ligger i linje med vad som ovan sagts om deras roll. Det påpekas emellertid också, vilket diskuterats tidigare i denna uppsats, att tillgången på ekonomisk expertis med inriktning mot konkurrensrätt måste säkerställas. Detta är av vikt både för Konkurrensverket, advokatbyråerna och domstolarna. En avgörande faktor för den framtida betydelsen av ekonomisk argumentation och analys kan således sammanfattande sägas vara huruvida det kommer till stånd en bättre rustad och mer specialiserad yrkeskår på den svenska konkurrensrättens område. Som framgår av denna uppsats tredje avsnitt upplever intervjupersonerna att utvecklingen generellt går mot större ekonomisk kompetens men att det finns betydande problem kring möjligheten att upprätthålla denna trend.

Även vad avser synen på framtiden är det ett dominerande intryck att intervjupersonerna upplever en stark ökning av betydelsen av ekonomisk analys och argumentation som tränger sig på från omvärlden medan de nationella faktorerna av vikt genomgående beskrivs i begränsande ordalag; de är faktorer som håller tillbaka den internationella utvecklingstrenden för svensk del. Denna karakterisering av uppfattningarna bör inte ge upphov till intrycket att de intervjuade personerna varit genomgående negativt inställda till det svenska konkurrensrättsliga systemet – tvärtom. Syftet med denna karakterisering är istället att visa på det faktum att det åter är i skärningspunkten mellan det nationella och det internationella perspektivet som skillnader i uppfattningar om den pågående utvecklingen kommer till uttryck.

5. Slutsats

Denna uppsats tar sin utgångspunkt i skillnaden mellan det nomotetiska och det idiografiska perspektivet. De olika sätten att betrakta verkligheten på representeras av de akademiska disciplinerna juridik respektive nationalekonomi. På grund av historiska skeenden under det dramatiska 1900-talet har både det nomotetiska och det idiografiska perspektivet kommit att få betydelse för den moderna svenska konkurrensrätten. Denna fascinerande process har beskrivits och problematiserats i uppsatsens andra avsnitt. Mot bakgrund av denna beskrivning har

sedermera den grundläggande frågeställning – betydelsen av ekonomisk argumentation och analys inom den svenska konkurrensrätten – belysts utifrån de tre synvinklar som utmejslades i inledningen till uppsatsen; det institutionella, det praxisanknutna och ett tredje som fokuserar på de problem som nationalekonomiska teorier skapar inom konkurrensrätten. Det är nu tid att sammanfatta vad som framkommit vid undersökningen av dessa tre perspektiv av skärningspunkten mellan juridik och nationalekonomi och dra slutsatser om den underliggande frågeställningen.

De tre huvudaktörerna på den svenska konkurrensrätts område – Konkurrensverket, större advokatbyråer och domstolarna – utgör alla institutioner där jurister och nationalekonomer möts på ett professionellt plan. De samverkar antingen för att tillsammans verka för en viss argumentationslinje eller för att kunna slita tvister som konkurrerande argumentationslinjer bjuder. Den bild av detta samarbete som tonar fram är i stort sett positiv. Både jurister och ekonomer upplever samarbetet som fritt från större friktioner. I stor utsträckning verkar det som att detta har sin orsak i en utpräglad känsla av att de båda yrkesgrupperna har olika roller i den rättliga processen. Detta ger upphov till ett samarbetsklimat som inte gärna låter sig karakteriseras utifrån begrepp som styrkeförhållanden.

Det finns emellertid vissa problem kring den praktiska aspekten av samarbetet som de personer och organisationer som är verksamma på den svenska konkurrensrätts område bör ta till sig. Först och främst är det en dominerande uppfattning att både Konkurrensverket och advokatbyråerna kan bli bättre på att integrera den ekonomiska analysen med den rättsliga argumentationen. Den uppdelning i olika roller som i föregående stycke tillskrevs en nyckelroll för det harmoniska samförståndet mellan ekonomer och jurister bör således inte drivas alltför långt. Det är av vikt att den ekonomiska och den rättsliga argumentationen upplevs som en paketslösning av det konkurrensrättsliga problem som är för handen. Om det inte sker minskar betydelsen av den ekonomiska argumentation och analys som läggs fram. Argumentationens olika beståndsdelar väger således lättare när de betraktas var för sig än när de ses som en helhet. Ett konkret sätt för att verka i denna riktning är att arbeta på pedagogiken i de ekonomiska expertvittnenas framställningar i syfte att göra den mer lättillgänglig och därmed effektivare för det egna lägre argumentation.

Vad gäller den betydelse som ekonomisk argumentation och analys har i den svenska konkurrensrättspraxisen har flera intressanta förhållanden kunnat påvisas i studien. Det råder en bred enighet kring uppfattningen att den moderna konkurrensrätten på abstrakt nivå är starkt knuten till ekonomisk teori. På abstrakt nivå dominerar även uppfattningen att ekonomisk analys och argumentation är av stor betydelse inom det konkurrensrättsliga ämnet. Då fokus flyttas till den konkreta verklighet som präglar dagens svenska konkurrensrätt blir bilden emellertid mer nyanserad. På denna nivå återfinns både uppfattningen att ekonomisk analys och argumentation inte är så viktig och uppfattningen att ekonomisk analys och argumentation är av mycket stor betydelse. En grundläggande analys av vad som kan tänkas ligga bakom dessa skillnader i uppfattning ger vid handen att vare sig yrkesgrupp eller aktörsanknytning är av avgörande betydelse.; det finns både jurister och ekonomer i vardera lägret och olika uppfattningar återfinns hos intervjupersoner knutna till samma konkurrensrättsliga aktör.

Orsaken till skillnaderna i uppfattning om betydelsen av ekonomisk argumentation och analys torde istället kunna spåras till den anpassningsprocess visavi det europeiska konkurrensrättsliga systemet som det svenska systemet allttjämt befinner sig i. Rättsliga strukturer förändras sällan i raskt tempo, vilket gör att ett så komplext område som det konkurrensrättsliga kan befinna sig en sådan anpassningsfas under relativt lång tid. När ett rättssystem befinner sig i en sådan fas uppstår osäkerhet kring vilka normer som gäller. Det framgår av studien att skillnader i uppfattningar om betydelsen av ekonomisk argumentation och analys kan förklaras utifrån var i denna anpassningsprocess som intervjupersonerna uppfattar att det svenska systemet befinner sig. Detta ligger i linje med den utbredda uppfattningen att ekonomisk argumentation och analys kommer att bli än viktigare i framtiden men att detta är avhängigt hur hämmande nationella faktorer såsom tillgången på kompetens och hur den idag svaga expertvittnestraditionen utvecklas

Det problembaserade perspektivet, som anlades för att sätta förstoringsglasat just på skärningspunkten mellan det juridiska ramverket och de olika ekonomiska teorierna av relevans för detsamma, gav en bild av den konkurrensrättsliga verkligheten som är klart mindre problematisk än förväntat. Bland intervjupersonerna fanns det en stark enighet kring uppfattningen att existensen av en rik flora av nationalekonomiska skolbildningar över huvud inte utgör ett problem i praktiken. Detta förklaras dels av att de ramar som i praktiken finns för

vilken ekonomisk analys som kan läggas fram är ganska snäv, dels av att Konkurrensverket hittills sällan drivit kontroversiella mål på rättsområdets frontlinje. Dessutom framhålls att när tvister kring teoretiska modeller uppstår är det sällan modellernas utformning eller dynamik som parterna är oeniga om. Istället är det sakomständigheterna i det aktuella fallet man tvistar om, en fråga vars lösning i förlängningen avgör vilken modell som skall användas. Till detta skall läggas bevisbördereglernas problemlösande funktion.

Vad kan man då, utifrån dessa tre analytiska ansatser, säga om denna studies generella frågeställning: vilken betydelse har ekonomisk analys och argumentation inom den svenska konkurrensrätten? Det framstår som uppenbart att någon enkel bild inte kan tecknas. Avancerad ekonomisk analys förekommer i relativt begränsad omfattning. Ekonomisk argumentation är desto vanligare. Det råder delade meningar bland de praktiskt verksamma aktörerna om hur viktig denna form av analys respektive argumentation är. Det verkar stå klart att betydelsen till viss del har sin grund i vilken typ av mål som är för handen. Många av intervjupersonerna menar att betydelsen av ekonomisk argumentation och analys är relativt liten i kartellmål, vilket föranleder några av dem att ifrågasätta kostnadseffektiviteten av att kalla ekonomiska expertvittnen i denna typ av mål. Samma intervjupersoner menar att ekonomisk argumentation och analys spelar större roll i mål om missbruk av dominerande ställning respektive företagskoncentrationer.

Det är också viktigt att påpeka att det svenska konkurrensrättssystemet befinner sig i en föränderlig fas. Både på institutionell och normativ nivå pågår en inlärningsprocess som successivt formar framtidens konkurrensrättsliga praxis. Inlärningsprocesser av detta slag har en tendens att framkalla viss plasticitet i den rättsliga normstrukturen. Vilken betydelse ekonomisk argumentation och analys kommer att ha i framtiden är således i viss mån en öppen fråga. Det finns en tendens som pekar mot ökad betydelse för denna typ av argumentation och analys men utvecklingen kommer till en del att bero på vilken bild av betydelsen som de olika aktörerna agerar utifrån de kommande åren. Det torde vara möjligt för enskilda aktörer att påverka utvecklingen i båda påskyndande och hämmande riktning vad gäller den betydelse som ekonomisk argumentation och analys tillmäts.

Avslutningsvis bör ett par ord sägas om den mest generella aspekten av den här studien, det vill säga krocken mellan det nomotetiska och det idiografiska perspektivet. Om det

konkurrensrättsliga området har något att säga om sådana situationer i allmänhet torde det vara att betydelsen av den potentiella konflikten bör tonas ned. Anledningen till detta bör vara det faktum att systemet som sådant inte gynnar organisationer där de olika perspektivens företrädare slåss mot varandra eller tävlar om att få stå i rampljuset. Den dynamik som det konkurrensrättsliga systemet skvallrar om bör istället beskrivas som holistisk, det vill säga det bästa helhetsperspektivet vinner. Den tankegången har ovan karakteriserats som att helheten väger tyngre än summan av de olika delarna. Mot bakgrund av denna insikt framstår det som om en optimal strategi för aktörer i ett system som tvingar samman ett nomotetiskt respektive idiografiskt perspektiv är att fokusera på samarbetet mellan perspektiven istället för konflikterna; istället för att slåss om samma kaka kan man gemensamt baka en större – och kanske också godare – kaka.

6. Källförteckning

Rättsfall:

MD 2005:7

Offentligt tryck:

SOU 1997:20. Konkurrenslagen 1993-1996 – Betänkande av Konkurrenslagsutredningen.

Litteratur:

Amato, G, Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of the market, Oxford 1997.

Bernitz, U, Marknadsrätt: en komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer, Stockholm 1969.

Bladini, F, Den konkurrensrättsliga argumentationen, i Ånd og rätt, Festskrift til Birger Stuevold Lassen, Oslo 1997.

Bork, R, The antitrust paradox: a policy at war with itself, 2 upplagan, New York 1993.

Cameron, R, Världens ekonomiska historia: från urtid till nutid, 2 upplagan, Lund 2006.

Gerber, D, Law and competition in twentieth century Europe, Oxford 1998.

Greenhouse, L, Justices Hear Arguments About Pacts on Pricing, New York Times 27/3 2007, www.nytimes.com

Gustafsson, L, Svensk konkurrensrätt, 2 upplagan, Stockholm 2004.

Hildebrand, D, The role of economic analysis in the EC competition rules, Haag 2002.

Joskow, P, Transaction cost economics, antitrust rules, and remedies, Journal of law, economics & organization, 2002 s. 95-116.

Knudsen, C, Modeling rationality, institutions and processes in economic theory, i Mäki, Gustafsson, Knudsen, Rationality, institutions and economic methodology, London 1993.

Kovacic, W, Shapiro, C, Antitrust policy: a century of economic and legal thinking, Journal of economic perspectives, 2000 s. 43-60.

Liedman, S-E, Mellan det triviala och det utsägliga, Göteborg 2004.

Motta, M, Competition policy: theory and practice, New York 2004.

Neven, D, Competition economics and antitrust in Europe, Economic policy 2006 s. 741-791.

Nicolaides, P, An essay on economics and the competition law of the European community, Legal issues of economic integration 2000 s. 7-24.

OECD, Policy Brief: Competition law and policy in Sweden, www.oecd.org 2007

Posner, R, Antitrust law, 2 upplagan, Chicago 2001.

Rider, C, An introduction to economic history, Cincinnati 1995.

Sandelin, B, Trautwein, H-M, Wundrak, R, Det ekonomiska tänkandets historia, 3 upplagan, Stockholm 2001.

Sandin, R, Avancerad ekonomisk analys i mål om tillämpningen av konkurrenslagen i svensk domstol, www.kkv.se 2003.

Simonsson, I, Konkurrensverkets domstolsprocesser 1993-2004: en utvärdering, www.kkv.se 2005.

Staley, C, A history of economic thought, Edinburgh 1991.

Stigler, G, The economists and the problem of monopoly, American economic review 1982 s. 1-11.

Varian, H, Intermediate microeconomics: a modern approach, 7 upplagan, New York 2005.

7. Appendix

Nedan redovisas de frågor som har använts under intervjuerna. Dessa består av av tre delar. Den första delen är de enkätfrågor som har redovisats ovan. Den andra delen består av kvalitativa frågor som berör de olika intervjupersonernas arbetsplatser. De skiljer sig således åt mellan intervjupersoner hemmahörande på Konkurrensverket, advokatbyråer respektive inom domstolsväsendet. Den tredje delen består av kvalitativa frågor om betydelsen av ekonomisk argumentation och analys i den svenska konkurrensrätten. Både del två och del tre har formen av ramfrågor, det är så att säga utifrån de breda diskussionsfrågor som redovisas där som samtalen har förts och utvecklats.

1. Enkät

1.1. Hur viktig upplever du att ekonomisk argumentation är för utgången i mål inom svensk konkurrensrätt?

1-5, där 1 är helt oviktig och 5 är mycket viktig.

1.2. Upplever du att existensen av olika ekonomiska teorier skapar problem vid den praktiska tillämpningen av den svenska konkurrensrätten?

Ja / Nej

1.3. Tror du att betydelsen av ekonomisk argumentation inom den svenska konkurrensrätten kommer att öka, minska eller vara konstant under de närmaste 5 åren?

Öka / Minska / Konstant

1.4. Upplever du att den ekonomiska kompetensen på din arbetsplats ökar, minskar eller är konstant?

Ökar / Minskar / Konstant

2. Arbetsplatsspecifika frågor

Konkurrensverket

2.1. Jag har läst en del om de organisationsförändringar som Konkurrensverket har genomgått. Upplever du att dessa har varit positiva? Hur fungerar organisationen nu tycker du?

2.2. Konkurrensverket har en avdelning för ekonomisk analys men jag vet också att ni arbetar mycket i projekt. Är ekonomisk analys något som genomsyrar arbetet eller ligger det så att säga lite bredvid?

2.3. Upplever du att ni på Konkurrensverket har tillräckligt med kompetens och resurser vad gäller ekonomisk analys? Hur är känslan kring detta i organisationen?

2.4. Jag har undersökt de nordiska konkurrensverken och Sverige är det enda land som har fler jurister än ekonomer anställda. Vad tror du att detta beror på?

2.5. Hur upplever du generellt att er ekonomiska kompetens är relativt de andra aktörerna på konkurrensrättens område, dvs. advokatbyråer, företag och domstolar?

2.6. Jag tänkte knyta an lite till den utredning om Konkurrensverkets processföring som nyligen gjordes av Ingeborg Simonsson. Hur upplever du att denna har mottagits i er organisation? Har den föranlett några förändringar?

Domstolar

2.1. Hur upplever du att kompetensen och resurserna vid domstolen är anpassade för att klara av dagens ofta komplicerade konkurrensrättsmål?

2.2. Hur upplever du att ni står er i det här avseendet kontra de andra aktörerna, det vill säga advokatbyråer och Konkurrensverket?

2.3. Hur upplever du överläggningarna mellan domstolens olika ledamöter? Uppstår det kommunikationsproblem mellan ekonomer och jurister? När detta inträffar hur upplever du att ”styrkeförhållandet” mellan dem är?

2.4. Hur tror du att Marknadsdomstolen kommer att påverkas av moderniseringen av den europeiska konkurrensrätten, dvs. decentraliseringen vad gäller tillämpningen av artikel 81?

Advokatbyråer

2.1. Upplever du att den ekonomiska kompetensen på den byrå där du arbetar är tillräckligt hög för att klara av de konkurrensrättsprocesser som ni har hand om? Brukar ni anlita ekonomisk expertis för att hjälpa er med ärenden? Sker detta på konsultbasis eller ha ni anställda ekonomer?

2.2. Låt oss gå vidare till de svenska advokatbyråerna som grupp. Upplever du att de byråer som sysslar med konkurrensrätt har tillräckligt med ekonomisk kompetens? Har du någon uppfattning om hur man får tag på ekonomisk expertis, det vill säga har man ekonomer anställda eller hyr man in konsulter?

2.3. Hur upplever du generellt att advokatbyråernas ekonomiska kompetens är relativt de andra aktörerna på konkurrensrättens område, det vill säga Konkurrensverk och domstolar?

3. Allmänna frågor

3.1. Hur viktig upplever du att ekonomisk analys är inom den svenska konkurrensrätten? Varför? Skiljer detta sig jämfört med andra jurisdiktioner, exempelvis EU och USA?

3.2. Finns det något specifikt område eller frågeställning där du upplever att ekonomisk analys är extra viktig eller betydelsefull? Finns det något område där den ekonomiska analysen inte har fått så stort betydelse?

3.3. Upplever du att den ekonomiska argumentationen inom konkurrensrätten bygger främst på empiri eller teori? Görs det stora empiriska utredningar om marknadsförhållanden och liknande i anslutning till konkurrensrättsliga tvister? Alltid eller bara för de större målen?

3.4. Det finns de som hävdar att domstolarna egentligen inte tar så stor hänsyn till den ekonomiska argumentationen, antingen för att de inte förstår den eller för att det helt enkelt inte finns underlag för några säkra slutsatser. De menar att själva avgörandet sker på andra grunder och att ekonomiska argument sedan används för att rättfärdiga beslutet som fattas. Tycker du att det ligger något i det påståendet?

3.5. Nästa fråga handlar om problematiken kring att det finns många olika ekonomiska teorier och synsätt som kan ha relevans för konkurrensrätten. Upplever du att detta är ett problem i det praktiska arbetet på konkurrensrättens område? Är det något som diskuteras ibland? Tror du att det kommer att bli ett problem i framtiden? Hur tror du att man kan handskas med den här problematiken?

3.6. Hur ser du på framtiden för ekonomisk argumentation och analys inom konkurrensrätten? Kommer vi att se en ökning eller en minskning i betydelse? Vilka faktorer påverkar utvecklingen?