



**JURIDISKA FAKULTETEN
VID LUNDS UNIVERSITET**

PATRIK SAMUELSSON

**KONKURRENSBEGRÄNSANDE MILJÖAVTAL
ENLIGT ARTIKEL 101 I FÖRDRAGET OM EUROPEISKA
UNIONENS FUNKTIONSSÄTT**

JUR091 EXAMENSARBETE

**EXAMENSARBETE PÅ JURISTPROGRAMMET
30 HÖGSKOLEPOÄNG**

HANDLEDARE: PROFESSOR HANS-HENRIK LIDGARD

TERMIN FÖR EXAMEN: HT 2014

Abstract

Arbetet undersöker på vilket sätt det EU-konkurrensrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete som regleras i artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) appliceras på horisontella miljöavtal samt under vilka omständigheter som undantag är aktuella för sådana avtal enligt artikel 101(3) FEUF. Bakomliggande intresse har varit att undersöka förhållandet mellan hur konkurrensrätten hanterar miljöfrågor kopplade till användningen av miljöavtal som marknadsbaserade styrinstrument och om miljöhänsyn beaktas i den konkurrensrättsliga hanteringen. Detta har utförts genom en blandning av rättsdogmatisk och traditionell juridisk metod med EU-rättslig inriktning där även rättsekonomiska och rättspolitiska perspektiv använts för att belysa sambandet mellan marknadsekonomin, konkurrens och miljöhänsyn inom problemområdet.

Undersökningen har bland annat visat att tillämpningen av artikel 101(1) FEUF i fråga om förbud inte tar hänsyn specifikt till miljöfrågor utan avgörande är skyddet för en väl fungerande konkurrens på den gemensamma marknaden ur ett konsumentvälfärdsperspektiv. Uppfyller ett miljöavtal vad som gäller för ett förbud är det först vid tillämpningen av artikel 101(3) FEUF om undantag som miljöhänsyn beaktas, då genom att miljövärden omsätts till att avse ekonomiska värden som inordnas i den ekonomiska analysen som ligger till grund för undantagsbedömningen enligt kriterierna för undantag. Genom integrationsprincipen integreras miljöskydd och kravet på en hållbar utveckling i analysen under förutsättningen att där finns utrymme för tolkningar, där grundkravet är att där måste finnas en återstående konkurrens på marknaden.

Nyckelord: horisontella miljöavtal, konkurrensbegränsande samarbete, integrationsprincipen, miljöpolitiska styrmedel, miljöhänsyn inom konkurrensrätten

Innehållsförteckning

Summary	1
Sammanfattning	4
1 Inledning	7
1.1 Problemområde	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Metod och genomförande	9
1.4 Material	9
1.5 Avgränsningar	10
1.6 Disposition	10
2 Marknaden, konkurrens och miljö	11
2.1 Marknadsekonomisk teori	11
2.1.1 Pareto-optimalitet	11
2.1.2 Den perfekta marknaden	12
2.1.2.1 Grunder för den perfekta marknaden	12
2.1.2.2 Verklighetens hinder för den perfekta marknaden	13
2.2 Miljö och den fria marknaden	13
2.2.1 Kollektiva nyttigheter och fria resurser	14
2.2.2 Externa effekter	15
2.3 Miljöpolitiska styrmedel	15
2.3.1 Administrativa styrmedel	16
2.3.2 Ekonomiska styrmedel	16
2.3.3 Principen om att förorenaren betalar	16
2.3.4 Politikmisslyckanden	17
2.3.5 Balansgång	18
2.4 Kommentar	18
3 Konkurrens i relation till miljöhänsyn	20
3.1 Målet med konkurrens	20
3.1.1 Konkurrens- och miljöhänsyn enligt olika läror	20
3.2 Utvecklingen inom den Europeiska unionen	21
3.2.1 Målet med en fungerande konkurrens	21
3.2.2 Integrationsprincipen	22
3.2.3 Tolkningar av integrationsprincipen	22

3.3	Kommentar	23
4	EU:s miljö rätt och miljöavtal	25
4.1	EU:s miljö rätt och en hållbar utveckling	25
4.1.1	Utvecklingen inom EU	25
4.2	Styrmedel	26
4.2.1	Fördelar och nackdelar med administrativa styrmedel i miljö hänseende	26
4.2.2	Marknadsbaserade instrument	27
4.2.3	Nackdelarna med marknadsbaserade instrument	27
4.3	Frivilliga miljöavtal	28
4.3.1	Självreglering	29
4.3.2	Samreglering	29
4.3.3	Fördelar med miljöavtal	30
4.3.4	Formen för framgång med miljöavtal	30
4.4	Kommentar	31
5	Konkurrensbegränsande samarbeten	32
5.1	EU:s konkurrensregler	32
5.1.1	Artikel 101 FEUF	32
5.1.2	Gruppundantag och tvingande nationell lagstiftning	33
5.1.3	Artikel 101(1) FEUF - Allmänt förbud	34
5.1.3.1	Avtal mellan företag	34
5.1.3.2	Samhandelskriterium	35
5.1.3.2.1	De-minimis, small and medium enterprises och NAAT-regeln	35
5.1.3.3	Syfte eller resultat att begränsa konkurrensen	36
5.2	Riktlinjerna 2001 och 2010 för tillämpning	36
5.2.1	Moderniseringsprocessen	36
5.2.2	Ändringar i riktlinjerna från 2001 och från 2010	37
5.3	Miljöavtal enligt riktlinjerna	37
5.3.1	Avtal som inte omfattas	38
5.3.2	Avtal som utgör gränsfall	39
5.3.2.1	Standardiseringsavtal som gränsfall	39
5.3.2.2	Produktionsavtal som gränsfall	40
5.3.2.3	Exklusivitetsavtal som gränsfall	40
5.3.2.4	Informationsutbyte som gränsfall	41
5.3.2.5	Ancillary restriction doctrine för gränsfallsavtal	41
5.3.3	Avtal som nästan alltid omfattas av förbudet	43
5.4	Kommentar	44
5.5	Artikel 101(2) FEUF - Avtals ogiltighet	45
6	Undantagsprövningen	46
6.1	Översiktligt om artikel 101(3) FEUF	46
6.1.1	Kommissionens fokus för undantag	46

6.2	Grunderna för undantag enligt artikel 101(3) FEUF	47
6.2.1	Först kriteriet - Effektivitetsvinster	48
6.2.1.1	Ekonomiskt eller tekniskt framåtskridande	48
6.2.1.2	Effektivitetsvinster utifrån 2001 riktlinjerna	48
6.2.1.3	Effektivitetsvinster utifrån 2010 riktlinjerna	49
6.2.1.4	Bevisning av effektivitetsvinster	50
6.2.1.5	Kommentar	50
6.2.1.5.1	Effektivitetsvinster på relevant marknad	51
6.2.1.5.2	Tidsrymd för eventuella effektivitetsvinster	51
6.2.1.5.3	Integrationsprincipen mot bakgrund av effektivitetsvinster	51
6.2.2	Andra kriteriet - Konsumentvälfärden	52
6.2.2.1	Individuella eller kollektiva fördelar	52
6.2.2.2	Bredare syn vid miljöärende	53
6.2.2.3	Tilldelning av vinster	54
6.2.2.4	Andel av vinsten	55
6.2.2.5	Kvalitativa förbättringar	55
6.2.2.6	Bevisning av vinsterna	56
6.2.2.7	Konsumentperspektivet vid miljöbedömningar	57
6.2.2.8	Kommentar	57
6.2.3	Tredje kriteriet - Nödvändighet	58
6.2.3.1	Bedömningsgrunder	58
6.2.3.2	Utifrån riktlinjerna	59
6.2.3.3	Bevisning	60
6.2.3.4	Kommentar	60
6.2.4	Fjärde kriteriet - Återstående konkurrens	61
6.2.4.1	Bedömningsgrunder	62
6.2.4.2	Utifrån riktlinjerna	62
6.2.4.3	Sambandet med artikel 102	63
6.2.4.4	Kommentar	65
7	Ärendeanalys	67
7.1	CECED	67
7.1.1	CECED bakgrund	67
7.1.2	Utgångspunkt ur artikel 101(1) FEUF	68
7.1.3	Bedömningen enligt artikel 101(3) FEUF	70
7.1.4	Kommentar	72
7.1.4.1	Efter CECED	74
7.2	VOTOB	76
7.2.1	VOTOB bakgrund	76
7.2.2	Utgångspunkt ur artikel 101(1) FEUF	77
7.2.3	Bedömning enligt artikel 101(3) FEUF	78
7.2.4	Kommentar	78
7.3	DSD	80
7.3.1	DSD bakgrund	80
7.3.2	Utgångspunkt ur artikel 101(1) FEUF	81
7.3.3	Bedömning enligt artikel 101(3) FEUF	85
7.3.4	DSD överklagande	89
7.3.5	Kommentar	90
8	Avslutande kommentarer	93
	Bilaga 1: Fördragstexten - Artikel 101 FEUF	98

Summary

Potentially one of the greatest environmental policy challenges in the European Union is the question of how to efficiently and effectively achieve environmental goals through which society can correct for and obtain a level of sustainable development. The trend has gone from one of command and control legislation towards using more market-based instruments that seek to involve the different market participants in the environmental process. The aim being to achieve a more efficient use of society's environmental resources through the use of voluntary measures to obtain sustainable development. This is based on the Polluter Pays Principle and that the costs associated with environmental degradation (negative externalities) should be borne by the undertakings responsible for those costs, in an attempt to overcome the inefficient use of environmental resources in the free market economy.

One such market-based environmental policy instrument that has been used more frequently is that of horizontal cooperation agreements in an environmental context. This use of commercial agreements as an environmental policy instrument has, however, led to situations where such agreements have been concluded by market participants with either an anti-competitive object in mind or where such competitive restriction has been the effect of the agreement; which has raised antitrust issues based on the EU's prohibition on anti-competitive agreements and concerted practices under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

It has therefore been relevant to investigate the relationship that exists between the environmental policy use of horizontal cooperation agreements in an environmental context on the one hand, and how such agreements may be affected by the assessment of competition law on the other. This thesis has been undertaken by examining the way in which the prohibition in Article 101(1) TFEU has been applied to horizontal cooperation agreements in an environmental context, and under what conditions an exemption may be granted under Article 101(3) TFEU.

The specific questions underlying the thesis have been; under what conditions are horizontal cooperation agreements in an environmental context covered by the prohibition on anti-competitive agreements and concerted practices in Article 101(1) TFEU? What grounds exist for such an environmental agreement to be exempted from the prohibition under Article 101(3) TFEU? Does the application of Article 101 TFEU take into account any underlying environmental policy issues that have brought about the use of the horizontal cooperation agreements in an environmental context in the first place or is the focus one more geared towards the application of the prohibition on anti-competitive agreements and concerted practices from an economic point of view? If, in the application of Article 101 TFEU, there is a conflict between environmental issues raised by the use of a horizontal cooperation agreements and the competition interest of maintaining effective competition, is there any legal basis for a preference towards one or the other policy?

The analysis has shown that horizontal cooperation agreements in an environmental context can be divided into three groups (by content, object or effect), where the first group represents such agreements that are not covered by the prohibition, the second contains borderline agreements that may be prohibited based on their content and the third represents agreements that are by their very nature almost always prohibited. Which group an agreement belongs to depends on the

manner in which the agreement has an appreciable adverse effect on competition and consumer welfare.

Horizontal cooperation agreements in an environmental context are prohibited in accordance with Article 101(1) TFEU if they confer an appreciable adverse impact on one of the market's fundamental competitive parameters by either their object or effect which results in an unlawful restriction of competition on the common market.

The specific conditions of the agreement and the relevant market together with the market shares of the parties involved form part of the assessment. Generally speaking, the less restrictive an agreement is towards how it determines the actions of the parties involved, the less likely an agreement is to be prohibited under the Article. If an agreement allows for independent action based on a general consensus to meet certain generally set goals, then it is less likely to be restrictive of competition, when compared to an agreement, that in detail provides for a list of measures and means with which to meet certain specified direct goals that leave very little room for the participants to act freely. Micromanagement within an agreement removes the participants' autonomy, which in the context of the Article, is seen as likely to lead to either less competition or anti-competitive behaviour (to the detriment of consumer welfare and competition on the market). Environmental agreements may not, for example, involve measures aimed at price fixing, the limiting of output, product deterioration, measures that are likely to lead to an abatement of innovation or development on the market. Any agreement that is likely to lead to a barrier to entry on the market for competitors is also seen as likely to be anti-competitive, which would lead to a prohibition in line with Article 101(1) TFEU.

If the agreement seeks by object or causes by effect an appreciable restriction of competition, then the agreement or relevant provision is prohibited, whereby an exemption must be sought if the agreement is to have any legal effect.

There are four cumulative requirements that must all be met for an exemption to be granted. It is only during the assessment of whether the agreement fulfils these requirements that any balancing of positive versus negative effects the agreement might have or entail as a whole can be considered (for example whether an agreement leads to significant environmental or economic benefits). This balancing seeks to address the negative effect on competition that an exemption may be seen to cause and any exempted agreement must at the very least not leave the consumer worse off than compared to a situation where there was no agreement at all.

The general requirements for an exemption under Article 101(3) TFEU are that the agreement must entail, in part, economic benefits (as exemplified by net benefits of reduced environmental pollution as a result of the agreement, in the environmental context); the consumer must have a positive rate of return (the benefit must outweigh the cost to the consumer, or at the very least, have a neutral value); the restriction must be indispensable (any restriction caused by the agreement must be essential to achieving the aims of the agreement and proportional to the restrictive effect caused); the agreement must not eliminate competition on the relevant market. Regardless of any environmental improvement an agreement might entail, if it eliminates competition, it can not be exempted (as any benefits are cancelled out by the long term effects to the market without competitive forces being present).

Environmental agreements are based on environmental policy considerations, while the assessment under competition law for Article 101 TFEU is based on the economic factors of

competition (an economic analysis of the effects the restriction of competition will have on the market and how this in turn effects consumer welfare). As the starting points for assessment are different, so are the points of focus for what is important. That said, it has been shown during the analysis of relevant cases that the European Commission does place value on and take into account environmental considerations during the assessment for exemption (especially in the CECED and DSD cases). The mere fact that an agreement's underlying purpose may be environmental in nature (aimed at improving environmental values) is not, however, in and of itself grounds for an exemption, as the cumulative requirements for an exemption must all still be met. If an agreement has been prohibited then that was because of the appreciable effect it had on competition and those issues must still be addressed for any possibility of an exemption. The European Commission does, however, factor in environmental benefits as economic benefits to the extent that they can be economically quantified to represent economic values and subsumed by the relevant requirements for exemption, by which an assessment can be made (either as a cost benefit or as represented by new and improved products).

As regards to any preference shown for one policy or the other, when there is a conflict between the two (environmental policy versus competition policy), the assessment must be based on a teleological interpretation of the system of the Treaties; which, when viewed from Article 3(3) TEU, Article 7 TFEU and Article 11 TFEU (the integration principle) can be taken to mean a positive interpretation for environmental concerns aimed at achieving sustainable development. If there is a conflict and the area of conflict is not sufficiently clear and precise, so that there is room open for interpretation, then such an interpretation must favour the environment. That said, in regard to the requirements for exemption under Article 101(3) TFEU, the wording is very clear on the issue that there must be residual competition for an exemption to apply. So in that final regard, so long as competition remains, then environmental concerns can be favoured in what is essentially an economic assessment of the positive and negative effects of a horizontal cooperation agreement in an environmental context.

Sammanfattning

Den kanske största miljöpolitiska utmaningen inom Europa är för närvarande frågan om hur det är möjligt att på ett effektivt och ändamålsenligt sätt uppnå miljömålen i syfte att skapa en hållbar utveckling i samhället. Trenden har gått från att tillgripa lagstiftningsåtgärder till att via marknadsbaserade styrmedel försöka involvera olika marknadsaktörer att på egen hand bli delaktiga i miljöförbättringar som krävs för ett effektivt användande av samhällets resurser, vilket ligger till grund för en hållbar utveckling. Detta bygger på principen om att förorenaren betalar och att kostnader som associeras till miljöförsämrande åtgärder (negativa externa effekter) ska bäras av verksamheterna som orsakar kostnaderna, för att på så vis komma tillrätta med en ineffektiv användning av miljöresurser på den fria marknaden.

Ett sådant marknadsbaserat miljöpolitiskt styrmedel som har kommit till större användning är horisontella miljöavtal.¹ Användningen av marknadsmässiga avtal som miljöpolitiska styrmedel har dock öppnat för lägen där sådana avtal har ingåtts av marknadsaktörer med antingen ett konkurrensbegränsande syfte eller där begränsningen varit en effekt av avtalet; vilket aktualiserat konkurrensrättsliga bedömningar utifrån EU:s förbud mot konkurrensbegränsande samarbeten enligt artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

Det har därför varit aktuellt att undersöka förhållandet som uppstår mellan den miljöpolitiska användningen av miljöavtal på ena sidan och hur sådana avtal kan påverkas av konkurrensrättsliga bedömningar på andra sidan. Arbetet har utförts genom att undersöka på vilket sätt förbudet i artikel 101(1) FEUF appliceras på horisontella miljöavtal och under vilka omständigheter som undantag kan meddelas enligt artikel 101(3) FEUF.

Specifika frågor för framställningen har varit; under vilka omständigheter kan frivilliga miljöavtal komma att omfattas av förbud mot konkurrensbegränsande samarbete? På vilka grunder kan sådana miljöavtal komma att undantas från förbudet? Tar bedömningen av miljöavtal enligt artikel 101 FEUF hänsyn till miljöintressen som representeras av miljöavtalen och om där uppstår en konflikt mellan miljöintressen på ena sidan och intresset av att bevara en väl fungerande konkurrens på andra, finns där något rättsligt företräde sett utifrån artikel 101 FEUF för någondera sida?

Av undersökningen har det framgått att horisontella miljöavtal kan delas upp i tre grupper (efter innehåll, syfte eller effekt) där första gruppen är sådana avtal som inte omfattas av förbudet, andra är gränsfall och tredje är avtal som nästan alltid omfattas av förbudet. Vilken grupp ett avtal hamnar under beror på vilket sätt som avtalet har en märkbar negativ påverkan på konkurrensen och konsumentvälfärden. Ifrågasvarande avtal får inte medföra en märkbar negativ effekt på någon av marknadens fundamentala konkurrensparametrar genom att det till syfte eller effekt leder till en otillåten begränsning av konkurrensen på den gemensamma marknaden. Generellt kan sägas att ju friare ett avtal är till sitt innehåll (där det är öppet för parterna att fatta självständiga beslut om hur man uppnår målen med avtalet), ju närmare kommer man gruppen avtal som inte riskerar att förbjudas. Innebär ett avtal mer detaljstyrning, där väldigt lite självständighet lämnas till parterna, så är det mer sannolikt att konkurrensen påverkas på så vis

¹ För det här arbetet har jag använt termen horisontella miljöavtal för att avse självreglerade frivilliga miljöavtal som ingås mellan direkta eller potentiella konkurrenter (företag i samma tillverknings- eller försäljningsled) som genom avtal med miljömässig inriktning samarbetar för att uppnå ett miljömål.

att avtalsparternas självständiga ageranden på marknaden kan ifrågasättas. Miljöavtal får exempelvis inte innebära att priser fastställs, produktionen begränsas, produkter försämrats, innovation och utveckling avstannar eller att där uppstår hinder för marknadsinträde. Vid sådana lägen inträder ett förbud.

Vid förbud så blir innehållet i avtalet eller bestämmelsen som fångas ogiltig. För att miljöavtalet ska kunna användas måste det i sådana fall uppfylla kriterierna för undantag. Där finns fyra kumulativa krav som samtliga måste vara uppfyllda. Genom undantagsbedömningen görs en balansering av avtalets positiva effekter mot de negativa verkningarna som följer av avtalet. När balansen är klar får avtalet inte innebära att konsumenterna har försatts i ett sämre läge genom konkurrensbegränsningarna som avtalet medför. Kriterierna för undantag är att avtalet måste innebära dels effektivitetsvinster (antingen tekniska eller ekonomiska fördelar), dels att konsumenterna tillförs en skälig andel av vinsten som uppstår från avtalet (antingen individuellt eller i fråga om miljöförbättringar, sådana fördelar som tillfaller hela samhället), dels att eventuella begränsningar måste vara nödvändiga (man ser till syftet med miljöavtalet och om begränsningarna som förespråkas har ett samband med uppnåendet av målet, samt om begränsningarna är nödvändiga för det); samt att konkurrensen på marknaden inte får elimineras helt eller nära därtill på grund av avtalet. Det spelar ingen roll vilka fördelar ett avtal kanske för med sig om konkurrensen upphör helt, då långsiktiga effekter som skapas av frånvaron av en fungerande konkurrens neutraliserar eventuella fördelar.

Miljöavtal utgår från miljöpolitiska ställningstaganden om uppnående av vissa miljömål medan artikel 101 FEUF om förbud mot konkurrensbegränsande samarbete bygger på ekonomiska hänsyn om värdet av en fungerande konkurrens och effekterna konkurrensbegränsningar kan medföra för konsumentvälfärden. Enbart att ett miljöavtal avser miljöförbättringar utgör inte grund för att antingen förbudet inte skulle gälla eller för att undantag skulle meddelas. Omfattas ett avtal av förbudet så är det för att avtalet innebär en märkbar negativ effekt för konkurrensen. Artikel 101(1) FEUF gör ingen balansering av avtalets för och nackdelar vid bedömningen om ett förbud, utan en sådan balansering sker endast när frågan om undantag avgörs enligt artikel 101(3) FEUF. Det är således ekonomiska hänsyn som beaktas vid tillämpningen av artikeln. Finns där eventuella miljöfördelar (antingen kvantitativa eller kvalitativa förbättringar) så bedöms sådana utifrån att de kan omsättas till att avse ekonomiska värden på ett så objektivt sätt som möjligt. Alla påståenden som görs av parterna för att styrka möjligheterna till undantag måste kunna bevisas så objektivt som omständigheterna tillåter.

Även om inriktning i tillämpning är ekonomisk så har en genomgång av ärenden visat att hänsyn tas till miljöaspekter, där det i flera fall varit vägledande för möjligheterna till undantag (exempelvis CECED och DSD ärendena).

Frågan ifall där finns ett rättsligt företräde blir beroende på en fördragskonform teleologisk tolkning av fördragstexten, där fördragen ska läsas så att där finns en fördel för miljöpolitiska ställningstaganden som möjliggör för en hållbar utveckling. Utgångspunkter för detta är artikel 3(3) FEU, artikel 7 FEUF och artikel 11 FEUF, där det är den sistnämnda som utgör integrationsprincipen som medför att miljöskyddskraven ska integreras i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling. I kort innebär detta att om lagtexten öppnar för tolkningar om innehållet så kan texten tolkas till fördel för miljön. Tillåter inte lagtexten tolkningar då vore det *contra legem* att tolka in ett företräde som inte medges. Grundförutsättningen enligt artikel 101 FEUF är dock alltid att konkurrensen inte får elimineras helt på grund av ett avtal (oavsett eventuella fördelar).

1 Inledning

1.1 Problemområde

Det går inte att leva eller verka i det Europeiska samhället idag utan att man på ett eller annat sätt möts av information om miljöns globala tillstånd eller hur miljöförstöring på det ena eller det andra området skulle medföra långtgående konsekvenser som drabbar oss alla. Oftast målas en väldigt mörk bild upp, där budskapet generellt sett är att det inte är för sent, men att åtgärder måste vidtas nu, i vår tid. Vissa förespråkar långtgående åtgärder för att komma till rätta med vad som uppfattas som problemet. Boven i dramat, pekats ofta ut som det industriella samhället, som för Europas del är uppbyggt på marknadsekonomisk teori som avser styra samhällets resurser enligt en dynamisk effektivitet, där en väl fungerande konkurrens möjliggör för tillväxt, effektivitet och välbefinnande. Räddaren lyfts ofta fram som miljöpolitiken, med avsikt att garantera en styrning som sätter fokus på en hållbar utveckling,² där dagens behov kan tillfredsställas utan att man för den delen behöver äventyra kommande generationers möjligheter.

Scenen tycks uppställd för en konflikt mellan områdena.

Till problemet hör att en förutsättning för en hållbar utveckling är bland annat att samhällets resursanvändning måste ske så effektivt som möjligt. Den fria marknaden klarar dock inte av att hushålla med naturresurser på ett effektivt sätt. Miljöresurser framstår generellt som fria resurser och verksamhetsbeslut (som bygger på en strävan om vinstmaximering) tar oftast inte hänsyn till en överkonsumtion av naturresurser eftersom kostnaden för naturresursen inte direkt drabbar verksamheten.

Traditionellt så har miljöpolitiken försökt lösa den situationen genom lagstiftningsåtgärder som format gränserna och styrt företagens ageranden för att uppnå miljömålen. På senare tid har det dock blivit vanligare med användningen av andra administrativa instrument, såsom frivilliga miljöavtal mellan marknadsaktörer, för att uppnå miljömål som man annars hade lagstiftat om. Där finns klara fördelar med miljöavtal i jämförelse mot traditionella medel.

Ett problem som uppstår är dock att den egentliga grundtanken som EU:s konkurrensregler bygger på är att "samtliga ekonomiska aktörer självständigt ska bestämma den affärspolitik som de har för avsikt att följa på marknaden".³ Om man i praktiken påbjuder vad som annars är självständiga aktörer att samarbeta genom frivilliga avtal, så innebär detta en klar risk för att avtalen som ingås kan innebära att det uppstår i konkurrenslagens mening otillåtna konkurrensbegränsande samarbeten (antingen direkt eller indirekt). I vissa fall, från företagets sida, kanske det rent av är hela syftet bakom att ingå avtalet från första början (att dra otillåtna fördelar genom samarbetet i stället för att man eftersträvar uppnå miljömål), medan i andra fall kanske konkurrensbegränsningar uppstår som en olycklig följd av ett annars helt genuint och ambitiöst försök att verkligen komma till rätta med ett visst miljöproblem genom ett miljöavtal. Oavsett syftet så kan ett eventuellt konkurrensbegränsande samarbete komma att öppna för en prövning av miljöavtalet genom konkurrenslagstiftningen.

² Såsom myntades av Lester Brown, 1981, och fick internationell spridning genom FN-rapporten "Vår gemensamma framtid", 1987.

³ Karlsson & Östman, s 216

Konkurrenslagstiftningen är dock skapad för att bedöma ekonomiska situationer utifrån ekonomiska hänsyn baserade på förhållandet som råder för en bestämd marknad. Lagstiftningen har inte tillkommit för att tillgodose miljöskyddsåtgärder eller med något utomstående miljöintresse i åtanke. Vikten av att skydda konkurrensen på marknaden sträcker sig väsentligt längre bak i tiden än tankarna om att försöka skydda miljön. Den ökade användningen av marknadsmässiga frivilliga miljöavtal istället för lagstiftningsåtgärder (i syfte att uppnå miljömål) har då aktualiserat att miljöpolitiska styrmedel allt oftare kommit att prövas genom konkurrenslagstiftningen på grund av konkurrensbegränsningarna som miljöavtalen kan medföra.

Onekligen är försämrade miljövärden och den miljöförstöring som vissa verksamheter kraftigt bidrar till en fara för samhällets utveckling, såväl i nutid som för framtiden speciellt; vilket borde försöka lösas genom effektiva åtgärder. Sett till motpolerna, så är en väl fungerande konkurrens exempelvis inte mycket att ha i en värld som ingen kan leva i. Andra sidan av samma mynt är att om miljöpolitiken tillåts medföra långtgående restriktioner så är det kanske möjligt att miljön förbättras men att det sker på den fria marknadens bekostnad (vilket utöver att sätta konkurrensen ur spel kan påverka övriga marknadsmekanismer på ett för samhällsekonomi förödande sätt). Lösningen, som med allt, tycks finnas någonstans i mitten.

1.2 Syfte och frågeställningar

Frågor som väcks blir då, hur hanteras en sådan situation som ovan, att där på ena sidan finns ett berättigat intresse av att bibehålla en väl fungerande konkurrens (utifrån gällande konkurrenslagstiftning) ställt mot ett intresse av att främja miljöpolitiska miljömål genom användandet av frivilliga miljöavtal av marknadsaktörerna?

Mer preciserat så är arbetets fokus att behandla specifikt horisontella miljöavtal⁴ och på vilket sätt sådana kan omfattas av det EU-konkurrensrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten som regleras i artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Arbetet avser undersöka på vilket sätt förbudet i artikel 101(1) FEUF appliceras på horisontella miljöavtal samt under vilka omständigheter som undantag är aktuella för sådana avtal enligt artikel 101(3) FEUF.

Frågor som avses behandlas är: under vilka omständigheter kan frivilliga miljöavtal komma att omfattas av förbud mot konkurrensbegränsande samarbete? På vilka grunder kan sådana miljöavtal komma att undantas från förbudet? Tar bedömningen av miljöavtal enligt artikel 101 FEUF hänsyn till miljöintressen som representeras av miljöavtalen och om där uppstår en konflikt mellan miljöintressen på ena sidan och intresset av att bevara en väl fungerande konkurrens på andra, finns där något rättsligt företräde sett utifrån artikel 101 FEUF för någondera sida?

Bakomliggande tanke är att undersöka om miljöintressen som kommer till uttryck genom miljöavtal kan begränsa konkurrensen på marknaden i syfte att uppnå miljömålen eller om det

⁴ För det här arbetet har jag använt termen horisontella miljöavtal för att avse självreglerade frivilliga miljöavtal som ingås mellan direkta eller potentiella konkurrenter (företag i samma tillverknings- eller försäljningsled) som genom avtal med miljömässig inriktning samarbetar för att uppnå ett miljömål.

blir så att ramarna som konkurrenslagstiftningen uppställer genom artikel 101 FEUF medför ett företräde för konkurrensen.

1.3 Metod och genomförande

Då arbetet i huvudsak går ut på en undersökning av två för frågorna relevanta aspekter, dels användningen av horisontella miljöavtal inom EU och dels hur artikel 101 FEUF tillämpas på sådana avtal, har jag valt att tillämpa en blandning av rättsdogmatisk och traditionell juridisk metod med EU-rättslig inriktning. Utöver detta har även rättsekonomiska och rättspolitiska perspektiv använts för att belysa sambandet mellan marknadsekonomi, konkurrens och miljöhänsyn inom problemområdet. Informationsinsamling och undersökning har gjorts med utgångspunkt ur fördragstexten, rättsprinciper som aktualiserats (utifrån en teleologisk tolkning som har redovisats i materialet där aktuellt). Såväl officiella dokument (mestadels härrörande från kommissionen) som litteratur från olika forskare har utgjort grunden för möjligheten att sätta behandlingen av miljöavtal i perspektiv till användningen av artikel 101 FEUF avseende tillämpningen av dels förbud och dels undantag; både vad gäller såväl före som efter moderniseringsprocessen genom rådets förordning nr 1/2003.

Med tanke på hur arbetet spänner ett relativt stort område, inkluderande både miljö rätt och konkurrensrätt inom EU, så har det varit nödvändigt att vissa frågor behandlats på ett översiktligt sätt medan andra frågor, med specifik koppling till frågeställningarna har behandlats utförligare. Det är min förhoppning att arbetet redovisar ämnet på ett sätt som erbjuder en bra helhetsbild av såväl centrala delar som specifikt vad gäller för aktuella frågeställningar kopplade till användningen av horisontella miljöavtal och hur artikel 101 FEUF tillämpas på sådana avtal.

1.4 Material

Vid undersökningen av frågeställningarna har bland annat kommissionens riktlinjer för tillämpning av artikel 101 FEUF (dels 2001 riktlinjerna men också från 2010), samt riktlinjerna för tillämpningen av artikel 101(3) FEUF, använts flitigt. Dels för att undersöka hur kommissionen ser på appliceringen av artikel 101 FEUF på miljöavtal men också för att komparativt kunna jämföra utvecklingen som har skett på området. I riktlinjerna från 2010 hade exempelvis kapitlet om miljöavtal tagits bort helt, i jämförelse med riktlinjerna från 2001. Utifrån doktrinen som har använts har speciellt böckerna från Hans Vedder och Suzanne Kingston behandlat ämnesområdet i detalj (istället för att som i många källor ospecificerat behandla hur icke-ekonomiska hänsyn ur ett bredare perspektiv behandlas av artikel 101 FEUF). Vedders material är något äldre och har därför utgjort ett perspektiv hur miljöhänsyn behandlades utifrån artikel 101 FEUF vid tidpunkten för 2001 riktlinjerna och Kingstons material för hur utvecklingen har gått framåt till nutid, beaktat moderniseringsprocessen genom rådets förordning nr 1/2003 och 2010 riktlinjerna. Från ärenden som kommissionen har behandlat som omfattat horisontella miljöavtal och som blivit föremål för prövning under artikel 101 FEUF har jag valt ut tre att behandla i analysdelen, eftersom dessa tre ger en god överblick över dels kommissionens hantering av ärendena (sett till hur lagtexten appliceras på horisontella miljöavtal i verkligheten) men också för att de utgör viktiga förhållningspunkter sett till hur vissa frågor kopplade till miljöavtal bedöms (ärendena CECED, VOTOB och DSD). Utöver ovan har också använts ett omfattande material av handlingar från dels kommissionen, i form av officiella

rapporter men även artiklar från tidskrifter och OECD handlingar (bland annat deras policy roundtables från 1996 och 2010 om horisontella avtal i miljöperspektiv).

1.5 Avgränsningar

Fokus för arbetet har varit enbart att undersöka horisontella miljöavtal som del av de miljöpolitiska styrmedelsalternativ som finns och på vilket sätt sådana horisontella miljöavtal har kunnat omfattas av ett förbud mot konkurrensbegränsande samarbeten (sett utifrån deras miljömässiga syften), samt på vilket sätt undantagsmöjligheterna i artikel 101(3) FEUF tillämpas på sådana avtal. Detta i syfte att kunna undersöka hur tänkbara konflikter mellan konkurrens och miljö behandlas inom ramen för artikeln om ett förbud mot konkurrensbegränsande samarbete (med tanke på den utökade användningen av horisontella miljöavtal). Arbetet omfattar inte vertikala avtal och inte heller artikel 102 FEUF (annat än vissa påpekanden då det varit nödvändigt i perspektiv till användningen av artikel 101(3) FEUF och för DSD ärendet). Beträffande ärendena som har analyserats så har jag valt tre som jag tycker visar på ett bra sätt hur förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten tillämpas i verkligheten och som också medfört applicerbara ställningstaganden vad gäller miljöavtal. I själva arbetet så beskriver jag dock andra ärenden och avgöranden som har relevans till undersökningen. Av utrymmesskäl har jag valt att inte göra någon nationell vinkling att avse förhållanden i något specifikt medlemsland utan det är ett EU-rättsligt perspektiv som avses. Likaså tar jag inte upp vad som är aktuellt för antingen de nya eller gamla reglerna för statsstöd inom miljöskydd.⁵

1.6 Disposition

Arbetet är upplagt för att skapa en röd tråd som leder läsaren genom dels en översiktlig introduktion av marknadsekonomiska teorier som presenterar vissa grundläggande ekonomiska premisser samt hur miljöperspektiv har en koppling till dessa och hur man söker lösa uppkomna problem genom olika styrmedel (avsnitt 2); innan miljöhänsyn sätts i samband med konkurrensutvecklingen i EU (avsnitt 3); vilket sedan öppnar för en beskrivning av EU:s miljö rätt och vad som avses med miljöavtal och hur sådana används (avsnitt 4). Med den bakgrunden går undersökningen vidare till att behandla konkurrensbegränsande samarbeten som omfattas av förbud (avsnitt 5) till vilka möjligheter som finns för att annars konkurrensbegränsande samarbeten skulle undantas (avsnitt 6). Sista avsnittet avser en ärendeanalys som undersöker hur verkliga ärenden har behandlats utifrån materialet som redan har redovisats och hur verkligheten ser ut i jämförelse till lagtexten (avsnitt 7). Arbetet avslutas genom en kort sammanställning av arbetets olika delar i syfte att behandla om frågorna har besvarats genom undersökningen (avsnitt 8).

⁵ I detta sammanhang kan dock påpekas att de nya reglerna gäller från juli 2014 och innebär en gradvis övergång till marknadsbaserade mekanismer i syfte att begränsa snedvridningen på marknaden. Se Press Release från kommissionen IP/14/400 från den 9 april 2014

2 Marknaden, konkurrens och miljö

Det här kapitlet syftar till att vara starten på en röd tråd som skall gå att följa genom hela arbetet. Där början på tråden utgörs av översiktliga och allmänna marknadsekonomiska teorier om den perfekta marknaden, vad som kännetecknar en sådan och vilka problemen är som egentligen gör att man istället strävar för att uppnå en väl fungerande konkurrens. Mot bakgrund av det introduceras ett miljöperspektiv, för att visa sambandet mellan marknadsekonomin, konkurrens och miljöhänsyn, vilka problem som uppstår däremellan (med exempelvis överutnyttjande av fria resurser) och hur miljöpolitiken söker lösa problemen genom olika medel. Innehållet i avsnittet kommer att kännas igen i mer specifika delar av arbetet och ligger till grund för olika rättsliga bedömningar för hur konkurrensrätten hanterar miljöfrågor.

2.1 Marknadsekonomisk teori

Marknadsekonomin i teori⁶ bygger på tanken om den perfekta marknaden där konkurrens är avgörande för att resurserna utnyttjas så effektivt som möjligt. En sådan marknad kännetecknas av flera faktorer. Kärnan är att marknadsaktörerna (konsumenter och företagen) agerar i vinst- eller nytto-maximeringssyfte.⁷ Detta innebär att resursallokeringen blir optimal då exempelvis företagen bara producerar det som konsumenterna dels efterfrågar och dels till ett pris som konsumenterna är beredda att betala. Sådana beslut leder enligt teorin till produktions- och allokerings-effektivitet och den största möjliga samhällsekonomiska nyttan i vad som i ekonomiska termer kallas för pareto-optimalitet.

2.1.1 Pareto-optimalitet

Pareto-optimalitet uppstår då det inte går att omfördela tillgängliga resurser för att skapa förbättringar för en individ (enligt dennes preferenser) utan att man samtidigt skapar en försämring för en annan individ (också enligt dennes preferenser).⁸ Om en förändring innebär en förbättring utan att det försämrar för någon annan så är detta en pareto-förbättring medan lägen där förbättringar för en part endast tillkommer genom försämringar för någon annan, så leder detta enligt pareto-resonemanget till ett ineffektivt användande av samhällets resurser.

Detta har senare utvecklats genom Kaldor-Hicks kriteriet, beträffande en åtgärds effektivitet, till att gälla att en åtgärd är samhällseffektiv även om den innebär försämringar för en individ så länge den förlusten som uppstår *kan* kompenseras av att vinnarna får mer än vad förlorarna förlorat.⁹ Faktisk kompensation måste inte äga rum, utan det måste endast finnas en möjlighet till sådan kompensation.¹⁰ Miljömässigt så innebär detta att om nyttan med en åtgärd (exempelvis vid intervention) överstiger kostnaden och det är teoretiskt möjligt för dem som fick det sämre på

⁶ Miljö, handel och konkurrens – spelregler för effektiva marknader, 1998:2, s 21-43

⁷ Miljömässigt innebär detta sällan några fördelar då företagens affärspolitik och vinstmaximering ofta sker på bekostnad av miljöhänsyn (som ofta är ett dyrare alternativ vilket konsumenterna i många lägen, på grund av bristande miljömedvetande, inte är beredda att betala för om där finns billigare alternativ).

⁸ Cooter & Ulen, Law and Economics, s 12

⁹ Ekonomiska styrmedel i miljöpolitiken, 2006:34, s 60

¹⁰ Cooter & Ulen, Law and Economics, s 43-44

grund av åtgärden att fullt ut kompenseras av dem som fick det bättre, så bedöms åtgärden vara samhällseffektiv.

2.1.2 Den perfekta marknaden

Konsumenten i en perfekt marknad förutsätts ha fullständig information om varornas priser och egenskaper, vilket möjliggör för denne att fatta rationella beslut som hela tiden påverkar marknaden till att vara dynamiskt effektiv. Försöker ett företag ta ut ett överpris för en viss vara eller tjänst så leder detta till att konsumenterna vänder sig till ett annat företag, vilket återskapar den rätta balansen. På en fri marknad kan bristande miljömedvetande hos konsumenterna leda till att produkter som är sämre ur ett miljöperspektiv prioriteras på grund av lägre priser (vilket får till följd att resurserna används för att tillverka miljömässigt sämre produkter istället för dyrare men miljövänligare produkter).¹¹

En ständig konkurrens på marknaden innebär att företagen måste anpassa sig efter rådande (dynamiska) förhållande vad avser faktorer som priser, kvalitet, produktens egenskaper, teknikförbättringar eller produktionsprocesser, där utgångspunkten hela tiden är att vara bättre än konkurrenterna. Så länge ett företag gör vinster kommer det att uppstå andra aktörer som vill ta del av vinsterna, vilket medför ett högt konkurrenstryck och ett läge av så kallad ekonomisk darwinism, där verksamheterna som klarar sig bäst överlever på marknaden.¹² Situationen som sådan främjar förbättringar av befintliga produkter och utvecklingen av nya. Optimeringen leder därmed i teorin till att såväl kapital som arbetskraft riktas till områden där de kommer till bäst användning, vilket också i teorin leder till att produktion sker till minsta möjliga kostnad och till lägsta pris för konsumenterna. Den resultatnriktade produktionen som skapas genom detta kallas inom ekonomin för teknisk effektivitet, där produktionsresurser används optimalt i syfte att reducera onödiga kostnader. Den faktiska produktionsvolymen närmar sig vad som är potentiellt den maximala volymen som kan produceras utifrån insatta produktionsresurser.¹³

2.1.2.1 Grunder för den perfekta marknaden

För att den perfekta marknaden skall uppstå så krävs att en del faktorer är uppfylla, vilka aktualiserar betydelsen av en fungerande konkurrens.¹⁴ Där måste finnas ett så stort antal företag som konkurrerar som möjligt att deras marknadsandelar innebär att ingen av dem på egen hand kan påverka prisbildningen över en produkt på marknaden. Detta förutsätter även en fungerande handel över gränserna, vilket kan ha en avgörande betydelse för marknads effektivitet. Där får inte finnas några hinder för in- eller utträde för marknader avseende kapital, arbetskraft eller produkter. Där får exempelvis inte finnas någon samverkan mellan köpare och säljare och det måste råda avtalsfrihet på marknaden, så att marknadsaktörerna kan avtala utan begränsningar som riskerar att påverka marknadsmekanism. Alla konsumenter och producenter måste ha fullständig information om priserna, om sina preferenser och kostnaderna associerade därtill. Vidare får där inte finnas påverkan av att externa effekter eller kollektiva nyttigheter inte beaktas (behandlas under miljö nedan).¹⁵

¹¹ Miljö, handel och konkurrens – spelregler för effektiva marknader, 1998:2, s 12

¹² Konkurrensbrott: en lagstiftningsmodell (slutbetänkande), SOU 2004:131, s 144

¹³ ibid

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

¹⁵ ibid

2.1.2.2 Verklighetens hinder för den perfekta marknaden

Beträffande informationstillgången är den väldigt svår att uppnå i praktiken. Det är inte kostnadseffektivt för en konsument att införskaffa fullständig information om egenskaper, kvalitet och priser och jämföra den informationen med information från alla andra tillverkare av samma vara. Faktorer som höga transaktionskostnader (kostnader associerade med att uppsöka köpare alternativt säljare, att införskaffa information eller att förhandla och sluta avtal) kan också göra att enbart priset på en vara inte längre styr efterfrågan, vilket kan sätta konkurrensen mellan företagen ur spel.¹⁶

Ett annat hinder för den perfekta marknaden och en optimal resursallokering är situationen då bara ett fåtal företag styr marknaden eller där det sker ett medvetet sabotage av marknadsmekanism (exempelvis genom en uppdelning av marknaden eller andra konkurrensbegränsande samarbeten).

Som kommer att belysas senare i arbetet är också förekomsten av inträdes- och etableringshinder ett avgörande hinder för att en fri marknad skulle vara samhällsekonomisk effektiv. Sådant hinder kan exempelvis gestalta sig genom stordriftsfördelar kopplade till produktion eller distribution inom ett område som hindrar nya, möjligtvis mindre, aktörer från att komma in på marknaden. Underprissättning av ett starkare företag inom ett visst område kan också ha en exkluderande verkan för svagare konkurrenter där även små kostnadsskillnader kan vara avgörande; exempelvis kan ökade kostnader för auktorisation eller självkontroll inom en branschorganisation vara lika exkluderande för mindre aktörer.

Med anledning av svårigheterna att uppnå den perfekta marknaden så är siktet inställt på en *väl fungerande konkurrens* som kommer så nära den perfekta marknaden som möjligt.

2.2 Miljö och den fria marknaden

När det gäller miljön så har marknadsekonomi en rätt stor brist i att den fria marknaden inte klarar av att optimera resursanvändningen kopplad till miljöresurser på ett effektivt sätt, då samhällsekonomiska effekter och kostnader av produktionen eller konsumtionen inte reflekteras av marknadspriserna.¹⁷ Detta gäller särskilt för miljöresurser som betecknas som kollektiva nyttigheter (såsom tillgång till rent vatten, ren luft och exempelvis en artrik mångfald i naturen). Kännetecknande är att det är nyttigheter som kan utnyttjas av flera konsumenter samtidigt, där en konsuments konsumtion inte utgör ett verkligt hinder för någon annan att konsumera samtidigt¹⁸ samt att det är så kostnadsprohibitivt att försöka exkludera ett allmänt användande av nyttigheten, att ingen vinstmaximerande aktör är intresserad av att försöka tillhandahålla nyttigheten.¹⁹

¹⁶ Miljö, handel och konkurrens – spelregler för effektiva marknader, 1998:2, s 12-14

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

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

¹⁹ Cooter & Ulen, Law and Economics, s 42

2.2.1 Kollektiva nyttigheter och fria resurser

Vad gäller miljön kan det dessutom ibland vara svårt att fastställa en faktisk ägare till en viss miljöresurs. Värden som är kollektiva nyttigheter kan exempelvis inte ägas individuellt och utan någon sådan äganderätt saknas det en egentlig grund för avtal mellan någon presumtiv ägare av nyttigheten och brukaren av nyttigheten, som hade möjliggjort för en prissättning. När miljöresurser som utgör kollektiva nyttigheter brukas på den fria marknaden så saknas det därför en marknad för nyttigheten och av den anledningen etableras det inte heller något marknadspris för konsumtionen.²⁰

Marknadsmisslyckandet som uppstår genom att ett pris saknas leder till att miljöresurserna betraktas som fria resurser (då resursen inte har ett pris i produktionen), vilket ofrånkomligen leder till ett överutnyttjande; där det ibland endast är den fysiska tillgången till själva nyttigheten som utgör begränsningen. För miljöresurser är tillgången dessutom oftast av långsiktig natur och ett faktiskt överutnyttjande (som avsaknaden av ett verkligt marknadspris skapar) blir sällan märkbart i ett kortare perspektiv eller för den delen inkluderat i företagets beslutsfattande som en kostnad för själva användningen.²¹ Slöseriet med vad som egentligen är ändliga miljöresurser blir därmed ett faktum.

Även vid lägen då miljöresurser faktiskt kan köpas och säljas, och därmed får ett marknadspris, så händer det ofta att priset blir allt för lågt satt eftersom det inte är miljöresursens varierande betydelse i många sammanhang som prissätts utan endast ändamålet för vilket resursen säljs som beaktas.²² Ett exempel på detta är hur priset för flaskvatten inte återspeglar lokala vattenrelaterade miljöproblem som uppstår där produktionen tar ut enorma mängder grundvatten för massproduktion. En massproduktion som kan leda till sänkta grundvattennivåer och negativa miljöeffekter för området där vattenuttagen görs. Vattnets funktion i det lokala ekosystemet eller vilka effekter eventuell lokal vattenbrist kan leda till ingick inte i prissättningen och lönsamheten för flaskvatten som säljs (som exempelvis beräknas kosta 2000 gånger mer än vanligt kranvatten).²³ Verksamheten väljer istället att maximera vinsten inom ett område tills det inte längre är lönsamt, varefter en flytt sker till nästa område som erbjuder fortsatta vinstmöjligheter.

Eftersom utgångspunkten för marknadsaktörernas beslut på den fria marknaden är en vinst- och nyttomaximering, så innebär fria resurser en olycklig överkonsumtion eftersom där inte finns något pris som begränsar nyttjandet.²⁴ För företagets del finns där helt enkelt ingen vinning i att bevara miljöresursen eller kollektiva nyttigheter man inte äger (eller betalar för). Värdet av miljöresursen beaktas inte vid beslutsfattandet eftersom den kostnaden som uppstår för samhället vid brukandet av nyttigheten inte måste bäras av brukaren. Att det kan bli långtgående negativa konsekvenser för kommande generationer är i merparten av fallen inte något som påverkar besluten i dagsläget. En sådan påverkan blir aktuellt först genom yttre åtgärder som har en effekt på beslutsfattandet på marknaden. Vinst- och nyttomaximerings beslut som okontrollerat får

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

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

²² *ibid*, s 46

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

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

överutnyttja fria resurser leder därför till ett bristande miljöskydd och att inga investeringar görs för att förbättra miljövärdena.²⁵

2.2.2 Externa effekter

Skillnaden mellan de samhällsekonomiska kostnaderna associerade till brukandet av miljöresurser (såsom kollektiva nyttigheter) och de privatekonomiska kostnaderna som uppstår för en utövare har inom ekonomin fått termen *externa effekter* och är en viktig orsak till att fria marknader inte alltid är samhällsekonomiskt effektiva. Termen fångar upp de indirekta verkningarna av att en verksamhet utövas (som inte tas med i marknadspriserna som utövaren har att relatera till). Där finns både positiva externa effekter (där brukandet innebär en fördel och räknas som en intäkt) och negativa externa effekter (där brukandet är en nackdel och räknas som en kostnad).²⁶

Miljöskador som orsakas av en verksamhet är ett typiskt exempel på en negativ extern effekt; där miljöskadan blir en kostnad för samhället medan själva verksamheten som orsakar skadan inte beaktar kostnaden i vare sig produktionskostnader eller det pris som tas ut för varan eller tjänsten. Eftersom den i sig inte är förenad med en privatkostnad innebär en negativ extern effekt oftast en överproduktion eller överkonsumtion. Hade verksamheten behövt inkludera kostnaden som den externa effekten egentligen orsakat som ett pris för samhället i sina egna omkostnader så hade större samhällseffektivitet uppnåtts och marknadens oförmåga att förhindra ett överutnyttjande av fria resurser genom priser hade rättats till.²⁷

2.3 Miljöpolitiska styrmedel

För att rätta till marknadsmisslyckandet med externa effekter och bättre uppnå en samhällsekonomisk optimal resursanvändning behövs det en fungerande miljöpolitik som medför tydliga och rättssäkra regler. Syftet blir att anpassa marknadsaktörernas beteenden till att bättre hushålla med och fördela miljöresurser; vilket effektiviserar samhällets resursanvändning och i teori leder till en ökad välfärd. Bakomliggande tanke är att marknadspriset då borde reflektera den faktiska marginalkostnaden som uppstår för samhället att verksamheten producerar en viss vara eller tillhandahåller en tjänst.

Staten eller av staten anvisad aktör iklar sig då rollen som förvaltare över miljöresurser och det är genom miljöpolitiska styrmedel som man försöker balansera kostnaderna som negativa externa effekter innebär för samhället. Styrmedel som står till buds för detta är antingen administrativa eller ekonomiska.²⁸

²⁵ Kingston, s 50-54

²⁶ Ekonomiska styrmedel i miljöpolitiken, 2006:34, s 60

²⁷ Tari, "Competition or Environmental Protection: is it necessary to choose?", s 278

²⁸ Miljö, handel och konkurrens – spelregler för effektiva marknader, 1998:2, s 31-32

2.3.1 Administrativa styrmedel

Administrativa styrmedel utgörs av exempelvis klassiska lagstiftningsåtgärder och regler (i form av förbud eller påbud) till mer otraditionella åtgärder som exempelvis frivilliga miljöavtal²⁹ som komplement eller alternativ till lagstiftningsåtgärder. Här påverkar man kostnaderna för marknadsaktörerna på ett indirekt sätt, där lagstiftning eller avtal som leder till exempelvis att gränsvärden för vissa utsläpp skärps innebär att verksamheter måste anpassa sig till detta genom antingen ändringar i produktionen eller investeringar i ny teknik som minskar utsläppen.³⁰ Detta medför att produktionskostnaderna ökar, genom vilket verksamheten tvingas att ta hänsyn till externa effekter som uppstår till följd av produktionen.³¹

2.3.2 Ekonomiska styrmedel

De ekonomiska styrmedlen utgörs av ekonomiska instrument som är särskilt ämnade att direkt påverka priser och kostnader genom exempelvis miljöskatter och särskilda avgifter. Skatterna benämns inom ekonomin som pigouvianska skatter³² där avsikten är att justera den negativa externa effekten som uppstår när samhällets kostnader för en viss aktivitet är högre än privatkostnaderna hos dem som företar aktiviteten. Kostnaderna som uppstår genom ekonomiska styrmedel fungerar som en signal för marknadsaktörerna att anpassa exempelvis produktion till mer kostnadseffektiva alternativ (där kostnaden för miljöstörande produktion då blir högre än alternativa miljövänligare lösningar). På detta sätt är även möjligheter till dispens och avgiftseftergifter användbara som incitament för marknadsaktörer att göra miljömässiga förbättringar.³³

2.3.3 Principen om att förorenaren betalar

Bakomliggande utgångspunkt för såväl administrativa som ekonomiska styrmedel på miljöområdet är principen om att förorenaren betalar (Polluter Pays Principle (PPP)).³⁴ Grundtanken är att den som förorenar eller på annat sätt orsakar skador i miljön också ska bära de samhällsekonomiska kostnaderna som uppstår för att avhjälpa skadan eller begränsa effekterna. På så vis sker en internalisering av negativa externa effekter, vilket innebär att dessa omvandlas till interna ekonomiska effekter som ekonomiska aktörer har att ta hänsyn till vid beslutsfattandet.³⁵ Kostnaden som uppstår är tänkt att representera det verkliga priset av en viss aktivitet (det privatekonomiska priset plus priset av den negativa externa effekten vilket omfattar den faktiska kostnaden för samhället).³⁶

Eftersom tesen är att marknadsekonomin automatiskt uppnår optimal resursallokering så borde detta innebära automatiska förbättringar för miljön när kostnaderna för miljöstörande

²⁹ Meddelande från kommissionen om ”Miljöavtal på gemenskapsnivå inom ramen för handlingsplanen för en bättre och enklare lagstiftning”, KOM (2002) 412 slutlig, 17.7.2002, s 3

³⁰ Kingston, s 43-49

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

³² Vilka får sitt namn från ekonomisten Arthur Cecil Pigou från vilka teorin om externaliteter härstammar. Kingston, s 56

³³ Miljö, handel och konkurrens – spelregler för effektiva marknader, 1998:2, s 32

³⁴ Kingston, s 51

³⁵ Se exempelvis VOTOB ärendet; 22nd Report on Competition Policy, COMP REP EC 1992, s 106-108

³⁶ Ramlogan, s 101-104

verksamheter läggs till. Teoretiskt sett innebär detta kortsiktiga miljövinster såväl som långsiktiga förbättringar för miljön där verksamheters produktionstekniker har anpassats till att omfatta mindre miljöstörande teknologier som spär på miljöförbättringar. Konkurrenstrycket mellan företagen ökar dessutom innovationen och utvecklingen av miljövänligare produkter och teknologier där vinster finns att hämta på grund av lägre kostnader.³⁷

2.3.4 Politikmisslyckanden

Om den fria marknaden har marknadsmisslyckande som påverkar en effektiv allokering av resurser så kan man säga att miljöpolitikens styrmedel har vad som kallas för politikmisslyckanden, som en förklaring till att miljöresurser inte alltid används optimalt. Precis som med marknadsmisslyckande skickas fel signaler till marknadsaktörerna som resulterar i att deras beteenden formas på felaktiga grunder, fast det sker då genom bruket av styrmedel.³⁸

Används ett styrmedel för att balansera en viss negativ extern effekt och det styrmedlet bygger på antingen okunskap, bristande information eller direkta felaktigheter så kan det inträffa att man förvärrat situationen som man egentligen avsåg att lösa och i praktiken styrt marknadsaktörerna i den riktningen. Ett färskt exempel på detta är hur man i Förenade kungariket under en längre tid uppmuntrat användningen av dieselfordon genom olika kostnadsprogram, vilket har gjort dieselfordon ett fördelaktigare val för konsumenterna, specifikt för att det då ansågs vara ett miljömässigt bättre val (med mindre klimatpåverkan). Nu dras man med problemet av en föråldrad och miljömässigt sämre dieselpark som utgör en mycket stor lokal miljöpåverkan i stortstadsmiljöerna. Något som man försöker åtgärda genom att införa biltullar som är tänkta att styra om användandet, i vart fall avseende företagets bruk, till miljövänligare alternativ (så att det konsekvent blir dyrare att bruka ett för miljön sämre fordon).³⁹

Där finns en naturlig koppling mellan en växande ekonomi och miljöproblemen som uppstår till följd av detta. Om man tillgriper styrmedel som har till syfte att förhindra vissa miljöskador som kan härledas till en viss typ av verksamhet, så kan detta också innebära en rätt kraftig inskränkning av möjligheterna att bedriva den typen av ekonomisk verksamhet. Detta kan drabba vissa verksamheter hårdare än andra vilket påverkar konkurrensen på marknaden, där det i så fall måste avgöras om begränsningarna är proportionerliga till vinsterna man söker uppnå genom begränsningarna.⁴⁰

Risken är att det skapas indirekta problem inom ett område, exempelvis genom oproportionerliga begränsningar av konkurrensen på marknaden, när avsikten var att lösa ett miljömässigt problem. Styrmedel kan även ha den effekten att det skapar konkurrensbegränsande samarbeten i syfte att uppnå miljömål, exempelvis om man inte kan uppnå målen som eftersträvas annat än genom stordriftsfördelar, där merparten av verksamma aktörer måste samarbeta för att uppnåendet av miljömålet i fråga ens ska vara ekonomiskt möjligt. Särskilt när det gäller skapandet av nya marknader, riskerar detta exempelvis att skapa situationer där marknadsinträde förhindras eller försvåras eller att det skapar en situation av marknadsdominans.

³⁷ XXIII Report on Competition Policy, 1994, s 93

³⁸ Fegler & Unemo, Långtidsutredningen (Bilaga 7), s 47

³⁹ ” Diesel cars face £10 charge for driving into central London”, BBC News, July 29, 2014

<<http://www.bbc.com/news/uk-england-london-28540259>>

⁴⁰ CECEd ärendet är ett bra exempel på detta; kommissionens beslut 2000/475, CECEd, OJ 2000 L 187/49

2.3.5 Balansgång

Värt att poängtera i detta skede att inte alla konflikter som uppstår mellan miljöintressen och konkurrensintressen måste ha en ”antingen eller” lösning, utan det blir istället att försöka hitta en fungerande balans där båda målen som eftersträvas har möjlighet att fungera tillsammans och på så vis uppnå största möjliga nytta för samhället (både genom miljöförbättringar och genom vinsterna som skapas av en väl fungerande konkurrens på den fria marknaden). Nyttan med åtgärderna som används måste dock överstiga kostnaderna som orsakas på andra områden i enlighet med Kaldor-Hicks kriteriet. Grundläggande förutsättning för konkurrensen är att den inte får sättas ur spel så att den riskerar upphöra helt; vilket då varken gynnar marknaden eller miljöintressen (på grund av långsiktiga följd effekter).

2.4 Kommentar

Genom ovan har man kunnat följa början av vad som blir en röd tråd i arbetet om hur grundläggande teorier om samhällsekonomisk effektivitet och hur den fria marknadens allokering via prismetaniska mekanismer syftar till att optimera resursanvändningen i samhället. Där sådan användning inte är optimal beror det oftast på marknadsmisslyckande såsom konkurrensbegränsande samarbeten, monopol, hinder för marknadsdeltagande, negativa externa effekter eller kollektiva nyttigheter.

Vad gäller miljöhänsyn finns där möjligheter att via styrmedel försöka rätta till bristerna för att skapa rätt balans som kan uppnå miljömål och rätta till bristerna med negativa externa effekter och kollektiva nyttigheter, så att marknadspriset avspeglar det verkliga priset som marknadsaktörerna har att ta hänsyn till vid beslutsfattandet. Internaliseringen av sådana negativa externa effekter i marknadspriset för varor och tjänster innebär att en dynamisk konkurrens på marknaden framtvänger miljövänligare alternativ som en del av beslutsfattandet, vilket då inkluderar framtida utveckling och innovation för att maximera vinster som bygger på fördelar från miljöförbättringar; vilket i sin tur leder till lägre externa effekter och minskade kostnader.

Är det möjligt att upprätta en högre grad av miljömedvetande bland marknadsaktörerna så tjänar den fria marknadens funktion, genom en effektiv konkurrens, miljömässiga ändamål. Välfärdfunktionen innebär att konsumenter har möjlighet att välja produkter som ger störst välfärd och eftersom miljöförbättringar ökar välfärden leder en ökad konkurrens automatiskt till en ökad välfärd. Genom allokeringfunktionen får tillverkare signaler att anpassa utbudet efter vad som efterfrågas av konsumenterna och om ledmotivet bland konsumenter är förbättrade miljövärden så anpassas produktionen och framtida utveckling efter detta för att möta efterfrågan. Beträffande effektivitetsfunktionen finns där en ständig strävan på en dynamisk konkurrensutsatt marknad att utveckla och marknadsföra effektivare teknologier som sänker såväl produktionskostnader som försäljningspriserna genom effektivitetsvinster. Lägre priser innebär bättre konkurrensmöjligheter på den relevanta marknaden och så var den ekonomiska darwinismen igång i full kraft. Kan miljövinster översättas till effektivitetsvinster som omsätts till finansiella vinster för marknadsaktörerna så innebär vinstmaximeringen att det är den miljövänligare vägen som väljs.⁴¹ Vilket är något som alla tjänar på.

⁴¹ Tari, ”Competition or Environmental Protection: is it necessary to choose?”, s 279

Som det har beskrivits ovan så kan man se att konkurrens med enbart ekonomiska hänsyn, utan en internalisering av externa effekter, där enbart vinst- och nytto-maximeringen styr, inte blir särskilt miljövänligt. Men genom en effektiv konkurrens med en fullständig och universal internalisering av miljömässiga externa effekter skulle man uppnå socialt accepterade nivåer av miljöskydd samtidigt som man uppnår den största samhällsekonomiska nyttan.

En fungerande konkurrens där effektiva styrmedel tillämpas är dock avgörande för en sådan utveckling.

3 Konkurrens i relation till miljöhänsyn

Föregående avsnitt behandlade samhällsekonomiska teorier på ett allmänt och överblickande sätt utan att gå in i detalj på de olika ekonomiska skolorna eller det antal teorier som finns; som var för sig innehåller en stor mängd speciella kriterier och överväganden. Det hade varit allt för omfattande och utgjort ett eget ämne för sig. Det var dock viktigt att lägga grunden för fortsatt behandling av grundprinciperna som är gemensamma för olika teorier för hur man uppnår samhällseffektivitet och effektiv resursallokering samt hur bland annat pareto-optimalitet kan uppnås genom en effektiv konkurrens i relation till miljöhänsyn.

3.1 Målet med konkurrens

Precis som med ekonomiska teorier så finns där ett stort antal läror om begreppet konkurrens och vad det egentligen innebär. Där finns ingen universalt accepterad tolkning utan istället är det en generell accepterad uppfattning att konkurrens inte är ett mål i sig utan ett medel för att uppnå målet med konkurrensen. Målet med konkurrensen beskrivs som att uppnå bland annat dynamisk effektivitet, där marknaden är öppen för nya aktörer och nya produktionsresurser, och allokeringseffektivitet, där resursanvändningen leder till störst nytta för samhället.⁴² Detta i sig leder till en ökad ekonomisk välfärd som är avgörande för en effektiv användning av samhällets resurser.⁴³

3.1.1 Konkurrens- och miljöhänsyn enligt olika läror

Där råder delade meningar inom vissa läror på vilket sätt man ska ta hänsyn till miljöaspekter inom konkurrensen.⁴⁴ Chicagoskolan har exempelvis utgångspunkten att konkurrenspolitiken inte ska styras av andra mål än att uppnå ekonomisk effektivitet och konsumentvälfärd, där konsumentvälfärd är när samhällets resurser kan utnyttjas maximalt av konsumenterna så mycket som är teknologiskt möjligt. Beaktandet av marknadsmisslyckande från negativa externa effekter är enligt deras synsätt endast en uppgift för lagstiftaren och inget som tillämpningen av konkurrenspolitiken ska rätta till. Konkurrensrätten tillämpas utifrån hur den är skriven och då utifrån ramarna som lagstiftningen uppställer. Ordoliberal teori innehåller exempelvis en uppfattning att man skall skilja mellan rent ekonomiska hänsyn och icke-ekonomiska hänsyn (som miljöhänsyn betraktas enligt deras synsätt), där det bara är ekonomiska hänsyn som är relevanta för konkurrenspolitiken. Medan exempelvis Harvardskolan tillåter ett inkluderande av icke-ekonomiska faktorer vid bedömningen i konkurrenspolitiken med hänvisning till ekonomin som helhet, där även andra målsättningar ingår.⁴⁵

Till vilken del man tillmäter miljöhänsyn betydelse i sammanhanget beror enligt ovan synsätt dels på vilken lära som följs och dels vilka målsättningar man tillskriver konkurrensen.

⁴² Vedder, s 39

⁴³ Konkurrensbrott: en lagstiftningsmodell (slutbetänkande), SOU 2004:131, s 143

⁴⁴ Townley, s 168-169

⁴⁵ Kingston, s 9-38

3.2 Utvecklingen inom den Europeiska unionen

Vad gäller konkurrenspolitiken inom den Europeiska unionen, som följer av hur Europeiska kommissionen och Europeiska domstolarna hanterar ärenden, är att fokus ligger på en tillämpning av en konkurrenspolitik som bygger på tankar om konsumentvälfärd och ekonomisk effektivitet. Det har skapats en egen Europeisk modell som bygger på delar från olika läror där man kombinerar influenser från Ordoliberaler, Harvard- och Chicagoskolan. Över tiden har denna Europeiska modell gradvist gått från att inkludera icke-ekonomiska faktorer, såsom miljöhänsyn, till att kräva ett större hänsynstagande för rent ekonomiska faktorer⁴⁶ (där man ibland valt att omsätta miljöhänsyn till en ekonomisk faktor, genom vilket man inkluderar miljöhänsyn men med hänvisning till det ekonomiska värdet som miljöhänsyn omfattar); där mer fokus läggs på effekten av konkurrenspolitiken, snarare än formen.⁴⁷ På så vis har miljöargument fått en ekonomisk roll genom vilket man kan beräkna ekonomisk effektivitet och konsumentvälfärd genom beaktandet av miljöns ekonomiska värde.

3.2.1 Målet med en fungerande konkurrens

Inom EU kan målsättningen med konkurrensrätten uttryckas enkelt att vara att uppnå en fungerande konkurrens på den inre marknaden, där fungerande konkurrens är det som krävs för att tillhandahålla konkurrensens grundläggande behov och uppfyllelsen av fördragets målsättningar.⁴⁸ EU-domstolen har förtydligat detta i GlaxoSmithKline-målet att konkurrensrätten i EU gick längre än att enbart skydda konsumentvälfärd utan att reglerna avsåg även att skydda intresset av såväl konkurrenter som konsumenter men också marknads struktur och på så vis även konkurrensen i sig.⁴⁹

EU kommissionen har i sin årliga rapport om konkurrenspolitiken för 1999 noterat bl.a. följande, ”det första målet för konkurrenspolitiken är att upprätthålla konkurrensen på marknaderna. Konkurrenspolitiken tjänar som verktyg för att främja en effektiv industri, optimal resursfördelning, tekniska framsteg och förmåga att anpassa sig till utvecklingen.”⁵⁰ Det andra målet uppgavs som fullbordandet av den inre marknaden.⁵¹ För vilket krävs att alla företag som är verksamma inom den inre marknaden ska konkurrera på rättvisa och lika villkor och av egen kraft.

⁴⁶ Kingston, s 33

⁴⁷ ibid, s 39-40

⁴⁸ Jones & Sufrin, s 32

⁴⁹ Förenade målen C-501, 513, 515 och 519/06, GlaxoSmithKline Services Unlimited and others v Commission [2009] ECR I-9291, p 63; se även t ex mål C-52/09 Telia Sonera Sverige REU 2011 s I-527, p 22 (“förhindra att konkurrensen snedvrids till nackdel för allmänintresset, de enskilda företagen och konsumenterna”).

⁵⁰ XXIX Rapporten om konkurrenspolitiken, SEK(2000) 720 Slutlig, s 19

⁵¹ ibid

3.2.2 Integrationsprincipen

Sett till fördragstexten så framgår det i fördraget om Europeiska unionen (FEU), artikel 3(3), att målsättningen är en hållbar social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft som bygger på bl.a. en hög miljöskyddsnivå och en bättre miljö.

Vad gäller miljöhänsyn skall detta ses mot bakgrund av innehållet i artikel 11 FEUF, den så kallade integrationsprincipen, där det stipuleras att ”miljöskyddskraven ska integreras i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling.” Artikel 7 FEUF kräver en samstämmighet mellan alla politik- och verksamhetsområden med beaktande av samtliga sina mål.

3.2.3 Tolkningar av integrationsprincipen

I doktrinen har det skrivits väldigt mycket om vad integrationsprincipen innebär för tolkningen av andra rättsområden och målsättningar inom Europeiska unionsrätten. Vedder sammanfattar läget bäst genom att förklara att de flesta argument leder till en uppfattning att miljöpolitiken antingen måste tas med i beaktning eller avvägas i samband med beslut i andra områden. Principen omfattar en rättsligt bindande förpliktelse som innebär att integrationen måste verka för en hållbar utveckling. Hållbar utveckling innebär att där finns ekonomisk tillväxt på marknaden men att den sker med hänsyn till ett effektivt miljöskydd. Där måste alltså finnas en balans mellan miljöskydd och ekonomin.⁵²

Att miljöskydd har en viktig roll framstår tydlig ur fördragstexten i artikel 11 FEUF.⁵³ Vilken roll beror dock på en rad omständigheter som Kingston utförligare går in på, där man först har att beakta miljörettens utveckling inom Europa, där den utvecklingen sen sätts i samband med andra rättsområden i en fördragsenlig tolkning. Hennes argument når ett antal slutsatser utifrån en systematisk tolkning av artikel 11 FEUF som presenteras nedan.

Rent processmässigt, när miljörettsliga aspekter kan vara relevanta att beakta i ett visst ärende, så borde beslutsfattaren göra bedömningen om miljöaspekterna skall beaktas i samband med ett beslut. Om där inte finns något utrymme för att beakta exempelvis konkurrensrättsliga regler på ett sätt som innebär en fördel för miljöskydd så är integrationsprincipen inte aktuell under omständigheterna. Underförstått här är att integrationsprincipen endast är ett verktyg för integration och inte ämnat att skapa ny rätt. Är ordalydelsen i bestämmelserna som omfattas tillräckligt öppen för olika tolkningar så bör den tolkningen innebära en fördel för miljöskydd, annars inte (annat vore contra legem). I lägen där det är möjligt att tillämpa exempelvis konkurrensbestämmelserna på ett sätt som innebär fördelar för miljöskydd och där inte finns en konflikt med konkurrenspolitiska målsättningar så måste reglerna alltid tolkas till miljöns fördel. Under samma omständigheter, men i lägen där en konflikt uppstår mellan miljö och konkurrens så skall en proportionalitetstest avgöra utgången. En åtgärd anses vara proportionerlig om den är lämplig för att uppnå en av EU:s målsättningar och där inte finns något annat sätt att uppnå målsättningen som är mindre konkurrensbegränsande, då borde åtgärden tillåtas enligt konkurrensbestämmelserna.⁵⁴

⁵² Vedder, s 13-16

⁵³ Sadeleer, s 390-391

⁵⁴ Kingston, s 98-116

Vad gäller tillämpningen av artikel 101(3) FEUF, så är dock ett grundläggande krav för undantag att oavsett vilka miljöfördelar som ett avtal eller förfarande kan medföra så kan undantag inte meddelas vid ett läge där konkurrensen på marknaden elimineras helt eller nära därtill.

Både Vedder⁵⁵ och Kingston⁵⁶ är samstämmiga om att integrationsprincipen inte innebär att exempelvis konkurrensbestämmelser som artikel 101 FEUF kan användas för att förhindra åtgärder som annars inte bedöms vara konkurrensbegränsande men som innebär nackdelar för miljön (exempelvis att ett avtal prövas och avtalet bedöms kunna leda till en ökad förbrukning av resurser som är till nackdel för miljön). Det är då inte upp till konkurrensbestämmelserna att lösa miljörättsliga brister (där möjligheten att orsaka miljöskador borde regleras i miljölagstiftning). Sett utifrån lagtextens ordalydelse, vilket styr tillämpningen, så omfattar 101(1) FEUF ett innehåll om vad som är förbjudet och 101(3) FEUF på vilka grunder åtgärden som omfattas kan undantas från förbudet. Om en åtgärd inte träffas av förbudet i 101(1) FEUF på grund av innehållet i lagtexten (att åtgärden inte skulle begränsa konkurrensen) så kan man inte via artikel 11 FEUF utöka innehållet i förbudet till att omfatta ett förbud mot miljöskadliga effekter som avtalet riskerar att medföra.

Integrationsprincipen kan inte heller användas som ett argument för att undanta prövningen av en åtgärd från exempelvis artikel 101(1) FEUF med hänvisning till åtgärdens positiva verkningar för miljön. Om åtgärden innebär en begränsning av konkurrensen som omfattas av innehållet i 101(1) FEUF så träffas också åtgärden av det förbudet. Målsättningen om att främja en hållbar utveckling som täcks av artikel 11 FEUF kräver som en grundförutsättning att någon konkurrens återstår för just den hållbara utvecklingens skull (vilket också är ett av kriterierna för undantag genom 101(3) FEUF).⁵⁷ Om det rör sig av ett väldigt ambitiöst miljöavtal med enorma miljövinster men också kraftiga konkurrensbegränsningar så kommer det att omfattas av artikel 101(1) FEUF men där finns likväl möjligheter till undantag om kraven i 101(3) FEUF anses uppfyllda.

3.3 Kommentar

Som framgår av ovan så är utgången för bedömningen klart beroende på omständigheterna som råder från fall till fall. Vad som är aktuellt i ett ärende som innebär integration av miljöskydd i en konkurrensbedömning blir avhängigt om det aktuella miljöskyddet anses vara proportionerligt till den begränsningen som orsakas (dels om åtgärden är nödvändig och dels om den är lämplig jämfört med målet som skall uppnås).⁵⁸ I vilket fall som helst så blir det i slutändan EU-domstolen som formar gränserna för integrationen av miljöskydd inom andra områden via proportionalitetsbedömningar.

Beträffande integrationsprincipen och miljöskadliga samarbetsavtal så är syftet med artikel 101 FEUF bl.a. att undanröja hinder för en effektiv konkurrens som behövs för att säkerställa marknadens funktion och främjandet av en gränsöverskridande handel. Skulle ett konkurrensbegränsande samarbete innebära ett avtal som riskerar att medföra miljöskador så tar tillämpningen av artikel 101(1) FEUF (vad gäller frågan om ett förbud) inte hänsyn till

⁵⁵ Vedder, s 158-159

⁵⁶ Kingston, s 190

⁵⁷ Vedder, s 157

⁵⁸ Kingston, s 115

eventuella negativa effekter som ett sådant avtal kan medföra för miljön. Omfattas avtalet inte av ett förbud på konkurrensrättsliga grunder så kan ett förbud inte heller motiveras genom artikeln med hänvisning till negativa effekter som riskeras för miljön. Det är först om ett sådant miljöskadligt avtal omfattas av ett förbud, att det faktiskt innebär allvarliga konkurrensbegränsningar (och blir föremål för undantagsprövning enligt artikel 101(3) FEUF) som det vore möjligt att indirekt försöka stoppa ett miljöskadligt avtal. Då genom första kriteriet för undantag, nämligen att avtalet måste bidra till ”att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande”. Eventuella miljöskador skulle då kunna vägas in i balansen som kostnader jämfört med eventuella förbättringar som hade motiverat ett undantag. Det blir då en bedömningsfråga på vilket sätt fördelarna överväger nackdelarna som uppstår, där kostnaderna som miljöskadan riskerar måste innebära en försämring för konsumentvälfärden (i jämförelse med eventuella förbättringar som avtalet annars kanske medför) för att första kriteriet för undantag inte skulle anses uppfyllt.⁵⁹ Om ett miljöskadligt avtal inte begränsar konkurrensen eller annars uppfyller kriterierna för undantag så måste sådana miljöskadliga avtal (eller effekterna av sådana) istället angripas genom alternativa medel (exempelvis lagstiftningsåtgärder eller skatter).

⁵⁹ Vedder, s 185-188

4 EU:s miljö rätt och miljöavtal

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

Utöver mer traditionella administrativa styrmedel, som lagstiftningsåtgärder, har på senare tid användandet av frivilliga avtal kommit att spela en allt större roll för uppnåendet av en miljövänligare fördelning och användning av resurserna. Det här avsnittet presenterar miljöarbetet inom den Europeiska unionen och introducerar frivilliga miljöavtal som styrmedel.

4.1 EU:s miljö rätt och en hållbar utveckling

En av de kanske största miljöpolitiska utmaningarna inom Europa är frågan om hur det är möjligt att på ett effektivt och ändamålsenligt sätt uppnå miljömålen som samhället måste åtgärda för att det skall vara möjligt med en hållbar utveckling. Som ett led i detta bygger den Europeiska miljöpolitiken dels på försiktighetsprincipen, dels principerna om att förebyggande åtgärder bör vidtas, att miljöförstöring skall förhindras vid källan samt principen om att förorenaren skall betala.⁶⁰ Samtliga dessa principer genomsyrar miljöstyrningen.

4.1.1 Utvecklingen inom EU

För att styra miljöpolitiken har fleråriga miljöhandlingsprogram antagits, genom vilka utgångspunkterna för den Europeiska miljöpolitiken har formats.⁶¹ Beaktat unionens bakgrund, med tanke på att gemenskapens grunder från början var inriktade på ekonomiska frågor och att där inte fanns lagliga medel för gemenskapen att även behandla miljöhänsyn, är det inte förvånansvärt att arbetet med EU:s miljölagstiftning främst kommit igång vid slutet av 1960-talet.⁶² Ett första handlingsprogram efterlystes först vid Europeiska rådet i Paris 1972, där det tillkännagavs ett behov av en miljöpolitik för gemenskapen vid sidan om det ekonomiska samarbetet.⁶³

Inte förrän Europeiska enhetsakten 1987 infördes ett eget miljökapitel i Romfördraget som utgjorde den första rättsliga grunden för en gemensam miljöpolitik, i syfte att bevara miljö kvaliteten, skydda människors hälsa och säkerställa ett varsamt och rationellt utnyttjande av naturresurserna. Efteråt har miljöns betydelse både förstärkts och förtydligats genom senare

⁶⁰ Artikel 191(2) FEUF

⁶¹ Det sjunde miljöhandlingsprogrammet antogs november 2013 och innehåller nio policymål att uppnås till 2020 gällande klimat och miljö prioriteringar inom den europeiska miljöpolitiken.
<<http://ec.europa.eu/environment/newprg/index.htm>>

⁶² Townley, s 148

⁶³ Jordan, s 13-29

fördragsändringar till att omfatta ett eget politikområde med skyldighet att integreras i alla andra sektorer, som artikel 11 FEUF markerar, i syfte att främja en hållbar utveckling.⁶⁴

4.2 Styrmedel

Sedan man på Europeisk nivå först uppmärksammade begynnelsen till miljöproblem på slutet av 1960-talet till idag har en enorm mängd direktiv, förordningar och beslut meddelats på den Europeiska miljörettens område. Där det generellt kan sägas att effektiviteten har varit beroende på dels hur miljöpolitiken har genomförts i medlemsländerna och dels att bristande tillämpning och verkställighet bidragit till olika nivåer av framgång (ambitionerna är dock högt ställda).

Miljöpolitikens användning av administrativa styrmedel har utvecklats från att ha varit främst inriktad på lagstiftningsåtgärder, enligt en klassisk styrnings- och kontrollmodell (command and control) till att omfatta även marknadsbaserade instrument som ett alternativ, för att genom användningen av marknadsmekanismer uppnå miljömål.⁶⁵

4.2.1 Fördelar och nackdelar med administrativa styrmedel i miljöhänsende

Fördelarna med klassiska lagstiftningsåtgärder som styrmedel är att de exempelvis är väldigt effektiva att behandla specifikt uppkomna situationer.⁶⁶ Vill lagstiftaren komma åt utsläpp från en viss industri så är det ett effektivt sätt att föreskriva om utsläppsvärden som inte får överskridas. Likaså är skyddet av områden (naturområden eller reservat) eller kollektiva nyttigheter (som exempelvis en artrik mångfald fåglar inom ett visst område) något som är bäst uppnått genom lagstiftningsåtgärder på grundval av svårigheten för ekonomiska enheter på marknaden att i vinstsyfte bedriva ett miljöskydd som täcker sådana intressen. Lagstiftningsåtgärder innebär dessutom också en formell och etablerad procedur som är både rättssäker och öppen för insyn från början. För företagets del kan det vara en trygghet att ha en fast lagstiftad standard som de vet inte kommer ändras regelbundet. Särskilt i pressade konkurrensutsatta lägen med små marginaler eller i fall där betydande investeringar måste göras, så utgör en lagstadgad standard en säkerhet för vidtagna åtgärder (och att införda krav gäller för alla som omfattas genom en universal och icke-diskriminerande tillämpning).⁶⁷

Sett till nackdelarna, så utgör klassiska lagstiftningsåtgärder en relativt tidskrävande process där större hänsyn måste lämnas till flera olika faktorer ur ett allmänt perspektiv. Där erbjuds inte samma sorts handlingsfrihet som när privata aktörer frivilligt avtalar om olika lösningar genom avtal. Lagstiftningsåtgärder för att uppnå miljömål innebär oftast också att en sorts standard uppnås för en viss given tidpunkt genom lagstiftningen. Den standarden blir sedan lätt en måttstock för jämförelse och även om där skulle finnas ett inbyggt system för att uppdatera standarden, så kan det bli så att den utgör en innovations- och utvecklingsgräns. En gräns upp till

⁶⁴ Craig & De Búrca, "The Evolution of EU Law", s 653-692

⁶⁵ Kingston, s 51

⁶⁶ Imad, s 12-13

⁶⁷ Kingston, s 41-46

vilket företagen strävar att nå, men där de sedan inte tjänar något på att överträffa den lagstadgade standarden (efter vilket innovation och utveckling avstannar).⁶⁸

Där finns också informationsproblem som kan belasta lagstiftningsåtgärder, då frågor om vilka mål som skall uppnås och hur man bäst uppnår dem kan vara högst politiserade och föremål för dels informationsbrister men också beklagliga kompromisser som påverkar utgången (jämför exempelvis med politikmisslyckanden i avsnitt 2.3.4). Informationsmässigt, så även om företagen agerar i ett vinstintresse och generellt sett ser till sina egna intressen så besitter de ändå relevant information om vilka förbättringar som är möjliga att utföras och hur man kan tänkas bäst uppnå vissa mål (sett utifrån deras praktiska perspektiv, snarare än ur lagstiftarens perspektiv). Är det lagstiftaren enbart som sätter målen så är informationen som ligger till grund för åtgärderna det som avgör. Felaktig information riskerar antingen att lagstiftningen blir för långtgående (vilket riskerar att strypa tillväxten och utvecklingen) eller så innebär felaktigheterna att den riskerar bli för svag och i princip verkningslös utifrån miljöskyddet som den är tänkt att skapa. Till detta kommer också risken av ”regulatory capture”⁶⁹ där lobbyverksamheter framgångsrikt påverkat innehållet i lagstiftningen i en viss riktning som lätt kan tillintetgöra syftet med lagstiftningen.⁷⁰ Generellt sett, ju större ekonomiska intressen som påverkas, ju mer sannolikt är det att yttre faktorer försöker påverka utgången i ena eller den andra riktningen.

En lagstiftad standard riskerar dock att bli en falsk trygghet då den bara är så bra som tillsynen som ser till efterlevnaden. Lagstiftningen måste dessutom verkställas, administreras och kontrolleras genom en effektiv och aktiv tillsyn vilket tar begränsade resurser i anspråk.⁷¹

4.2.2 Marknadsbaserade instrument

Användningen av mer marknadsbaserade instrument som styrmedel inom EU:s miljöpolitik härstammar från början av 1990-talet och hur liknande åtgärder hade använts med framgång i USA. Precis som med klassiska administrativa styrmedel så är tanken att man formar beteendet men att det istället sker genom incitament och möjligheter till vinst- och nyttomaximering, i motsats till lagstiftningens ”tvångsjacka”. Sjätte miljöhandlingsprogrammet (2002 - 2012) satte betoning på användningen av marknadsbaserade instrument och det har uppskattats att kostnadsbesparingarna är sex gånger större vid användningen av marknadsbaserade instrument än vid användningen av klassiska lagstiftningsåtgärder.⁷²

4.2.3 Nackdelarna med marknadsbaserade instrument

Den mest uppenbara nackdelen med marknadsmässiga instrument som styrmedel är att marknaden inte alltid fungerar som den är tänkt och precis som med lagstiftningsåtgärder så finns där möjligheter att informationsbrister leder till oönskade resultat. Att värdesätta ändliga

⁶⁸ Kingston, s 47

⁶⁹ ibid, s 48

⁷⁰ Levi-Faur, s 98-99

⁷¹ Sett till Sverige så är Miljöbalken en bra miljöskyddslagstiftning, men tillsynen av länsstyrelserna och sanktioner av miljöåklagare lever inte upp till vad lagstiftningen kräver (på grund av resurs- och personalbrister) vilket i sig leder till att miljöskyddet blir därefter.

⁷² Kingston, s 51

resurser vars tillgång är en nödvändig förutsättning för framtida generationer är förenat med uppenbara svårigheter. När priset för den negativa externa effekten väl är satt och skall internaliseras så finns där också en viss obalans mellan större, mer framgångsrika marknadsaktörer och mindre, kanske nyare verksamheter, som inte har samma ekonomiska förutsättningar att betala. Detta kan då leda till att större, kanske mer miljöstörande verksamheter blir kvar på marknaden för att de kan betala för miljöförstöringen, medan mindre företag slås ut.⁷³

På det miljöpolitiska området uppnås störst effektivitet genom användningen av en kombination av såväl klassiska lagstiftningsåtgärder som marknadsbaserade styrinstrument tillsammans, om det är lämpligt utifrån miljömålen som man söker uppnå.

4.3 Frivilliga miljöavtal

Frivilliga miljöavtal tillhör miljöpolitikens administrativa styrmedel och är ett allt vanligare alternativ till lagstiftningsåtgärder, som uppfattas som mindre byråkratiska och mer flexibla än traditionella tillvägagångssätt.⁷⁴ I Europeiska kommissionens mening är det lämpligt att använda sådana åtgärder när det är möjligt för att förverkliga målen i fördraget och samtidigt ”förenkla lagstiftningsarbetet och själva lagstiftningen (samreglering, självregleringen, frivilliga branschspecifika avtal...)” vilket inte anses strida mot bestämmelserna i fördraget eller påverka lagstiftarens befogenheter.⁷⁵

Där finns ingen universal definition över vad som avses med miljöavtal utan begreppet täcker en lång rad förfaranden som ingås mellan minst två parter. Vägledande är dock Europeiska kommissionens meddelande om miljöavtal på gemenskapsnivå inom ramen för handlingsplanen för en bättre och enklare lagstiftning, där man skriver att ”miljöavtal på gemenskapsnivå är sådana som innebär att aktörer åtar sig att minska föroreningar, vilket anges i miljölagstiftningen, eller i miljömålen i artikel 174 i fördraget” (EG-fördraget, vilket är nuvarande artikel 191 FEUF). Sett till innehållet i artikel 191 FEUF så innebär detta att miljöavtal inte enbart är ämnade att minska föroreningar men också att ”bevara, skydda och förbättra miljön; att skydda människors hälsa; att bidra till att utnyttja naturresurserna varsamt och rationellt; samt att främja åtgärder på internationell nivå för att lösa regionala eller globala miljöproblem, särskilt för att bekämpa klimatförändringen”. Där måste alltså finnas ett direkt samband mellan miljöavtalet och målet att antingen minska föroreningen eller uppnå relevant skydd som täcks av artikel 191 FEUF.

För det här arbetet har jag använt termen horisontella miljöavtal för att avse självreglerade frivilliga miljöavtal som ingås mellan direkta eller potentiella konkurrenter (företag i samma tillverknings- eller försäljningsled) som genom avtal med miljömässig inriktning samarbetar för att uppnå ett miljömål.

Enligt kommissionens meddelande om miljöavtal så kan miljöavtal delas in i två kategorier. Dels finns där miljöavtal som har uppkommit spontant mellan marknadsaktörerna på helt frivillig

⁷³ Kingston, s 54

⁷⁴ XXV:e Rapporten om konkurrenspolitiken, s 41

⁷⁵ Meddelande från kommissionen om ”Miljöavtal på gemenskapsnivå inom ramen för handlingsplanen för en bättre och enklare lagstiftning”, KOM (2002) 412 slutlig, 17.7.2002, s 3

basis, i syfte att reglera och styra verksamheten, vilket kallas för självreglering; medan den andra kategorin omfattar samreglering.

4.3.1 Självreglering

Självregleringen initieras vanligast av intressenterna själva. Där finns inget formkrav på hur ett miljöavtal som avser självreglering måste vara utformat och det kan således vara antingen ett bindande skriftligt avtal eller en muntlig överenskommelse mellan minst två parter. Eftersom avtalen oftast innebär någon form av kontrollmekanism för att styra avtalsförhållande parterna emellan, som är avsedd att återopas inför nationella domstolar och minska problematiken med free-riders, så tenderar de till att omfatta skriftliga (bindande) avtal.

Parter till självreglering har ofta ett intresse av att stävja eller förekomma lagstiftningsåtgärder som annars har annonserats eller riskerar bli aktuella, där förekomsten av miljöavtal som självreglerar verksamheten onödiggör lagstiftningsåtgärdena. Enligt meddelandet från kommissionen så görs i så fall en bedömning om aktuellt avtal lämpar sig för att uppnå de mål som uppges i fördraget och om så bedöms vara fallet kan man antingen avvakta med lagstiftningsåtgärder eller inleda ett formellt förfarande och på så vis övervaka framstegen som görs genom avtalet.⁷⁶ Syftet med att inleda ett formellt förfarande är att utöva påtryckningar mot självreglerande avtalsparter som antingen tar för lång tid, inte uppnår målen eller annars framstår som mindre seriösa att uppnå miljömålen. För att påvisa att avtalen är seriöst menade så innehåller de oftast kontrollbestämmelser som möjliggör en uppföljning av deras effektivitet.

4.3.2 Samreglering

Den andra kategorin miljöavtal omfattar samreglering och avser när ett miljöavtal ingås inom ramen för en rättsakt som överlåter på berörda parter att genomföra innehållet i rättsakten. Av naturliga skäl är formen för dessa bindande och formellt bestämda av rättsakten som utgör en rättslig ram för innehållet. Lagstiftaren har därmed fastställt vilka mål som parterna har att uppnå, hur lång tid man har på sig att uppnå målen och om eventuella krav för genomförandet. Det bestäms hur efterlevnaden skall kontrolleras samt om eventuella sanktioner som kan behövas för att uppnå målen. Sen är det upp till parterna att avtala om hur man avser att implementera innehållet för att uppnå målet. I motsats till självreglering så inleds ofta samreglering på initiativ från Europeiska kommissionen riktat mot en viss industri eller som ett svar på frivilliga åtgärder från industrins sida.

I Europeiska kommissionens mening är samreglering en god väg att ”anpassa lagstiftningen till berörda problem och sektorer, och för att minska det lagstiftningsmässiga arbetet genom att man fokuserar på de viktigaste delarna av lagstiftningen och utnyttjar erfarenheterna från berörda parterna, i synnerhet operatörer och arbetsmarknadens parter”.⁷⁷

⁷⁶ Se exempelvis VOTOB ärendet; 22nd Report on Competition Policy, COMP REP EC 1992, s 106-108

⁷⁷ Meddelande från kommissionen om ”Miljöavtal på gemenskapsnivå inom ramen för handlingsplanen för en bättre och enklare lagstiftning”, KOM (2002) 412 slutlig, 17.7.2002, s 8

4.3.3 Fördelar med miljöavtal

Som fördelar lyfter kommissionen rent generellt fram de kvalitativa fördelar som miljöavtal kan leda till som ”ökat samförstånd, förbättrat informationsutbyte, ökad medvetenhet bland entreprenörer samt förbättrad miljöledning i företag”.⁷⁸ Just flexibiliteten och att det är en snabbare väg att uppnå lösningar än traditionella åtgärder värdesätts. Kritikerna menar dock att frivilliga miljöavtal är ett sätt för företagen att undvika att omfattas av lagstiftningsåtgärder som annars hade blivit aktuella eller genom ingåendet av avtalsförhandlingar orsaka i vart fall en försening av åtgärder som var riktade att uppnå miljömål.⁷⁹ Exempelvis att bilindustrin vet att lagstiftningsåtgärder planeras för att reglera utsläppsnormer för bilavgaser och ingår i avtalsförhandlingar som sen drar ut på tiden enbart i syfte att fördröja lagstiftningsåtgärderna. Cyniskt kan man säga att företagen inte har något att förlora på sådana förseningar då lagstiftningsåtgärderna hade varit aktuella ändå och det man sparar ekonomiskt på att fördröja en dyr framtvängad omställning kan ha en stor betydelse på en konkurrensutsatt marknad, om deras produktion eller försäljning är vad som lär omfattas av lagstiftningsåtgärderna.

4.3.4 Formen för framgång med miljöavtal

Hur effektivt ett miljöavtal är beror på en rad funktioner i själva avtalet, vilka mål som avses och parternas ambitionsnivå att förverkliga målen och möjligheten för kommissionen att utöva påtryckning på parterna att uppnå målen (exempelvis genom indirekta budskap om att lagstiftningsåtgärder kommer att bli aktuella om miljöavtalet inte uppnår sina mål).

Det går dock att identifiera vissa baskrav som miljöavtal borde ha för att lyckas. Miljöavtalet måste ha klart preciserade mål (från vilka det går att identifiera vad man skall uppnå för miljömässig förbättring). Avtalsförhandlingarna måste vara öppna och erbjuda insyn till så många intressenter som har intresse av det som möjligt. Förhandlingarna borde inkludera de viktigaste och betydelsefullaste aktörerna inom sektorn som avses. Avtalet bör innehålla provisioner avsedda att förhindra free-rider problem och även åtgärder avsedda att öka deltagandet bland olika aktörer (kan vara att man slipper ett annars ekonomiskt betungande system eller innehåll som medför uppfattningen om att ett misslyckade med att uppnå syftet med miljöavtalet kommer att leda till lagstiftningsåtgärder).⁸⁰

Kommissionens uppsättning bedömningskriterier för miljöavtal inkluderar även att ”ett miljöavtal måste ge ökat mervärde i form av en hög miljöskyddsnivå”.⁸¹ Där avtalet i vart fall leder till att resultaten som uppnås är att föredra över situationen som hade varit om miljöavtalet inte hade funnits. Miljöavtalet måste vara kostnadseffektivt att administrera och inte innebära orimliga administrativa kostnader i förhållande till mål som man avser uppnå och andra politiska instrument som hade kunnat användas för att uppnå samma mål. Avtalslutande parter måste vara representativa för en övervägande del av den berörda ekonomiska sektorn.

⁷⁸ Meddelande från kommissionen om ”Miljöavtal på gemenskapsnivå inom ramen för handlingsplanen för en bättre och enklare lagstiftning”, KOM (2002) 412 slutlig, 17.7.2002, s 4

⁷⁹ Kingston, s 80

⁸⁰ ibid

⁸¹ Meddelande från kommissionen om ”Miljöavtal på gemenskapsnivå inom ramen för handlingsplanen för en bättre och enklare lagstiftning”, KOM (2002) 412 slutlig, 17.7.2002, s 10

Målen som uppställs genom miljöavtalet måste vara tydliga och väldefinierade så att de kan kvantifieras på ett sätt att det går att trovärdigt mäta framsteg med uppställda mål och eventuella delmål i miljöavtalet. På den punkten underlättar det också möjligheten att beviljas undantag från förbudet om konkurrensbegränsande samarbete ifall det som eftersträvas kan kvantifieras till värden som objektivt kan översättas till konkreta ekonomiska vinster (exempelvis identifierbara energibesparingar av effektivare maskiner som leder till identifierbara kostnadsbesparingar för konsumenterna).⁸²

Där finns inga specifika bestämmelser som reglerar användningen av miljöavtal inkluderade i fördragen. Generellt gäller dock att miljöavtalen som upprättas inte får vara inkompatibla med målsättningarna i fördragen. Miljöavtalen måste därför uppfylla innehållet i bestämmelserna om den inre marknaden, konkurrensreglerna och vad som gäller för statligt stöd till miljön.

4.4 Kommentar

Ur ett miljöperspektiv så bidrar en involvering av olika marknadsaktörer till en ökad medvetenhet om vilka de faktiska kostnaderna är som associeras till användningen av miljöresurser. Innovation och utveckling blir inriktad på att hitta lösningar som innebär fördelar på marknadsmässiga grunder, istället för att bara uppnå en viss standard.

I flera lägen kan det bli så att lagstiftningsåtgärder som syftar till att reglera vissa miljöförhållanden endast blir kända av verksamheterna som har att tillämpa kraven, medan frivilliga miljöavtal, som ingås mellan ledande marknadsaktörer (för att konkret uppnå vissa miljöförbättringar), får informationsmässigt en större spridning bland konsumenterna. Dels genom tänkbara effektivitetsvinster som kommer konsumenterna tillhanda men också genom information om åtgärderna som skapar ett större miljömedvetande hos kunderna. Det har visat sig att ett sådant ökat miljömedvetande har lett till att produkter och tjänster som innebär miljöfördelar har prioriterats över andra mer miljöbelastande alternativ och på så vis tjänar miljön på en effektiv konkurrens som bygger på konsumenternas ökade miljömedvetande. Miljömässigt sämre produkter eller tjänster konkurreras då bort av alternativ som är bättre ur miljösynpunkt.

Miljöavtal framstår som ett väldigt användbart alternativ eller komplement till lagstiftningsåtgärder, särskilt i lägen då tillsynen av lagstiftningsåtgärder kan bli antingen för kostsam eller ineffektiv, och där större handlingsfrihet och effektivitetsvinster kan uppnås av att marknadsaktörerna själva får utforma innehållet i miljöavtalet. Skulle det visa sig att miljöavtalet inte haft avsedd effekt så återstår alltid lagstiftningsmöjligheter i reserv.

Där finns dock flera olika sätt genom vilka uppfyllandet av miljömässiga målsättningar genom miljöavtal kan komma att påverka konkurrensen på ett sätt som fångas av förbudet i artikel 101(1) FEUF; antingen genom avsiktliga försök att dra otillbörliga konkurrensfördelar eller genom för långtgående åtgärder som till effekt leder till märkbara påföljder för konkurrensen; vilket leder oss vidare på den röda tråden till artikel 101 FEUF i nästa avsnitt.

⁸² Meddelande från kommissionen om ”Miljöavtal på gemenskapsnivå inom ramen för handlingsplanen för en bättre och enklare lagstiftning”, KOM (2002) 412 slutlig, 17.7.2002, s 11

5 Konkurrensbegränsande samarbeten

Även om tidigare avsnitt har visat att där finns klara fördelar med användningen av miljöavtal för att uppnå miljömässiga målsättningar inom miljöpolitiken så aktualiserar användningen av marknadsmässiga mekanismer och marknadsaktörer också risker för samarbeten (främst horisontella samarbeten mellan direkta eller potentiella konkurrenter) som kan leda till att konkurrensen på marknaden drabbas negativt.

Vid valet att använda miljöavtal som ett administrativt styrmedel för att uppnå miljömål, istället för (eller som ett komplement till) lagstiftning, så har det dessutom samtidigt öppnats för att miljöpolitiska styrmedel blir föremål för konkurrenspolitiska bedömningar, som annars inte hade varit aktuella om enbart lagstiftningsåtgärder hade använts för att uppnå miljömålen.

Det blir därför aktuellt att undersöka hur horisontella miljöavtal kan komma att behandlas av konkurrensbestämmelserna utifrån artikel 101 FEUF och vilka bedömningar som görs när vikten av att bevara en fungerande konkurrens ställs mot miljömässiga målsättningar av att skapa ett ökat mervärde i form av en hög miljöskyddsnivå genom miljöavtal.

5.1 EU:s konkurrensregler

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

För det här arbetet kommer fokus att riktas enbart på tillämpningen av artikel 101 FEUF och hur tillämpningen kan omfatta miljömässiga förhållanden som uppstår genom användningen av självreglerade miljöavtal för att uppnå miljömässiga målsättningar.⁸³

5.1.1 Artikel 101 FEUF

Möjligheten för marknadsaktörer att i samförstånd avtala genom miljöavtal om förutsättningar för sina verksamheter kan enkelt leda till att konkurrensbegränsande samarbeten uppstår som träffas av det generella förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten i artikel 101(1) FEUF.

Artikel 101 FEUF har en generell räckvidd och är tillämplig inom samtliga ekonomiska områden i syfte att motverka och undanröja hinder för en effektiv konkurrens som behövs för dels marknadens funktion och dels att främja en gränsöverskridande handel genom marknadsintegration.⁸⁴ Formen för konkurrensbegränsande samarbete som täcks av artikeln saknar betydelse och artikeln är tillämplig på såväl formella som informella avtal eller därmed jämförliga samordnade förfaranden. Åtgärden som avses måste dock vara dels frivillig⁸⁵ (kan

⁸³ I syfte att underlätta läsningen så har hela artikel 101 FEUF inkluderats som en bilaga till arbetet. Se bilaga 1: Fördragstexten – Artikel 101 FEUF

⁸⁴ Karlsson & Östman, s 12

⁸⁵ Kingston, s 227

inte vara framtvindad genom exempelvis lagstiftningsåtgärder där parterna till avtalet inte hade några andra alternativ) och dels omfatta minst två parter (ensidiga ågeranden omfattas inte).⁸⁶

Sett till artikelns innehåll så är den inriktad på att uppnå en effektiv eller fungerande konkurrens med fokus på ett konsumentskydd, där det är konsumenternas intressen av en effektiv konkurrens och förbättringarna som uppstår därav som efterstråvas (konsumentvälfärd istället för den totala välfärden som avses, där man annars hade tagit hänsyn till både konsumenternas intressen och producenternas intressen).⁸⁷

5.1.2 Gruppundantag och tvingande nationell lagstiftning

Undantagna från tillämpningen av artikel 101(1) FEUF är dock sådana samarbeten som omfattas av olika gruppundantag som har utfärdats. Detta gäller för grupper av avtal som uppfyller villkoren i EU:s gruppundantagsförordningar. Presumtionen för gruppundantag är att kriterierna för undantag enligt 101(3) FEUF redan är uppfyllda. Om ett gruppundantag har meddelats så kan undantaget dock återkallas om det visar sig att ett avtal eller samarbete har allvarliga konkurrensbegränsande effekter. I dagsläget finns där inget gruppundantag för miljöavtal men det är fullt möjligt för ett miljöavtal att inrymmas under ett annat redan giltigt gruppundantag; exempelvis finns där gruppundantag för avtal om forskning och utveckling eller specialiseringsavtal.⁸⁸

Om ett konkurrensbegränsande samarbete orsakas av tvingande nationell lagstiftning ("compulsory cartel"⁸⁹), som omöjliggör för företagen att ågera konkurrensmässigt, så är artikel 101 FEUF inte tillämpligt på förfarandet (då ågerandet inte bygger på frivillighet). EU praxis på området innebär att artikel 101 FEUF utgår från att konkurrensbegränsningen måste orsakas av företagets självständiga beteende utan att det är framtvindat. Detta gäller dock endast om företagen är ålagda att ågera på ett konkurrensbegränsande sätt genom nationell lagstiftning eller om sådan lagstiftning utgör grunden i ett ramverk som omöjliggör ett annars konkurrensmässigt beteende från företagets sida.⁹⁰ Förutsättningen är att lagstiftningen inte ger något handlingsutrymme alls för ett självständigt beteende som hade annars kunnat leda till att den tvingande lagstiftningen uppnås på ett sätt som inte hade varit konkurrensbegränsande.

Beaktat tvingande lagstiftning så har företagen därmed ingen skyldighet att underlåta att tillämpa sådan lagstiftning, men konkurrensen kan bara begränsas när där inte finns andra tillgängliga alternativ öppna för företagets del.⁹¹ För medlemsstaterna gäller dock lojalitetsförpliktelsen i artikel 4(3) FEU, genom vilket följer en förpliktelse att säkerställa att fördragets skyldigheter fullgörs samt en skyldighet att avstå från alla åtgärder som kan äventyra att fördragets mål uppfylls. Sett till artikel 3(1)(b) FEU, om konkurrensregler nödvändighet för den inre marknads funktion och principen om EU-rättens företräde, så kan nationella domstolar och myndigheter vara skyldiga att underlåta att tillämpa nationella bestämmelser som står i konflikt med EU-rätten.

⁸⁶ Kingston, s 95

⁸⁷ *ibid*, s 173

⁸⁸ Karlsson & Östman, s 255-256

⁸⁹ Vedder, s 154

⁹⁰ Exempelvis mål C-280/08 Deutsche Telekom mot kommissionen REU 2010, I-9555, p 80

⁹¹ Karlsson & Östman, s 95-96

Skulle en annars tvingande nationell lagstiftning anses vara ogiltig så har företagen att rätta sig efter omständigheterna att tvånget har upphört och på så vis också upphöra med de tidigare framtvungade konkurrensbegränsningarna. Väljer företagen att fortsätta med konkurrensbegränsningarna, trots att tvånget har upphört, så har företagen inget skydd i att åtgärderna en gång var framtvungade. Efter modernisering genom förordningen nr 1/2003 så innebär detta också att nationella domstolar eller konkurrensmyndigheter inte får tillämpa nationella bestämmelser på ett sätt som strider mot artikel 101 FEUF.⁹²

5.1.3 Artikel 101(1) FEUF - Allmänt förbud

Artikeln är uppdelad i tre paragrafer som kommer att beskrivas var för sig nedan.

Första paragrafen, artikel 101(1) FEUF, innehåller ett allmänt förbud för avtal eller samordnade förfarande (en icke uttömmande lista återges i artikeln, punkterna a-e) mellan företag som har till syfte eller får till resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på den inre marknaden på ett märkbart sätt.⁹³

5.1.3.1 Avtal mellan företag

Det första att notera är att förbudet endast gäller för avtal mellan företag. Vad som räknas som ett företag har genom EU-domstolens praxis beskrivits att omfatta varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och oavsett hur den finansieras.⁹⁴ Det relevanta är om verksamheten i fråga erbjuder varor eller tjänster på marknaden (ekonomisk aktivitet) i vad som kan uppfattas som ett vinstsyfte.⁹⁵

Undantagna från att omfattas av begreppet ekonomisk aktivitet finns två typer av verksamheter; verksamheter som uppfyller en social funktion (såsom pensionssystem) och verksamheter som uppfyller ett allmänt intresse (exempelvis miljötillsyn). Avgörande för frågan om ekonomisk aktivitet och om verksamheten kan undantas är om verksamheten (tjänsten eller varan) är av en sådan beskaffenhet att den inte alltid eller nödvändigtvis behöver utföras av det allmänna. Om det allmänna (eller av det allmänna anvisad aktör) bedriver en viss verksamhet för allmänhetens skull (exempelvis förvaltningen av en kollektiv nyttinghet) och en privat aktör hade klarat av att kunna bedriva samma verksamhet under marknadsförhållanden så bedöms verksamheten utgöra en ekonomisk aktivitet på ett sätt som aktualiserar omfattningen av företagarbegreppet (och en möjlig tillämpning av artikel 101(1) FEUF).⁹⁶

⁹² Karlsson & Östman, s 95-96

⁹³ För resten av arbetet har jag valt att förkorta detta när lämpligt till att antingen stå "konkurrensbegränsande avtal" eller "konkurrensbegränsande samarbete".

⁹⁴ Se exempelvis EU-domstolens dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser, REG 1991, I-1979, p 21

⁹⁵ Craig & Burca (EU LAW), s 961

⁹⁶ Kingston, s 197-202

5.1.3.2 Samhandelskriterium

Andra kravet i första paragrafen är att avtalet mellan företagen (inbegripet beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden) måste kunna ”påverka handeln mellan medlemsstaterna”. Detta utgör ett samhandelskriterium som innebär att EU:s konkurrensregler inte är tillämpliga på förfaranden som inte utgör ett hot mot konkurrensen på den inre marknaden. Syftet är att skydda den fria handeln mellan medlemsländerna och förverkligandet av den inre marknaden. Samhandelskriteriet anses uppfyllt om avtalet innebär märkbara återverkningar för den inre marknads konkurrensstruktur. EU-domstolen använder ett handelsmönstertest för att avgöra om avtalet omfattas av artikel 101(1) FEUF, enligt vilket, om det kan göras sannolikt att avtalet (på grund av rättsliga eller faktiska omständigheter), antingen direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, kan komma att inverka på handelsflödet mellan medlemsstaterna på ett sätt som skadar förverkligandet av den inre marknaden, så anses samhandelskriteriet uppfyllt.⁹⁷ Omständigheterna som råder i det enskilda fallet är avgörande för bedömningen, där faktorer som avtalets karaktär, vad avtalet omfattar, parternas marknadsandelar och deras ställning på den relevanta marknaden vägs in för att avgöra påverkan. Kriteriet gäller avtalet som helhet utan något krav på att varje del har en märkbart påverkande effekt. Effekten måste dock kunna förutses med en hög grad av sannolikhet (det räcker inte med endast teoretiska möjligheter). Avtal som inte har en märkbar påverkan på handeln mellan medlemsstaterna omfattas inte av förbudet i artikel 101(1) FEUF.

5.1.3.2.1 De-minimis, small and medium enterprises och NAAT-regeln

Med tanke på kravet på en märkbar påverkan är det värt att påpeka att avtal mellan små och medelstora företag (small and medium enterprises (SMEs)), med hänvisning till den så kallade de-minimis regeln⁹⁸, normalt löper mindre risk att omfattas av samhandelskriteriet.⁹⁹ Kommissionen använder också vad som kallas för NAAT-regeln (no appreciable affect on trade) för att avgöra om ett avtal eller förfarande kan komma att ha en märkbar påverkan på handeln. Vad gäller horisontella avtal så innebär NAAT-regeln att sådana avtal inte kan påverka handeln på ett märkbart sätt om parternas sammanlagda marknadsandel inte överstiger fem procent¹⁰⁰ av någon relevant marknad¹⁰¹ och parternas sammanlagda årsomsättning avseende produkter och tjänster som omfattas av avtalet inte överstiger 40 miljoner euro.¹⁰² Intresset av att främja små och medelstora företags verksamheter är dock underordnat det överordnade syftet att främja en effektiv konkurrens och riktlinjerna utgör bara en guide, medan det är alltid omständigheterna i ärendet specifikt som avgör. Innebär ett avtal seriösa konkurrensbegränsande restriktioner över gränserna, som kan påverka den inre marknaden, ökar det risken att påverkan på handeln kommer att anses vara märkbar även för mindre aktörer.¹⁰³

⁹⁷ Karlsson & Östman, s 50

⁹⁸ Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget (de minimis), EGT C 368, 22.12.2001, s 13, p 3

⁹⁹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 86, p 50

¹⁰⁰ Craig & Burca (EU LAW), s 983-984

¹⁰¹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 86, p 52(a)

¹⁰² ibid, s 86, p 52(b)

¹⁰³ Se exempelvis VOTOB ärendet; 22nd Report on Competition Policy, COMP REP EC 1992, s 106-108

5.1.3.3 Syfte eller resultat att begränsa konkurrensen

Tredje kravet enligt första paragrafen är att avtalet måste ha till ”syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrinda konkurrensen inom den inre marknaden”. Alla avtal som direkt syftar till att vara konkurrensbegränsande omfattas av artikel 101(1) FEUF. Så kallade hard-core begränsningar (exempelvis fastställande av gemensamma priser eller uppdelning av marknader) anses normalt att ha som syfte att begränsa konkurrensen.¹⁰⁴

Vad gäller avtalets resultat omfattas en indirekt effekt av att avtalet leder till konkurrensbegränsningar. Både verkliga och potentiella effekter ingår i bedömningen. ”För att ett avtal ska ha konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 101(1) FEUF måste det ha eller sannolikt ha en märkbart negativ effekt på minst en av konkurrensparametrarna på marknaden, t.ex. pris, produktion, produktkvalitet, produktutbud eller innovation.”¹⁰⁵ Avtalet måste innebära en minskning av parternas möjligheter att fatta självständiga beslut. Bedömningen om eventuella konkurrensbegränsande effekter görs mot bakgrunden av parternas marknadsstyrka och avtalets rättsliga och ekonomiska sammanhang av hur konkurrensen på marknaden hade sett ut om avtalet med dess restriktioner inte hade funnits.¹⁰⁶ Om avtalet anses innebära en restriktion av konkurrensen som skulle ha funnits utan avtalet så är det en begränsning som omfattas av förbudet i artikel 101(1) FEUF.¹⁰⁷

5.2 Riktlinjerna 2001 och 2010 för tillämpning

Sett till horisontella miljöavtal (mellan direkta eller potentiella konkurrenter) så är det rätt tydligt att första paragrafen kan innebära eventuella problem för användningen av vissa begränsande miljöavtal som marknadsbaserade styrinstrument inom miljöpolitiken. Vägledande för marknadsaktörerna vid utformningen av miljöavtal blir riktlinjerna som har utfärdats av Europeiska kommissionen för tillämpningen av artikel 101 FEUF på horisontella samarbetsavtal (för vilket där finns riktlinjer från 2001 och 2010).¹⁰⁸

5.2.1 Moderniseringsprocessen

De senaste riktlinjerna är från 2010 och har omarbetats i linje med moderniseringsprocessen av EU:s konkurrensregler, där kapitlet om standardiseringsavtal har reviderats och ett nytt kapitel om informationsutbyte tillkommit. Moderniseringsprocessen är i linje med decentraliseringen som ägde rum genom rådets förordning nr 1/2003, där systemet för ansökan till kommissionen om icke-ingripande besked och ansökan om undantag från 101(1) FEUF avskaffades.

Numera är hela artikel 101 FEUF (inklusive möjligheten till undantag i tredje paragrafen) direkt tillämpligt på nationell nivå, istället för enbart 101(1) FEUF som tidigare. Det är upp till

¹⁰⁴ Craig & Burca (EU LAW), s 962-970

¹⁰⁵ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 8, p27

¹⁰⁶ ibid, s 9, p 29

¹⁰⁷ Craig & Burca (EU LAW), s 970-983

¹⁰⁸ På den punkten bör det noteras att riktlinjerna från 2001 har upphört men att de fortfarande innehållsmässigt utgör bra riktlinjer för hur miljöavtal kan komma att behandlas av kommissionen.

företagen att själva utvärdera om avtalet eller förfarandet omfattas av förbudet i artikel 101(1) FEUF och om så är fallet, huruvida kriterierna för undantag enligt artikel 101(3) FEUF är uppfyllda. Förändringen av systemet motiverades utifrån kostnads- och tidsbesparingar, då kommissionens arbetsbörda ansågs vara för stor av dåvarande system, med långa väntetider på svar och att en utökning av medlemsländerna skulle ytterligare försvåra kommissionens arbete (som redan innan ansågs inte vara särskilt effektivt för att avslöja verkligt allvarliga konkurrensbegränsande samarbeten). Tanken var att genom förordning nr 1/2003 skapa likvärdiga marknadsförhållanden inom hela den Europeiska unionen.¹⁰⁹

5.2.2 Ändringar i riktlinjerna från 2001 och från 2010

Om man jämför riktlinjerna för horisontella samarbetsavtal från 2010 med dem som gällde från 2001, så ser man bl.a. att det utförliga kapitlet om just miljöavtal (som behandlades i kapitel 7 i 2001 riktlinjerna) saknas helt.

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

Kommissionen bedyrar i informationsutskick som följde 2010 riktlinjerna, att borttagandet av miljökapitlet inte medförde en nedvärdering för bedömningen av miljöavtal och att appliceringen numera istället breddats till att omfatta ett större perspektiv, samt att miljöavtal numera bedöms under allmänna principer om horisontella samarbeten, istället för att behandlas i ett särskilt kapitel.¹¹⁰

Informationsmässigt så är principerna för behandlingen av miljöavtal dock oförändrade från 2001 riktlinjerna och dessa utgör därför en bra ram för en jämförande bedömning av miljöavtal även under nuvarande ordning.¹¹¹

5.3 Miljöavtal enligt riktlinjerna

Riktlinjerna från 2001 identifierade tre typer av miljöavtal beroende på deras effekter på konkurrensen. Första kategorin var miljöavtal som inte omfattades av artikel 101(1) FEUF alls, andra kategorin var miljöavtal som kunde omfattas, beroende på omständigheterna och tredje kategorin var miljöavtal som nästan alltid omfattades av artikel 101(1) FEUF. Skillnaden med nuvarande riktlinjer blir således att nuvarande klargör att varje avtal skall bedömas individuellt

¹⁰⁹ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 001, 4.1.2003, p 8

¹¹⁰ Competition Memo: Commission adopts revised competition rules on horizontal cooperation agreements, MEMO/10/676, 14.12.2010, s 4

¹¹¹ Med anmärkningen att kommissionens riktlinjer endast är vägledande och inte bindande.

med utgångspunkt ur aktuella förhållanden som råder, för att avgöra enligt artikel 101(1) FEUF om avtalet syftar till att begränsa konkurrensen eller får det som resultat.¹¹²

På den punkten känns det, ur ett användarperspektiv, som om riktlinjerna från 2001 var mer användarvänliga. Särskilt med tanke på att det efter moderniseringsförordningen är företagen som självmant måste bedöma om deras avtal är konkurrensbegränsande i den mening som avses med artikel 101(1) FEUF.

5.3.1 Avtal som inte omfattas

Till kategorin miljöavtal som inte omfattades av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i artikel 101(1) FEUF, oberoende av marknadsandelarna som innehas av parterna, noteras i riktlinjerna från 2001 som sådana miljöavtal som inte innebär någon särskild individuell skyldighet för parterna eller situationer då miljöavtalet bara avser ett allmänt åtagande att bidra till uppnåendet av ett generellt miljömål för en viss sektor.¹¹³ Bedömningen som ligger till grund för detta bygger på vilken grad av frihet som lämnas till parterna att självmant avgöra de tekniska och ekonomiska medel som det står fritt för parterna enligt avtalet att använda för att uppnå målen. Ju fler alternativ som finns att uppnå målen, ju fördelaktigare anses avtalet vara ur konkurrenssynpunkt.

Ett exempel på detta är hur kommissionen hanterade ett avtal gällande organisationen för Europeiska biltillverkare, ACEA, som gjorde frivilliga åtaganden för sina medlemmars räkningar att minska utsläppsvärdena av koldioxid från turistfordon.¹¹⁴ Målet var för en minskning med 25 % över en period på tio år. För detta fastställde ACEA en genomsnittsnivå för utsläppen som gällde för alla deras medlemmar tillsammans, men där det lämnades fritt för varje medlem att fastställa sin egen nivå. Kommissionen ansåg att detta uppmuntrade medlemmarna till att självständigt och i konkurrens med varandra utveckla ny teknik som skulle leda till minskningar av koldioxidutsläppen enligt miljöavtalet. Avtalet ansågs därför inte utgöra en konkurrensbegränsning.¹¹⁵

Inte heller omfattas miljöavtal som fastställer miljöprestanda för produkter eller processer som i sig inte väsentligt påverkar produkt- eller produktionsdiversiteten på den relevanta marknaden eller som endast marginellt påverkar inköpsbesluten.¹¹⁶ Exemplet som anges i riktlinjerna från 2001 var miljöavtal som reglerar förbjudna produkter eller produkter som annars håller på att fasas ut från marknaden, där begränsningar på konkurrensen inte kan anses vara betydelsefull (dock under förutsättningen att produktkategorierna omfattar en relativt liten marknadsandel).

Vidare gäller att miljöavtal, där det kan konstateras att avtalet leder till skapandet av en ny marknad, inte omfattas av artikel 101(1) FEUF. Exemplet som användes i riktlinjerna från 2001 avsåg etableringen av producentansvaret och miljöavtal om återvinningssystem. Avgörande är

¹¹² Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 8, p 23-31

¹¹³ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 184-185

¹¹⁴ Press Release från kommissionen, IP/98/865, ACEA

¹¹⁵ XXVIII:e Rapporten om konkurrenspolitiken, (1999) 743 slutlig, s 58, p 131

¹¹⁶ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 186

dock att parterna till miljöavtalet inte skall kunna uppnå målet med miljöavtalet på egen hand, eftersom det saknas andra alternativ (eller konkurrenter).¹¹⁷ Är det fullt möjligt att ensamt uppnå målet med avtalet så väcks frågor om varför avtalsparterna väljer att samarbeta. Vad gäller just återvinningssystem krävs exempelvis oftast stordriftsfördelar och behov av samarbeten för att skapa de enorma infrastrukturnät som behövs för att återvinningssystemen skall fungera rent ekonomiskt (baserat på kostnadseffektivitet).

5.3.2 Avtal som utgör gränsfall

Den andra kategorin miljöavtal som beskrivs i riktlinjerna från 2001 är sådana som utgör gränsfall och kan omfattas av artikel 101(1) FEUF beroende på omständigheterna. I sådana fall är det avgörande vilken effekt som avtalen har på marknaden. Exempelvis när ett miljöavtal omfattar en stor andel representanter av en bransch i enskilda medlemsstater (eller som täcker en stor andel av marknaden på gemenskapsnivå) så omfattas avtalet sannolikt av artikel 101(1) FEUF, om avtalet i betydande utsträckning begränsar parternas möjligheter att självant fastställa produkttegenskaper eller produktionsprocesser. Sådana avtal anses skapa en situation av inbördes påverkan parterna emellan som ger ett otillbörligt inflytande över produktionen och försäljning.¹¹⁸ Under sådana omständigheter finns där även risker att avtalet medför begränsningar för marknadsinträde för utomstående parter, exempelvis avseende produktionen vid leverantörer eller hos köpare.

Med utgångspunkt ur riktlinjerna från både 2001 och 2010, så framstår det klart att många typer av miljöavtal faller in under det som anses utgöra gränzsönsfall över avtal som kan komma att omfattas av artikel 101(1) FEUF.

5.3.2.1 Standardiseringsavtal som gränsfall

Bland sådana gränsfall är standardiseringsavtal¹¹⁹ som fastställer en miljömässig standard, vilka riskerar att omfattas om avtalet innebär en betydande begränsning av parternas möjligheter att fastställa produkttegenskaper, tillverkningsprocess eller påverkar en stor del av försäljningen.¹²⁰

2010 riktlinjerna lyfter fram standardiseringsavtalens positiva verkningar, som medförde betydande gynnsamma ekonomiska effekter genom att främja en ekonomisk interpenetration av den inre marknaden, utvecklingen av nya och förbättrade produkter och marknader, som i regel ökar konkurrensen och minskar kostnaderna för produktionen och försäljningen.¹²¹ Samtidigt flaggade kommissionen för riskerna med att det under vissa förhållanden kan uppstå konkurrensbegränsande effekter som medför begränsningar av priskonkurrensen och produktionsförsämringar, vilket i sig riskerar att begränsa för såväl marknadsinträden som innovation och teknisk utveckling. Där även informationsdelning i samband med

¹¹⁷ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 187

¹¹⁸ *ibid*, s 27, p 189

¹¹⁹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 56, p 263-335

¹²⁰ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 189

¹²¹ *ibid*, s 56, p 263

standardiseringen kan innebära konkurrensnackdelar (eftersom parternas självständiga ageranden riskerar att påverkas).¹²²

För att ett standardiseringsavtal skall anses falla utanför tillämpningen av artikel 101(1) FEUF så bör själva standarden vara tillgänglig för alla (icke-diskriminerande) samt avse en öppen (transparent) standard. Ett exempel hade varit ett standardiseringsavtal som omfattar frivilliga åtgärder att standardisera ett visst miljövärde, där standarden är utformad på ett öppet och objektivet sätt (och har utarbetats med övriga intressenter på marknaden och som även beaktar intressen hos tredje part (såsom exempelvis importörer)). Ett sådant förfarande begränsar möjligheterna till diskriminering av andra parter (exempelvis som i ACEA ovan, där standarden innebar en de facto diskriminering av utländska importörer). Standarden som utformas bör sen utgöra grunden för produktionen av ett stort antal produkter (något som kommissionen i 2010 riktlinjerna, punkt 331, har använt som exempel av en öppen standardisering av produktförpackningar för att illustrera ovan; där exemplet avsåg en frivillig standard som sannolikt skulle komma att utgöra en de facto-standard i branschen).¹²³

5.3.2.2 Produktionsavtal som gränsfall

Beroende på marknadsandelarna involverade så kan även produktionsavtal avseende miljömässiga målsättningar också komma att betraktas som gränsfall. Avgörande för utgången blir då, enligt 2010 riktlinjerna, egenskaperna hos den marknad där avtalet ingås och produktens art och marknadstäckning.

Särskilt förhållandet som skulle ha existerat om avtalet med dess restriktioner för konkurrensen inte funnits är viktigt för bedömningen. Ger ett produktionsavtal mellan konkurrenter upphov till en ny marknad som annars inte hade kunnat etableras, på grund av bristande teknisk kapacitet, så är produktionsavtalet inte att betraktas som konkurrensbegränsande på ett sätt som omfattas av 101(1) FEUF.¹²⁴ Eventuella restriktioner som avtalet innebär måste dock vara proportionerliga och objektivet försvarbara utifrån målet som skall uppnås.

5.3.2.3 Exklusivitetsavtal som gränsfall

Riktlinjerna från 2001 tar upp exklusivitetsavtal som grund för att avtal kan komma att omfattas av artikel 101(1) FEUF. Har avtalsparterna betydande marknadsandelar inom en väsentlig del av marknaden och de utser ett företag till exklusiv tillhandahållare av insamlings- och/eller återvinningstjänster för deras produkter kan konkurrensen väsentligen begränsas. Detta förutsätter att där faktiskt finns andra konkurrenter (faktiska eller potentiella (realistiskt sett)).¹²⁵

¹²² Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 56, p 264

¹²³ Kingston, s 247-249; för standardisering genom miljöavtal, se exempelvis kommissionens beslut 2000/475, CECED, OJ 2000 L 187/49 eller EACEM, OJ 1998 C12/02

¹²⁴ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 37, p 162-167

¹²⁵ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 191

När 2001 riktlinjerna utformades så var systemet för producentansvar i sin begynnelse och mer än ett decennium senare är systemet nu väl etablerat. Under tiden har flera miljöavtal som berört olika producentansvar och återvinningssystem kommit upp till prövning för att bedöma ifall avtalen har varit konkurrensbegränsande. Främst systemen som har utvecklats i Tyskland (DSD), Frankrike (Eco-Emballages), Österrike (ARA) och Förenade kungariket (Valpak) har varit uppe till behandling hos Europeiska kommissionen. Hur det tyska systemet, Duales System Deutschland (DSD), bedömdes kommer att undersökas längre fram som en del av ärendeanalysen i avsnitt 7.¹²⁶

5.3.2.4 Informationsutbyte som gränsfall

Informationsutbytet som sker i samband med samarbeten som aktualiseras av ett miljöavtal kan också innebära att det blir lättare för företagen att påverkas av informationen på ett sådant sätt att deras ageranden på marknaden inte längre blir självständiga; utan parterna anpassar sig efter konkurrenternas marknadsstrategier.¹²⁷

Den vinsten som finns på informationsdelning, som uppnås genom effektivisering, kostnadsbesparingar och eventuella vinster för konsumenterna (genom exempelvis effektivare lagerhållning, snabbare leveranser) kan enkelt komma att nollställas genom att incitamentet som finns för företagen att konkurrera på marknaden sätts ur spel genom ett informationsutbyte. Om parterna inleder avtalsförhandlingar om ett miljöavtal endast i syfte att dela konkurrensbegränsande information, så är det helt klart att artikel 101(1) FEUF gäller för detta. Men i fall där informationsutbytet sker som en nödvändig förutsättning för att man skall kunna uppnå målet med miljöavtalet och informationsutbytet är dels proportionerligt och dels objektivt försvarbart (att parterna annars inte hade ingått miljöavtalet om inte det hade varit möjligt att dela informationen), då kan informationsutbytet falla utanför tillämpningen av artikel 101(1) FEUF.

En tänkbar lösning på problematiken med informationsutbytet är om parterna till avtalet inte delar informationen med varandra direkt, utan informationen lämnas till en av parterna bestämd tredje part som sammanställer informationen¹²⁸ på ett sätt som inte medför insyn som kan påverka konkurrensläget, men som ändå medför att väsentliga delar av informationsmaterialet kan användas för att uppnå målsättningen med miljöavtalet.¹²⁹

5.3.2.5 Ancillary restriction doctrine för gränsfallsavtal

Beträffande miljöavtal som ligger i gränzonen till att omfattas av ett förbud med anledning av restriktioner så beskriver Kingston i sin bok, *Greening EU Competition Law and Policy*, vad hon kallar för en ”ancillary restriction doctrine” (benämns också som ”inherent restriction-approach” av Vogelaar och Mortelmans i doktrinen¹³⁰); där miljöavtal som innebär begränsningar av konkurrensen kan bedömas med hänsyn tagen till om begränsningarna som avtalet medför är

¹²⁶ Avsnitt 7.3 nedan, se sida 80

¹²⁷ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 13, p 58

¹²⁸ Se exempelvis kommissionens beslut 2000/475, CECED, OJ 2000 L 187/51, p 38

¹²⁹ Kingston, s 246

¹³⁰ Vedder, s 148

vitala för uppnåendet av målet som ligger till grund för miljöavtalet. Det har erkänts av såväl kommissionen som EU-domstolen, att konkurrensbegränsningar som avses i artikel 101(1) FEUF kan i vissa fall vara motiverade om de är absolut nödvändiga.¹³¹

Bedömningen ovan blir dock avhängig på om avtalet ens hade ingåtts utan restriktionen som avses (Albany¹³²-doktrinen) eller, i fall då konkurrensen begränsas, så måste sådan begränsning anses vara en nödvändig funktion av avtalet (Wouters¹³³-doktrinen).¹³⁴

EU-domstolens praxis har utvecklats som beskrivs ovan så att en restriktion inte omfattas av artikel 101(1) FEUF om den är proportionerlig och därmed objektivt kan försvaras som en nödvändig restriktion; utan vilket målet med avtalet inte kan uppfyllas. Detta har gällt vid omständigheter som berört kvalitetskontroll, behovet att inte skada produkter och exempelvis i frågor om att säkerställa konsumenthälsa.

Vad gäller miljöavtal är det enligt Kingstons mening aktuellt att ta hänsyn till om avtalet ens hade ingåtts utan ett visst restriktivt innehåll (exempelvis innehåll som reglerar free-rider problematiken) och att en sådan bedömning blir avhängig en proportionalitetstest. Finner man att restriktionerna är proportionerliga och objektivt försvarbara för att kunna uppnå målet med avtalet så borde detta medföra att avtalet kan falla utanför tillämpningen av artikel 101(1) FEUF. Det åligger dock parterna till avtalet att kunna bevisa att så är fallet så objektivt som möjligt. Moderniseringen av tillämpningen av konkurrensreglerna genom rådets förordning nr 1/2003 (som numera innebär att hela artikel 101 FEUF har direkt effekt i medlemsländerna) har gjort att distinktionen mellan att undvika ett förbud genom 101(1) FEUF och möjligheten till att undantas från ett förbud enligt 101(3) FEUF har minskat i betydelse.¹³⁵ Utifrån ovan kan det dock göras gällande att EU-domstolen under vissa omständigheter (som i Wouters och Albany målen) är beredd att beakta vissa icke-ekonomiska faktorer vid bedömningen av omständigheterna under prövning för artikel 101(1) FEUF.¹³⁶

Vad avser kommissionens ställningstagande i frågan finns vägledning dels i riktlinjerna om horisontella samarbetsavtal från 2001¹³⁷ och 2010. Det följer av 2010 riktlinjerna att ”syftet med riktlinjerna är att skapa ett analysunderlag för de vanligaste typerna av horisontella samarbetsavtal... Detta underlag grundar sig främst på rättsliga och ekonomiska kriterier med hjälp av vilka ett horisontellt samarbetsavtal och det sammanhang det förekommer i kan undersökas. Ekonomiska kriterier, såsom parternas marknadsstyrka och andra faktorer som har samband med marknadsstrukturen, är avgörande för bedömningen av ett horisontellt samarbetsavtals sannolika marknadseffekt och därmed bedömningen enligt artikel 101.”¹³⁸

Utifrån detta följer att kommissionens fokus har en klar ekonomisk prägel med beaktande av eventuella ekonomiska fördelar som följer av ett samarbete. Vid prövningen av förbud enligt artikel 101(1) FEUF gör kommissionen ingen värdering av ett avtals eventuella positiva fördelar

¹³¹ Tridimas, s 235-236

¹³² Förenade målen C-115/97, C-116/97 och C-117/97 Albany, Brentjens [1999] ECR I – 6025

¹³³ Mål C-309/99 Wouters [2002] ECR I – 1577

¹³⁴ Kingston, s 247

¹³⁵ *ibid*, s 233-242

¹³⁶ Tridimas, s 235

¹³⁷ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 192-194

¹³⁸ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 11 p 5

utan man utgår ifrån om ett avtal har konkurrensbegränsande effekter som har en märkbar negativ påverkan på minst en av konkurrensparametrarna på marknaden (pris, produktion, produktkvalité, utbud eller innovation). Man jämför omständigheterna som avtalet framkallar med ett läge där ett avtal inte hade funnits. Kommissionen noterar att vid ett sådant läge ”beaktas inte eventuella effektivitetsvinster som avtalet kan ge upphov till, eftersom de endast bedöms mot bakgrund” av artikel 101(3) FEUF.¹³⁹

Det står därmed fast att kommissionen utgår från en snäv ekonomisk tolkning som enbart tar hänsyn till ekonomiska värden ur ett konsumentvälfärdsperspektiv. Kommissionen gör ingen balansering av eventuella för- och nackdelar som ett avtal kan medför vid prövningen enligt artikel 101(1) FEUF, utan sådana balansering anser kommissionen borde utföras endast genom beaktande av kriterierna för undantag enligt 101(3) FEUF.

5.3.3 Avtal som nästan alltid omfattas av förbudet

Beträffande den sista och allvarligaste kategorin av miljöavtal, som nästan alltid omfattas av artikel 101(1) FEUF, gäller miljöavtal där det kan göras sannolikt att avtalet är en täckmantel för en dold kartell som har för avsikt att fastställa priser, begränsa produktionen eller dela upp marknader på ett sätt som är förbjudet; där samarbetet egentligen inte avser uppnåendet av ett egentligt miljömål så mycket som ett möjliggörande för företagen att begränsa konkurrensen på marknaden.

Detta gäller även för sådana samarbeten som ingår inom ramen för mer omfattande konkurrensbegränsande avtal, som har som syfte att utestänga faktiska eller potentiella konkurrenter.¹⁴⁰

I den här kategorin blir bevisningen avgörande för bedömningen om vad samarbetet faktiskt är avsett att uppnå. Även om där skulle finnas ett genuint och erkänt miljömål så får avtalet inte innebära ett fastställande av priser, begränsningar av produktion eller en uppdelning av marknader. EU-domstolen har exempelvis avgjort ett ärende (IAZ-målet¹⁴¹) som behandlade avtal angående miljömärkning av tvätt- och diskmaskiner, där märkningen skulle vara ett tecken på att maskinerna uppfyllde de tekniska kraven som ställdes i nationell lagstiftning. Domstolen fann dock att själva syftet med avtalet faktiskt var att begränsa importen av liknande maskiner, då föreslagen märkning endast var tillgänglig för nationella tillverkare, vilket effektivt hade förhindrat importen.¹⁴² Likaså behandlade kommissionen ett ärende (VOTOB¹⁴³) som trots ett genuint miljömål (med att minska luftburna utsläpp från kemikaliedeponering) så innehöll avtalet ett fastställande av priser och trots att priserna var relativt låga (under 5 % av parternas totala kostnader) så ansåg kommissionen att det var en otillåten begränsning av konkurrensen.

¹³⁹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 11, p 29

¹⁴⁰ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 188

¹⁴¹ Förenade målen 96-102, 104, 105, 108 och 110/82, IAZ international Belgium NV mot kommissionen [1983], ECR 3369

¹⁴² Kingston, s 245

¹⁴³ VOTOB ärendet, se 22nd Report on Competition Policy, COMP REP EC 1992, s 106-108

Utifrån riktlinjerna från 2010 så har kommissionen specificerat att avtal som leder till en betydande grad av gemensamma kostnader generellt sett täcks av förbudet i artikel 101(1) FEUF.¹⁴⁴

5.4 Kommentar

Som har visats ovan så omfattar artikel 101(1) FEUF avtal eller andra förfaranden vilka har som syfte eller resultat att begränsa konkurrensen. Vid bedömningen som görs, om en åtgärd skall anses vara förbjuden, tar kommissionen generellt sett inte hänsyn till annat än rent ekonomiska faktorer som påverkar konkurrensen på marknaden.

Fokus ligger på om en ”märkbart negativ effekt på minst en av konkurrensparametrarna på marknaden, t.ex. pris, produktion, produktkvalitet, produktutbud eller innovation” inträffar.¹⁴⁵ Bakomliggande syftet är att skydda konkurrensen och bevara konsumentvälfärden.

Generellt sett tar man inte hänsyn (i artikelns första paragraf) till vilka positiva effekter ett avtal kan få för genomförandet av andra målsättningar (den totala välfärden), utan lagtexten är klar och har en tydlig ekonomisk prägel. Det sätt genom vilket miljöhänsyn kan komma att integreras i bedömningarna är i artikelns tredje paragraf. Ett resultat av vilket är att bedömningar av miljöavtal enligt första paragrafen egentligen sker med utgångspunkt av samma principer som gäller för alla andra horisontella samarbetsavtal.

Med tanke på hur en del av bedömningsgrunden utgörs av att kontrollera bland annat marknadsandelar kan detta ha en orättvis effekt för miljöavtal som bygger på tanken om att målsättningarna effektivast uppnås genom antingen koncentrationer av marknads viktigaste aktörer (för att agera gemensamt mot ett visst mål - exempelvis att upprätta en de facto-standard) eller genom stordriftsfördelar. Risken finns enligt riktlinjernas tillämpning att miljöavtal kommer att bedömas som konkurrensbegränsande på ett sätt som fångas av första paragrafen, jämfört med andra avtal som kanske har rent ekonomiska målsättningar, om miljöavtalen är beroende på en koncentration av marknads parter för att uppnå syftet (där det även kanske finns enklare begränsningar som förstärker påverkan av stora marknadsandelar). Samtidigt, om så vore fallet så innebär tredje paragrafen att undantag kan beviljas med beaktande av omständigheterna som gäller för avtalet specifikt (dock hade parterna till ett miljöavtal som fångas enligt ovan säkerligen föredragit att inte behövt ha ett undantag från första början).

Miljöavtal som har en märkbar effekt på konkurrensen och som uppfyller de andra kraven enligt första paragrafen kommer att omfattas av förbudet oavsett miljömålet som eftersträvas. Därför är det viktigt för funktionaliteten av miljöavtal som miljöpolitiskt styrmedel att möjligheterna till undantag enligt artikel 101(3) FEUF också faktiskt väger in miljöhänsyn enligt integrationsprincipen i bedömningarna.

¹⁴⁴ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s. 9, p 32-38

¹⁴⁵ *ibid*, s. 8, p 27

5.5 Artikel 101(2) FEUF - Avtals ogiltighet

Om artikel 101(2) FEUF kan bara tilläggas att ogiltighet följer automatiskt vid omständighet att första paragrafen skulle kunna tillämpas på innehållet i ett avtal, beslut eller förfarande; vilket om så sker, aktualiserar en undantagsprövning enligt tredje paragrafen nedan. Uppfylls förutsättningarna för undantag så blir ett annars otillåtet samarbete acceptabelt och kan inte drabbas av ogiltighet enligt andra paragrafen.

Med anledning av moderniseringsförordningen nr 1/2003 så har sedan 2004 gällt att företagen har på eget ansvar behövt pröva förutsättningarna för tillämpning av såväl ogiltighet som undantag på eventuellt konkurrensbegränsande samarbeten. Möjligheten att få ett individuellt undantag som innan moderniseringsprocessen genom icke-ingripandebesked har ersatts med bland annat ett legalundantag som presumeras vara giltigt tills det är visat att förutsättningarna för undantag inte gäller.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Craig & Burca (EU LAW), s 984

6 Undantagsprövningen

Om kriterierna i 101(1) FEUF är uppfyllda, och som har visats ovan så finns där många omständigheter under vilka miljöavtal kan uppfylla kriterierna för förbud, så är avtalet förbjudet och blir således automatiskt ogiltigt enligt 101(2) FEUF. Endast om avtalet också uppfyller kriterierna för undantag enligt 101(3) FEUF (eller omfattas av ett giltigt gruppundantag) kan avtalet anses som giltigt.

6.1 Översiktligt om artikel 101(3) FEUF

Artikel 101(3) FEUF är i praktiken tillämplig på alla typer av avtal och innehåller fyra kumulativa kriterier som samtliga måste vara uppfyllda för att avtalet skall vara undantaget ett förbud enligt första paragrafen.¹⁴⁷ Kriterierna syftar till att påvisa vilka konkurrensfrämjande fördelar som finns i avtalet och jämföra dessa med konkurrensbegränsningarna som avtalet medför. Det görs en bedömning av de positiva ekonomiska effekterna som uppstår på grund av ett konkurrensbegränsande avtal som kan leda till ett främjande av konsumenternas välfärd och en effektivare resursfördelning.¹⁴⁸

Den konkurrensfrämjande effekten som avses är effektivitetsvinster genom avtalet som leder till exempelvis mervärden genom att sänka produktions- och tillverkningskostnader eller förbättringar i produktens kvalitet (eller rentav möjligheten att tillverka en helt ny produkt), som i sig leder till objektivt konstaterbara ekonomiska fördelar (som i jämförelse uppväger eventuella negativa effekter som uppstår till följd av avtalets konkurrensbegränsningar).¹⁴⁹

6.1.1 Kommissionens fokus för undantag

Kommissionens fokus i frågan om ett konkurrensbegränsande avtal kan undantas ligger på att avtalet måste medföra bevisbara objektiva ekonomiska fördelar. Där syftet med artikel 101(3) FEUF är att utgöra en rättslig ram för en ekonomisk analys av konkurrensbegränsningar som ändå möjliggör en effektiv konkurrens, utan att den analysen (och tillämpningen av artikel 101(3) FEUF) påverkas av andra politiska faktorer.¹⁵⁰

Det vill säga, kommissionen har en snävare ekonomisk syn som balanserar konkurrensbegränsningar mot effektivitetsvinster¹⁵¹ utan att tillmäta större betydelse till icke ekonomiska hänsyn. Detta synsätt kommer också till uttryck i kommissionens riktlinjer för hur artiklarna i fråga tillämpas.¹⁵² I praktiken så är verkligheten dock så att det är omständigheterna i

¹⁴⁷ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 104, p 46

¹⁴⁸ Craig & Burca (EU LAW), s 984-989

¹⁴⁹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 97, p 32 och 33

¹⁵⁰ White Paper on modernisation of the rules implementing Articles 81 and 82 (formerly Articles 85 and 86) of the EC Treaty, OJ 1999 C 132/1, p 56-57

¹⁵¹ Townley, s 175-176

¹⁵² Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 11, p 48-49

vart individuella fall som blir avgörande¹⁵³, vilket har visats i såväl ärenden som hanterats av kommissionen som EU-domstolen; där vissa icke-konkurrenspolitiska mål kan beaktas så länge själva konkurrensen begränsas så lite som möjligt och där eventuella begränsningar måste vara objektivt försvarbara för att uppnå målsättningarna.¹⁵⁴

EU-domstolen har bl.a. i ett avgörande från 1986 (Metro II) lyft fram att underhållet av en fungerande konkurrens är förenligt med beaktandet av andra målsättningar än rent konkurrensmässiga och att vissa begränsningar av konkurrensen kan rättfärdigas om de är nödvändiga för att uppnå målsättningarna och om detta inte leder till en eliminering av konkurrensen på en stor del av den gemensamma marknaden.¹⁵⁵ Målsättningar som eftersträvas genom andra bestämmelser i fördragen (exempelvis miljömål) kan beaktas i den mån de kan inordnas under befintliga kriterier för undantag i 101(3) FEUF.¹⁵⁶

Ett ambitiöst miljöavtal som innehåller konkurrensbegränsningar och som träffas av förbudet i 101(1) FEUF kan exempelvis fortfarande vara giltigt om det också uppfyller kriterierna för undantag enligt 101(3) FEUF. På det sättet behöver man inte juridiskt minska räckvidden av kriterierna som finns i artikel 101(1) FEUF, för att exempelvis tillgodose en integration av miljömål inom konkurrensrätten, eftersom artikel 101(3) FEUF möjliggör för eventuella undantag. Företagen behöver inte heller släppa efter vad gäller konkurrensaspekter, vars avsaknad annars hade riskerat hela syftet med miljöavtalet (och utan vilka företagen kanske hade varit mindre villiga att bära risken för miljöavtalet). Bara det faktum att ett begränsande avtal gäller ett miljöavtal är dock inte skäl nog för att utgöra något undantag, utan miljöavtalet i sig måste uppfylla kriterierna för undantag.¹⁵⁷ Eventuella konkurrensbegränsningar som medförs av miljöavtalet måste innebära att effektivitetsvinster uppnås och begränsningarna som finns måste vara nödvändiga (samt försvarbara) för att uppnå syftet med miljöavtalet.

6.2 Grunderna för undantag enligt artikel 101(3) FEUF

För att ett avtal skall kunna vara undantaget enligt 101(3) FEUF så måste det innebära:

a) effektivitetsvinster, b) att en skäligen andel konsumenterna kan ta del av dessa vinster, c) att konkurrensbegränsningar som medförs skall anses vara nödvändiga (objektivt försvarbara), och d) att konkurrensen inte får sättas ur spel genom avtalet. Kriterierna är uttömmande och ett undantag kan inte göras beroende av andra faktorer. Är de kumulativa kriterierna uppfyllda så föreligger undantag enligt 101(3) FEUF. Omfattas ett avtal av ett gruppundantag så presumeras det att kriterierna ovan är uppfyllda (beträffande miljöavtal så finns där inget särskilt gruppundantag för just miljöavtal, utan ett miljöavtal måste antingen inrymmas under ett redan gällande gruppundantag i sig eller i övrigt uppfylla kriterierna för undantag på egen hand).

¹⁵³ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 97, p 6

¹⁵⁴ Kingston, s 264

¹⁵⁵ Mål 75/84 Metro mot Kommissionen (nr 2), ECR 1986, s 3021, p 65

¹⁵⁶ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 103, p 42

¹⁵⁷ Vedder, s 162

6.2.1 Först kriteriet - Effektivitetsvinster

Första kriteriet i artikel 101(3) FEUF handlar om att definiera vilka typer av effektivitetsvinster som kan uppstå genom ett avtal och som eventuellt blir underlag för analys av de andra kriterierna för undantag i artikel 101(3) FEUF.¹⁵⁸ Ordalydelsen i paragrafen är att avtalet eller förfarandet måste bidra till ”att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande”.

Enbart sett till ordalydelsen kan det framstå som svårt att få in miljöhänsyn som ett skäl till undantag när det verkar som om all vikt tycks ligga på ekonomiska hänsyn (som innebär effektivitetsvinster). Detta måste dock beaktas mot bakgrund av kravet för ett miljöskydd i unionens politik, där riktningen är en hållbar utveckling. Kommissionen har i sin tjugofemte rapport om konkurrenspolitiken bl.a. formulerat det så att vid en analys (av miljöavtal) ”väger kommissionen de konkurrensbegränsningar som uppstår till följd av avtalet mot de miljömässiga målsättningar som kan realiseras. För detta tillämpas principen om proportionalitet enligt artikel 85.3 (EG-fördraget). Framförallt ses förbättringar av miljön som ett element som bidrar till att förbättra produktionen och till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande.”¹⁵⁹ Detta vittnar om en positiv inställning till värdet av miljöförbättringar, genom exempelvis miljöavtal, och hur sådana förbättringar kan uppfylla första kriteriet beträffande effektivitetsvinster om begränsningarna av konkurrensens som uppstår står i proportion till vinsterna.

6.2.1.1 Ekonomiskt eller tekniskt framåtskridande

Vad som menas med ett ekonomiskt eller tekniskt framåtskridande har etablerats i bl.a. Consten och Grundig målet att omfatta en bevisligen märkbar förbättring av sådan art att den måste i ”synnerhet medföra märkbara och objektiva fördelar som kan uppväga de nackdelar som avtalet kan ha för konkurrens”.¹⁶⁰ Vidare har kommissionen i ett flertal beslut poängterat att ett avtal måste innebära en objektiv förbättring över den situation som annars hade varit (utan avtalet) för att det skall anses innebära ett ekonomiskt eller tekniskt framåtskridande.¹⁶¹

6.2.1.2 Effektivitetsvinster utifrån 2001 riktlinjerna

Sett till riktlinjerna från 2001, för tillämpningen av artikel 101 FEUF på horisontella samarbetsavtal, och då specifikt för miljöavtal, så listar kommissionen ekonomiska fördelar som ”nettofördelar i fråga om mindre miljöbelastning till följd av avtalet, jämfört med ett utgångsläge där inga åtgärder vidtas”. Detta omfattar fördelar för antingen enskilda konsumenter eller konsumentkollektivet som helhet, där de förväntade ekonomiska fördelarna måste väga tyngre än kostnaderna.¹⁶² Till sådana kostnader räknas ”effekterna av minskad konkurrens jämte

¹⁵⁸ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 104, p 50

¹⁵⁹ XXV:e rapporten om konkurrenspolitiken – KOM(96)126 slutlig, s 41, p 85

¹⁶⁰ Dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56 och 58–64, Etablissements Consten sàrl och Grundig-VerkaufsGmbH mot kommissionen, Rec 1966, s 296

¹⁶¹ Vedder, s 162

¹⁶² Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 193

ekonomiska operatörers kostnader för att uppfylla miljökraven och/eller effekter på tredje parter”.¹⁶³

Enligt 2001 riktlinjerna kan eventuella fördelar bedömas i två steg. Det första omfattar ett läge där miljöavtalet innebär en nettofördel för enskilda konsumenter under en rimlig period. Vid ett sådant läge med nettofördelar för konsumenterna finns där ”inget behov att objektivt fastställa de totala miljöfördelarna”.¹⁶⁴ Det andra omfattar ett läge där det kan behövas en nyttokostnadsanalys för att bedöma om ”nettofördelar för konsumenterna i allmänhet är sannolika under rimliga förhållanden”.¹⁶⁵ I kommissionens mening så skulle nettobidraget kunna leda till att en förbättring av miljösituationen som därmed uppstår totalt sett överväger kostnaderna som följer genom avtalet och på så vis aktualisera att kriteriet skulle anses vara uppfyllt.¹⁶⁶

6.2.1.3 Effektivitetsvinster utifrån 2010 riktlinjerna

Som har påpekats tidigare, så har riktlinjerna från 2010 inget särskilt kapitel om miljöavtal och därmed har resonemanget ovan inte inkluderats i riktlinjerna. Istället finner man vägledning i det allmänna analysunderlag som finns i avsnitt 1.2 om grundläggande principer för bedömningar enligt artikel 101 (som innehåller hänvisningar till riktlinjerna för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget).

De nyare riktlinjerna från 2010 har en tydligare ekonomisk prägel beträffande analysen av miljöavtal, där effektivitetsvinster avser ”objektiva ekonomiska effektivitetsvinster”¹⁶⁷ som skapas genom att företagen kan utföra uppgifter till lägre kostnader eller med större mervärde för konsumenterna.¹⁶⁸ Vid bedömningen av effektivitetsvinster enligt de nya riktlinjerna så görs det en åtskillnad mellan kostnadsbesparingar på ena sidan och kvalitativa effektivitetsvinster (vilka medför ett nyvärde i form av nya eller förbättrade produkter, bättre utbud av produkter för konsumenterna) på andra sidan.¹⁶⁹

Det är endast objektiva ekonomiska fördelar som beaktas i analysen om effektivitetsvinster och således inte vad parterna till avtalet uppfattar som eventuella vinster. Att parterna till ett miljöavtal får kostnadsbesparingar (ökade vinster) enbart till följd av att parterna tillsammans utövar marknadsstyrka är exempelvis inte något som beaktas som en effektivitetsvinst som skulle möjliggöra att kriteriet uppfylls. Eventuella kostnadsminskningar för parterna måste översättas till konkurrensfrämjande effekter på marknaden för att rymmas in under artikel 101(3) FEUF.¹⁷⁰ Som tidigare ligger fokus på konsumentvälfärd och att eventuella vinster skall leda till förbättringar för konsumenterna på marknaden.

¹⁶³ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 194

¹⁶⁴ *ibid*

¹⁶⁵ *ibid*

¹⁶⁶ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 198

¹⁶⁷ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 11, p 48

¹⁶⁸ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 105, p 59 och 62

¹⁶⁹ *ibid*, s 105, p 59

¹⁷⁰ *ibid*, s 105, p 49

6.2.1.4 Bevisning av effektivitetsvinster

Om ett miljöavtal innebär konkurrensbegränsningar som omfattas av 101(1) FEUF så måste parterna till avtalet kunna bevisa eventuella påståenden om effektivitetsvinster så att det är möjligt att bekräfta sådana vinster. Påståenden måste därför underbyggas med konkret information om effektivitetsvinsternas art, kopplingen som finns mellan miljöavtalet och effektivitetsvinsterna (sambandet dem emellan), sannolikheten för och omfattningen av effektivitetsvinsterna, samt hur och när eventuella vinster skulle uppnås. Det är parterna till avtalet som har bevisbördan och påståenden som inte kan styrkas avvisas.¹⁷¹

Utifrån ovan kan man utläsa att kommissionens uppfattning om effektivitetsvinster, enligt de nya riktlinjerna, är att icke-ekonomiska målsättningar, som inte kan omvandlas till att omfatta bevisbara effektivitetsvinster, inte kan utgöra grunden för undantag enligt första kriteriet. Där måste finnas en ekonomisk koppling till objektiva ekonomiska effektivitetsvinster som antingen kan utgöras av kostnadsbesparingar eller kvantitativa effektivitetsvinster. Kommissionen har inte uttryckligen behandlat frågan om miljömässiga vinster i sig själva kan utgöra sådana effektivitetsvinster som skulle kunna möjliggöra undantag, utan att behöva omsätta sådana till ekonomiska värden.

6.2.1.5 Kommentar

När ett miljöavtal innebär direkta och bevisbara besparingar för antingen enskilda konsumenter eller konsumentkollektivet så är första kriteriet uppfyllt. Även vid händelse av att priserna för konsumenterna faktiskt ökar som en följd av miljöavtalet så kan detta kompenseras av att en annan följd av miljöavtalet eventuellt skulle kunna vara att konsumenterna ersätts genom andra kostnadsbesparingar (även beaktat i ett längre tidsperspektiv). Finns där objektiva ekonomiska fördelar så kan avtalet behandlas precis som vilket annat avtal som blivit föremål för prövning och det är inte aktuellt att ta någon särskild hänsyn till vilka eventuella miljöhänsyn som ett miljöavtal skulle innebära. Det är först när ett miljöavtal saknar eventuella objektiva ekonomiska fördelar som frågan om huruvida miljövinster i sig kan utgöra ett tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande som skulle omfattas av första kriteriet uppstår.

Enligt Kingston så borde det vara möjligt om den aktuella miljövinsten kan bevisas (att där finns fog för påståendena) och om miljövinsten kan omräknas till (representera) ett ekonomiskt värde. Miljömässiga fördelar som uppstår på grund av ett miljöavtal borde räknas som kvantifierbara fördelar som man vid bedömningen tar hänsyn till vid beräkningen av fördelar för konsumenterna som kan härledas till avtalet.¹⁷² Där fördelarna som uppstår för konsumenterna borde väga tyngre än kostnaderna som ligger till grund för att möjliggöra ett undantag (eller i vart fall inte försätta konsumenterna i ett sämre läge). Nackdelen är dock att där kan finnas omständigheter då miljövinster inte enkelt kan omsättas till ekonomiska värden, eller omfattas av omständigheter då eventuella miljövinster finns men tillfaller en annan grupp än konsumenterna i fråga (kanske på en annan marknad).

¹⁷¹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 105, p 51 och 55

¹⁷² Kingston, s 274

6.2.1.5.1 Effektivitetsvinster på relevant marknad

Möjligheterna till undantag baseras på effektivitetsvinster som ett begränsande avtal ger upphov till inom gränserna för var och en av de relevanta marknaderna som avtalet gäller. Det påpekas i riktlinjerna att syftet med gemenskapens konkurrensregler är att skydda konkurrensen på marknaden. Ger ett begränsande avtal upphov till effektivitetsvinster inom en relevant marknad så måste vinsterna vara tillräckliga för att uppväga de konkurrensbegränsande effekter som uppstår för konsumenterna på samma relevanta marknad. Medför ett avtal negativa effekter för en grupp konsumenter på en geografisk- eller produktmarknad kan sådana negativa effekter inte vägas mot eller kompenseras av positiva effekter som uppstår för en annan grupp konsumenter på en annan icke närliggande geografisk- eller produktmarknad. Finns där ett nära samband mellan två marknader kan effektivitetsvinster som uppstår för konsumenter på separata marknader beaktas om den grupp konsumenter som drabbas av begränsningarna är i huvudsak samma som den som drar nytta av effektivitetsvinsterna.¹⁷³

6.2.1.5.2 Tidsrymd för eventuella effektivitetsvinster

Likaså kanske miljövinster som associeras med ett miljöavtal kanske bara blir aktuella långt in i framtiden och det kanske inte är möjligt att direkt bevisa att så kommer att bli fallet. Då blir det aktuellt med bedömningar om till vilken del konkurrensen påverkas och hur proportionerlig begränsningen är sett till målsättningarna som man söker uppnå (där eventuella miljöförbättringar (som kommissionen uttryckte det) ses som element som bidrar till att förbättra produktionen och till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande). Avgörande blir hur långt fram i tiden det handlar om och hur mycket som fördelarna kan bevisas jämfört med kostnaderna som uppstår.¹⁷⁴

Proportionalitet blir en viktig avvägningspunkt när det är fråga om miljöavtal som kanske anses väldigt bra för miljön på ena sidan, men som kanske också medför allvarliga konkurrensbegränsningar på andra; vilket medför avvägningar mellan fördelarna för miljön jämfört med nackdelarna till konkurrensen på marknaden.

6.2.1.5.3 Integrationsprincipen mot bakgrund av effektivitetsvinster

Det är i sambandet viktigt att beakta att integrationsprincipen i artikel 11 FEUF, som föreskriver att miljöskydds krav skall integreras i utformningen och genomförandet av Europeiska unionens politik och verksamhet (särskilt i syfte att främja just en hållbar utveckling), innebär att kravet på främjandet av teknisk eller ekonomiskt framåtskridande kan tolkas på ett sätt som gynnar miljöskyddet och på så vis också tar hänsyn till eventuella miljövinster. Detta dock under förutsättningen att miljövinster kan beskrivas ekonomiskt, som ett värde i analysen enligt riktlinjerna.¹⁷⁵

¹⁷³ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 103, p 43

¹⁷⁴ Se avsnitt 6.2.2.2 nedan, s 53

¹⁷⁵ Kingston, s 275

6.2.2 Andra kriteriet - Konsumentvälfärden

Andra kriteriet i artikel 101(3) FEUF kräver att ”konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därmed uppstår”. Så utöver effektivitetsvinsterna enligt första kriteriet, så måste ett annars konkurrensbegränsande avtal innebära att en skälig del av den vinsten som uppstår kommer konsumenterna tillhanda. Vid analysen blir det därför dels aktuellt att bedöma vilka konsumenterna är och sen hur avtalet medför att dessa tillförsäkras den skäliga andel av vinsterna som krävs.

Enligt riktlinjerna för tillämpningen av artikel 101(3) FEUF följer att begreppet konsumenter omfattar alla direkta och indirekta användare av produkterna som omfattas av ifrågakavande avtal. Parterna till avtalet räknas inte som konsumenter vad gäller tillämpningen av artikel 101(3) FEUF, utan det är avtalsparternas kunder och senare köpare som avses. Kunderna kan vara såväl individuella privatpersoner som företag.¹⁷⁶

Vad gäller miljöavtal så måste begreppet konsumenter ses i ett något vidare perspektiv, både geografiskt och tidsmässigt, då miljöfördelar som uppstår kan tillfalla såväl individuella konsumenter med direkt (och även indirekt) koppling till avtalet (och avtalsparterna) men också en bredare grupp som eventuellt får nytta av miljöfördelarna som följer av avtalet.¹⁷⁷ När det gäller miljöfördelar så är det inte heller säkert att sådana fördelar gestaltar sig direkt i tiden, utan fördelarna kanske uppstår först vid ett senare tillfälle.¹⁷⁸

Konsumenter som har koppling till miljöavtalet (både direkt och indirekt) omfattas uppenbart, medan det är inte lika klart när det gäller miljöfördelar som blir aktuella för en bredare grupp i samhället eller inom ett annat geografiskt område (eller på en annan marknad). Miljöfördelar som sådana är dock något som tillfaller samhället i stort, oavsett hur innehållet i avtalet ser ut, då miljön generellt sett har karaktären av en kollektiv nytthet.¹⁷⁹ Tanken är att alla tjänar på ett miljöavtal som faktiskt leder till miljöförbättringar.

6.2.2.1 Individuella eller kollektiva fördelar

Ser man i 2001 riktlinjerna för tillämpningen av artikel 101 FEUF följer det att kommissionen har gjort en åtskillnad mellan individuella och kollektiva fördelar som uppstår på grund av miljöavtal. Nettofördelarna som uppstår med mindre miljöbelastning kan bedömas i två steg, där det ena avser nettofördelar för den enskilda konsumenten under en rimlig period (så finns där inget behov av att objektivt fastställa de totala miljöfördelarna) och det andra omfattar konsumenterna i allmänhet som sannolikt drar nyttofördelar under rimliga förutsättningar som följer av avtalet (vilket aktualiserar en nyttokostnadsanalys).¹⁸⁰ Av vilket, från begreppet ”konsumenterna i allmänhet” man kan utläsa att kommissionen avsåg att ett annars konkurrensbegränsande avtal kan åberopa till stöd för undantag miljöfördelar som även tillfaller en bredare grupp i allmänhet, om där inte finns specifika individuella miljöfördelar som redan

¹⁷⁶ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 105, p 84

¹⁷⁷ Townley, s 149-150

¹⁷⁸ Kingston, s 276

¹⁷⁹ Vedder, s 170

¹⁸⁰ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 194

hade ansetts kvalificera ett undantag (frågan om ett större perspektiv i det läget hade då varit överflödigt).

I CECED¹⁸¹ ärendet gjorde kommissionen bedömningen att avtalet i fråga ledde till såväl kollektiva miljöfördelar som individuella ekonomiska fördelar, men man har i beslutet formulerat att även utan individuella ekonomiska fördelar så hade miljöfördelarna för samhället skäligen tillfört konsumenterna en andel av vinsten som uppstår.¹⁸² Detta hade motiverat ett undantag för ett konkurrensbegränsande avtal baserat på miljöfördelarna som avtalet gav upphov till (även utan hänvisning till individuella ekonomiska fördelar) och som då avsåg fördelar för samhället i stort.¹⁸³

Kommissionen har meddelat angående CECED att fokus inte varit så mycket på själva processen utan mer på resultatet. Genom att medverka till att sämre tvättmaskiner (ur miljösynpunkt) togs bort från marknaden har man minskat miljöförbrukningen och den ökningen av priset på kvarvarande maskiner på marknaden (som konsumenterna fick bekosta) ansågs kompenseras av förbättringar för miljön (minskad förbrukning av el och vatten, vilka också blev besparingar för konsumenterna i ett längre perspektiv på grund av lägre el-räkningar).¹⁸⁴ Av vilket man kan utläsa att kommissionen ser på omständigheterna som gäller i det individuella fallet som avgörande och att det inte är möjligt att mekaniskt tillämpa riktlinjerna¹⁸⁵ utan där finns utrymmen för olika flexibla tolkningar så länge lösningarna är proportionerliga.

6.2.2.2 Bredare syn vid miljöärende

När det gäller just miljöperspektiv och bedömningen av miljöfördelar som kan utgöra grund för undantag enligt andra kriteriet, så kan det vara aktuellt med en bredare syn angående vilka som omfattas av konsument begreppet. Som Kingston påpekar, särskilt med tanke på att första kriteriet för undantag också utgår från ett bredare perspektiv, så vore det märkligt om man i andra kriteriet inte också tog hänsyn till miljöfördelar som skapas för samhället i stort. Uppstår ingen direkt konflikt med konkurrenspolitiken så möjliggör integrationsprincipen för tolkningar som skulle främja ett miljöskydd. Sett utifrån artikel 3 FEU, att unionen skall verka för en hög miljöskyddsnivå och en bättre miljö, så hade det annars lett till att, på ena sidan potentiellt undanta avtal som skulle innebära miljöfördelar för individuella konsument, medan avtal som innebär miljöfördelar för samhället i stort (men där fördelar för individuella konsument med direkt koppling till avtalet saknas) skulle nekas undantag.¹⁸⁶

Ytterligare om räckvidden för begreppet konsumenter för andra kriteriet vid bedömningen av miljöfördelar kan sägas att om fördelarna inom ett geografiskt område som täcker den Europeiska unionen inte kan realistisk särskiljas från även andra områden utanför Europa (exempelvis vid miljöförbättringar som påverkar globalt) så skulle även sådana miljöfördelar kunna beaktas som grund för undantag.¹⁸⁷

¹⁸¹ Kommissionens beslut 2000/475, CECED, OJ 2000 L 187/49

¹⁸² *ibid*, s 52, p 56

¹⁸³ Townley, s 149-151

¹⁸⁴ *ibid*, s 151

¹⁸⁵ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 5, p 7

¹⁸⁶ Kingston, s 277

¹⁸⁷ *ibid*, s 278

Ett problem vad gäller miljöinsatser är att det kan ta väldigt lång tid innan man kan utläsa något positiv effekt av insatserna. Vid miljöavtal som innebär konkurrensbegränsningar måste parterna kunna styrka miljöfördelar och då påverkas möjligheterna till undantag av hur långt fram i tiden som gäller innan det kan göras gällande att miljöfördelarna uppstår. Från riktlinjerna för tillämpningen av artikel 101(3) FEUF går det att utläsa att det accepteras att det kan ta lång tid för effektivitetsvinsterna att uppnås. Innan så sker kanske avtalet bara medför negativa verkningar (exempelvis högre kostnader, då miljöinsatser ibland kan innebära dyra investeringar). Ju längre det dröjer innan effektivitetsvinsterna uppnås, ju större behöver dock effektivitetsvinsterna vara för att kompensera konsumenterna för nackdelarna som har uppstått under dröjsmålet.¹⁸⁸ Bedömningen påverkas ytterligare av att värdet av framtida vinster för konsumenterna inte kan jämföras rakt av med omedelbara vinster, då värdet för framtidens vinster är lägre. Om man då jämför värdet av en omedelbar förlust för konsumenterna med en förväntad vinst i framtiden så räcker det inte med att den framtida vinsten enbart är nominellt av samma storlek som förlusten. I den diskonteringskoefficient som används får man göra avräkningar för exempelvis eventuell inflation och förlorad ränta som en indikation på det lägre värdet av framtida vinster.¹⁸⁹

Med hänsyn till de höga kostnaderna som kan uppstå med miljöinvesteringar kan det i sig innebära svårigheter att uppnå sådana nettofördelar för enskilda konsumenter som krävs för undantag enligt andra kriteriet (om kostnaderna för att finansiera miljöinvesteringarna förs över på konsumenterna). Särskilt i ett längre perspektiv enligt ovan då framtida fördelar måste värderas mycket högre än omedelbara kostnader. Frågan om hur företagen hanterar sådana kostnader kan därför bli en viktig del av analysen för möjligheten till undantag (beaktat att konsumenterna inte får sättas i ett sämre läge utan egentlig kompensation).

6.2.2.3 Tildelning av vinster

Del två i andra kriteriet är att konsumenterna skall "tillförsäkras en skälig andel av den vinsten som uppstår", vilket gör att man måste se närmare på vad som bedöms vara en skälig andel.

Det följer av riktlinjerna att skälig andel avser att den nytta som förs vidare till konsumenterna måste i vart fall kompensera för de faktiska (eller sannolika) negativa verkningarna som ett konkurrensbegränsande avtal medför och som har konstaterats i artikel 101(1) FEUF. Nettoeffekten av avtalet (sett till fördelar) måste i vart fall vara neutral ur konsumenternas perspektiv som direkt eller sannolikt kommer att påverkas av avtalet. Värt att påpeka att detta inte innebär att där måste finnas mer fördelar än nackdelar, utan mer att konsumenterna inte skall förlora på avtalet. Att där finns en jämvikt är enligt riktlinjerna acceptabelt i sammanhanget. Det är först om avtalet försämrar för konsumenterna som man definitivt kan säga att konsumenterna inte tillförs en skälig andel av fördelarna enligt andra villkoret.¹⁹⁰

Om avtalets positiva fördelar jämfört med negativa verkningar för konsumenterna inte innebär försämringar för konsumenterna så skadas inte konsumenterna av avtalet. Sett utifrån första kriteriet om effektivitetsvinster så innebär ett sådant avtal som inte försämrar för konsumenterna att samhällets resurser används effektivare för att tillgodose konsumenternas efterfrågan av

¹⁸⁸ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 110, p 87

¹⁸⁹ ibid, s 110, p 88

¹⁹⁰ ibid, s 110, p 85

produkter. Ur ett miljöperspektiv innebär en sådan vinst fördelar för hela samhället i stort, vilket till sin natur gynnar alla konsumenterna och är inte något som avtalsparterna kan försöka behålla i vinstsyfte (om man jämför med rent ekonomiska fördelar som följer av ett avtal).¹⁹¹ Resurserna blir därmed använda för det som de är mest lämpade för i tillverkningen av produkter som kunderna mest efterfrågar.

6.2.2.4 Andel av vinsten

I jämförelse med effektivitetsvinsterna som beräknas enligt första kriteriet så är det inte nödvändigt att konsumenterna tillförsäkras en andel av varje konstaterad vinst för att uppfylla andra kriteriet, utan bara att vinsterna som faktiskt kommer konsumenterna tillhanda är tillräckliga för att kompensera för eventuella negativa effekter som följer av den begränsning av konkurrensen som avtalet innebär. Kommissionen anser då att konsumenterna har tillförsäkrats en skälig andel av den totala nyttan som avtalet medför. Exempelvis innebär detta att om ett konkurrensbegränsande avtal beräknas leda till högre priser för konsumenterna (genom en minskning av produktutbudet som finns att tillgå) så måste konsumenterna kompenseras fullständigt genom exempelvis kvalitativa eller andra fördelar (genom bättre produkter).¹⁹²

Sett till avtalets effekter så innebär andra kriteriet i artikel 101(3) FEUF att ju större de konstaterade konkurrensbegränsningarna är, desto större måste effektivitetsvinsterna och nyttan som följer av avtalet vara för konsumenterna. Att en så kallad glidande skala tillämpas i bedömningen innebär att ett konkurrensbegränsande avtal, som medför begränsade negativa verkningar men också betydande effektivitetsvinster i jämförelse, sannolikt innebär att en skälig andel av eventuella kostnadsbesparingar förs över till konsumenterna (för att uppfylla andra kriteriet). Enligt riktlinjerna, om så är fallet, och om de övriga tre kriterierna är uppfyllda, så anses det inte nödvändigt att i detalj analysera det andra kriteriet i artikel 101(3) FEUF.¹⁹³ Är situationen omvänd, med betydande negativa verkningar och relativt obetydliga kostnadsbesparingar, så beräknas det vara mycket osannolikt att andra kriteriet skulle anses vara uppfyllt.¹⁹⁴ Skulle avtalet innebära såväl betydande begränsningar som betydande fördelar så krävs en noggrann analys där tyngdpunkten ligger på hur mycket konkurrens som återstår, med motiveringen att konkurrens på marknaden är avgörande för effektivitet och innovation på lång sikt. Företag som inte utsätts för ett konkurrenstryck har ett svagare incitament att antingen upprätthålla eller bygga vidare på effektivitetsvinster, vilket oavsett kortsiktiga fördelar anses leda till nackdelar för konsumenterna på längre sikt.¹⁹⁵

6.2.2.5 Kvalitativa förbättringar

För miljöavtal som innebär kvalitativa förbättringar (genom exempelvis nya eller förbättrade produkter eller tjänster), i motsats till kostnadsbesparingar, så är det kommissionens utgångspunkt att sådana förbättringar generellt sett skäligen tillfaller konsumenterna.¹⁹⁶ Beaktat

¹⁹¹ Vedder, s 173

¹⁹² Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 110, p 86

¹⁹³ ibid, s 110, p 90

¹⁹⁴ ibid, s 110, p 91

¹⁹⁵ ibid, s 111, p 92

¹⁹⁶ Kingston, s 279

konsumentvälfärden så utgör nya och förbättrade produkter en viktig källa till ökad välfärd och så länge fördelarna med en sådan förbättring överstiger nackdelarna, med antingen ett ökat eller bibehållet pris på produkterna i fråga, så anses konsumenterna vara i ett bättre läge än jämfört med en situation utan avtalet i fråga (även om där skulle uppstå vissa konkurrensbegränsningar till följd). Om så är fallet anses i regel konsumenterna också få en skälig andel av vinsten som krävs för att uppfylla andra kriteriet. Vid förekomsten av prishöjningar på den relevanta marknaden på grund av avtalet så måste det dock noggrant analyseras till vilken grad konsumenterna kompenseras för konkurrensbegränsningarnas negativa effekter, i syfte att kunna fastställa avtalets övergripande konsekvenser för konsumenterna på den relevanta marknaden.¹⁹⁷

Ju större konsekvenserna är för konsumenterna på marknaden (som uppstår på grund av begränsningarna), ju mer sannolikt måste det vara att effektivitetsvinsterna som kommer konsumenterna till godo uppväger konkurrensbegränsningarna.¹⁹⁸

6.2.2.6 Bevisning av vinsterna

Precis som med effektivitetsvinster enligt första kriteriet så är det upp till avtalsparterna som vill göra gällande att konsumenterna tilldelas en skälig andel av den vinsten att kunna bevisa att exempelvis kvalitativa förbättringar eller kostnadsbesparingar som uppstår genom avtalet faktiskt förs vidare till konsumenterna på den relevanta marknaden. Kommissionen tar dock hänsyn till bevissvårigheterna som kan vara förenade med detta, när det gäller svårigheterna att exakt beräkna nyttan som uppstår för konsumenterna. Kravet är därför att företagen bara måste kunna underbygga sina påståenden i detta hänseende genom beräkningar och andra uppgifter som stödjer påståendena så långt det är möjligt, med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁹⁹

Vid bedömningen om huruvida kostnadsbesparingar kommer konsumenterna tillgodo av en ökad produktion eller lägre priser lägger kommissionen särskild betydelse till frågor om marknadskännetecken och marknadsstrukturen för den relevanta marknaden som omfattas av avtalet, samt effektivitetsvinsternas art och omfattning, efterfrågeelasticiteten och konkurrensbegränsningens omfattning.²⁰⁰ Med tanke på att bedömningen enligt artikel 101(3) FEUF endast är aktuell om kraven i artikel 101(1) FEUF är uppfyllda, vilket kräver att det har skett en märkbar begränsning av konkurrensen genom avtalet, så är det i regel samtliga faktorer ovan som måste beaktas. Det kan exempelvis inte presumeras att konkurrensen som återstår skulle garantera att konsumenterna tillförs en skälig andel av nyttan. Därför anses det viktigt att bedömningen inkluderar information om vilken grad och art av konkurrens som återstår på marknaden.²⁰¹ Skulle ett avtal innebära en betydande minskning av det konkurrenstryck som avtalsparterna utsätts för så krävs det i regel exceptionellt stora kostnadsbesparingar för att det

¹⁹⁷ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 113, p 103 och 104

¹⁹⁸ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s. 22, p 103

¹⁹⁹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 111, p 94

²⁰⁰ ibid, s 111, p 96

²⁰¹ ibid, s 111, p 96

skall anses att nyttan skall komma konsumenterna till godo i den omfattning som krävs för att undantag skulle vara aktuellt.²⁰²

6.2.2.7 Konsumentperspektivet vid miljöbedömningar

Sett till faktiska ärenden som hanterat bedömningen av miljöavtal från kommissionens sida så har frågorna om andra kriteriet behandlats på ett relativt generellt sätt. I CECED ärendet gjordes exempelvis bedömningen att förväntade besparingar, av att man kunde undvika vissa kostnader, kompenserade konsumenterna för den prisökning på kvarvarande utrustning som skulle finnas kvar på marknaden med ca sju gånger. I beslutet formulerades det att även utan individuella ekonomiska fördelar (ur konsumenternas perspektiv) så hade fördelarna för samhället i stort (baserat på kollektiva miljöfördelar som uppnåddes genom avtalet) varit tillräckliga för att anse att avtalet hade återfört en skälig andel av vinsten som uppstått för att motivera undantag.²⁰³

I ett annat ärende, DSD, så baserades bedömningen om andra kriteriet på två delar. Dels att systemet som skulle införas var användarvänligt och dels att det nya systemet skulle innebära stordriftsfördelar som i sig skulle göra systemet effektivt (vilket skulle leda till kostnadsbesparingar). Konsumenterna ansågs därför kompenserade för konkurrensbegränsningarna som avtalet medförde då systemet som skapades ansågs vara användarvänligt, effektivt och i slutändan utgjorde en förbättring (miljömässigt sett), då det innebar en markant minskning av volymen av förpackningsavfall.²⁰⁴ Enligt kommissionen kunde det accepteras att kostnadsbesparingarna kunde tillföras konsumenterna på den relevanta marknaden, dock förklarades det aldrig hur det var tänkt att så skulle ske.

Vid Exxon/Shell ärendet fäste exempelvis kommissionen bl.a. betydelse på hur konsumenterna på marknaden själva uppfattade miljöförbättringar (mindre förbrukningen av råvaror och mindre plastavfall) och att ett ökat miljömedvetande bland många konsumenter innebar att fördelarna med avtalet skulle uppfattas som positiva i tider då allmänheten visade oro över minskningar av naturresurser och ökande miljöhot.²⁰⁵

Både CECED och DSD ärendena kommer att behandlas utförligare i kommande ärendeanalys men från innehållet ovan kan man klart utläsa att kommissionen fäster betydelse till miljöfrågorna som väckts vid ärendenas hantering (och att även om analysen har en ekonomisk vinkling, i vart fall i CECED, så hade miljöfördelarna i sig utgjort grund för undantag enligt andra kriteriet).

6.2.2.8 Kommentar

Bedömningar om på vilket sätt och till vilken omfattning som effektivitetsvinster förs vidare till konsumenterna på den relativa marknaden i enlighet med andra kriteriet i artikel 101(3) FEUF kan vara rätt subjektiva. Särskilt beaktat svårigheterna att dels bevisa vinsterna och sen fastställa

²⁰² Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 112, p 101

²⁰³ Kommissionens beslut 2000/475, CECED, OJ 2000 L 187/52, p 56

²⁰⁴ Kommissionens beslut 2001/837, DSD, OJ 2000 L 319/1, p 147 och 148

²⁰⁵ Kommissionens beslut 1994/322, Exxon/Shell, OJ L 144/20, p 71

vilka övergripande konsekvenser ett begränsande avtal faktiskt har, så leder detta oundvikligen till subjektiva värdebedömningar.

Syftet i andra kriteriet förblir dock att fastställa avtalets övergripande konsekvenser för konsumenterna på den relevanta marknaden varefter bedömningen görs, utifrån företagens bevisning, om konsumenterna får ta del av utjämnande fördelar.²⁰⁶ Sett till innehållet i artikel 101 FEUF så är det dock klart att fokus är riktad mot konsumentvälfärd då möjligheterna för undantag enligt 101(3) FEUF kräver en förbättring av konsumentvälfärden. Om ett miljöavtal innebär effektivitetsvinster i form av miljöfördelar så kan det utifrån ovan anses stå klart att sådana fördelar kommer konsumenterna tillhanda (i motsats till ekonomiska fördelar, som kräver en vidare analys av hur sådana fördelar tillfördelas konsumenterna, så är det inte möjligt för avtalsparterna att försöka behålla miljöfördelar som en vinst på samma sätt).²⁰⁷ Detta gäller även om ett miljöfördelaktigt avtal är förenat med prishöjningar som drabbar konsumenterna inom den relevanta marknaden. En sådan situation innebär dock att en vidare analys måste göras huruvida konsumenterna faktiskt kompenseras för prishöjningen.

6.2.3 Tredje kriteriet - Nödvändighet

Tredje kriteriet vid undantagsprövningen är ytterligare ett led i den proportionalitetsbedömning som innebär att om ett avtal är konkurrensbegränsande och om det innebär effektivitetsvinster, som skäligen tillförs konsumenterna på den relevanta marknaden, så måste sådana konkurrensbegränsningar anses vara nödvändiga för att uppnå syftet med avtalet i fråga. Begränsningarna i fråga får inte gå utöver det som är absolut nödvändigt för att uppnå effektivitetsvinsterna. Om ett avtal innebär begränsningar som inte står i proportion till vad man försöker uppnå så finns där inte grund för ett undantag enligt tredje kriteriet.

Härmed balanseras vikten av en fungerande konkurrens mot syftet med avtalet i fråga (exempelvis miljöförbättringar som erbjuds av ett miljöavtal). Precis som vid övriga kriterier så måste fördelarna som avtalet medför för konsumenterna balansera ut nackdelarna som avtalet orsakar för konkurrensen (och därmed också i slutändan för konsumenterna). Rent principiellt så framgår det av Matra-målet²⁰⁸ att när det gäller möjligheterna till undantag, att där inte finns någon gräns för vad som kan undantas men i praktiken utgörs en sådan gräns av vad som kan anses vara proportionerligt.²⁰⁹

6.2.3.1 Bedömningsgrunder

Sett till artikel 101(3) FEUF så innehåller proportionalitetstestet som utförs vid bedömningen två delar. Den första delen är vid första kriteriet, genom det lämplighetstest som utgörs av huruvida avtalet i fråga överhuvudtaget är lämpligt för undantag (om avtalet tillför effektivitetsvinster enligt det som har beskrivits ovan). Den andra delen av proportionalitetstestet är om begränsningarna som krävs för att uppnå fördelarna enligt första kriteriet är absolut

²⁰⁶ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 112, p 103

²⁰⁷ Kingston, s 280

²⁰⁸ Mål T-17/93, Matra [1994] ECR II-595, p 85

²⁰⁹ Vedder, s 175

nödvändiga.²¹⁰ Kan man exempelvis uppnå samma effekter genom ett mindre konkurrensbegränsande förfarande? Om svaret är ja på den frågan så blir det svårt att motivera ett undantag enligt tredje kriteriet och avtalet skulle i så fall behöva modifieras så att begränsningarna som medförs kommer i linje med vad som egentligen kan krävas för att uppnå syftet.²¹¹

Enligt proportionalitetstestet så finns där fyra bedömningspunkter som måste inkluderas i bedömningen. Den första punkten gäller en bedömning om själva syftet med åtgärderna kan rättfärdigas. Frågan blir exempelvis om syftet med avtalet är att uppnå målet för miljöavtalet eller om det egentligen är avtalsparterna som utnyttjar ett läge för att skapa ekonomiska eller konkurrensmässiga fördelar (exempelvis i form av en dold kartell under täckmantel av ett miljöavtal).²¹² Som en andra punkt i bedömningen så måste det kunna bevisas att åtgärderna i fråga är effektiva för att uppnå syftet. Där måste således finnas en kausalitet mellan åtgärderna och en uppnådd effekt som eftersträvas. Som en tredje bedömningspunkt, så måste det visas att det inte vore möjligt att uppnå i vart fall samma fördelar genom mindre restriktiva eller konkurrensbegränsande åtgärder.²¹³ Sett till ett miljöavtal så ser man på vad miljöavtalet försöker uppnå och bara de åtgärder som är inkluderade i miljöavtalet, som påstås behövas för att uppnå målet, inkluderas i bedömningen. Som en fjärde och sista bedömningspunkt så måste där finnas en balans mellan vad man försöker uppnå genom exempelvis miljöavtalet i fråga på ena handen och målet att bevara konkurrens på marknaden på den andra. Vid ett miljöavtal så måste den begränsningen av konkurrensen som uppstår stå i proportion till exempelvis miljövinster som påstås uppnås genom avtalet.²¹⁴

6.2.3.2 Utifrån riktlinjerna

I riktlinjerna från 2001 finner man kravet på proportionalitet uttryckt så att ”konkurrensbegränsningar måste vara nödvändiga för att de ekonomiska fördelarna skall uppnås. Om motsvarande fördelar kan uppnås med mindre begränsningar, kan de anförda effektivitetsvinster inte åberopas för att motivera konkurrensbegränsningarna.”²¹⁵ Detta sätts i samband med innehållet i miljökapitlet i samma riktlinjer om att en ”objektiv bedömning av bestämmelser som vid första anblicken inte skulle anses nödvändiga måste stödjas av en effektivitetsberäkning som visar att alternativa sätt att uppnå de väntade miljöfördelarna skulle vara ekonomiskt och finansiellt kostsammare, under rimliga förutsättningar.”²¹⁶

Från ovan följer att om det är möjligt att objektivt bevisa att ett begränsande miljöavtal innebär ekonomiska effektivitetsvinster så är det mer sannolikt att ett undantag är motiverat, medan om begränsningarna inte ser ut att vara nödvändiga så måste en nyttokostnadsanalys göras som styrker omständigheterna som åberopas.

²¹⁰ Kingston, s 280

²¹¹ Se exempelvis DSD ärendet där kommissionen förenade ett undantag med villkor avsedda att säkerställa fri tillgång till marknaden, avsnitt 7.3.3, s 85

²¹² Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 188

²¹³ ibid, s 28, p 196

²¹⁴ Vedder, s 175-176

²¹⁵ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 6, p 35

²¹⁶ ibid, s 28, p 196

Riktlinjerna för tillämpningen av artikel 101(3) FEUF från 2004 behandlar frågan om nödvändighet i ett tvåstegstest; för det första, så måste det begränsande avtalet som sådant vara rimligt nödvändigt för att uppnå effektivitetsvinsterna som skall kunna uppnås. För det andra, så måste enskilda konkurrensbegränsningar som avtalet medför också vara rimligt nödvändiga för att effektivitetsvinsterna skall kunna uppnås.²¹⁷ Den avgörande faktorn är om det begränsande avtalet (eller enskilda begränsningarna) möjliggör för bedrivandet av exempelvis en effektivare verksamhet i fråga, än om vad som hade varit fallet utan avtalet (eller begränsningarna), jämfört med om de inte hade funnits.²¹⁸

6.2.3.3 Bevisning

Bevisbördan för ovan ligger naturligt på avtalsparterna som vill åberopa omständigheterna, där kommissionen tar hänsyn i bedömningen till hur svårt det kan vara att bevisa att exempelvis samma miljöfördelar som påstås uppnås genom ett konkurrensbegränsande miljöavtal inte kan uppnås på andra sätt, som skulle medföra mindre begränsningar. I en sådan bevisning (eller analys) är det inte nödvändigt att ta med andra rent teoretiska eller hypotetiska alternativ, utan bara sådant som faktiskt är möjligt; vilket öppnar för en mer realistisk och flexibel bedömning av exempelvis miljöavtal.²¹⁹

I likhet med riktlinjerna från 2001 så innehåller 2004 riktlinjerna (om tillämpningen av artikel 101(3) FEUF) vägledning om på vilket sätt parterna till avtalet har att styrka eller bevisa sina påståenden som skulle motivera undantag. Det konstateras att hypotetiska eller teoretiska alternativ inte behöver beaktas som tänkbara alternativ i bedömningen avseende om avtal eller begränsningarna är nödvändiga. Inte heller avser kommissionen att spekulera om avtalsparternas affärsomdöme, utan det är endast aktuellt för kommissionen att tillgripa åtgärder i detta hänseende om det rimligen står klart att det finns uppenbara och realistiska alternativ till vad avtalsparterna själva har valt enligt avtalet. Om där finns realistiska och uppenbara alternativ så är det upp till avtalsparterna att förklara och visa varför man valt att inte använda sig av sådana mindre konkurrensbegränsande möjligheter, och på vilket sätt sådana skulle vara mindre effektiva än alternativen som förespråkas.²²⁰

6.2.3.4 Kommentar

Konkurrensbegränsningar som är svartlistade eller annars uppfattas som särskilt allvarliga i kommissionens riktlinjer eller tillkännagivanden kommer sannolikt inte att kunna ses som nödvändiga på ett sådant sätt att de hade kunnat motivera undantag (på grund av vilken negativ effekt sådana åtgärder har på konkurrensen). Ju större konkurrensbegränsningen är, desto strängare är testet enligt tredje kriteriet för att begränsningarna måste anses vara nödvändiga.²²¹

²¹⁷ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 107, p 73

²¹⁸ *ibid*, s 107, p 74

²¹⁹ Kingston, s 281-282

²²⁰ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 108, p 75

²²¹ *ibid*, s 108, p 79

Tredje kriteriet appliceras på miljöavtal på exakt samma sätt som för övriga horisontella avtal. I lägen där det uppstår en konflikt mellan ett miljömål och konkurrensen vid bedömningen av tredje kriteriet så bör en proportionalitetsanalys göras med utgångspunkt ur integrationsprincipen i enlighet artikel 11 FEUF, vilket förespråkar en integrering av miljöskyddskrav i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet (då särskilt för att främja en hållbar utveckling). Specifika exempel på hur tredje kriteriet har bedömts med hänsyn till miljöavtal kommer att behandlas utförligare i kommande ärendeanalys.

6.2.4 Fjärde kriteriet - Återstående konkurrens

Fjärde och sista kriteriet i bedömningen om undantag enligt artikel 101(3) FEUF täcker förhållandet med den konkurrens som återstår på marknaden efter avtalet eller förfarandet i fråga.

Som en yttre och grundläggande förutsättning för undantag, är att ett horisontellt avtal (eller förfarande) som medför konkurrensbegränsningar (som omfattas av förbudet i artikel 101(1) FEUF, men som annars uppfyller övriga kriterier för undantag) inte får innebära att avtalet eller förfarandet ger berörda avtalsparter möjligheten att sätta konkurrensen på den relevanta marknaden ur spel (för en väsentlig del av varorna i fråga). Ordalydelsen i texten är klar och öppnar inte för andra tolkningar än det fokus som riktar sig på att prioritera skyddet av själva konkurrensprocessen och skyddet av en fungerande konkurrens; vilket värderas högre än eventuella effektivitetsvinster som ett annars konkurrensbegränsande avtal hade kunnat ge upphov till.

Bakomliggande tanke är att en fungerande konkurrens mellan företagen är en primärt viktig drivkraft för bland annat ekonomisk effektivitet (exempelvis företagens ambitioner att uppnå dynamiska effektivitetsvinster i form av innovationer gentemot vad konkurrenterna kan erbjuda). Utan en sådan fungerande konkurrens riskerar priserna att höjas utan någon egentlig fördel för konsumenterna och incitamentet att förbättra eller utveckla produkterna avstannar. Sätts konkurrensen ur spel så påverkas resultatet av konkurrensprocessen och även om ett annars konkurrensbegränsande horisontellt avtal hade kunnat medföra eventuella kortsiktiga vinster så blir sådana kortsiktiga vinster negerade av långsiktiga konsekvenser av kostnaderna som uppstår utan en fungerande konkurrens.²²²

Sett ur ett miljöperspektiv så innebär sådan avsaknad av fungerande konkurrens bland annat en ineffektiv resursfördelning som kan vara till nackdel för miljön medan avsaknaden av innovation eller produktutveckling innebär att bättre produkter (miljömässigt sett) sannolikt inte utvecklas. En fungerande konkurrens är därför inte bara samhällsekonomiskt motiverat men även viktig för ett fungerande miljöskydd vid användningen av marknadsmässiga instrument som miljöavtal.

Oavsett vilka effektivitetsvinster som ett begränsande avtal kanske medför, så är det därför en grundförutsättning att där finns återstående konkurrens på den relevanta marknaden. Konkurrensbegränsningar som innebär att konkurrensen helt upphör (eller nära därtill) kan inte anses vara proportionerliga eller möjliggöra för undantag enligt fjärde kriteriet.

²²² Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 113, p 105

6.2.4.1 Bedömningsgrunder

Återstående konkurrens efter ett horisontellt avtal kan ses på två sätt vid beaktandet av fjärde kriteriet. Det första, är att se på den interna konkurrensen som existerar mellan avtalsparterna och hur avtalet har påverkat den konkurrensen. Det andra, är att se på den externa konkurrensen som existerar, där man på ena sidan kontrollerar konkurrensen mellan själva avtalsparterna jämfört med den konkurrens som existerar med utomstående tredje parter. Minskar ett avtal eller förfarande den externa konkurrensen så måste detta medföra att den interna konkurrensen blir mer intensiv (och vice versa). Två konkurrenstester finns för att avgöra om där finns tillräcklig återstående konkurrens. Vid bedömningen av intern konkurrens mellan avtalsparterna måste begränsningen avtalet innebär vara så pass märkbar (kvalitativ) att det står klart att konkurrensen begränsas på ett sätt som utesluter sådan konkurrens (eller riskerar utesluta den). Vad gäller extern konkurrens så utgår man bland annat från en kvantitativ bedömning som bygger på parternas marknadsandelar och hur omständigheterna på den relevanta marknaden i övrigt ser ut.²²³

6.2.4.2 Utifrån riktlinjerna

Enligt riktlinjerna för tillämpningen av artikel 101(3) FEUF utgår bedömningen om återstående konkurrens från en realistisk analys av den grad av konkurrens som gällde före avtalet samt vilken påverkan ett begränsande avtal har haft på konkurrensen. Analysen avser den relevanta marknaden och täcker in såväl faktisk som rent potentiell konkurrens. Avgörande underlag är de olika konkurrenskällorna på marknaden, vilket konkurrenstryck som konkurrenskällorna utsätter parterna för, samt vilken inverkan som det begränsande avtalet har för ett sådant konkurrenstryck.²²⁴

Vid ett läge där konkurrensen på den relevanta marknaden redan är svag så riskerar exempelvis även ett mindre begränsande avtal att sätta konkurrensen ur spel. Likaså om avtalet innebär omfattande begränsningar av konkurrensen blir det mer sannolikt att konkurrensen sätts ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga; vilket skulle medföra att undantag inte kunde medges.²²⁵

Skulle ett konkurrensbegränsande avtal sätta någon för konkurrensen viktigare uttrycksformer ur spel så anses inte fjärde kriteriet uppfyllt (detta gäller särskilt för priskonkurrensen eller om avtalet riskerar att hämma innovation och utveckling av nya produkter, samt om det hindrar potentiella konkurrenters marknadsinträde).²²⁶

Specifikt för miljöavtal i detta avseende finner man vägledning i 2001 riktlinjerna där kommissionen har meddelat att ”oavsett fördelarna för miljön och ekonomin samt nödvändigheten av de planerade bestämmelserna, får avtalet inte sätta konkurrensen ur spel i fråga om differentiering av produkter eller metoder, teknisk innovation eller marknadsinträde på kort sikt, eller om det är relevant, på lång sikt”.²²⁷ Där det sistnämnda om marknadsinträde gäller

²²³ Vedder, s 182

²²⁴ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 113, p 108

²²⁵ ibid, s 113, p 107

²²⁶ ibid, s 113, p 110

²²⁷ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 28, p 197

exempelvis för potentiella problem som uppstår på grund av att ensamrätter beviljas som ett led i uppbyggnaden av gemensamma system (riktlinjerna lyfter fram insamlings- och återvinningsföretag där potentiella konkurrenter utesluts som exempel på detta).²²⁸ Sådana problem löses eventuellt genom att giltighetstiden för ensamrättigheter fastställs i avtalet med utgångspunkt från vad som (efter omständigheterna) är rimligt, beaktat eventuell uppkomst av potentiella konkurrenter (att en längre period av tio år skulle kunna minskas till att avse tre år istället).²²⁹ Avtalsparternas marknadsandelar på den relevanta marknaden blir då en viktig bedömningsgrund i ett sådant läge för hur eventuella ensamrätter riskerar att sätta konkurrensen ur spel, där det är mer sannolikt att påverkan är negativ ju högre marknadsandelarna är.²³⁰ Det är dock alltid omständigheterna i det individuella fallet som blir avgörande för utgången och även i fall där avtal har innehållit ensamrätter och avtalsparterna haft betydande marknadsandelar (DSD-målet med exempelvis 95 procent) så har inte avtalen ansetts sätta konkurrensen ur spel på ett sätt som hade förhindrat undantag enligt fjärde kriteriet i artikel 101(3) FEUF.²³¹

6.2.4.3 Sambandet med artikel 102

Beträffande fjärde kriteriet i artikel 101(3) FEUF och syftet med artikel 101 som helhet, att upprätthålla en effektiv konkurrens, är det i sammanhanget viktigt att poängtera det nära samband som finns med artikel 102 FEUF (om förbud mot missbruk av en dominerande ställning).

Ett begränsande avtal som skapar eller stärker en monopolställning kan i regel inte motiveras med att det också leder till effektivitetsvinster eftersom en sådan dominerande ställning i slutändan leder till en utveckling där effektivitetsvinster inte förs vidare.²³² Tidigare riktlinjer från 2001 har noterat att frågan om huruvida konkurrensen sätts ur spel ”hänger samman med frågan om dominans” och ”om ett företag är eller blir dominerande till följd av ett horisontellt avtal som har en konkurrenshämmande effekt i den meningen som avses i artikel 81 (numera artikel 101 FEUF) i princip inte beviljas undantag”.²³³ Kommissionen har numera ändrat uppfattning på den punkten, på så vis att det är möjligt att bevilja undantag enligt artikel 101(3) FEUF för konkurrensbegränsande avtal som ingås av företag med dominerande ställning så länge konkurrensen i sig inte sätts ur spel.²³⁴

Det påpekas i riktlinjerna för tillämpningen av artikel 101(3) FEUF, att användningen av artikel 101(3) FEUF inte kan hindra tillämpningen av förbudet mot missbruk av dominerande ställning i artikel 102 FEUF. Finns där ett begränsande avtal som utgör ett missbruk av en sådan dominerande ställning så kan, av konsekvensskäl, inte artikel 101(3) FEUF användas för att bevilja undantag för ett sådant avtal. Riktlinjerna fortsätter därefter med en notis om att ”alla begränsande avtal som ingås av dominerande företag utgör dock *inte* ett missbruk av

²²⁸ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 28, p 197

²²⁹ *ibid*

²³⁰ Kingston, s 289

²³¹ Lehmann, s 441

²³² Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer om vertikala begränsningar, EUT C 130, 19.5.2010, s 43 p 127

²³³ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 6, p 36

²³⁴ Kingston, s 292

dominerande ställning”. Exempelvis om ett annars dominerande företag ingår i ett icke-självständigt gemensamt företag genom vilket en betydande integrering av tillgångar uppnås.²³⁵

Avgörande för frågan om möjligheten till undantag för begränsande avtal, även mellan parter som innehar en dominerande ställning, blir därför en mer omfattande kvalitativ och kvantitativ analys för att avgöra konkurrensläget (oavsett parternas marknadsandelar). Där analysen också beaktar konkurrenternas faktiska kapacitet och incitament att konkurrera samt eventuella hinder för marknadsinträde.²³⁶ Marknadsandelar och huruvida parterna innehar en dominerande ställning är dock fortfarande viktiga delar av bedömning om återstående konkurrens.

Utifrån rättspraxis gällande företag som ansetts ha en dominerande ställning på marknaden kan det generellt sägas att marknadsandelar som ligger under värden på 30 till 40 procent (generellt sett) inte medför en dominerande ställning. Samtidigt kan det sägas att marknadsandelar på över 75 procent sannolikt utgör en dominerande ställning på marknaden. När marknadsandelarna ligger mellan 40 och 75 procent blir bedömningen beroende på omständigheterna som är relevanta för marknaden i fråga.²³⁷ Av naturliga skäl är det därför väldigt viktigt att den relevanta marknaden definieras så klart och tydligt som möjligt. Som det har påpekats så understryker riktlinjerna att även om marknadsandelarna är relevanta så kan återstående konkurrens inte enbart bedömas utifrån marknadsandelarna som avtalsparterna parterna har²³⁸ (undantag enligt fjärde kriteriet har exempelvis beviljats för begränsande avtal där parternas marknadsandelar legat långt över 40 procent).²³⁹

Beaktat miljöavtal är synsättet angående marknadsandelar särskilt viktigt då den relevanta marknaden kan bli rätt snävt tolkat, vilket kan leda till att parterna anses ha större marknadsandelar. Detta kan i sig skapa uppfattningen att parterna intar en alltför dominerande ställning med anledning av ett begränsande miljöavtal. En olycklig följd av detta hade tidigare riskerat att konkurrensbegränsande miljöavtal som exempelvis skapar nya marknader eller mer speciella produkter (där parterna hade haft stora marknadsandelar) hade mer sannolikt ansetts sätta konkurrensen ur spel på ett sätt som riskerat att fjärde kriteriet för undantag inte hade ansetts uppfyllt. Att bedömningen huruvida konkurrensen sätts ur spel baseras på en rad olika faktorer utöver marknadsandelar skapar därmed en rättvisare bild av konkurrensläget som återstår efter ett avtal (där hänsyn har tagits till bland annat konkurrenternas marknadsandelar, möjligheterna att konkurrera på marknaden samt om där uppstår hinder för marknadsinträde).²⁴⁰

Vid bedömningen av marknadsandelar tar också kommissionen hänsyn till marknadens speciella ekonomiska omständigheter som kan innebära att det är specifikt nödvändigt för avtalsparterna att ha större marknadsandelar för att uppnå syftet med avtalet (exempelvis för avtal som gäller större återvinningssystem där insamling, sortering och återvinning inte hade varit lönsamt eller kanske praktiskt möjligt utan stordriftsfördelar). Både CECED och DSD ärenden har visat att kommissionen tar hänsyn till att vissa konkurrensbegränsande samarbeten inom miljöområdet faktiskt inte anses påverka konkurrensen, trots stora marknadsandelar, eftersom konkurrens

²³⁵ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 113, p 106

²³⁶ *ibid*, s 113, p 109

²³⁷ Vedder, s 182

²³⁸ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 113, p 109

²³⁹ Exempelvis DSD eller EACEM, OJ 1998 C12/02.

²⁴⁰ Kingston, s 292

fortfarande är möjligt (att det trots avtalen finns andra ekonomiska faktorer att konkurrera om på marknaden samt att avtalen inte leder till några hinder för marknadsinträde).²⁴¹

6.2.4.4 Kommentar

Det har framgått av ovan att eventuell balansering av för- gentemot nackdelarna av ett annars konkurrensbegränsande avtal är avsett att ske med beaktande av kriterierna för undantag i artikel 101(3) FEUF, där nackdelarna som skapas av konkurrensbegränsningarna i avtalet (som förbjudits genom artikel 101(1) FEUF) balanseras mot fördelarna, som lyfts fram i analysen genom artikel 101(3) FEUF.

Den analys som sker utgår ifrån att undantag är beroende på ekonomiska effektivitetsvinster, där kommissionen (genom riktlinjerna) tydligt markerat att analysen bygger på en snäv tolkning av fördelarna, så att fokus ligger på en ekonomisk analys (med ekonomiska fördelar). Andra fördelar som inte är rent ekonomiska kan beaktas i den mån det är möjligt att inkludera sådana fördelar under kriterierna för undantag genom en ekonomisk vinkling. Hur miljöhänsyn inkluderas blir beroende på mottagligheten av den tolkningen som görs av kriterierna för undantag och på vilket sätt det är möjligt att inkludera eventuella miljöförbättringar som konstaterbara ekonomiska värden samtidigt som det vaktas emot allt för restriktiva avtal eller dolda karteller (samt genom beaktande av integrationsprincipen).

Helt klart kan miljöavtal erbjuda långsiktiga vinster för såväl samhället som helhet och för enskilda konsumenter i samband med att man uppnår målen med artikel 191 FEUF (om att unionens miljöpolitik skall bidra till att bevara, skydda och förbättra miljön samt iakttä försiktighetsprincipen). Om ett annars konkurrensbegränsande miljöavtal fångas av artikel 101(1) FEUF så finns där möjligheter till undantag om samtliga kumulativa undantagskriterier är uppfyllda i artikel 101(3) FEUF; genom att fördelarna väger upp nackdelarna som avtalet medför för konkurrensen (att man exempelvis uppnår nettovinster med miljöförbättringar genom avtalet). Räckvidden av konsumentbegreppet och huruvida fördelar i ett mer allmänt perspektiv kan beaktas är inte okontroversiellt och blir då en fråga om nyttokostnadsanalyser som beaktar avtalets påverkan på den relevanta marknaden. Kommissionen har gjort klart i riktlinjerna att man intar en snäv inställning till icke ekonomiska allmänna intressen, som anses ligga utanför det som omfattas av analysen om effektivitetsvinster; om det inte är möjligt att kvantifiera sådana intressen till att omfatta ekonomiska värden.²⁴² En inställning som inte är helt okontroversiell då den inte direkt stöds av vare sig fördragen eller hur EU rättsinstanser tolkat vissa frågor om allmänna intressen. Vad gäller miljöavtal är det dock möjligt att kvantifiera miljöförbättringar ekonomiskt på ett sådant sätt att förbättringarna omfattas av analysen som utförs under artikel 101(3) FEUF, vilket öppnar för undantag av annars konkurrensbegränsande miljöavtal, där värdet av miljövinster beaktas.

²⁴¹ Vedder, s 181-185

²⁴² Särskilt efter rådets förordning nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, den s.k. moderniseringsförordningen (EGT L 1, 4.1.2003) som medfört att hela artikel 101 FEUF numera äger nationell tillämpning i medlemsstaterna och inte enbart artikel 101(1) FEUF som tidigare. Ändringen har medfört att bedömningar om undantag enligt artikel 101(3) FEUF även kan göras av nationella konkurrensmyndigheter och domstolar, varvid uppfattningen sannolikt varit att det varit nödvändigt att förenkla tolkningarna så mycket som möjligt (där begränsningen till att endast avse ekonomiska faktorer istället för att även behöva ta hänsyn till icke ekonomiska allmänna intressen minskar räckvidden för subjektivitet och svårbedömda hänsynstagande).

Eventuella konkurrensbegränsningar som ett miljöavtal medför måste dock vara nödvändiga för att uppnå målet, objektivt försvarbara samt proportionerliga sett till miljömålet som avses uppnås. Ju mer objektivt och öppet som det är möjligt att visa på effektivitetsvinster som följer av miljöavtalet, ju mer sannolikt är det att tredje kriteriet om nödvändighet uppfylls. Oavsett vilka vinster som kan realiseras så är det dock aldrig möjligt att bevilja undantag för ett avtal som innebär att konkurrensen upphör helt. Även i lägen där stora kortsiktiga vinster kan göras så innebär långsiktiga kostnader genom avsaknaden av konkurrens ett för högt pris. Begränsningar för konkurrensen i ett miljöavtal måste vara både nödvändiga och oundgängliga för syftet med avtalet och möjliggör bara för undantag (oavsett fördelarna för miljön och ekonomin) om begränsningarna inte sätter konkurrensen ur spel i fråga om antingen differentiering av produkter eller metoder, teknisk innovation eller marknadsinträde på kort sikt, eller om det är relevant, på lång sikt.²⁴³

Konkurrens är en avgörande del av en fungerande ekonomi utan vilket innovation och produktutveckling avstannar till nackdel för både konsumenterna på marknaden och miljön allmänt sett, genom dels den ineffektiva resursfördelning som uppstår men också bortfallet av bättre produkter eller tjänster som hade kunnat innebära miljöfördelar.

Tillämpningen av riktlinjerna på miljöavtal kan inte ske mekaniskt dock, utan varje individuellt ärende måste ses utifrån de speciella omständigheterna som gäller, dels för avtalet i fråga, dels vad gäller för marknaden som berörs, för att kunna bedöma hur begränsningarna som medförs av ett miljöavtal kan undantas eller inte. I syfte att åskådliggöra hur artikel 101 FEUF har använts på miljöavtal kommer följande kapitel om ärendeanalys undersöka vissa ärenden som blivit föremål för prövning enligt artikeln.

²⁴³ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 28, p 197

7 Ärendeanalys

Av föregående avsnitt har det varit möjligt att följa vilka olika bedömningar som görs för hur miljöavtal kan komma att omfattas av ett förbud mot konkurrensbegränsande samarbeten samt under vilka omständigheter ett sådant annars förbjudet avtal kan bli undantaget reglerna om förbud enligt artikel 101 FEUF.

För att åskådliggöra hur riktlinjerna och lagstiftningen tillämpas och vilka olika aspekter som används för analysen, så är det på plats att undersöka ett antal fall där konkurrensbegränsande miljöavtal har varit föremål för behandling av kommissionen.

Varje fall inleds med en bakgrunds beskrivning som följs av information om ärendets utveckling och bedömning enligt artikel 101 FEUF samt avslutande kommentar avsedd att sätta ärendet i perspektiv till arbetet.

7.1 CECED

Första ärendet avser ett frivilligt miljöavtal som meddelats till kommissionen för icke-ingripandebesked²⁴⁴ från förbudet i artikel 101(1) FEUF av organisationen Conseil Européen de la Construction d'Appareils Domestiques (CECED).

7.1.1 CECED bakgrund

CECED är en organisation bildad enligt belgisk lag, med säte i Bryssel, som omfattar tillverkare av hushållsapparater och nationella branschorganisationer. Avtalsparter till avtalen i fråga var dels CECED och dels ett stort antal branschorganisationer och tillverkare av hushållsapparater (antingen som direkta parter eller bundna av avtalen genom medlemskap i nationella branschorganisationer som representerades av CECED).

Företagen i fråga tillverkade och sålde ett brett sortiment av hushållsapparater under olika varumärken i en mängd olika medlemsstater (vilket inkluderade marknadsledande tillverkare som Bosch Siemens, Electrolux och Whirlpool med mera) med sammanlagda marknadsandelar på över 95 %.

Avtalet gällde bland annat att parterna kommit överens om att kollektivt genomföra bestämmelser i avtalet såtillvida att CECED-medlemmarna enats om att inte längre tillverka eller importera tvättmaskiner som inte uppfyllde de överenskomna kriterierna (baserade på energieffektivitetsklassificering). Genom avtalet infördes en effektivitetsstandard för tillverkarna som minskade konsumenternas valmöjligheter av tvättmaskiner till att endast omfatta sådana maskiner som uppnådde energieffektivitetsklasserna A-C och delvis för vissa maskiner märkta med energiklassificering D. I övrigt skulle tvättmaskiner med energieffektivitetsklassificering

²⁴⁴ Detta var innan moderniseringsförordningen nr 1/2003 (trädde i kraft 1 maj, 2004) avskaffade systemet för ansökan till kommissionen om icke-ingripandebesked från förbudet i artikel 101(1) FEUF.

D-G varken längre tillverkas eller importeras. Vidare kom parterna överens om att vid tillverkning av tvättmaskiner uppnå en standard för elförbrukning för alla maskiner som tillverkades.²⁴⁵

Bakgrunden var att tvättmaskiner som såldes på den gemensamma marknaden klassificerades och märktes i sju olika klasser från A till G (energieffektivitetsklasser), där A hade bästa miljöegenskaperna för energiförbrukning jämfört med G som i jämförelse hade sämre miljöegenskaper. Uppskattningar gjordes att elförbrukningen genom användningen av tvättmaskiner inom gemenskapen utgjorde sammanlagt 2 % av den totala elförbrukningen²⁴⁶ och att vid tidpunkten hörde omkring 10-11 % av de tvättmaskiner som såldes till energieffektivitetsklasserna D-G.²⁴⁷ Bakomliggande tanke till avtalet var att öka energieffektiviteten av maskinerna på marknaden genom bland annat att uppgradera tillgängliga maskiner till bättre energieffektivitetsklasser.

Avtalet syftade därmed att uppnå betydande miljöförbättringar genom att frivilligt reglera tillverkning och import av tvättmaskiner, övervaka och rapportera förändringar för marknaden (med ett visst informationsutbyte), främja den tekniska utvecklingen av tvättmaskiner på marknaden och att öka konsumenternas miljömedvetande genom konsumentupplysningar om förbättringarna och mer ekonomiska sätt att använda apparaterna.²⁴⁸

7.1.2 Utgångspunkt ur artikel 101(1) FEUF

Utifrån artikel 101(1) FEUF så beaktade kommissionen först att CECED var att anses som en företagssammanslutning och att avtalet som behandlades omfattade dels ett avtal i den meningen att det kunde omfattas av artikel 101 FEUF, samt att det kollektiva sättet genom vilket avtalet redan hade kommit att användas av parterna utgjorde ett samordnat förfarande på ett sätt som bestämmelserna avsåg.²⁴⁹

Därefter bedömde kommissionen på vilket sätt som det kunde göras gällande att avtalet eller förfarandet hade till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvräda konkurrensen. Fokus för analysen var parternas gemensamma mål, på vilket sätt som produktion och import begränsades, vilket informationsutbyte som ägde rum mellan partner samt den egenskapen att avtalet skulle medföra konsumentupplysningar.

Företagens gemensamma mål i avtalet utgjordes av en skyldighet att göra sitt bästa för att uppnå målen med avtalet; då genom att iakttä en lägsta effektivitetsstandard. Där fanns inte någon specifik kvotfördelning eller närmare angivelse som angav direkt hur mycket de enskilda tillverkarna och importörerna skulle bidra till det gemensamma målet, utan den frågan lämnades fri. Syftet enligt kommissionen kunde därmed inte anses vara att begränsa konkurrensen i det avseendet.²⁵⁰

²⁴⁵ Kommissionens beslut 2000/475, CECED, OJ 2000 L 187/49, p 19

²⁴⁶ *ibid*, s 49, p 14

²⁴⁷ *ibid*, s 49, p 13

²⁴⁸ *ibid*, s 49, p 18

²⁴⁹ *ibid*, s 50, p 26 och 27

²⁵⁰ *ibid*, s 50, p 28 och 29

Kommissionen behandlade sedan frågan om avtalets begränsningssyfte (angående tillverkning och import). Skyldigheten enligt avtalet innebar att tillverkare och importörer inte länge skulle ha frihet att själva bestämma om omständigheter som tidigare varit fritt att råda över före avtalet.²⁵¹

På så vis begränsades handlingsfriheten i fråga om tillverkning och import av maskiner som omfattades av energieffektivitetsklasserna D-G.²⁵² Kommissionen ansåg att begränsningen medförde en garanti för parterna att konkurrenterna inte kunde konkurrera med vissa maskiner och att detta innebar att konkurrensen påverkats beträffande hela skalan av energieffektivitetsklasser.²⁵³ Tillgängliga produkter på marknaden skulle minska, vilket i sig skulle leda till mindre valmöjligheter för konsumenterna och potentiellt högre priser genom bortfallet av den tekniska mångfalden.²⁵⁴ Den delen av avtalet som avsåg att begränsa parternas autonomi i fråga om tillverkning och import ansågs därför ha som syfte att begränsa konkurrensen mellan parterna som fångades av artikel 101(1) FEUF.²⁵⁵

Likaså bedömde kommissionen att priskonkurrensen sannolikt skulle komma att snedvridas eftersom avtalet oundvikligen skulle leda till ökade produktionskostnader för tillverkare som tidigare tillverkat maskiner som inte längre fick tillverkas. Sådana tillverkare skulle behöva höja priserna på sina produkter vilket skulle göra att priserna på marknaden på kort sikt stabiliserades på ett för konkurrensen ofördeligt sätt.²⁵⁶

Informationsutbytet och konsumentupplysningen som avtalet skulle innebära bedömdes inte ha till syfte att begränsa konkurrensen. Angående just informationsutbytet så skulle det ske till en av parterna oberoende notarie som skulle sammanställa konfidentiella uppgifter som varje enskild tillverkare hade lämnat om produktion och försäljning. Informationen som sedan lämnades tillbaka till parterna avsåg totala siffror för hela marknaden från föregående år och ansågs därför inte kunna användas för att begränsa konkurrensen.²⁵⁷

Angående avtalets inverkan på konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna ansåg kommissionen att den skulle vara betydande. Parterna till avtalet hade tillsammans en marknadsandel på över 95 %. I och med att avtalet skulle innebära mindre tillverkning av enligt avtalet otillåtna maskiner, som skulle tänkbart drabba vissa tillverkare och anläggningar hårdare (vilket också skulle bli märkbart över gränserna beroende på var olika anläggningar fanns), så skulle detta leda till att konsekvenserna av ett uppgraderat produktutbud riskerade att fördelas ojämnt mellan olika medlemsländer; beroende på vilken grad tillverkarna där var primärt inriktade på tillverkning av maskiner i energieffektivitetsklasserna D-G.²⁵⁸ Genomfört fullt ut skulle avtalet innebära en minskning av tillgängliga produkter på marknaden med 63 % jämfört

²⁵¹ Vilket kan jämföras med CEMEP-ärendet (EGT C 74, 15.3.2000, s.5, samt Press Release IP/00/508) som behandlades strax efter CECED ärendet av kommissionen, också omfattande ett icke-ingripandebesked om ett horisontellt miljöavtal som begränsade tillverkning och försäljning av fas AC standardmotorer, där avtalet inte ansågs vara konkurrensbegränsande utifrån artikel 101(1) FEUF med tanke på den frihet som lämnades till avtalsparterna att själva råda över hur målen med avtalet uppnåddes. Sett till riktlinjerna, kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s. 27 p. 184, så gäller att om parterna inte har ålagts någon särskilt individuell skyldighet eller bara åtagit sig att bidra allmänt till uppnåendet av ett miljömål så omfattas inte avtalet av artikel 101(1) FEUF.

²⁵² Kommissionens beslut 2000/475, CECED, OJ 2000 L 187/50, p 30

²⁵³ Townley, s 151

²⁵⁴ Kommissionens beslut 2000/475, CECED, OJ 2000 L 187/50, p 32

²⁵⁵ ibid, s 50, p 33

²⁵⁶ ibid, s 50, p 34

²⁵⁷ ibid, s 51, p 38

²⁵⁸ ibid, s 51, p 44

med ett läge utan avtalet, där den uppskattade andelen som inte längre skulle få säljas (klasserna D-G) utgjorde cirka 11 % av försäljningen. Ovan ansågs därför märkbart påverka konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna på ett för konkurrensen otillåtet sätt enligt artikel 101(1) FEUF.²⁵⁹

7.1.3 Bedömningen enligt artikel 101(3) FEUF

Eftersom avtalet ansågs begränsa konkurrensen på ett enligt artikel 101(1) FEUF otillåtet sätt blev det därför aktuellt med en bedömningen ifall där fanns skäl till undantag enligt artikel 101(3) FEUF, genom vilket det vore möjligt att balansera nackdelarna mot eventuella fördelar som avtalet kunde medföra.

Sett utifrån första kriteriet, att bidra till ekonomiska och tekniska framsteg, beaktade kommissionen miljösyftet med avtalet (att minska den potentiella energiförbrukningen i nya tvättmaskiner med minst 15-20 %). Övriga faktorer oförändrade så ansågs en förbrukning av mindre el som ett objektivt sett teknisk effektivisering, där mindre förbrukning indirekt ledde till minskade föroreningar orsakade av elproduktion. Att avtalet skulle innebära driften av maskiner som tillhandahåller samma service men med mindre indirekt nedsmutsning blir enligt kommissionens mening ekonomiskt effektivare (jämfört med hur läget hade varit utan avtalet).²⁶⁰

Avtalet ansågs kunna utgöra en förbättring på 20 % över en period av fyra år, jämfört med att det annars hade tagit åtta år att uppnå förbättringarna utan avtalet. Att avtalet kunde medföra ett förändrat beteende för konsumenterna (exempelvis att effektivare och driftsmässigt billigare maskiner ökar användningen, vilket hade lett till miljöföreningar) ansågs inte kunna neutralisera att miljöförbättringar skulle kunna uppnås både snabbare och tillförlitligare än hur läget hade varit utan avtalet.

Vidare bedömdes det att avtalet skulle innebära en utveckling av framtida forskning och innovation för att i möjlig mån försöka konkurrera om värdet av en ökad energieffektivitet utöver det som utgjordes av energieffektivitetsklass A, då konsumenterna värdesatte kostnadsbesparingarna som effektivare maskiner möjliggjorde. På lång sikt skulle detta medföra en ökad produktdiversifiering där nuvarande tekniska gränser passeras till förmån för konsumenterna och miljön.²⁶¹

För andra kriteriet, att en skälig andel konsumenterna kan ta del av effektivitetsvinster som följer av avtalet, gjorde kommissionen bedömningen att där fanns såväl individuella ekonomiska fördelar (för individuella användare) som gemensamma miljöfördelar (för konsumentkollektivet som helhet).

Att avtalet skulle innebära fastställande av en minimistandard för elförbrukning skulle gottgöra individuella användare inom en rimlig tid för eventuellt högre inköpskostnader, eftersom en sådan standard möjliggör för mindre elförbrukning och därmed lägre elräkningar för konsumenterna.²⁶² Beroende på elpriserna och hur ofta maskinerna användes så uppskattades att genomsnittliga konsumenten skulle kunna ta igen ökade kostnader för uppgraderingen på mellan

²⁵⁹ Kommissionens beslut 2000/475, CECED, OJ 2000 L 187/51, p 46

²⁶⁰ *ibid*, s 52, p 48

²⁶¹ *ibid*, s 52, p 50

²⁶² Townley, s 152

9 och 40 månader.²⁶³ Kommissionen spekulerade också att begränsningen av energiförbrukningen skulle kunna leda till en ökad priskonkurrens mellan företagen och att i en marknad utan ineffektiva maskiner (som vore ett billigare alternativ), så leder detta till att priserna på kvarvarande maskiner sänks i takt med att efterfrågan ökar.²⁶⁴ Vilket är fördelar som naturligt kommer individuella konsumenter tillhanda.

Trots att kommissionen redan hade konstaterat individuella ekonomiska fördelar för konsumenterna enligt ovan så utvecklas en analys av gemensamma miljöfördelar och på vilket sätt sådana kommer konsumenterna till godo.

Särskilt intressant i det perspektivet är på sättet kommissionen har beaktat unionens miljöpolitik och principerna som ligger till grund för miljöskyddet; bland annat att miljöförstöring bäst hejdas vid källan och att målet med utnyttjandet av naturresurser är att det sker rationellt med beaktande av eventuella fördelar med och kostnader för olika åtgärder som vidtas (i syfte att säkerställa en hållbar utveckling). Sett i ett större sammanhang och beaktande miljöfördelarna som avtalet innebär noterar kommissionen att CECED-avtalet är ett exempel som måste medföra ekonomiska fördelar som uppväger kostnaderna och vara förenligt med konkurrensreglerna.

”Även om elektricitet inte är en knapp resurs och en minskad förbrukning inte minskar utsläppen vid källan, kan även kostnaderna för nedsmutsningen beaktas.”²⁶⁵ Utifrån beräkningarna som kommissionen utför i analysen så uppskattas sociala fördelar kopplade till CECED-avtalet att vara mer än sju gånger större än kostnaderna som uppstår på grund av ökade inköpskostnaderna som beräknades för inköp av energisnålare tvättmaskiner. ”Sådana resultat på miljöområdet skulle ge konsumenterna en tillräcklig stor del av fördelarna även om köparna av tvättmaskiner inte individuellt skulle erhålla några fördelar.”²⁶⁶

Kommissionens slutsats enligt första och andra kriteriet i bedömningen om undantag enligt artikel 101(3) FEUF är därför att avtalet sannolikt skulle leda till avsevärda tekniska och ekonomiska framsteg, av vilka en skälig andel av dessa skulle komma konsumenterna till godo.²⁶⁷

Vid analysen av tredje kriteriet i artikel 101(3) FEUF, om begränsningarna nödvändighet, så framstår det att kommissionen har utfört en proportionalitetstest där konkurrensbegränsningarna som avtalet medför för parterna har jämförts med syftet med miljöavtalet. Att avtalet inte framhåller några specifika tekniska metoder framför andra för att uppnå syftet och att begränsningarna i fråga inte påverkar avtalsparternas produktkännetecken eller övriga kommersiella beteende, så finner kommissionen att avtalet inte medför begränsningar som inte skulle anses förknippade med avtalet eller vara nödvändiga för att uppnå dess objektiva fördelar.²⁶⁸

Huruvida det skulle ha varit möjligt att uppnå samma resultat genom att utarbeta mindre begränsande alternativ har också undersökts av kommissionen. Teoretiskt sett ansåg kommissionen att där fanns tre möjligheter till andra tillvägagångssätt (att avtalet ändrades till att

²⁶³ Kommissionens beslut 2000/475, CECED, OJ 2000 L 187/52, p 52

²⁶⁴ ibid, s 52, p 53

²⁶⁵ ibid, s 52, p 55

²⁶⁶ ibid, s 52, p 56

²⁶⁷ ibid, s 52, p 57

²⁶⁸ ibid, s 53, p 58

avse ett mål för hela branschen (snarare än att reglera en obligatorisk minimistandard), att man genom informationskampanjer försökte påverka energiförbrukningen, eller att avtalsparterna fokuserade på att i större utsträckning uppfylla kriterierna för gemenskapens miljömärke).²⁶⁹

Samtliga tilltänkta alternativ ansågs vara antingen ineffektivare, kunde leda till högre kostnader eller på något sätt kunna leda till följder som var sämre än vad man kunde uppnå genom förespråkade begränsningar som redan fanns i avtalet. Baserat på vilka andra alternativ som fanns gjordes bedömningen att begränsningarna var nödvändiga, då man inte kunde uppnå liknande resultat genom mindre begränsande åtgärder och därmed var även tredje kriteriet för undantag uppfyllt.

Det sista och avgörande kriteriet för undantag, huruvida avtalet eliminerade konkurrensen, bedömdes utifrån vilka faktiska begränsningar som avtalet medförde för möjligheterna att bedriva konkurrens. Kommissionen påpekade att frågan om energieffektivitet endast var en del av en mängd andra faktorer på vilka konkurrens utövades för aktuella produkter. Andra faktorer som priser, varumärkesimage, hur produkterna fungerade rent tekniskt, kunde alla väga tyngre när konsumenterna stod inför ett produktval. Dessutom skulle det även efter avtalet återstå tre fullständiga energieffektivitetsklasser att välja mellan till tillverkarnas förfogande att utöva konkurrens om ((A-C) och delvis delar av klassen D). Avtalet ansågs inte heller innehålla några onödiga formella eller praktiska begränsningar för tillverkarna som skulle kunna påverka konkurrensen, avseende parternas handlingsfrihet att tillverka och utveckla återstående tillåtna produkter.²⁷⁰ Trots begränsningarna på den slutliga försäljningen som avtalet skulle medföra, ansågs det att kvarvarande 90 % av marknaden skulle falla utanför begränsningarna och därmed utgöra område där konkurrensen inte påverkades. Dessutom skulle fortfarande utomstående företag fritt kunna fortsätta att tillverka och importera tvättmaskiner i lägre energieffektivitetsklasser, vilket medförde att avtalet inte heller utgjorde något hinder för inträde på marknaden.

Kommissionen meddelade därför att samtliga kumulativa kriterier för undantag enligt artikel 101(3) FEUF hade uppfyllts, varefter beslut om icke-ingripande meddelades (undantaget tidsbestämde att avse hela avtalets livslängd).

7.1.4 Kommentar

Sett till första och andra kriteriet för undantag så följer kommissionens analys av ärendet riktlinjerna om tillämpningen av artikel 101(3) FEUF. Båda kriterierna har bedömts tillsammans och det konstateras vilka vinster (både effektivitetsvinster och möjligheten till teknisk innovation och utveckling) som följer av avtalet och hur sådana vinster kan föras vidare till konsumenterna. Vad som blir oklart är sättet på vilket kommissionen hanterat frågan om ekonomiska fördelar som följer av miljöavtalet och hur konsumenterna tilldelas en skälig andel av dessa.

För undantag enligt andra kriteriet gör riktlinjerna från 2001 klart att det är ekonomiska fördelar som bedöms i miljöavtal och att dessa skall tillfalla antingen enskilda konsumenter eller konsumentkollektivet. Nettofördelarna som miljöavtalet medför måste innebära mindre miljöbelastning samt att de förväntade ekonomiska fördelarna (där fokus ligger) måste väga

²⁶⁹ Kommissionens beslut 2000/475, CECED, OJ 2000 L 187/53, p 59-63

²⁷⁰ *ibid*, s 53, p 64-65

tyngre än kostnaderna. Kostnaderna i detta hänseende omfattar effekterna av en minskad konkurrens jämte ekonomiska operatörers kostnader för att uppfylla miljökraven och/eller effekter på tredje part.²⁷¹ Det står specifikt i riktlinjerna att ”om avtalet medför en nettofördel för enskilda konsumenter under en rimlig period, så finns där inget behov av att objektivt fastställa de totala miljöfördelarna”.²⁷² Ändå har kommissionen valt att utföra en nyttokostnadsanalys för att bedöma om nettofördelarna för konsumenterna i allmänhet är sannolika. Kommissionen har då vägt kostnaden av avtalet (hur en konkurrensparameter för tillverkarna har upphört (som kan påverka konkurrensen negativt) och hur borttagandet av energiineffektiva maskiner innebär mindre tillgång till maskiner, vilket i sin tur kan leda till ökade priser med upp till 14 %) mot nyttan av att där blir en miljömässig fördel för hela samhället genom den minskade energiförbrukning som sker (och att detta leder till minskade föroreningar vid produktion av el). Det påpekas i beslutet att resultaten på miljöområdet (med förbättringarna avtalet medför som helhet) ”skulle ge konsumenterna en tillräcklig stor del av fördelarna även om köparna av tvättmaskiner inte individuellt skulle erhålla några fördelar”.²⁷³ Från detta följer att miljöfördelar som uppstår för samhället hade inneburit att en skälig andel av vinsten som krävs för att kunna meddela undantag enligt andra kriteriet, även under omständigheter då där inte fanns individuella ekonomiska fördelar för enskilda konsumenter. Sett som en helhet kan man läsa CECED beslutet att miljöförbättringar beaktas till den grad man kan värdera sådana förbättringar ekonomiskt.²⁷⁴

Att ha i åtanke gällande miljöförbättringar är också att de kan vara kostsammare i jämförelse med andra alternativ (maskiner med bättre miljöegenskaper är ofta dyrare i jämförelse med maskiner som kanske har sämre miljöegenskaper) och frågan på vilket sätt individuella ekonomiska fördelar uppstår har ett nära samband med hur företagen väljer att internalisera kostnaderna som uppstår på grund av ett miljöavtal. Möjligheterna för konsumenterna att ta del av vinster som medförs kan därför påverkas på ett sätt som kan innebära att där faktiskt inte uppstår någon ekonomisk fördel, eller att kostnaderna för konsumenterna blir högre än vad man bedömer fördelarna av miljöavtalet att vara (trots att där kanske uppstår miljöfördelar). Beträffande CECED ärendet så innebar exempelvis miljöavtalet en minskning av produktutbudet på marknaden, vilket också skulle medföra ökade produktionskostnader för vissa tillverkare. Kostnader som riskerade föras över på konsumenterna, där kommissionen gjorde beräkningen att den genomsnittlige konsumenten hade tagit igen sådana kostnader för uppgraderande av dyrare tvättmaskiner inom 9 till 40 månader.²⁷⁵

Bedömningarna som gjordes i CECED angående tredje kriteriet om begränsningarnas nödvändighet är i linje med riktlinjerna, att begränsningarna måste vara nödvändiga för att de ekonomiska fördelarna skall kunna uppnås.²⁷⁶ Det direkta förbudet av vissa sämre energieffektivitetsklasser medförde fördelar (objektivt sett) som inte hade kunnat realiseras genom andra mindre begränsande alternativ.

CECED ärendet visar hur ett omfattande miljöavtal kan utformas på ett sätt som ändå bevarar den interna konkurrensen mellan avtalsparterna och inte utgör ett hinder för marknadsinträde.

²⁷¹ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 194

²⁷² *ibid*, s 27, p 194

²⁷³ Kommissionens beslut 2000/475, CECED, OJ 2000 L 187/52, p 56

²⁷⁴ Vedder, s 165-170

²⁷⁵ Kommissionens beslut 2000/475, CECED, OJ 2000 L 187/52, p 52

²⁷⁶ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 6, p 35

Precis som det följer av riktlinjerna²⁷⁷ så ansågs det inte avgörande för möjligheten till undantag enligt fjärde kriteriet att avtalsparternas marknadsandelar låg på över 95 %, utan det var omständigheterna för målet i övrigt, som efter en kvalitativ och kvantitativ analys, visade att miljöavtalet endast begränsade en av flera olika konkurrensparametrar. Där fanns fortfarande andra möjligheter till konkurrens bevarade (såsom priskonkurrens, varumärkesimage och teknisk prestanda). Miljöavtalet innehöll inte heller några tekniska begränsningar för hur avtalsparterna behövde anpassa sig till för att uppnå de gemensamma miljömålen i avtalet, vilket tillät för en effektiv konkurrens även efter avtalet. Detta kan jämföras med riktlinjernas påpekande att ju mer varierande metoderna är att uppnå det överenskomna miljömålet, ju mindre betydande är de potentiellt konkurrensbegränsande effekterna som uppstår; där tekniska och ekonomiska möjligheter att uppnå målet lämnas fritt åt avtalsparterna.²⁷⁸ Sett ur ett miljöperspektiv så visar CECED att det är ärendets faktiska omständigheter som avgör i bedömningen när det gäller frågan om marknadsandelar och huruvida där finns återstående konkurrens kvar på marknaden efter avtalet på ett sätt som kan möjliggöra undantag enligt fjärde kriteriet.

En anmärkning vad gäller CECED-beslutet är att det användes både i riktlinjerna från 2001 och de nyare från 2010 (som ett exempel på miljönormer), fast med den skillnaden att i de nya riktlinjerna så hade man ändrat i analysdelen av exemplet och tagit bort ordalydelsen ”nettobidraget till en förbättring av miljösituationen totalt sett uppväger ökade kostnader” från 2001. På så vis har man ändrat fokus i analysen till att handla mer om kvalitativa och kostnadseffektiviseringar för individuella konsumenter (snarare än för miljö fördelar för samhället). Varför den ändringen gjordes är inte klart, men det kan framstå som en vilja av kommissionen att i efterhand snäva in omfattningen i riktlinjerna. Även om kommissionen har meddelat att borttagandet av miljökapitlet i de nya riktlinjerna inte innebär en nedvärdering av hanteringen av miljöavtal²⁷⁹ så har i vart fall inte borttagandet (eller ovan nämnda ändring) skapat någon direkt klarhet kring hanteringen av miljö fördelar.

Strax efter CECED beslutet meddelade kommissionen en press release där dåvarande konkurrenskommissionär Mario Monti uttryckte det så att när han tillträdde som kommissionär med ansvar för konkurrensfrågor, så framhöll han inför Europaparlamentet att miljö hänsyn inte på något sätt skulle vara oförenligt med konkurrens politiken. Han menade att CECED beslutet visade tydligt på detta, där miljö hänsyn kunde beaktas under förutsättningen att konkurrens begränsningarna var proportionerliga och nödvändiga för att uppnå miljömålen med miljöavtalet till förmån för nuvarande och kommande generationer.²⁸⁰

7.1.4.1 Efter CECED

Vidare har kommissionen efter CECED beslutet om tvättmaskiner även behandlat liknande avtal från CECED organisationen (avseende icke-ingripande besked om horisontella miljöavtal som syftar till att minska energiförbrukningen av hushållsapparater; ett för diskmaskiner och ett för

²⁷⁷ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EGT C 101, 27.4.2004, s 113, p 109

²⁷⁸ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 185

²⁷⁹ OECD Policy Roundtable, Horizontal Agreements in the Environmental Context, 2010, s 123

²⁸⁰ Press Release från kommissionen, IP/00/148 från den 11 februari 2000

varmvattenberedare), där behandlingen av horisontella miljöavtal enligt CECED ärendet ovan om tvättmaskiner har bekräftats.²⁸¹

Parterna till båda avtalen innehade betydande marknadsandelar (för diskmaskiner var det i princip 100 % och för varmvattenberedare var det närmare 65 %). Där precis som i ärendet om tvättmaskiner, och i enlighet med riktlinjerna²⁸², förklarades det att stora marknadsandelar inte var skäl nog för att horisontella miljöavtal skulle omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal eller samordnade förfaranden. Avgörande var istället hur miljöavtalen direkt påverkade försäljningar för parterna som helhet och för parterna individuellt jämfört med produktens egenskaper som påverkade konsumenternas beslut att köpa produkterna i fråga. Avgörande var om miljöegenskaperna som man hade avtalat om var betydande som produktens egenskaper för konsumenterna och till vilken del avtalen påverkade produkterna på den gemensamma marknaden.

Energieffektivitet ansågs vara avgörande för konsumentpreferenser vid val av både diskmaskiner och varmvattenberedare. Det ansågs också att cirka en fjärdedel av marknadsprodukter skulle beröras av miljöavtalen i fråga. Som en sista punkt behövde avtalen i fråga avgöras utifrån vilka begränsningar som specifikt infördes på avtalsparterna som begränsade deras handlingsfriheter och om konkurrensen begränsades därav. Utgångspunkten är att lösa åtaganden som syftar till att uppnå gemensamma mål inte har ansetts vara konkurrensbegränsande.²⁸³ I förevarande fall med avtalen om diskmaskinerna och varmvattenberedarna så innehöll avtalen individuella konkurrensbegränsningar för tillverkarna som märkbart skulle begränsa konkurrensen på marknaden vad gällde friheten att producera och sälja produkterna oberoende på marknaden (i jämförelse med läget på marknaderna som det var innan avtalen), vilket aktualiserade förbud enligt artikel 101(1) FEUF.

Kommissionen prövade därefter förutsättningarna för undantag enligt de fyra kriterierna i artikel 101(3) FEUF, där första kriteriet var uppfyllt i båda avtalen med hänsyn till maskiner med lägre energiförbrukning som gav samma service (men till lägre energikostnad) medförde ekonomiska och tekniska framsteg. Precis som i CECED ärendet med tvättmaskinerna så ansågs det att individuella köpare av maskinerna kunde kompenseras för eventuella högre priser genom besparingar som gjordes genom att elpriserna blev lägre, samtidigt som maskinerna som tillhandahölls var effektivare (sett ur ett lite längre perspektiv). Eftersom avtalen medförde uppenbara fördelar (vilka även inkluderade indirekt uppfyllande av EU:s miljömål) som inte ansågs kunna uppnås genom alternativa medel utan begränsningarna som avtalen medförde, samt att där återfanns möjlighet till konkurrens på berörda marknader, så meddelades undantag.

Tillsammans visar kommissionsbesluten om de horisontella miljöavtal som CECED hade ingått (dels om tvättmaskiner, diskmaskiner och varmvattenberedare) att där inte behöver vara någon konflikt mellan miljöhänsyn och konkurrensreglerna om förbud mot konkurrensbegränsande avtal. Både besluten och kommissionens riktlinjer kan tolkas så att miljöavtal egentligen inte innebär svårare bedömningar än vilka andra horisontella avtal som fångas av artikel 101 FEUF;

²⁸¹ Press Release från kommissionen, IP/01/1659 från den 26 november 2001

²⁸² Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 26, p 184

²⁸³ Se exempelvis kommissionens beslut i ärenden COMP/37.231 ACEA (IP 98/865 från den 16.10.1998) och COMP/37.775 CEMEP (IP/00/508 från den 23.5.2000) och även Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 27, p 185

förutsatt dock att parterna lämnar så objektiv och underbyggd information som möjligt (vilket underlättar ekonomiseringen av miljövärdena som avtalen omfattar).²⁸⁴

7.2 VOTOB

Det andra ärendet avser ett frivilligt miljöavtal av företrädare för en sammanslutning företag verksamma med uthyrning av kemisk lagringskapacitet, Vereniging van Onafhankelijke Tankopslag Bedrijven (VOTOB).²⁸⁵

7.2.1 VOTOB bakgrund

VOTOB representerade sex nederländska företag verksamma med uthyrning av kemisk lagringskapacitet i fasta cisterner i Amsterdam, Dordrecht och Rotterdam. Avtalsparterna var självständiga företag som tillhandahöll lagringskapacitet för utomstående företag. Avtalet i fråga hade inletts i syfte att förekomma lagstiftningsåtgärder som skulle påverka verksamheterna genom reglering av utsläpp associerade till verksamheterna. VOTOB hade därför ingått en överenskommelse med de nederländska myndigheterna om att minska luftburna utsläpp från cisternerna genom bättre filtrering och anhöll om finansiering för att täcka kostnaderna associerade med investeringar för förbättrande åtgärder (filterutrustning). De nederländska myndigheterna gick med på att delvis finansiera åtgärderna eftersom företagen hade visat att de inte hade möjlighet att finansiera åtgärderna på egen hand. Sex månader efter överenskommelsen upphörde dock oväntat det finansiella stödet och företagen var tvungna att hitta alternativa vägar att finansiera de kostsamma förbättringsåtgärderna i enlighet med överenskommelsen. Lösningen som VOTOB valde var att föra över kostnaden av miljömässiga förbättringsåtgärder till dem som egentligen orsakade utsläppen, nämligen kunderna som hyrde lagringsutrymmena för kemikalierna.²⁸⁶

Företagen bakom VOTOB ingick därför ett miljöavtal som medförde att parterna skulle införa en fast förbestämd tilläggsavgift (miljöavgift) beroende på vilken produkt som lagrades och hur mycket föroreningar som produkten ansågs orsaka. Hela den kostnaden skulle sen föras över till kunden för att kompensera avtalsparterna för bortfallet av det statliga finansiella stödet och delvis bekosta förbättringsåtgärderna. Tilläggsavgiften skulle noteras som en separat post på kundernas räkningar. Att miljöavgiften fakturerades separat var i VOTOB:s mening tänkt att uppmärksamma kunderna om kostnaderna associerade med miljöförbättringar som följd av lagringen.²⁸⁷

Enligt VOTOB var åtgärderna nödvändiga dels på grund av hur marknaden för lagringskapacitet såg ut, att det var en köparens marknad där utbudet för deras tjänster var stort och köparna av tjänsterna var globala industrijättar, och dels för att avtalet skulle medföra miljöförbättringar som skulle sätta VOTOB medlemmarna i bättre lägen miljömässigt jämfört med deras konkurrenter. Avtalet syftade också till att förhindra att där uppstod en intern konkurrens om kostnaderna för

²⁸⁴ Competition Policy Newsletter 2002-1, Commission confirms its policy line in respect of horizontal agreements on energy efficiency of domestic appliances, av Manuel Martínez-López (februari 2002)

²⁸⁵ 22nd Report on Competition Policy, COMP REP EC 1992, s 106-108

²⁸⁶ Orts, s 257

²⁸⁷ Vedder, s 157

miljöförbättringsåtgärderna bland avtalsparterna som i sig kunde leda till att billigare och sämre åtgärder vidtogs till nackdel för miljön.²⁸⁸

7.2.2 Utgångspunkt ur artikel 101(1) FEUF

Kommissionen hade invändningar mot att en fast tilläggsavgift infördes. Rent generellt påpekades det att VOTOB:s ursprungliga överenskommelse med nederländska myndigheter inte nämnde något om tilläggsavgifter och att där således inte fanns någon förpliktelse att införa en sådan prisökning baserat på överenskommelsen.

Utifrån innehållet i dåvarande artikel 85 EGF (nuvarande artikel 101 FEUF) kritiserades den fasta tilläggsavgiften på tre punkter. För det första, att det var en fast avgift som i sin helhet skulle föras över till kunderna (vilket i princip medförde ett otillåtet fastställande av priserna). För det andra, så skulle tilläggsavgiften appliceras enhetligt och även om kostnaderna varierade beroende på vilken produkt som lagrades, så var tilläggsökningen enhetlig för samtliga VOTOB medlemmar. Vilket inte tog hänsyn till att parterna inte hade identiska förhållanden och därmed behövde göra olika investeringar som medförde varierande kostnader därefter. Sista invändningen var att eftersom tilläggsavgiften fakturerades som en egen separat del av räkningen så kunde det missförstås som om den var en av myndigheterna påförd avgift och att den på så vis inte skulle vara något som var förhandlingsbart som en del av tjänsten.²⁸⁹

Kommissionen menade att tilläggsavgiften var ett fastställande av priser och att när priset eller en del av det är fastställt så upphör konkurrensen på den punkten. VOTOB:s motivering att tilläggsavgiften (vilken var mindre än 5 % av de totala kostnaderna) var så minimal att den inte påverkade konkurrensen (de minimis) accepterades inte av kommissionen. Likaså fick VOTOB inte gehör för invändningar att separat fakturering av tilläggsavgiften var en del av principen att förorenaren betalar. Tvärtom ansåg kommissionen att en enhetlig och fastställd tilläggsavgift stod i motsats till principen om förorenaren betalar, bland annat eftersom det inte framgick vad de verkliga kostnaderna var för förorenaren. Där fanns inget likhetstecken mellan verkliga kostnader för miljöförstöringen och exempelvis på förhand fastställda kostnader som applicerades enhetligt oavsett omständigheterna som gällde.²⁹⁰

En vidare konsekvens av fastställda och enhetliga tillägg var att incitament att utveckla och skapa miljöförbättringar ansågs upphöra som en följd av att parterna inte längre behövde beakta kostnadseffektiva lösningar (exempelvis vid val av vilka lösningar att välja som skapade bäst miljöförbättringar för lägsta priset). Detta ansågs kunna leda till oönskade följder för konkurrensen även för andra aktörer. Tilläggets enhetliga karaktär tog inte heller hänsyn till parternas olika individuella omständigheter och kostnader; utan alla fick samma ökning oavsett (där VOTOB medlemmarna behöll inkomna medlen från tilläggsavgiften individuellt).²⁹¹

²⁸⁸ Orts, s 257

²⁸⁹ 22nd Report on Competition Policy, COMP REP EC 1992, s 107, p 180

²⁹⁰ Orts, s 257

²⁹¹ 22nd Report on Competition Policy, COMP REP EC 1992, s 107, p 181

7.2.3 Bedömning enligt artikel 101(3) FEUF

VOTOB ärendet avslutades dock innan kommissionen hade kommit till stadiet där ett beslut skulle meddelas, eftersom VOTOB tog åt sig av kritiken att tillägg för miljöavgifter skulle vara ett otillåtet fastställande av priserna och ändrade på sättet kunderna fakturerades. Bland annat tog man bort separata tillägg för miljöavgifter. En notis är därför att eftersom där inte finns ett beslut i ärendet, så nämns det officiellt i kommissionens 22 rapport om konkurrenspolitiken från 1992.²⁹²

Beaktat omständigheterna i målet är det klart att avtalet hade kunnat ha en konkurrensbegränsande effekt då miljöavgiften fastställer en del av priset, vilket innebär att kunderna förlorar en viktig bedömningsgrund när de har att avgöra vilken tjänst som skall anlitas. Sett till riktlinjerna från 2001 så hör samarbetsavtal som har till syfte att begränsa konkurrensen genom fastställande av priser till gruppen avtal som nästa alltid omfattas av förbudet i artikel 101(1) FEUF, eftersom slutresultatet av konkurrensprocessen påverkas negativt.²⁹³ Detta gäller även, som i detta ärendet, om där finns genuina miljömål som ligger till grund för miljöavtalet.

För ett tänkbart undantag hade det varit upp till VOTOB medlemmarna att så objektivt som möjligt försöka visa att tillvägagångssättet med enhetligt specifikt fakturerade fastställda miljöavgifter hade varit nödvändigt (proportionerligt, enligt vad som krävs för undantag enligt artikel 101(3) FEUF) för att uppnå syftet med miljöavtalet i fråga, och att det inte vore möjligt att uppnå liknande resultat genom mindre restriktiva åtgärder. I detta ärende visade det sig dock att kommissionen inte fäste någon betydelse på miljöavgiftens storlek (som var mindre än 5 % av de totala kostnaderna) och inte heller att det egentligen var fritt för kunderna att förhandla om resterande kostnader för tjänsterna.

Kommissionen beaktade att utan tillägget av miljöavgiften på det sätt som det gjordes, så kunde VOTOB medlemmarna själva ha beräknat vilka kostnaderna skulle ha varit nödvändiga för investeringar för miljöförbättringar och sen, efter egen förmåga, antingen betalat sådana ur egna vinster eller, om kostnaderna skulle föras vidare till kunderna, beräknat hur mycket de skulle behöva höja priserna med för sina tjänster och på så vis täcka kostnaderna som uppstod (den ökningen skulle dock faktureras som en del av det totala priset och inte utgöra en separat post på räkningen; dock fanns alltid en möjlighet att informera kunden om kostnaden och varför den fanns med). Kommissionen ansåg att det vore fullt möjligt för företagen att agera självständigt i den frågan, utan något behov av ett miljöavtal med fastställda miljöavgifter och på så vis hade konkurrensen på marknaden inte heller behövts drabbas negativt. Som avgiften infördes genom avtalet försvårade det för kunderna att dels förhandla om kostnaderna och dels hitta ett billigare alternativ bland konkurrenterna eftersom påslagen var enhetliga.²⁹⁴

7.2.4 Kommentar

Hade VOTOB medlemmarna istället skapat ett system där de hade beräknat den totala kostnaden och sen fakturerat för det, samtidigt som det gjordes klart att priset för tjänsterna inkluderade

²⁹² 22nd Report on Competition Policy, COMP REP EC 1992, s 108, p 184

²⁹³ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001, s 4, p 25

²⁹⁴ 22nd Report on Competition Policy, COMP REP EC 1992, s 108, p 183

kostnaderna för investerings och förbättringsåtgärderna, så hade inte kommissionen haft synpunkter på det. Kunderna i ett sådant läge hade dels fått information om kostnaderna associerade med deras deponering av kemikalier samtidigt som de hade kunnat förhandla om kostnaderna mellan olika konkurrenter.

Sett till utvecklingen sedan ärendet behandlades 1992 så kan man ifrågasätta om kommissionen hade kommit till samma slutsats idag; beaktat riktlinjerna från 2010, att avtalet måste utgöra en märkbar begränsning av konkurrensen som krävs för ett förbud; särskilt med tanke på hur liten miljöavgiften var i jämförelse med parternas andra kostnader.²⁹⁵ Från riktlinjerna följer ”en betydande grad av gemensamma kostnader som uppnås genom ett horisontellt samarbetsavtal kan göra det möjligt för parterna att lättare samordna marknadspriser och produktion *förutsatt* att parterna har marknadsstyrka, marknadens egenskaper främjar sådan samordning och området för samarbetet står för en stor andel av parternas rörliga kostnader på en viss marknad”.²⁹⁶ Vilket tyder på att mer märkbara begränsningar av konkurrensen behöver vara aktuella än vad som gällde för VOTOB vid tillfället.

Kommissionen har dessutom 2005 förtydligat ett ställningstagande om gemensamma kostnader (när det gällde små gemensamma kostnader för återvinningssystem) att det vid konkurrensanalysen måste noggrant bedömas utifrån omständigheterna som gäller för det specifika fallet om priskonkurrensen blir märkbart påverkade eller på vilket sätt utvecklingen av bättre eller miljövänligare alternativ försvåras.²⁹⁷

Rent allmänt om miljöavgifter kan tilläggas att om sådana blir aktuella i ett miljöavtal så är slutsatsen man kan dra av VOTOB ärendet att de har en större sannolikhet att anses som proportionerliga om de inte avser fasta kostnader som tillämpas enhetligt. Kommissionen förklarar att man inte är negativt inställd till att kostnader förs vidare till konsumenter enligt principen om att förorenaren betalar, eftersom detta medför ett ökat medvetande om vilka kostnader som orsakas av beteendet (som kan vara till nackdel för miljön), dock ska en sådan överföring inte innebära att konsumenten berövas möjlighet att ifrågasätta prisökningar eller eftersöka billigare alternativ.²⁹⁸

Som kommissionen påpekade inledningsvis i beskrivningen av VOTOB ärendet så välkomnar man att miljöproblem löses genom frivilliga miljöavtal, men eventuella begränsningar får inte gå utöver vad som är nödvändigt, så att det sker på bekostnad av konkurrensen.²⁹⁹ Kommissionen försöker därmed skapa en balans mellan konkurrenspolitiken och miljöpolitiken genom tillämpningen av proportionalitetsprincipen och kriterierna för undantag i artikel 101(3) FEUF.³⁰⁰

²⁹⁵ Kingston, s 281-286

²⁹⁶ Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s 10, p 36

²⁹⁷ DG Competition, Concerning Issues of Competition in Waste Management Systems, 22 september 2005, s 15, p 59-60

²⁹⁸ 22nd Report on Competition Policy, COMP REP EC 1992, s 108, p 185

²⁹⁹ *ibid*, s 106, p 177

³⁰⁰ OECD, Competition Policy and Environment (Paris, OECD), s 74

7.3 DSD

Tredje och sista ärendet avser ett antal frivilliga avtal tecknade av Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland AG (fortsättningsvis kallat DSD) som meddelades kommissionen i syfte att erhålla ett icke-ingripande besked.

7.3.1 DSD bakgrund

DSD som bolag bildades den 28 september 1990 i Tyskland. Syftet var att inrätta ett privatretursystem som skulle säkerställa en hushållsnära insamling av använda konsumentförpackningar genom ett tvåfaldigt avfallshanteringssystem (kallat tvåfaldigt för att systemen för insamling och återvinning utfördes i privat regi och utanför ramen för den offentliga avfallshanteringen).³⁰¹

Detta gjordes med anledning av ett planerat införande i tysk lag 1992 av en förordning om förebyggande av förpackningsavfall (fortsättningsvis kallad förpackningsförordningen). Huvudsyftet med förordningen var att förebygga eller minska miljöeffekterna av förpackningsmaterial genom bland annat införandet av en skyldighet att samla in och återvinna använda konsumentförpackningar.³⁰² Skyldigheten omfattade tillverkare och distributörer att kostnadsfritt återta använda tomma konsumentförpackningar, antingen vid inköpsstället eller i dess omedelbara närhet för återvinning.³⁰³ Enligt artikel 11 i förpackningsförordningen kunde dock tillverkare och distributörer ta hjälp av en tredje part för att fullgöra skyldigheterna enligt förordningen, vilket då hade befriat dem från eget ansvar.³⁰⁴

Om tillverkare eller distributörer deltog i ett system, som var enkelt för konsumenterna att använda och inom försäljningsområdet tillhandahöll en heltäckande och regelbunden insamling av använda konsumentförpackningar (från konsumenterna), så upphörde skyldigheten till eget återtagande och återvinning enligt förordningen. Alternativen för tillverkare och distributörer var då antingen att ordna ett eget system för insamling och återvinning, att anlita en tredje part som kunde utföra hela uppdraget eller att anlita en tredje part för del av uppdraget, samtidigt som man ordnade resterande insamling och återvinning själv.³⁰⁵

Det var mot den bakgrunden som en koalition av 95 företag inom förpacknings-, tillverknings- och distributionsindustrier la grunden till ett privat system genom DSD som skulle överta skyldigheterna enligt förpackningsförordningen.³⁰⁶

DSD kom att bli det enda företaget i Tyskland som erbjöd ett heltäckande system för insamling och återvinning av använda konsumentförpackningar enligt förpackningsförordningen och i början av 1993 hade DSD fått alla nödvändiga godkännanden från samtliga berörda myndigheterna i alla tyska delstaterna. De konkurrenter till DSD som fanns vid tidpunkten hade inte heltäckande system enligt förpackningsförordningen.³⁰⁷ Eftersom DSD kom att bli så

³⁰¹ Kommissionens beslut 2001/837, DSD, OJ 2001 L 319/5, p 27

³⁰² ibid, s 2, p 11 och 12

³⁰³ ibid, s 3, p 14

³⁰⁴ ibid, s 3, p 16

³⁰⁵ ibid, s 4, p 22

³⁰⁶ Kingston, s 254

³⁰⁷ Kommissionens beslut 2001/837, DSD, OJ 2001 L 319/5, p 27

dominerande på den tyska marknaden för insamling och återvinning är det värt att poängtera att förpackningsförordningen inte kunde tolkas på ett sätt att avsikten varit att där enbart skulle finnas ett system för insamling och återvinning (som DSD), utan det har varit fullt möjligt (om ändock inte kostnadseffektivt) att upprätta flera oberoende system för återtagande av konsumentförpackningar.³⁰⁸ Förpackningsförordningen kom senare att omarbetas för att stärka konkurrensmöjligheterna genom införande av bland annat krav på anbudsförfarande för tjänster och att förpackningar avsedda för återvinning skulle avlämnas på konkurrensvillkor. Krav infördes även på att kostnader associerade med utförandet av förpackningsförordningen skulle redovisas och att återvinningskraven skulle hänvisa till vilken volym som hade samlats in; vilket var tänkt att underlätta för inrättandet av konkurrerande system. Det ansågs därmed att en förstärkt konkurrens skulle möjliggöra för potentiella kostnadslättnader.³⁰⁹

DSD:s system finansierades av att företag som ville använda sig av systemet var tvungna att ingå ett märkesanvändningsavtal, enligt vilket företagen betalade en viss avgift och därefter fick rätten att använda sig av ett kännetecknande märke (der Grüne Punkt) på konsumentförpackningarna. Användningen av märket visade att förpackningarna omfattades av systemet enligt förpackningsförordningen, varvid tillverkarna och distributörerna befriades från skyldigheten att på egen hand ordna återtagandet och återvinningen av förpackningarna.³¹⁰ Vid tidpunkten för kommissionens beslut uppskattades att omkring 70 % av alla konsumentförpackningar på den tyska marknaden omfattades av märkesanvändningsavtal med DSD.³¹¹

Anmälan som DSD skickade³¹² in till kommissionen för prövning av ett icke-ingripandebesked omfattade avtalen som låg till grund för driften av systemet (bolagsordningen/stadgan, serviceavtalet, märkesanvändningsavtalet och garantiavtalen). Prövningen om huruvida avtalen utgjorde otillåtna konkurrensbegränsande avtal enligt artikel 101 FEUF kom att omfatta stadgan, garantiavtalen och serviceavtalen.³¹³ Märkesanvändningsavtalet blev istället en del av prövningen om potentiellt missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF.³¹⁴ Under kommissionens behandling av ärendet och mellan 1997 och 2000, inkom flera kritiska synpunkter och anmälningar av avtalen som prövades av kommissionen. För den här uppsatsen kommer bara det som berörde prövningen av artikel 101 FEUF att hanteras.

7.3.2 Utgångspunkt ur artikel 101(1) FEUF

Kommissionens prövning enligt artikel 101(1) FEUF påbörjas på sedvanligt sätt att undersöka om det är avtal (eller förfarande) på ett sätt som omfattas av prövning genom lagtexten. Bedömningen görs att innehållet i DSD:s bolagsordning visar att det handlar om avtal mellan

³⁰⁸ Kommissionens beslut 2001/837, DSD, OJ 2001 L 319/5, p 25

³⁰⁹ *ibid*, s 5, p 26

³¹⁰ *ibid*, s 5, p 29

³¹¹ *ibid*, s 5, p 30

³¹² Den 2 september 1992.

³¹³ Kommissionens ärenden COMP/34493 – DSD och COMP/37366 – Hoffmann + DSD m.fl (art 81), OJ 2001 L 319

³¹⁴ Eftersom DSD krävde att en licensavgift skulle erläggas för samtliga konsumentförpackningar som marknadsfördes av kunderna oavsett om DSD:s system inte skulle användas (i fall då produkterna skickades utanför Tyskland, om kunderna använde andra system eller annars uppvisade att de fullgjort sina skyldigheter enligt förpackningsförordningen på annat sätt); se kommissionens ärende COMP/34493 – DSD (art 82), OJ L 166, 2001.

företag. Likaså bedöms vara fallet för serviceavtalen och garantiavtalen som slutits mellan DSD och avtalsparterna.³¹⁵

Prövningen går sedan till en bedömning om dels den relevanta marknaden och dels vilken relevant produktmarknad som berörs. ”Produktmarknaden innefattar alla produkter och tjänster som konsumenten anser utbytbara till följd av deras egenskaper, priser och avsedda användningsområden.”³¹⁶ Avtalen som DSD:s system använder anses skapa ekonomiska mervärden på flera olika nivåer. Kommissionen ser att bedömningen av avtalen bör ”göras på grundval av antagandet att det föreligger särskilda, självständiga relevanta marknader.” Dels marknaden för organisering av återtagande och återvinning, dels marknaden för insamling och sortering av sådana använda konsumentförpackningar, och sist marknaden för återvinningstjänster och återvunnet råmaterial av konsumentförpackningar som omfattas av förpackningsförordningen. Där marknaden för insamling och sortering utgör en egen marknad i förhållande till insamlingen av annat avfall från hushållen (den traditionella sophantering).

Det var därför nödvändigt att göra en bedömning om där fanns någon utbytbart mellan det som DSD:s system tillhandahåller och vad som finns enligt traditionell sophantering och den avfallshantering som finns för industrier och storföretag. I båda fallen ansågs där inte finnas någon funktionell utbytbart med avfallshanteringstjänsterna för konsumentförpackningar.³¹⁷ Avfallshanteringstjänsterna för insamling och sortering av använda konsumentförpackningar som DSD efterfrågar av avfallshanterare ansågs utgöra en självständig marknad. Det görs ingen särskild differentiering av den relevanta marknaden (avseende relevanta materialtyper som exempelvis glas, papper och metall) eftersom konkurrensbedömningen enligt artikel 101(1) FEUF inte hade påverkats av detta.

Angående marknaden för återvinningstjänster och råmaterial anser kommissionen att det handlar om skilda marknader och att sådana fanns redan före avtalen i fråga (för återvinning av glas eller papper, exempelvis). Frågan om avgränsningen av de relevanta produktmarknaderna för återvinningstjänster och råmaterial lämnas dock öppen eftersom konkurrensbedömningen skulle utfalla likadant även med en snävare marknadsdefinition.³¹⁸

Den relevanta geografiska marknaden fastställs sedan efter det område som de berörda företagen erbjuder produkter eller tjänster inom (där konkurrensvillkoren är tillräckligt homogena).³¹⁹ Bedömningen som görs är att det återtagande- och undantagssystem som DSD tillhandahåller sker på nationell nivå och är begränsat till Tyskland. Serviceavtalen som behövs för konkret genomförande av systemet har exempelvis endast ingåtts på nationell nivå.³²⁰ Marknaden för återvinningstjänster och sekundära råmaterial anser kommissionen inte behöver definieras geografiskt.³²¹

Föremål för prövningen av DSD:s system enligt artikel 101(1) FEUF var delarna som utgjordes av 1) bolagsordningen/stadgan, 2) serviceavtalen och 3) garantiavtalen. Delarna kommer att beskrivas kort för sig nedan.

³¹⁵ Kommissionens beslut 2001/837, DSD, OJ 2001 L 319/11, p 80 och 81

³¹⁶ *ibid*, s, p 83

³¹⁷ *ibid*, s 12, p 90 och 95

³¹⁸ *ibid*, s 13, p 98 och 99

³¹⁹ *ibid*, s 14, p 100

³²⁰ *ibid*, s 14, p 102

³²¹ *ibid*, s 14, p 103

Del 1 utgjordes av bolagsordningen och stadgorna (och dess påverkan på konkurrensen på marknaden för organisering av insamling och återvinning av konsumentförpackningar).

Kommissionen uppfattade att där inte fanns någon ensamrätt kopplade till dessa, utan det var fritt för DSD:s aktieägare att även ingå avtal med utomstående konkurrerande företag som tillhandahöll (eller hade möjlighet att tillhandahålla) liknande system eller tjänster. Medlemskap i DSD var öppen för alla som var intresserade och där fanns inga begränsningar beroende på om parterna var verksamma utanför eller i Tyskland, eller på vilken typ av verksamhet som bedrevs. En klausul som inledningsvis fanns i bolagsordningen för handeln att endast föra förpackningar med den gröna punkten hade tagits bort ur den versionen som kommissionen granskade och ansågs därför inte längre vara begränsande.³²² Slutsatsen blev därför att kommissionen inte ansåg att bildandet av DSD enligt bolagsordningen utgjorde en konkurrensbegränsning enligt artikel 101(1) FEUF (vilket dock inte utesluter att marknadsaktiviteter som följer av verksamheten kan komma att omfattas av artikel 101(1) FEUF).³²³

Del 2 utgjordes av en bedömning av serviceavtalen, där kommissionen har delat upp bedömningen till att avse dels förhållandena för marknaden för återvinningstjänster och sekundära råvarumaterial (i ett senare led i förhållandet till insamlingen och sorteringen), och dels om själva serviceavtalen begränsar konkurrensen på marknaden för insamling och sortering. Serviceavtalen omfattar entreprenörerna (avfallshanterarna) som samlar in och sorterar förpackningarna på uppdrag åt DSD.

Ursprungligen fanns där flera delar av serviceavtalet som ansågs skapa problem. Det första var användningen av ett så kallat ”gränssnitt noll” enligt vilket en konkurrensbegränsning ansågs uppstå då avfallshanterarna inte var fria att självmant marknadsföra insamlade materialtyper. Detta gällde ursprungligen i serviceavtalet för materialtyperna glas, papper, kartong, plåt, plast och aluminium. Vilket ansågs påverka den ekonomiska friheten av avfallshanterarna på ett sätt som begränsade konkurrensen. Efter synpunkter från kommissionen ändrade DSD så att det enda som avfallshanterarna inte längre var fria att marknadsföra i egen regi var plaster och kombinerade material som innehöll plast, och att dessa material måste lämnas kostnadsfritt till en garantigivare för återvinning. Något som kommissionen var beredd att temporärt acceptera med bakgrund av hur plast och kombinationsmaterial som innehåller plast konsekvent hade ett negativt marknadspris så att en insamling, sortering och återvinning av sådant material egentligen endast är möjligt genom särskilda betalningar från DSD. Det negativa marknadspriset var också tidigare anledningen till varför plaster som egentligen skulle ha återvunnits togs omhand genom mindre kostnadskrävande lösningar som stred mot förpackningsförordningen (och var negativa ur miljösynpunkt). Då kommissionen anser att en ny och fungerande marknad för återvinning av plast har skapats, ser man inte att ett temporärt bibehållande av ”gränssnitt noll” för plaster skulle utgöra någon begränsning av konkurrensen på kort sikt.³²⁴

Den andra delen av serviceavtalet som ansågs kunna skapa problem och som togs bort av DSD var en påförd schablonavgift per invånare om avfallshanterare valde att stå för kostnaderna av marknadsföring själv. Vilket DSD motiverade med hänsyn till intäkterna från återvinningen.³²⁵ Kommissionen ansåg dock att ett sådant agerande prioriterade avfallshanterare som valde att få

³²² Kommissionens beslut 2001/837, DSD, OJ 2001 L 319/14, p 105 och 106

³²³ *ibid*, s 14, p 108

³²⁴ *ibid*, s 15, p 110-114

³²⁵ *ibid*, s 15, p 115

marknadsföring utförd av DSD och efter påpekande valde DSD att ändra den delen av serviceavtalet.³²⁶

Ändringarna ovan medförde att serviceavtalen inte ansågs vara konkurrensbegränsande på dessa punkter.

Serviceavtalen bedömdes därefter på vilket sätt de medförde konkurrensbegränsningar på marknaden för insamling och sortering. Utifrån den analysen blev det tydligt att användningen av ensamrätter skulle orsaka problem för konkurrensen. Enligt serviceavtalet skulle avfallshanterare inom sina egna insamlingsområden, med ensamrätt (gentemot DSD), bygga upp och driva insamlings- och sorteringssystem för använda konsumentförpackningar. DSD skulle enbart köpa insamlings- och sorteringstjänster från avfallshanterare med serviceavtal, medan avfallshanteraren var fri att köpa och sälja tjänster till andra system. På grund av DSD:s starka ställning på marknaden ansågs dock detta i stor utsträckning förhindra andra aktörer från att erbjuda sina tjänster.³²⁷ Genom begränsningen att bara anlita en avfallshanterare för varje specificerat område så begränsar DSD efterfrågan på avfallshanteringstjänster på ett sätt som hindrar konkurrensen. Att DSD, med få undantag, inte heller valde att anlita separata avfallshanterare för varje återvinningsbart material (såsom glas, papper eller kartonger) förstärkte bara den utestängande effekten, eftersom avfallshanterarna som användes täckte allt återvinningsbart material.³²⁸

Huruvida ensamrätterna utgjorde en otillåten begränsning av konkurrensen enligt artikel 101(1) FEUF blev därför beroende på om de medförde en märkbar begränsning av konkurrensen; där märkbarheten var beroende på parternas ställning på den relevanta marknaden jämfört med ensamrättsklausulernas giltighetstider.³²⁹ Vid bedömningen ansågs DSD vara den enda dominanta inköparen av avfallshanteringstjänster (minst 80 % av efterfrågan ansågs täckt av DSD).³³⁰ Utbudssidan präglades av mindre och nästan enbart regionala tjänsteleverantörer. Till den här bedömningen tog kommissionen också hänsyn till marknadens speciella karaktär, att det var osannolikt att ytterligare system för insamling, sortering och återvinning (likt DSD) i princip skulle vara ekonomiskt, geografiskt eller logistiskt möjligt att uppnå vid tiden för beslutet. Avfallshanterare utanför DSD:s system skulle sannolikt bara kunna erbjuda tjänster till enskilda tillverkare eller distributörer med egna system (vilket på grund av kostnaderna, områdena och logistiken bedömdes vara få). Eftersom giltighetstiderna var ovanligt långa (för vissa avtal påbörjade 1992 skulle giltigheten sträcka till 2007),³³¹ så ansågs dessa förhindra skapandet av nya leveransmöjligheter för redan utestängda avfallshanterare på ett märkbart sätt.

Beträffande inverkan på handeln mellan medlemsstaterna, så ansågs DSD:s omfattande användning av ensamrättsklausulernas ha skapat ett nätverk som med långa giltighetstider effektivt förhindrade marknadsinträde av såväl inhemska som utländska konkurrenter på den tyska marknaden. Ensamrättsklausulerna bedömdes därför kunna märkbart påverka handeln mellan medlemsstaterna.³³²

³²⁶ Kommissionens beslut 2001/837, DSD, OJ 2001 L 319/10, p 70

³²⁷ *ibid*, s 16, p 122

³²⁸ *ibid*, s 16, p 123

³²⁹ *ibid*, s 16, p 124

³³⁰ *ibid*, s 16, p 127

³³¹ Vilket enligt kommissionen inte ansågs nödvändigt, varefter giltighetstiderna sattes till utgången av 2003.

³³² Kommissionens beslut 2001/837, DSD, OJ 2001 L 319/17, p 132

Angående serviceavtalen bedömdes också frågan på vilket sätt serviceavtalen blockerade tillgång till infrastrukturen, vilket var invändningar som framfördes under kommissionens behandling av avtalen. Ur ett konkurrensrättsligt perspektiv var det viktigt att DSD:s konkurrenter skulle ha obehindrad och fri tillgång till infrastrukturen för insamling i närheten av hushållen. Skulle DSD stänga ute konkurrenterna från infrastrukturen vore det en uppenbar konkurrensbegränsning enligt artikel 101(1) FEUF. Kommissionen gjorde dock bedömningen att där inte fanns några ensamrätter till förmån DSD vad gällde infrastrukturen, vilket skulle innebära att avfallshanterarna var fria att erbjuda sina tjänster även till konkurrenter. I samband med det hade även DSD förpliktat sig att inte kräva att behållare eller andra anläggningar för insamling och sortering av använda konsumentförpackningar enbart skulle användas för att uppfylla serviceavtal med DSD.³³³ Utifrån serviceavtalen kunde det därför inte konstateras att DSD skulle blockera tillgången till infrastrukturen på ett konkurrensbegränsande sätt (i den mening som avses med artikel 101(1) FEUF).

Däremot så innebar ensamrätterna som DSD uppställde gentemot avfallshanterare i hög grad ett försvårande för marknadsinträde för både inhemska och utländska avfallshanterare, vilket väsentligt skulle bidra till att stänga en stor del av den gemensamma marknaden från konkurrens om dessa tjänster. Ensamrätterna i serviceavtalen utgjorde därmed en otillåten begränsning av konkurrensen som täcktes av förbudet i artikel 101(1) FEUF.³³⁴

Som en tredje del av prövningen var på vilket sätt konkurrensen eventuellt kunde begränsas genom garantiavtalen (förhållandet mellan DSD och återvinnings- och återanvändningsbolagen (garantigivare) som svarade för den långsiktiga efterbehandlingen).

Precis som med serviceavtalen så hade DSD tagit till sig av information från kommissionen och tagit bort olika bestämmelser som kunde ha vållat problem (exempelvis en skyldighet att överlåta de iordningsställda materialen enligt ”gränssnitt noll”). I motsats till serviceavtalen så innehöll garantiavtalen inga bestämmelser om ensamrätter. Det var fritt för DSD att sluta avtal med flera olika garantigivare angående återvinning av samma materialtyp och DSD accepterade att alla verksamheter som formellt uppfyllde kraven för garantigivare också kunde komma att godtas som garantigivare (om de ansökte om detta hos DSD).³³⁵ På uppmaning av kommissionen hade DSD också åtagit att anonymisera information om företagen vid redovisning av volymflödena för att säkerställa ett så konkurrensneutralt anmälningsförfarande mellan avfallshanterare och garantigivare som möjligt.

Mot bakgrund av ovan kunde kommissionen inte finna att de relevanta bestämmelserna i garantiavtalen skulle utgöra några märkbara begränsningar av konkurrensen på antingen de relevanta produktmarknaderna för återvinningstjänster eller för sekundära råmaterial.³³⁶

7.3.3 Bedömning enligt artikel 101(3) FEUF

Den märkbara begränsningen av konkurrensen som identifierades enligt artikel 101(1) FEUF utgjordes därmed av ensamrätterna i serviceavtalen mellan DSD och avfallshanterarna (samt hur

³³³ Kommissionens beslut 2001/837, DSD, OJ 2001 L 319/17, p 134

³³⁴ *ibid*, s 18, p 140

³³⁵ *ibid*, s 15, p 118

³³⁶ *ibid*, s 16, p 120

den långa giltighetstiden av sådana ensamrätter eventuellt förhindrade marknadsinträde för konkurrenter).

Vid undersökningen av kommissionens behandling av undantagsmöjligheterna enligt artikel 101(3) FEUF står det klart att kommissionen lägger stor vikt på miljöaspekterna som ärendet väcker.

Inledningsvis konstaterar kommissionen att ”alla positiva effekter av ensamrättsklausulerna i serviceavtalen” måste ”vägas mot de konkurrensbegränsande effekterna av dessa avtal”.³³⁷ Med positiva effekter menar kommissionen att del av syftet med serviceavtalen är att förverkliga de miljöpolitiska målen med förpackningsförordningen (som säkerställer dels Tysklands men också gemenskapens miljöpolitik). Genom serviceavtalen uppnås en minskning av miljöbelastningen och uppnåendet av en hög miljöskyddsnivå.³³⁸ Serviceavtalen hade inte ingåtts av DSD om inte för det konkreta miljöpolitiska målet på området och kommissionen anser att ”den regelbundna insamlingen av använda konsumentförpackningar hos privata konsumenter enligt bestämda materialtyper och därpå efterföljande sortering och/eller bearbetning för en omfattande återvinning bidrar direkt till att genomföra miljöpolitiska mål”.³³⁹ Särskilt med tanke på utvecklingen av systemet för insamling, sortering och återvinning av plastmaterial som utvecklades i samband med DSD:s system, är det definitivt att det lett till positiva miljöförbättringar.

Betydande investeringar krävdes för att möjliggöra det system av insamlings och sorteringspunkter genom vilket DSD:s system skulle realiseras. Ensamrättsklausulerna i serviceavtalen ansågs nödvändiga för att dels skapa förutsättningarna för sådana långsiktiga investeringar och dels täcka den risken som investeringarna innebar för utbyggnaden av systemet. Det ansågs möjligt att realisera betydande skal- och näteffekter genom att bara anlita en avfallshanterare, som möjliggjorde uppnåendet av effektivitetsvinster under avtalens giltighetstider. Kommissionen beaktade också att DSD, som köpare av tjänsterna från avfallshanterarna, säkrade en täckning för sina behov på ett känsligt och tidigare enbart offentlighetsligt område. Omständigheterna beaktat så ansåg kommissionen att användningen av ensamrätter i serviceavtalen bidrog till att förbättra produktionen och på så vis främjades tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande till den grad att första kriteriet för undantag var uppfyllt.³⁴⁰

Vid bedömningen av andra kriteriet och om där fanns fördelar för konsumenterna, anfördes att serviceavtalen garanterade en heltäckande, materialdifferentierad avhämtning hos privata konsumenter. För konsumenternas del ansågs detta vara både i linje med vad konsumenterna själva förväntade och uppfattades som särskilt användarvänligt ur ett konsumentperspektiv.³⁴¹ Kommissionen menade att det vore möjligt för företagen som deltog i DSD:s system att uppnå betydande kostnadsbesparingar i jämförelse mot att driva egna system för insamling, sortering och återvinning och att det var fullt möjligt för sådana besparingar att föras över som en fördel för konsumenterna (dock påpekas det inte hur det var tänkt att ske utan bara att det vore möjligt).

Utifrån ett bredare miljöperspektiv påpekades det att konsumenterna också skulle gynnas av den eftersträlvade förbättringen av miljö kvalitén som uppstod genom en minskning av

³³⁷ Kommissionens beslut 2001/837, DSD, OJ 2001 L 319/18, p 142

³³⁸ *ibid*, s 18, p 143

³³⁹ *ibid*, s 18, p 144

³⁴⁰ *ibid*, s 19, p 146

³⁴¹ *ibid*, s 19, p 147

förpackningsavfallet.³⁴² I jämförelse med ekonomiska fördelar, som kanske inte alltid förs över till konsumenterna av inblandade företag, så är egenskaperna hos miljöfördelar sådana att effekterna av dem naturligt tillfaller konsumenterna. Kommissionen ansåg det fullt möjligt för serviceavtalen med dess annars begränsande ensamrätter att gynna konsumenterna och att dessa tillförsäkras en skälig andel av effektivitetsvinsterna som uppstod.³⁴³

Frågan blev då på vilket sätt ensamrätterna och dess långa giltighetstider kunde anses vara absolut nödvändiga för att uppnå syftet med serviceavtalet. Som grund för bedömningen låg dels de ekonomiska men också de rättsliga omständigheterna som bildade ramen för systemet. Utifrån avfallshanterarna perspektiv, togs hänsyn till behovet att bygga upp ett annars nytt och oprövat system, samt att risken för sådana investeringar låg på avfallshanterarna. Ensamrätterna var en förutsättning för ett långsiktigt och tillförlitligt säkerställande av tjänsterna genom att det bara var möjligt för en avfallshanterare inom varje av de ungefär 500 områdena som tjänsterna täckte som kunde få uppdraget med DSD.³⁴⁴ Den relativt korta genomförandetiden som lagstiftaren förutsatt, samt nödvändigheten att söka tillstånd hos regionala myndigheter, talade också för ett selektivt anlåtande av avfallshanteringsföretagen enligt DSD:s modell.

Avgörande för frågan om ensamrätternas nödvändighet blev dock kravet på planerings- och investeringssäkerhet för investeringarna som behövde göras för att uppfylla serviceavtalet i dess helhet. Från avfallshanterarna krävdes betydande investeringar i fordon och behållare för insamling samt anläggningar för sortering av inkommet material. Kommissionen visade förståelse för behovet av ensamrätter, dock visades det att giltighetstiderna medförde för stora konsekvenser eftersom de var för långa. Långa giltighetstider motiverades av ett amorteringsbehov orsakat av långsiktiga investeringar. Utifrån kommissionens beräkningar var dock giltighetstiderna omotiverat långa och ansågs inte absolut nödvändiga för att amortera de planerade investeringarna (särskilt inte giltighetstider som sträckte sig sju år fram i tiden vid beslutsdatumet). Därför begränsades giltighetstiderna till utgången av 2003, vilket bedömdes tillräckligt för att systemet skulle vara fullt utvecklat; vilket parterna också gick med på.³⁴⁵

Med beaktande av att giltighetstiderna begränsades, så ansåg kommissionen att det utan ensamrätterna i serviceavtalen inte (eller inte i samma utsträckning) vore möjligt att inrätta ett system för insamlings- och sorteringslogistik som täckte hela Tyskland, utan vilket DSD inte hade kunnat erbjuda ett av förpackningsförordningen erforderligt heltäckande retur- och undantagssystem.³⁴⁶ Därför, beaktat omständigheterna, ansågs ensamrätter med giltighetstider som sträckte sig till utgången av 2003 vara nödvändiga enligt tredje kriteriet i artikel 101(3) FEUF. Kommissionen poängterade att ensamrätter som slutits med avfallshanterarna med långa giltighetstider utöver 2003 inte skulle anses vara nödvändiga, eftersom systemet ansågs efter den tidpunkten vara fullt etablerat. I beslutet fastställde kommissionen att giltighetstider för ensamrätter kunde principiellt omfatta en period på högst tre år, vilket ansågs både lämpligt och skäligt för eventuella framtida serviceavtal med nya avfallshanterare.³⁴⁷

Återstående krav för serviceavtalens ensamrätter var om sådana kunde anses undanröja konkurrensen på marknaden. Omständigheterna i ärendet beaktat konstaterade kommissionen att

³⁴² Kommissionens beslut 2001/837, DSD, OJ 2001 L 319/19, p 148

³⁴³ *ibid*, s 19, p 149

³⁴⁴ *ibid*, s 19, p 152

³⁴⁵ *ibid*, s 19, p 155

³⁴⁶ *ibid*, s 20, p 156

³⁴⁷ *ibid*, s 20, p 157

ensamrättsklausulerna inte var ägnade att (oavsett DSD:s starka marknadsposition) undanröja konkurrensen på marknaden för insamling och sortering av använda konsumentförpackningar.

Ensamrätterna gällde bara i förhållande till parter som tecknade serviceavtalet. Avfallshanterare som inte var parter till avtalet hade fortfarande möjlighet att bedriva konkurrerande verksamheter med tillverkare eller distributörer som inte omfattades av DSD:s system.³⁴⁸ Till detta la man bedömningen att det vore ekonomiskt ofördelaktigt att ha två eller flera parallella system som i princip utförde samma sak (var och en med egna system, fordon och behållare), det var därför ekonomiskt fördelaktigare att bara anlita en avfallshanterare inom varje aktuellt område. Efter förpackningsförordningens omarbetning omfattades dessutom tilldelandet av sådana tjänster av ett öppet och konkurrensmässigt anbudsförfarande.

En avgörande förutsättning för intensifieringen av konkurrensen på marknaden ansågs dock vara att en fri och obehindrad tillgång till den infrastruktur för insamling som DSD:s parter i serviceavtalen anskaffat kunde upprätthållas.³⁴⁹ Avfallshanterarna var inte exklusivt bundna till DSD utan var fria att avtala även med andra parter. Frågan var då om avfallshanterarna kunde använda samma infrastruktur när avfallshanteringen inte avsåg en hantering som var kopplad till ett serviceavtal med DSD. För detta valde DSD att avstå från att kräva att behållare och andra anläggningar endast skulle användas för att uppfylla deras serviceavtal. Inte heller skulle DSD försöka förhindra tredje parter från att söka nyttja insamlingsanläggningar som tillhörde avfallshanterare med anknytning till DSD.³⁵⁰ Fjärde och sista kriteriet för undantag enligt artikel 101(3) FEUF ansågs därmed uppfyllt.

Även om parterna till ett miljöavtal har relativt omfattande marknadsandelar så tar kommissionen hänsyn till marknadens och avtalens speciella karaktärer som skulle möjliggöra för ett visst mått av konkurrensbegränsningar. Utifrån omständigheterna i ärendet kan dock kommissionen kräva en del långtgående villkor som förutsättning för undantag, vilket också blev aktuellt i DSD ärendet. Två villkor för undantag infördes, där det första avsåg att DSD ”inte skulle hindra avfallshanterare att ingå och fullgöra avtal med konkurrenter till DSD om gemensamt utnyttjande av behållare eller andra anläggningar för insamling och sortering av använda konsumentförpackningar”.³⁵¹ Det andra villkoret var att, om avfallshanterare ingår avtal med konkurrenter till DSD om gemensamt utnyttjande av behållare eller andra anläggningar” så får inte DSD ”kräva att dessa skall redovisa de förpackningsvolymerna som inte insamlats för DSD-systemets räkning”.³⁵² Båda villkoren ansågs direkt nödvändiga för att skapa realistiska förutsättningar för inträde på marknaden och för att stärka efterfrågan på avfallshanteringstjänster genom fri tillgång till infrastrukturen som fanns tillgänglig.

Kommissionen meddelade därför att, förutsatt att giltighetstiderna för ensamrätterna förkortades till utgången av 2003, så uppfyllde serviceavtalen med ensamrätt villkoren för undantag enligt artikel 101(3) FEUF.

³⁴⁸ Kommissionens beslut 2001/837, DSD, OJ 2001 L 319/20, p 159

³⁴⁹ *ibid*, s 20, p 162

³⁵⁰ *ibid*, s 20, p 163

³⁵¹ Mål T-289/01 *Der Grüne Punkt* [2007] ECR II-1691, p 43

³⁵² *ibid*, p 44

7.3.4 DSD överklagande

DSD överklagade³⁵³ villkoren till kommissionens beslut men ansökte inte om interimistiska åtgärder för att förhindra ett omedelbart verkställande. Överklagan byggde på i huvudsak ekonomiska argument, istället för några riktiga miljömässiga invändningar mot villkoren och redovisas kort nedan.

DSD anförde som grund för ogiltigförklarande av villkoren, bland annat, angående första villkoret, att det var oproportionerligt och att det vore omöjligt för DSD att veta vilket avfall som de hade ansvar för enligt förpackningsförordningen om deras infrastruktur användes även av andra. DSD ansåg att det inte var objektivt nödvändigt enligt artikel 101(3) FEUF för DSD:s konkurrenter att ha tillgång till DSD:s infrastruktur för att konkurrerande verksamheter skulle fungera. Att kräva detta var inte proportionerligt. DSD menade att villkoret byggde på ofullständiga motiveringar och spekulationer.³⁵⁴ Att tillåta att konkurrenter använde deras infrastruktur skulle snedvrída konkurrensen till deras nackdel och skulle inte vara förenligt med förpackningsförordningen; vilket skulle undergräva, i deras mening, ändamålet med märkning av konsumentprodukterna och syftet med den gröna punkten.³⁵⁵ Att DSD krävde att få meddela tillstånd till användningen av deras infrastruktur (trots att de inte var juridiska ägare) motiverades med att infrastrukturen hade finansierats av DSD och ingick som väsentliga delar av DSD:s system (och var märkta därefter med deras varumärken).³⁵⁶

Argumentationen ovan fick inte gehör vid förstainstansrätten, som samlade in detaljerad information om hur insamlings och sorteringsystemen fungerade och kom till slutsatsen att det var fullt möjligt att problemfritt fördela inkomna kvantiteter vid olika anläggningar i form av kvoter, vilket medförde att det också var möjligt att ändå tillämpa förpackningsförordningen under omständigheter då konkurrenter använde infrastrukturen.³⁵⁷ Beträffande påståendet att det skulle vara antingen komplicerat eller kostsamt att fördela kvantiteter från DSD noterar förstainstansrätten att det inte påverkar bedömningen att första villkoret i kommissionens beslut skulle vara proportionerligt, eller att det faktiskt vore fullt möjligt för DSD, att i enlighet med villkoret, minska avgifterna som betalades ut till avfallshanterare som valde att använda avfallshanteringsanläggningarna för uppfyllandet av andra system än DSD:s egna (som tänkbar kompensation för ökade kostnader som följer därav).³⁵⁸ Att kvoter skulle användas för insamlat material skulle inte på något sätt ha medfört någon orättvisa resultat för DSD.

Förstainstansrätten accepterade inte heller invändningen från DSD att beslutanderätt skulle föreligga för anläggningarna med hänvisning till den finansiering som ägt rum (eller användningen av DSD:s varumärken). Det ansågs vara avfallshanterarna och inte DSD som hade investerat i anläggningarna för insamling och sortering av använda konsumentförpackningar. DSD bar inte risken för investeringarna som hade gjorts. Rätten delade kommissionens uppfattning att det vore ekonomiskt ineffektivt att försöka duplicera ett separat system vid sidan om det som användes för DSD:s system för att tillgodose annan insamling och sortering från konkurrenter. Om DSD fick möjlighet att begränsa tillgången till sådan infrastruktur skulle det medföra ett verkligt hinder för marknadsinträde för eventuella konkurrenter, både för inhemska

³⁵³ Den 27 november 2001

³⁵⁴ Mål T-289/01 *Der Grüne Punkt* [2007] ECR II-1691, p 64

³⁵⁵ *ibid*, p 65

³⁵⁶ *ibid*, p 68

³⁵⁷ *ibid*, p 166

³⁵⁸ *ibid*, p 167

och utländska. Detta omfattade dock bara faktiska konkurrenter till DSD:s system, som bedrev liknande system för insamling, sortering och återvinning. Enligt rätten skulle begreppet ”konkurrenter till DSD” inte avse företag (tillverkare eller distributörer) som bedriver självständiga system, utan DSD behövde bara tillåta gemensam användning för företag som driver kollektiva system i likhet med tjänsterna som DSD själv bedrev.³⁵⁹

DSD påståendet om att det kunde uppstå förväxling bland konsumenterna om gemensamma anläggningar användes som var märkta med DSD:s varumärken bemötte rätten med att det hade framgått att inte alla avfallshanteringsanläggningar var märkta med den gröna punkten. Där fanns således fog för att påstå att konsumenterna inte associerade användning av anläggningarna med varumärket i fråga (Der Grüne Punkt), utan istället med den typ av material som skulle insamlas och sorteras. Det hade inte visats att konsumenten faktiskt la någon särskild vikt till vilket system som användes och eftersom alla system är underkastade samma regler under förpackningsförordningen så bedömdes frågan om vilket system som faktiskt användes inte som avgörande. Förordningen medför samma skyldigheter för systemen oavsett vilken anläggning som användes. För att undvika någon möjlighet till förväxling ansågs det tillräckligt att information lämnades på anläggningen om vilka system som utnyttjade det gemensamt.³⁶⁰ I analysen kom rätten fram till att det inte var ett krav enligt första villkoret i det överklagade beslutet att använda gröna punkten varumärket för märkning av gemensamma anläggningar överhuvudtaget (således var det inte heller någon fråga om att DSD skulle obligatoriskt behöva lämna någon kostnadsfri licens för användningen för gemensamma system).³⁶¹

Den 27 maj 2007 upprätthöll därför förstainstansrätten helt kommissionens ställningstaganden i det överklagade beslutet.³⁶² Om DSD tilläts att förhindra att anläggningar användes gemensamt skulle detta medföra ett de facto hinder för marknadsinträde för konkurrenterna. Villkoren ansågs inte vara oproportionerliga eller oförenliga med varken förpackningsförordningen eller hur artikel 101(3) FEUF hade applicerats på fallet³⁶³ (eller varumärkesrätten, eftersom DSD hade motsatt sig användning av deras varumärke för gemensamma system). Rätten erkände såväl nödvändigheten som vikten av att konkurrenter till DSD:s system hade tillgång till den infrastruktur som fanns på plats och att användningen av ensamrätten i serviceavtalen upphörde genom kommissionens beslut vid ingången av 2004.

DSD valde att inte överklaga förstainstansrättens dom.

7.3.5 Kommentar

En omedelbar följd av kommissionens beslut i DSD ärendet blev att marknaden för insamling, sortering och återvinning av konsumentförpackningar enligt förpackningsförordningen i Tyskland öppnades upp för en effektivare konkurrens. Den närmast monopolställning som DSD hade luckrades upp och följdes av såväl omfattande prissänkningar som effektiviseringar till följd av att fler aktörer kunde konkurrera på marknaden. Anbudsförfarandet för nya avfallshanteringsuppdrag påbörjades fyra år tidigare än vad som annars hade varit fallet för nya serviceavtal. DSD:s kostnader för insamling och sortering av plast och kombinerade material

³⁵⁹ Mål T-289/01 Der Grüne Punkt [2007] ECR II-1691, p 121

³⁶⁰ *ibid*, p 189-192

³⁶¹ *ibid*, p 191

³⁶² *ibid*, p 231

³⁶³ *ibid*, p 226-227

som innehåller plast sänktes med uppskattningsvis 20 % (vilket motsvarade 2005 ungefär €200 miljoner för varje år). Vilket har medfört en generell sänkning av kostnaderna för parterna som anlitar DSD enligt förpackningsförordningen. Konkurrensmässigt så bekräftades fördelarna för konsumenterna genom dels prissänkningarna och dels att utbudet av tillgängliga system ökade.³⁶⁴

Miljömässigt visade DSD ärendet hur miljöhänsyn kan inta en viktig roll vid bedömningen av ärenden som också har påverkan både miljö och konkurrens. Att ensamrätterna i serviceavtalen medförde miljömässiga fördelar genom minskningen av mängden produktförpackningar (vilket i sig medförde mindre miljöbelastning) var något som kommissionen klart balanserades i beslutet mot konkurrensbegränsningarna vid undantagsbedömningen; vilket även följer av riktlinjerna vid bedömningen, om ett avtal eller samordnat förfarande medför tekniska eller ekonomiska fördelar. Just kommissionens fokus på miljöfördelarna och syftet som låg till grund för DSD:s system (som i sig byggde på miljölagstiftning och syftade på ett genomförande av gemenskapens miljöpolitik) visar att miljöhänsyn kan fördelaktigt vägas in i bedömningarna.

Miljöfördelar, för den delen, innebär ofta fördelar för samhället i stort (konsumentkollektivet) och av sin karaktär så är det svårt för företagen att försöka behålla sådana miljöfördelar som en vinst på samma sätt som är möjligt med rent ekonomiska fördelar. Detta leder i sig till att miljöfördelar oftast förs vidare eller anses komma konsumenterna tillhanda. För DSD ärendet så ansågs systemet som hade utvecklats vara särskilt användarvänligt för konsumenterna (i linje med vad konsumenterna förväntade sig). Stordriftsfördelarna som uppstod genom systemet ledde till mindre miljöbelastning (vilket ansågs vara en fördel för både samhället och konsumenterna). Systemet var effektivt och tillämpat i den skalan som gällde skulle detta i sig leda till mer effektivitet, vilket i sin tur kunde öppna för kostnadsminskningar som potentiellt kunde föras vidare till konsumenterna. Hela bakgrunden till DSD systemet ansågs medföra miljöförbättringar genom uppfyllandet av miljölagstiftningen som låg till grund för åtgärderna (nämligen att minska produktavfallet).

Vid bedömningarna enligt tredje kriteriet för undantag enligt 101(3) FEUF börjar kommissionen fästa mer fokus på annat än miljöhänsyn. Nödvändigheten av exklusiviteten bygger istället på ekonomiska och konkurrensrättsliga grunder, att avfallshanterarna dels har behövt göra betydande ekonomiska investeringar för uppbyggnaden av insamlings- och sorteringsanläggningar och med beaktande av den risken, på vilket sätt uppbyggnaden av ett sådant system motiverade ensamrätterna (utifrån effekterna ensamrätter kan ha för konkurrens). Kommissionen fokuserade på frågan om konkurrensbegränsningarna var motiverade utifrån nödvändigheten att genom ensamrätterna möjliggöra uppbyggnaden av ett sådant system. Nödvändighetstesten som gjordes utgick ifrån vad man försökte uppnå genom begränsningarna och om sättet som användes kunde ersättas med andra alternativ som var mindre restriktiva för konkurrensen. Eventuella fördelar eller nackdelar för miljön i detta hänseende kom inte upp annat än att det påpekades att utan ensamrätterna hade det sannolikt inte varit möjligt att upprätta DSD:s system (vilket då implicit även kan tänkas syfta på systemets miljölagstiftningsbakgrund).

När det gällde kommissionens behandling av sättet på vilket DSD hade infört vad som kallades ”gränssnitt noll” visade dock kommissionen hänsyn till dels den ekonomiska problematiken av en materialvara som betingade ett negativt marknadsvärde men också det miljömässiga värdet av att plastmaterialen som omfattades faktiskt togs om hand; vilket krävde att man begränsade

³⁶⁴ DG Competition, Paper Concerning Issues of Waste Management in Recycling Systems, 22 september 2005, s 20, p 81

handlingsfriheten hos avfallshanterarna på den punkten för att tillgodose miljöintresset av plaståtervinningen.

Vad gäller återstående konkurrens enligt fjärde kriteriet utgick bedömningen ifrån dels marknadsandelar men också den faktiska situationen på marknaden baserat på ärendets specifika omständigheter och ifall där fortfarande fanns möjlighet till återstående konkurrens. Också här låg fokus på rättsliga och ekonomiska hänsynstagande som följde av att avfallshanterare som inte omfattades av serviceavtal fortfarande kunde avtala med DSD:s konkurrenter (eller tillverkare och distributörer som valt att självmant försöka lösa sina skyldigheter enligt förpackningsförordningen). Även avfallshanterare med serviceavtal kunde avtala med utomstående (då ensamrätten endast gällde för DSD mot avfallshanterarna). Begränsningen av konkurrensen var inte märkbar.

Fjärde kriteriet som sådant utgör dock inte något särskilt hinder för verkliga miljöavtal med tanke på att bedömningen bygger på helheten av omständigheterna som gäller för ärendet och inte exempelvis bara parternas marknadsstyrka. Skulle exklusivitet eller ensamrätter gälla så har kommissionen tillstyrkt vikten av att sådana avtal måste bygga på öppna och konkurrensutsatta anbudsförfaranden. I DSD ärendet medförde dock omständigheterna att beslutet förenades med långtgående villkor avsedda att just säkerställa hur konkurrensen på marknaden påverkades.

En sista punkt att beakta om DSD ärendet är hur lång tid det tog mellan att avtalen anmäldes till kommissionen för ett icke-ingripandebesked (1992), till att ärendet kom att behandlas av kommissionen (med beslut att inleda ett förfarande i ärendet 1996 samt att kommissionens beslut fattades 2001) och ovanpå det, hur lång tid det tog innan överklagandet av kommissionens beslut (i fråga DSD:s förhållande till artikel 101 FEUF) var avgjord av förstainstansrätten (2007). En utifrån omständigheterna väldigt lång resa för att få prövningen avgjord på vilket sätt som DSD ärendet medförde konkurrensbegränsande avtal enligt artikel 101 FEUF. Ur en miljösynpunkt, där det kan vara avgörande att kunna införa ändringar på ett effektivt sätt och där miljöavtal framspråkas som ett kostnadseffektivt och tidsbesparande alternativ till lagstiftningsåtgärder så har det på den punkten ifrågasatts om inte DSD ärendet visar att en lösning genom lagstiftningsåtgärder ändå kanske inte hade varit att föredra.³⁶⁵ Med tanke på vilka effektivitetsvinster som har uppnåtts och sen även vinsterna med att DSD:s system blev mer konkurrensutsatt efter kommissionens beslut, så framstår ändå resultatet ha varit värd tiden.

³⁶⁵ Orts, s 267

8 Avslutande kommentarer

Det är värt att påminna om att den fria marknaden inte är förmögen att hantera miljötillgångar på ett effektivt sätt eftersom det är generellt svårt att fästa ett marknadspris på värden som ingen generellt sett kan äga. Detta leder till ett marknadsmisslyckande vad gäller miljöresurser och ett överutnyttjande av naturtillgångar av företagen. Kostnader för vilket inte beaktas av vinst eller nyttomaximerande företag men som ändå måste bäras av samhället i övrigt, på grund av eventuella miljöskador som uppstår. Horisontella miljöavtal är ett av många miljöpolitiska verktyg som bland annat syftar till att öka inblandade parter medvetande om vilka de negativa externa effekterna är som associeras till deras bruk av miljöresurser. Man söker att genom sådana avtal öka informationen som används av de involverade parterna så att miljön beaktas i större utsträckning; samtidigt som marknadsaktörerna erbjuder en möjlighet att uppnå egna förbättrande lösningar till eventuella miljöpolitiska problem. Det är ofta underförstått att om marknadsaktörerna inte självmant lyckas sätta någon form av plan till handling, för att söka olika lösningar till miljömål, att där föreligger en risk för att lagstiftningsåtgärder kan bli aktuella (där marknadsaktörerna generellt sett riskerar sättas i ett sämre läge (jämfört med ett alternativ där de själva är med och styr utgången)).

Användningen av horisontella miljöavtal skapar därmed möjligheten att uppnå miljöförbättringar genom marknadsmässiga funktioner, där alla marknadens fördelar kan appliceras på ett framgångsrikt miljöavtal. Lyckas styrmedlet internalisera de negativa externa effekterna av brukandet av miljöresurserna så har man kommit en bit på vägen i balansgången med miljöförbättringar som gynnar samhället i stort. Om internaliseringen är universal och applicerad på en dynamiskt effektiv marknad så innebär det att marknaden styr konsumtionen mot miljövänligare alternativ (antingen genom att miljöförstörande varorna blir dyrare eller för att konsumenternas ökade miljömedvetande leder till val av bättre produkter eller tjänster). En marknad som även använder andra värderingar än enbart ekonomiska hänsyn kan vara ett optimalt verktyg för att uppnå miljöförbättringar och då är framgångsrika miljöavtal klart effektivare än lagstiftningsåtgärder för att uppnå vissa typer av miljöförbättringar.

Marknadens välfärdsfunktion innebär exempelvis att konsumenterna väljer produkter som ger störst välfärd och om miljöprodukter anses vara bäst leder detta till en ökad konkurrens med sådana produkter vilket då automatiskt leder till en ökad välfärd. Allokeringfunktionen skickar signaler till tillverkare att anpassa utbudet efter vad som efterfrågas av konsumenterna och styr konsumenterna i riktningen mot miljövänlighet, då anpassar tillverkarna produktionen därefter. Att där finns en väl fungerande konkurrens på marknaden medför att effektivitetsfunktionen framtvingar en utveckling för bättre innovation och utveckling, där nya och bättre produkter kan i sig medföra såväl direkta som indirekta miljöförbättringar. Sänks dessutom priserna genom sådana åtgärder så blir effekten att efterfrågan stiger och då vinner miljöalternativen igen genom den ekonomiska darwinismen som utspelar sig på en konkurrensutsatt marknad.

Genom användningen av frivilliga miljöavtal uppstår dock möjligheterna till missbruk från företagens sida. Antingen att miljöavtalen innebär direkta konkurrensbegränsande samarbeten som inletts i syfte att påverka någon av marknadens konkurrensparametrar direkt eller så har avsikten varit att aldrig egentligen uppnå någon lösning, utan bara att vinna tid. För det senare fallet leder det säkerligen bara till alternativa miljöpolitiska åtgärder, men i fall där syftet är att sätta konkurrensen ur spel innebär det i så fall risk för allvarliga konsekvenser på marknaden.

Särskilt om konkurrenstrycket redan var försvagat eller om marknadsandelarna bland involverade är höga. Genom ett sådant förfarande kan marknadsmekanism leda till mer skada för miljön (ineffektiv resursfördelning, att innovation och utveckling avstannar eller att andra bättre lösningar av andra parter inte möjliggörs på grund av marknadsinträdeshinder). Det kan också hända att där inte finns något negativt syfte i åtanke, utan det bara blir så av en indirekt följd av något som parterna till avtalet tycker är rättvist eller som verkar vara en praktisk lösning, men som i bedömningen visar sig ha märkbara effekter på konkurrensen.

Just möjligheten till missbruk och eventuella felbedömningar, fel strategier, gör att det är viktigt att där finns möjlighet för prövning som säkerställer marknadens funktion genom upprätthållandet av dels en fungerande konkurrens men som också ger utrymme för bedömningar, om så är motiverade, utifrån omständigheterna i ärendet. Ett avtal som förbjuds enligt artikel 101(1) FEUF kan exempelvis anses vara motiverat utifrån fördelarna som uppstår, men att det likväl kanske bara kan undantas om det förenas med vissa särskilda villkor som är avsedda att garantera att konkurrensen påverkas så lite som möjligt.

Beaktat frågorna i inledningen, som har besvarats under undersökningens gång, tänkte jag lyfta fram huvudpunkterna för varje fråga nedan.

Om ett frivilligt horisontellt miljöavtal fångas av förbudet i artikel 101(1) FEUF, så är det för att avtalet har haft en märkbar negativ effekt på en av marknadens fundamentala konkurrensparametrar och på så vis haft antingen ett sådant syfte eller effekt att det begränsar konkurrensen på den gemensamma marknaden. Med konkurrensparameter omfattas exempelvis värden som priserna på marknaden, produktionen, produktförsämring, innovation eller utveckling. Ett miljöavtal får inte heller innebära att det utgör ett hinder för marknadsinträde. Värden som styr enligt 101(1) FEUF är bedömningar om möjligheterna till konkurrens och vad som kan påverka konsumentvälfärden negativt.³⁶⁶

Utifrån kommissionens behandling av miljöavtal, så har det visats att kommissionen inte gör någon avvägning vid bedömningen om förbud (enligt artikel 101(1) FEUF) för om miljöavtalet (som är föremål för bedömning) skulle kunna medföra några särskilt utmärkande för- eller nackdelar som skulle påverka förbudsbedömningen. Oavsett om ett miljöavtal som anses vara förbjudet medför antingen ekonomiska eller miljömässiga fördelar så är sådana aspekter av avtalet inte något som hör hemma i prövningen under artikel 101(1) FEUF utan snarare i artikel 101(3) FEUF, när bedömningen utförs om effektivitetsvinster. Om ett avtal är särskilt positivt, så finns där i så fall anledning för undantag enligt hur reglerna är uppbyggda. Det ökar rättssäkerheten (och förutsägbarheten) om det klart framgår vad som riskerar omfattas av ett förbud och på vilka grunder ett sådant förbud kan undantas, så att parterna som utformar miljöavtal kan anpassa innehållet därefter.³⁶⁷

Vad gäller miljöavtal som utgör gränsfall att omfattas av ett förbud, så vill jag lyfta fram den av Suzanne Kingston framförda ancillary restriction doctrine³⁶⁸, att vid lägen då ett miljöavtal riskerar att förbjudas enligt artikel 101(1) FEUF, men där den delen av avtalet som hade

³⁶⁶ Frågeställning: under vilka omständigheter kan frivilliga miljöavtal komma att omfattas av förbud mot konkurrensbegränsande samarbete?

³⁶⁷ Som en guide till horisontella samarbetsavtal av Slaughter and May uttryckte det; "Depending on the market position of the parties, most commercial agreements... should, if properly drafted and implemented, either fall outside the scope of Article 101(1) or meet the criteria for exemption under Article 101(3)."

³⁶⁸ Kingston, s 233-242

aktualiserat ett eventuellt förbud kan göras gällande är av väsentlig betydelse för avtalsparternas ingående av avtalet (att avtalet inte hade ingåtts utan begränsningen) och att den är proportionerlig (till den begränsning som den medför), så finns där möjlighet att undvika ett förbud. Om ett miljöavtal skulle anses inte omfattat av ett förbud på det sättet, då undviks situationen av att eventuellt behöva uppfylla kriterierna för undantag. Ett uppfyllande som på ett eller annat sätt kanske skulle ha medfört problem; exempelvis om miljövinster som medfördes inte enkelt kunde omsättas till kvantifierbara ekonomiska värden, eller kanske bara blev aktuella för en annan grupp konsumenter på en annan marknad, eller inträffade först vid ett långt senare tillfälle. Den sistnämnda situationen hade enligt undantagsbedömningen exempelvis krävt att konsumenternas skäligen andel av vinsten skulle behövt vara betydligt högre än vad som kanske vore möjligt att bevisa med hänsyn till omständigheterna.³⁶⁹

Utifrån grunderna till varför ett avtal kan förbjudas så framstår det dock som viktigt att ett förbjudet avtal antingen klarar av att uppfylla det som krävs för ett giltigt undantag enligt artikel 101(3) FEUF eller så kanske avtalsparterna har att tänka om angående hur avtalet är utformat eller om syftet inte kan uppnås på alternativa vägar (ifall det inte går att passera undantagskriterierna, särskilt vad gäller det begränsande samarbetets nödvändighet och återstående konkurrens).

Om ett miljöavtal har kommit att förbjudas enligt vad som gäller för tillämpningen av artikel 101(1) FEUF så måste samtliga kumulativa kriterier för undantag uppfyllas enligt artikel 101(3) FEUF om avtal ska ha någon betydelse.³⁷⁰ Det är här, och endast här, som det är aktuellt att väga in samtliga för och nackdelar som är associerade till avtalet och som lyfts fram i de olika delarna av bedömningen. Man avser då att neutralisera den faktiska begränsningen av konkurrensen som uppstår och konsumenterna måste i vart fall inte försättas i ett sämre läge, jämfört med hur det hade varit utan avtalet i fråga.³⁷¹

Dels måste avtalet medföra effektivitetsvinster som gör att, för miljöavtalens del, i vart fall en miljömässig förbättring uppstår. Dels så måste en sådan förbättring komma konsumenterna tillhanda. Beträffande miljöavtal som innebär miljöförbättringar (exempelvis genom kvalitativa förbättringar som nya miljövänligare produkter) kan det generellt påstås att miljöförbättringar gynnar hela samhället. Som visades i CECED ärendet, även utan individuella fördelar för enskilda konsumenter på den relevanta marknaden, så hade vinsterna som avtalet medfört gjort att fördelarna som avtalet medförde ansågs uppfylla andra kriteriet och på så vis kom konsumenterna tillhanda. Ju objektivare sådana vinster kan visas, ju mer sannolikt är det att kriteriet för undantag uppfylls.

Begränsningar som ett miljöavtal medför måste dels anses vara lämpliga och dels nödvändiga. Kan syftet med åtgärderna rättfärdigas? Antingen görs en nödvändighetstest eller en proportionalitetsbedömning där man ser till syftet med miljöavtalet och om begränsningarna som förespråkas har ett samband med uppnåendet av målet, samt om begränsningarna är nödvändiga för det.³⁷² Finns där exempelvis andra mindre begränsande åtgärder som kan tillgripas för att

³⁶⁹ Mer härom i avsnitt 5.3.2.5, s 41

³⁷⁰ Att komma ihåg är aspekterna om tvingande nationell lagstiftning, om avtalet inte är mellan företag i den meningen som avses med artikeln eller exempelvis om avtalet omfattas av gruppundantag (för vilket begränsningarna inte aktualiserat en omprövning).

³⁷¹ Frågeställning: på vilka grunder kan sådana miljöavtal komma att undantas från förbudet?

³⁷² En notis här om integrationsprincipen och tolkningar till miljörättens fördel vid konflikt med konkurrensbedömningen, som jag återkommer till för att undvika upprepning.

uppnå samma syften? Om ja, så måste parterna kunna försvara varför man valt mer begränsande alternativ. Alla påståenden som görs måste kunna styrkas genom bevisning och ju objektivare påståenden kan bevisas ju större är sannolikheten att kriteriet för undantag uppnås.

Grundförutsättningen för undantag är dock att ett konkurrensbegränsande samarbete inte får eliminera konkurrensen. Ordalydelsen i texten är klar och kan inte tolkas på annat sätt än att, oavsett vilka miljöfördelar (effektivitetsvinster) som ett annars konkurrensbegränsande samarbete skulle ha så finns där inte skäl till undantag om konkurrensen elimineras (eller nära därtill; sätts ur spel). Sådana vinster anses neutraliserade av de långsiktiga effekterna som uppstår vid avsaknad av en väl fungerande konkurrens. Vid bedömningen visas hänsyn till eventuellt speciella ekonomiska omständigheter som är förenade med ärendet för bedömning. Att exempelvis parterna har väldigt höga marknadsandelar utgör i sig inte ett tecken för att konkurrensen kommer att upphöra. För vissa miljöavtal är det dessutom en förutsättning för framgång att man har med samtliga större aktörer i avtalet för att uppnå antingen en ny de facto standard eller stordriftsfördelar. Avgörande blir då istället en helhetsbedömning utifrån förhållandet på marknaden, möjlighet att konkurrera (såväl intern konkurrens mellan avtalsparterna som extern mot tredje man) samt om avtalet i fråga innebär ett hinder för marknadsinträde. I DSD ärendet hade exempelvis parterna över 95 % marknadsandelar och undantag kunde ändå meddelas (ändock med villkor) för att det ansågs att det fortfarande var möjligt att konkurrera på flera viktiga ekonomiska punkter.

Generellt för ovan om undantag är att bedömningen utgår från ett ekonomiskt perspektiv. Kommissionen tillämpar en snävare ekonomisk bedömning, som även om den kanske vållar problem inom andra icke-ekonomiska policy områden inte torde utgöra något större hinder vid prövningen av miljöavtal, då miljöfördelar i många fall faktiskt objektivt kan visas som kvantifierbara ekonomiska värden. Eventuella effektivitetsvinster som uppstår vid ett miljöavtal och som vägs in i första kriteriet för undantag (och därefter utgör värdet för fördelarna för övriga kriterier) kan antingen avse kvantitativa eller kvalitativa förbättringar som inte borde vålla särskilda problem att beskrivas ekonomiskt. Ärendena som behandlas i ärendeanalysen visar klart hur det sker i bedömningen och problem skulle bara uppstå med detta vid händelse att miljöfördelarna är så diffusa att de antingen inte kan bevisas eller att de bygger på väldigt teoretiska grunder (och då kanske det är läge att fundera på om lösningen genom marknadsmässiga instrument som miljöavtal erbjuder är rätt lösning).³⁷³

Beträffande om hänsyn tas till miljöintressen tycker jag att svaret på den frågan är ja. Det är bara att se på ärendeanalysen och hur bedömningarna har påverkas av miljöperspektiven som legat till grund för miljöavtalen. Ju objektivare som miljöfördelar kan visas, ju större är sannolikheten att de beaktas som värdefulla (det blir trots allt en subjektiv värdebedömning som ändå måste vägas mot värdet av dels konkurrensen och dels vad för effektivitetsvinster som medförs för konsumentvälfärden). Det är vid lägen där konkurrensen upphör helt som miljöaspekten faller bort totalt (ett läge som i och för sig hade varit identiskt vid händelse av att ett väldigt ekonomiskt fördelaktigt avtal hade eliminerat konkurrensen på marknaden på samma sätt och som inte heller det hade beviljats undantag). Det är också betydligt svårare att hävda ett miljöintresse eller miljöfördelar vid lägen då konkurrensbegränsande samarbeten innebär så kallade hard-core begränsningar (exempelvis vid fastställande av pris, tilldelning av marknader) och det skall mycket till för att sådana åtgärder skall anses vara nödvändiga. Vid ett sådant läge som omfattar även miljöfördelar så blir en proportionalitetsavvägning avgörande.

³⁷³ Fråga: Tar bedömningen av miljöavtal enligt artikel 101 FEUF hänsyn till miljöintressen som representeras av miljöavtalen?

Vid lägen där det uppstår en specifik konflikt mellan konkurrens på ena sidan och miljöaspekter på andra, så blir det frågan om avvägningar som bygger på en fördragskonform teleologisk tolkning³⁷⁴ av huruvida systemet i fördragen ska läsas så att där finns en fördel för miljöpolitiska ställningstaganden som möjliggör för en hållbar utveckling.³⁷⁵

Utgångspunkten för en sådan tolkning blir, sett till fördragstexten, dels artikel 3(3) FEU, om att målsättningen är en hållbar social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft som bygger på bl.a. en hög miljöskyddsnivå och en bättre miljö; dels innehållet i artikel 11 FEUF (integrationsprincipen) som medför att ”miljöskyddskraven ska integreras i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling”; och dels artikel 7 FEUF, som kräver en samstämmighet mellan alla politik- och verksamhetsområden med beaktande av samtliga sina mål.

Vedder sammanfattade läget bäst i sin bok³⁷⁶ genom att förklara att de flesta argument leder till en uppfattning att miljöpolitiken antingen måste tas med i beaktning eller avvägas i samband med beslut i andra områden. Integrationsprincipen omfattar en rättsligt bindande förpliktelse som innebär att integrationen måste verka för en hållbar utveckling. Där en hållbar utveckling måste kunna tolkas som att det innebär att där finns ekonomisk tillväxt på marknaden (vilket utesluter lägen där konkurrensen elimineras), men att sådan hållbar utveckling sker med hänsyn till ett effektivt miljöskydd. Där måste alltså vara en balans mellan miljön på ena handen och ekonomin på den andra.

Om det är möjligt att tillämpa exempelvis konkurrensbestämmelserna på ett sätt som innebär fördelar för miljöskydd (sett utifrån lagtextens ordalydelse, så att man inte contra legem försöker skapa ett förhållande som går emot ordalydelsen) och där inte finns en konflikt med konkurrenspolitiska målsättningar, så måste reglerna alltid tolkas till miljöns fördel. Under samma omständigheter, men i lägen där en konflikt uppstår mellan miljö och konkurrens, så blir utgången beroende av en proportionalitetsavvägning. Där en åtgärd anses vara proportionerlig om den är lämplig för att uppnå en av EU:s målsättningar och om där inte finns något annat sätt att uppnå målsättningen som är mindre konkurrensbegränsande. Om så är fallet, då borde åtgärden tillåtas enligt konkurrensbestämmelserna.

Trots vad man skulle kunna tänka vid första anblick angående förhållandet mellan miljö och konkurrens så behöver där inte uppstå en konflikt dem emellan, utan konkurrens är ett utomordentligt effektivt sätt för vilket betydande miljöförbättringar kan uppnås genom användningen av marknadsmässiga instrument som miljöavtal.

En sista kommentar förtjänar att göras om de nya riktlinjerna för tillämpningen av artikel 101 FEUF på horisontella samarbetsavtal. Trots att riktlinjerna inte är bindande så utgör de kartan för inblandade parter att finna sin väg och om inget annat än att bara markera miljöpolitikens betydelse för en hållbar utveckling (och att horisontella miljöavtal har en plats tillsammans med övriga avtal som i riktlinjerna behandlas individuellt) så hade det varit önskvärt om där fanns ett kapitel om miljöavtal i linje med riktlinjerna från 2001. Inte minst hade det ökat användarvänligheten av riktlinjerna vid bedömningen av miljöavtal.

³⁷⁴ Sett utifrån ändamålet med bestämmelserna.

³⁷⁵ Fråga: om där uppstår en konflikt mellan miljöintressen på ena sidan och intresset av att bevara en väl fungerande konkurrens på andra, finns där något rättsligt företräde sett utifrån artikel 101 FEUF för någondera sida?

³⁷⁶ Competition Law and Environmental Protection in Europe: Towards Sustainability?

Bilaga 1: Fördragstexten - Artikel 101 FEUF

Bilaga 1: Artikel 101 ur Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

AVDELNING VII - Gemensamma regler om konkurrens, beskattning och tillnärmning av lagstiftning

KAPITEL 1 - KONKURRENSREGLER

AVSNITT 1 - REGLER TILLÄMPLIGA PÅ FÖRETAG

Artikel 101

1. Följande är oförenligt med den inre marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den inre marknaden, särskilt sådana som innebär att

a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,

b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,

c) marknader eller inköpskällor delas upp,

d) olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,

e) det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

2. Avtal eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga.

3. Bestämmelserna i punkt 1 får dock förklaras icke tillämpliga

- på avtal eller grupper av avtal mellan företag,

- beslut eller grupper av beslut av företagssammanslutningar,

- samordnade förfaranden eller grupper av samordnade förfaranden, som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte

a) ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,

b) ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur:

- Cooter, C Robert: "Law and Economics", Prentice Hall, 1999
- Craig, Paul: "The Evolution of EU Law", Oxford University Press, Oxford, 1999
- Craig, Paul: "EU Law: Text, Cases, and Materials", Oxford University Press, Oxford, 2008
- Imad, A. Moosa: "The Costs And Benefits Of Environmental Regulation", Edward Elgar Publ Ltd, 2014
- Jones, Alison: "EU Competition Law: Text, Cases and Materials", Oxford University Press, Oxford, 2014
- Jordan, Andrew: "Environmental Policy in the EU: Actors, Institutions and Processes", Routledge, Oxon, 2013
- Karlsson, Johan: "Konkurrensrätt - En Handbok", Karnov Group Sweden, Stockholm, 2014
- Kingston, Suzanne: "Greening EU Competition Law and Policy" Cambridge University Press, Cambridge, 2012
- Levi-Faur, David: "Handbook on the Politics of Regulation", Edward Elgar Publ., Glos, 2011
- Orts, W. Eric: "Environmental Contracts: Comparative Approaches to Regulatory Innovation in the United States and Europe", Kluwer Law International, London, 2001
- Ramlogan, Rajendra: "Sustainable Development: Towards a Judicial Interpretation (Legal Aspects of a Sustainable Development)", Martinus Nijhoff Publ., Boston, 2011
- Sadeleer de, Nicolas: "EU Environmental Law and the Internal Market", Oxford University Press, Oxford, 2014
- Townley, Christopher: "Article 81 EC and Public Policy", Hart Publishing, Portland, 2009
- Tridimas, Takis: "European Union Law for the Twenty-first Century (Volume 2)", Hart Publishing, Portland, 2004
- Vedder, Hans: "Competition Law and Environmental Protection in Europe: Towards Sustainability?", Europa Law Publishing, Groningen, 2003

Artiklar:

Tari, Zsófia: "Competition or environmental protection-is it necessary to choose?", *Iustum Aequum Salutare*, VI. 2010/4, s 277-283

Lehmann, A. Markus: "Voluntary Environmental Agreements and Competition Policy - The Case of the German System for Packagine Waste Management", *Environmental & Resource Economics* 28: p 435-449, 2004

Rättsfallsförteckning:

EU-domstolen:

Förenade målen 96-102, 104, 105, 108 och 110/82, IAZ international Belgium NV mot kommissionen [1983], ECR 3369

C-41/90, Höfner och Elser, REG 1991, I-1979

Förenade målen C-115/97, C-116/97 och C-117/97 Albany, Brentjens [1999] ECR I – 6025

C-309/99 Wouters [2002] ECR I – 1577

Förenade målen C-501, 513, 515 och 519/06, GlaxoSmithKline Services Unlimited and others v Commission [2009] ECR I-9291

Tribunalen:

T-17/93, Matra [1994] ECR II-595

T-289/01 Der Grüne Punkt [2007] ECR II-1691

Kommissionens beslut:³⁷⁷

Kommissionens beslut 1994/322, Exxon/Shell, OJ L 144/20, p 71

Kommissionens beslut 2000/475, CECED, OJ 2000 L 187/49

Kommissionens beslut 2001/837, DSD, OJ 2000 L 319/1, p 147 och 148

³⁷⁷ VOTOB, EACEM finns inte beslut redovisade för.

EU-handlingar:

Förordningar:

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 001, 4.1.2003

Meddelanden, yttranden, rapporter, tillkännagivanden från kommissionen och rådet:

XXII:e Report on Competition Policy, COMP REP EC 1992

XXIII:e Report on Competition Policy, 1994

XXV:e rapporten om konkurrenspolitiken – 1995 (SEK(1996) 126 slutlig

XXVIII:e rapporten om konkurrenspolitiken - 1998 (SEK(1999) 743 - C5-0121/1999

XXIX:e Rapporten om konkurrenspolitiken, SEK(2000) 720 Slutlig

"Communication from the Commission to the Council and the European Parliament - On Environmental Agreements" COM(96)561 Final, 27.11.1996

White Paper on modernisation of the rules implementing Articles 81 and 82 (formerly Articles 85 and 86) of the EC Treaty, OJ 1999 C 132/1

Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT C 3, 6.1.2001

Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget (deminimis), EGT C 368, 22.12.2001

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

Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT C 101, 27.4.2004

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

DG Competition, Concerning Issues of Competition in Waste Management Systems, 22 september 2005

Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer om vertikala begränsningar, EUT C 130, 19.5.2010

Roundtable on Horizontal Agreements in the Environmental Context - Note by the European Parliament, DAF/COMP/WD(2010)97

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

EU – övrigt:

Competition Policy Newsletter 2002-1, Commission confirms its policy line in respect of horizontal agreements on energy efficiency of domestic appliances, av Manuel Martínez-López (februari 2002)

Competition Policy Newsletter 2011-1 (p 10), "The new EU Competition Rules on Horizontal Co-operation Agreements", by Alexandra Boutin m.fl

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

Kommissionens Press Release IP 98/865

Kommissionens Press Release IP/00/148

Kommissionens Press Release IP/00/508

Kommissionens Press Release IP/01/1659

Kommissionens Press Release IP/14/400

Svenska offentliga handlingar:

Miljö, handel och konkurrens – spelregler för effektiva marknader, 1998:2

Ekonomiska styrmedel i miljöpolitiken, 2006:34

Konkurrensbrott: en lagstiftningsmodell (slutbetänkande), SOU 2004:131

Fegler & Unemo, Långtidsutredningen (Bilaga 7)

Övrigt:

OECD - Competition Policy and Environment (Paris, OECD), 1996

OECD - Horizontal Agreements in the Environmental Context, 2010

Slaughter & May - The EU Competition Rules on Horizontal Agreements, April 2010

Internet:

”Bottled Water Costs 2000 Times As Much As Tap Water” Business Insider, Boesler, Matthew, 12 juli, 2003,

Internetadress: (kontrollerad: 2015-03-06)

<http://www.businessinsider.com/bottled-water-costs-2000x-more-than-tap-2013-7>

BBC ”Diesel cars face £10 charge for driving into central London”, BBC News, 29 juli, 2014

Internetadress: (kontrollerad: 2015-03-06)

<http://www.bbc.com/news/uk-england-london-28540259>

Kluwer Competition Law Blog - Effects-based enforcement of Article 101 TFEU: the “object paradox”, Damien Gerard, 17 februari, 2012

Internetadress: (kontrollerad: 2015-03-06)

<http://kluwercompetitionlawblog.com/2012/02/17/effects-based-enforcement-of-article-101-tfeu-the-%E2%80%9Cobject-paradox%E2%80%9D/>

Sustainable Competition law; Competition Law Kills Coal Closure Plan, Or Does It? Hans Vedder, 2 oktober, 2013

Internetadress: (kontrollerad: 2015-03-06)

<http://europeanlawblog.eu/?p=1974>

