



# LUND UNIVERSITY

## Sverige - EEC och konkurrensen: aspekter på Sveriges frihandelsavtal med EEC med särskild tonvikt på avtalets konkurrensregler

Lidgard, Hans Henrik

1977

[Link to publication](#)

### *Citation for published version (APA):*

Lidgard, H. H. (1977). *Sverige - EEC och konkurrensen: aspekter på Sveriges frihandelsavtal med EEC med särskild tonvikt på avtalets konkurrensregler*. [Doktorsavhandling (monografi), Juridiska institutionen]. Department of Law, Lund University.

### *Total number of authors:*

1

### **General rights**

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117  
221 00 Lund  
+46 46-222 00 00

Skrifter utgivna av Juridiska Föreningen i Lund

Nr 18

Acta Societatis Juridicae Lundensis

# **Sverige — EEC och konkurrensen**

Aspekter på Sveriges frihandelsavtal med EEC  
med särskild tonvikt på avtalets konkurrensregler

**Hans Henrik Lidgard**

Mit einer Zusammenfassung in deutscher Sprache  
Schweden und die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft  
Wettbewerbsrechtliche Fragen

Juridiska Föreningen i Lund  
Distribution: Studentlitteratur

## II. FRIHANDEL – FRI KONKURRENS

### 1. Allmänt

Efter en övergångsperiod på fyra och ett halvt år, som löper ut den 1 juli 1977, skall varuutbytet mellan Sverige och gemenskapen i huvudsak vara fritt. De fria varurörelserna innebär att parterna först och främst skall ha avvecklat direkta hinder i form av tullar och kvantitativa importrestriktioner. Den interna lagstiftningen skall vidare ha anpassats så, att den inte kan leda till en snedvridning av handeln. Alla åtgärder med motsvarande verkan som tullar och kvantitativa *import*-restriktioner skall ha avvecklats.

**Motiv för konkurrensregler.** I ett internationellt samarbete av FriH:s karaktär föreligger alltid en risk för att enskilda rättssubjekt motverkar de uppställda frihandelsmålen genom restriktiva affärsmetoder. Det är närmast naturligt att företag, som tidigare med stöd av de nationella skyddsbarriärerna garanterats en ensamrätt, eller i allt fall ett stort försteg framför sina utländska konkurrenter, är angelägna att bevara denna särställning även efter handelshindrens avveckling. Detta kan ske genom separata överenskommelser med främmande företag. En marknadsuppdelning grundad på t.ex. exklusivavtal, licensavtal eller ömsesidiga förbud att arbeta på varandras marknader kan i känsliga branscher ha en mera restriktiv verkan för samhandeln än måttliga tullar.

För att motverka skadliga åtgärder och garantera fria varurörelser föreskriver FriH att rättvisa konkurrensvillkor i handeln mellan Sverige och gemenskapen skall säkerställas. Denna grundläggande princip för samarbetet tar sikte på all form av begränsning av konkurrensen mellan parterna. Principen innefattar således diskriminerande nationell lagstiftning liksom statliga stödåtgärder. Ett viktigt led i denna strävan är vidare att förhindra att privata rättssubjekt genom konkurrensbegränsande avtal eller andra liknande åtgärder snedvrider handeln.

## 2. Internationella förebilder

Det är ingalunda unikt för frihandelsavtalet mellan Sverige och EEC att särskilda konkurrensregler ingår i överenskommelsen. Sådana bestämmelser finns i samtliga EEC:s avtal med EFTA-staterna. Regler har också intagits i frihandelsavtalen med CECA. Det har även tidigare visat sig nödvändigt att inta konkurrensregler i flera handelsöverenskommelser av större räckvidd.

För svenskt vidkommande finns förebilder i internationella överenskommelser (eller regler antagna med stöd av sådana överenskommelser), som landet är anslutet till eller i princip varit berett att godta. Hit hör Havannastadgan, EFTA-avtalet, planen på ett nordiskt ekonomiskt samarbete (NORDEK) samt vissa regler antagna inom organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD). Huvudlinjerna i dessa överenskommelsers konkurrensregler kan sammanfattas på följande sätt:

*Havanna-stadgan.*<sup>2</sup> Samarbetet utformades inom ramen för FN:s ekonomiska och sociala kommitté. Den föreslagna stadgans V kapitel behandlade restriktiva affärsmetoder. Varje medlem skulle i samråd med den tilltänkta Organisationen vidta lämpliga åtgärder för att förhindra att enskilda eller offentliga företag tillämpade affärsmetoder, som kunde inskränka konkurrensen, begränsa tillgången till marknader eller leda till monopolistisk kontroll. I stadgans art. 46:3 exemplifierades otillåtna förfaranden. Drabbad part ägde inleda förhandlingar med ansvarig motpart eller anmäla ärendet till Organisationen (art. 47). Organisationen kunde infordra upplysningar (art. 48), göra undersökningar (art. 49) och anordna muntliga förhandlingar (art. 48). Det skulle åligga medlemsstaterna att vidta erforderliga lagstiftningsåtgärder för att förhindra brott mot stadgans regler. Vidare skulle medlemmar ta full hänsyn till Organisationens avgöranden och förslag och därefter meddela vilka åtgärder som vidtagits (art. 50). Stadgan förhindrade inte någon part från att vidta åtgärder mot internationella konkurrensbegränsningar med stöd av nationell lagstiftning där detta var möjligt (art. 52).

Havannastadgan godtogs av Sverige, men kom till följd av mot-

<sup>2</sup> Se prop. 1950:54 ang. Sveriges anslutning till Internationella handelsorganisationen (ITO) m.m.

stånd från USA endast att tillämpas i den del som avser tullavveckling (GATT-avtalet).

*EFTA-konventionen.*<sup>3</sup> EFTA-konventionen innehåller i artikel 15 relativt utförliga regler rörande konkurrensbegränsningsfrågor, som i huvudsak torde ha inspirerats av RomF och Havannastadgan. Här stadgas att, "följande affärsmetoder äro oförenliga med denna konvention" i den utsträckning de motverkar konventionens mål:

- a) överenskommelser mellan företag som begränsar konkurrensen;
- b) otillbörligt utnyttjande av en dominerande ställning.

Hänskjutes fråga om en affärsmetods oförenlighet med konventionens regler till Rådet för bedömning, kan Rådet föranstalta om offentliggörandet av en rapport (art. 15:2) och genom majoritetsbeslut rikta rekommendation till berörd medlemsstat (art. 31:3). Efterkommes icke rekommendationen kan drabbad medlemsstat be- myndigas upphöra att fullgöra förpliktelser (art. 31:4).

I artikel 15:3 öppnas möjligheter att komplettera stadgan med särskilda tillämpningsbestämmelser. Endast i begränsad utsträckning har så skett.<sup>4</sup>

*NORDEK.*<sup>5</sup> Under slutet av 1960-talet utarbetades förslag till ett utvidgat ekonomiskt samarbete i Norden. Förslagets 12 kapitel innehöll bestämmelser avseende restriktiva affärsmetoder. I art. 1 fastslogs en plikt för medlemsstaterna att motverka restriktiva affärsmetoder, som hämmade samhandeln mellan parterna. Även NORDEK-

<sup>3</sup> Prop. 1960:25 ang. godkännande av Sveriges anslutning till konventionen angående upprättandet av Europeiska frihandelssammanslutningen.

<sup>4</sup> 1965 antogs inom EFTA och FINEFTA riktlinjer för behandling av konkurrensfrågor. Dessa riktlinjer möjliggör förhandlingar mellan parterna för att dessa utan att följa den formella besvärproceduren i art. 15 gemensamt skall kunna undanröja en påtalad begränsning. Direktkontakt skall kunna etableras mellan myndigheterna och dessa skall i efterhand rapportera till EFTA:s sekreteriat hur problem lösts. Förfarandet har konfidentiell karaktär. Vidare gjorde EFTA-staterna en PR-drive för EFTA:s regelsystem hos företag i länderna. Riktlinjerna uppdrogs vid EFTA:s och FINEFTAS:s ministerrådsmöte i Köpenhamn den 28 och 29 oktober 1965. Se skrivelse från Handelsdep. den 21 januari 1966, bilaga till ärende nr 17 i statsrådsprot. den 21 januari 1966 över handelsärenden.

<sup>5</sup> Nordisk utredningsserie 1969:11, Udvidet nordisk økonomisk samarbejde. Rapport fra det nordiske embedsmandsudvalg (Sthlm 1969).

överenskommelsen tog sikte på överenskommelser mellan företag och oskäligt utnyttjande av en dominerande ställning.

Enligt art. 2 skulle det åligga ministerrådet i organisationen att fatta beslut om de åtgärder som de fördragsslutande staterna skulle vidtaga för att motverka eventuella konkurrensbegränsningar. Att reglerna endast utgjorde ramregler, som successivt skulle utvecklas, framgick av den tredje artikeln. Enligt en särskild bilaga skulle denna vidareutveckling inledas med ett intensifierat samarbete mellan de nordiska ländernas kartellmyndigheter. I första hand skulle undersökas huruvida existerande nationell lagstiftning var tillfyllest för att uppnå de mål som uppställts.

*OECD*.<sup>6</sup> Även inom OECD har liknande frågor uppmärksammats. 1967 antogs en rekommendation<sup>7</sup> om samarbete mellan medlemsstaterna i fråga om konkurrensbegränsningar, som påverkar den internationella handeln. Arbetet skall bedrivas genom konsultationer, utbyte av upplysningar och samordning av åtgärder på fullt frivillig grund. I första hand rekommenderas medlemsstaternas regeringar att underrätta annan medlemsstat om undersökningar eller rättsliga förfaranden såvida förfarandet berör andra staters väsentliga intressen. Vidare bör medlemsstaterna samordna sitt agerande i internationella frågor. En expertkommitté skall fortlöpande följa utvecklingen.

I juli 1973 kompletterades 1967 års rekommendation med ytterligare en avseende ett förenklat konsultations- och förlikningsförfarande vid konkurrensbegränsande handlingar, som påverkar den internationella handeln.<sup>8</sup>

**För gemenskapens vidkommande** kan reglerna i Havannastadgan ses som en förebild på samma sätt som för Sverige. Gemenskapen är också anknuten till samarbetet i OECD. Den viktigaste förebilden för

<sup>6</sup> Prop. 1961:127 ang. godkännande av konventionen angående Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD).

<sup>7</sup> Rekommendation antagen av Rådet vid dess 149:e sammanträde den 5 oktober 1967. Publicerad som bilaga 1A i statsrådsprot. den 8 december 1967 över handelsärenden.

<sup>8</sup> Recommendation of the Council concerning a consultation and conciliation procedure on restrictive business practices affecting international trade. Adopted by the Council at its 329th Meeting on 3rd July, 1973. C (73) 99 (Final) Scale 1.

gemenskapen är dock konkurrensreglerna i RomF. I fördragets fjärde del om gemenskapens politik fastställs i art. 85 - 92 ett regelsystem för konkurrensbegränsningsfrågor.

Art. 85:1 förbjuder överenskommelser mellan företag, som begränsar konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Förbjudna överenskommelser är civilrättsligt ogiltiga (art. 85:2). Art. 85:3 öppnar möjligheter till undantag från förbudet under vissa omständigheter.

Art. 86 förbjuder missbruk av marknadsdominerande ställning, som påverkar handeln mellan medlemsstaterna och snedvrider konkurrensen.

Ett än mer utvecklat regelsystem återfinns i CECA:s art. 65 - 67.

Till RomF:s regler har efter hand ett omfattande tillämpnings-system och en vägledande praxis utvecklats.

Vad angår gemenskapens tidigare överenskommelser med tredje land, ingår konkurrensregler endast i associationsavtalen med Grekland (art. 51) och Turkiet (art. 16). Dessa regler har emellertid ännu inte satts i tillämpning. Avtalen med EFTA-staterna var de första handelsavtal i vilka särskilda konkurrensregler infogats. Sedermera har i 1975 års handelsavtal med Israel intagits motsvarande bestämmelser (art. 12).

### 3. Reglernas utförning i frihandelsavtalet

*Förhandlingarna.* Konkurrensregler har införts i såväl FriH (art. 23) som avtalet med CECA (art. 19). Det är inte möjligt att med säkerhet fastställa varifrån initiativet till dessa regler ursprungligen kom. Diskussionen under förhandlingsskedet har inte rört frågan om konkurrensregler skulle införas, utan *hur* dessa skulle utformas. Redan under de sonderande samtalen ingick bakgrundsmaterial för bedömning av konkurrenssystemen i respektive område.<sup>9</sup>

Vid förhandlingarna lade den svenska regeringen fram<sup>10</sup> en skiss

<sup>9</sup> Från Sverige överlämnades PM ang. antidumpinglagstiftning, svenska antidumpingförfaranden, konkurrensbegränsning, offentlig upphandling och rusdryckslagstiftningen i Sverige. Se AiH 1971:3 s. 14.

<sup>10</sup> Skrivelse av den 6 september 1971 från svenska regeringen till ministerrådet. AiH 1971:5 s. 3f.

till samarbete på konkurrensområdet. Sverige godtog RomF:s materiella bestämmelser om karteller och företag med dominerande ställning. Problemet låg enligt den svenska uppfattningen uteslutande i att finna administrativa och judiciella former för reglernas tillämpning.

Det svenska förslaget gick avsevärt längre än konkurrensreglerna i internationella överenskommelser, till vilka Sverige tidigare varit anslutet. Förslaget innebar dessutom en betydande anpassning till gemenskapsutvecklingen.<sup>11</sup> I praktiken accepterades bindningar till gemenskapsrätten, som skulle medföra en skärpning av den svenska konkurrensbegränsningslagen (KBL).

Gemenskapen godtog förslaget att särskilda konkurrensregler skulle införas i avtalet. Kommissionen såg emellertid oöverstigliga hinder på den institutionella sidan för ett samarbete enligt den svenska modellen. Gemenskapsfördragets regelsystem förutsatte enligt kommissionens uppfattning fullständig enhetlighet i genomförandet av kommissionens och domstolens beslut. Häri kunde ett utomstående land inte delta.<sup>12</sup> Eftersom det rörde sig om ett bilateralt avtal kunde inte heller tvister lösas genom majoritetsbeslut. För gemenskapen återstod endast möjligheten att vid oenighet tillgripa skyddsåtgärder.

Vid plenarmöte i mars 1972 meddelade parterna, att enighet uppnåtts rörande konkurrensreglernas utformning. Sverige föreslog dock att en allmän klausul om skiljedom skulle införas i avtalet.<sup>13</sup> Detta önskemål avvisades emellertid av gemenskapen.

*Avtalet.* I det slutgiltigt utformade avtalet anges redan i preambeln att de ekonomiska förbindelserna skall utvidgas "*under upprätthållande av rättvisa konkurrensvillkor.*" Principen upprepas i art. 1 vari det anges att "*Detta avtal syftar till... b) att säkerställa rättvisa konkurrensvillkor i handeln mellan de avtalsslutande parterna.*"

<sup>11</sup> Att Sverige förklarat sig berett att tillmötesgå gemenskapsutvecklingen i den utsträckning som skedde är sannolikt en följd av krav som svensk industri framfört. Se *Iveroth, A., Vart tog Sverige vägen?* (Sthlm 1971) s. 20 - 21 och 39.

<sup>12</sup> Se Avis de la Commission au Conseil av den 16 juni 1971, Bulletin 1971:6, Supplément 3/71 s. 10 - 11.

<sup>13</sup> Se AiH 1972:4 s. 19.



I art. 23 utvecklas denna princip närmare:

”1. Följande förfaranden är oförenliga med detta avtals störningsfria tillämpning i den mån de är ägnade att påverka handeln mellan Sverige och gemenskapen:

i. överenskommelser mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden mellan företag, vilka har till syfte eller följd att konkurrensen i fråga om produktion av och handel med varor hindras, inskränkes eller förvanskas;

ii. missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning inom/de avtalsslutande parternas hela område eller en väsentlig del därav;

iii. offentliga stödåtgärder som förvanskar eller hotar att förvanska konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion.

2. Om en avtalsslutande part anser att ett visst förfarande är oförenligt med denna artikel, kan parten vidtaga lämpliga åtgärder på de villkor och enligt det förfarande som anges i artikel 27.”

En förutsättning för att bestämmelsen skall äga tillämpning är att *samhandeln påverkas*. Kan förfarandet inrangeras under kategorierna ”överenskommelse”, ”dominerande ställning” eller ”statliga stödåtgärder” är det ”oförenligt med avtalets störningsfria tillämpning” och den förfördelade parten äger vidtaga lämplig *skyddsåtgärd*.

I art. 27 regleras proceduren vid behandling av frågor om skyddsåtgärder. Innan sådana åtgärder tillgripes skall den blandade kommittén förses med erforderligt underlag för en ingående undersökning av läget i syfte att finna en för båda parter godtagbar lösning (art. 27:2). I första hand skall sådana åtgärder väljas, som medför minsta möjliga störning av avtalets tillämpning. Speciellt beträffande brott mot konkurrensreglerna stadgas i art. 27:3 a):

”I fråga om artikel 23 kan vardera avtalsslutande parten vända sig till den blandade kommittén om den anser att ett visst förfarande är oförenligt med detta avtals störningsfria tillämpning enligt artikel 23 punkt 1.

De avtalsslutande parterna skall lämna den blandade kommittén de upplysningar och det bistånd som erfordras för att utreda fallet och för att i förekommande fall bringa det påtalade förfarandet att upphöra.

Om avtalsslutande part icke undanröjt det påtalade förfarandet inom den tidsfrist som fastställts i den blandade kommittén eller om enighet icke nåtts i denna kommitté inom tre månader från det att ärendet anhängiggjorts där, kan den berörda avtalsslutande parten

vidtaga de skyddsåtgärder, som den anser nödvändiga för att undanröja de av förfarandet föranledda allvarliga svårigheterna, och särskilt återtaga tullmedgivanden.”

Från juridisk utgångspunkt är det en utomordentligt primitiv ordning som valts för att reglera ev. tvistigheter. Något smidigare alternativ till skyddsåtgärder ges inte i frihandelsavtalet. Det är visserligen sant att en folkrättslig överenskommelse i brist på ”polisiära” sanktioner i sista hand knappast kan undvika skyddsåtgärder. Även i RomF föreligger ytterst denna möjlighet (RomF art. 109). Det skall dock understrykas att sådana åtgärder bör komma i sista hand och att parterna i FriH borde ha kunnat finna lämpliga mellanformer. Sverige och Schweiz föreslog skiljedom, vilket avvisades. Koppensteiner antyder för sin del, att parterna borde ha övervägt en teknik, som nära knyter an till den internationella privaträttens konfliktregler. Enligt denna uppfattning borde motpartens rättsordning ges genomslagskraft internt i den utsträckning den fordrar tillämpning.<sup>14</sup>

Inte heller torde det finnas möjligheter för parterna att hänskjuta en ev. tvist rörande konkurrensbegränsningsreglerna till den Internationella Domstolen i Haag (se vidare nedan).

<sup>14</sup> *Koppensteiner, H.G., Österreichisches und europäisches Kartellrecht, Juristische Blätter 1973 s. 404 - 405.* ”In kollisionsrechtlicher Hinsicht ist dabei vor allem bemerkenswert, dass man sich zu diesem Zweck, wie aus Art. 27 resultiert, nicht der an sich naheliegenden Technik bedient hat, dem Kartellrecht des Partners im Inland gemäss seinem eigenen Geltungsanspruch Durchsetzung zu verschaffen. Die für den Fall von Verstössen gegen Art. 23 ÖEWGA vorgesehene völkerrechtliche Sanktion konfrontiert die Vertragsparteien vielmehr mit der Notwendigkeit, ihr Kollisionskartellrecht so einzurichten, dass tatsbestandmässige Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb des eigenen Territoriums auch dann unterbunden werden können, wenn sie sich nicht dort, sondern nur auf den Märkten des Partners auswirken. *Bär, R., Kartellrecht und IPR (Bern 1965) s. 366 ff.* har utvecklat denna tanke.

### III. PRINCIPER FÖR TOLKNING AV FRIHANDELSAVTALETS KONKURRENSREGLER

Art. 23 innehåller flera mångtydiga begrepp. Förebilder för bestämmelsen finns såväl i internationella överenskommelser som i nationell lagstiftning. Praxis i anslutning till dessa tämligen likalydande regler har ofta utvecklats på ett olikartat sätt. FriH:s konkurrensregler överensstämmer t.ex. i allt väsentligt med motsvarande föreskrifter i EFTA-avtalet (art. 15) och RomF (art. 85 - 92). Medan RomF:s art. 85 och 86 tillämpas aktivt i gemenskapen och direkt binder enskilda, har EFTA-reglerna blott kommit till användning i en handfull ärenden och då behandlats som en folkrättslig förpliktelse för berörda medlemsstater.

Fråga uppstår mot denna bakgrund hur art. 23 i FriH skall tolkas. Skall den jämföras med RomF:s konkurrensregler eller är den bara en bestämmelse av folkrättslig karaktär som i praktiken ansetts vara fallet med EFTA-avtalets normer?

Innan en mer ingående bedömning av konkurrensreglernas materiella innehåll göres skall därför undersökas vem som tolkar bestämmelserna och mot bakgrund av vilka principer detta skall ske.

#### 1. Vem tolkar frihandelsavtalets konkurrensregler?

FriH är ett bilateralt avtal mellan Sverige och gemenskapen. För bedömning av avtalets förpliktelser är parterna först och främst hänvisade till de instrument som avtalet ger.

FriH:s art. 29 stadgar, att parterna skall upprätta en *blandad kommitté* med representanter för vardera parten.<sup>15</sup>

Kommittén har till uppgift att övervaka avtalets rätta tillämpning. I detta syfte skall kommittén utfärda rekommendationer och undantagsvis även fatta beslut. Eventuella ställningstaganden skall vara enhälliga (art. 30).

<sup>15</sup> Kommittén antog vid sitt första sammanträde en arbetsordning, som närmare reglerar kommitténs sammansättning och arbetsvillkor. Arbetsordningen har återgivits i Sverige-EG 1973, informationsskrift från utrikes- och handelsdepartementen (Sthlm 1974) s. 45.

Kommittén kan inte fristående från parternas synpunkter fastlägga hur enskilda bestämmelser i avtalet skall tolkas. Kommittén kommer därför inte att fylla den funktion, som gemenskapsdomstolen (GD) fyller vid tolkning av RomF (art. 164). Det förefaller därför mindre troligt, att kommittén kan undanröja tvister om tolkning av frihandelsavtalet när verklig oenighet föreligger. I brist på överenskommelse är parterna hänvisade till den maktdemonstration, som ligger i möjligheten att vidta skyddsåtgärder.

Sverige föreslog i sitt memorandum av september 1971 en lösning av överstatlig karaktär. Enligt förslaget var Sverige berett att godkänna, att kommissionens enligt RomF vidsträckta övervakningsbefogenheter utsträcktes till det svenska territoriet. Besvär över kommissionsbeslut skulle kunna hänskjutas till en av parterna utsedd *skiljedomstol*, vilken i tolkningsfrågor skulle vara "underställd" GD på samma sätt som medlemsstaternas domstolar.

Denna möjlighet till skiljeförfarande avvisades bestämt av gemenskapen under förhandlingarna. Detta faktum utesluter i och för sig inte att parterna framöver skulle kunna träffa överenskommelse i det enskilda fallet om att hänskjuta en dispyt till en för tillfället inrättad skiljedomstol. Det förefaller emellertid inte särskilt troligt att gemenskapen, mot bakgrund av sina kategoriska uttalanden under förhandlingarna, i praktiken skulle gå med på en sådan lösning.<sup>16</sup>

I olika sammanhang har tanken på att föra tolkningstvister i anledning av frihandelsavtalet till den Internationella Domstolen i Haag framkastats. Genomgående har emellertid denna möjlighet avvisats som orealistisk. Beträffande avtalet mellan Sverige och EEC torde tanken vara utesluten redan av den anledningen, att en internationell organisation ingår som part i avtalet. Haagdomstolen upptar enligt sina statuter (art. 34) endast tvister mellan enskilda stater till behandling.<sup>17</sup> Det är möjligt att förhållandena enligt avtalet med CECA skall bedömas annorlunda eftersom även de enskilda med-

<sup>16</sup> Se *Hollenweger, P.*, Institutionelle und völkerrechtliche Aspekte des Freihandelsabkommens Schweiz—EWG, SJB XXIX s. 91 och s. 101.

<sup>17</sup> Se *Grahl-Madsen, A.*, Handelsavtalene mellom EF og seks EFTA-stater (Bergen 1973) s. 15; *Bernitz, U.*, Om statliga handelsmonopol i EG och enligt frihandelsavtalen, TfR 1973 s. 515 - 537, spec. s. 535 f.; *Gundersen, F.F.*, Statlige handelsmonopoler og EF (Oslo) s. 94.

lemsstaterna i EG ingår som parter i detta avtal. I praktiken är det dock inte troligt att frågor enligt detta avtal kommer att hänskjutas till Haagdomstolen.

Huruvida FriH:s regler är en del av den interna rättsordningen berörs mera ingående under p. III:3 nedan. Även bortsett från denna aspekt är det klart att tolkningen av frihandelsavtalet och enskilda regler däri kan bli föremål för prövning i nationell domstol eller gemenskapsdomstolen. GD har för sin del klargjort, att domstolen är behörig att tolka innehållet i gemenskapens internationella överenskommelser.<sup>18</sup> Svenska domstolar är på samma sätt behöriga att bedöma inbörden av Sveriges folkrättsliga åtaganden vid fastställandet av det interna rättsläget. Ensidiga bedömningar av denna typ är ej bindande för motparten.

## 2. Hur skall frihandelsavtalets konkurrensregler tolkas?

Konkurrensreglerna kan tolkas enligt olika metoder som ger olika resultat i praktiken. Frågan är därför i vilken utsträckning fasta normer för tolkning av bestämmelserna kan preciseras. Vägledning torde härvid främst kunna hämtas ur Wienkonventionen om traktaträtten,<sup>19</sup> låt vara att denna konvention inte har avseende på avtalsförhållanden där en internationell organisation ingår som part.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> I mål 12-24/72 *International Fruit*, Rec. 1972 s. 1219 ff. och mål 9/73 *Carl Schlüter* (1973) ECR s. 1135 ff. fastslogs att GD ägde tolka GATT-överenskommelsens betydelse i intern gemenskapsrätt. I mål 40/72 *Schröder* (1973) ECR s. 125 ff., mål 181/73 *Haegeman* (1974) ECR s. 449 ff. (motiv 3) och framför allt mål 87/75 *Bresciani* (1976) ECR s. 129 ff. konstaterades att GD ägde befogenhet att för gemenskapens räkning tolka de internationella associationsavtal i vilka gemenskapen ingår som part. Se utförligare bilaga A nedan. Se även generaladvokat Mayras konklusioner i *International Fruit*-ärendet, spec. s. 1235.

<sup>19</sup> Se prop. 1974:158 angående godkännande av Wienkonventionen om traktaträtten.

<sup>20</sup> Se *Annuaire de l'Institut de Droit International* 1973 s. 797. Resolution adopted and Recommendations made by the Institute at its Centenary Session, Rome 5 - 15 September 1973. I resolutionens första artikel sägs att Wienkonventionens bestämmelser i princip också bör vara tillämpliga på avtal där internationella organisationer är parter. Jfr. *Arioli, S.*, *Das zwischenstaatliche Kartell- und Wettbewerbsrecht gemäss Art. 23 ff des Freihandelsabkommens*, *Zeitschrift Handelskammer Deutschland-Schweiz* 1973 s. 695 - 698, spec. s. 695 f.

Enligt konventionens art. 31 skall en traktat tolkas i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrund av traktatens ändamål och syfte. Hänsyn skall tas till avtalstext och bilagor, kompletterande överenskommelser och ensidiga dokument, som godtagits av motparten. Som supplementära tolkningsmedel anger Wienkonventionen i art. 32 möjligheterna att åberopa förarbeten och omständigheter vid ingåendet av överenskommelsen.

**Avtalets ändamål och syfte.** Avtalets konkurrensregler skall sättas i sitt sammanhang vid en bedömning av normernas materiella innehåll. Det faktum att art. 23 ingår som ett led i ett frihandelsavtal med begränsade mål har ansetts minska dess räckvidd jämfört med motsvarande regler i RomF.<sup>21</sup>

*Formellt* kan invändningar riktas mot detta resonemang. RomF syftar enligt sin målparagraf (art. 2) till att främja den ekonomiska verksamheten, en fortgående expansion, ökad stabilitet, snabbare höjning av levnadsstandarden samt närmare förbindelser mellan medlemsstaterna. Kort sagt: ekonomisk tillväxt. Enligt FriH (preamble och art. 1) skall de ekonomiska förbindelserna utvecklas i syfte att uppnå förbättrade levnads- och sysselsättningsvillkor, ökning av produktiviteten och den finansiella stabiliteten samt bidra till en harmonisk utveckling av världshandeln. Dessa i huvudsak likartade allmänna målformuleringar ger knappast anledning till en skiljaktig tolkning av RomF:s och FriH:s konkurrensregler.

En formell textanalys är dock knappast avgörande. RomF:s mål hade med största sannolikhet formulerats på ett annat sätt idag. Vid toppmötet i Paris 1972 konstaterade medlemsstaternas representanter att ekonomisk expansion inte är ett mål i sig och även GD tar andra regler i RomF än art. 2 till utgångspunkt vid fastställandet av

<sup>21</sup> Se Arioli, not 20, s. 696; Bernitz, not 17, s. 534; *Danelius, H.*, Sveriges avtal med de europeiska gemenskaperna – juridiska aspekter, SvJT 1973 s. 97 - 114, spec. s. 106; *Homburger, E.*, Zur International-kartellrechtlichen Situation der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung des Freihandelsvertrages mit der EWG, SJZ 1972 s. 340; *Stenberg, H.*, EEC:s konkurrensbegränsningsrätt och Sverige, NIR 1973 s. 168 - 180, spec. s. 178.

gemenskapens mål.<sup>22</sup> Det torde därför inte längre vara möjligt att dra klara skiljelinjer mellan mål och medel i RomF. Hänsyn måste tas till att RomF inte enbart syftar till fria varurörelser. Därtill skall en gemensam yttre handelspolitik inrättas och hindren för fri etablering, fri rörlighet för arbetskraft, tjänster och kapital undanröjas. Vidare skall t.ex. en gemensam jordbruks- och transportpolitik tillskapas samtidigt som nationell lagstiftning och ekonomisk politik successivt samordnas. I vilken utsträckning dessa intressen skall karakteriseras som mål eller medel kan diskuteras.

Frågan är emellertid om dessa skillnader mellan RomF och FriH – oberoende av hur de karakteriseras – skall leda till en olikartad tolkning av de i huvudsak likartade konkurrensbestämmelserna. Det bör hållas i minnet, att ett huvudsyfte med RomF:s konkurrensregler är att förhindra, att enskilda företag ersätter de avvecklade nationella barriärerna med nya hinder. Detta primära *skyddsintresse* är det samma i FriH. Skillnaden i integrationsnivå kan därför inte från denna utgångspunkt motivera en olikartad tolkning av bestämmelserna.<sup>23</sup>

Ytterligare en aspekt måste dock framhåvas. I den praktiska tillämpningen har gemenskapen gått längre än till att bara skydda de fria varurörelserna. En fri och obunden konkurrens eftersträvas, utan speciell koppling till de fria varurörelserna. Sålunda anförde kommissionen i den första årsredogörelsen för utvecklingen av EG:s konkurrensrätt (1972 s. 11):

”Competition is the best stimulant of economic activity since it guarantees the widest possible freedom of action to all. An active competition policy pursued in accordance with the provisions of the Treaties establishing the Communities makes it easier for the supply and demand structures continually to adjust to technological development. Through the interplay of decentralized decision-making machinery, competition enables enterprises continuously to improve their efficiency, which is the *sine qua non* for a steady improvement

<sup>22</sup> Toppmötets deklARATION p. 3, se Sixth general report on the Activities of the Communities (1972) s. 8. GD åberopar för sin del bl.a. art. 3 i fördraget som grundläggande för samarbetet i en rad ärenden. Se t.ex. mål 6/72 Continental Can, (1974) ECR s. 223 ff. Genom denna koppling till art. 3 berörs en stor del av RomF:s intressen.

<sup>23</sup> Jfr. Koppensteiner, not 14, s. 402 och *Küchler, R.*, Gewerbliche Schutzrechte und Freihandelsvertrag Schweiz–EWG, ZSR 1975 s. 178 - 179.

in living standards and employment prospects within the countries of the Community. From this point of view, competition policy is an essential means for satisfying to a great extent the individual and collective needs of our society”.

I denna del förefaller det som om gemenskapen med sina konkurrensregler trots allt uppställer mål utöver vad som kan anses ligga inom ramen för frihandelssamarbetet. Helt säker är emellertid inte denna bedömning. FriH syftar inte enbart till att undanröja handelshindren utan även till att främja den ekonomiska utvecklingen i respektive parts område. I detta omfattande mål ligger med stöd av art. 23 även en allmänt effektiv konkurrenspolitik. På sikt torde därför FriH:s regler lika väl som RomF:s kunna användas för att mer generellt påverka konkurrensen i frihandelsområdet.

**Ensidiga dokument.** Wienkonventionen anger i art. 31, att hänsyn skall tas jämväl till ensidiga dokument, som blivit godtagna av andra parten. Gemenskapen avgav i anslutning till förhandlingarna en tolkningsförklaring med följande innehåll:

”Europeiska ekonomiska gemenskapen förklarar att den, inom ramen för de avtalsslutande parternas självständiga tillämpning av artikel 23 punkt 1 i avtalet, kommer att grunda sin bedömning av de förfaranden som strider mot bestämmelserna i denna artikel på de kriterier som följer av tillämpningen av reglerna i artiklarna 85, 86, 90 och 92 i fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen.”

Detta ensidiga dokument har tillsammans med brevväxling mellan parterna fogats till avtalet efter slutakten. I den citerade förklaringen framhålls uttrycklingen, att tolkningen enligt gemenskapens uppfattning skall ske ”inom ramen för de avtalsslutande parternas självständiga tillämpning av art. 23...”. Av art. 33 och avtalets slutakt framgår dessutom, att förklaringen faller utanför avtalsmaterian. En normal tolkning leder därför till att förklaringen rimligen inte kan binda motparten.

Likväl är förklaringen omdiskuterad. Vissa författare vill i allt fall se den som ett indicium på att art. 23 skall tolkas i överensstämmelse med förebilderna i RomF. Själv anförde jag 1973,<sup>24</sup> att uppfattningen att Sverige inte skulle vara bundet av tolkningsförklaringen var

<sup>24</sup> Lidgard, H.H., Sverige – EEG och konkurrensen, SvJT 1974 s. 22.



tveksam. Sverige har inte – som Österrike<sup>25</sup> – riktat några invändningar mot förklaringen. Underförstått var, att den svenska tystnaden ev. kunde tolkas som ett konkludent godkännande av gemenskapens tolkning. I de följande årens diskussion såväl i Sverige som på kontinenten förefaller emellertid kommentatorerna ha enat sig om att *tolkningsförklaringen inte skapar någon bundenhet för EFTA-staternas vidkommande*.<sup>26</sup> Kommissionen har i ett svar på en fråga i EG-parlamentet deklarerat att "It is true that article 23 (1) of the EEC–Switzerland agreement must be applied by each party on the basis of its own law."<sup>27</sup> Denna kommentar tydliggör att inte heller gemenskapen anser EFTA-staterna bundna av gemenskapens tolkningsförklaring.

**Förarbeten m.m.** Subsidiärt kan enligt Wienkonventionens art. 32 hänsyn tas till förarbeten och andra omständigheter vid ingåendet av överenskommelsen. Några gemensamma officiella dokument från förhandlingarna existerar inte. Av de fortlöpande rapporter, som presenterats i det svenska handelsdepartementets informationsorgan, framgår inte att parterna närmare skulle ha diskuterat hur art. 23 borde tolkas.

Det framhålles ofta att art. 23 nära knyter an till förebilden i RomF och att detta skulle vara ett indicium på att samma tolkningsprinciper borde komma till användning för båda fördragen. Härtill kan dock tilläggas att art. 23 i samma utsträckning följer de föreskrifter som sedan 1960 funnits i EFTA-avtalet. Eftersom det rör sig om ett frihandelsamarbete förefaller det lika rimligt att ta EFTA:s normsystem till utgångspunkt vid tolkning av art. 23.

Sammantaget kan hävdas, att i den utsträckning frihandelsavtalets regler inte är alldeles klara – och i brist på konkretisering är detta ofta fallet – ger accepterade traktattolkningsregler föga vägledning. *Parterna står teoretiskt sett fria att hävda den uppfattning de önskar om hur förpliktelseerna skall tolkas.* Frihandelsavtalet kan inte anses innebära att Sverige indirekt blivit bundet av RomF:s regler vid

<sup>25</sup> Betr. den österrikiska förklaringen se *Öhlinger, T.*, Rechtsfragen des Freihandelsabkommens zwischen Österreich und der EWG, ZaöRV 1974 s. 675.

<sup>26</sup> Se Arioli, not 20, s. 696; Danelius, not 21, s. 105; *Schürmann, L.*, Zur neueren Entwicklung der Kartell- und Wettbewerbspolitik aus schweizerischen Sicht, Wirtschaft und Recht 1973 s. 99; Stenberg, not 21, s. 179.

<sup>27</sup> JO 75 C 209/15 p. 3.

bedömning av internationella konkurrensbegränsningar.

**Praktisk tolkning.** Den praktiska verkligheten blir mot denna "pliktlösa" bakgrund, att tolkningstvister ytterst avgöres genom hot om tillgrepp av skyddsåtgärder. Denna risk ger gemenskapen ett självklart överläge gentemot sina handelspartners i EFTA-staterna. Med sin ekonomiska styrka kan gemenskapen sannolikt utan större svårigheter genomdriva den tolkning man eftersträvar. Båda parter torde vara väl medvetna om dessa styrkerelationer och det förefaller därför mindre troligt, att en tolkningstvist kommer att drivas till sin spets i den blandade kommittén. Ytterligare ett skäl härtill är, att det i förarbetena till den svenska ratificeringen av frihandelsavtalet uttalades, att en tolkning i överensstämmelse med praxis i gemenskapen inte möter hinder för vårt vidkommande. Tvärtom visar tillämpningen av RomF:s konkurrensbegränsningsregler, "att gemenskapens grundsyn på konkurrensbegränsningar i allt väsentligt överensstämmer med svensk rättsuppfattning... Förklaringen (dvs gemenskapens ovan berörda tolkningsförklaring) har också för Sverige en positiv innebörd på det sättet att avtalets generella regel om karteller nyanseras genom anknytningen till Romfördraget."<sup>28</sup> Detta uttalande tyder på att Sverige i praktiken – vare sig tvång föreligger härtill eller inte – kommer att acceptera en tolkning av art. 23, som överensstämmer med praxis i anslutning till RomF. Departementschefens uttalande bör också kunna ses som en anvisning till svenska myndigheter om att lagharmoni föreligger mellan svensk rätt och gemenskapsrätt – en tanke som det finns anledning att närmare överväga vid bedömning av normernas materiella innehåll.

Som ytterligare skäl för den svenska inställningen anfördes att "Det är naturligt att EEC önskar tolka regler med likartat innehåll på ett konsekvent sätt."<sup>29</sup> Mot en sådan uppfattning har det anförts, att den leder till en framtida bundenhet till gemenskapsutvecklingen, utan att möjlighet erbjuds att påverka densamma.<sup>30</sup> Hans Stenberg menar att bestämmelserna inte utgör en nödvändig enhet och att det är väsentligt att frigöra sig från inställningen att det är

<sup>28</sup> Prop. 1972:135 s. 50.

<sup>29</sup> Prop. 1972:135 s. 50. Se även Danelius, not 21, s. 106 och Bernitz, not 17, s. 533 f.

<sup>30</sup> *Rigault, D.*, La Norvège et la Communauté Européenne, *Revue du Marché Commun* 1973 s. 294 - 299, spec. s. 298.

*naturligt* att reglerna skall tolkas likartat.<sup>31</sup> Mot sistnämnda uppfattningar skulle jag vilja rikta invändningar. Eftersom överensstämmelse finns mellan parterna om konkurrenslagstiftningens mål och medel har inställningen i förarbetena en positiv effekt. Härigenom preciseras innebörden i art. 23 på ett avgörande sätt. Den likartade tolkningen ger dessutom en möjlighet till ett förenhetligande av det internationella konkurrenssystemet i Europa. Sett från myndigheternas sida kan en samordning bli av värde i framtiden, samtidigt som företagen och rättssäkerheten gynnas av en enhetlig tolkningspraxis. Det rättssystem som kommer till användning är beprövat och känt och dessutom är redan tidigare en stor del av de internationellt verksamma företagen direkt underkastade reglerna i gemenskapen.

Det kan således fastslås, att även om FriH folkrättsligt sett inte nödvändigtvis behöver tolkas som RomF finns det goda skäl att utgå ifrån att så likväl blir fallet i praktiken. Detta är sannolikt en fördel för såväl svenska myndigheter som enskilda företag. För den fortsatta framställningen kommer därför arbetshypotesen att vara, att frihandelsavtalets konkurrensregler i praktiken skall tolkas och tillämpas i överensstämmelse med de rättsliga principer, som utvecklats i anslutning till RomF:s artiklar 85, 86, 90 och 92.

### 3. Äger frihandelsavtalets bestämmelser direkt effekt?

Den viktigaste skillnaden mellan RomF:s och EFTA-avtalets konkurrensregler ligger i den verkan reglerna får för enskilda rättssubjekt. RomF:s föreskrifter (art. 85 - 86) vänder sig direkt till enskilda medan EFTA-avtalet blott anses skapa en folkrättslig förpliktelse för avtalets parter att genom interna föreskrifter tillse att förpliktelserna följs. Frågan är om Sveriges frihandelsavtal med EEC skall jämföras med RomF eller EFTA-avtalet i detta avseende.

**Parternas uttalanden i anslutning till förhandlingarna.** I anslutning till förhandlingarna har parterna inte givit några indikationer på vilken genomslagskraft FriH avsågs erhålla internt. Anledningen torde vara att denna fråga avgörs av respektive part enligt egna rättsprin-

<sup>31</sup> Stenberg, se not 21, s. 180.

ciper. I den svenska propositionen till FriH angavs, att "Konkurrensreglerna är tillämpliga på avtalsparterna, dvs Sverige som stat och gemenskapen som organisation. Enskilda rättssubjekt kan således inte själva väcka talan eller ställas till ansvar under åberopande av bestämmelserna. Det ankommer på svenska staten respektive vederbörande organ inom EEC att tillse att reglerna följs."<sup>32</sup> Kommissionen uttalade sig för sin del på ett sätt som nära överensstämmer med de formuleringar som finns i den svenska propositionen.<sup>33</sup> I anslutning till kommissionens andra årsredogörelse för utvecklingen av EG:s konkurrensrätt upprepades ställningstagandet i allt väsentligt.<sup>34</sup> En nyansskillnad finns dock mellan de båda uttalandena. I det första sägs uttryckligen att konkurrensreglerna saknar direkt effekt, medan frågan närmast synes ha lämnats öppen i det andra. I ett senare svar på en parlamentsfråga förefaller kommissionen hävda, att frågan beror på respektive nationella lags utformning.<sup>35</sup>

I den svenska debatten har denna centrala fråga inte blivit mer ingående belyst. Stenberg avstod uttryckligen från att ta upp proble-

<sup>32</sup> Prop. 1972:135 s. 21. På s. 55 i prop. upprepas ställningstagandet i följande ordalag: "Dessa avtalsregler blir direkt gällande endast för avtalsparterna, dvs Sverige som stat och gemenskapen som organisation. Reglerna är således inte omedelbart tillämpliga på enskilda företag."

<sup>33</sup> Accords avec les pays de l'Association européenne de libre échange non candidats à l'adhésion aux Communautés, Bulletin 1972:9 s. 11- 22. "Par contre, sur le plan de la mise en œuvre des ces règles, et en l'absence d'un organe unique qui aurait la charge de les appliquer, chacune des parties à l'accord doit, de façon autonome, assurer le respect de ces dispositions. L'infraction à ces règles – qui à l'inverse de disposition du traité CEE, ne sont pas directement applicables aux entreprises et ne sont pas sanctionnées notamment par la nullité – donnera lieu, le cas échéant, à l'application de mesures de sauvegarde par la partie contractante qui s'estimerait lésée par une telle infraction." S. 19 (kursiv tillfogad här).

<sup>34</sup> Second report on competition policy, 1973, s. 17. "It should be noted that, as appropriate, the competition rules of the Treaties of Rome and Paris and the corresponding clauses in the Agreements could be applied together. This does not mean, however, that the competition rules are directly applicable to the firms within the free-trade agreement framework."

<sup>35</sup> JO 75 C 209/15. "It is true that Article 23 (1) of the EEC – Switzerland Agreement must be applied by each party on the basis of its own law..."

met i NIR.<sup>36</sup> Danelius anslöt sig utan att fördjupa frågan till propositionens uppfattning.<sup>37</sup> Att debatten i Sverige på denna punkt inte varit särskilt utförlig är naturligt mot bakgrund av att frågan i vårt "dualistiskt" inspirerade rättssystem sällan aktualiseras i praktiken. Desto mera har problemet diskuterats av författare från vissa andra länder inom frihandelsområdet. Någon enhetlig inställning till huruvida art. 23 har en direkt effekt eller inte har dock inte utbildats. Bland andra har Blok i Danmark, Deringer i Västtyskland och Koppensteiner i Österrike besvarat frågan nekande. Andra författare åter – Bechtold i Västtyskland, Hunnings i Storbritannien och Waelbroeck i Belgien – intar en förmedlande uppfattning eller anser att konkurrensbegränsningsreglerna har en direkt effekt.<sup>38</sup>

Frågan är omfattande och tränger djupt in i nationell rättspraxis. En närmare analys görs i bifogade artikel om "De nordiska EEC-avtalens förhållande till intern rätt" (bil. A nedan). Huvuddragen i uppsatsen kan sammanfattas på följande sätt:

Tre frågor står i förgrunden:

- a) Hur införlivas den internationella normen i den interna rättsordningen?
- b) Vilken effekt får en införlivad bestämmelse?
- c) Vad händer vid konflikt mellan den införlivade bestämmelsen och en nationell rättsregel?

**Införlivandet.** En första förutsättning för att en internationell rättsregel skall kunna tillämpas internt är att den införlivats i den nationella rättsordningen. I *EG* anses att de internationella överens-

<sup>36</sup> Stenberg, not 21, s. 178.

<sup>37</sup> Danelius, not 21, s. 101 - 102.

<sup>38</sup> *Bechtold, R.*, Zur Bedeutung der Wettbewerbsregeln in den Assoziierungsabkommen der EWG mit Drittstaaten, RIW/AWD 1975 s. 469 - 471; *Blok, P.*, Immaterialrettighederne og den fri varecirkulation inden for EF, NIR 1975 s. 429 - 472, spec.s. 468 - 472; *Deringer, A.*, Das deutsche Kartell- und Wettbewerbsrecht, die Grundzüge des EWG-Kartell- und Wettbewerbsrechts und seine Abgrenzung zu Art. 23 des Freihandelsabkommens, Zeitschrift der Handelskammer Deutschland – Schweiz 1973 s. 685 - 689; *Hunings, N.M.*, Antitrust Rules in the EEC-EFTA Area, New Law Journal 1974 s. 641 - 642; *Koppensteiner*, not 14, s. 398; *Waelbroeck, M.*, L'effet direct de l'Accord relatif aux échanges commerciaux, du 22 Juillet 1972, entre la Communauté économique européenne et la Confédération Suisse, SJB XXIX s. 113 - 132.

kommelser, som binder gemenskapen folkrättsligt, omedelbart utgör en del av EG:s interna rättsordning. Utöver själva avslutandet av traktaten krävs således ingen särskild rättsakt för att bestämmelserna skall gälla internt. FriH är en för EG bindande internationell överenskommelse.

*I Sverige härskar ett annat synsätt. Under större delen av 1900-talet har det varit en allmänt hyllad uppfattning, att internationella avtal måste införlivas genom en särskild statsrättslig akt.<sup>39</sup> Vid införlivandet kan antingen inkorporations- eller transformationsmetoden användas. Sveriges frihandelsavtal med EEC har dels publicerats i Sveriges överenskommelser med främmande makter, dels intagits i Svensk Författningssamling i kungörelseform.<sup>40</sup> Genom publiceringen i SFS har FriH införlivats i den svenska rättsordningen och avtalet kan därför i princip åberopas av enskilda inför nationella myndigheter.*

**Verkan av det införlivade avtalet.** Att ett införlivande ägt rum innebär inte omedelbart, att alla bestämmelser i avtalet ger upphov till rättigheter och/eller skyldigheter för enskilda. Det är först nödvändigt att avskilja avtalets allmänna statsförpliktelser — som endast avser förhållandet mellan parterna — från normer, som enligt sitt innehåll kan beröra enskilda. Endast de senare kan ha direkt effekt.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Se NJA 1973 s. 423, där HD uttalade: "Även om Sverige biträtt en internationell överenskommelse, gäller den ej direkt för den inomstatliga rättstillämpningen." Samma mening kom till uttryck i Regeringsrätten (Regeringsrättens Årsbok 1974 s. 121): "En av Sverige tillträdd internationell överenskommelse gäller ej direkt för den inomstatliga rättstillämpningen i vårt land, utan de rättsliga principer, som kommit till uttryck i överenskommelsen, måste för att bli gällande rätt i vårt land, i den mån så erfordras, upptagas i motsvarande lag (transformering)." Arbetsdomstolen yttrade (AD:s domar 1972 nr 5 s. 91) att, "Vad särskilt angår tidigare berörda bestämmelser i internationella överenskommelser, är det i vårt land en vedertagen uppfattning, att sådana bestämmelser — i den mån de inte redan har motsvarighet i vår lagstiftning eller sedvanderätt — inte utan förmedling av lagstiftning blir gällande svensk rätt. De kan emellertid belysa innebörden av här stiftade lagar, vilka får antagas stå i överensstämmelse med vårt lands internationella åtaganden."

<sup>40</sup> SFS 1972:698, Kungl. Majt:s kungörelse om avtalet mellan Sverige och Europeiska ekonomiska gemenskapen.

<sup>41</sup> Betr. begreppsdefinitioner se bil. A nedan.

I *gemenskapen* måste frågan om FriH:s direkta effekt avgöras mot bakgrund av avtalets anda och struktur samt ordalydelsen av den enskilda bestämmelsen. I sistnämnda hänseende har fastslagits, att bestämmelsen skall vara klar och entydig och inte förutsätta efterkommande tillämpningsföreskrifter för att vara operativ.<sup>42</sup>

FriH:s *begrepp och bestämmelsernas ordalydelse* stämmer ofta nära överens med motsvarande bestämmelser i RomF. Ett stort antal av dessa förebilder i RomF har av GD ansetts äga direkt effekt.

Beträffande *avtalets struktur* ansluter FriH sig i huvudsak till den del av RomF, som föreskriver fria varurörelser mellan medlemsstaterna. Att RomF härutöver innehåller andra regler, torde som framhållits inte ändra på bedömningen av den direkta effekten i FriH. Även från en strukturell utgångspunkt finns det således anledning anta, att FriH:s regler kan erhålla direkt effekt.

Särskilt studium erfordrar *avtalets anda*. GD har i anslutning till GATT-avtalet, som antagits vara bindande för gemenskapen, klargjort, att åtminstone vissa av bestämmelserna häri inte äger direkt effekt internt. Skälet härför är i korthet, att GATT-avtalet ger möjligheter till många och föga preciserade undantag från åtagandena och saknar ett auktoritativt institutionellt system. Sett mot bakgrund av GD:s överväganden i GATT-målen bör inte heller FriH erhålla direkt effekt i gemenskapsrätten eftersom samma svagheter vidlåder detta.

Nyligen har emellertid ett rättsfall tillkommit, det s.k. Bresciani-målet,<sup>43</sup> som ger anledning att modifiera bedömningen. I detta fall, som gällde tillämpningen av 1969 års Yaoundékonvention, uttalade GD, att konventionens bestämmelser om avgifter med motsvarande verkan som tullar, har en direkt effekt i EG-rätten. Domstolen underströk, att det faktum, att konventionen inte medför ömsesidiga förpliktelser för parterna, inte förhindrar bestämmelsernas direkta effekt. Motivet är oklart. Menar GD, att den direkta effekten kan uppkomma just därför att det är ett *ensidigt* avtal – vilket förefaller att vara generaladvokatens uppfattning – har rättsfallet begränsad betydelse för FriH:s vidkommande. Frågan kvarstår nämligen då hur GD ser på ett avtal med *ömsesidiga* förpliktelser; till denna kategori

<sup>42</sup> Se vidare bil. A nedan.

<sup>43</sup> Mål 87/75 Bresciani, (1976) ECR s. 129.

hör EEC:s avtal med EFTA-staterna — möjligen med undantag för avtalen med Island och Portugal. Motiven kan emellertid tolkas på ett annat sätt. Avgörande kan vara huruvida motparten *tillämpar* bestämmelsen på ett ömsesidigt sätt. Denna tolkning, som överensstämmer med GD:s formuleringar, öppnar möjligheter att diskutera FriH:s direkta effekt. I denna situation är det troligt att domstolen med sin "internationalistiska" inställning accepterar den direkta effekten i hopp om att därigenom kunna påverka behandlingen i EFTA-länderna.

Ett ytterligare argument för att FriH:s regler, till skillnad från GATT-stadgans bestämmelser, skall förlänas direkt effekt är den gemenskapsinterna behandlingen av avtalet. FriH är ingånget på basis av RomF:s art. 113 och publicerat i förordningsform. Det utgör således ett led i gemenskapens handelspolitik. Det finns inte anledning att göra skillnad mellan olika förordningar. De är alla omedelbart tillämpliga enl. art. 189. De bestämmelser i förordningarna som är klara och förbehållslösa äger direkt effekt. Detta argument tyder på att klara regler i FriH bör kunna erhålla direkt effekt i gemenskapen.<sup>44</sup>

*Den direkta effekten i Sverige* har understundom ansetts förutsätta, att bestämmelsen är klar till sitt innehåll och har enskilda som adressat.<sup>45</sup> Definitionen har emellertid aldrig blivit ställd på sin spets i ett konkret ärende. Det speciella kravet, att den enskilde skall framstå som bestämmelsens adressat, måste ifrågasättas mot bakgrund av internationella förebilder. Det torde inte vara nödvändigt att den enskilde är utpekad för att han skall kunna grunda *rättigheter* på en bestämmelse, som bygger på en internationell överenskommelse. Däremot torde det i överensstämmelse med legalitetsprincipen sannolikt få förutsättas, att adressaten är tydligt angiven för att en bestämmelse skall kunna grunda *skyldigheter* för enskilda.

**Företrädesfrågan.** Godkännes resonemanget om FriH:s införlivande och dess direkta effekt, kvarstår frågan vad som händer vid konflikt mellan FriH och interna regler.

<sup>44</sup> De bestämmelser i FriH som sålunda bör äga direkt effekt är i första hand de negativa handlingsförpliktelseerna — dvs föreskrifter om skyldighet att avstå från att vidtaga viss åtgärd. Även positiva handlingsförpliktelser anses numera kunna ha en direkt effekt. Se vidare bil. A nedan.

<sup>45</sup> Jfr. SOU 1974:100 s. 87.



*I EG* har gemenskapsnormernas företrädare framför medlemsstaternas rättsordningar vid upprepade tillfällen fastställts. Detta företrädare gäller såväl RomF som den sekundära EG-rätten.

I överensstämmelse härmed bör FriH, som en del av gemenskapsrätten, erhålla företrädare vid konflikt med regler i den nationella rättsordningen. Vidare förefaller det klart att FriH, som en för EG bindande internationell överenskommelse, skall ges företrädare framför sekundära gemenskapsregler. Huruvida avtalet även skall erhålla företrädare framför bestämmelser i RomF torde vara kontroversiellt. Enligt min mening skulle det dock vara i strid med GD:s i övrigt "internationalistiska" hållning om domstolen fann argument för att låta den internationella överenskommelsen vika vid konflikt med RomF. Tvärtom förefaller det naturligt att GD i dessa yttre relationer anlägger samma principiella resonemang som redovisats för förhållandet mellan gemenskapsrätt och nationell rätt.<sup>46</sup> Till yttermera visso stadgas i RomF, att en kontroll av den internationella överenskommelsens förenlighet med RomF kan göras *innan* förpliktelsen accepteras av gemenskapen (art. 228). Tanken bakom denna bestämmelse är att ev. konfliktrisker i förväg skall kunna undanröjas. Bestämmelsen omfattar såväl RomF som den sekundära gemenskapsrätten. Det förefaller inte rimligt, om denna procedur försummas, att RomF likväl skall ges företrädare vid konflikt.

*I Sverige* har spørgsmålet inte haft samma aktualitet eftersom konflikter normalt undviks redan på lagstiftningsplanet. För FriH, som är inkorporerat i sin helhet, kan dock problem uppstå. En bestämmelse i det genom kungörelse införlivade avtalet kan komma i konflikt med en "intern" rättsregel. Principen är härvid, att yngre regler skall ges företrädare framför äldre. Denna huvudregel bör emellertid enligt min uppfattning begränsas så, att hänsyn tas till bestämmelsernas inbördes dignitet. Enligt den nya Regeringsformen skall lag endast kunna ändras genom lag (8 kap. 17§). Den regeln är en kodifiering av äldre uppfattning och FriH bör därför vika vid konflikt med författningar som Riksdagen står bakom.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Jfr. Waelbroeck, not 38 s. 117.

<sup>47</sup> Slutresultatet av anförda överväganden kan jämföras med det resultat, som skulle ha uppnåtts om FriH inte ansetts omedelbart tillämpligt i den svenska rättsordningen. Svensk lagstiftning skulle då i största möjliga utsträckning ha tolkats i överensstämmelse med de förpliktelser som Sverige

**Konkurrensreglernas direkta effekt.** FriH anger att konkurrens-snedvridande överenskommelser, missbruk av dominerande ställning och snedvridande stödåtgärder är oförenliga med avtalets rätta tillämpning i den mån samhandeln påverkas. Frågan är om dessa regler skall inrymmas bland de bestämmelser i avtalet, som kan anses ha en direkt effekt eller om det blott är en förpliktelse riktad till parterna.

Som framgått tidigare, kan art. 23 inte påstås vara en entydig och i alla delar klar bestämmelse. Det är först genom en ev. koppling till RomF via gemenskapens tolkningsförklaring som bestämmelsens närmare innebörd klarnar. En kvarvarande skillnad mellan de två överenskommelserna är att RomF (art. 85-86) *förbjuder* konkurrensbegränsningar medan FriH endast förklarar dem som *oförenliga* med avtalets rätta tillämpning. Denna skillnad mellan de två avtalen kan dock knappast ensam vara avgörande för bedömningen av den direkta effekten.<sup>48</sup> Waelbroeck menar, att den brist som vidlåder FriH i denna del elimineras vid en tolkning av art. 23 mot bakgrund av art. 22. Enligt art. 22 skall parterna avstå från åtgärder, som kan förhindra förverkligandet av avtalets syften. Denna bestämmelse torde även rikta sig till de nationella domstolarna. Föres till domstol t.ex. en begäran om fullgörelse av ett avtal, som strider mot art. 23, kan domstolen enligt Waelbroeck endast avslå denna begäran.<sup>49</sup>

påtagit sig i FriH. Jfr. *Danelius, H.*, Mänskliga rättigheter (Sthlm 1975) s. 43 - 44. Den praktiska skillnaden mellan en sådan fördragskonform tolkning å ena sidan och ett accepterande av den införlivade rättsregelns direkta effekt utan krav på absolut företräde är högst begränsad.

<sup>48</sup> Jfr. Hunnings, not 38, s. 642.

<sup>49</sup> Se Waelbroeck, not 38, s. 128 - 129. W. gör en analogi till GD:s tillämpning av RomF:s art. 5:2 i mål 78/70 Deutsche Grammophon, Rec. XVII s. 487. W:s konklusion för Schweiz' vidkommande är att den direkta effekten inte är utesluten. Av hänsyn till GD:s behandling av en int. överensk. i International Fruit-målet är W. tveksam till om alls någon bestämmelse i frihandelsavtalet kan erhålla en direkt effekt i gemenskapsrätten. GD:s domslut kritiseras. (Jfr. Waelbroecks i huvudsak likartade artikel i JWTL 1974 s. 614 - 623 där kritiken är än tydligare). GD:s utslag i Bresciani-ärendet torde ha tillgodosett ev. kritiska aspekter. Det förefaller som om denna dom bör undanröja ovan redovisade invändningar mot att art. 23 kan ha en direkt effekt i gemenskapsrätten.

Av det föregående framgår att det visserligen inte kan uteslutas, men å andra sidan ingalunda är säkert, att konkurrensreglerna har en direkt effekt. För egen del menar jag att en helhetsbedömning av parternas intentioner, rättsreglernas utformning, konstruktionen med förhandlingar och skyddsåtgärder och kanske framför allt att avtalet inte som RomF kompletteras av regler av administrativ karaktär eller sanktionsregler, talar mot en direkt effekt för art. 23. Utan administrativa regler, som t.ex. möjliggör beslut om undantag från förbudet, blir bestämmelsen inte fullständig även om den knyts till principerna i RomF. Direkt effekt kan först uppkomma om parterna gemensamt beslutar att komplettera avtalet med erforderliga administrativa bestämmelser.<sup>50</sup>

<sup>50</sup> Även om den direkta effekten avvisas, kvarstår möjligheten att den folkrättsliga förpliktelsen – i överensstämmelse med de antydningar som görs i den svenska propositionen till FriH – kan komma att genomsyra svenska domstolars och andra myndigheters tolkning av gällande svensk konkurrensbegränsningslagstiftning. En sådan lösning undanröjer huvudsakligen det praktiska intresset av att förläna art. 23 en direkt effekt.

## IV. MATERIELLT INNEHÅLL

Artikel 23 förklarar tre typer av förfaranden oförenliga med avtalets rätta tillämpning när handeln mellan Sverige och EG påverkas:

- 1) Konkurrensbegränsande överenskommelser
- 2) Missbruk av dominerande ställning
- 3) Förvanskande offentliga stödåtgärder.

I föregående avsnitt har fastslagits, att avtalet skall tolkas mot bakgrund av rättsutvecklingen i gemenskapen. I överensstämmelse härmed kommer det materiella innehållet i art. 23 att närmare presenteras. Det är emellertid en omfattande materia som härvid berörs. I bifogade separata uppsatser har behandlingen av missbruk av marknadsdominerande ställning närmare belysts. I manuskriptform föreligger en genomgång av RomF:s förbud mot konkurrensbegränsande överenskommelser vilken jag senare avser att publicera. Mycket finns vidare att säga om gemenskapens inställning till offentliga stödåtgärder. Här kan endast en kortfattad sammanställning av huvuddragen i gemenskapsrätten göras. Intresset kommer i första hand att riktas mot den praxis som kan ha betydelse för FriH:s bestämmelser. Tonvikten läggs på konkurrensbegränsningar utförda av enskilda företag. Offentliga stödåtgärder berörs däremot inte.

### 1. Oförenliga med detta avtals störningsfria tillämpning

De förfaranden som närmare preciseras i art. 23 och som påverkar samhandeln mellan Sverige och gemenskapen förklaras för oförenliga med avtalet. Oförenlighetskonstruktionen markerar primärt att bestämmelserna har en folkrättslig karaktär, vilket dock inte utesluter att de kan ha direkt effekt. Den valda formuleringen skiljer sig från uppbyggnaden i nationella rättssystem och avviker från RomF:s förbudsstadganden i art. 85 och 86. Bestämmelsen är varken civilrättslig (ogiltighet) eller offentligrättsligt (böter) sanktionerad. Vid överträdelse förutses blott handelspolitiska skyddsåtgärder i form av t.ex. återtagande av gjorda medgivanden. Bestämmelsen kan i denna del jämföras med motsvarande stadgande i EFTA-avtalets art. 15,

vari utsägs att "följande affärsmetoder äro oförenliga med denna konvention..."

Bestämmelsen riktar sig i första hand till avtalsparterna — dvs Sverige som stat och gemenskapen som organisation. Parterna skall ingripa mot påtalade överträdelser från enskilda företag med stöd av den nationella lagstiftningen. Ett krav är således att den interna rätten bringas i samklang med den folkrättsliga förpliktelsen.

*För svenskt vidkommande* kan konstateras, att KBL efter 1956 års lagrevision inte överensstämmer med RomF eller FriH. 1953 års version av KBL hade däremot en med överenskommelserna likartad inriktning — även om principiella skillnader förelåg mellan den svenska missbruksprincipen och RomF:s förbudsstadgande. Lagrevisionen inskränkte inte, utan vidgade KBL:s tillämpningsområde. Den nu gällande lagens huvudstadgande (art. 5) har karaktär av generalklausul och lagen kan i princip användas mot varje konkurrensbegränsning, som får skadlig verkan. Enligt § 6 får lagen tillämpas även på förhållanden utom riket. Ingrepp mot dylika konkurrensbegränsningar erfordrar emellertid regeringens tillstånd.

I samband med ratificeringen av FriH ansågs det endast nödvändigt att ändra i lagen (SFS 1956:245) om uppgiftsskyldighet rörande pris- och konkurrensförhållanden. Denna lag ändrades så, att myndigheter ägde avkräva företag upplysningar även rörande förhållanden utom riket. I allt väsentligt torde KBL ge möjlighet för Sverige att uppfylla sin folkrättsliga förpliktelse. Praxis i Sverige och EEC har dock på vissa punkter utvecklats i något skilda riktningar. Vid diskrepanser torde uttalanden i prop. 1972:135 angående FriH tala för att KBL skall tolkas i harmoni med RomF. I en konflikt-situation kan således en justering av svensk praxis förväntas, utan att detta behöver komma till uttryck i ny lagstiftning.<sup>51</sup> Det faktum att den svenska lagen saknar sanktionsmöjligheter för att tvinga företagen till efter rättelse, har i praktiken visat sig sakna betydelse.

<sup>51</sup> I Österrike genomfördes vid ratificeringen av FriH särskild lagstiftning av innebörd att företag förbjöds att handla i strid med art. 23. Se Öhlinger, not 25, s. 676. En förutsättning för registrering av en kartell är att densamma står i överensstämmelse med Österrikes folkrättsliga förpliktelse (§ 24:1 p. 6 i 1972 års Kartellgesetz) och särskilt frihandelsavtalet med EEC (§ 24:2).

Företagen har samverkat med myndigheterna och i allmänhet snabbt rättat sig efter beslut och direktiv. Denna följsamhet lär inte försämrans om de svenska frihandelsförpliktelserna berörs. Här fungerar risken för skyddsåtgärder, som kan drabba industrin, som ett ytterligare incitament.

*I gemenskapens interna rätt motsvarar RomF:s konkurrensregler förpliktelserna i FriH. FriH går inte längre än de krav som uppställs i artiklarna 85 - 92, men överenskommelserna har olika tillämpningsområden.*

Gemenskapen har antagit en förordning, som rör frihandelssamarbetet.<sup>52</sup> Denna tillämpningsförordning ger emellertid bara procedurregler och säger inget närmare om hur ingrepp skall kunna genomföras gentemot egna företag, som agerar i strid med FriH:s bestämmelser. RomF är endast tillämpligt när samhandeln i gemenskapen påverkas. Huruvida EG-myndigheterna dessutom äger möjlighet att ingripa när samhandeln mellan Sverige och gemenskapen påverkas är tveksamt.<sup>53</sup> Det kan hävdas att en sådan utvidgning av myndigheternas behörighet erfordrar en fördragsändring. Å andra sidan är det naturligt att eftersom fördraget ger kompetens att ingå internationella avtal medföljer automatiskt en kompetens att övervaka de internationella förpliktelsernas efterlevnad (s.k. "implied powers"). Förr eller senare lär gemenskapsmyndigheterna tvingas till ett ställningstagande i denna fråga. Det skall dock framhållas, att den sannolikt inte har någon större praktisk betydelse. Även i gemenskapen löses konkurrensfrågor ofta genom förhandlingar mellan berörda företag och kommissionen. Det finns ingen anledning att förmoda, att gemenskapsmyndigheterna skulle vara mindre framgångsrika förhandlare än sina kollegor i Sverige. Härtill kommer det faktum, att om handeln mellan Sverige och EG påverkas, är

<sup>52</sup> Förordning nr 2839/72 av den 19 december 1972, JO 73 L 300/186. Förordningen innebär att kommissionen yttrar sig över en påstådd begränsning från motparten ex officio eller på begäran av medlemsstat. När så är påkallat, föreslår kommissionen rådet skyddsåtgärder. Samma förfarande används när någon motpart hotar att tillgripa skyddsåtgärder gentemot gemenskapen. Normalt är detta ett rent internt gemenskapsförfarande. Deringer, not 38, s. 689, menar dock att inget hindrar att berörda tredjelandsföretag direkt till kommissionen eller via vanlig diplomatisk kanal meddelar sina synpunkter.

<sup>53</sup> Se Bechtold, not 38, s. 470 - 471 och Danelius, not 21, s. 104.

sannolikheten stor att även det interna samhandelskriteriet i gemenskapen är uppfyllt. Sätillvida kan överträdelse beivras med stöd av RomF:s art. 85 och 86.

*Ingrepp ex officio eller efter begäran.* Är förpliktelsen att ingripa mot en överträdelse automatisk eller inträder den först efter påpekanden från motparten? Från svensk sida har det hävdats, att avtalet inte bör tolkas så, att avtalsparterna är skyldiga att ta egna initiativ. Normalt finns det enligt denna mening inte anledning att ingripa förrän motparten påtalat konkurrensbegränsningen.<sup>54</sup> Detta motsvarar praxis i anslutning till EFTA-överenskommelsen.<sup>55</sup> I den mån det är osäkert hur begreppen i FriH skall tolkas, är departementschefens uttalande rimligt. Accepteras däremot anknytningen till gemenskapsrätten och framstår det som uppenbart att en konkurrensbegränsning strider med FriH:s syfte, är det mer i överensstämmelse med avtalets anda, att parterna självmant eftersträvar att deras egna rättssubjekt efterlever reglerna. Helt klart bör myndigheterna avstå från positivt stöd till företag, som agerar i strid med FriH. Sålunda bör gemenskapen inte kunna bevilja s.k. negativttest från förbuden i art. 85 och 86 om begränsningen rör frihandelsområdet. Vidare vore det ett brott mot den folkrättsliga förpliktelsen om svenska myndigheter – enkannerligen NO – formellt eller informellt skulle godta en dylik konkurrensbegränsning.

Begreppet ”oförenliga med detta avtals störningsfria tillämpning” tar också sikte på *bestämmelsens sakliga användningsområde*.

FriH:s konkurrensregler är endast tillämpliga på de varusortiment som FriH i övrigt omfattar – dvs industrivaror som uppfyller i avtalet uppställda ursprungs krav. Till skillnad från RomF omfattar avtalet, som framhållits, inte tjänster.

## 2. Samhändelskriterium

Ytterligare en förutsättning för konkurrensreglernas tillämplighet är att åtgärden är ägnad att påverka handeln mellan Sverige och ge-

<sup>54</sup> Prop. 1972:135 s. 55.

<sup>55</sup> Szokolóczy-Syllaba, A., EFTA: Restrictive Business Practices (Bern 1975) s. 207.

menskapen. Detta kriterium är gemensamt för de tre konkurrensbegränsningsfallen. Motsvarande kriterium återfinns såväl i EFTA-avtalets som i RomF:s konkurrensregler samt även i den amerikanska "interstate commerce clause". Att samhandeln mellan parterna påverkas är en naturlig förutsättning för tillämpligheten av konkurrensreglerna i en bilateral överenskommelse. Berörs endast handeln med tredje land eller handeln inom en parts territorium, bortfaller motivet för att regelsystemet skall komma till användning. Däremot saknar det betydelse om de företag som iscensatt begränsningen är hemmahörande hos någon av parterna.

*I gemenskapen* har inställningen till samhandelskriteriet successivt utvecklats. Kommissionen hävdade i ett tidigare skede, att kriteriet var uppfyllt om handeln utvecklades på ett annat sätt än den skulle ha gjort utan begränsningen.<sup>56</sup>

GD lade för sin del tonvikten vid om förfarandet kunde påverka RomF:s grundläggande målsättning att upprätta en gemensam marknad.<sup>57</sup>

I STM-målet<sup>58</sup> underströks samhandelskriteriets anknytning till fördragets grundläggande mål än tydligare. Avgörande var "whether it is capable of bringing about a partitioning of the market in certain products between Member States and thus rendering more difficult the interpenetration of trade which the Treaty is intended to create." Sedermera har GD förenklat sin tes så, att samhandelskriteriet anses uppfyllt om de konkurrensbegränsande åtgärderna bevarar uppdelningen i traditionella marknader och därigenom bidrar "to preserving the 'cemented' character of the traditional national markets in the

<sup>56</sup> Beslut JO 64 161/2549 Grundig—Consten, "...pour l'application de l'article 85 paragraphe 1, il suffit qu'une restriction de la concurrence au sens de l'article 85 paragraphe 1 fasse que le commerce entre États membres se développe sous d'autres conditions qu'il ne l'aurait fait sans cette restriction, et que son influence sur les conditions du marché revête quelque importance."

<sup>57</sup> Se GD:s utslag i mål 56-58/64 Grundig—Consten, (1966) ECR s. 299, spec. s. 341. Här framförde domstolen: "In this connexion, what is particularly important is whether the agreement is capable of constituting a threat, either direct or indirect, actual or potential, to freedom of trade between Member States in a manner which might harm the attainment of the objectives of a single market between States."

<sup>58</sup> Mål 56/65 Société Technique Minière, (1966) ECR s. 235, spec. s. 249.



goods, to the detriment of effective freedom of movement of the products in the Common Market.”<sup>59</sup>

*De minimis-regel.* Vid bedömningen av samhandelskriteriet i EEC måste en nedre gräns sättas för att ett förfarande skall vara intressant att angripa. GD har fastslagit att inverkan skall vara *påtaglig*. Denna ”de minimis-regel” är dock närmast kopplad till bedömningen av konkurrensbegränsningskriteriet (se vidare nedan). Där emot behöver denna påtagliga inverkan inte vara negativ, vilket innebär att även ett avtal, som medför en ökning av handelsutbytet – och således skenbart har en positiv verkan på samhandeln mellan staterna – uppfyller samhandelskriteriet.

*Frihandelsavtalet.* Det förefaller rimligt att anlägga samma betraktelsesätt, som ovan redovisats för gemenskapsrätten, på frihandelsavtalet. Avtalets mål är att skapa fria varurörelser. I den utsträckning detta syfte påtagligt störs av företagens inbördes dispositioner, är samhandelskriteriet uppfyllt.

Mot denna konklusion har Homburger invänt, att bristen på möjligheter till undantag i art. 23 enligt förebilden i RomF:s art. 85:3 nödvändiggör en annan tolkning av samhandelskriteriet i FriH. Detta kan enligt Homburger lämpligen ske genom att ”de minimis-regeln” utvidgas så, att art. 23 endast har avseende på förfaranden som leder till en *avsevärt negativ* (”erheblich nachteilig”) begränsning av samhandeln. Härigenom skulle ett ”rule of reason-resonemang” för FriH:s del leda till samma slutresultat som enligt art. 85:3 i RomF.<sup>60</sup>

Mot Homburgers tes kan emellertid en tungt vägande invändning riktas. Undantagen i art. 85:3 tar uteslutande sikte på *konkurrensbegränsningskriteriet* och berör inte samhandelskriteriet. Bristen på undantag i frihandelsavtalet motiverar således inte en annan tolkning av samhandelskriteriet. Däremot finns det, i överensstämmelse med Homburgers principiella inställning, anledning att modifiera det absoluta ”förbudet” i konkurrensbegränsningskriteriet. Denna fråga behandlas utförligare i det följande.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Mål 48-49 och 51-57/69 ICI m.fl., CMLR 1972 s. 557, spec. s. 650.

<sup>60</sup> Homburger, not 21, s. 340.

<sup>61</sup> Jfr. inställningen till samhandelskriteriet hos Koppensteiner, not 14, s. 401 och Schürmann, not 26, s. 100. Ytterligare ett skäl som talar mot Hom-

Stenberg anför en annan aspekt i NIR: "En viktig fråga torde vara att bestämma om samhandelskriteriet i art. 23 är ett behörighetskriterium, som i art. 85:1, eller om det är ett materiellt kriterium. Är det konkurrensen inom frihandelsområdet som skall skyddas eller är det samhandeln mellan Sverige och EEC?"<sup>62</sup> Stenberg behandlar samma fråga för RomF:s vidkommande i sin avhandling om RomF:s art. 85.<sup>63</sup> Här hävdar Stenberg, att samhandelskriteriet är en kompetensnorm som skall tolkas extensivt. Men det rymmer också, enligt Stenberg, ett moment av materiell norm, en antydning om att handeln mellan medlemsstaterna inte får påverkas negativt. Vikten av att på detta sätt dela upp samhandelskriteriet i funktionell och materiell norm är inte uppenbar. Uppdelningen blir direkt felaktig om den leder till att problemen formuleras på det sätt som Stenberg gör i NIR. Frågan om det är konkurrensen i frihandelsområdet eller samhandeln mellan parterna som skall skyddas rör inte samhandelskriteriet. Frågan kan däremot ge anledning till en bedömning av hur *konkurrensbegränsningskriteriet* kan komma att tillämpas i praktiken. Till denna fråga återkommer jag i nästa avsnitt.

### 3. Konkurrensbegränsande överenskommelser

Tre olika konkurrensbegränsningsformer är, som ovan framhållits, oförenliga med art. 23 om samhandeln berörs. Den första är överenskommelser mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden (*avtalskriteriet*), vilka har till syfte eller följd att konkurrensen i fråga om produktion av och handel med varor hindras, inskränkes eller förvanskas (*konkurrensbegränsningskriteriet*).

En motsvarande bestämmelse finns i EFTA-överenskommelsens art. 15:1. Även RomF:s art. 85:1 har i allt väsentligt samma utformning. Till skillnad från de båda frihandelsavtalen innehåller RomF

burgers tolkning framkommer vid en jämförelse av samhandelskriteriet i RomF:s art. 85 och 86. Trots att art. 86 saknar möjligheter till undantag har detta kriterium ansetts ha samma betydelse i de två bestämmelserna.

<sup>62</sup> Stenberg, not 21, s. 179 - 180.

<sup>63</sup> Stenberg, H., Studier i EG-rätt (ak. avh. Sthlm 1974) s. 231 - 234.

därutöver en civilrättslig ogiltighetsregel (85:2) och möjlighet till undantag från förbudet (85:3). Sådana undantag kan efter prövning beviljas överenskommelser, som bidrar till att främja bl.a. ekonomiskt framåtskridande samtidigt som konsumenterna erhåller en skälig andel av den vinst som uppkommer. Det förutsättes dock härvid, att samarbetet inte går utöver det nödvändiga och att konkurrensen inte väsentligen elimineras.

Under 1960-talet och de första åren på 1970-talet har tillämpningsföreskrifter <sup>64</sup> och en omfattande rättspraxis i kommissionen och GD successivt utvecklat den närmare innebörden av RomF:s ovannämnda kriterier. En summarisk redogörelse härför ges i det följande. Det skall anmärkas, att de tre kriterierna i art. 85 – avtals-, konkurrens- och samhandelskriteriet – är kumulativa. Samtliga måste vara uppfyllda för bestämmelsens tillämplighet.

**Avtalskriteriet.** Skillnaden mellan RomF:s art. 85 och 86 – liksom mellan art. 23 *i*. och art. 23 *ii*. FriH – ligger i att art. 85 förutsätter någon form av överenskommelse, vilket inte är fallet enligt art. 86. Definitionen av begreppet avtal i art. 85 omfattar traditionella avtal, men också företagssammanslutningars beslut och på annat sätt samordnade förfaranden.

**Överenskommelser.** Härmed avses normalt juridiskt bindande avtal, men i praxis har alla *avtal*, bindande eller inte, *som faktiskt begränsar parternas handlingsfrihet*, ansetts falla under begreppet. Det är likgiltigt om de avtalsslutande parterna är företag i samma (horisontella) eller olika (vertikala) produktionsled.

Alla associationer som bedriver ekonomisk verksamhet faller under begreppet *företag*. Förutsättningen är att de avtalsslutande företagen är fristående från varandra. *Företag inom samma ekonomiska enhet* – den juridiska konstruktionen har underordnad betydelse – anses

<sup>64</sup> Rådets förordning nr 17/62, JO 62 13/204; Kommissionens tillkännagivande ang. handelsagentavtal, JO 62 139/2921; Kommissionens tillkännagivande ang. patentlicensavtal, JO 62 139/2922; Rådets förordning nr 19/65, JO 65 36/533; Kommissionens gruppundantagsförordning nr 67/67, JO 67 57/849; Förordning nr 2779/72 ang. specialiseringsavtal, JO 72 L 292/23; Tillkännagivande ang. samarbetsavtal, JO 68 C 75/3; Tillkännagivande ang. bagatellkarteller, JO 70 C 64/1.

inte kunna ingå konkurrensbegränsande avtal med varandra.<sup>65</sup> Icke självständiga *agenter* jämföras med företag i samma ekonomiska enhet.

*Beslut av företagssammanslutningar.* Att beslut av företagssammanslutningar upptagits som ett självständigt kriterium, öppnar en möjlighet att angripa gemensam styrning i branschorganisationer. Hänsyn tas till såväl bindande som normerande stadgar och beslut som fattas av sådana organisationer.<sup>66</sup>

Vad prövningen gäller är huruvida den kollektiva viljeyttringen *faktiskt* styr medlemmarnas handlande.

*Samordnade förfaranden.* Denna tredje punkt utvidgar avtalskriteriet väsentligt. Den är så allmänt formulerad att den strängt taget omfattar även de tidigare nämnda avtalsformerna. I praxis har kriteriet kommit till användning när uttryckligt bevis om överenskommelse saknats. För att samordnade förfaranden skall föreligga krävs det ett *medvetet* syfte att uppnå en gemensam konkurrensbegränsning. Detta innebär en begränsning av begreppets omfattning samt även en avgränsning i förhållande till de två föregående definitionerna, där man inte gjort motsvarande förtydliganden. Inskränkningen utesluter att den automatiska anpassning, som sker till prisedaren i en oligopolistisk marknadsbild, normalt faller under art. 85.

**Konkurrensbegränsningskriteriet.** Målet för RomF:s konkurrensregler är, som framhållits, i första hand att företagen inte skall lämnas fria att ersätta de undanröjda statliga barriärerna för det fria varuutbytet med inbördes avtal eller andra privata gränshinder. Företag skall kunna arbeta på den gemensamma marknaden på samma villkor utan risk för diskriminerande handlingar.

Det går inte att direkt ur RomF utläsa om det är den fria konkurrensen i klassisk mening eller en effektiv konkurrens i modern mening som eftersträvas.<sup>67</sup> Artikel 85 bygger på förbud mot konkur-

<sup>65</sup> På denna punkt föreligger en skillnad mellan praxis i gemenskapen och USA. Se *Mégret, J.*, *Le droit de la Communauté Economique Européenne, Concurrence* (Bryssel 1972) s. 264 - 265. Det förefaller som om svensk praxis närmast ansluter sig till den amerikanska inställningen.

<sup>66</sup> Särpräglat för denna typ av överenskommelser är att de inte kan ogiltigförklaras enl. RomF:s art. 85:2.

<sup>67</sup> För utläggning av konkurrensbegreppet se *Bernitz, U.*, *Marknadsrätt* (ak. avh. Sthlm 1969) s. 18 ff.

rens begränsande överenskommelser, som i sin inledande del är absolut. En ovillkorlig förbudslagstiftning torde närmast kunna motiveras av en önskan att uppnå en fri konkurrens i klassisk bemärkelse. Möjligheterna till undantag i art. 85:3 tyder emellertid på att det är en effektiv konkurrens som eftersträvas. GD har anslutit sig till denna uppfattning.<sup>68</sup>

Konkurrensbegränsningskriteriet är det centrala momentet i artikel 85. Överenskommelser som har till syfte eller följd att konkurrensen inom den gemensamma marknaden hindras, inskränkes eller förvanskas är förbjudna. För att precisera begreppet anges vissa exempel på avsedda konkurrensbegränsningar, nämligen: gemensamt fastställande av inköps- och försäljningsvillkor, begränsning av produktion, marknadsuppdelning, diskriminering och kopplingsförbehåll. Exempelen är inte uttömmande utan skall ses som en vägledning vid tolkningen av bestämmelsen.

Det är likgiltigt om begränsningen sker i samma eller olika distributionsled. Varje överenskommelse, som har till *syfte eller följd* att konkurrensen snedvrids, omfattas av förbudet. I första hand bedöms *syftet* och det är härvid inte en förutsättning att snedvridande effekter uppkommit. Föreligger inget påvisbart konkurrensbegränsande syfte bedöms avtalets *effekter*. Avtalet ställs härvid mot den situation som skulle ha rått utan överenskommelse.

*Den relevanta produktmarknaden.* Fastställandet av den relevanta produktmarknaden gäller en avgränsning av vilka produkter den aktuella varan konkurrerar med. Avgörande är härvid avnämarnas inställning. Produktmarknaden preciseras från fall till fall mot bakgrund av marknadspositioner, varornas art, pris och användningsområde. Hänsyn skall tas till såväl existerande som potentiell konkurrens.

*Bagatellkarteller.* Influerad av GD:s praxis har kommissionen genom tillkännagivande klargjort, att avtal, som inte *påtagligt* snedvrider konkurrensen, faller vid sidan av förbudet.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Mål 13/60 Geitling, Slg VIII s. 177. Målet gäller CECA, men torde analogt vara tillämpligt även för RomF.

<sup>69</sup> Enligt kommissionens tillkännagivande om bagatellkarteller, JO 70 C 64/1, kvantifieras begreppet "påtagligt" så att utanför förbudet faller – avtalsprodukter som inte rör mer än 5 % av den totala omsättningen av liknande produkter,

Frihandelsavtalet — art. 23:1 p. i. Reglerna om konkurrensbegränsande överenskommelser har i FriH formulerats på ett sätt som i allt väsentligt överensstämmer med förebilden i RomF. FriH skall därför, enligt den för arbetet antagna tolkningshypotesen, ges samma innebörd som redovisats för art. 85. Det innebär att FriH är tillämpligt på alla former av överenskommelser mellan ekonomiskt fristående företag oberoende av samordningens bindande verkan. I brist på konkreta bevis om överenskommelse kan indiciebevisning föras. Vid bedömning av avtalets konkurrensbegränsande verkan skall hänsyn tas till avtalets syfte och effekter. RomF:s exemplifiering av konkurrensbegränsande förfaranden är vägledande även för FriH:s vidkommande. Hänsyn skall vid bedömningen tas till såväl den aktuella som den potentiella konkurrensen. Eventuell inverkan skall vara påtaglig.

*Bristen på undantag.* Även om det sålunda föreligger en stor överensstämmelse mellan RomF och FriH finns det en grundläggande skillnad därigenom att RomF:s art. 85:3 möjliggör *undantag* från det absoluta förbudet. Motsvarande stadgande saknas i FriH. Det finns emellertid stark anledning att utgå från att parterna inte avsett att ge FriH:s regler en strängare innebörd än förebilden i RomF.<sup>70</sup> Det kan därför förväntas att den blandade kommittén i sin bedömning kommer att tillämpa ett "rule-of-reason"-resonemang. Ett dylikt synsätt skulle utesluta tillämpningen av art. 23 på förfaranden, som i gemenskapen skulle medgivits undantag till följd av utfärdade gruppundantagsbestämmelser eller efter individuell prövning.

*Potentiell begränsning.* Schweiz har anmärkt, att en skillnad bör finnas mellan RomF och FriH vad angår möjligheterna att angripa *potentiella begränsningar* av konkurrensen.<sup>71</sup> I RomF anses konkurrensbegränsningskriteriet uppfyllt även vid fall av blott potentiell in-

— och när avtalsparternas gemensamma omsättning inte överstiger 15 miljoner RE per år.

Den märkliga sammanbindningen mellan de två kriterierna anses indikera att kriterierna inte är alternativa utan kumulativa.

<sup>70</sup> Jfr. den inställning som kommit till uttryck i prop. 1972:135 s. 50 och genom gemenskapens tolkningsförklaring.

<sup>71</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Europäischen Gemeinschaften. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 16. August 1972, s. 702 - 703.

verkan. Schweiz ifrågasätter om skyddsåtgärder enligt FriH, som bara kan tillgripas vid *allvarliga* svårigheter enligt art. 27, kan tillgripas på så vaga premisser:

”Diese Schutzmassnahmen dürfen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die *ernsthaften* Schwierigkeiten, die sich aus den beanstandeten Verhaltensweisen ergeben, zu beseitigen. Dies schliesst Massnahmen gegen bloss potentielle oder theoretische Wettbewerbsverzerrungen aus.”

Frågan är emellertid om denna invändning väger tillräckligt tungt för att åsidosätta den principiella bedömningen, att FriH skall tolkas i överensstämmelse med RomF. Jag menar att det finns samma argument i frihandelsområdet för att förhindra en potentiell snedvridning av konkurrensen som det finns i gemenskapen. Begreppet ”potentiell” tyder dock på att sannolikhetskravet inte kan sättas alltför lågt, vilket även framgår av gemenskapens praxis.

*Skyddsintresset.* En viktigare olikhet föreligger mellan RomF:s art. 85 och FriH:s art. 23 beträffande konkurrensbegränsningskriteriets utformning. Den förra bestämmelsen avser att skydda ”konkurrensen inom den gemensamma marknaden,” medan FriH tar till sikte att skydda ”konkurrensen i fråga om produktion av och handel med varor.” Frågan är om denna skillnad i formuleringarna bör leda till att bestämmelserna tolkas olika.

Såttillvida är det klart att en skillnad föreligger som att RomF gäller konkurrensen överhuvud, medan FriH uteslutande avser de varor som avtalet omfattar, dvs industrivaror med ursprung i frihandelsområdet. Frågan är om ytterligare skillnader finns.

Diskrepansen har tolkats på de mest olikartade sätt. Deringer<sup>72</sup> konstaterar kortfattat, utan att gå in på konsekvenserna av sin mening, att skyddsobjektet för RomF:s art. 85 är konkurrensen inom EG och handeln mellan medlemsstaterna, medan skyddsobjektet i FriH:s art. 23 bara skulle vara handeln mellan parterna. Det förefaller som om Deringer antyder att FriH skall tolkas mer restriktivt än RomF på denna punkt. Homburger kommer för sin del fram till närmast motsatt slut:

<sup>72</sup> Deringer, not 38, s. 688.

”Andererseits sagt Art. 23 nur ”Wettbewerb” und nicht ”Wettbewerb im Handel zwischen der Schweiz und der Gemeinschaft.” Demgegenüber ist in Art. 85 (1) von ”Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes” die Rede. Unter Art. 23 fällt also prinzipiell jede Wettbewerbsbeschränkung der dort genannten Art, ohne dass sie Wettbewerb im Handel zwischen der Schweiz und der EWG zum Gegenstand haben müsste.”<sup>73</sup>

Denna något besynnerliga tolkning pekar på att FriH skulle gå längre än RomF. Det må vara att FriH inte är ett i alla delar perfekt redigerat juridiskt dokument. Att, som Homburger gör, pressa ordalydelsen i avtalet på ett sätt som strider mot sunt förnuft förefaller mindre lämpligt. Till detta kan dessutom tilläggas att det ur RomF utbrutna citatet – ”Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes” – är samhandelskriteriet i art. 85. Motsvarande bestämmelse i FriH:s art. 23 ges i inledningsstycket till bestämmelsen. Här framgår det klart, att bestämmelserna i art. 23 endast gäller för det fall att handeln mellan gemenskapen och respektive EFTA-stat påverkas.

FriH:s art. 23 skall ses mot bakgrund av stadgandena i avtalets preambel och inledande principiella bestämmelse. Gemensamt siktar dessa regler till att garantera, att varuutbytet mellan parterna kan ske under upprätthållandet av rättvisa konkurrensvillkor. En förutsättning för dessa betingelser är emellertid att konkurrensvillkoren mer allmänt i frihandelsområdet är likartade. Detta framgår dessutom direkt av art. 23, som i motsats till vad Deringer påstår, även stadgar att ”konkurrensen i fråga om *produktion av... varor*” inte får hindras, inskränkas eller förvanskas. Det finns mot bakgrund härav, vilket även framhållits ovan i anslutning till jämförelsen av avtalens mål, inte grund att tolka FriH mer inskränkande än RomF. Å andra sidan finns det inte heller någon anledning att med Homburger ge FriH en mer långtgående tolkning.

Avslutningsvis finns det anledning att återkomma till Stenbergs resonemang, vilket tidigare berörts i anslutning till samhandelskriteriet. Frågan var om Sverige och gemenskapen i den blandade kommittén endast bör ingripa mot de begränsningar, som skapar direkta hinder för de fria varurörelserna – t.ex. olika import- och exportkarteller – eller om parterna bör gå längre för att upprätthålla

<sup>73</sup> Homburger, not 21, s. 339.



en effektiv konkurrens i frihandelsområdet. I denna praktiska avvägning ansluter jag mig till Stenbergs uppfattning, att parterna i första hand kan förmodas komma att ingripa mot snedvridningar av import- och exportmöjligheterna. Praxis i anslutning till EFTA-avtalet pekar i denna riktning. Först i ett senare skede kan det bli aktuellt att fästa vederbörlig vikt vid en effektiv konkurrens. En anledning till att denna skillnad mellan teori och praktik förefaller rimlig är de olika politiska ambitioner, som för närvarande styr samarbetet i EG och frihandelsområdet. Integrationviljan i gemenskapen torde leda till ett intimare samarbete än vad förhållandena medger i frihandelsområdet. En utveckling av frihandelssamarbetet förutsätter att parterna i stor utsträckning samordnar grundläggande åskådning och administrativ behandling av konkurrensärenden. Här återstår många praktiska uppgifter innan målet är nått. I avvaktan härpå förefaller det sannolikt att parterna i praktiken först och främst kommer att inrikta sig på att undanröja direkta och uppenbara konkurrensbegränsningar av typen import- och exportkarteller, överenskommelser om marknadsuppdelning och liknande.

#### 4. Missbruk av dominerande ställning

Den andra typen av konkurrensbegränsningar behandlas i art. 23:1 p. *ii.* och avser missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning inom de avtalsslutande parternas hela område eller en väsentlig del därav. Även i detta fall uppställs två kriterier för bestämmelsens tillämplighet. För det första skall en marknadsdominerande ställning föreligga (*dominanskriteriet*). För det andra skall denna starka ställning missbrukas (*missbrukskriteriet*).

Motsvarande regel i EFTA-avtalets art. 15:1 p. b) talar om "förfaranden, genom vilka ett eller flera företag på ett otillbörligt sätt utnyttja en dominerande ställning inom sammanslutningens område eller inom en väsentlig del av detta." Art. 23 har även en i allt väsentligt likartad förebild i RomF:s art. 86. Sistnämnda bestämmelse innehåller liksom art. 85 en exemplifiering av förbjudna åtgärder. Däremot saknar den särskilda stadganden om civilrättslig ogiltighet och möjligheter till undantag från det absoluta förbudet. I

praktiken har art. 86 inte varit föremål för någon mer omfattande praxis under 1960-talet i EG. Några speciella tillämpningsregler har heller inte utfärdats i anslutning till bestämmelsen.<sup>74</sup> Under 1970-talet har aktiviteten emellertid ökat märkbart, vilket delvis kan förklaras med en mindre positiv attityd inom gemenskapen till större och slagkraftigare företagsenheter. Under de senaste åren är det två typer av missbruk som blivit föremål för prövning. En rad rättsfall och kommissionsbeslut har rört det traditionella missbruket av en dominerande ställning.<sup>75</sup> Kommissionen och domstolen har vidare under 1970-talet fastslagit att art. 86 möjliggör en fusionskontroll i efterhand inom gemenskapen. Behandlingen av missbruk av marknadsdominerande ställning i gemenskapen, Sverige och frihandelsområdet har ingående analyserats i tre separata artiklar, som återges i bilaga B, C och D nedan. I det följande sammanfattas huvuddragen i FriH mot bakgrund av utvecklingen i gemenskapsrätten.

**Dominanskriteriet.** För att RomF:s art. 86 skall vara tillämplig skall företaget/n inta en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna. Innebörden av begreppet "dominerande ställning" definieras inte i art. 86. I praxis tenderar myndigheterna vid sin bedömning av om dominans är för handen att undersöka dels företagets *andel av den relevanta marknaden*, dels *företagets agerande*. Visar det sig att företaget innehar en stor procentuell andel av marknaden, är det inte nödvändigt att kontrollera hur företagets agerande påverkar omgivningen. Ju mindre marknadsandelen är desto mer skjuts uppträdet i förgrunden. Det förutsätts inte att den dominerande ställningen är liktydig med ett monopol eller att den skall möjliggöra ett monopolistiskt beteende. Även förhållandevis låga marknadsandelar<sup>76</sup> kan under

<sup>74</sup> Däremot gäller vissa rättsakter såväl art. 85 som art. 86.

<sup>75</sup> Jfr. GD:s avgöranden i mål 6-7/73 ZOJA, (1973) ECR s. 357 ff; Mål 40 - 48, 50, 54 - 56, 111, 113 och 114/73 Sockerkartellen, (1975) ECR s. 1663; Mål 26/75 General Motors, (1975) ECR s. 1367 ff; Mål 27/76 United Brands, ännu ej avgjort se kommissionens beslut JO 76 L 95/1; Kommissionens beslut i Hoffmann-La Roche-ärendet, JO 76 L 223/27. Betr. definitioner se bilaga B nedan.

<sup>76</sup> United Brands ansågs inneha en dominerande ställning trots att företaget endast behärskade ca 45 % av marknaden. I kommissionsbeslutet, se not 75, framhölls att U.B. var större än konkurrenterna, verksamt i hela EG, åtnjöt stor good-will för sitt varumärke, höll hög vertikal integrering, hade ett starkt inflytande i producentländerna, egen handelsflotta, försteg på forskningsområdet och stora finansiella resurser.

vissa omständigheter innebära en dominerande ställning. Några absoluta riktmärken i form av procentsatser kan inte anges. Förhållandena får bedömas från fall till fall mot bakgrund av såväl marknadsandelar som andra faktorer, som kan påverka företagets uppträdande.

*Relevanta marknaden.* Liksom vid behandlingen av konkurrensbegränsande överenskommelser är en bedömning av den relevanta marknaden av betydelse när det gäller att fastställa om det berörda företaget intar en dominerande ställning. Beträffande den *geografiska marknaden* framgår det direkt av art. 86, att den dominerande ställningen inte behöver föreligga i hela gemenskapen för att dominanskriteriet skall vara uppfyllt. En dominerande ställning på en "väsentlig del" av EG-marknaden, är tillräcklig. Med "väsentlig del" förstås idag inte bara de större utan även de mindre medlemsstaterna i EG. Även del av större medlemsstat har ansetts kunna utgöra en väsentlig del av EG. Inte heller på denna punkt kan generella regler ges. Avgränsningen är bl.a. beroende av de produkter som är föremål för bedömning. Sålunda är den geografiska marknaden större för lätttransporterade produkter än för varor som endast med svårighet låter sig transporteras.

Vid sidan av den geografiskt relevanta marknaden måste, liksom enligt art. 85, en *relevant produktmarknad* fastställas i det enskilda fallet. Hänsyn skall således tas till om konkurrerande produkter av avnämarna kan tänkas ersätta den aktuella produkten. Varornas art, pris och användningsområde inverkar på bedömningen. Inte bara existerande utan även potentiell konkurrens är av betydelse.

*Missbrukskriteriet.* Som framhållits i inledningen kan två typer av missbruk av en dominerande ställning förekomma. Den traditionella typen av sådant missbruk är att en dominerande ställning utnyttjas i förhållande till medkontrahenter och avnämare t.ex. genom oskäligen prissättning, diskriminering och leveransvägran. Inom gemenskapen har emellertid fusioner under vissa omständigheter jämställts med missbruk i traditionell mening och inrangerats under art. 86.<sup>77</sup> I det följande skall de två missbruksformerna behandlas var för sig.

<sup>77</sup> En tredje typ av missbruk, som är föremål för kontroll i den amerikanska antitrustlagstiftningen, avser fall där ett företag genom sin egen växtkraft

*Missbruk i traditionell bemärkelse.* En definition av begreppet missbruk saknas i art. 86. I olika sammanhang har begreppet ansetts förutsätta att en dominerande marknadsställning utnyttjas på ett oskäligt sätt, som vid normal konkurrens inte skulle ha accepterats av leverantörer, avnämare och konkurrenter.<sup>78</sup> Missbruket behöver inte vara medvetet.

I viss mån konkretiseras begreppet i art. 86 genom att exempel på missbruk anges. Dessa exempel överensstämmer med motsvarande uppräknings i art. 85 med undantag för förbudet mot marknadsuppdelning, vilket av någon svårförklarlig anledning utelämnats. I praktiken förefaller myndigheterna inte att ha fäst avseende vid denna diskrepans.

*Fusionskontroll.* Det primära syftet med art. 86, i vart fall det som tydligt framgår av texten, är att förhindra skadliga effekter av att ett företag genom konkreta åtgärder eller underlåtenhet missbrukar sin ställning. Normalt borde fusionsproblematiken falla utanför bestämmelsens tillämpningsområde. Hade grundarna av EEC avsett att ge gemenskapsmyndigheterna kompetens i detta ämne förefaller det sannolikt att de, på samma sätt som i CECA-avtalet, meddelat uttryckliga bestämmelser härom. Så skedde emellertid inte och i avsaknad av vägledande förarbeten har skälen till detta avsteg från CECA-reglerna inte kunnat fastställas.

I praxis har emellertid kommissionen och domstolen tolkat art. 86 extensivt. I *Continental Can-målet*<sup>79</sup> kopplade GD samman art. 86 med de grundläggande principerna i fördragets art. 3 mom. f. Mot denna bakgrund fastställde domstolen att ett missbruk kan föreligga om ett dominerande företag stärker sin ställning på ett sätt som förhindrar konkurrensen — dvs så att bara företaget, som är beroende av dominanten blir kvar på marknaden.

Det skall understrykas, att fusionskontrollen endast kan avse en

uppnått en dominerande ställning, som i sig innebär ett hot mot marknadsstrukturen. Tänkbar motåtgärd är uppdelning av företaget i mindre enheter. Ännu har inte EG eller Sverige i praktiken ansett sig böra (och sannolikt inte heller haft kompetens att) gripa in i denna situation.

<sup>78</sup> Se kommissionens memorandum "Le Problème de la concentration dans le Marché Commun, Etudes, Série Concurrence nr 3. Bryssel 1966. Här tredje delen, nr 4 s. 22.

<sup>79</sup> Mål 6/72 *Continental Can*, (1973) ECR s. 215 ff.

*efterhandsbedömning* och att förutsättningarna för ingrepp har ställts högt. GD:s uppfattning blir genom dessa båda begränsningar mindre uppseendeväckande.

Förslag föreligger i gemenskapen till en förordning om förhandskontroll av företagssammanslagningar.<sup>80</sup> Kommissionsförslaget bygger på RomF:s art. 235 och är därför delvis en utveckling vid sidan av nu existerande ramar för konkurrensreglerna i RomF. Förslaget rör företag, som omsätter mer än 200 miljoner räkneenheter (RE)/år. Förordningen uppställer särskilt krav på anmälan för företag med mer än en miljard RE i årsomsättning. Godtagbara företagssammanslagningar skall efter anmälan och individuell prövning kunna erhålla undantag från förbudet. Trots att det är fyra år sedan förslaget lades fram för rådet, har det ännu inte antagits. Politiska motsättningar mellan medlemsstaterna omöjliggör en prognos om när eller i vilken form ett bearbetat förslag kan komma att accepteras.

**Frihandelsavtalet** — art. 23:1 p. *ii*. Det föreligger stor överensstämmelse mellan FriH:s och RomF:s reglering av missbruk av marknadsdominerande ställning. Endast den närmast självklara skillnaden finns mellan bestämmelserna, att RomF tar sikte på missbruk ”på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna” medan FriH avser ”de avtalslutande parternas hela område eller en väsentlig del därav.” Denna olikhet hänger enbart samman med de skilda skyddsområdena i avtalen.

Utgångspunkten är att FriH:s regel om missbruk av dominerande ställning skall tolkas i överensstämmelse med förebilden i RomF. Bestämmelsen är tillämplig såvitt angår företag, som vid en strukturell bedömning eller en beteendebedömning gjord från fall till fall, har en stark ställning. Denna ställning kan missbrukas genom att företagen agerar gentemot avnämare och konkurrenter på ett sätt som inte skulle vara möjligt vid normal konkurrens. I överensstämmelse med den senaste tidens utveckling inom gemenskapen bör även företagssammanslagningar, som snedvrider marknadsbilden i frihandelsområdet, kunna angripas i efterhand med stöd av bestämmelsen.

<sup>80</sup> Proposal for a Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings, av den 20 juli 1973, JO 73 C 92/1. Förordningsförslaget behandlas utförligare på s. 164 - 165.

Schürmann har riktat invändningar mot tanken att FriH skulle möjliggöra dylik kontroll av fusioner.<sup>81</sup> Skälet är att GD endast genom kopplingen till fördragets principiella bestämmelse i art. 3 mom. f. kunnat motivera sin tolkning av art. 86. Då FriH:s målsättningsstadgande enligt Schürmann inte går lika långt, skulle motsvarande tolkning inte vara möjlig här. Detta argument har redan bemötts. Behovet av fusionskontroll torde på sikt vara lika starkt inom frihandelsområdet som inom gemenskapen. Schürmann tar heller inte bestämd ställning mot en sådan kontroll, utan menar att frågan får avvakta en fortsatt utveckling av nationell rätt och gemenskapspraxis.

Däremot finns det anledning att återkomma till frågan hur Sverige och gemenskapen i den blandade kommittén kommer att agera i verkligheten. Liksom vid konkurrensbegränsande överenskommelser torde de i första hand komma att beivra sådant missbruk av en dominerande ställning, som på ett direkt sätt påverkar varuflödet mellan Sverige och gemenskapen. Mindre troligt är att de under den närmaste framtiden kommer att övervaka att en lämplig marknadsstruktur upprätthålls i frihandelsområdet. Sannolikt kommer företagsammanslagningar att uppmärksammas bara i den utsträckning de på ett uppenbart och extremt sätt snedvrider konkurrensbetingelserna. Art. 23 skapar emellertid möjligheter för ett utökat gemensamt agerande i framtiden. Liksom för de konkurrensbegränsande överenskommelserna får härvid först förutsättas en samordning av parternas politiska inställning och kanske framför allt en administrativ samordning.

## 5. Immaterialrättens särställning

Immaterialrättigheter — patent, varumärken och upphovsrätt — förlämnar sin innehavare en form av monopolställning. Med stöd härav

<sup>81</sup> Schürmann, not 26, s. 104. "Da der Gerichtshof die Rechtfertigung der Anwendung von Art. 86 des EWG-Vertrages auf Unternehmenszusammenschlüsse im Postulat der Errichtung eines Systems des Unverfälschten Wettbewerbs (Art. 3 lit. f des EWG-Vertrages) erblickt hat, könnte man eigentlich durch einen Schluss *e contrario* folgern, dass Art. 23 EWG-Abkommen, dessen Zielsetzung eine andere, weniger weitgehende ist, nicht auf Fusionen anwendbar sein soll."

kan innehavaren förhindra annan att utan samtycke begagna sig av den skyddade produkten inom det område för vilket skyddet gäller.

Skyddsrättsinnehavaren kan genom avtal upplåta en del av sin rätt för ett utpekad område. Normalt sker upplåtelsen genom licens för tillverkning och/eller marknadsföring. Vid dylikt utnyttjande av ensamrätten uppkommer risker för kollision med konkurrenspolitiken, vars mål är att bryta ner monopolställningar och att upprätta en effektiv konkurrens. Härskande uppfattning är, att dispositioner som faller "inom ramen för immaterialrättsskyddet" accepteras, medan åtgärder i övrigt får vidtas bara om de är förenliga med konkurrenslagstiftningen. Gränsdragningen är emellertid delikat och föranleder ofta problem för enskilda och myndigheter.<sup>82</sup>

*Gemenskapsmyndigheterna* har bit för bit fastlagt villkoren för immaterialrättsliga överenskommelser och vilka transaktioner som skall anses falla inom och utom ramen för det speciella skyddet.<sup>83</sup>

Den rättsliga situationen i gemenskapen kan dock ännu inte anses klar. Kommissionen har t.ex. inte utfärdat den sedan åtskilliga år förutskickade gruppundantagsförordningen om patentlicensavtal.<sup>84</sup> I brist på GD-avgöranden och entydiga tillämpningsföreskrifter råder således alltjämt osäkerhet om var gränserna går mellan vad som är tillåtet enligt medlemsstaternas nationella immaterialrätt och vad som är förbjudet enligt gemenskapens konkurrensrätt.

Den immaterialrättsliga monopolställningen kan också nyttjas till att förhindra skyddade produkter att fritt cirkulera mellan medlemsländerna och därigenom komma i konflikt med reglerna härom i en

<sup>82</sup> För svenskt vidkommande se prop. 1953:103 (KBL) s. 226 - 228; prop. 1960:167 med förslag till varumärkeslag s. 36 - 37; Dubbmanärendet, MR 1972 nr 15, redovisat i NIR 1972 s. 443, kommenterat av *Bernitz, U.*, Svensk och Internationell Marknadsrätt (Sthlm 1973) s. 198 - 199.

<sup>83</sup> Rådets förordning nr 17/62, JO 62 13/204 art. 4:2 och kommissionens tillkännagivande ang. patentlicenssamarbete, JO 62 139/2922. Se även kommissionens beslut i t.ex. *Burroughs-Delplanque*, JO 72 L 13/50; *Burroughs-Geha*, JO 72 L 13/53; *Davidson Rubber*, JO 72 L 143/31; *Raymond-Nagoya*, JO 72 L 143/39.

<sup>84</sup> Bemyndigande att meddela en sådan förordning erhöles redan genom rådsförordning 19/65, JO 65 36/533. Utkast förelåg på kommissionen 1973 men presenterades aldrig offentligt. Kommissionen har ånyo utlovat en förordning, vilken dock inte offentliggjorts inom angivna tidsramar. Se *Ninth General Report on the Activities of the European Communities 1975* s. XLII.

tullunion eller ett frihandelsområde. I EG har denna konflikt varit föremål för åtskillig uppmärksamhet. Under en inledningsperiod angreps immaterialrättens marknadsuppdelande verkan med stöd av RomF:s konkurrensregler. Detta skedde oberoende av om ett konkurrensbegränsande avtal i enlighet med avtalskriteriet i art. 85 kunde påvisas eller inte.<sup>85</sup> Detta förfaringssätt ledde stundom till svårförståeliga beslutsmotiveringar. Under 1970-talet har emellertid en betydelsefull omsvängning i tolkningen av gemenskapsrätten ägt rum, vilken också kan komma att inverka på tolkningen av FriH. I en rad beslut har GD låtit RomF:s bestämmelser om förbud mot kvantitativa restriktioner och *åtgärder med motsvarande verkan* komma i förgrunden.<sup>86</sup> Det resonemang som kommer till uttryck i GD:s domskäl innebär i korthet, att domstolen framhäver kravet på en enhetlig varumarknad med fria varurörelser mellan de olika medlemsstaterna. Nationell lagstiftning, som leder till kvantitativa restriktioner för samhandeln, är förbjuden enligt RomF och får vika vid konflikt med detta grundläggande mål (art. 30). Undantag görs visserligen i art. 36 för bl.a. "industriell och kommersiell äganderätt." Med hänsyn till stadgandet i sista stycket i art. 36 skall emellertid detta undantag tolkas restriktivt.

Bestämmelserna i art. 30 och art. 36 har ansetts ha direkt effekt och grundar således även rättigheter för enskilda.<sup>87</sup> Åberopas en nationell skydds rätt som hinder mot import, kan en domstol bara i begränsad utsträckning bifalla yrkandet. Skydds rätten får vika för reglerna om fria varurörelser om varan satts i omlopp i gemenskapen

<sup>85</sup> Se mål 56 och 58/64 Grundig-Consten, (1966) ECR s. 299, och mål 40/70 Sirena, Slg XVII s. 69.

<sup>86</sup> Besluten är grundade på RomF:s art. 30 och 36. Se mål 78/70 Deutsche Grammophon, Slg XVII s. 487; mål 192/73 Café Hag, (1974) ECR s. 731; mål 15/74 Centrafarm I, (1974) ECR s. 1147; mål 16/74 Winthrop, (1974) ECR s. 1183; mål 51/75 EMI Records I, (1976) ECR s. 811; mål 86/75 EMI Records II, (1976) ECR s. 871 och mål 96/75 EMI Records III, (1976) ECR s. 913.

<sup>87</sup> I den mån bestämmelserna åberopas gentemot enskildas immaterialrätts skydd – och det torde i allmänhet vara fallet – kan det hävdas att bestämmelserna jämväl ger *skyldigheter*: nämligen skyldighet att tåla inskränkningen i det nationella skyddet. Detta är dock en indirekt effekt, som inte helt kan jämföras med de skyldigheter som normalt avses vid direkt effekt.



av rättsinnehavaren själv eller med dennes samtycke.<sup>88</sup> Invändningar kan härutöver inte riktas mot import av varor, som härleder sitt immaterialrättsskydd till samma ursprung som den nationellt skyddade produkten.<sup>89</sup> Huruvida det finns några aktuella ekonomiska band mellan skyddsrättsinnehavarna saknar betydelse.<sup>90</sup> Skyddsrättsinnehavaren kan således skydda sig mot import av varor bara om de har ett helt fristående immaterialrättsligt ursprung. Skyddsrätten gäller dock i full utsträckning gentemot import från tredje land.<sup>91</sup>

*Frihandelsavtalet.* FriH:s mål är fria varurörelser och en enhetlig varumarknad. Avtalet saknar visserligen, till skillnad från RomF, ett uttryckligt förbud mot kvantitativa restriktioner. Emellertid stadgas i art. 13 att "Kvantitativa importrestriktioner skall avskaffas den 1 januari 1973 och åtgärder med samma verkan som kvantitativa importrestriktioner senast den 1 januari 1975." I artikelns första stycke bestäms att nya sådana restriktioner inte får införas.

<sup>88</sup> Detta faktum gäller ofta redan enligt nationell rätt. Beträffande konsumtionsprincipens utbredning se *Blok, P.*, Patentrettens konsumtionsprincip (Kphmn 1974) spec. s. 146 - 202.

<sup>89</sup> En utförligare behandling av dessa komplicerade problem ges i bilaga A nedan.

<sup>90</sup> För patent gäller undantag för varor som marknadsförts i ett land där skydd för produkten inte kan erhållas. GD, mål 24/67 Parke Davis, (1968) ECR s. 55.

<sup>91</sup> Rätten att begränsa importen från tredje land ifrågasattes i de tre EMI Records-målen, not 86. GD fann emellertid att förbudet mot kvantitativa restriktioner bara äger tillämpning på det gemenskapsinterna planet: "It follows that neither the rules of the Treaty on the free movement of goods nor those on the putting into free circulation of products coming from third countries nor, finally, the principles governing the common commercial policy, prohibit the proprietor of a mark in all the Member States of the Community from exercising his rights in order to prevent the importation of similar products bearing the same mark and coming from a third country.

Nor may the provisions of the Treaty on the free movement of goods be invoked for the purpose of prohibiting the proprietor of the mark in the territories of the Member States from exercising his right in order to prevent another proprietor of the same mark in a third country from manufacturing and marketing his products within the Community, either himself or through his subsidiaries established in the Community." GD mål 96/75 motiv 13.

Sammantaget innebär reglerna i FriH att kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan är förbjudna efter den 1 januari 1975. Någon reell skillnad finns inte mellan RomF och FriH i detta hänseende. Vidare är FriH:s art. 20, bortsett från ett i detta sammanhang betydelselöst tillägg, likalydande med RomF:s art. 36. Med hänsyn till denna innehållsmässiga överensstämmelse bör bestämmelsernas tolkas på ett likartat sätt.<sup>92</sup>

Av största betydelse är frågan om bestämmelserna om kvantitativa restriktioner m.m. i FriH kan anses äga direkt effekt. Denna effekt är, som tidigare framhållits, en förutsättning för att reglerna skall kunna åberopas inför nationell domstol.

Enligt domskälen i GD:s domar i EMI-Records-målen avser förbudet mot kvantitativa restriktioner och åtgärder med motsvarande verkan i RomF endast att trygga fria varurörelser mellan EG:s medlemsstater. Tredje lands företag kan inte åberopa dessa bestämmelser mot invändningar om nationellt immaterialrättsskydd vid export till gemenskapen. I motiven sattes emellertid FriH, som egentligen inte var föremål för prövning, i en särställning. Den bundenhet som förelåg för gemenskapen i dessa avtal kunde inte överföras till andra länder:

"The arrangements concluded by the Community in certain international agreements such as the ACP-EEC-Convention of Lomé of 28 February 1975 or the agreements with Sweden and Switzerland of 22 July 1972 form part of such a policy and do not constitute the performance of a duty incumbent on the Member States under the Treaty. The binding effect of commitments undertaken by the Community with regard to certain countries cannot be extended to others."<sup>93</sup>

Vad denna särställning för FriH betyder för frågan om avtalets bestämmelsers direkta effekt framgår inte av motiven. Det förefaller inte otroligt, att GD lämnat en öppning för att bestämmelserna om kvantitativa restriktioner m.m. i FriH vid en konkret prövning skall kunna ges en direkt effekt och utesluta invändningar grundade på nationellt immaterialrättsskydd. Det är härvid särskilt intressant att notera, att FriH jämföres med Lomé-konventionen. Denna konvention är en uppföljning av 1969 års Yaoundé-konvention, vars bestämmelser om avgifter med samma verkan som tullar ansågs äga direkt effekt i det tidigare relaterade Brescianifallet (se ovan).

<sup>92</sup> Jfr. Blok, not 38, s. 469.

<sup>93</sup> Mål 96/75 EMI Records, not 86, motiv 11.

Att bestämmelserna om kvantitativa restriktioner skulle kunna äga direkt effekt ligger nära till hands. Det har i annat sammanhang konstaterats att dessa regler i FriH på ett betydelsefullt sätt skiljer sig från konkurrensreglerna i samma avtal. De är nämligen tillräckligt klara och förbehållslösa för att utan särskilda föreskrifter kunna tillämpas i praktiken. Art. 13 tillsammans med art. 20 bör därför kunna grunda rättigheter (och indirekt även skyldigheter) för enskilda.<sup>94</sup> Nationella domstolar är förpliktade att avslå en intrångstalan när bifall skulle leda till att den nationella immaterialrättslagstiftningen tillämpas som en kvantitativ begränsning i handeln mellan Sverige och EG.

I Sverige har den skisserade konflikten indirekt kommit upp i ett varumärkesmål inför civil domstol.<sup>95</sup>

Fakta i målet var följande: Ett tyskt företag (T) etablerade i början av seklet ett dotterbolag i Storbritannien (S) till vilket rätten till vissa varumärken på bl.a. den brittiska marknaden överfördes. I samband med första världskriget överlät T. sina intressen i S. som därigenom blev en självständig juridisk enhet. Omkring 1960 inledde S. export av produkter under de aktuella varumärkena till Sverige. Samtidigt lät T. för egen del registrera dessa varumärken i Sverige. I det närmaste tio år senare väckte T. talan mot S. om varumärkesintrång. I tingsrätten, som biföll T:s talan, berördes FriH:s betydelse för frågan bara i förbigående. I sin vadeinlaga utvecklade emellertid S., genom sin svenske agent, sin syn på FriH:s inverkan och hävdade att T:s talan borde ogillas med stöd av avtalet. Till följd av förlikning mellan parterna kom denna fråga dock aldrig att bli prövad inför domstol.

Fakta och frågeställning i det berörda fallet ligger mycket nära dem som förelåg i det av GD avgjorda Café Hag-målet.<sup>96</sup> Ett domstolsavgörande i saken hade varit av stort intresse för att belysa spörsmålet om FriH:s genomslagskraft i Sverige och svenska myndig-

<sup>94</sup> Se utförligare bilaga E. nedan. Jfr. överensstämmande uppfattning hos Küchler, not 23, s. 196.

<sup>95</sup> Helsingborgs Tingsrätt, Hans Hauenschild – Kemiska Byggnadsprodukter. Målet överklagat till Hovrätten över Skåne och Blekinge, Dnr T 155/75. Se även NO:s avskrivningsbeslut 1975.12.12., Dnr 381/74.

<sup>96</sup> Mål 192/73 Café Hag, (1974) ECR s. 731.

heters följsamhet gentemot den tolkning av begreppet "åtgärd med liknande verkan" som kvantitativ restriktion, som gjorts i gemenskapen. Enligt den här förfäktade uppfattningen borde intrångstalan ha ogillats med hänvisning till FriH:s art. 13 och art. 20.

Sammanfattningsvis torde för FriH:s del gälla att varuutbytet mellan Sverige och gemenskapen inte kan förhindras med stöd av nationell immaterialrättslagstiftning i vidare mån än mellan EG:s medlemsstater.<sup>97</sup>

<sup>97</sup> Jfr. Küchler, not 23, s. 205.

## V. TILLÄMPNING I PRAKTIKEN

Frihandelssamarbetet är indelat i två faser. Först kommer övergångsperioden, som sträcker sig från den 1 januari 1973 till den 1 juli 1977. Därefter skall det ordinarie frihandelssamarbetet löpa. För detta samarbete skall liksom enligt EFTA-överenskommelsen statistiska förhållanden råda, såvida parterna inte utvidgar avtalet till nya områden. Övergångsperioden har främst haft till syfte att successivt avveckla tullar och andra restriktioner för varuutbytet. Efter den 1 juli 1977 kvarstår tull bara för s.k. känsliga produkter — visst järn, stål och papper. I avtalet har det ej markerats att någon motsvarande etappindelning skulle gälla för konkurrenssamarbetet. I princip har reglerna härom varit tillämpliga fullt ut från begynnelsen. Det är emellertid naturligt, att parterna i praktiken inte prioriterat denna del av samarbetet. Under övergångsperioden har i stället tonvikten lagts vid att fastställa och klart avgränsa vilka produkter som omfattas av avtalet. Den blandade kommittén har därför ägnat huvudintresset åt justering av ursprungsreglerna. Vidare har ansträngningarna gällt tullavvecklingen. Art. 23 har därför hittills kommit i skymundan i samarbetet. En till den blandade kommittén knuten underkommitté för konkurrensfrågor har aviserats men ännu ej inrättats. När väl de mellanstatliga barriärerna av offentlig karaktär helt avskaffats, är det emellertid möjligt att parterna aktivare kan komma att övervaka konkurrensens efterlevnad.

### 1. Frihandelsavtalet i Sverige

Internt i Sverige har FriH:s konkurrensregler inte förorsakat någon mer omfattande diskussion. Näringsfrihetsombudsmannen (NO) och Marknadsdomstolen (MD) har hittills inte direkt befattat sig med art. 23. I sin rapport till de nordiska kartellmyndigheternas sammankomst på Gotland 1973 uttryckte NO beträffande den praktiska tillämpningen av art. 23 en uppfattning, som i allt väsentligt överensstämde med de svenska förarbetsuttalandena till FriH. NO avsåg att avvakta de verkliga behoven innan han var beredd att föreslå

konkreta åtgärder. Beträffande *undersökningar och informationsutbyte* angavs, att FriH inte föranledde några speciella administrativa förändringar för svenskt vidkommande. "Man får utgå från att ett ömsesidigt utbyte av utredningsmaterial kommer till stånd. Detta bör i varje fall gälla material som finns tillgängligt utan särskilda utredningar. De berörda myndigheterna måste emellertid själva avgöra i vilken omfattning begärd information kan överlämnas."<sup>98</sup>

Beträffande *det interna svenska förfarandet* vid överträdelse från svenska företags sida anförde NO: "För det fall att även den blandade kommittén finner att kartellen strider mot reglerna i avtalet och kartellparterna vägrar att ändra överenskommelsen torde Kungl. Maj:t bemyndiga NO att föra talan mot kartellparterna inför marknadsdomstolen för att genomdriva en ändring eller ett upphävande av kartellavtalet."<sup>99</sup>

**Extraterritoriell tillämpning i Sverige.** Några ärenden som direkt berör FriH har således inte behandlats av ämbetet. Indirekt berörs dock samhandeln mellan Sverige och gemenskapen i Bayer—Kerr-målet<sup>100</sup> på ett sätt som skulle kunna föranleda tillämpning av art. 23. Det tyska företaget Bayer vägrar leverera dentalprodukter till ett svenskt grossistföretag med hänvisning till att Bayer redan företrädes av återförsäljare i tillräckligt antal på den svenska marknaden. Det drabbade företaget har anmält förhållandena till NO, som i sin tur hos MD har hemställt att förhandlingar måtte inledas för att undanröja den påtalade begränsningen. Bayer saknar fast representation på den svenska marknaden för sin dentaldivision. Med tanke på att samhandeln mellan Sverige och gemenskapen berörs i ärendet skulle tillämpning av FriH:s regler och förfarande kunna aktualiseras.<sup>101</sup> Hittills har ärendet dock behandlats uteslutande med stöd av KBL.

Tidigare har uttalanden i förarbeten och praxis markerat återhållsamhet när det gäller den svenska lagens tillämplighet på utländska

<sup>98</sup> Stencilerat sammandrag av NO:s synpunkter i anledning av FriH, s. 6.

<sup>99</sup> Promemorian s. 6.

<sup>100</sup> Målet är anhängiggjort hos MD genom skrivelse av den 27.5.1975, Dnr 170/75.

<sup>101</sup> Det skall dock framhållas att en selektiv marknadsföring kunnat godtas i en rad kommissionsbeslut. Gemenskapen har inte heller på samma sätt som Sverige understrukit skyddet gentemot lågpriskanaler.

rättssubjekt.<sup>102</sup> Hittills rådande inställning i Sverige till "extraterritoriell tillämpning" torde kunna sammanfattas i följande punkter:

1. Uppstår verkan av svenska företags konkurrensbegränsande handlingar i utlandet, förutsätter ingrepp med stöd av KBL regeringens tillstånd.
2. Är det utländska företaget etablerat på den svenska marknaden genom dotterföretag eller filial, äger KBL tillämpning på samma villkor som gentemot svenska företag.
3. Har det utländska företaget en agent eller annan mellanhand på den svenska marknaden, ingriper myndigheterna mot mellanhanden. Härigenom nås det utländska företaget indirekt.
4. Saknas nämnd anknytning är det osäkert i vilken utsträckning svensk lag kan tillämpas. KBL medger inte ingrepp mot främmande företags överträdelse av bruttoprisförbudet och anbudskartellförbudet när överträdelsen iscensatts utomlands. För förbudens tillämplighet förutsattes att åtgärderna vidtagits här i riket. Förhandlingsfallet i 5 § skiljer sig dock från förbudsfallen. För att nämnda bestämmelse skall vara tillämplig krävs endast att *effekten* uppkommit här i landet. Förarbetsuttalandena tyder dock på att återhållsamhet skall iakttas även på denna punkt.<sup>103</sup>

Möjligen bör NO:s agerande i Bayer-Kerr-målet ses som uttryck för en omsvängning i den restriktiva inställning som hittills rått. En sådan utveckling skulle stämma väl överens med förhållandena utomlands. Det kan dock framhållas, att det nu är flera år sedan Bayer-Kerrs leveransvägran anmäldes till NO. Målet anhängiggjordes i MD 1975, men har ännu inte förts till huvudförhandling.

**Konkreta ärenden.** F.n. utreds i Danmark ett ärende som har anknytning till svenska förhållanden och som kan komma att aktualisera en bedömning av det svenska FriH.<sup>104</sup> Bakgrunden är följande: I Sverige råder sedan ett par år prisstopp på papper som används inom grafisk industri. Detta prisstopp har skapat en konstlad skill-

<sup>102</sup> Se prop. 1953:103 med förslag till lag om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning inom näringslivet, s. 216 - 219.

<sup>103</sup> Se prop. 1953:103 s. 217. Jfr. *Bernitz, U. m.fl.*, Sjöfart och konkurrensrätt (Göteborg 1976) s. 94 - 101, som dock ställer sig positiva till möjligheten att med stöd av KBL nå utländska företag.

<sup>104</sup> De Grafiske Fag i Köpenhamn samordnar aktionen. Inga officiella dokument finns att hänvisa till.

nad mellan priserna i Sverige och utomlands. Det har gjorts gällande att prisskillnaden förstärks av kartellsamarbete mellan de svenska pappersproducenterna. Den skilda prisnivån har haft betydelse för den grafiska industrin i Örestadsregionen. Papperspriset utgör en betydande del av grafiska varors slutpris, och existerande skillnad påstås från dansk sida snedvrida konkurrensbetingelserna. Huruvida förfarandet kan beivras med stöd av FriH är osäkert. I den mån prisskillnaderna är följden av ett samordnat agerande mellan de svenska producenterna torde dock art. 23 vara tillämplig.

Ytterst gäller problemet emellertid det nationella prisstoppets förenlighet med FriH:s förbud mot åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa restriktioner. Ärendet, som har varit föremål för danska (och svenska) myndigheters prövning, är anmält till EG-kommissionen. För gemenskapens vidkommande har liknande konflikter mellan nationell prislagstiftning och gemenskapsrättens förbud mot åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa restriktioner inte blivit slutgiltigt löst. Frågeställningen har aktualiserats i GD,<sup>105</sup> men det är ännu för tidigt att dra några generella slutsatser av detta avgörande. Det är dock inte uteslutet, att nationell prislagstiftning under vissa omständigheter kan förklaras oförenlig med gemenskapsrätten.<sup>106</sup> Som framgår av det ovan redovisade fallet kan även frihandelsarbetet påverkas av prislagstiftning. Bestämd ställning till om FriH kan åberopas mot dylik lagstiftning kan dock inte tas förrän klarare riktlinjer utbildats i EG. Även om det principiellt skulle kunna hävdas att FriH är tillämpligt, förefaller det under nuvarande omständigheter mindre sannolikt att någon part är beredd att driva en så långtgående tes.

F.n. överväger de danska grafikerna att etablera ett särskilt inköpsbolag i Sverige. För den händelse att de härvid skulle utsättas för leveransvägran eller diskriminerande priser, sätts FriH:s regler på prov. Det förefaller klart att ett sådant förfarande från de svenska företagens sida skulle vara oförenligt med avtalet.

<sup>105</sup> Prisstoppsfrågor har berörts i mål 31/74 Galli, (1975) ECR s. 47.

<sup>106</sup> Se *Waelbroeck, M.*, Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire (Bryssel 1975) spec. konklusioner s. 43.



## 2. Frihandelsavtalet i EG

Inte heller i gemenskapen har FriH:s regler kommit till användning i något enskilt konkurrensrättsligt ärende. I SABA-beslutet <sup>107</sup> markerade dock kommissionen den betydelse FriH:s bestämmelser framledes kan komma att få. SABA – tillverkare av radio och TV-apparater i Tyskland – har upprättat exklusivavtal med sina återförsäljare i och utanför gemenskapen. Dessa avtal var föremål för kommissionens prövning i den omfattning de berörde interna EG-förhållanden. I kommissionsbeslutet konstaterades att SABA undanröjt de restriktioner, mot vilka invändningar riktats och som påverkade handeln mellan medlemsstaterna. Trots att kommissionen endast har till uppgift att övervaka tillämpningen av RomF, avkrävdes SABA garanti för att de skadliga klausulerna skulle undanröjas även i dess avtal med företag i EFTA-stater så snart den i FriH stadgade övergångsperioden löpt till ända.

Det är första gången frihandelssamarbetet synes ha inverkat på kommissionens beslut i ett enskilt ärende och detta utan att krav framställts från någon EFTA-stat.

Frihandelsavtalen med EFTA-staterna berördes i ett snarlikt ärende under 1977. <sup>107a</sup> Den tyska urproducenten Junghans hade upprättat exklusivavtal med återförsäljare i gemenskapen. Återförsäljarna förbjöds bl.a. att exportera Junghans klockor utanför EG. Eftersom bestämmelsen inte påverkade konkurrensen inom EG kunde negativattest meddelas. I sitt beslut framhöll kommissionen speciellt att klockorna skulle komma att tullbeläggas vid två tillfällen innan de kunde reimporteras till gemenskapen. En import kunde därför inte ske till konkurrenskraftiga priser, vilket utslöt en potentiell begränsning av samhandeln mellan medlemsstaterna. Avslutningsvis konstaterade kommissionen att den kunde komma att inta en annan inställning till reimport från EFTA-staterna efter den 1 juli 1977 eftersom tullskyddet då gentemot dessa länder skulle vara avvecklat.

Mellan SABA-beslutet och Junghans-beslutet finns en betydelsefull skillnad. I SABA-beslutet har kommissionen självant värvat om

<sup>107</sup> SABA-ärendet, JO 76 L 28/19.

<sup>107a</sup> Se JO 77 L 30/14.

frihandelsreglerna, medan i Junghans-beslutet saknas denna omsorg om frihandelssamarbetet. Det senare beslutet siktar enbart till att upprätthålla konkurrensen i gemenskapen.

Junghans-beslutet förefaller att vara i strid med frihandelssamarbetets anda och beslutet är inte acceptabelt i den utsträckning exporten till EFTA-staterna verkligen begränsas av EG-företagens dispositioner. Det är principiellt sett riktigare när kommissionen, som i SABA-beslutet, aktivt övervakar att reglerna i frihandelsavtalen med EFTA-staterna följs.

**Extraterritoriell tillämpning i EG.** Under övergångsperioden har EG i flera fall ingripit mot EFTA-företags konkurrensbegränsande åtgärder. Besluten är i dessa ärenden genomgående grundade på bestämmelserna i RomF och inte på reglerna i FriH.<sup>108</sup> I vissa av dessa fall hade dock tillämpning av FriH kunnat diskuteras. Inte minst låg en prövning av det schweiziska avtalet nära till hands i Hoffmann—La Roche-beslutet.<sup>109</sup>

Hoffmann innehar en ledande ställning på världsmarknaden för lugnande medel och vitaminpreparat. Denna dominans tilldrog sig kommissionens uppmärksamhet till följd av företagets prispolitik. Att Hoffmann har sitt egentliga säte i Schweiz medförde begränsningar i kommissionens undersökningsbefogenheter. De i 1962 års tillämpningsförordning (nr 17/62) förutsedda möjligheterna att genomföra husundersökningar samt att infordra upplysningar och handlingar från berörda företag kan inte utsträckas utanför EG-området. Kommissionen kunde därför bara få de upplysningar Hoffmann frivilligt lämnade. Emellertid bistod en f.d. tjänsteman hos

<sup>108</sup> Svenska intressen har berörts av beslut riktade till SKF:s franska dotterbolag, JO 74 L 343/19 resp. till Gränges som aluminiumfabrikant, JO 75 L 228/13. Vidare har svenska företag tangerats av kommissionens undersökningar i läkemedels-, kabel- och kättingindustrin. Trä- och pappersproducenterna kontrolleras fortlöpande. Enligt Veckans Affärer 1977:10 s. 35 har EG:s konkurrensmyndigheter under mars 1977 genomfört husundersökning hos de norska och svenska tidningspappersbrukens (Holmen, Stora Kopparberg och SCA) gemensamma försäljningsorganisation i London. Att husundersökning genomförts och att kommissionen riktar sig till det engelska dotterbolaget visar att kommissionen avser att använda RomF:s bestämmelser.

<sup>109</sup> Hoffmann—La Roche, JO 76 L 223/27.

Hoffmann kommissionen med mer ingående information om företagets handlande. När uppgiftslämnaren sedermera kom på ett tillfälligt besök till Schweiz blev han gripen, anklagad för industri-spionage i strid med schweizisk strafflagstiftning. Först sedan kommissionen ställt borgen blev han försatt på fri fot.<sup>110</sup>

Av de preliminära undersökningarna hade framgått att Hoffmann missbrukat sin marknadsdominerande ställning på ett flertal punkter. Eftersom företagets agerande störde såväl handeln mellan EG:s medlemsstater som handeln mellan EG och Schweiz uppstod frågan om RomF eller det schweiziska frihandelsavtalet skulle tillämpas.

Innan undersökningarna helt slutförts antydde från kommissionshåll att en procedur i överensstämmelse med frihandelsavtalets regler inte var utesluten.<sup>111</sup> Eftersom Hoffman har sitt säte och sin huvudsakliga verksamhet i Schweiz hade en sådan lösning tett sig naturlig. Ärendet kom också upp till behandling i den blandade kommittén mellan EEC och Schweiz, dock utan att förhandlingarna ledde fram till ett konkret resultat. Kommissionen slutförde i stället sina egna undersökningar och meddelade beslut i ärendet i juni 1976. I beslutet berördes inte frihandelsavtalet mellan Schweiz och EEC.

Detta avgörande ligger i linje med kommissionens "extra-territoriella" tillämpning av RomF:s konkurrensregler. Gemenskapspraxis i detta avseende torde kunna sammanfattas i följande punkter: 1. Vid export från gemenskapen till tredje land ingriper kommissionen bara i den utsträckning EG-företagens åtgärder får återverkningar på konkurrensförhållandena inom gemenskapen.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> Den officiella dokumentationen av denna del av ärendet är synnerligen bristfällig. Se dock kommissionssvar på parlamentsfrågor redovisade i JO 75 C 19/23, 86/50, 161/50 och 209/14.

<sup>111</sup> I svar på parlamentsfråga redovisat i JO C 219/15 anför kommissionen: "The Commission has initiated two concurrent but quite separate procedures: under Council Regulation No 17/62 in respect of presumed breaches of Articles 85 and 86 of the EEC Treaty and under the Agreement in respect of repercussions on trade between the Community and Switzerland. It is too early to say what action will ultimately be taken on either count."

<sup>112</sup> Jfr. följande kommissionsbeslut: AEG/Elotherm—Rickermann, JO 68 L 276/25; DECA, JO 64 173/2761; Raymond—Nagoya, JO 72 L 143/39; SABA, JO 76 L 28/19. Märk dock det tidigare beskrivna undantaget för EFTA-länderna.

2. RomF är tillämpligt så snart ett tredjelandsföretag är representerat i en medlemsstat genom filial eller dotterbolag och de av företaget beslutade åtgärderna inverkar på konkurrensförhållandena inom gemenskapen. Det ifrågavarande företaget anses då självt agera på gemenskapsmarknaden.<sup>113</sup>
3. Den vid 2 angivna förutsättningen är visserligen tillräcklig men inte nödvändig. RomF är nämligen tillämpligt även på samarbetsavtal och missbruk av dominerande ställning såvitt den *omedelbara effekten* av förfarandet uppkommer inom EG.<sup>114</sup>
4. Tecken finns på att GD anser RomF tillämpligt gentemot främmande företag även om bara *indirekta effekter* – konkurrensbegränsningen är i första hand riktad mot annan marknad – uppstår på den gemensamma marknaden. Denna långtgående extraterritoriella tillämpning synes vara inspirerad av amerikansk praxis.<sup>115</sup>

Det skall dock framhållas att det föreligger en viss diskrepans mellan EG-myndigheternas möjligheter att å ena sidan principiellt ta ställning till "främmande" företags handlingar och å andra sidan genom sanktioner beivra dylikt förfarande.<sup>116</sup> Gemenskapen har stött på problem vid delgivning av beslut.<sup>117</sup> Vidare har metoderna

<sup>113</sup> Jfr. GD mål 48-49 och 51-57 ICI m.fl., CMLR 1972 s. 557 och mål 6-7/73 ZOJA, (1973) ECR s. 357.

<sup>114</sup> Jfr. GD mål 22/71 Beguelin, (1971) Slg s. 949; mål 6/72 Continental Can, (1973) ECR s. 215; kommissionens beslut i Duro-Dyne-Eurpair, JO 75 L 29/11; Preserved Mushrooms, JO 75 L 29/26; SKF-kullager-ärendet, JO 74 L 343/19.

<sup>115</sup> Se GD:s beslut i ZOJA-målet, not 113. ZOJA, ett italienskt företag som vägrats leveranser av viss råvara, exporterade 90 % av sin produktion till länder utanför EG. Under förhandlingarna erbjöds ZOJA leverans av 10 % av sina totala behov av råvaran. Dessa 10 % skulle täcka ZOJA:s produktion för EG-marknaden. Därmed borde enligt motpartens uppfattning RomF:s krav ha tillgodosetts. Denna ståndpunkt godtogs emellertid inte av GD. Om ett företag, som har en dominerande ställning på den gemensamma marknaden, söker eliminera en konkurrent, är det enligt domstolens mening utan betydelse om det är exporten som berörs så snart det kan konstateras att effekter uppkommer inom EG (domsmotiv 33). Ett liknande beslut träffades av kommissionen i Henkel-Colgateärendet, JO 72 L 14/14.

<sup>116</sup> Jfr. Pålsson, L., EG-rätt (Lund 1976) s. 64.

<sup>117</sup> Se ICI-domen, not 113, motiv 34 - 44.

för verkställighet av beslutade sanktioner efter hand fått finslipas. I sina beslut ålägger gemenskapen numera det främmande bolaget att solidariskt med det företag som är verksamt inom EG betala utdömda böter. Härigenom utesluts i allmänhet praktiska indrivningsproblem genom att möjligheten att söka det i EG verksamma företaget alltid kvarstår.<sup>118</sup>

**Konkreta ärenden.** Som framhållits har inte något ärende fullföljts i gemenskapen enligt det förfarande som frihandelsavtalen med EFTA-staterna föreskriver. Under hand har jag dock fått kännedom om att ett ärende, som rör gemenskapens frihandelsavtal med Österrike och Portugal, kan bli föremål för prövning.

I detta ärende lär en tysk och en österrikisk tillverkare av papper av speciell sort gemensamt genom dumping, påtryckningar och leveransvägran hindra ett danskt företag att etablera sig på bl.a. den portugisiska marknaden. Enligt uppgift skall det danska företaget ha vägrat att samarbeta i en priskartell.<sup>119</sup> Under förutsättning av att det danska företags uppgifter är riktiga och att detta också kan ledas i bevis kan förfarandet vara i strid med frihandelsavtalen. Departementet för utrikesekonomi i Danmark antyder i skrivelse till det danska företaget möjligheten för företaget att anmäla ärendet till kommissionen för vidare åtgärder.<sup>120</sup>

**Sammanfattningsvis** kan det fastslås att FriH:s konkurrensregler inte erhållit den betydelse som det fanns anledning att vänta 1973. Varken i Sverige eller i EG har regelsystemet hittills ställts på prov. Ingenta parten har visat någon vilja att utnyttja reglerna för att inskrida mot begränsningar av samhandeln mellan parterna. I stället tillämpas i möjligaste mån det interna regelsystemet även på utländska rättssubjekt. Först när dessa möjligheter uttömts förefaller det kunna bli aktuellt att pröva systemet i FriH. Ett par ärenden med nära anknytning till FriH är under utredning. Huruvida de kommer att leda till att FriH:s regler utnyttjas är dock osäkert.

<sup>118</sup> Se utvecklingen mellan ICI-domen, not 113, motiv nr 147 och ZOJA-domen, not 113, motiv nr 51.

<sup>119</sup> Ärendet befinner sig alltså på utredningsstadiet och det finns inga officiella dokument att hänvisa till. Leveransvägran i ärendet består bl.a. i att ett svenskt företag nekat att leverera till det danska företaget inför hotet att förlora andra betydligt större kunder.

<sup>120</sup> Tänkbara åtgärder är enligt skrivelsen såväl ingrepp med stöd av frihandelsavtalet som ingrepp baserat på RomF:s konkurrensregler.

## VI. SLUTSATSER

### 1. Sammanfattning

En bärande tanke för frihandelssamarbetet mellan Sverige och EEC är att det skall äga rum under upprätthållandet av rättvisa konkurrensvillkor. Parterna har förbundit sig att övervaka, att företag inte genom överenskommelser eller missbruk av dominerande ställning återupprättar barriärer för samhandeln.

Dessa konkurrensregler har materiellt sett erhållit en utformning, som nära överensstämmer med förebilden i RomF. Reglerna i de båda avtalen uppbäres av ett likartat skyddsintresse. Detta faktum talar för att reglerna bör tolkas på ett likartat sätt. Till yttermera visso har gemenskapen deklarerat, att den för sin del avser att tolka reglerna i överensstämmelse med motsvarande regler i RomF. Sverige har å sin sida angivit, att landet inte är bundet av gemenskapens tolkningsförklaring, men att Sverige i praktiken uppfattar knytningen till RomF som positiv.

FriH är införlivat såväl med svensk rätt som med gemenskapsrätten. Dess bestämmelser kan därför grunda rättigheter och i vissa fall även skyldigheter för enskilda. Förutsättningen är att den aktuella bestämmelsen är klar till sitt innehåll och inte är beroende av kompletterande tillämpningsregler.

Frågan huruvida FriH:s konkurrensregler uppfyller nämnda förutsättningar och således har direkt effekt är omtvistad och svårbedömd. *Teoretiskt* finns det starka skäl som talar för den direkta effekten. Genom knytningen till RomF är regeln klar till sitt innehåll. Parterna, vari inbegripes deras domstolar och övriga myndigheter, får enligt FriH inte vidta åtgärd, som kan äventyra förverkligandet av avtalets syften. Vid yrkande om fullgörelse av ett avtal i strid med FriH borde det därför åligga en domstol att ogilla talan. Från *en praktisk utgångspunkt* nås ett annat resultat. En helhetsbedömning av parternas intentioner, regelns utformning (oförenlighet och inte förbud), konstruktionen med förhandlingar och skyddsåtgärder samt bristen på motsvarighet till de till RomF knutna administrativa tillämpningsföreskrifterna talar *mot* en direkt effekt. Det förefaller

realistiskt att anta att domstolar främst kommer att ta fasta på dessa synpunkter och därför inte ge rättsreglerna direkt effekt. En annan sak är att tolkningen av tillämpliga nationella regler skall genomsyras av den folkrättsliga förpliktelsen. I den mån denna ståndpunkt godtas, minskas i hög grad det praktiska intresset av konkurrensreglernas direkta effekt.

Annorlunda förhåller det sig dock beträffande åtgärder som grundas på nationellt immaterialrättsskydd. Åberopas t.ex. svensk varumärkeslagstiftning för att hindra import av varor, bör FriH:s regler vinna tillämpning inför nationellt forum om handeln mellan Sverige och EG berörs. Med stöd av förbudet mot åtgärder med samma verkan som kvantitativa restriktioner bör en intrångstalan ogillas på samma grunder som inom gemenskapen. Nämnade förbud är klart. Några förbehåll har inte gjorts vid förhandlingarna och bestämmelsen erfordrar inte särskilda tillämpningsföreskrifter.

Onekligen står nu en behandling av FriH på tur i gemenskapspraxis. Antagligen kommer fakta och problemställning i det ärende som först kommer under GD:s behandling att få stor betydelse för den framtida tillämpningen av FriH. Uppkommer en bedömning av konflikten mellan nationell immaterialrätt och FriH:s förbud mot kvantitativa restriktioner först, är det sannolikt att GD ger FriH en omfattande genomslagskraft. Detta kommer i sin tur troligen att påverka bedömningen av FriH i dess helhet både inom gemenskapen och i EFTA-staterna.

Om FriH:s konkurrensregler inte ges direkt effekt, kvarstår frågan vilken betydelse de kan komma att få i de folkrättsliga relationerna mellan Sverige och gemenskapen. Under övergångsperioden har inga avgörande förhandlingar förts mellan gemenskapen och någon EFTA-stat i den ordning FriH föreskriver. Mot denna bakgrund måste det ifrågasättas om reglerna kommer att få större betydelse än motsvarande, i praxis föga tillämpade regler i EFTA-överenskommelsen. Alla tecken tyder f.n. på att parterna i första hand så långt möjligt kommer att tillämpa sin interna rätt på motpartens rättssubjekt. Först när denna möjlighet uttömts aktualiseras bestämmelserna i FriH. Sannolikheten är härvid stor för att avtalet huvudsakligen kommer att användas mot uppenbara konkurrensbegränsningar som påverkar handeln mellan parterna — närmast import- och exportkar-

teller. Det är däremot mindre troligt att parterna under den närmaste framtiden gemensamt kommer att eftersträva en generellt sett effektiv konkurrens i frihandelsområdet.

## 2. Utveckling av samarbetet

På sikt är en sådan begränsad verkan av FriH:s konkurrensregler inte rimlig. Parterna har i avtalets preambel och målparagraf angivit att de lägger vikt vid rättvisa konkurrensvillkor i samarbetet. Skall detta mål kunna uppnås, är det angeläget att parterna söker förfina och utveckla det administrativa systemet i avtalet.

I första hand aktualiseras härvid åter det svenska förslaget i samband med förhandlingarna om avtalet. Den svenska tanken var att kommissionens undersökningsbefogenheter skulle utsträckas till det svenska territoriet. Då kommissionen genomför sina undersökningar i nära samråd och samarbete med resp. nationella myndigheter torde ev. betänkligheter från suveränitetssynpunkt inte böra tillmätas nämnvärd praktisk betydelse.

Vidare förefaller det rimligt att, i enlighet med det svenska förslaget, inrätta en särskild skiljenämnd, underställd GD i tolkningsfrågor, hos vilken kommissionsbeslut skulle kunna överklagas. Skiljenämnden skulle innehålla representanter för parterna. Lösningen med skiljenämnd skulle innebära att gemenskapen i enlighet med bestämda önskemål kan bevara sin beslutsautonomi i huvudsak oinskränkt.

Även det tredje ledet i förslaget, som innebar att Sverige skulle erhålla säte i Kommittén för kartell- och monopolfrågor, verkar rimligt. Kommittén har bara rådgivande befogenheter och erbjuder en god möjlighet för parterna i frihandelsområdet att successivt samordna sin politik.

Det nu berörda förslaget ansågs från EG:s sida alltför vittgående men förefaller likväl kunna tjäna som utgångspunkt för en vidareutveckling av samarbetet. Det finns därför anledning att återkomma till det i den blandade kommittén med stöd av avtalets utvecklingsbestämmelse (art. 32). Ett system av den föreslagna typen skulle betydligt bättre än det nuvarande svara mot frihandelsarbetets mål. Det förefaller dessutom rimligt att anlita en förfinad mekanism



i ett samarbetsavtal mellan administrativt och industriellt välutvecklade parter. Förslaget har vidare den fördelen, att det utan svårighet kan utvidgas till att omfatta hela Västeuropa. I dag är samtliga västeuropeiska industriländer med undantag för Spanien (som dock förhandlar om ett nytt avtal med EG) mer eller mindre bundna till gemenskapens konkurrenssystem. Den föreslagna ordningen skulle innebära ett framsteg i det sedan länge eftersträfvade internationella samarbetet på konkurrensområdet. Dylik samordning vore till fördel för berörda myndigheter, samtidigt som den skulle öka rättssäkerheten genom att uppställa enhetliga och klarare regler för enskilda rättssubjekt.

Huruvida den skisserade målsättningen kan nås beror i första hand på gemenskapens inställning. EG har tidigare avvisat det svenska förslaget med hänvisning till den interna beslutsautonomin. Kvarstår denna invändning alltjämt bör andra former för utveckling av samarbetet prövas. En tänkbar lösning vore att på konkurrensområdet efterbilda det nyligen inledda europeiska patentsamarbetet. Det skulle innebära, att gemenskapen internt höll sig med ett regelsystem, vilket inte påverkades av utanför stående stater. Samtidigt skulle en yttre konvention skapas, som stod öppen för samtliga västeuropeiska stater. Ett internationellt organ – möjligen OECD – skulle utrustas med erforderliga befogenheter, samtidigt som möjligheter till rättslig överprövning av fattade beslut måste skapas.

### 3. Ändringar i svensk rätt

Det finns alla skäl att vara försiktig i förhoppningarna om en snar internationell samordning. Hittills har EG-myndigheterna visat begränsat intresse för önskemål härom. Från svensk sida bör man därför gardera sig vid utformningen av den planerade nya svenska konkurrenslagstiftningen. Å ena sidan bör revisionen säkerställa att Sverige kan uppfylla sina folkrättsliga åtaganden. Å andra sidan måste det sörjas för att svenska myndigheter får erforderliga rättsliga medel för att ingripa mot konkurrensbegränsande störningar från utländska företag.

Till sin formulering överensstämmer den nu gällande KBL inte

med art. 23 i FriH. En genomgång av praxis visar dock att några grundläggande skillnader inte föreligger mellan svensk rättspraxis och tolkningen av reglerna i EG. Departementschefens uttalanden i propositionen till FriH kan tolkas som en bekräftelse på lagharmoni och en fingervisning om att den svenska lagen bör tolkas i överensstämmelse med våra internationella åtaganden. Österrike gick omedelbart efter ratificeringen av FriH ett steg längre än Sverige och garanterade att frihandelsavtalet skulle efterlevas genom uttryckligt lagstadgande.<sup>121</sup>

Det förefaller mindre sannolikt att Sverige *uttryckligen* skulle kunna acceptera en så långtgående anpassning till gemenskapsrätten. Här till torde det finnas ett alltför utbrett politiskt motstånd. Däremot finns det anledning att anta, att den svenska konkurrensutredningen i vissa delar kommer att snegla på gemenskapsutvecklingen. Oberoende av om särskilt stadgande införs härom eller inte, är det en vedertagen tolkningsprincip att senare lagstiftning förmodas stå i överensstämmelse med statens traktatförpliktelser. Det finns anledning att fastslå detta faktum i förarbetena om särskild regel inte införes i lagen.

Beträffande den svenska konkurrensbegränsningsrättens tillämplighet på internationella förhållanden begränsas idag myndigheternas aktionsmöjligheter av vissa uttalanden i förarbetena till 1953 års lag. Vidhåller gemenskapen framgent tendensen att i första hand tillämpa sin interna rätt på förhållanden som berör frihandelsarbetet, bör svensk lag kunna utnyttjas på ett likartat sätt. (En utvidgning av lagens tillämplighet på internationella förhållanden är f.ö. angelägen även bortsett från frihandelsarbetet). Lagen bör således utan särskilda inskränkningar kunna användas så snart ett främmande företags åtgärder får sina skadliga effekter i Sverige. Så långt möjligt skall myndigheter ges rätt att inskrida och styra de främmande företagens agerande när marknadsförhållanden i Sverige påverkas. Lagen bör medge att sanktioner kan riktas mot dessa företag. Verkställighet av sanktioner bör kunna ske t.ex. genom omhändertagande av till Sverige exporterade varor eller betalning för desamma. Ytterst

<sup>121</sup> Enl. § 24 (2) i KartG är en kartell otillåten om den strider med den rätta tillämpningen av frihandelsavtalet mellan EEC och Österrike. Kartellgesetz, Bundesgesetzblatt Nr 460, 13/12 1972.

bör lagen, i överensstämmelse med amerikanska förebilder, ge möjlighet att helt utestänga företag, som inte följer gällande spelregler på den svenska marknaden. Denna nationalistiska och principiellt sett mindre tillfredsställande lösning är i linje med den internationella utvecklingen. Tillämpade i ett större antal länder kommer åtgärderna snabbt att öka behovet av en internationell samordning.