

Juridiska institutionen

Handelshögskolan vid Göteborgs universitet

Konkurrensrätt och miljöhänsyn

- Särskilt om miljörettens producentansvar

Tobias Bengtsson

Juris kandidatprogrammet

Tillämpade studier, 20 poäng

VT 2003

Handledare: Filip Bladini

Juridiska institutionen vid

Göteborgs universitet

Innehållsförteckning

Innehållsförteckning.....	1
Kapitel 1 Inledning.....	4
1.1. Syfte och frågeställningar.....	4
1.2. Disposition.....	5
1.3. Metod.....	5
Kapitel 2 Den större bilden: marknadsekonomi och miljö.....	6
2.1. Negativa externa effekter.....	6
2.2. Miljöpolitiken och dess styrmedel.....	6
2.2.1. Principen att förorenaren betalar.....	7
2.2.2. Skiftande miljöproblem.....	8
2.2.3. Något om målkonflikter inom miljövården.....	9
2.3. Är ekonomisk vinst och miljövinster samma sak?.....	10
Kapitel 3 Konkurrensrätt och miljöhänsyn - allmänt.....	12
3.1. Konkurrensrättens rationalitetsgrund.....	12
3.2. Exempel på miljöstrategier som kan påverka konkurrensläget.....	13
3.2.1. Miljömärkning.....	14
3.2.2. Offentlig upphandling och andra myndighetsåtgärder.....	15
3.2. Hur hanterar konkurrensrätten konflikter med andra rättsområden?.....	16
3.2.1. Betydelsen av annan lagstiftning.....	16
3.2.2. Verksamhet med särskilt syfte.....	17
3.3. Konkurrensmyndigheternas policy beträffande miljöinitiativ.....	18
3.3.1. Riktlinjer för statligt stöd till skydd för miljö.....	19
3.3.2. Riktlinjer för miljöavtal.....	20
3.3.3. Exempel från kommissionens praxis.....	21
3.4. Den rättsliga gränsen för möjligheterna att ta hänsyn till miljövinster.....	24
Kapitel 4 Producentansvar för varor.....	26
4.1. Bakgrund och syfte.....	26
4.2. Lagstiftningen.....	27
4.2.1. Historik.....	27
4.2.2. De svenska förordningarna.....	28
4.2.3. Regleringens innebörd.....	29
4.3. Insamlingssystemens organisation.....	30
4.3.1. Systemens aktörer.....	30
4.3.2. Producenternas ensamrätt.....	32
4.3.3. Kommunernas roll.....	33
4.4. Systemens ekonomi.....	34
4.4.1. Företagsnivån.....	34
4.4.2. Samhällsnivån.....	35
Kapitel 5 Producentansvar och konkurrensrätt - översikt.....	36
5.1. Allmänt om konkurrensläget för verksamheter i producentansvarets följd.....	36
5.2. Förhållandet svensk och europeisk konkurrensrätt.....	38
5.3. Tillgäng praxis avseende producentansvarets insamlingssystem.....	39
5.4. Relevanta marknader för bedömning av insamlingssystem.....	40
5.4.1. Den primära marknaden.....	40
5.4.2. Berörda marknader.....	42
5.4.3. Ytterligare marknader av intresse.....	45
5.4.4. Särdrag för de relevanta marknaderna.....	46
Kapitel 6 Konkurrensrättens tillämplighet på producentansvarets.....	48

insamlingssystem	48
6.1. Producentansvarets betydelse vid tillämpning av konkurrensrätten.....	48
6.1.1. Svensk praxis.....	48
6.1.2. Europeisk praxis	49
6.2. Konkurrensrätten ej tillämplig beroende på verksamhetens särskilda syfte.....	50
6.3. Kommentrar till konkurrensrättens tillämplighet på producentansvarets insamlingssystem	51
6.4. Ökade möjligheter att erhålla undantag till följd av miljösyftet.....	52
6.4.1. Svensk praxis.....	52
6.4.2. Europeisk praxis.....	54
Kapitel 7 Konkurrensregler avseende producentansvarets insamlingssystem.....	55
7.1. Producentens betalningsskyldighet kopplas till användning av ett varumärke	55
7.1.1. DSD-fallet	55
7.1.2. Kommentrar.....	56
7.2. Frågan om kontrollen över materialet.....	57
7.2.1. Svensk praxis.....	58
7.2.2. Europeisk praxis	59
7.2.3. Vidare kommentar och diskussion	60
7.3. Avtalen med insamlingsentreprenörer	63
7.3.1. Exklusivitet och kontraktstider.....	63
7.3.2. Kontroll över infrastrukturen mm.	65
7.4. Avtalen med återvinnare	66
7.4.1. Om återvinningsavtal sluts	67
Kapitel 8 Slutsatser	68
Källförteckning.....	71
Litteratur.....	71
Offentligt tryck.....	72
Propositioner	72
Statens offentliga utredningar	72
Departementsserier.....	72
Övriga officiella rapporter.....	72
Rättsfall	73
EG-domstolens domar.....	73
Förstainstansrättens domar	73
Kommissionens beslut.....	73
Konkurrensverkets beslut.....	73
Domar från Marknadsdomstolen.....	74
Övriga domar.....	74
Övriga källor	74

Kapitel 1 Inledning

1.1. Syfte och frågeställningar

Det här arbetet har sitt ursprung i en tämligen allmän undran inför vad som händer när klassiskt marknadsekonomiska målsättningar som kommersiell frihet och – inte minst – konkurrens möter det allt starkare intresset att värna miljön. Från ett mer rättsligt perspektiv kan konkurrensrätten sägas representera de marknadsekonomiska målsättningarna och miljöintresset kommer, naturligtvis, till uttryck i miljörätten. Såväl miljörätten som konkurrensrätten uppställer en mängd krav på marknadens aktörer, men med vitt skilda syften. Rent spontant kan det antas att konkurrensrätten strävar efter maximal produktion medan miljöintresset ibland snarare är det motsatta. Frågeställningen som uppkommer är huruvida det förekommer att de bägge rättsområdena kommer i konflikt med varandra? Om så är fallet, hur hanteras sådana konflikter inom ramen för konkurrensrätten?

Från denna mycket allmänna del kommer framställningen fördjupas till att mera i detalj undersöka ett specifikt miljörättsligt regelverk och dess förhållande till konkurrensrätten: nämligen producentansvaret för varor. I detta syfte kommer producentansvaret och dess praktiska tillämpning att beskrivas relativt utförligt. Nästkommande moment blir naturligen att försöka applicera det konkurrensrättsliga regelverket på den verksamhet som växt fram som en följd av producentansvaret. Vilka konkurrensregler är relevanta i sammanhanget? Kan de tillämpas ”på normalt sätt” på verksamheter i producentansvaret följd? Vad kräver konkurrensrätten av marknadens aktörer inom detta område?

Under arbetet med uppsatsen har det tydliggjorts hur nytt och outforskat området är. Producentansvaret är en helt ny företeelse inom miljörätten och arbetet med att genomföra det har inte funnit några helt fasta former; mycket är oklart. Än mer outforskat är dess konkurrensrättsliga implikationer. De insamlingssystem som vuxit fram är komplexa företeelser och att fullödigt beskriva deras funktionssätt skulle kunna vara ämne nog för en uppsats i sig. En svårighet har bestått i över huvud taget kunna beskriva systemen utifrån ett konkurrensrättsligt perspektiv. Definitionen av enkla begrepp som säljare, köpare och marknad ter sig inte lika självklara som i ”normalfallet”.

Slutligen skall redan här påpekas att arbetet inte på något sätt gör anspråk på att fullständigt redogöra för alla aspekter av de nämnda frågeställningarna, vare sig när det gäller konkurrensrättens förhållande till miljöintresset i allmänhet eller för de konkurrensrättsliga aspekterna på producentansvaret.

1.2. Disposition

Framställningen inleds i kapitel 2 med att problematiken sätts in i en större kontext. Vad som för juristen blir till en juridisk fråga om miljöintressets plats i konkurrensrätten är, åtminstone enligt min mening, i själva verket bara en utlöpare av en mycket större frågeställning som handlar om hur vi i marknadsekonomi allmänt betraktar och värderar intresset av en god miljö. Det är en frågeställning med ideologiska och filosofiska implikationer. Jag har valt att kort beskriva vissa allmänna ekonomiska samband. Den som redan tycker sig ha visst begrepp om de frågeställningarna kan hoppa över kapitel 2.

Tanken är att framställningen därefter snävas in till att först avse konkurrensrätt och miljövärd i allmänhet, därefter konkurrensrätt och producentansvar för att slutligen utreda vissa specifika konkurrensrättsliga regler i samband med producentansvaret. I kapitel 3 redogörs sålunda för konkurrensrättens allmänna möjligheter att tillvarata miljöintresset. I kapitel 4 beskrivs hur den miljörättsliga regleringen kring producentansvar är uppbyggd. I kapitel 5 och 6 diskuteras vilka problem som uppstår när konkurrensrätten appliceras på verksamheter orsakade av producentansvaret. I kapitel 7 görs slutligen ett försök att konkret fastställa några konkurrensrättsliga regler som kan tänkas gälla för sådana verksamheter.

1.3. Metod

Informationen i arbetet härrör till övervägande del från olika typer av officiella dokument, såsom rapporter, rättsfall mm. Vad gäller juridisk litteratur finns endast en mycket begränsad materia skriven med relevans för de beskrivna frågeställningarna. Kunskapsinhämtning genom litteraturstudium har därför främst skett avseende vissa ekonomiska samband. Viss information avseende det svenska producentansvarets praktiska genomförande har inhämtats genom intervjuer av två personer verksamma inom insamlings- respektive återvinningsindustrin, vilka har önskat vara anonyma.

Kapitel 2 Den större bilden: marknadsekonomi och miljö

Själva grunden för den marknadsekonomiska teorin ligger i att den ekonomi som tillåter fria marknader mer eller mindre automatiskt förväntas uppnå optimal resursallokering. I den perfekt fungerande marknadsekonomin kommer t.ex. ett företag som av någon anledning inte producerar så effektivt som det borde kunna göra, att slås ut och försvinna till förmån för de företag som utnyttjar resurserna effektivare. På olika sätt – men alltid med den egna vinsten eller nyttan i sikte – ser marknadens aktörer till att fatta de beslut som leder till den högsta möjliga samhällsekonomiska nyttan. I detta inledande kapitel skall några aspekter på hur dessa mekanismer förhåller sig till det allt viktigare målet om en god miljö nämnas.

2.1. Negativa externa effekter

Problemet i sammanhanget är att marknadsekonomin inte optimerar användningen av alla resurser. Vissa resurser, såsom rent vatten och diversifierad fauna, är kollektiva till sin natur. Ingen enskild person har för egen del särskilt mycket att vinna på att just hans beteende inte tär på de gemensamma resurserna. De är ju ändå ”gratis” och för den enskilde finns ingen trängande anledning att spara på dem. Dessutom rör det sig om tillgångar av mycket långsiktig natur; man måste räkna med tidsrymder på hundratals år, vilket kapitalisten knappast kan göra. Från ett marknadsekonomiskt, teoretiskt, perspektiv är detta enda anledningen till att marknadsekonomin tenderar att skapa miljöproblem. Om företagaren exempelvis hade haft en högst begränsad, individuell, mängd vatten att förbruka hade den resursen antagligen använts synnerligen varsamt. De skador som produktionen åsamkar de kollektiva resurserna brukar benämnas negativa externa effekter.¹

2.2. Miljöpolitiken och dess styrmedel

Det är just för att hantera negativa externa effekter som det behövs en miljöpolitik. Staten (eller möjligtvis annan överordnad aktör) tar på sig rollen att förvalta de gemensamma resurserna. Bland de metoder som står till buds (miljöpolitikens styrmedel) brukar man fr.a. skilja på administrativa och ekonomiska styrmedel.² Administrativa styrmedel handlar om klassisk lagstiftning, oönskade verksamheter förbjuds och beläggs med sanktioner. De

¹ Begreppet ”negativa externa effekter” förekommer allmänt i ekonomisk litteratur.

ekonomiska styrmedlen innebär att staten genom varierande ekonomiska instrument favoriserar ett visst miljövänligt beteende framför andra (skadliga beteenden). Man drar nytta av enskilda aktörers vilja att inte betala mer än nödvändigt för en vara eller tjänst.

När miljöregler tillkommer anses det vara önskvärt att de inte ger upphov till störningar i marknadsekonomins funktionssätt, vilket emellertid har visat sig vara ganska svårt. Administrativa styrmedel kan kräva en omfattande kontrollapparat för att följa upp att alla regler följs. De kan även bli något trubbiga med tanke på att förutsättningarna för att uppnå ett gott miljöskydd kan växla kraftigt mellan olika verksamheter. Detaljerade föreskrifter kan lämpa sig mindre väl. Med en grov generalisering har det på senare år blivit allt vanligare med ekonomisk lagstiftning, vilket har att göra med att denna anses, rätt använd, gå mer i samklang med marknadsekonomins funktionssätt.³

2.2.1. Principen att förorenaren betalar

Det föreligger ett starkt samband mellan önskan att minimera ingreppen i marknadsekonomin och utvecklingen av den miljörättsliga principen att kostnaderna för statens miljöskydd skall falla på den som orsakar som orsakar miljöskador: förorenaren betalar-principen eller ”polluter pays principle” (PPP).⁴ Ovan har konstaterats att marknaden i sig självt ofta är oförmögen att effektivt förvalta de gemensamma resurserna. Framväxten av PPP, från 1970-talet och framåt, kan ses i ljuset av en önskan hos marknadsinriktade ekonomer att rätta till denna ”marknadsekonomins brist”.⁵

Staten tar på sig rollen som ägare av de gemensamma resurserna och låter således de privata aktörerna betala ett sorts ”marknadspris” för utnyttjandet av dessa resurser. Betalningen sker vanligen i form av skatter och avgifter. Exempel är skatt på utsläpp av koldioxid eller handel med utsläppsrättigheter. Det handlar om att internalisera de ovan nämnda externa kostnaderna för produktionen – att förvandla miljöstörande verksamhet till en kostnad i företags resultaträkning. Givet att aktörerna måste betala det ”verkliga priset” för miljöstörande verksamhet, samt tesen att marknaden automatiskt ställer in sig på optimal resursallokering

² Se t.ex. Wandén, Stig: ”Målkonflikter och styrmedel – Ett centralt miljöstrategiskt problem”, Stockholm 1997, s 33 f.

³ Wandén, s 33.

⁴ Gandy, Matthew: ”Recycling and Waste”, s 26.

⁵ Gandy, s 25.

borde marknadsekonomin i teorin kunna mer eller mindre eliminera sin brist att förstöra miljön.⁶ Om det exempelvis (p.g.a. av ekonomiska styrmedel) vore lika ekonomiskt ogynnsamt att odla tomater på ett miljöstörande sätt som det idag är att odla tomater som smakar illa, skulle sådan miljöstörande odling snart upphöra, d.v.s. företaget skulle slås ut från marknaden.

Dessa är de bärande ekonomiska tankarna bakom principen att förorenaren betalar. De antaganden som görs kan naturligtvis kritiseras. Från ekonomisk synpunkt är det allmänt vedertaget att marknaden mycket sällan fungerar perfekt och det torde vara närmast omöjligt att sätta det korrekta priset för försämrad miljö. Teorierna, med åtföljande styrmedel, kan även kritiseras för att vara alltför trubbiga och inte ta hänsyn till ekosystemens komplexitet, vissa skador kan aldrig repareras och då hjälper det knappast att miljöförstöraren har betalat för att få orsaka skadan.⁷

Oavsett dess grad av förträfflighet har principen fått starkt genomslag i modern svensk och internationell miljö rätt. När den svenska miljö rätten reformerades i och med införandet av miljö balken (MB) gavs förorenaren betalar-principen stor betydelse för lagreglernas utformning. I MB 2:8 kommer principen till uttryck som en s.k. allmän hänsynsregel vilken gäller för all verksamhet eller alla åtgärder som kan påverka miljön. Det kanske bästa exemplet på principens genomslag i svensk miljö rätt återfinns i lagreglerna rörande producentansvar (kap. 15). Även på europeisk nivå har principen givits en mycket framskjuten plats. I artikel 174 EGF, vari gemenskapens miljö politik beskrivs, står att läsa att politiken skall bygga på principerna om försiktighet, förebyggande, att miljö förstörelse skall stoppas vid källan samt att förorenaren skall betala.

2.2.2. Skiftande miljö problem

Sedan de ”upptäcktes” under 1800-talet har miljö problemen ändrat karaktär ett flertal gånger. I modern tid startade miljö debatten på allvar under 1960-talet, då miljö gifterna började diskuteras under stor uppmärksamhet. Debatten blev början till den moderna miljö rätten. Den tunga industrin (för det var i stort sett bara fabriker som stod för dessa utsläpp) fick krav på sig att minska utsläppen eller helt byta metoder. För produktionen formulerades principer som

⁶ Owens, S.; Amderson, V.; and Brunskill, I.: ”Green Taxes”, s 4.

⁷ Hughes, J. Donald: ”An Enviromental History of the World”, s 211.

”begränsningsregeln” och användande av ”bästa möjliga teknik”, vilka emellertid bara gällde för vissa verksamheter, s.k. punktkällor.⁸

Vi tycks för närvarande befinna oss i ett ännu ett paradigmskifte inom miljövärden. Uppmärksamheten från politiker och miljöintresserade personer i övrigt har tidigare framför allt riktats mot metoderna för produktion. Det har gällt att minimera utsläppen av miljögifter, stoft mm och i Sverige måste detta arbete betecknas som framgångsrikt eftersom utsläppen från punktkällor har minskat kraftigt. Tyngdpunkten i problematiken har istället förskjutits mot vad som kommer ut av produktionen, produkterna. Dessa är fortfarande ofta miljöovänliga genom att de innehåller olika ämnen med förmåga att störa ekosystemen. Påverkan från den enskilda varan är inte stor, men den kanske måste multipliceras med en miljon eller mer. Och även om produkterna inte är direkt skadliga i sig kvarstår hela masskonsumtionens problematik: begränsade råvaruresurser, varorna måste transporteras och inte minst måste de hanteras på något sätt när de är uttjänta. Miljöfrågorna har därför allt mer kommit att handla om produkter istället för produktion, om konsumenter och deras beteende istället för om producenter.⁹

2.2.3. Något om målkonflikter inom miljövärden

Jag tror en vanlig, om än omedveten, utgångspunkt för diskussion i ämnen som berör miljövärd är att det föreligger en konflikt mellan miljöhänsyn och ekonomiska hänsyn. Att en reglering som är välvilligt inställd till näringsliv och industri knappast är miljömässigt gynnsam och vice versa – det handlar om en begränsad mängd resurser som efter avvägning skall fördelas mellan olika intressen. Sambandet mellan miljöregleringarnas stränghet och ekonomisk styrka är en alltför omfattande frågeställning för att kunna beröras djupare här. Jag kan endast konstatera att det råder delade meningar och att sambanden är svårare än vad som först kan antas. Enligt Porter-hypotesen kan stränga miljökrav rent av verka positivt på näringslivets ekonomiska framgångar.¹⁰

Vad som vid ett första påseende upplevs som en nollsummespel mellan ekonomi och miljö kan, i vissa fall, visa sig vara mycket mer komplicerat. I en rapport på temat delas dylika

⁸ ”Framtidens miljöproblem”, bilaga 25 till långtidsutredningen LU/90, s 38.

⁹ ”Framtidens miljöproblem”, s 76 ff.

¹⁰ Carraro, C. Och Siniscalco, D.: ”New Directions in the Economic Theory of the Environment”, s 44.

målkonflikter schematiskt bl.a. in i äkta resp. oäkta målkonflikter.¹¹ De äkta målkonflikterna är inte särskilt komplicerade; för att uppnå ett visst miljöskydd måste medel tas från annan verksamhet och det är svårt att se något (åtminstone kortsiktigt) ekonomiskt utbyte av åtgärden. Konflikterna leder oundvikligen till politiska avvägningar.

De s.k. oäkta målkonflikterna är mer intressanta. Det kan röra sig om en miljöreglering som tycks föra med sig vissa negativa effekter för näringsliv eller stat. Regleringen hanterar visserligen miljöproblemet ifråga, men på bekostnad av krångel eller kostnader för marknadsaktörerna. De negativa effekterna uppkommer emellertid endast eller till stor del p.g.a. det sätt på vilket lagstiftaren valt att utforma styrmedlen eller hur styrmedlen tillämpas av berörda aktörer. Det finns egentligen mer briljanta sätt att angripa miljöproblemet men de har kanske förbisetts av brist på korrekt information eller konservativt tänkande. Det är svårt att ge konkreta, obestridliga exempel på oäkta målkonflikter; i den mån de blir kända får man utgå från att situationen korrigeras. Ett exempel kan vara fastighetsbeskattningen som medför högre skatt för den som bor i ett energisnålt hus, varigenom en investering i minskad energiförbrukning missgynnas av lagstiftningen.¹²

2.3. Är ekonomisk vinst och miljövinster samma sak?

Den allt mer betydelsefulla miljöaspekten inlemmas sålunda i det allmänna (marknads)ekonomiska tänkandet. Miljöförstöring blir en ekonomisk kostnad. Synsättet, som ibland tillräknas den neoklassiska skolan, tycks ha stor uppslutning inom den nationalekonomiska vetenskapen. Mot den bakgrunden förefaller det rimligt att fråga sig hur den verksamhet som inte anses försämra miljön och inte heller vara neutral, utan rent av bidra till en bättre miljö, bör betraktas i detta sammanhang. Eftersom negativ miljöpåverkan är en ekonomisk förlust borde positiv miljöpåverkan vara en ekonomisk vinst. Jag avser inte närmare spekulera i frågan hur positiva externa effekter bör behandlas i ekonomin. Men det kan konstateras att frågan är intressant för syftet av denna uppsats. Konkurrensrätten strävar efter en så väl som möjligt fungerande marknadsekonomi och en förändrad syn bland ekonomer på miljöns roll borde kunna ge vissa implikationer på rättens tillämpning. Detta är en stor fråga som det knappast finns utrymme att försöka besvara här. Det blir istället fråga

¹¹ Wandén, s 20 ff.

¹² Wandén, s 27.

om att undersöka något hur miljömässiga värden i praxis medtagits i den konkurrensrättsliga bedömningen, särskilt i sammanhanget av producentansvar.

Kapitel 3 Konkurrensrätt och miljöhänsyn - allmänt

Från den övergripande frågeställningen om samband mellan miljövärd och ekonomi snävas problematiken nu in till att gälla miljöintressen och konkurrensrätten. Skillnaden ligger i att konkurrens huvudsakligen avser lika möjligheter företag emellan på en given marknad medan ekonomisk styrka i allmänhet är en mycket vidare fråga. För mig ter det sig rimligt att utgå från att miljöreglerna inte snedvrider konkurrensen på marknaderna – reglerna är desamma för alla företag. Jag har svårt att se något i ”miljörättens väsen” som leder det på kollisionskurs med den väl fungerande marknaden. Med regler som är tillräckligt väl avvägda och med en icke-diskriminerande tillämpning och som tar hänsyn till ekonomins funktionssätt borde det inte behöva uppstå några konflikter i det aktuella sammanhanget. Någon gång kan det möjligen vara så att ett pris ett företag får betala inte är rimligt eller att miljöreglerna tillämpas på ett diskriminerande sätt. Kanske kan miljöregler tänkas kunna bidra till att konservera rådande marknadsförhållanden. I dessa fall kan det röra sig s.k. oäkta målkonflikter.

3.1. Konkurrensrättens rationalitetsgrund

En diskussion rörande miljöhänsynens plats inom konkurrensrätten aktualiserar vissa mer allmänna frågor avseende konkurrensrättens mål och medel. Vad är egentligen konkurrensrättens syften och hur bör man bäst gå tillväga för att uppnå syftena? Det handlar om att närmare identifiera konkurrensrättens grundläggande rationalitet. Mer än inom andra rättsområden framstår svaren på dessa frågor som oklara. Vad som lär vara klart är att konkurrensrätten, åtminstone som ett av flera mål, strävar efter maximal ekonomisk effektivitet på marknadsekonomisk grund. Inom ekonomisk teori råder ingen enighet om hur ekonomiskt effektivitet bäst uppnås. Vilket synsätt man väljer att ansluta sig till kan få implikationer på rättstillämpningen t.ex. för hur viktigt det anses vara att undvika marknadskoncentration. Det torde inte vara möjligt att idag påstå att konkurrensrätten stöder sig på någon enskild ekonomisk teori, utan argumenten kan hämta näring från olika ”skolor”.

Nästa fråga är om andra värden än strikt ekonomiskt effektivitet (”extra-competition arguments”) kan tillåtas påverka den konkurrensrättsliga bedömningen (visserligen kan nog frågan om ekonomisk teori få viss påverkan även på denna fråga). Inte heller här ger rättskällorna några helt klara besked. Klart är åtminstone att andra värden *kan* ha betydelse.

Det finns ingen rättsgrundsats som säger att endast marknadens effektivitet får användas som utgångspunkt för den rättsliga bedömningen. EG:s konkurrensrätt är speciell såtillvida att den (liksom all EG-rättslig tolkning) kan påverkas av målsättningen om fortsatt europeisk integration. Denna ”integrationsprincip” får dock betecknas som ett särfall och den har inte heller någon betydelse vid bedömningar som sker enligt nationell rätt. I övrigt är det sannolikt att konkurrensrätten präglas av klassiska uppfattningar om rättvisa och hedersamt beteende i affärlivet, liksom av att resultatet av bedömningen måste vara godtagbart från samhällelig synpunkt. Om ett samgående mellan två företag framstår som enda alternativet till omfattande arbetslöshet på en viss ort lär det vara en faktor som talar för att godkänna fusionen.

Frågan om miljöhänsynens roll inom konkurrensrätten kan sålunda sättas in i en större fråga om vilka värden som hör hemma i en konkurrensrättslig bedömning.¹³ När det gäller miljöaspekter bör det noteras att det kanske kan vara möjligt att inkorporera dem i bedömningen av samhällsekonomisk effektivitet i enlighet med det synsätt som behandlar miljömässiga resurser som vilken annan ekonomisk resurs som helst. På så vis behöver aldrig målet om ekonomisk effektivitet vägas mot ett ”mjukt” värde som omsorg om naturen, eller om man så vill; miljöargumentet ges en ekonomisk maskering.

3.2. Exempel på miljöstrategier som kan påverka konkurrensläget

I detta avsnitt berörs översiktligt några punkter där ambitioner på miljöområdet kan anses påverka konkurrenssituationen negativt. Åtgärderna är inte av sådan art att de kan angripas rättsligt med stöd av de vanliga konkurrensreglerna. Det är därför svårt att vidare diskutera dem inom ramen för en uppsats i konkurrensrätt, trots deras relevans för frågeställningen konkurrens/miljö.

Konkurrensverket har i samarbete med kommerskollegium och NUTEK framtagit en rapport över sambandet mellan olika miljöregleringar och ”policies” å ena sidan, samt (bl.a.) konkurrenssituationen å andra sidan.¹⁴ I rapporten bedöms att det i princip inte borde föreligga någon konflikt mellan samhällets miljömässiga krav och målet att uppnå effektiv

¹³ En översikt av de i avsnitt 3.1. diskuterade frågorna, se Bladini: ”Den konkurrensrättsliga argumentationen”, i Festskrift till Birger Sturevold Lassen, 1997, s 155-172.

¹⁴ ”Miljö, handel och konkurrens – spelregler för effektiva marknader”, Konkurrensverkets rapportserie 1998:1.

konkurrens. Om samma regler gäller för samtliga aktörer på den aktuella marknaden borde också alla konkurrenter drabbas av samma ”börda” för att tillmötesgå miljökraven.¹⁵

Det sagda, att miljöhänsyn inte borde stå i konflikt med målet om god konkurrens, har emellertid enligt konkurrensverket inte hindrat att vissa miljösträvanden likväl har resulterat i, eller kan resultera i, en snedvidande effekt på konkurrensen.¹⁶ De konflikter konkurrensverket beskriver gäller till stor del problematiken kring att länderna tillämpar olika miljökrav och därmed begränsar konkurrensmöjligheterna. Den sortens konflikt ligger emellertid utanför syftet med denna uppsats. Här skall några punkter tas upp som skulle vara problematiska ur konkurrenssynpunkt på vilken given marknad som helst. Frågan om producentansvaret tas heller inte upp här utan kommer att behandlas utförligt i påföljande kapitel.

3.2.1. Miljömärkning

Ovan har allmänt diskuterats marknadsekonomins möjligheter att tillvarata miljöintressen, varvid en viktig förutsättning är att aktörerna agerar utifrån tillförlitlig information. S.k. miljömärkning har setts som ett betydelsefullt att informera miljömedvetna konsumenter om varors miljöpåverkan och sätta press på företagen att tillverka miljövänliga produkter. Idag figurerar ett flertal olika miljömärkningar på den svenska marknaden varav de viktigaste är det officiellt sanktionerade ”Svanen”, KRAV-märkningen samt Naturskyddsföreningens ”Bra miljöval”.

Konkurrensverket m.fl. anser att dagens system med märkning innebär klara risker för konkurrensläget.¹⁷ Konkurrensverkets kritik skulle kunna sammanfattas som att den information konsumenten erhåller genom märkningen inte är helt tillförlitlig i alla avseenden. Det finns ingen garanti för att icke-märkta varor är sämre för miljön än märkta varor. Många varor har aldrig prövats enligt märkningens kriterier och har därför inte möjlighet att vara märkta. Det är sannolikt att stora företag har lättare att få sina produkter märkta, jämfört med mindre företag. Utländska varor saknar oftare den svenska märkningen oavsett vilken miljöpåverkan varorna har, vilket kan antas bero på att det medför större svårigheter för en

¹⁵ Konkurrensverkets rapportserie 1998:1, s 35.

¹⁶ Konkurrensverkets rapportserie 1998:1, s 35.

¹⁷ Konkurrensverkets rapportserie 1998:1, s 63 f.

utländsk firma att ta hänsyn till, och erhålla, märkningen. Det är också ett faktum att viss marknadsdelning skett i det att internationella bolag känt sig tvungna att ta fram en särskild produkt för svenska marknaden, vilket i sin tur resulterat i högre priser. Slutligen innebär en bedömning av en produkts totala miljöpåverkan en mycket komplex operation och miljömärkning innebär med nödvändighet grova förenklingar. Bör t.ex. variabler som transportsträckan eller energiåtgången för tillverkning av varans förpackning bedömas?

3.2.2. Offentlig upphandling och andra myndighetsåtgärder

Naturligtvis bör myndigheter verka för ett mer miljöanpassat samhälle. Konkurrensverket m.fl. hävdar dock att detta borde kunna göras med iakttagande av målet om god konkurrens, det ena behöver möjligtvis inte utesluta det andra.

Den offentliga upphandlingen kan vara ett kraftfullt verktyg för att påverka företagen i miljövänlig riktning och det har blivit allt vanligare att kommuner och myndigheter ställer olika typer av krav på leverantörernas miljöarbete. Vanligt förekommande är att endast företag med certifiering från EMAS eller ISO 14001 (detta är EU:s resp. Internationella Standardiseringsorganisationens standarder för miljöstyrning och miljörevision) kommer ifråga. Det bör noteras att dessa certifieringar endast visar att företaget har ett miljöledningssystem och inte mäter kvalitén på det faktiska miljöarbetet. Kraven kan även avse märkning enligt de ovan nämnda svenska miljömärkningarna.

Även i övrigt förekommer betungande krav på redovisning av företags miljöarbete i anbudsunderlagen. Exempel som nämns är krav på redovisning huruvida leverantören använder transporttjänster som utförs på regummerade däck med viss kemisk sammansättning eller ej, om transporten sker med diesel och i så fall av vilken miljöklass o.s.v. Alltför omfattande krav på redovisning av denna typ gynnar sannolikt de etablerade större svenska företagen framför små eller utländska.¹⁸

Andra åtgärder av intresse i sammanhanget är subventioner i form av lokala investeringsbidrag. I slutet av 1990-talet betalade regeringen ut ca. 5,4 mdr i s.k. lokala investeringsbidrag till projekt på miljöområdet. Subventioner är visserligen ett ekonomiskt styrmedel, men anses likväl vara problematiskt ur konkurrenssynpunkt. Problemet med

subventioner är alltid att de riskerar att tränga undan redan befintliga eller potentiella företag i branschen. Så anses ha skett när subventioner utgick till kommunerna för att sysselsätta arbetslösa med återvinning av elektronikskrot, samtidigt som en bärkraftig kommersiell industri försökte etablera sig på området. Rent allmänt är generella avgifter för miljöbelastande verksamhet istället att föredra som ekonomiskt styrmedel.¹⁹

3.2. Hur hanterar konkurrensrätten konflikter med andra rättsområden?

Konkurrensrätten är i princip tillämplig på ekonomins alla sektorer, inbegripet sådana verksamheter som är föremål för särskild nationell eller gemensam lagstiftning. Klart är dock konkurrensrätten knappast skulle kunna fungera om exakt samma krav gällde för alla verksamheter oavsett vilken inriktning de har eller vilken bransch de är verksamma inom. När ett företag exempelvis har agerat på ett konkurrensbegränsande sätt p.g.a. myndigheters föreskrifter vore det märkligt att ställa företaget till svars härför. Exempel på branscher med omfattande särreglering är transport- och bankverksamhet. Om vi antar att det ibland kan uppstå konflikt mellan konkurrensrättens mål och målen för andra rätts- och politikområden; vilka mekanismer finns då i konkurrensrätten för att hantera situationen?

3.2.1. Betydelsen av annan lagstiftning

Den svenska konkurrenslagen undantar uttryckligen bl.a. viss jordbruksverksamhet från lagens tillämpning. I lagstiftningen nämns dock inget allmänt om hur de situationer skall hanteras, då konkurrensrättens mål förefaller stå i konflikt med annan lagstiftning. I förarbetena till KL anges dock att den situation kan uppkomma att riksdagen efter avvägning mellan olika allmänna intressen beslutat om konkurrenshämmande regleringar. När företag agerar i enlighet med sådana regleringar skall konkurrenslagen inte tillämpas.²⁰

Inte heller inom gemenskapens lagstiftning finns något uttryckligt undantag för företag som verkar under särskilda rättsliga krav. Från EG-domstolens praxis är det tydligt att det råder en princip om undantag från konkurrensförbudet då överträdelsen kan anses vara betingad av annan lag. Man har inom EG-rätten talat om ”tvingande karteller” (compulsory cartels). Det ledande fallet torde vara *Ladbroke*, i vilket domstolen uttalar att förbudet mot karteller inte

¹⁸ Konkurrensverkets rapportserie 1998:1, s 60 f, samt s 98.

¹⁹ Konkurrensverkets rapportserie 1998:1, s 56 ff.

kan tillämpas då ett (annat) regelverk skapar en rättslig miljö "...which itself eliminates any possibility of competitive activity on their part...".²¹ En helt annan sak är att den ifrågavarande medlemsstaten ev. gör sig skyldig till fördragsbrott genom upprätthållandet av den konkurrensbegränsande lagstiftningen.

Det förefaller helt naturligt att branschvis reglering ges företräde framför allmänna konkurrensrättsliga regler (jfr. den allmänna rättsgrundsatsen att *lex specialis* går före *lex generalis*). Den intressanta frågan får istället anses vara vilken grad av kausalitet som krävs mellan den särskilda regleringen och konkurrensbegränsningen ifråga för att principen skall kunna tillämpas. Även om det konstaterats att ett samarbete i huvudsak kan anses vara orsakat av en särreglering måste det kunna visas att samarbetet inte i något hänseende går längre än vad som är nödvändigt med hänsyn till särregleringen. Inblandade företag får endast underkasta sitt kommersiella handlingsutrymme nödvändiga och proportionerliga begränsningar ("ancillary restraints").²² Det kvarlämnade utrymmet för konkurrens skall lämnas orört och utnyttjas.

På miljöområdet förekommer det inte sällan att avtal inom branscher kommer till stånd efter påtryckningar från statligt håll. Branscher uppmanas hantera ett miljöproblem genom en branschtäckande avtal. Tekniken betraktas som ett mer flexibelt alternativt till tvingande lagstiftningen. Från konkurrensrättslig synpunkt måste ett avtal som föregåtts av sådana påtryckningar vara att se som en sorts blandform mellan ett helt frivilligt avtal och ett som syftar till att uppfylla tvingande lag. Förmodligen granskas ett avtal som tillkommit på beskrivet sätt att bedömas på liknande sätt som avtal som baserar sig på särregleringar. Helt klart är att avtalets detaljer kommer att prövas enligt proportionalitetskravet och konkurrensbegränsande inslag är naturligtvis svårare att motivera om det inte finns tydliga lagbestämmelser att peka på.

3.2.2. Verksamhet med särskilt syfte

Även om det inte finns någon rättslig plikt att agera på ett konkurrensbegränsande sätt finns det möjligheter att verksamheten ifråga kan komma att undantas från konkurrensrättens

²⁰ Prop. 1992/93:56 s 70.

²¹ Förenade målen C-359/95 P och C-379/95 P *Ladbroke* [1997] ECR I-6265, skäl 33.

²² Om "ancillary restraints" i doktrin, se Ritter m.fl. : *EEC Competition Law, a Practitioner's Guide*, Deventer 1993, s 406-410.

tillämpning. Fördraget innehåller inte några uttryckliga undantag för särskilda typer av verksamhet, men relativt nytillkommen rättspraxis har visat att avtal med en viss social karaktär kan komma att undantas från tillämpningen av artikel 81. Vissa typer av avtal är så skilda från normal affärsverksamhet att det förefaller onaturligt att kräva att de skall uppfylla konkurrensrättens regler. I fallen *Albany*, *Brentjens* och *Drijvende Bokken*²³ fastställde domstolen en grundläggande immunitet från kartellförbudet för sektorstäckande kollektivavtal.²⁴ Det kan diskuteras om inte en liknande princip som sålunda kan gälla för avtal med sociala syften skulle kunna tillämpas för miljömässiga ändamål. Domstolen erinrade i fallen om att såväl sociala strävanden som god konkurrens ingår i gemenskapens grundläggande målsättningar enligt artikel 3 EGF, varför målen måste vägas mot varandra. Det kan noteras att även målsättningen om god miljö räknas upp i denna artikel.

I gemenskapsrätten finns sålunda åtminstone två möjligheter för särskilda verksamheter, vars syften skiljer sig markant från målet om fri konkurrens, att undantas från konkurrensrättens tillämpning. I kapitlet om producentansvar och konkurrens avser jag närmare undersöka om något av dessa undantag kan bli aktuellt för verksamheter som uppstått i producentansvarets följd.

3.3. Konkurrensmyndigheternas policy beträffande miljöinitiativ

Enligt artikel 6 EGF, som tillkom genom amsterdampfördraget, skall miljöskyddskraven integreras i såväl utformningen som genomförandet av gemenskapens politik inom samtliga områden där gemenskapen är verksam. Detta borde betyda att det även vid tillämpning av gemenskapens konkurrensrätt föreligger en skyldighet att beakta miljöskyddskrav. Den närmare betydelsen av ett så allmänt stadgande är dock svår att bedöma utan en omfattande undersökning av kommissionens rättstillämpning, vilket det ej finns plats för här. Enligt företrädare för kommissionens konkurrensdirektorat skall artikeln förstås så att miljöskyddskrav måste ingå vid bedömningen av konkurrensärenden.²⁵ I praxis från konkurrensärenden förekommer dock aldrig någon hänvisning till nämnda fördragsbestämmelse.

²³ C-67/96 *Albany International* 1999 ECR s I-05751, C-115-117/97 *Brentjens* 1999 ECR s I-06025, C-219/97 *Drijvende Bokken* 1999 ECR s I-06121.

²⁴ Bruun, Niklas och Hellsten, Jari (red.), "Collective Agreement and Competition in the EU", s 77.

²⁵ Tal av Jean-Francoias Pons, vice generaldirektör konkurrensdirektoratet, Madrid 20 september 2001.

Från kommissionens sida talas 1993 första gången officiellt om miljöhänsyn vid tillämpningen av konkurrensrätten.²⁶ Det anges bl.a. att miljöaspekterna utövar ett allt större inflytande över företagens beslutfattande och det är därför naturligt att viss ”interaktion” måste äga rum mellan gemenskapens målsättningar på miljö- respektive konkurrensområdet. Vidare betonas vikten av ”polluter pays principle”; avtal eller föreskrifter får inte leda till en felaktig prisbildning genom att miljöstörande inslag i produkter eller produktion inte ”prissätts” korrekt.

I den mån kommissionen har en allmän policy för att hantera ev. konflikter mellan konkurrenskrav och miljöhänsyn torde den kunna sammanfattas som att det inte anses existera någon sådan konflikt. Några citat kan hämtas från kommissionens offentliga uttalanden: ”Environmental concerns are in no way contradictory with competition policy”, samt ”It (kommissionen, min anm.) believes high standards of environmental protection can be met while putting in place systems that deliver services at the best value possible, within a competitive framework”.²⁷

3.3.1. Riktlinjer för statligt stöd till skydd för miljön

De av kommissionen antagna riktlinjerna för hur statligt stöd till skydd för miljön bör bedömas i konkurrensrättsligt hänseende är ett intressant dokument för frågan om ev. konflikter mellan miljöhänsyn och konkurrensrätt.²⁸ Riktlinjerna gäller som framgår av namnet statliga åtgärder vilka är underkastade gemenskapens konkurrensrätt enligt artikel 87 EGF, och inte de regler som tar sikte på företagens agerande, varför de inte specifikt träffar de konflikter jag främst intresserar mig för. De innehåller dock vissa avvägningar som jag menar är av allmänt intresse för rättstillämparens syn på förhållandet konkurrens – miljö. Jag begränsar mig här till att sammanfatta de allmänna åsikter som kommer till uttryck och går inte in på de mer specifika reglerna.

Kommissionen menar att miljöpolitiken tidigare främst varit inriktad mot att korrigera problem som hade uppstått. Direkta åtgärder, och ibland stöd, skulle lösa enskilda problem

²⁶ XXII Report on Competition Policy, 1993, s 52 ff.

²⁷ Kommissionens pressmeddelande 11 februari 2000, IP/00/48, respektive tal av Jean-Francoias Pons, vice generaldirektör konkurrensdirektoratet, Madrid 20 september 2001.

²⁸ Gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till skydd för miljön, EGT 2001 nr C 37 s 03.

som hade kunnat påvisas. Vidare hävdas att vissa stöd kan inverka negativt inte bara på handeln mellan medlemsstaterna och konkurrensen utan också hindra arbetet för en hållbar utveckling. En genomgripande attitydförändring i sättet att angripa problemen är nödvändig. Miljötänkandet måste integreras i samtliga gemenskapens program och åtgärder, vilket också har klargjorts i artikel 6 EGF. Det existerar därför inget motsatsförhållande mellan konkurrens- och miljöpolitiken.

Som metod för att genomföra detta kan riktlinjerna ses som en stark plädering för användandet av principen att förorenaren skall betala. Kommissionen skriver bl.a. att det för konkurrenspolitiken bör vara : ”...ett prioriterat mål att internalisera miljökostnaderna.”, och vidare att ”Avsaknaden av en rättvisande prissättning gör det svårare att göra medborgarna medvetna om vilka värden som står på spel och banar väg för en överexploatering av naturresurserna.”²⁹

En slutsats från riktlinjerna är att åtgärder som syftar till att förorenaren tvingas betala de verkliga kostnaderna för en produkt normalt inte kan anses vara konkurrensbegränsande i rättslig mening.

3.3.2. Riktlinjer för miljöavtal

S.k. ”miljöavtal” behandlas under en särskild rubrik i kommissionens riktlinjer angående horisontella samarbetsavtal.³⁰ Riktlinjerna är mycket allmänt hållna, men några iakttagelser skall göras.

Med miljöavtal menas, föga överraskande, sådana avtal som syftar till uppnå miljömål. Vad gäller tillåtet innehåll i avtalen råder i princip allmänna konkurrensrättsliga regler. Till s.k. ”vita klausuler” (som ej omfattas av artikel 81) hör bl.a. avtal som inte i väsentlig grad påverkar produkt- eller produktdiversiteten på den relevanta marknaden. Till de ”grå klausulerna” hör avtal som i betydande utsträckning begränsar parternas möjligheter att fastställa sina produkters egenskaper eller det sätt på vilket de tillverkar dessa. Det skulle

²⁹ Riktlinjer för statligt stöd till skydd för miljön, st. C 15 och 16.

³⁰ Gemenskapens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EGT 2001 nr C 3 s 02.

kunna röra sig om att ett antal större tillverkare överenskommer om inte längre använda en viss kemikalie i produktionen.

Konkurrensrättens möjlighet till undantag för avtal som medför ekonomiska eller tekniska framsteg kan ses som en ytterligare möjlighet att integrera miljöhänsyn i den konkurrensrättsliga bedömningen, utöver de i avsnitt 3.2. nämnda. Tidigare i framställningen ställdes frågan om miljövinster och ekonomiska vinster är samma sak. I vanligt språkbruk kan det sägas att en företags verksamhet kanske visserligen är miljömässigt gynnsam, men inte ekonomiskt rimlig. En miljömässig förbättring ställs i motsats till ekonomisk vinst. Detta torde vara det normala sättet att betrakta saken. Å andra sidan räknas ibland inom nationalekonomin med s.k. miljövinster. Helt i linje med ”polluter-pays-principle” betraktas god miljö som vilken annan ekonomisk resurs som helst, t.ex. tillgång till arbetskraft. Vid försök att beräkna samhällets nettokostnad för producentansvaret har till exempel miljövinster av att materialet återvinns istället för att deponeras medtagits som en positiv faktor.³¹ I detta sammanhang specificeras frågan till att gälla huruvida minskad konkurrens kan tolereras till förmån för en bättre miljö. Såvitt jag kan bedöma finns det ingen given rättslig lösning på den ställda frågan, utan det handlar om ett val rättstillämparen har att göra på grundval av många olika faktorer.

Kommissionens riktlinjer är inte helt och hållet klagörande i frågan, men det går att sluta sig till att miljövinster kan inkluderas i bedömningen och att de förväntade miljöfördelarna måste väga tyngre kostnaderna till följd av minskad konkurrens för att avtalet skall anses medföra ekonomiska framsteg.³² Den rimliga slutsatsen är att, åtminstone vad gäller horisontella avtal, kan intresset av effektiv konkurrens få stå tillbaka för intresset av en god miljö.

3.3.3. Exempel från kommissionens praxis

3.3.3.1. Fallet CECED

Från kommissionens praxis gällande integration av miljöhänsyn i konkurrensrättsliga bedömningar kan ärendet *CECED* betecknas som särskilt intressant, eftersom det på ett ovanligt tydligt sätt aktualiserar dessa överväganden.³³ Fallet kan ses som ett skolexempel på

³¹ T.ex. beräknas miljövinsten av att förpackningsavfall återvinns i en utredning till 948 milj. kr, Ds 1999:66 s 69.

³² Riktlinjer för horisontella samarbetsavtal, punkt 193.

³³ Kommissionens beslut *CECED*, EGT nr L 187, 26/7/2000 s 0047.

tillämpning av de ovan nämnda riktlinjerna för miljöavtal, trots att det föregår riktlinjernas tillkomst. Sakomständigheterna var att ett antal europeiska tillverkare och importörer av tvättmaskiner hade överenskommit om att helt upphöra med produktion och import av de tvättmaskiner som förbrukar mest energi. Företagen stod tillsammans för 90 % av den inre marknaden för tvättmaskiner. Fastställandet av om avtalet innebar en märkbar konkurrensbegränsning eller ej medförde inga svårigheter. Avtalet var konkurrensbegränsande *per se*, det syftade till att minska utbudet på marknaden.

Därefter bedömdes huruvida avtalet uppfyllde förutsättningarna för undantag enligt artikel 81.3. I den bedömningen skall i första hand bestämmas huruvida avtalet kan antas medföra ekonomiska eller tekniska framsteg. Det var enligt kommissionen sannolikt att avtalet faktiskt skulle innebära väsentliga energibesparingar, då tvättmaskiner står för en relativt stor del av energiförbrukningen. Större delen av gemenskapens energiproduktion i sin tur medför utsläpp av kol- och svaveldioxid, varför det fanns mycket goda skäl att anta att avtalet skulle innebära minskade utsläpp av nämnda gaser. Det gick, enligt kommissionen, till och med att uppskatta den ungefärliga kostnaden för utsläpp per ton av dessa gaser (närmare bestämt kunde miljökador till en kostnad av 285 milj. euro undvikas med hjälp av avtalet). Sammantaget ”...verkar det som om de sociala fördelarna med Ceced-avtalet är mer än sju gånger större än de ökade inköpskostnaderna för energisnålare tvättmaskiner.”³⁴ Avtalet var därför samhällsekonomiskt lönsamt och eftersom alla har nytta av god miljö kom detta även konsumenterna till del. Samarbetet beviljades följaktligen undantag.

3.3.3.2. *Kommentar*

Från det beskrivna fallet kan två omständigheter vara värda att notera. För det första rör det sig om ett ovanligt renodlat, och viss mening enkelt, fall. Att konkurrensmyndigheterna här lät miljöintresset överväga ger inte besked om hur policyn kommer vara i mer komplicerade fall. Miljövinster var mycket tydliga och de inblandade företagen hade antagligen särskilt mycket att vinna ekonomiskt på avtalet. För det andra kan det observeras att kommissionen integrerar miljövinster i en samhällsekonomisk bedömning. Genom angreppssättet är det enklare att behandla miljöintresset som ”ekonomisk förbättring”. Ifall då värdet av att undvika miljökador inte låter sig beskrivas i siffror torde utgången av bedömningen vara mer oviss.

³⁴ Beslut *CECED*, skäl 56.

3.3.3.3. *Fallet VOTOB*

Om CECED är ett ovanligt tydligt fall kan VOTOB nämnas som ett exempel på det motsatta. Sakomständigheterna var att sex nederländska företag verksamma med att hyra ut lagringskapacitet för kemikalier hade åtagit sig gentemot regeringen att minska vissa utsläpp. För att minska utsläppen krävdes tämligen omfattande investeringar och visst statsstöd hade utlovats som kompensation. När statsstödet senare drogs in bestämde sig de sex medlemmarna i VOTOB för att införa en gemensam ”miljöavgift” att tilläggas till ordinarie pris. Avgiften skulle upptas separat vid faktureringen till kunderna och medlen slussas till en fond för investeringar. Dokumentationen i fallet är begränsad eftersom ärendet avslutades sedan de inblandade företagen, efter kommissionens synpunkter, åtagit sig att inte längre tillämpa miljöavgiften.³⁵

Det är tydligt att avtalet är konkurrensbegränsande. Genom avgiften fixeras en del av priset och som konsekvens av detta kan bl.a. nämnas att incitamenten för att hitta de mest kostnadseffektiva lösningarna för de nödvändiga miljöinvesteringarna kan förväntas minska. Kommissionen vände sig framför allt mot att miljöavgiften skulle separeras från övriga priset vid faktureringen. Det ansågs visserligen vara positivt att kunderna i enlighet med förorenaren betalar-principen på så vis blev medvetna om inblandade miljökostnader, men detta resultat kunde enligt kommissionens mening uppnås genom att det helt enkelt nämndes att priset täckte kostnader för miljöinvesteringar. Beslutet har kritiserats för att sända ut negativa signaler till de företag som önskar ta egna initiativ på miljöområdet.

Det tycks vara rimligt att anta att det skulle underlätta att få till stånd branschvisa miljöförbättringar om det vore tillåtet att tillämpa gemensamma miljöavgifter på beskrivet sätt i syfte att finansiera åtgärderna. Samtidigt är det från konkurrensrättslig synpunkt svårt att se det strikt nödvändiga (jfr. p. 3 i undantagsbestämmelserna) i förfarandet. I fallet VOTOB torde inte investeringarna på något sätt försvåras genom att företagen genomför dem på individuell basis. Från allmän synpunkt ligger miljövinsten med avtalstypen snarare i att ett företag kan förvissa sig om att konkurrenterna kommer drabbas av samma kostnader, när företaget överväger huruvida en miljöinvestering skall genomföras eller ej.

³⁵ Fallet refereras översiktligt i XXII Report on Competition Policy, s 106 f.

3.4. Den rättsliga gränsen för möjligheterna att ta hänsyn till miljövinster

Av det hittills anförda står klart att miljöaspekterna kan ha relevans för utgången av en prövning enligt EG:s konkurrensrätt. Samtidigt är det naturligt att inte vilka konkurrensbegränsningar som helst kan accepteras bara för att avtalet ifråga råkar innehålla miljömässigt positiva inslag. Vart går gränsen där konkurrensrätten säger stopp?

En första fråga i sammanhanget kan kanske vara i vilken del av den konkurrensrättsliga bedömningen som miljöaspekterna bör medtagas. En konkurrensrättslig bedömning av ett avtal sker normalt efter ett fastlagd schema, enligt vilket det först avgörs huruvida konkurrensrätten alls är tillämplig på verksamheten ifråga. Om så är fallet bedöms om avtalet medför någon märkbar konkurrensbegränsning (art. 81.1, resp. 6 § KL), varvid det blir aktuellt att undersöka förutsättningarna för undantag (art. 81.3 resp. 8 § KL). Enligt min mening är det inte alla gånger självklart vart i denna ”trappa” som vissa positiva effekter av ett avtal lämpligen bör placeras in.

Utifrån en strikt tolkning av bestämmelsens uppbyggnad kan saken tyckas ganska enkel: enligt 81.1 fastställs om avtalet medför en märkbar konkurrensbegränsning de facto. Finns det andra effekter (positiva sådana) kan avtalet ändå godkännas, dock förutsatt av krav på proportionalitet och visst återstående konkurrensmöjlighet uppfylls. Alla avtal, oavsett vilka positiva effekter de har, måste därför passera nålsögat i 81.3 om de har konkurrensbegränsande inslag. En sådan tillämpning förefaller naturlig utifrån en logisk-systematisk tolkning.³⁶

Samtidigt är det tydligt att en alltför strikt tolkning enligt detta schema kan leda till att det blir svårare att tillgodose icke-traditionella målsättningar såsom god miljö. Gränsen för vad som är möjligt att ge undantag för torde sättas genom 81.3 p. 4, enligt vilken inblandade företag inte får ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna ifråga. Regeln är av ”stupstockskaraktär” och medger enligt sin ordalydelse ingen förmånlig behandling för avtal med särskilt positiva (andra) effekter. Man kan enkelt tänka sig situationer då det från rättslig synpunkt förefaller svårt att godkänna samarbeten som kanske

rent av anses vara mycket fördelaktiga för miljön. Det är (särskilt i sammanhang av miljöskydd) inte ovanligt förekommande med branschomfattande överenskommelser och dessa fall kan inblandade företags marknadsandelar närma sig 100 %, alltså definitivt ”en väsentlig del av nyttigheterna ifråga”. Möjligheten att väga in icke strikt konkurrensmässiga faktorer i bedömningen enligt p. 4 tycks små. Enligt en skribent kan hänsyn tas till ”specific market features and the economic context” inom den bransch där företagen verkar.³⁷

Argumentation om miljövinster torde inte vara framgångsrik under p. 4.

Frågan som inställer sig är om det kan vara möjligt att överväga miljövinster redan i sammanhanget av konkurrensrättens tillämplighet eller vid bedömningen av om det alls föreligger en märkbar konkurrensbegränsning. Vad gäller konkurrensrättens tillämplighet har det som nämnts diskuterats om inte vissa miljöavtal kan jämföras med kollektivavtal i konkurrensrättsligt hänseende. Enligt min mening borde det inte vara fullständigt främmande att bedöma branschomfattande överenskommelser på miljöområdet på ett sätt som liknar kollektivavtal på arbetsmarknaden. Det finns dock inget i rättspraxis som tyder på att en sådan utveckling kan vara på väg.

När det sedan gäller möjligheterna att beakta miljöintresset vid bedömningen av om det föreligger en märkbar konkurrensbegränsning, får det som ovan nämnts konstateras att det ter sig svårt att argumentera för en sådan ”lösning” med hänsyn till uppbyggnaden av art. 81. Faktum är dock att man i åtminstone konkurrensverkets praxis har anfört miljöintresset som en faktor vid slutsatsen att ett visst avtal inte begränsar konkurrensen.³⁸ Vidare kan det endast spekuleras i huruvida det i gränsfall kan vara lättare för myndigheterna att bortse från en smärre konkurrensbegränsning i fall då avtalet antas medföra miljövinster.

De i detta avsnitt diskuterade frågorna kommer att beröras lite mer konkret i sammanhanget av diskussionen om producentansvaret nedan i framställningen.

³⁶ Jfr. Vogelaar som pläderar för denna tillämpning i Hawk (ed.) ”International Law & Policy 1994”, 1995, s 543.

³⁷ Bouterse: ”Competition and Integration – What Goals Count?”, 1994, s 125.

³⁸ Konkurrensverkets beslut dnr 1134/96 (s 14).

Kapitel 4 Producentansvar för varor

Som ett exempel på en miljöreglering har jag valt att mer i detalj studera producentansvaret och dess påverkan på konkurrensläget. Producenternas skyldighet att själva ta hand om det avfall man ger upphov är en förhållandevis ny företeelse inom miljöretten, och den kan förväntas få större betydelse i framtiden. Det kan noteras att producentansvaret har mycket stor ekonomisk betydelse, att det är en närmast renodlad tillämpning av principen att förorenaren betalar och det är en miljöstrategi som inriktar sig på produkterna som sådana, inte hur de produceras. Vidare har producentansvaret blivit föremål för kritik avseende sin lämplighet ur såväl ekonomiskt som miljömässigt perspektiv.

4.1. Bakgrund och syfte

Regeringen har vid upprepade tillfällen uttalat behovet av en större förändring av det sätt på vilket avfallet hanteras i dagens samhälle. Vid införande av producentansvaret i Sverige synes stor tyngd ha tillmätts den internationella debatten på området för resursförbrukning. I lagstiftningsmotiven noteras bl.a. att FN:s stora miljökonferens i Rio de Janeiro fastslog att det är nödvändigt med en övergång till en cyklisk materialhantering om en långsiktigt hållbar utveckling skall vara möjlig att uppnå.³⁹ Enligt den s.k. Faktor 10-klubben måste resursförbrukningen minskas till en tiondel av dagens nivåer, för det fall det skall vara möjligt för hela världens befolkning att leva uthålligt med västvärldens materiella levnadsstandard. (Faktor 10-klubben är en sammanslutning forskare från USA, Asien och Europa). Det står enligt regeringen klart att hanteringen av uttjänta varor måste förändras i grunden.⁴⁰

Det skäl som betonats mest i de svenska motiven har att göra med möjligheten att öka produkternas återvinningsbarhet. Som nämnts ovan hade tidigare lagstiftning, med få undantag, inte fokuserat på att göra produkten som sådan mer miljövänlig. Det ansågs att när det gäller att öka återvinningsbarheten och minska produkternas miljöpåverkan har producenterna en betydelsefull roll att spela. Myndigheternas möjligheter att hantera detta arbete torde vara mycket små. Utan ett ansvar för omhändertagande av de uttjänta produkterna är emellertid de ekonomiska incitamenten för producenterna att gå denna riktning mycket svaga. Producenterna måste konfronteras med de verkliga kostnaderna för

³⁹ Prop. 1992/93:180 s 12

⁴⁰ Prop. 1996/97:172 s 17

produkterna. Genom att kostnaderna för avfallens omhändertagande läggs på producenterna antas det bli lönsamt att utveckla produkter som väl lämpar sig för återvinning, s.k. ”eco-design”. Departementschefen skriver, apropå att kostnaderna läggs på dem som orsakar dem: ”Jag förutsätter att detta kommer leda till att kostnader för avfall i framtiden i högre grad beräknas och planeras i anslutning till produktens utformning, produktion och distribution”.⁴¹

4.2. Lagstiftningen

4.2.1. Historik

Principen att producenterna har ett ansvar för ett förbättrat omhändertagande av avfall och ökad återvinning fastslogs redan 1975, då riksdagen antog ett principbeslut där denna princip uttrycktes.⁴² 1982 infördes lagen om återvinning av dryckesförpackningar av aluminium. Regleringen på området för dryckesförpackningar har alltsedan dess existerat vid sidan om producentansvarets allmänna struktur. Det dröjde emellertid till 1993 innan lagstiftning om producentansvar infördes på bredare front i svensk rätt. Genom ett tillägg till dåvarande renhållningslagen bemyndigades regeringen att genom förordningar besluta att producentansvar skall gälla för olika typer av produkter. I motiven kunde konstateras att näringslivet inte i tillräcklig grad hade anslutit sig till 1975 års principbeslut om producentansvar.⁴³

Den valda lagstiftningstekniken att överlåta den närmare regleringen till regeringen användes för att uppnå en högre grad av flexibilitet. Avsikten var att producentansvaret skulle införas successivt på områden där detta är från miljö- och resurshushållningssynpunkt motiverat, ekonomiskt rimligt och tekniskt möjligt.⁴⁴ Genom miljöbalkens ikraftträdande 1999 införlivades reglerna om producentansvar i den övriga miljörättsliga systematiken och står nu att finna i kap. 15 MB om avfall och producentansvar.

På europeisk nivå är det främst Tyskland som drivit utvecklingen på kretsloppsområdet. Tyskland antog redan 1986 en lag som möjliggjorde regeringsbeslut om producentansvar för olika produkttyper, en rätt som regeringen började utnyttja några år senare. Något senare, i

⁴¹ Prop. 1992/93:180 s 52 ff.

⁴² Beslutet avsåg prop. 1975:32.

⁴³ Prop. 1992/93:180 s 55.

⁴⁴ Prop. 1992/93:180 s 59

1990-talets början, startades ett arbete inom EG för att införa producentansvar vilket resulterade i det s.k. förpackningsdirektivet 1994.⁴⁵ Motivet var bl.a. att förhindra handelshinder på den gemensamma marknaden genom att undvika olikheter i medlemsstaternas krav på produktförpackningar.⁴⁶ Det verkar rimligt att anta att kommissionen kände sig tvungen att agera när lagstiftning med så stor betydelse för varors fria rörlighet hade kommit att införas på gemenskapens viktigaste delmarknad. Under de senaste åren har från Bryssel kommit direktiv för ytterligare två produkttyper. År 2000 kom direktivet om uttjänta fordon, återigen under inflytande från redan fastlagd tysk rätt.⁴⁷ I slutet av 2002 beslutades om ett direktiv för producentansvar för elektriska och elektroniska produkter.

4.2.2. De svenska förordningarna

Regeringen har för närvarande beslutat om producentansvar på följande områden:

- Däck (Förordning 1994:1236)
- Returpapper (Förordning 1994:1205)
- Förpackningar (Förordning 1994:1235)
- Bilar (Förordning 1997:788)
- Elektriska och elektroniska produkter (Förordning 2000:208)

För klarhetens skull kan redan här nämnas att förpackningar, som är en ganska heterogen produktgrupp, i sin tur delas in i olika materialslag: glas, metall, kartong, papp och wellpapp samt plast. De olika materialslagen kräver naturligen helt olika sorters omhändertagande. Det bör vidare observeras att en form av producentansvar existerar vid sidan dessa offentligt reglerade områden. I några fall – det rör sig om avfall från byggsektorn och om kontorspapper – har respektive branscher gjort s.k. *frivilliga åtaganden*. Dessa åtaganden tillkom sedan myndigheterna hade initierat utredningar beträffande eventuellt lagstadgat producentansvar inom branscherna. Åtagandena tillkom 1994 för byggmaterial och 1996 för kontorspapper. Jag avser inte närmare diskutera dessa former för producentansvar, men det kan noteras att de frivilliga åtagandena har utsatts för konsekvent kritik av konkurrensverket. Verket anser bl.a.

⁴⁵ Europaparlamentet och rådets direktiv 94/62/EG av den 20 december 1994 om förpackningar och förpackningsavfall.

⁴⁶ SNV Rapport 4299, Förpackningar i kretsloppet, 1994, s 160.

⁴⁷ Europaparlamentet och rådets direktiv 2000/53/EG av den 18 september 2000 om uttjänta fordon.

att åtgärderna förstärker den svenska traditionen av branschsamarbete och att samarbete på ett område ökar risken för att samarbete sker även på andra, mer skadliga, områden.⁴⁸

4.2.3. Regleringens innebörd

Miljöbalken avhandlar producentansvaret med hjälp av endast två paragrafer, 15:6 och 15:7 MB. Regeringen bemyndigas i 15:6 att meddela föreskrifter om skyldighet för producenter att se till att avfall samlas in, transporteras bort, återvinns, återanvänds eller bortskaffas på ett sätt som kan krävas för en hälso- och miljömässigt riktig avfallshantering. I 15:7 anges att dessa föreskrifter även kan avse krav på förpackningars sammansättning, återanvändbarhet eller återvinningsbarhet. Producentansvarets materiella reglering sker i de fem ovan nämnda förordningarna. Det skulle föra för långt att här mer ingående beskriva varje förordning men några generella aspekter skall behandlas.

4.2.3.1. Vem som är producent och vad deras skyldighet är

Skyldigheten att omhänderta avfallet faller alltså på ”producenten”. Begreppet definieras närmare i de olika förordningarna för respektive produkttyp. Generellt avses med producent åtminstone den som tillverkar eller importerar produkttypen ifråga. I några fall är definitionen vidare än så. Även den som säljer produkterna omfattas av producentansvaret för förpackningar och däck. För returpapper är definitionen särskilt vid och omfattar, förutom tillverkare och importörer av själva papperet, även den som trycker eller låter trycka tidningar eller den som importerar tidningar. Allmänt kan definitionen av begreppet producent karaktäriseras som mycket omfattande.

Den närmare innebörden av skyldigheten att hantera avfallet på ett sätt som kan krävas för en hälso- och miljömässigt riktig avfallshantering är inte helt lätt bringa klarhet i. Avfall kan i princip omhändertas på fyra huvudsakliga sätt; genom återanvändning (produkten kan efter iordningställande användas igen), materialåtervinning (materialet tas tillvara för att framställa en produkt som kan vara av samma slag eller annat slag som den ursprungliga produkten), energiåtervinning (materialet förbränns och värmeenergin tas tillvara) samt genom deponi.

⁴⁸ Konkurrensverkets remissvar på SOU 2001:20, dnr 2001/1432.

I motiven sägs endast att regeringen för den enskilda produkttypen får föreskriva hur stor andel av det bortforslade avfallet som skall återanvändas eller omhändertas på annat lämpligt sätt som kan krävas för en miljömässigt godtagbar avfallshantering, t.ex. energiåtervinning. Förordningarna innehåller också målnivåer för hur de olika materialen bör tas om hand. Återanvändning eller materialåtervinning är dock oftast att föredra. Det konstateras samtidigt att det i vissa fall kan saknas rationella förutsättningar för sådant omhändertagande och då kan energiutvinning vara att föredra, även ur resursutnyttjandesynpunkt.⁴⁹ En allmän synpunkt angående producentansvarets skyldigheter är att det är mycket som framstår som oklart, vilket i förlängningen har betydelse även för de konkurrensrättsliga frågorna. Några sådana frågor kommer diskuteras i samband med den konkurrensrättsliga behandlingen av producentansvaret.

4.3. Insamlingssystemens organisation

I förarbetena till regeringen om producentansvar står inte mycket att finna i frågan om hur producenterna rent praktiskt skulle kunna tänkas gå tillväga för att uppfylla de skyldigheter som åläggs dem. Möjligen är detta helt avsiktligt eftersom ett motiv bakom den valda modellen har varit just att överlåta ansvaret till producenterna och undvika detaljerade myndighetsföreskrifter. Tanken med tillvägagångssättet – och för övrigt med förorenaren betalar-principen i stort – är som nämnts att marknadskrafterna skall tvinga fram den mest kostnadseffektiva lösningen på det givna problemet.

4.3.1. Systemens aktörer

De system som byggts upp i producentansvarets följd, med syftet att klara regleringens krav, måste betecknas som mycket komplexa. Sammantaget består de av kontraktuella relationer mellan producenter, ”systemoperatören” (materialbolag), insamlare, återvinnare och många gånger även kommunerna. Eftersom det finns olika system för olika produkttyper och materialslag, skiljer sig också systemen åt en del.

Generellt i Sverige har frågan hanterats på så sätt att producenterna inom de olika produkttyperna valt att sluta sig samman i s.k. *materialbolag*, vilka fått i uppdrag att administrera de uppgifter som tillkommer producenterna enligt regelverket. Materialbolagen

⁴⁹ Prop. 1992/93:180 s 62

är privaträttsliga aktiebolag som vanligen ägs av ett antal branschföreningar med intressen inom produkttypen, samt möjligen några större producenter. Hur materialbolaget väljer att förvalta sina uppgifter kan i sina detaljer skilja sig åt mellan olika produkttyper. Men i princip har dock bolagen tre huvudsakliga uppgifter:

- De måste tillhandahålla någon form av infrastruktur för insamlingen av de uttjänta produkterna/avfallet, alltså platser dit konsumenter och andra brukare kan vända sig då de inte längre vill ha produkterna. Det kan gå till så att materialbolaget helt enkelt ställer ut behållare på olika platser i landet, där användarna kan slänga avfallet. Så har skett med förpackningar. Det kan även ske genom att bolaget sluter ett avtal för att utnyttja någon annans infrastruktur, t.ex. kommunala återvinningsstationer som är fallet gällande producentansvaret för elektriska och elektroniska produkter.
- Vidare måste de uttjänta produkterna bortforslas från insamlingsplatserna. För detta ändamål anlitar materialbolagen transportörer som i sammanhanget brukar kallas *insamlingsentreprenörer*. Det åligger vanligtvis också insamlingsentreprenören att sortera avfallet (visserligen skall avfallet redan vara grovsorterat, men konsumenterna slänger ofta ”fel” saker i behållarna). Det kan röra sig om kommunala bolag/förvaltningar eller helt fristående företag. Materialbolagen utser vanligtvis en exklusiv insamlare för respektive region, en s.k. ”generalentreprenör”. Insamlingsområdena sammanfaller ofta med kommungränserna.
- Till sist skall produkterna bli föremål för någon form av hälso- och miljömässigt riktigt omhändertagande. Det kan vara fråga om återanvändning, materialåtervinning, energiutvinning eller deponi. Den aktör som behandlar avfallet kan kallas för *återvinnaren*. Återvinnaren kan vara kommunal eller ett privat företag. Det kan även vara samma aktör som har stått för insamlingen. I ett åtminstone ett fall, tidningspapper, krävs inte behandling av ett särskilt återvinningsföretag, utan det insamlade materialet skickas istället direkt till producenterna, d.v.s. pappersbruken. I Sverige har varje materialbolag vanligen ett antal återvinningsföretag kontrakterade, spridda över landet.

4.3.2. Producenternas ensamrätt

För att konkurrens skall uppstå är mängden företag som kan ägna sig åt en viss verksamhet av stor av betydelse. I Sverige har frågan aktualiserats huruvida det är möjligt för vem som helst att bedriva insamling av uttjänt material, oavsett om företaget ifråga har erhållit något uppdrag från ett materialbolag eller ej. I MB 15:21 ges regeringen möjlighet att föreskriva om att endast den som producent anlitat får befatta sig med transport av sådant avfall som det åligger producenterna att omhänderta (denna ensamrätt kan jämföras med kommunernas ensamrätt för annat avfall). Regeringen har meddelat sådana föreskrifter i förordningarna om producentansvar för olika produkttyper. Det står därför klart att enligt svensk rätt krävs ett uppdrag från producent för att ägna sig åt transport av avfall som är föremål för producentansvar.

P.g.a. ensamrätten blir det av betydelse att avgöra vad som utgör ”avfall”. Det finns ett EU-direktiv på området, enligt vilket avfall är allt som användaren gör sig av med, eller avser eller är skyldig att göra sig av med.⁵⁰ Enligt EG-domstolens praxis saknar det betydelse att det som slängs kan ha ett ekonomiskt värde.⁵¹ Konsekvensen blir att endast producenterna (läs materialbolagen) kan ägna sig åt insamling av uttjänta produkter.

Den ensamrätt som sålunda torde tillkomma producenterna har gett upphov till viss debatt. I det s.k. ”Växjö-målet” hade ett företag förelagts att upphöra med insamling av den insamling av returpapper som företaget bedrev.⁵² Företaget gjorde bl.a. gällande att det ”monopol” som annars ges åt materialbolaget för returpapper stod i strid med gemenskapens konkurrensrätt, dock utan att närmare specificera vilka regler det rörde sig om. Kammarrätten konstaterade mycket kort att producenternas ensamrätt inte kan anses strida mot de ifrågavarande reglerna.

Efter Växjö-målet, samt ett par ytterligare rättsfall, har det ansetts stå klart att endast materialbolagen (eller den de anlitat) kan ägna sig åt att utföra de uppgifter som ”skapats” i och med producentansvaret införande. Enligt min mening kan det vara en förhastad slutsats; frågeställningen borde vara huruvida ensamrätten till insamling innebär att materialbolaget kan kontrollera hela processen från insamling till att återvunnet (upparbetat) material avsätts

⁵⁰ Direktiv 75/442/EEG.

⁵¹ Det viktigaste fallet är C-206 och 207/88 *Zanetti*.

⁵² Kammarrätten i Jönköping, dom i mål nr 4734-1995, 1996-03-22.

på marknaden. Om t.ex. insamlingsentreprenören själv kan avsätta materialet till den återvinnare man önskar får marknaden för insamlat material betydligt fler säljare än om endast materialbolaget säljer materialet. Problematiken rörande kontroll över materialet och producenternas ensamrätt kommer behandlas vidare i kapitel 7 om konkurrensregler avseende insamlingssystem.

4.3.3. Kommunernas roll

Kommunerna har i regelverket kring producentansvaret inte anförtrots några särskilda uppgifter mer än vad som kan följa av deras allmänna roll såsom tillsynsutövare mm. Trots detta har de, av orsaker som berörs nedan, kommit att bli viktiga aktörer i sammanhanget.

Traditionellt har avfallshanteringen varit en helt och hållet kommunal angelägenhet, och det är det huvudsakligen även idag. För hushållsavfall (vilket inte inbegriper utsorterade produkter som är föremål för producentansvar) gäller vad som kallas det ”kommunala avfallsmonopolet” (se närmare MB 15:8). Det innebär att kommunerna har såväl skyldighet som ensamrätt till att återvinna eller bortskaffa detta avfall. Vidare är kommunerna skyldiga att ha en renhållningsordning, vari skall anges hur frågor som gäller avfallshantering skall skötas i kommunen (MB 15:11). Naturligtvis finns också mycket teknik och erfarenhet angående avfallshantering hos kommunerna. Särskilt viktig blir kommunens roll vid iordningställande och drift av insamlingsplatserna (kommunerna har ansvaret för den fysiska planeringen av byggande mm. enligt plan- och bygglagen).

Vid den senaste utredningen av producentansvaret från 2001 övervägdes att flytta det fysiska (till skillnad från det ekonomiska) ansvaret för insamlingen av förpackningsavfall och returpapper från producenterna till kommunerna⁵³. Vid dessa avfallstyper har kommunen en särskilt viktig funktion och från deras sida har stort missnöje uttryckts angående det sätt på vilket materialbolagen har hanterat insamlingen; kommunerna har fått stå få för informationen till konsumenterna, hålla rent på insamlingsplatser mm. Kommunerna anser därför att de helt borde ta över ansvaret för insamlingen av dessa avfallstyper.⁵⁴ Den nämnda utredningen föreslår emellertid att ansvaret bör kvarstå hos producenterna, bl.a. av konkurrensskäl.⁵⁵

⁵³ SOU 2001:102 Resurs i retur

⁵⁴ Kommunförbundets remissvar på SOU 2001:102, dnr 2002/0423.

⁵⁵ SOU 2001:102 s 463 f.

4.4. Systemens ekonomi

En förhoppning bakom producentansvarets införande har varit att det skall uppstå en marknad för uttjänta produkter – en kretsloppsmarknad. Möjligheterna till att nå detta mål är helt beroende av att det finns intresse hos olika marknadsaktörer för de uttjänta produkterna. Frågan blir, enkelt uttryckt, hur mycket produkterna är värda. Som i många andra frågor skiljer sig även de ekonomiska förutsättningarna åt mellan de olika produkttyperna/materialslagen (avseende eftermarknaden är det mer relevant att tala om materialslag än produkter).

4.4.1. Företagsnivån

Producentansvaret för förpackningar är det mest betydande i ekonomiskt hänseende, och även det som mest information finns tillgänglig om. Verksamheten att samla in och återvinna förpackningsmaterial är, generellt sett, att betrakta som en ekonomisk förlustaffär ur ett företagsekonomiskt perspektiv. Denna slutsats kan dras utifrån en granskning Riksdagens revisorer gjort av det svenska producentansvaret. Undantaget gäller wellpapp, ett material för vilket det finns en fungerande världsmarknad. Den verksamheten tycks i stort sett bära sig själv. För övriga materialslag på förpackningsområdet (glas, plast, metall, kartong) kunde materialbolagens verksamhet 1999 generera intäkter till ett värde motsvarande mellan 0 % (plast) och 30 % (glas) av verksamhetens kostnader.⁵⁶

När det gäller andra produkttyper än förpackningar finns mig, mig veterligen, ingen information tillgänglig beträffande materialets värde. Företrädare för ett viktigare återvinningsföretag inom området för elektriska och elektroniska produkter har emellertid uppgett att kostnaden för återvinning överstiger de försäljningsintäkter företaget kan få vid försäljning av det behandlade materialet. Företaget ifråga måste därför ta betalt för att ta emot de insamlade produkterna. Från detta kan slutsatsen dras att systemet rimligen bara genererar intäkter som täcker en mindre del av kostnaderna – inte ens det redan insamlade materialet har ett positivt nettovärde. Materialbolaget måste ersätta såväl insamlaren som återvinnaren.

⁵⁶ Riksdagens revisorer rapport 1998/99:11 s 50 f.

På grund av de ekonomiska förutsättningarna är det naturligt att materialbolagen för sin verksamhet behöver ytterligare intäkter, vilket sker genom att producenterna betalar avgifter till det materialbolag producenten ifråga är ansluten till. Avgiften förs naturligtvis över på konsumenten genom det pris denne betalar för produkten. Materialbolagen har prislistor där det anges hur mycket det kostar att vara ansluten till systemet per producerad produkt.

4.4.2. Samhällsnivån

Vad samhällets totala kostnad för producentansvaret uppgår till är en omdebatterad fråga - med ideologiska förtecken – och det finns ett flertal studier på området. Resultatet i dessa varierar kraftigt beroende på vilka antaganden författaren gör om faktorer som hur ev. miljövinst bör beräknas och huruvida det är en kostnad för samhället när konsumenterna ”tvingas” arbeta gratis med att sortera och transportera avfallet.

Vad som tämligen objektivt kan konstateras är att företagen betalade in 500 milj. kr i förpackningsavgifter år 1999 för att finansiera producentansvaret för förpackningar, vilket är den hetast debatterade produkttypen.⁵⁷ Detta kan enligt min mening ses som den minsta möjliga summan av de samhällsekonomiska kostnaderna (och avgiften gäller bara producentansvaret för förpackningar). I andra änden kan samtidigt konstateras att nationalekonomen Marian Radetzki i ett försök att utvärdera de samhällsekonomiska nettoeffekterna av producentansvaret för förpackningar och returpapper, hamnar på en kostnad kring 7,5 mdr.⁵⁸ Den senaste offentliga utredningen av producentansvaret anlände vid den sammanfattande slutsatsen att producentansvaret för förpackningar ”...med nuvarande återvinningsnivåer är samhällsekonomiskt försvarbart.”⁵⁹

⁵⁷ Riksdagens revisorer rapport 1998/99:11 s 60

⁵⁸ Ds 1999:66 s 72

Kapitel 5 Producentansvar och konkurrensrätt - översikt

Det får anses vara klart att lagstiftningen kring producentansvaret har fått en del oönskade, och troligtvis oväntade effekter på konkurrenssituationen inom vissa marknader. Riksdagens revisorer konstaterar i sin utredning tämligen tydligt: ”Någon kretsloppsmarknad på marknadsekonomiska villkor har inte skapats.”⁶⁰ I Tyskland har motsättningen mellan producentansvaret och konkurrensrätten befunnits så stark att regeringen känt sig tvungen att införa ett särskilt, lagstadgat, undantag. Tyska konkurrenslagens 7 § stadgar i korthet att system som bidrar till återtagande och återvinning av varor kan beviljas undantag från konkurrensreglerna om de uppfyller kraven på proportionalitet. I detta kapitel avser jag beskriva vissa allmänna frågeställningar som uppstår i sammanhanget av producentansvar och konkurrens

5.1. Allmänt om konkurrensläget för verksamheter i producentansvarets följd

När producentansvar har införts för en typ av produkter har producenterna i samtliga fall valt att sluta sig samman i ovan beskrivna materialbolag. Såvitt jag har kunnat utröna har dessa bolag förblivit ensamma aktörer inom respektive produkttyp, när det gäller att tillhandahålla system för insamling och återvinning av de aktuella produkterna (åtminstone från konsumenter). Materialbolagen har därför ett slags monopol på dessa tjänster, på vilka enligt min mening tre huvudsakliga aspekter kan urskiljas: Producenterna har bara en (rimlig) aktör att vända sig till för att uppfylla sitt producentansvar. Vidare finns det endast en köpare av tjänsten att samla in det av konsumenterna lämnade materialet. Slutligen finns det för återvinningsföretagen (ibland) endast en part som kan erbjuda insamlat material. Konsekvenser av dessa förhållanden och rättsliga förutsättningar utreds mer i detalj nedan framställningen.

Utöver dessa monopolliknande situationer, som hänför sig till materialbolagets verksamhet, kan själva bildandet av materialbolaget vara problematiskt ur konkurrenssynpunkt. Materialbolaget sluter vertikala avtal med övriga aktörer. Samgåendet mellan producenter kan ses som ett i huvudsak horisontellt avtal. Det rör sig vanligen om ett antal producenter

⁵⁹ SOU 2001:102 s 128.

⁶⁰ Riksdagens revisorer rapport 1998/99:11 s

och/eller branschföreningar som går samman och genom bolagsordning, aktieägaravtal mm. uppställer verksamhetens regler och förfaranden. När konkurrenter på detta sätt samarbetar är det, från konkurrensrättslig synpunkt, naturligtvis av stor vikt hur samarbetet utformas.

Jag har av utrymmesskäl valt att inte närmare diskutera den horisontella aspekten på producentansvaret. Här kan dock nämnas att en viktig faktor (naturligtvis) är hur priset för materialbolagets tjänster fastställs. Det lär vara vanligt förekommande att samma prislista tillämpas för samtliga produkter av visst slag oavsett vilka kostnader den enskilde producentens produkter kan tänkas föra med sig. Den som säljer produkter i en storstad borde t.ex. ha mindre kostnader för insamling än den som säljer i glesbygd. Huruvida det är acceptabelt att på detta sätt likställa en faktor av konkurrenters driftskostnader beror i sin tur av den miljörättsliga tolkningen av skyldigheterna enligt producentansvaret (om producenterna är skyldiga att erbjuda samma "service" i landets alla delar eller ej). Helt klart är att samarbetet inom ramen för ett materialbolaget ter sig problematiskt ur konkurrensrättsligt perspektiv, åtminstone med ett mer formellt betraktelsesätt. Det ovan nämnda undantaget i den tyska konkurrenslagen har införts främst med tanke på förhållandet producenter emellan. Mig veterligen har undantaget aldrig tillämpats i praxis.

Konkurrensverket har vid upprepade tillfällen hävdats att de "nuvarande åtgärderna på kretsloppsområdet bör betraktas som experiment". Enligt verkets mening behövs tid för att närmare följa upp utvecklingen innan producentansvaret utvidgas till att omfatta allt fler produkter. Det finns idag inte tillräcklig kunskap om hur visionen om ett kretsloppssamhälle kan nås på effektivast möjliga sätt.⁶¹ I direktiven till den tämligen aktuella översynen av hur producentansvaret fungerat hittills ingick inte specifikt att undersöka konkurrensituationen i producentansvarets följd. I utredningen görs dock bedömningen dagens system med monopoleffekter skulle kunna utgöra ett hinder särskilt för återvinningsbranschens utveckling. Det föreslås att regeringen inom några år skall ge konkurrensverket i uppdrag att närmare överse hur regleringen har fungerat hittills.⁶² Utredningen har i skrivande stund inte föranlett någon känd åtgärd eller reaktion från regeringshåll. En proposition på kretsloppsområdet förväntas dock komma någon gång under 2003.

⁶¹ Konkurrensverkets rapportserie 1998:1 s 129 f.

⁶² SOU 2001:102 s 74 ff.

Att marknaden inte tycks anta någon mera dynamisk utveckling kan möjligen också ha att göra med kommunernas roll i sammanhanget. Det kan t.ex. vara svårt att konkurrera för det utomstående företag som önskar organisera insamlingen av ”producentansvarsavfall” i en kommun, beroende på att annat avfall *måste* insamlas av kommunen i enlighet med det kommunala avfallsmonopolet för visst avfall (se ovan). Det kan då medföra större kostnader att separat hämta det avfall som faller under producentansvaret, med resultatet att det företag/den förvaltning som sköter den vanliga insamlingen har en klar konkurrensfördel vid upphandlingen. Som nämnts ovan skulle kommunerna helst själva ta över ansvaret för materialinsamlingen. Kommunerna har även uttryckt en preferens för att det endast bör finnas en part att vända sig till när det gäller frågor som har att göra med producentansvaret. I denna uppsats avser jag dock inte att närmare undersöka de problem som uppstår till följd av den – av olika skäl – fastlagda rollfördelningen mellan kommuner och producenter. Istället vill jag koncentrera mig på de problem som så att säga ligger hos marknaden ”i sig självt”.

5.2. Förhållandet svensk och europeisk konkurrensrätt

Inom konkurrensrätten existerar två parallella regelsystem; dels utgör gemenskapens konkurrensrätt direkt tillämplig rätt i Sverige, dels gäller naturligtvis den svenska konkurrenslagen. Samtidigt följer det av allmänna gemenskapsrättsliga principer att gemenskapsrätt, när sådan finns och är tillämplig, har företräde framför nationell rätt. I princip skiljs de bägge regelsystemen åt genom regeln att gemenskapens konkurrensrätt endast befattar sig med konkurrensbegränsningar som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna (art. 81 och 82 EG-fördraget). Eftersom kriteriet givits en extensiv tolkning krävs emellertid inte mycket för handeln ifråga skall anses påverkad.⁶³

För syftet av den här uppsatsen intresserar jag mig i första hand för utvecklingen inom gemenskapens konkurrensrätt. För det första är det inte avsett att svensk konkurrensrätt skall skilja från gemenskapsrätten i något väsentligt avseende. Den svenska lagen bygger i allt väsentligt på gemenskapsrätten, och för dess tolkning skall ledning hämtas från gemenskapens praxis.⁶⁴ Det finns vidare goda skäl att utgå från att samhandelskriteriet skall anses vara uppfyllt när det gäller ev. konkurrensbegränsning orsakad av ett system för administration av producentansvaret. Det torde åtminstone vara kommissionens uppfattning

⁶³ Bernitz, Ulf: ”Den svenska konkurrenslagen”, uppl. 1, Stockholm 1996, s 25.

⁶⁴ Bernitz, Ulf: ”Den svenska konkurrenslagen”, uppl. 1, Stockholm 1996, s 28.

eftersom man i tre fall har initierat utredningar beträffande rent svenska insamlingssystem. Dessa ärenden har dock avslutats genom s.k. ”comfort letters”.⁶⁵ När samhandelskriteriet uppfylls föreligger s.k. ”dubbla spärrar”, såväl svensk som gemensam konkurrensrätt är tillämplig och gemenskapsrätten är överordnad.

5.3. Tillgång praxis avseende producentansvarets insamlingssystem

Vad gäller EG-rättslig praxis synes kommissionen ha ägnat mest uppmärksamhet åt den tyska marknaden, som även får betecknas som den viktigaste avseende storlek och mogenhet. Situationen på marknaden har –enligt vad som framgår av besluten – bevakats under hela 1990-talet. Det system som byggts upp av den dominerande aktören, ”Duales System Deutschland AG (DSD)” har undersökts mycket noga, vilket slutligen resulterat i två beslut. Det första (DSD I) avser det jag kallar den primära marknaden – marknaden för erbjudande av lösningar av skyldigheterna enligt producentansvaret. I det andra (DSD II) behandlas situationen på de övriga berörda marknaderna, insamlings- och återvinningsmarknaderna. För andra länder finns beslut angående systemen i Frankrike och Österrike. Dessa senare beslut är dock i viktiga avseenden endast spegelbilder av de tyska besluten applicerat på andra länder, varför de två tyska portalfallen är betydligt intressantare. I övrigt har kommissionen avskrivit sex ärenden genom s.k. ”comfort letters”. Beslutet i DSD I har överklagats till förstainstansrätten och väntar i skrivande stund på avgörande. Det blir den första domen avseende ifrågasättande verksamhet. Ett interimistiskt beslut har dock kommit från rätten.

Från svensk sida finns enligt min utredning sex ursprungliga beslut från konkurrensverket avseende kollektiva insamlingssystem. Fem av dessa gäller bildande av materialbolag av olika slag och ett gäller ett inköpssamarbete med nära bindning till insamlingssystemet för returpapper. Processuellt har samtliga beslut tillkommit efter ansökan om icke ingripandebesked enligt 20 § KL. Anmälan till verket avser de konstituerande handlingarna såsom bolagsordning, aktieägaravtal mm. Marknadsdomstolen har avgett dom i ett av dessa fall men domen är av mindre intresse för denna framställning.⁶⁶ Vad som kan noteras är att det finns betydligt fler samarbeten på området än vad det finns anmälda avtal. Vilka av avtalen som kommit att anmälas till konkurrensverket tycks tämligen slumpmässigt.

⁶⁵ Fallen *Returpack-PET* (COMP/D3/35.656 och COMP/D3/37.224), *Returpack Aluminium* (COMP/D3/35.658), *Returglas* (COMP/D3/35.669).

5.4. Relevanta marknader för bedömning av insamlingssystem

Den relevanta marknaden måste fastställas vid bedömning huruvida dominerande ställning på marknaden föreligger, samt vid fastställande av ett konkurrensbegränsande avtals (kvantitativa) märkbarhet. Inblandade företags marknadsandelar kan även få betydelse för möjligheterna att erhålla undantag med hänsyn till bestämmelsen om att konkurrensen inte får sättas ur spel för en ”...en *väsentlig* del av nyttigheterna...”. Hur den relevanta produktmarknaden definieras är viktigt eftersom materialbolag tenderar att ha närmast monopolställning om en snäv definition används.

Det är tydligt att fastställandet av relevant produktmarknad har varit en källa till viss förvirring i sammanhanget. Detta har förmodligen att göra med materialbolagens ganska atypiska verksamhet samt, framför allt, att de kan sägas utgöra noden i ett nätverk av olika aktörer. Vad är egentligen materialbolagens produkt och vilka är deras kunder? I ett flertal fall har parterna menat att materialbolagets produkt utgörs av det insamlade, och ev. upparbetade, restmaterial som bolaget (i vissa fall) säljer vidare.⁶⁷ T.ex. skulle det svenska materialbolaget för 33 cl glasflaskor med detta synsätt vara verksamt på marknaden för dryckesbärare avsedda för konsumenter, vilket är en enorm marknad.

5.4.1. Den primära marknaden

Numera torde stå helt klart från praxis att det inte är de produkter som säljs som får sägas utgöra materialbolagens ”huvudmarknad”. Konkurrensverket har upprepade gånger fastslagit: ”I samarbetet framstår själva tillhandahållandet av retursystemet som det centrala...”.⁶⁸ Det är i och för sig sant att vissa materialbolag har en verksamhet att sälja material, men det är knappast den aspekten som framstår som målet med den totala verksamheten. De skall istället ses som en leverantör av tjänster till de företag som är skyldiga ta hand om sina uttjänta produkter. Det grundläggande syftet med bolagens bildande är att uppfylla producenternas skyldighet att återvinna produkter. Att materialbolagen därefter avyttrar materialet bör nog ses snarare som en konsekvens av den huvudsakliga verksamheten.

⁶⁶ MD 1999:11.

⁶⁷ Se t.ex. Konkurrensverkets beslut i ärende 1412/93 samt ärende 1471/93.

⁶⁸ Konkurrensverkets beslut i ärende 1471/93 m.fl.

Det svenska konkurrensverket har aldrig närmare gått in på den mer exakta omfattningen av den relevanta marknaden i sammanhanget av insamling av producentansvarsbelagda produkter. På europeisk nivå har är praxis emellertid lite mer utförlig på denna punkt. I portalfallet DSD I definierade kommissionen den relevanta produktmarknaden som ”...marknaden för system som medför att företag befrias från skyldigheten att återta och återvinna konsumentförpackningar.”⁶⁹ Detta är för övrigt det enda rättsfall där kommissionen mera i detalj har behandlat produktmarknadens omfattning. Definitionen i övriga fall tycks i stort överensstämma med den som görs i DSD I.

Det har inte gått att finna några uppgifter på vilka summor den totala marknaden i Europa omsätter i dagsläget. Ovan har nämnts att marknaden för omhändertagandet av förpackningar i Sverige omsatte ett minimum av 500 milj. kr år 1999, vilket kan ge en bild av vilka summor det rör sig om.⁷⁰ Därtill skall läggas övriga produkttyper (el-produkter, tidningspapper mm.) och det faktum att Sverige utgör en liten delmarknad.

5.4.1.1. Avgränsning mot andra marknader

Några iakttagelser kan göras beträffande den ovannämnda definitionen. Allmänt vid avgränsning mot liknande produkter eller närliggande marknader gäller att substituerbarheten står i fokus. Produkter som för kunderna uppfattas som inbördes utbytbara tillhör normalt samma marknad.

Miljörätten, d.v.s. lagstiftningen om producentansvar, kräver endast att de uttjänta produkterna omhändertas på något sätt, men inte hur det utförs. Den enskilde producenten skulle kunna organisera insamlingen själv, ev. med viss utomstående hjälp. För åtminstone en del av producentkollektivet torde detta alternativ vara utbytbart mot möjligheten att gå med i ett system. Anledningen till att detta alternativ uteslutits från kommissionens definition synes vara vissa detaljer i den tyska förpackningsförordningen som ställer särskilda krav på den producent som väljer att själv organisera insamlingen. Dessa krav medför att alternativet med egen insamling omöjliggörs för de alla flesta producenter. Det kan noteras att liknande krav inte förekommer i den svenska lagstiftningen om producentansvar. Mot den bakgrunden förefaller det rimligt att tänka sig att en närmare bedömning av relevant produktmarknad i

⁶⁹ Kommissionens beslut *DSD I*, EGT nr L 166, 21/06/2001 s 0001, skäl 80.

Sverige skulle inkludera möjligheten till egna lösningar från producenternas sida. En annan aspekt är förstås att det av ekonomiska skäl kan vara orealistiskt för många producenter att själva organisera insamlingen.

En ytterligare avgränsning avser skillnaden mot mer traditionell avfallshantering. Marknaden för drift av insamlingssystem i den nu diskuterade meningen anses ha uppstått först i samband med producentansvaret uppkomst. De nya tjänsterna, menar kommissionen i DSD I, har inte så mycket att göra med det tekniska utförandet av insamling och återvinning att göra, som med organisationen av ett system som garanterar att producenternas uttjänta produkter tillvaratas på ett miljöriktigt vis. Marknaden för insamlingssystem är därför inte att se som en utvidgning av den traditionella avfallshanteringsmarknaden, utan som en helt ny marknad.⁷¹

5.4.1.2. *Geografisk utbredning*

Den geografiska marknaden för kollektiva insamlingssystem har aldrig vållat några svårigheter att fastställa. Marknaden har i samtliga fall ansetts vara begränsad till den ifrågavarande staten, vilket förmodligen mest har att göra med marknadernas faktiska struktur. Den förhållandevis omogna marknaden för insamlingssystem tenderar att hålla sig inom respektive nationsgränser. Mig veterligen finns inget system som är verksamt i flera länder samtidigt. Därutöver kan det påpekas att regleringarna beträffande producentansvar alltid är nationella även om de i vissa fall bygger på EU-direktiv. Regleringarna i de olika länderna innehåller vissa skillnader i de krav som ställs på insamlingssystemen, vilket kommissionen också har konstaterat.⁷² Man kan anta att det rättsliga skillnaderna försvårar för den som vill bedriva verksamhet i flera länder samtidigt.

5.4.2. **Berörda marknader**

Ovan antydde att materialbolagen kan liknas vid noden i ett nätverk av olika aktörer. I det här avsnittet skall de kontakter bolagen har med andra aktörer än producenterna behandlas, d.v.s. framför allt relationerna med insamlingsentreprenörer och återvinnare. Dessa kontakter karakteriseras av att materialbolagen vanligen uppträder som köpare av insamlings-

⁷⁰ Se under avsnittet "Systemens ekonomi", 500 milj. kan betraktas som minimum eftersom den endast gäller materialbolagens intäkter i form av förpackningsavgifter och bortser från försäljningsintäkter.

⁷¹ DSD I, skäl 78.

⁷² Kommissionens beslut *Eco Emballage*, EGT nr L 233, 31/08/2001, s 0037, skäl 52.

respektive återvinningstjänster. Den formen att bolaget säljer materialet till en återvinnare förekommer dock också. Från praxis finns egentligen bara ett beslut där dessa marknader definieras i någon mån, nämligen det andra DSD-fallet från december 2001.⁷³ Övrig praxis kan i och för sig ofta beröra konkurrenssituationen på dessa marknader, dock utan att klargöra vad som egentligen är den relevanta marknaden.

5.4.2.1. *Marknaden för insamling och sortering*

När det först gäller insamlingen definieras relevant produktmarknad i DSD II som ”marknaden för insamling och sortering av använda konsumentförpackningar hos privata konsumenter” (fallet berörde producentansvar för förpackningar).⁷⁴ Några kommentarer kan göras beträffande denna definition. För det första utgör insamlingen och sorteringen av materialet samma marknad (detta gäller åtminstone i Tyskland, men bedömningen torde bli likartad i Sverige då sorteringen även här vanligen utförs av insamlingsentreprenören). För det andra, och det är den viktigaste avgränsningen, utesluts den traditionella avfallshanteringsindustrin från den relevanta marknaden. Kommissionen anser inte att den traditionella avfallshanteringen står för en tjänst som är utbytbar med de tjänster som insamlare av ”producentansvarsavfall” måste erbjuda. När producentansvar infördes skapades i själva verket en helt ny marknad, innebärande att olika material måste hämtas avskilt från andra och därefter också sorteras ytterligare. Just sorteringen av materialet kräver betydande investeringar av insamlingsentreprenören, vilket anförs som ett skäl att skilja marknaderna åt.

Den tredje detaljen som bör noteras i kommissionens definition är att insamlingen av avfallet från privata konsumenter utgör en separat marknad jämfört med insamling från industri och företag. Skälen härtill anförs främst vara de annorlunda logistiska förutsättningarna för insamling från företag, samt att det vanligen gäller andra typer av förpackningar. I geografiskt hänseende bedöms marknaden för insamling och sortering vara begränsad till det nationella territoriet av samma skäl som marknaden för insamlingslösningen i sig var begränsad till detta område.

Det vore förhastat att utgå ifrån att insamling av material i alla lägen utgör en egen marknad jämfört med andra transporttjänster. De beslut som kommissionen avgjort gäller endast

⁷³ Kommissionens beslut *DSD II*, EGT nr L 319, 04/12/2001, s 0001.

⁷⁴ *DSD II*, skäl 87.

insamling av konsumentförpackningar och det framgår att just sorteringsfunktionen utgör en viktig detalj vid avgränsning av marknaden. Det finns dock situationer där ingen sortering av materialet är nödvändig från insamlarens sida. Vidare kan de logistiska förutsättningarna vara helt annorlunda än för insamling av konsumentförpackningar, vilket är en verksamhet som utmärks av en mycket stor mängd mindre upphämningsplatser. För vissa produkter, t.ex. s.k. EPS-material, finns bara ett mindre antal upphämningsplatser. Skulle man bortse från sortering och ”konsumentnära” insamling består insamlingsentreprenörens tjänst egentligen endast i att transportera material/produkter från punkt A till punkt B. I ett sådant läge finns det anledning att anta en mycket vidare marknadsdefinition som innefattar transporttjänster i stort, varvid materialbolagen skulle stå för en mycket liten marknadsandel på köparsidan och därmed inte heller omfattas av de särskilda skyldigheter enligt konkurrensrätten som åligger en aktör med dominerande ställning.

5.4.2.2. Återvinningsmarknaden

I praxis saknas ännu så länge någon närmare bedömning av hur den relevanta marknaden bör avgränsas avseende återvinningsmarknaden (eftersom det i första hand är materialbolagets förehavanden som är intressanta ur konkurrensrättslig synpunkt kan det även vara relevant att tala om *marknaden för erbjudande av obearbetat material*). Det kan noteras att det från I DSD II konstaterar kommissionen endast att återvinning av skilda material uppenbarligen får anses utgöra olika marknader.⁷⁵ Det är förstås mycket stor skillnad på att återvinna papper och att återvinna t.ex. aluminium. Förmodligen är det inte alldeles slumpmässigt att återvinningsmarknaden inte har blivit föremål för samma ingående granskning som övriga marknader. Det förefaller nämligen troligt att den relevanta produktmarknaden inte bör definieras lika snävt som insamlingsmarknaden i det avseendet att återvinningsföretagen inte endast är hänvisade till att återvinna material relaterat till producentansvaret, och i synnerhet inte till ett visst materialbolag.

Ett företag som exempelvis är inriktat på att ta emot uttjänta stålprodukter kan ta emot metallförpackningar från ett materialbolags system. Men det kan även köpa uttjänta stålprodukter direkt från industrin eller material som hamnar i de kommunala avfallssystemen; produkterna är utbytbara. Materialbolagen uppnår därför sannolikt ofta inte

⁷⁵ DSD II, skäl 98.

någon kraftigt dominerande ställning i förhållande till återvinningsföretagen. Det finns undantag till detta, t.ex. returpapper.

Såvitt gäller den geografiska marknaden föreligger troligtvis inte samma nationella begränsning som för systemen och för insamlingen. Själva upparbetningen av materialet är inte föremål för lika omfattande reglering i de nationella lagarna om producentansvar som de ovan berörda verksamheterna. Det är ett faktum att åtminstone viss export av insamlat material sker från Tyskland.⁷⁶ Förmodligen måste den relevanta marknads gränser istället många gånger definieras utifrån vad som är ekonomiskt lönsamt med hänsyn tagen till transportkostnaderna. Insamlat råmaterial kan vanligen karaktäriseras som "bulkgoods" med lågt förädlingsvärde. Att transportera materialet till en mer avlägset liggande återvinningsanläggning bör därför ofta vara ekonomiskt orimligt. Bedömningen varierar naturligtvis från material till material.

5.4.3. Ytterligare marknader av intresse

De tre marknader som här beskrivits är de enda som har definierats av konkurrensmyndigheterna i beslut. Detta hindrar emellertid inte att också andra marknader påverkas av de avtal och förfaranden som tillämpas inom ett insamlingssystem.

För det första påverkas den marknad på vilken producenterna är verksamma. När det gäller relevant marknad är det dock inte troligt att någon djupare analys behöver företas. Normalt sett måste det vara uppenbart att producenterna, när de utgörs av samtliga eller de flesta viktigare aktörer i branschen, uppnår en mycket stor marknadsandel närmast oavsett hur den relevanta marknaden definieras i detalj.

Enligt min mening skulle det kunna vara motiverat att räkna med ytterligare en marknad i vissa fall. Avtalskonstruktionerna mellan återvinnare och materialbolag varierar som beskrivits från fall till fall. Åtminstone i Sverige förekommer det att materialbolaget anses ha kvar äganderätten till materialet genom hela processen, varvid bolaget ifråga kommer att agera som försäljare av upparbetat sekundärt material på en marknad med olika industrier som köpare. I dessa fall måste enligt min mening ytterligare en marknad definieras och avgränsas: *marknaden för upparbetat (till skillnad från obearbetat) material* av olika slag. Ur ett

internationellt perspektiv tycks det dock knappast alls förekomma att materialbolaget uppträder som säljare av de upparbetade materialet.

5.4.4. Särdrag för de relevanta marknaderna

Några aspekter av allmän betydelse för den konkurrensrättsliga bedömningen av insamlingssystemen kan lyftas fram. En faktor jag tror är av betydelse gäller det faktum att vi har att göra med en helt ny marknad som uppstår i Europa i producentansvarets följd. Marknaden har ännu inte funnit några helt fasta former utan kan i viss mån sägas befinna sig på ett experimentstadium jämfört med vad som kan förväntas i framtiden. Kommissionen har i ett tidigt skede velat bromsa de tendenser till monopolisering som finns idag. Vi kan utgå från att marknaden idag omsätter mångmiljardbelopp och är snabbt växande. Efter hand som systemen för insamling etableras i samtliga EU-länder ökar materialbolagens omsättning. I Sverige har den totala mängden insamlat material i samhället mer än dubblats sedan producentansvaret infördes.⁷⁷

Ett särdrag för den primära marknaden är vidare att det krävs mycket stora initiala investeringar för att kunna komma igång med verksamheten. Infrastruktur i form av ett nät med insamlingsbehållare måste byggas upp på en tillräckligt stor del av den relevanta marknaden för att det skall bli intressant för producenter att ansluta sig till systemet. Med ekonomisk terminologi kan det uttryckas som att utbudssidan på marknaden kännetecknas av betydande skal- och synergieffekter med följderna att mindre aktörer på marknaden har svårt att uppnå kostnadseffektivitet. Kraven på investeringar är i sig en form av hinder för marknadsinträde och det följer av allmän konkurrensrätt att sådana hinder är ett kriterium för att fastställa dominerande ställning på marknaden.⁷⁸ Förutom de direkta kostnaderna för uppbyggnad av systemen torde det även finnas vissa rättsliga hinder, även om detta hinder inte nämns i praxis. För iordningställandet av en upphämtningsplats krävs bygglov enligt plan- och bygglagen och det kan diskuteras hur stor beredvillighet kommunerna skulle visa ambitionen att bygga alternativa upphämtningsplatser vid sidan av de redan existerande. Möjligheten att ta del av existerande infrastruktur skulle kunna behöva regleras på liknande

⁷⁶ Skriftlig fråga E-2909/00 från Erik Meijer (GUE/NGL) till kommissionen, 14 september 2000.

⁷⁷ SOU 2001:102, s 91.

⁷⁸ Se t.ex. Korah, Valentine: "EC Competition Law and Practice", s 89.

sätt som skett på de europeiska telemarknaderna. Tillgången till infrastrukturen berörs vidare i avsnitt 7.3.2.

Förutom tämligen kraftiga hinder för marknadsinträde kännetecknas den primära marknaden av att det finns en aktör med marknadsandelar som närmar sig 100 %. I det enda tillgängliga beslut vari en uppskattning av marknadsandelar har företagits antogs huvudaktörens andel av marknaden ligga ”klart över 80 %”.⁷⁹ Det handlar därför många gånger om mycket starkt dominerande företag.

⁷⁹ *DSD I*, skäl 95.

Kapitel 6 Konkurrensrättens tillämplighet på producentansvarets insamlingssystem

I kapitel 3 nämndes vissa möjligheter i konkurrensrätten att ta hänsyn till andra krav än de som gäller uppnåendet av maximal konkurrens. Materialbolagen bedriver onekligen en verksamhet som skiljer sig en del från normalt kommersiellt företagande både vad gäller rättsliga krav och syfte med verksamheten. Jag skall i detta kapitel undersöka vilka implikationer detta förhållande kan anses få för bolagens konkurrensrättsliga ställning.

6.1. Producentansvarets betydelse vid tillämpning av konkurrensrätten

6.1.1. Svensk praxis

I konkurrensverkets beslut beträffande insamlingssystem har frågan om konkurrenslagens tillämplighet behandlats relativt utförligt. Som tidigare nämnts återfinns producentansvarets materiella reglering i förordningar, och inte i själva miljöbalken. Den detalj att den närmare regleringen härrör från regeringen och inte riksdagen torde sakna betydelse för frågan huruvida samarbetet bör ses som en ofrånkomlig följd av lagstiftning. Konkurrensverket har menat att ”En sådan förordning är att se som ett utflöde av en av riksdagen beslutad lag”.⁸⁰

I förordningarna om producentansvar anges, som beskrivits ovan, en skyldighet att ta emot och ”hantera” en viss andel av produkterna miljömässigt riktigt, och det definieras vem skyldigheten ligger hos. Inget sägs dock om på vilket sätt och under vilka former hanteringen skall ske. Samarbete i form av materialbolag kan därför inte anses vara en direkt och tvingande följd av regleringen rörande producentansvar. Från lagens synvinkel kan producenterna organisera insamlingen i stort sett hur som helst, så länge insamlingsmålen nås.

Denna slutsats behöver dock inte utesluta att samarbetet likväl ses som en ofrånkomlig följd av lagstiftningen – alltså en i lagstiftningen icke avsedd, men i praktiken helt nödvändig, effekt av lagen. I den svenska praxis som finns har konkurrensverket ansett det vara fallet. I ett avgörande från 1998 lämnade verket icke-ingripandebesked då de två helt dominerande tillverkarna av s.k. EPS-förpackningar bildade ett materialbolag för att uppfylla kraven enligt förpackningsförordningen. Beträffande KL:s tillämplighet kom verket fram till att samarbetet

⁸⁰ Konkurrensverkets beslut, ärende 1134/96.

som sådant inte kunde angripas med stöd av KL eftersom det ansågs vara en ofrånkomlig följd av lagstiftningen och förpackningsförordningen. Som stöd för slutsatsen anfördes bl.a. det sätt varpå producentbegreppet definierats. Eftersom, förutom tillverkare och importörer, även återförsäljare är ”producenter” i lagens mening kunde situationen uppkomma att flera företag var ansvariga för en och samma produkt. Om samverkan i ett sådant fall inte ägde rum var risken för missbruk av systemet uppenbar, enligt verket.⁸¹ I detta sammanhang skall även nämnas två beslut från konkurrensverket avseende dryckesförpackningar; 33 cl glasflaskor respektive aluminiumburkar. I bägge dessa fall ansågs samarbetena i sig vara en ofrånkomlig följd av lagstiftningen.⁸²

Det bör tilläggas att även om samarbetet i ett materialbolag i sig är tillåtet enligt svensk praxis, kan enskilda avtalsvillkor och övriga förfaranden inom ramen för systemet ändå bli föremål för prövning enligt KL.

6.1.2. Europeisk praxis

I de beslut som ännu så länge finns från kommissionen behandlas inte det faktum att bedömningen influeras av miljörättsliga skyldigheter som en självständig punkt. Kommissionen tar inte heller uttryckligen ställning till den övergripande frågan om samarbetets allmänna lämplighet ur konkurrenssynpunkt, utan inriktar sig istället på de enskilda avtal och förfaranden som materialbolagen tillämpar i sin verksamhet. Tystnaden beträffande samarbetenas existens som sådan får dock tolkas som ett medgivande av det nödvändiga med ett relativt omfattande samarbete producenter emellan för att hantera kraven enligt producentansvaret, vilket i sig är en sorts medgivande av att själva grunden för samarbetet inom ett materialbolag får ses som en helt nödvändig konsekvens av lagstiftningen om producentansvar. I annat fall ter det sig svårt att förklara att kommissionen inte närmare granskar de grundläggande skälen till att konkurrenter alls sluter sig samman i ett tämligen omfattande samarbete.

Även om kommissionen i likhet med konkurrensverket tycks acceptera samarbetet i sig utan vidare blir bolagens närmare villkor och förfaranden föremål för ingående konkurrensrättslig granskning. I vilken mån påverkas då denna prövning av att verksamheten ifråga till stor del

⁸¹ Konkurrensverkets beslut i ärende 1134/96

⁸² Konkurrensverkets beslut i ärendena 1471/93 samt 1412/93

kan anses vara styrd av respektive lands miljö rätt? En analys av fallen ger ett tämligen klart svar på frågan: i den utsträckning en aktörs agerande kan anses vara betingat, eller påtvingat, av nationell lagstiftning om producentansvar, kan agerandet inte anses strida mot konkurrensrätten. Företaget måste dock tydligt kunna visa att föreligger en direkt och tvingande plikt bakom handlandet för att en konkurrensbegränsning skall kunna godtas. I de delar som avtal och förfaranden motiveras utifrån miljö rättsliga grunder företas en tämligen strikt proportionalitetsbedömning redan vid frågan huruvida en konkurrensbegränsning föreligger eller ej.

I DSD-fallet argumenteras bl.a. med påståendet att systemets utformning är nödvändig med hänsyn till den tyska förpackningslagen. Kommissionen lägger i beslutet ner avsevärd möda och argumenterar utförligt för att visa att tysk miljö rätt i själva verket inte alls innehåller vad DSD påstår. Kommissionen konkluderar slutligen ”Det är således inte bestämmelserna i förpackningsförordningen som har gett upphov till DSD:s missbruk av dominerande ställning. Kommissionens beslut tvingar inte DSD att bryta mot förpackningsförordningens bestämmelser.”⁸³

6.2. Konkurrensrätten ej tillämplig beroende på verksamhetens särskilda syfte

Möjligen är det inte självklart att ur konkurrensrättsligt hänseende jämställa driften av ett insamlingssystem med normal affärsverksamhet. I kapitel 2 nämndes att EG-rättslig praxis synes ge möjlighet till undantag från konkurrensrätten för verksamheter med särskilda allmännyttiga syften. Enligt åtminstone en bedömare borde denna praxis, som gäller kollektivavtal, kunna överföras till driften av insamlingssystem.⁸⁴ Aktörerna har ett tydligt allmännyttigt ändamål: att genom inrättande av system praktiskt realisera målsättningarna för producentansvaret. I svensk tillämpning av konkurrensrätten synes det aldrig ha varit aktuellt att närmare resonera kring verksamhetens inriktning i sammanhanget av KL:s tillämplighet.

Av Albany-fallet framgår att det måste röra sig om en reell konflikt mellan de olika målsättningarna för att en intresseavvägning skall kunna bli aktuell. Frågan huruvida tanken på att bygga upp landsomfattande insamlingssystem står i reell konflikt med målsättningen

⁸³ DSD I, skäl 142.

⁸⁴ Se Hans Vedder i ”Competition Law, Environmental Policy and Producer Responsibility”.

om god konkurrens eller ej låter sig knappast besvaras kort. Hur som helst är det antagligen rimligt att argumentera för att en konflikt liknande den i Albany-fallen föreligger även beträffande producentansvarets insamlingssystem.⁸⁵

I Albany menade domstolen vidare att fördraget uttryckligen uppmuntrar till kollektiva lösningar på arbetsmarknaden. Fördraget innehåller inte någon bestämmelse som kan sägas uppmuntra till att lösningar på miljöområdet skall ske på något särskilt sätt (annat än att vissa principer såsom förorenaren-betalar är att föredra). Visserligen måste bestämmelserna om kollektiva förhandlingar på arbetsmarknaden betecknas som tämligen vaga (sociala stadgan samt dåvarande 118 b), men det tycks ändå som att bestämmelsernas existens har varit avgörande för domstolens beslut att undanta kollektivavtalen ifråga från konkurrensrättens tillämpning. Min bedömning är därför att en analogi till rättsläget på kollektivavtalsområdet beträffande producentansvarets insamlingssystem ter sig vanskelig. I befintlig praxis har kommissionen inte tagit hänsyn till de nämnda fallen.

6.3. Kommentar till konkurrensrättens tillämplighet på producentansvarets insamlingssystem

Frågan huruvida verksamhet till följd av producentansvaret bör behandlas på samma sätt som normal affärsverksamhet är en kärnfråga och tycks genomsyra all konkurrensrättslig behandling av insamlingssystemen. Principregeln att ett konkurrensbegränsande samarbete undantas från konkurrensrättens tillämpning i den mån samarbetet orsakas av bakomliggande miljö rätt, kan uppfattas som tämligen självklar.

Konkurrensverket har alltså bedömt att samarbeten i materialbolag är en ”ofrånkomlig följd” av producentansvaret och detsamma får kommissionens (tysta) bedömning sägas vara. Myndigheterna undersöker istället de enskilda delarna av det övergripande samarbetet för sig och skillnaden ligger närmast i vilken grad av noggrannhet som undersökningen företas med, samt hur stora kraven som ställs på att ev. konkurrensbegränsningar kan motiveras direkt och obetingat utifrån miljö rätten (vilken grad av kausalitet som krävs). En jämförelse ger vid handen att kommissionen för en striktare linje härvidlag än vad som varit fallet i hittillsvarande svensk praxis.

⁸⁵ Vedder, s 71.

För svenska förhållanden är det synnerligen svårt att besvara frågan om hur nära producenterna måste samarbeta för att uppfylla miljörettens syfte, beroende på att det svenska producentansvaret har utformat i så allmänna ordalag. Detta förhållande kan å andra sidan indikera att det finns betydande frihet för företagen att agera på ett sätt som *inte* är konkurrensbegränsande. Naturvårdsverket skriver i en rapport att det torde vara orealistiskt att varje producent själv organiserar återtagandet av sina varor. Även om det påståendet tas för sanning kan jag tänka mig lösningar som är mindre långtgående än de nuvarande. Vissa aspekter på vad miljöretten kräver av producenterna kommer att diskuteras närmare i kapitel 7.

6.4. Ökade möjligheter att erhålla undantag till följd av miljösyftet

Möjligheten till undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal regleras i artikel 81 (3) EGF respektive 8 § KL. Den svenska formuleringen överensstämmer närmast helt med den i fördraget. För att undantag skall beviljas måste avtalet uppfylla fyra kriterier, varav det kanske viktigaste är att samarbetet skall anses kunna bidra till tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande. Vidare krävs att konsumenterna tillförsäkras en skälig del av vinsten som uppstår, att samarbetet inte går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå målen (proportionalitetskravet) samt att företagen inte ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna ifråga.

6.4.1. Svensk praxis

Det finns endast ett fåtal fall där konkurrensverket har haft anledning att bedöma huruvida undantag bör beviljas i sammanhanget av producentansvar eller ej, och i endast ett av dessa fall har det bedömts huruvida miljövinster kan medtagas i den "ekonomiska" bedömningen. Fallet ifråga gäller att skogsindustrierna startat ett inköpssamarbete för returpapper. Verket skriver: "I förevarande fall är en central aspekt samarbetets effekter på återvinningen av olika typer av returpapper. Den nuvarande miljölagstiftningen syftar till att minska effekterna på miljön av vissa produkter som konsumeras i samhället. En viktig metod för att uppnå detta är att skapa system som möjliggör återvinning så att dessa utnyttjas istället för att belasta miljön." Så långt är resonemanget helt klart. Verket fortsätter: "Sådana positiva effekter för

miljön som en samlad och väl fungerande insamlings- och återvinningsverksamhet bör leda till, är följaktligen att se som positiva ur ett samhällsekonomiskt perspektiv.”⁸⁶

I det enda fall där svenska myndigheter berört frågan om miljövinster p.g.a. systemen besvaras alltså frågan med att dessa bör tas med i den konkurrensrättsliga bedömningen. I brist på andra källor torde man därför få utgå från att ev. miljövinster ökar möjligheterna att erhålla undantag. Beträffande motiveringen till beslutet kan det noteras att resonemanget inte är helt enkelt att följa. Konstaterandet att miljölagarna strävar efter att minska produkters miljöpåverkan leder till slutsatsen att det är samhällsekonomiskt lönsamt med ifrågasvarande återvinningssystem.

Förutom ekonomiska fördelar har konkurrensverket berört det fjärde kriteriet för undantag i 8 § KL; att avtalet inte får ge de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna ifråga. Verket använder vid upprepade tillfällen följande formulering: ”Vid en sammantagen bedömning och med beaktande av att ett retursystem av i huvudsak den omfattning som det förevarande får anses utgöra en ofrånkomlig följd av lag finner konkurrensverket att samarbetet inom retursystemet inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna ifråga...”.⁸⁷

Enligt min mening kan det även här påstås att logiken i resonemanget är något märklig; eftersom ett retursystem i huvudsak är nödvändigt till följd av lagen, kan företagen inte sätta konkurrensen ur spel. Som jag ser det ökar inte konkurrensmöjligheterna som en följd av retursystemets nödvändighet. Det är tydligt att p. 4 har framstått som ett hinder och att, vid ett ”normalt” avtal, hade det återstående konkurrensutrymmet ansetts vara alltför litet.

Jag ställer mig aningen frågande till verkets sätt att hantera frågan. Resonemanget gör att frågan om de miljörättsliga skyldigheterna och det allmännyttiga syftet tillåts genomsyra alla stadier i bedömningen. Det vore tydligare att förbehålla dessa faktorer till bedömningen av konkurrensrättens tillämplighet eller bedömningen av om det alls föreligger en konkurrensbegränsning. Om materialbolaget ifråga verkligen var bundet till ett visst förfarande av miljöretten skulle det inte ens blivit aktuellt att undersöka förutsättningarna för undantag.

⁸⁶ Konkurrensverkets beslut, ärende 1210/93.

6.4.2. Europeisk praxis

I hittillsvarande praxis rörande materialbolag och insamlingsssystem har kommissionen i ett fall haft anledning att ta ställning till om undantag kan beviljas, nämligen i DSD II.

Bedömningen avsåg närmare bestämt materialbolagets exklusiva avtal med insamlingsentreprenörerna. Beträffande möjliga ekonomiska framsteg konstaterades att avtalet utgjorde en del i ett större system som syftade till att genomföra Tysklands och gemenskapens miljöpolitik. Denna politik syftar till att säkra en hög nivå på miljöskyddet. Bl.a. på denna grund ansågs det ifrågavarande avtalet medföra ekonomiska framsteg. Därutöver berörs miljösyftet även vid bedömningen gällande att konsumenterna skall tillförsäkras en skälig del av den vinst som uppstår genom de ekonomiska framstegen. Denna bedömning innebär inga svårigheter: eftersom vinsten består i förbättrad miljö kommer alla automatiskt få del av den.

Liksom vid svensk praxis verkar de största svårigheterna ha uppstått vid tillämpning av p. 4 om att konkurrensen inte får sättas ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna ifråga. I denna del begränsar kommissionen sin argumentation till att enbart avse konkurrenssituationen och bortser från andra, allmänna överväganden. Kommissionen argumenterar omfattande för att lyfta fram dels återstående konkurrensmöjligheter, dels sådana särdrag för marknaden som gör att det oavsett ifrågavarande avtal är svårt att uppnå ett helt tillfredsställande konkurrensläge på den ifrågavarande marknaden (vilket kan ses som hänsynstagande till ”specific market features”, jfr. avsnitt 3.4.). Slutligen konkluderar kommissionen att konkurrens på marknaden är ”möjlig” och att det finns ”realistiska” möjligheter för konkurrenter att inträda på marknaden.⁸⁸

Kommissionen får därmed anses ha bedömt att det ifrågavarande avtalet inte gav inblandade företag ”möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna” trots att materialbolaget, såsom köpare, stod för en marknadsandel i närheten av 100 %. Detta konstaterade leder i sin tur till att den ifrågavarande konkurrensbegränsningen inte kan ha ansetts vara av så allvarlig karaktär att konkurrensen ”sattes ur spel” (det förelåg åtminstone potentiell konkurrens).

⁸⁷ Konkurrensverkets beslut, ärende 1471/93, se även ärende 1412/93 där samma formulering användes.

⁸⁸ DSD II, skäl 176.

Kapitel 7 Konkurrensregler avseende producentansvarets insamlingssystem

Mot den bakgrund som givits hittills i framställningen avser jag i detta kapitel att närmare diskutera vilka konkurrensrättsliga regler som kan tänkas gälla för driften av verksamheter i producentansvarets följd. Jag har nämnt att insamlingssystemen är komplexa företeelser och det vore en omöjlighet att konkurrensrättsligt beskriva alla aspekter av verksamheten. Här kommer regler beskrivas som enligt min mening är av störst intresse och för vilka det finns tydligast stöd för i praxis.

7.1. Producentens betalningsskyldighet kopplas till användning av ett varumärke

Inom konkurrensrätten är förhållandet mellan konkurrens och immateriella rättigheter en allmän fråga av stor betydelse. Det handlar, mycket kortfattat, om att finna en lämplig balans mellan intresset av starka rättigheter till skydd för det intellektuella kapitalet samt intresset av dynamiska och konkurrensutsatta marknader. Problematiken har även kommit upp i sammanhanget av producentansvarets genomförande.

7.1.1. DSD-fallet

Fallet berör den primära marknaden på vilken materialbolag erbjuder producenter tjänster. Den relevanta marknaden som ”marknaden för system för insamling och sortering av använda konsumentförpackningar hos privata konsumenter i Tyskland”. DSD var ensam om att besitta ett system för dessa tjänster som täckte hela Tyskland. Den konkurrens som fanns bestod framför allt av några regionala lösningar av mindre betydelse. Det ansågs klarlagt att DSD genom detta hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden.

I DSD:s avtal med förpackningsproducenterna reglerades avgiftens storlek efter antalet förpackningar som producenten märkte med det registrerade varumärket ”Der Grüne Punkt”. Vad producenterna betalade var i själva verket en licensavgift för rätten att använda varumärket, varigenom de befriades från det egna insamlingsansvaret. Den valda avtalskonstruktionen ansågs av kommissionen medföra vissa negativa konsekvenser ur konkurrenssynpunkt. Den producent som av någon anledning önskade lösa insamlingen på egen hand eller genom ett annat materialbolag än DSD på en del av marknaden, exempelvis

en delstat, stötte på den del svårigheter. Om producenten distribuerade förpackningarna över hela Tyskland (vilket de allra flesta gjorde) skulle en särskild förpackning behöva tillverkas, vilken skulle behöva distribueras med egen distributionskanal till det område där producenten använde en annan lösning än DSD. Den ökade kontroll av varuflödet som skulle behövas kan antas föra med sig ökade administrationskostnader. Detta alternativ var naturligen ekonomiskt och logistiskt ogynnsamt. Det andra alternativet skulle vara att använda samma förpackning som på övriga marknaden och betala avgifter till DSD för användning av ”Gröna punkten”, trots att DSD:s system inte togs i bruk för vissa förpackningar.

Fler situationer än den nämnda kan beskrivas där producenter möter svårigheter i händelse av att de skulle vilja använda någon annan lösning än DSD:s. Enligt kommissionen liknade de faktiska effekterna av avtalet i hög grad ett exklusivitetskrav, med hänsyn tagen till marknadsomständigheterna. Genom att göra det ekonomiskt orimligt för producenterna att utnyttja flera system samtidigt ansågs DSD utestänga konkurrenter från att inträda på marknaden. Värt att notera i sammanhanget är även att utestängande förfaranden torde få särskilt stor effekt på marknaden för insamlingssystem, med hänsyn till de naturliga inträdeshinder som föreligger på denna marknad. Kommissionen beslutade mot denna bakgrund DSD inte fick kräva avgifter för de förpackningar som kunde visas blev omhändertagna på annat sätt, oaktat att dessa förpackningar märktes med DSD:s varumärke.

Det nu nämnda leder till att den rättsliga bedömningen utmynnar i överväganden rörande skyddet av varumärket ”Der Grüne Punkt” kontra inresset av att producenter har ett reellt val mellan olika system så att förutsättningar för konkurrens skapas. Jag avser inte närmare gå in på den immaterialrättsliga delen av frågeställningen. Beslutet har överklagats och väntar i skrivande stund på avgörande av förstainstansrätten. I ett interimistiskt beslut menade förstainstansrätten att avgörandet krävde omfattande varumärkesrättslig analys. Vid ett första påseende framstod emellertid DSD:s invändningar som uppenbart obefogade.⁸⁹

7.1.2. Kommentar

Beslutet i DSD I kan tyckas ge ett svagt skydd åt varumärkesrätten, då det trots allt innebär att företag kommer kunna förse sina förpackningar med annans varumärke utan att som brukligt betala licensavgift. Möjligen finns det rent av risk att varumärkets betydelse eroderas när

förpackningarna i vissa situationer inte skall lämnas i DSD:s behållare utan till en annan systemoperatör. Jag tror ett viktigt skäl till den relativt hårda linjen är att kommissionen velat stoppa ett potentiellt hot mot det fria varuflödet på den inre marknaden. Det är mycket vanligt med flerspråkiga förpackningar på marknaden, eftersom det är ekonomiskt och logistiskt fördelaktigt att kunna använda samma förpackning i t.ex. Tyskland, Frankrike, Italien mm. Sådana förpackningar måste då märkas med ”Der Grüne Punkt” för distributionen i Tyskland. Det vore helt orimligt att erlagga licensavgifter för samtliga förpackningar oavsett var de hamnar. Och även om företaget i efterhand har möjlighet att visa att bara en del av förpackningarna distribuerades i Tyskland vore det ett sorts försvårande av varuflödet över gränserna.

Det nu refererade beslutet kan sägas ha bekräftats genom det i många avseende parallella fallet *Eco Emballage*⁹⁰. Företaget *Eco Emballage* är innehavare av licensen för användning av ”Gröna punkten” på den franska marknaden (*Point Vert*). I beslutet kom kommissionen visserligen fram till slutsatsen att företaget inte gjorde sig skyldigt till missbruk av dominerande ställning. Den slutsatsen kom emellertid först sedan *Eco-Emballage* gjort åtaganden snarlika de förelägganden som kommissionen tidigare hade meddelat i *DSD I*. Företagets tjänster för en majoritet av sina förpackningar.⁹¹ Sannolikt kan vi utgå från en rättsregel med innebörden att materialbolag med dominerande ställning inte kan tillåtas koppla producenternas betalningsskyldighet till användningen av ett visst varumärke.

7.2. Frågan om kontrollen över materialet

I avsnittet om insamlingssystemens organisation berördes frågan om vilken aktör som har bestämmanderätt över materialet i processens olika steg. Det konstaterades också att i Sverige anses det vara förbjudet att bedriva insamling utan uppdrag från producent. Dessa frågor skall här belysas ur ett konkurrensrättsligt perspektiv.

Det handlar om vilken aktör som kan bestämma över materialet i processens olika steg; vem som får samla in, vem som avsätter det till återvinnare och vem säljer det upparbetade materialet. Situationen ser olika ut för de olika materialslagen beroende på materialets värde,

⁸⁹ Interimistiskt beslut den 15 nov. 2001 i mål T-151/01 R, *DSD mot Kommissionen*.

⁹⁰ Kommissionens beslut *Eco-Emballage*, [2001] EGT nr L 233 s 37.

⁹¹ *Eco-Emballage*, skäl 61 j.

marknadens struktur och materialbolagets agerande. I Sverige får endast producenter/ materialbolag organisera insamlingen. I vissa fall behåller bolaget bestämmanderätten genom hela processen. Såvitt jag har kunnat få information om agerar åtminstone materialbolagen inom följande materialslag som säljare av upparbetat material på den svenska marknaden: tidningspapper, plastförpackningar, dryckesförpackningar av aluminium, EPS-förpackningar (frigolit) samt glasförpackningar.⁹²

Det är en rimlig utgångspunkt att konkurrensen försämras när det endast finns en säljare på marknaden av insamlat material, istället för om insamlingsentreprenörerna säljer materialet vidare för återvinning. Detsamma gäller när materialbolaget behåller äganderätten till det *upparbetade* materialet, jämfört med om de olika återvinnarna hade sålt materialet vidare.

En vidare aspekt gäller företag som använder upparbetat material i sin produktion, men som inte är att se som producenter i producentansvaret mening. Om dessa företag dessutom konkurrerar med materialbolagets ägare kan det av naturliga skäl finnas ett intresse från materialbolagets sida att inte leverera till det utanförstående företaget.⁹³ Det förefaller olämpligt att vissa företag har kontroll över försäljningen av en produkt som konkurrenter behöver i sin produktion.

7.2.1. Svensk praxis

Mest aktuell har frågan om tillgång till materialet varit inom området för returpapper, vilket även är det område där frågan kommit upp till konkurrensrättslig bedömning.

Pappersproducenternas samarbete har bedömts i två ärenden hos konkurrensverket, varav ett avser samarbetet inom Pressretur AB och ett avser en parallellt verkande inköpsorganisation, IL Returpapper AB.⁹⁴ Frågan om tillgång till materialet berördes främst i det förstnämnda. Pressretur AB ägs av de större skogsföretagen. Bolaget hävdar ensamrätt (äganderätt) till det av hushållen återlämnade returpapperet och är huvudman för så gott som all insamling och försäljning av detta papper på den svenska marknaden. Till saken hör att det finns företag som behöver returpapper i sin produktion men som inte är att se som producenter i producentansvarets mening (och som därför står utanför samarbetet i Pressretur).

⁹² SOU 2001:102 s 100 ff., s 122 och s 170.

⁹³ Konkurrensverkets rapportserie 1998:1 s 76.

⁹⁴ Konkurrensverkets beslut, dnr 1528/94 (Pressretur) samt, 1210/93 (IL Returpapper).

Konkurrensverket hyste i beslutet farhågor för att dessa företag skulle få svårare att få tillgång till returpapper. I det s.k. ”konsortialavtalet” mellan Pressreturs ägare fanns också en bestämmelse med innebörden att insamlat material i första hand skulle erbjudas ägarföretagen.

Verket lämnade icke-ingripandebesked för samarbetet. Detta besked lämnades dock först sedan ägarföretagen garanterat att utomstående förbrukare av returpapper skulle erbjudas leveranser samt, på krav från konkurrensverket, tillsatt en styrelseledamot i Pressretur med uppgift att bevaka utomstående företags intressen. Efter nämnda åtgärder konkluderade verket att ”...leveranserna till utanförstående företag garanteras i en utsträckning som får anses tillfredsställande.”⁹⁵

7.2.2. Europeisk praxis

Kommissionen har betraktat frågan om kontroll över materialet med större stränghet. På den stora tyska marknaden har det tidigare fungerat så att insamlarna, fastän de betecknades som ”ägare”, inte haft någon bestämmanderätt över materialet utan istället varit skyldiga att kostnadsfritt överlämna det till en utsedd ”garantigivare”. Förfarandet bedömdes av kommissionen utgöra en otillåten konkurrensbegränsning i det att insamlaren förhindrades att självständigt söka upp den återvinnare som kunde erbjuda bäst villkor. Förpliktelsen innebar ett alltför stort ingrepp i den förpliktade partens kommersiella frihet.⁹⁶ I beslutet diskuterades inte frågan om det eventuellt kunde finnas en ensamrätt för materialbolaget DSD att stå för insamlingen. Frågan var ej heller intressant, eftersom det även om insamlarna får marknadsföra materialet fritt är DSD som står som huvudman för insamlingsdelen. Utan att närmare gå in på den tyska regleringen av producentansvaret, är det i vart fall klarlagt att andra system (i den mån de finns) har full frihet att organisera insamling utom DSD:s kontroll.

I det franska systemet har insamlingsentreprenörerna (de lokala myndigheterna) möjlighet att själva sälja materialet till marknadspris, ett system som naturligen inte bemöttes med några invändningar. I det österrikiska ARA-fallet (som är det senaste) accepterade kommissionen emellertid en lösning som i mycket påminner om den som tidigare tillämpades på den tyska

⁹⁵ Konkurrensverkets beslut, ärende 1528/94, s 16.

⁹⁶ *DSD I*, skäl 47.

marknaden.⁹⁷ De österrikiska insamlarna erhöll aldrig äganderätt till materialet utan var förpliktade att lämna det till en någon av handfull föreningar med uppgift att stå för återvinningen. Jag är osäker på den bakomliggande orsaken till detta ställningstagande. Det stämmer inte särskilt väl överens med vad kommissionen uttalat i en årsrapport om konkurrenspolitiken; nämligen att man avser utgå från principen om "Free marketing of secondary material".⁹⁸

7.2.3. Vidare kommentar och diskussion

Viss kritik kan riktas mot den relativa mildhet konkurrensverket uppvisat i frågan om tillgången till svenskt returpapper. Jag skall i detta avsnitt diskutera frågan om kontrollen över materialet mot bakgrund av den praxis som utbildats i Sverige och internationellt.

7.2.3.1. Monopol på svenska marknaden

Genom beslutet i Pressretur har det skapats ett monopol på försäljning av svenskt returpapper; det finns endast en svensk säljare av materialet ifråga. Det bör betonas att detta monopol skiljer sig från de faktiska monopol som uppstått på marknaden för organiserande av insamlingssystem. Ett produktmonopol saknar de särskildheter som gäller på marknaden för insamlingssystem såsom de logistiska nackdelar existensen av ett flertal insamlingssystem kan föra med sig. Samhället är, som ovan nämnts, sannolikt på väg mot en utveckling där också uttjänta produkter har ett betydande ekonomiskt värde; hanteringen och kontrollen av dessa produkter kommer att få allt större betydelse. Nu har förvisso miljöretten (i form av avfallsregleringen) kanske inte fullt ut anpassat sig efter detta, vilket emellertid borde få konkurrensmyndigheterna att lägga än större energi på att skapa effektiva, konkurrensutsatta marknader.

Det är inte svårt att tänka sig att ett monopol av nämnt slag skulle kunna få effekter för utanförstående företags möjligheter att köpa in insamlat material t.ex. gällande snabbhet på leveranser samt , inte minst, vilket pris som utkrävs. Enligt en senare rapport från konkurrensverket lär det också – även efter de nämnda besluten - ha förekommit inom branschen att utanförstående företag haft svårigheter att få leveranser av returpapper.⁹⁹ Vad

⁹⁷ Kommissionens beslut ARA, EGT nr C 252, 19/10/2002 s 0002.

⁹⁸ XXXI:st Report on Competition Policy, 2001, s 26.

⁹⁹ Konkurrensverkets rapportserie 1998:1 s 76.

som talar för att beteendet skulle kunna accepteras är att marknaden för returpapper är något mindre bunden av nationsgränserna än vad som gäller för övriga materialslag. Verket har visserligen fastställt att den geografiska marknaden utgörs av Sverige, men import av utländskt returpapper förekommer och priserna är tämligen jämbördiga.¹⁰⁰

7.2.3.2. Orsakas det svenska monolet av miljöretten?

Den andra frågan som bör ställas i sammanhanget är om ensamrätten innebär, eller bör innebära, att materialbolaget kan kontrollera materialets flöde genom processen från början till slut? Förutsätter ensamrätten till insamling även ensamrätt till återvinning och/eller försäljning? Personer verksamma i branschen har frågat sig när i processen avfallet upphör att vara avfall och blir en produkt, vilket kan ses som samma fråga ur ett miljörettsligt perspektiv. Enligt min mening är det måhända inte helt fruktbart att försöka teoretisera kring vad som är avfall och inte. I vart fall när målet om fungerande konkurrens är hotat är det givande att anlägga ett mer funktionellt, ändamålsriktat, betraktelsesätt. Man borde kanske istället fråga sig vilka inskränkningar i konkurrensen som är absolut nödvändiga för att säkerställa miljörettens efterlevnad.

Det är svårt att spekulera i om miljörettens intentioner kan uppfyllas även utan producenternas ensamrätt till insamlingen. Och lagstiftningen är hur som helst tämligen klar i frågan, ett funktionellt betraktelsesätt får inte innebära tolkning *contra legem*. Ensamrätten gäller dock endast transport av avfallet, d.v.s. insamlingsdelen. Frågan om ensamrätten bör utsträckas till att avse all vidare befattning med avfallet/materialet kräver en viss undersökning av miljörettens syften.

I de europeiska regleringarna om producentansvar läggs skyldigheten att stå för ett miljömässigt riktigt omhändertagande av de uttjänta produkterna på producenterna. Skyldigheten är straffsanktionerad. I samtliga regleringar finns möjlighet att genom anslutning till ett system befria sig från skyldigheten. Ett exempel är artikel 4 i den franska förpackningsförordningen som anger att "tillverkare" kan välja mellan att ansluta sig till en organisation eller att själv återvinna. Istället skall systemoperatören kunna garantera skyldighetens uppfyllande. Detta är precis vad som är materialbolagets prestation i förhållande till sin avtalspartner, producenten; att garantera att skyldigheten uppfylls på ett

¹⁰⁰ Konkurrensverkets beslut, ärende 1210/93.

korrekt sätt. Vidare har materialbolagen alltid (såvitt jag vet) en skyldighet under lag att rapportera till myndigheterna hur arbetet framskrider. De skall kunna redogöra för mängden material av olika typer som återanvänts, materialåtervunnits etc.

De nämnda skyldigheterna ger enligt min mening upphov till vissa legitima intressen. Materialbolaget behöver ges möjlighet att tillse att det är fråga om ett seriöst företag som står för återvinningen och att återvinning faktiskt sker. Det skulle vara svårt för materialbolaget att gentemot anslutna producenter kunna garantera tjänstens kvalitet om insamlaren kunde avsätta materialet hos vem som helst. Materialbolaget har ett tydligt behov av att få vetskap om vem som står för återvinningen. Vidare måste bolaget ha en rätt till insyn i tillvägagångssättet för återvinningsprocessen, i vart fall fråga om vilken metodik som används, i syfte kunna fullödigt rapportera till myndigheterna om utvecklingen i producentansvarets praktiska tillämpning. I övrigt har jag svårt att se några legitima intressen av kontroll över återvinningen från materialbolagets sida.

Är det för att garantera dessa intressen nödvändigt att materialbolaget behåller den kommersiella rätten att förfoga över materialet genom processen? I DSD II förbjöds materialbolaget att tillämpa en modell där insamlarna endast kunde vända sig till vissa av materialbolaget utsedda ”garantigivare”. Istället accepterades ett förfarande där insamlarna kunde vända sig till den återvinnare som önskades (den som ger bäst villkor). Insamlaren och återvinnaren var dock skyldiga att upprätta en plan för hur redovisningen av hur hela processen går till. Denna plan måste även erhålla materialbolagets godkännande.¹⁰¹ En lösning av beskrivet slag garanterar för materialbolaget att det finns en utarbetad plan för dokumentation av hela processen och man förefaller erbjudas en tillräcklig grad av säkerhet för att de miljörättsliga förpliktelserna faktiskt uppfylls.

När det sedan gäller processens sista steg; avsättning av det upparbetade materialet, har det såvitt jag känner till aldrig påståtts att materialbolagen har ett legitimt intresse av att kunna kontrollera denna del. Det är även svårt att se vad det skulle vara för intressen. Miljörättens och materialbolagens intresse ligger i att ett miljömässigt riktigt omhändertagande av materialet sker. När det intresset garanterats är det enligt min mening rimligt att konkurrensrättens intresse av fria, dynamiska marknader får göras gällande.

¹⁰¹ DSD II, skäl 50.

7.2.3.3. *Representerar materialbolagen alla producenter?*

Det bör noteras att ensamrätten till transport av avfallet tillkommer *producenterna*. I regleringen av producentansvaret nämns inget om hur producenterna skall utföra insamlingen av de uttjänta produkterna. Nu har det lösts så att de flesta producenter gått samman i materialbolag och delegerat ensamrätten till dessa. Vad händer om en eller flera producenter inte ansluter sig till materialbolagets system utan uppdrar direkt åt en samlingsentreprenör att omhänderta en kvantitet som motsvarar producentens/producenternas produktion? Jag kommer inte försöka besvara denna miljörettsliga fråga, utan konstaterar endast att den är av vikt för konkurrenssituationen i sammanhanget.

7.3. Avtalen med samlingsentreprenörer

Avtalen med samlingsentreprenörerna är ett av de viktigaste avtalen i ett samlingsystem. Avtalen tycks alltid utgå från ett av materialbolaget framtaget standardavtal. Mot bakgrund av föregående avsnitt är förstås frågan om kontrollen över materialet en mycket viktig aspekt i avtalen med samlingsentreprenörerna. I detta avsnitt begränsas dock framställningen till att avse regleringen av själva tjänsten som materialbolaget köper av entreprenören, d.v.s. insamling och sortering.

7.3.1. **Exklusivitet och kontraktstider**

Det följer av allmän konkurrensrätt att ett företag med dominerande ställning har särskilda skyldigheter avseende relationerna med underleverantörer m.fl. Avtal som innebär att ett företag ges exklusiva territoriella rättigheter måste kunna motiveras objektivt.

7.3.1.1. *Fallet DSD II*

De konkurrensrättsliga villkoren för materialbolagets relationer till samlingsentreprenörerna behandlas utförligast i det andra DSD-fallet. Verksamheten avsåg insamling och sortering av konsumentförpackningar från hushållen, och den relevanta marknaden definierades även helt enligt dessa ramar. Materialbolaget DSD var den i allt dominerande köparen av dessa tjänster. DSD hade delat in Tyskland i ca 550 samlingsområden och i vart och ett av dessa utsågs efter upphandling en entreprenör med ensamrätt att svara för insamling av förpackningar

inom ramen för DSD:s system. I de ursprungliga avtalen, när systemet byggdes upp, åtog sig insamlarna att svara för uppbyggnad av insamlingsinfrastruktur och stå för sorteringen. Kontraktens längd uppgick till omkring 15 år. Frågan var huruvida det var förenligt med konkurrensrätten att ett företag med dominerande ställning utsåg exklusiva insamlare för så lång tid.

Kommissionen noterade att insamlarnas åtagande nödvändiggjorde mycket stora investeringar i form av infrastruktur för insamling samt, i synnerhet, sorteringsanläggningar.

Investeringarna krävde en relativt lång kontraktstid i syfte att insamlarna skall ha tillräckligt incitament att genomföra dem. Det fanns inte heller något att invända mot ensamrätten i sig, men möjligen hade nödvändigheten av lång kontraktstid överdrivits. Efter ingående ekonomisk analys av de nödvändiga investeringarna kunde kommissionen konstatera att det i normalfallet endast torde vara nödvändigt med en kortare kontraktstid för att erhålla återbäring på investeringarna. Kontraktstiden borde snarare vara omkring 11 år i detta fall.

7.3.1.2. *Svensk praxis*

Från svensk praxis kan inledningsvis noteras att marknaden för insamlingstjänster aldrig har berörts som en egen marknad. I besluten har den relevanta marknaden alltid definierats som ”tillhandahållande av retursystem för produkten X”, med förbiseende av att flera andra marknader direkt berörs av systemet. Hur insamlingstjänster anskaffats har dock likväl behandlats, dock endast i korthet som en del av ”övriga förfaranden”.

Konkurrensverket har inte vid något tillfälle förbjudit ett visst förfarande eller annars haft några mer konkreta synpunkter på materialbolagens relationer till insamlarna. I fallet Pressretur AB var omständigheterna lika dem i DSD II i så måtto att det rörde sig om insamling vid ett stort antal konsumentnära upphämtningsplatser. Av beslutet framgår endast att ”upphandling i konkurrens generellt sker” för respektive kommun och denna del av verksamheten berörs ej vidare. I ”EPS-fallet” menar verket att det torde röra sig om ett normalt upphandlingsförfarande och att inget framkommit som tyder på att det skulle vara diskriminerande. I det nyligen avgjorda ärendet SVEP-Retur AB hade konkurrensverket inget att erinra mot materialbolagets avsikter att uppdra åt en rikstäckande entreprenör att svara för

all insamling i landet av ensilageplast för jordbruket.¹⁰² Konkurrensverket kommer inte i något fall in på frågan hur långa kontraktstider som kan tänkas vara acceptabla utifrån konkurrenshänsyn.

7.3.1.3. *Kommentar*

En första anmärkning skall göras i det att svensk praxis också i denna fråga tycks ha intagit en relativt mild hållning angående kraven på materialbolagens upphandling av tjänster, jämfört med den kommissionen uppvisar. Slutsatsen måste emellertid nyanseras genom iakttagandet att det förmodligen gäller särskilt långtgående krav för aktörer verksamma på området för producentansvar för förpackningar, såsom DSD. Inget av de svenska besluten gäller insamling av förpackningsmaterial ("EPS-fallet" gäller visserligen en typ av förpackningar, men från storförbrukare och utan sortering). Den avgörande skillnaden ligger i att det egentligen bara är förpackningsmaterial som behöver sorteras av insamlaren, vilket i enlighet med resonemanget om relevant marknad gör att marknaden kan definieras snävt.

När det gäller kontraktstider bör det poängteras den tid på omkring 11 år som accepterades i det tyska fallet inte på något sätt representerar vad som är tillåtet under normala omständigheter. Den långa tiden accepterades endast eftersom det vid tiden för avtalens ingående var fråga om att bygga upp helt ny infrastruktur för en ny marknad, ett ansvar som med den valda modellen föll på insamlingsentreprenörerna. När det initiala skedet lämnas måste kontraktstiderna sannolikt vara betydligt kortare. Enligt företrädare för kommissionen kan normalt sett inte kontraktstider längre än tre år anses vara rimliga.¹⁰³

7.3.2. **Kontroll över infrastrukturen mm.**

Ytterligare några aspekter i avtalsrelationen materialbolag - insamlare skall beröras. Ovan har anmärkts att utbudssidan på marknaden kännetecknas av betydande skal- och synergieffekter. Ett särskilt inslag för de kollektiva insamlingssystemen är därför frågan om tillgång till infrastrukturen för insamling (gäller i princip nätet av behållare för olika materialslag). Denna fråga gäller särskilt producentansvaret för förpackningar som kräver ett speciellt finmaskigt nät av mottagningsplatser.

¹⁰² Konkurrensverkets beslut, ärende 46/2002.

¹⁰³ Tal av Jean-Francoias Pons, vice generaldirektör konkurrensdirektoratet, Madrid 20 september 2001.

I avtalen med insamlingsentreprenörerna hade DSD infört en klausul med innebörd att tredje part endast fick utnyttja DSD:s nät av behållare efter godkännande från DSD. Enligt kommissionens mening utgjorde en sådan klausul under rådande marknadsomständigheter en otillåten konkurrensbegränsning. Som skäl anfördes att den enda reella möjligheten för konkurrenter att ta sig in på marknaden vore att utnyttja det redan existerande nätet. Genom möjligheten att blockera andra aktörers tillgång till infrastrukturen skapades ett nära nog absolut hinder för inträde på den nationella marknaden. Kommissionen medgav att vissa organisatoriska bekymmer kunde antas uppstå om andra materialbolag utnyttjade samma behållare som DSD. Sammanfattningsvis menade kommissionen dock att dessa bekymmer inte var större än att de kunde övervinnas.¹⁰⁴

Vi har ovan konstaterat att det inte finns något hinder i sig mot att materialbolaget ger exklusivt förordnande till en insamlare. Man kan fråga sig vad som gäller för ensamrätter i motsatta riktningen d.v.s. att insamlaren åtar sig att inte företa insamling för någon annan organisatör av insamlingssystem, alltså konkurrenter till materialbolaget. Det torde följa av allmän konkurrensrätt att företag med dominerande ställning måste iaktta stor försiktighet med dylika ensamrättsklausuler. Återigen har frågan behandlats i det andra DSD-fallet. Av fallet framgår att den ensamrättsklausul till förmån för DSD som användes inte kunde accepteras. Det skulle vara ett allvarligt hinder för potentiella konkurrenter till DSD att ta sig in på marknaden om de insamlingsföretag som bäst kunde branschen var uppbundna i tämligen långa kontrakt till DSD.

7.4. Avtalen med återvinnare

Liksom i insamlingsavtalen är en av de viktigaste aspekterna i ett återvinningsavtal hur kontrollen av materialet har fördelats. Jag har redogjort för att det finns olika modeller att hantera äganderätten till materialet och att det är diskutabelt huruvida det alls finns några tungt vägande skäl till att materialbolagen skall ingå avtalsrelationer med återvinnare. Från konkurrenssynpunkt är det med stor sannolikhet lämpligast att insamlingsentreprenörerna säljer till återvinnaren, eftersom alternativet med materialbolaget som säljare innebär att det uppstår en kraftigt dominerande aktör på utbudssidan på marknaden för insamlat material

¹⁰⁴ DSD II, skäl 176.

7.4.1. Om återvinningsavtal sluts

Om ett materialbolag uppträder som säljare av (obearbetat) material torde allmänna konkurrensrättsliga regler avseende företag med dominerande ställning gälla. Det bör dock påminnas om att materialbolag inte nödvändigtvis kan anses inneha dominerande ställning på marknaden för utjänt material, även i det fall då materiabolaget är ensam aktör på systemmarknaden (se ovan avsnitt 5.4.2.2., bolaget blir dock ensamt om att erbjuda just från producentansvaret härrörande material). Om dominerande ställning föreligger är kraven på materialbolaget i denna del inte specifika för sammanhanget av insamlingssystem utan bör istället i stort sett sammanfalla med vad som allmänt åligger en säljare med stark marknadsposition vad gäller exklusivitet, bindningsklausuler mm.

Lite annorlunda är läget då materialbolag sluter ramavtal med återvinningsföretag i syfte att insamlingsentreprenörerna skall kunna lämna det insamlade materialet till företaget ifråga, såsom är fallet i det österrikiska ARA-systemet. Det kan tyckas som att denna modell strängt taget inte skiljer sig från modellen där materialbolaget uppträder som säljare av materialet, bolaget styr ändå vem som får tillgång det. Skillnaden ligger i att materialbolaget i princip kan sluta en obegränsad mängd ramavtal med återvinningsföretag. Den enskilde insamlingsentreprenören har möjlighet att välja den av de kontrakterade återvinnarna som erbjuder bäst villkor. Huruvida förfarandet är konkurrensbegränsande eller ej beror i mycket på hur det tillämpas.

I *DSD II* erhöll materialbolaget tillstånd att fortsätta tillämpa denna modell för materialet plast (vars marknad är speciell p.g.a. av materialets låga värde). Villkoret var att materialbolaget skulle använda sig av helt öppna, objektiva och icke diskriminerande kriterier vid valet huruvida ”garantiavtal” skulle slutas med en återvinnare.¹⁰⁵ I princip skulle materialbolaget vara skyldigt att sluta avtal med alla företag som uppfyllde kriterier för riktig återvinning, rapportering till myndigheterna mm. På så sätt skulle viss dynamik på marknaden kunna garanteras trots den valda avtalsmodellen. Slutsatsen som kan dras av de tyska och österrikiska fallen är att ”garantiavtal” med återvinningsföretag kan tillåtas om de sluts efter öppna, objektiva kriterier.

Kapitel 8 Slutsatser

I inledningen ställdes frågan huruvida det förekommer konflikter mellan miljö rätt och konkurrens rätt eller ej. Enligt min mening kan den frågan besvaras både jakande och nekande. Konflikter kan sägas förekomma eftersom det händer att målsättningen om effektiv konkurrens får stå tillbaka för att gynna miljömässiga målsättningar. Detta framgår av såväl konkurrensmyndighetens uttalade policy som praxis i enskilda fall. Vi har också kunnat se att regelverket om producentansvar har genomförts på ett sätt som åtminstone inte kan betraktas som helt tillfredsställande ur konkurrenssynpunkt. Det kan å andra sidan hävdas att det inte är fråga om någon egentlig, äkta, konflikt. Saken blir inget problem eftersom miljövinster jämföras (och borde enligt detta synsätt jämföras) med andra fördelar såsom teknikutveckling eller effektiv distribution. De konkurrensproblem som ändå uppstår är möjligen inte framtvungade av miljö rätten utan beror, med detta synsätt, snarare på att inblandade parter inte givit tillräcklig uppmärksamhet till konkurrensdimensionen.

Vilken tolkning som har mest fog för sig går knappast att säga. Klart är att konkurrens rätten har vissa mekanismer för att inkorporera miljöintresset i den konkurrensrättsliga bedömningen. I princip kan ett beteende som betingas av bakomliggande miljö rätt undantas från konkurrens rätts tillämpning enligt såväl svensk som europeisk rätt. I praktiken torde det dock snarare bli fråga om att bedöma vilka delar i ett förfarande som är absolut nödvändiga med hänsyn till miljö rätten, än att från början göra klart att t.ex. ett helt samarbete mellan företag är ”immunt” mot konkurrens rätts förbud. Ett avtals miljömässiga syfte kan troligen inte medföra att avtalet i sin helhet redan på den grunden anses undantaget från konkurrens rätten.

Det finns vidare goda möjligheter att inom ramen för undantagsbedömningen enligt artikel 81.3 EGF resp. 8 § KL beakta de positiva effekter ett samarbete kan tänkas ha för miljön. I befintlig praxis är det också undantagsmöjligheten som har kommit att användas för att godkänna miljöavtal med konkurrensbegränsande inslag. Konkurrensmyndigheterna har en positiv inställning till användande av principen att förorenaren betalar. Det förefaller därför logiskt att betrakta miljövinster som en sorts ekonomisk vinning, och följaktligen finns

¹⁰⁵ DSD II, skäl 74.

möjlighet att erhålla undantag även för konkurrensbegränsande avtal om de kan tänkas medföra miljövinster. Från en mer strikt rättslig synpunkt kan det vara svårt att ”komma förbi” 81.3. p.4, särskilt för branschomfattande överenskommelser på miljöområdet. Enligt min mening ger dock hittillsvarande praxis inte vid handen att godkännande av sådana miljöavtal skulle kräva att rättsligt tveksamma resonemang användes.

Dessa allmänna principer kan appliceras på producentansvaret. Förorenarna (producenterna) har byggt upp insamlingssystem och det torde inte vara kontroversiellt att påstå att dessa system ibland innehåller konkurrensbegränsande inslag. Dessa konkurrensbegränsningar har i de allra flesta fall kunnat accepteras med hänsyn till miljörättens effektiva genomförande, eller med hänsyn till de miljövinster systemen kan tänkas föra med sig. Miljörätten får dock inte användas som en ursäkt för att införa kraftigare konkurrensbegränsningar än vad som är absolut nödvändigt.

Den konkurrensrättsliga bedömningen av ett insamlingssystem i allmänhet och dess nödvändighet utifrån miljörätten i synnerhet, är förknippad med vissa särskilda svårigheter. En sorts slutsats kan sägas vara att det är en mycket omfattande operation att fullödigt bedöma och beskriva ett insamlingssystemets konkurrenspåverkan. Det rör sig inte om någon enkelriktad trafik av produkter utan om ett komplext nätverk. Åtminstone fem relationer bör bedömas: Materialbolagets relationer med andra materialbolag, insamlingsentreprenörer samt återvinnare. Samarbetet inom materialbolaget är dessutom av intresse för relationen producenter emellan. Vidare kan det vara nödvändigt att bedöma hur marknaden för upparbetat material ser ut: uppträder materialbolaget direkt som säljare av upparbetat material, är det i så fall nödvändigt och vilka konsekvenser får det på den marknaden?

För svensk del har producentansvaret reglerats tämligen fåordigt vilket har resulterat i vissa oklarheter rörande producenternas miljörättsliga skyldigheter. Dessa oklarheter har också fått återverkningar på den konkurrensrättsliga bedömningen. Exempel på sådana frågor är vad som är den egentliga omfattningen av producenternas ensamrätt och om materialbolagen verkligen kan sägas representera samtliga producenter. För närvarande tycks den konkurrensrättsliga bedömningen utgå från att materialbolagen har rätt att styra processen i den utsträckning som önskas.

I det tyska exemplet har producentansvaret givits en betydligt mer utförlig reglering. Det är därför lättare att konstatera huruvida en konkurrensbegränsning är betingad av miljörätten eller ej. En ytterligare skillnad mellan svensk och europeisk rätt på området är lite mer kontroversiell. Det förefaller dock som att kommissionen rent allmänt har tillämpat konkurrensreglerna med större stränghet än vad som varit fallet i svensk praxis. Det har krävts tydligare bevis för att en viss lösning är nödvändig enligt reglerna om producentansvar. Möjligen kan skillnaden delvis hänföras till att de miljörättsliga spelreglerna på den svenska marknaden inte är helt klara och att de inblandade aktörerna därför fått större frihet att lösa uppgifterna efter bästa förmåga. Det kvarstående intrycket är dock att prövningen i Sverige skulle kunna göras något mer ingående för att täcka samtliga aspekter och hålla samma nivå som den som sker enligt EG-rätten.

Källförteckning

Litteratur

Bernitz, Ulf: "Den svenska konkurrenslagen", uppl. 1, Stockholm 1996

Bladini, F.: "Den konkurrensrättsliga argumentationen", i "Ånd og rett", Festskrift till Birger Sturevold Lassen, (red., Hagstrøm, Viggo; Lødrup, Peter; Aarbakke, Magnus, Universitetsforlaget, Oslo 1997, s 155-172.

Bouterse, R.B.: "Competition and Integration – What Goals Count?", Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer 1994.

Bruun, Niklas och Hellsten, Jari (red.), "Collective Agreement and Competition in the EU", uppl. 1, Köpenhamn 2001

Carraro, C. och Siniscalco, D.: "New Directions in the Economic Theory of the Environment", uppl. 1, Cambridge University Press, Cambridge 1997

Gandy, Matthew: "Recycling and Waste", uppl. 1, Avebury Ashgate Publishing, London 1993

Hughes, J. Donald: "An Environmental History of the World", uppl. 1, Routledge 2001

Korah, Valentine: "EC Competition Law and Practice", uppl. 6, Hart Publishing, Oxford 1997

Owens, S.; Amderson, V.; and Brunskill, I.: "Green Taxes", uppl. 1, Institute for Public Policy Research, 1990

Ritter, Lennart; Braun, David W. och Rawlinson, Francis: "EEC Competition Law a Practitioner's Guide", Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer Nederländerna 1993.

Vedder, Hans: "Competition Law, Environmental Policy and Producer Responsibility", uppl. 1, Europa Law Publishing, Groningen 2002

Wandén, Stig: ”Målkonflikter och styrmedel – Ett centralt miljöstrategiskt problem”,
Stockholm 1997

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1992/93:56

Prop. 1992/93:180

Prop. 1996/97:172

Statens offentliga utredningar

SOU 2001:102 Resurs i retur

Departementsserier

Ds 1999:66 Återvinning utan vinning

Övriga officiella rapporter

XXXI:st Report on Competition Policy, EU-kommissionen 2001

Bilaga 25 till långtidsutredningen LU/90 ”Framtidens miljöproblem”, Finansdepartementet
1990

Konkurrensverkets rapportserie 1998:1 ”Miljö, handel och konkurrens – spelregler för
effektiva marknader”, AWJ Kunskapsförlaget, Nyköping 1998

Naturvårdsverkets rapport 4299 ”Förpackningar i kretsloppet”, 1994

Riksdagens revisorer rapport 1998/99:11

Rättsfall

EG-domstolens domar

Förenade målen C-206 och 207/88 *Zanetti* [1990] ECR I-1461

Förenade målen C-359/95 P och C-379/95 P *Ladbroke* [1997] ECR I-6265

C-67/96 *Albany International* 1999 ECR s I-05751

C-115-117/97 *Brentjens* 1999 ECR s I-06025

C-219/97 *Drijvende Bokken* 1999 ECR s I-06121

Förstainstansrättens domar

Interimistiskt beslut den 15 nov. 2001 i mål T-151/01 R, *DSD mot Kommissionen*

Kommissionens beslut

Kommissionens beslut *CECED*, EGT nr L 187, 26/7/2000 s 0047

Kommissionens beslut *DSD I*, EGT nr L 166, 21/06/2001 s 0001

Kommissionens beslut *Eco Emballage*, EGT nr L 233, 31/08/2001, s 0037

Kommissionens beslut *DSD II*, EGT nr L 319, 04/12/2001, s 0001

Kommissionens beslut *ARA*, EGT nr C 252, 19/10/2002 s 0002

Konkurrensverkets beslut

Konkurrensverkets beslut, ärende 1210/93

Konkurrensverkets beslut, ärende 1412/93

Konkurrensverkets beslut, ärende 1471/93

Konkurrensverkets beslut, ärende 1528/94

Konkurrensverkets beslut, ärende 1134/96

Konkurrensverkets beslut, ärende 46/2002

Domar från Marknadsdomstolen

MD 1999:11

Övriga domar

Kammarrätten i Jönköping, dom i mål nr 4734-1995, 1996-03-22

Övriga källor

Intervjuer med två personer verksamma inom återvinningsindustrin

Kommissionens pressmeddelande IP/00/48 11 februari 2000

Tal av Jean-Francoias Pons, vice generaldirektör konkurrensdirektoratet, Madrid 20 september 2001 (hämtat från kommissionens hemsida www.europa.eu.int)

Skriftlig fråga E-2909/00 från Erik Meijer (GUE/NGL) till kommissionen, 14 september 2000

Konkurrensverkets remissvar på SOU 2001:20, dnr 2001/1432

Kommunförbundets remissvar på SOU 2001:102, dnr 2002/0423

