



# Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Vladimir Bastidas Venegas

En kort not om instuderingen av EU:s  
konkurrens- och statsstödsrätt

Särtryck ur häfte 1/2018

# EN KORT NOT OM INSTUDERINGEN AV EU:S KONKURRENS- OCH STATSSTÖDSRÄTT

Av Vladimir Bastidas Venegas<sup>1</sup>

*Konkurrensrätten och statsstödsrätten är rättsområden som ofta karakteriseras som svårbegripliga och tekniska. I den praktiska tillämpningen av regelverken krävs dessutom användningen av avancerad ekonomisk analys vilket orsakar ytterligare huvudbry för jurister. Hur bör jurister och studenter som läser konkurrens- och statsstödsrätten för första gången angripa ämnena? I artikeln ges rekommendationer om perspektiv, praktiska arbetsmetoder och rättskällor som underlättar instuderingen av rättsområdena. Rekommendationerna baseras på författarens egen undervisningserfarenhet.*

## I. INLEDNING

Det var med stor glädje, men även med ganska stor skepsis, som jag mottog (och senare accepterade) en förfrågan för drygt ett år sedan om att skriva en kort uppsats om hur någon med lite eller inga förkunskaper bör ta sig an ämnena konkurrensrätt och statsstödsrätt. Givetvis gav denna förfrågan upphov till en rad olika frågor vad gäller infallsvinkeln i denna not. Uppenbarligen är det inte meningen att skriva en sammanfattning av de olika regelverken i kursboksformat. Inte heller är meningen att skriva en översikt över olika rättskällor, rättskällehierarkin eller unionsdomstolarnas tolkningsmetoder. Snarare var tanken bakom förfrågan (som jag tolkade den) hur instuderingen av dessa rättsområden på något sätt kan underlättas och effektiviseras från ett mer renodlat praktiskt perspektiv och i synnerhet ett studentperspektiv. Jag misstänker att texten nedan nog utgör ett misslyckande vad gäller idén att underlätta eller effektivisera något. Ämnena är svåra och vissa av de mer komplicerade resonemangen som följer kräver nog att läsaren åtminstone har tagit sig en första anblick på regelverket. Jag hoppas att denna not ändå ger vissa tips som är nyttiga när studenter på grundläggande och avancerad nivå, praktiker som aldrig arbetat med dessa rättsområden och yngre kollegor som snubblar över ämnena ger sig in i konkurrens- och statsstödsrättens underbara värld. Som säkert även märks i denna introduktion har jag tagit mig friheten till ett mer personligt perspektiv och "berättarröst" eftersom jag tror det kan hjälpa läsaren att se vissa förklaringar som diskuteras nedan från mitt personliga lärarperspektiv. Givetvis gör jag inga anspråk på att mitt perspektiv gäller allmänt bland alla undervisande akademiker inom områdena. Vidare har jag även tagit

---

<sup>1</sup> Forskare och lärare i EU-rätt, Uppsala universitet, nås på [vladimir.bastidas@jur.uu.se](mailto:vladimir.bastidas@jur.uu.se).

mig friheten att göra vissa grövre förenklingar av regelverken eftersom jag inte tror att dessa har någon påverkan på de rekommendationer som ges nedan.

Tanken som jag har försökt implementera i denna not kan kortfattat sammanfattas i två punkter. För det första har en probleminventering gjorts, m.a.o. har jag ställt frågan om vad som är svårt med dessa ämnen från ett praktiskt perspektiv. För det andra har jag försökt att ge rekommendationer om hur de identifierade svårigheterna eventuellt kan övervinnas. Resultatet är de åtta olika teman som behandlas i följande avsnitt. Som nämnts ovan är syftet med denna not inte att göra en specifik utredning av metod eller materiella frågor. Utgångspunkten är de praktiska svårigheter som finns med att studera in ämnena ifråga. I den mån frågor om juridisk metod eller materiella regler är relevanta behandlas dessa givetvis, men från ett praktiskt perspektiv.

Ett par ord måste även sägas om begreppshandlingen i denna not. Konkurrensrätten används i vardaglig mening som ett begrepp som inte sällan refererar till det stora blocket regler i fördragsartiklarna 101–109 fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Detta block inkluderar ett första delområde som omfattar två regler som kallas ömsom antitrustregler, ömsom konkurrensrätt. Delområdet består av dels förbudet mot konkurrensbegränsande avtal (inklusive legalundantaget) i artikel 101 FEUF, dels förbudet mot ett missbruk av en dominerande ställning i artikel 102 FEUF. Nära sammankopplat till dessa två regler är det andra delområdet, den s.k. koncentrationskontrollen, som genom koncentrationsförordningen reglerar företagsförvärv och företagsammanslagningar.<sup>2</sup> Det tredje delområdet inom konkurrensrätten är statsstödsförbudet (med tillhörande undantag) i fördragsartiklarna 107–108 FEUF. Inte sällan omnämns statsstödsrätten som något eget och separat från konkurrensrätten, men inte alltid, vilket kan vara förvirrande. Statsstödsrätten benämns sålunda som något eget i denna not för att undvika begreppsförvirring, medan konkurrensrätt eller ”övrig konkurrensrätt” utgör en hänvisning till antitrustreglerna och koncentrationskontrollen. Ytterligare ett delområde rör kontrollen av företag med legala monopol eller särskilda rättigheter och statligt ägda företag i enlighet med liberaliseringsregeln i artikel 106.1 FEUF. Jag har tagit mig friheten att avgränsa bort detta delområde för att förenkla diskussionen nedan med tanke på att regeln utgör ”överkurs” inom konkurrensrättsundervisningen. Många av de praktiska råd som diskuteras nedan gäller även tillämpningen av artikel 106.1 FEUF. Slutligen omnämns reglerna om fri rörlighet i vissa delar av denna not eftersom de är nära relaterade

<sup>2</sup> Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer, EUT 2004 L 24/1 (koncentrationsförordningen).

till både konkurrens- och statsstödsrätten. Med regler om fri rörlighet menas de regler som upprättar den inre marknaden genom att öppna upp för gränsöverskridande rörelser av personer, varor, tjänster och kapital.

I ljuset av det som diskuterats ovan, är denna not uppdelad i åtta olika avsnitt. I avsnitt 2–3 förklaras svårigheter med de båda ämnena som är relaterade till deras EU-rättsliga natur och deras tekniska karaktär. I avsnitt 4–5 behandlas de egenskaper som specifikt karakteriserar konkurrensrätten och statsstödsrätten. Vidare i avsnitt 6–8 diskuteras mer djupgående tips och råd vad gäller användningen av olika rättskällor. I avsnitt 9 summeras ett fåtal slutsatser.

## 2. ÄMNE NAS EU-RÄTTSLIGA NATUR

Både antitrust- och statsstödsrättens grundregler finns i fördragen. Vad är betydelsen av att dessa regler utgör EU-rätt? Ett snabbt, men ett intetsägande svar för den oinvigde, är att dessa regler kräver förståelse för s.k. EU-rättslig metod. Enligt akademiker och experter på området finns det en rad olika intressanta och problematiska aspekter av EU-rättslig metod som bör beaktas vid tillämpningen av EU-rättsliga regler. Det hävdas i litteraturen att det EU-rättsliga systemet karakteriseras av rättslig pluralism, en interaktion mellan olika aktörer som befinner sig både på EU-nivå och på nationell nivå, där de olika rättssystemen påverkar varandra.<sup>3</sup> En sådan beskrivning är knappast behjälplig för den som för första gången tillämpar dessa regler, då det snarare kan förvirra och överkomplicera rättstillämpningen. Istället vänder sig beskrivningen till de akademiker som vill förstå utvecklingen av EU-rätten under en längre tid från ett makroperspektiv.

Istället kan en mycket förenklad bild av EU-rättslig metod presenteras som bestående av två dimensioner. Den första rör hur EU-rätten bör tolkas utifrån den rättskällehierarki och de tolkningsmetoder som EU-domstolen (EUD) och Tribunalen använder sig av för att fastställa EU-rättens innehåll.<sup>4</sup> Inom konkurrens- och statsstödsrätten skulle detta exempelvis innefatta spörsmål som hur begreppen konkurrensbegränsning enligt artikel 101.1 FEUF, missbruk enligt artikel 102 FEUF och ”the private investor test” enligt artikel 107.1 FEUF skall tolkas och tillämpas i förenlighet med fördragreglernas ordalydelse i ljuset av EUD:s tidigare rättspraxis. Den andra dimensionen rör genomslaget av EU-rätten på det nationella planet och vilka krav det ställer på tolkningen och tillämpningen av nationell rätt. Ett samlingsbegrepp som används

<sup>3</sup> Jörgen Hettne och Ida Otken Eriksson (red.), EU-rättslig metod, Norstedts Juridik 2011, s. 26 ff.

<sup>4</sup> Tribunalen utgör understans till EUD i vissa typer av mål som t.ex. rör konkurrens- och statsstödsrätten.

till vardags är *EU-rättens effekter* och inkluderar EUD:s olika doktriner som direkt effekt, företräde, EU-konform tolkning, principen om statsskadestånd och minimikraven på rättsmedel och sanktioner.<sup>5</sup> Denna andra dimension är den som oftast ställer till med problem för domare och andra praktiker på det nationella planet, eftersom det kräver att rättstillämparen har kunskapen att både fastställa EU-rättens innehåll och bedöma EU-rättens effekter på de nationella regler som tillämpas i det enskilda fallet. Det är viktigt att påpeka att EU-rättens effekter kan innebära att nationella tolkningsmetoder och tillämpningen av nationella rättsregler modifieras eller åsidosätts. Denna del är även den som oftast är mest intellektuellt utmanande för studenter.

Det är viktigt att understryka att de flesta som stöter på konkurrens- och statsstödsrätten för första gången, i synnerhet som studenter, enbart eller främst kommer att arbeta med den EU-rättsliga metodens första dimension. Oftast kommer de fiktiva situationer som diskuteras i undervisningen att gälla tolkningen och tillämpningen av regelverken av kommissionen, nationella konkurrensmyndigheter eller nationella domstolar. Det finns dock situationer som diskuteras i undervisningen där nationella domstolar tillämpar nationella regler som kan utlösa den EU-rättsliga metodens andra dimension, som processuella regler, regler om bevisbörda och beviskrav samt sanktioner. Exempelvis kan minimikraven för process- och sanktionsregler och principen om statsskadestånd ha väldigt stor betydelse vid nationella domstolars hantering av återkrav av statsstöd. Dessutom har det inom konkurrensrätten antagits ett första direktiv som harmoniserar vissa processuella och skadeståndsrättsliga aspekter av nationell rätt för att säkerställa konkurrensrättens genomslag, vilket utan tvekan kommer att driva den konkurrensrättsliga doktrinen in på spörsmål som faller inom den andra dimensionen.<sup>6</sup> Detta tyder på att även om det finns vissa situationer inom konkurrens- och statsstödsrätten som kräver kunskap om den EU-rättsliga metodens andra dimension, utgör dessa situationer snarare undantag än regel. Metoddiskussionen inom båda ämnena kommer därmed ofta att fokusera på tolkningsmetoder av EU-rättens innehåll och i synnerhet, från ett praktiskt perspektiv, hanteringen av EUD:s och Tribunalens rättspraxis, kommissionens omfattande praxis samt *soft law*.

5 Se t.ex. Jörgen Hettne och Ida Otken Eriksson (red.), *EU-rättslig metod*, Norstedts Juridik 2011, s. 171 ff.

6 Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelse av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser, EUT 2014 L 349/1.

### 3. ÄMNEAS TEKNISKA KARAKTÄR

Inte sällan påstås det att konkurrens- och statsstödsreglerna är tekniska till sin karaktär. Exakt vad som menas med detta är oklart och det är osäkert om beskrivningen på ett tillräckligt tydligt sätt anger de problem som studenter möter vid tillämpningen av regelverken. Ett försök att sätta fingret på vad som menas med ”tekniskt” görs därför nedan.

Vad som oftast uppmärksammas vid det första mötet med konkurrensreglerna är antalet kriterier som måste bedömas och delanalyser som måste utföras. Tillämpningen av förbudet i artikel 101.1 FEUF innehåller fyra huvudkriterier: företagskriteriet, avtalskriteriet, samhandelskriteriet och konkurrensbegränsningskriteriet. Avtalskriteriet kräver emellertid förståelse för tre olika begrepp (avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnande förfaranden) som alla har egna kriterier. Samhandelskriteriet består i själva verket av två separata kriterier. Även konkurrensbegränsningskriteriet består av två separata kriterier som innefattar ett antal olika delanalyser och begrepp. Vidare kan konkurrensbegränsande samverkan som faller inom förbudet undantas genom legalundantaget i artikel 101.3 FEUF som i sin tur består av fyra ytterligare kriterier. Sammanlagt kan alltså en fullskalig analys av regeln i artikel 101 FEUF inkludera genomgång av tiotal olika kriterier, alla vilka antingen utgör begrepp som är vagt definierade eller som innefattar tillämpningen av ytterligare begrepp som är vaga och öppna. Trots att tillämpningen av artikel 102 FEUF inte kräver en bedömning av lika många kriterier som artikel 101 FEUF är skillnaden inte särskilt stor. Missbrukskriteriet i artikel 102 FEUF omfattar dessutom ett antal olika kategorier av missbruksbeteende, där var och en av dessa har sina egna kriterier fastställda genom rättspraxis. Medan statsstödsförbudet kanske inte innehåller lika många svårbegripliga begrepp och kriterier, utgör vissa av kriterierna bland de mest svårtolkade och oförutsägbara begreppen inom EU-rätten.

Det tycks vara uppenbart att en person som tillämpar dessa regler för första gången måste känna en viss frustration. Medan rättstillämparens fokus oftast kommer att ligga på frågan om en viss avtalsklausul eller ensidig handling är *konkurrensbegränsande* enligt artiklarna 101–102 FEUF, kan detta fokus över-skuggas av alla andra problematiska och svårbegripliga kriterier och rekvisit som måste utredas. Instuderingen av ett kriterium inbegriper oftast genomgång av (minst) fyra till fem rättsfall från EUD för att överhuvudtaget förstå det mest grundläggande om begreppet i fråga.

Det finns inget perfekt svar på hur detta kan åtgärdas vid första mötet med konkurrensrätten. En första rekommendation (som är uppenbar för den praktiska hanteringen av alla rättsregler) är att arbeta med struktur och att på egen hand rita upp analysstrukturer där kriterierna listas upp. Det är vidare essentiellt för vissa regler att kriterier eller olika delanalyser listas upp i rätt ordning. Vid tillämpningen av dominanskriteriet enligt artikel 102 FEUF, måste, exempelvis, den relevanta marknaden definieras före en bedömning görs om företaget ifråga är i dominerande ställning på den relevanta marknaden. Om bedömningarna görs i omvänd ordning innebär det (ofta) att slutsatserna blir fel eftersom bedömningen av dominans beror på vilken relevant marknad som har definierats. Utarbetandet av en gångbar struktur kräver därför att det finns en logik mellan de olika analysstegen. Ett annat problem är att vissa konkurrensbegränsande åtgärder delas in i kategorier som var och en har egna uppställda kriterier genom rättspraxis. Eftersom det i kurslitteratur inte sällan är svårt att behandla alla olika typer av konkurrensbegränsningar på djupet, är det inte säkert att de olika rekvisiten som måste utredas enligt rättspraxis redogörs. En rekommendation i detta avseende är att använda sig av icke-bindande rättskällor från kommissionen, s.k. *soft law*, som inte sällan förklarar mer i detalj hur vissa konkurrensbegränsningar bedöms, vilket också diskuteras nedan (se avsnitt 8). Vidare finns inga effektiva genvägar vad gäller rättspraxisgenomgången (se avsnitt 6). En viktig del av både konkurrens- och statsstödsrätten är att arbeta med rättspraxis så mycket som möjligt. Medan kommissionens *soft law* och kursböcker kan ge en översikt över olika kriterier, delsteg och rättsfall, är de mer detaljerade redogörelserna om innehållet och betydelsen av olika begrepp svåra att begripa om de inte konkretiseras genom studier av enskilda rättsfall. En viktig rekommendation är därför att arbeta så mycket som möjligt med rättsfall parallellt med instuderingen av kursböcker och *soft law*.

#### 4. KONKURRENSRÄTTENS EKONOMISKA KARAKTÄR

Det största problemet med konkurrensrätten vid en första kontakt rör oftast flexibiliteten och därmed osäkerheten i bedömningen. Medan all annan juridik givetvis också påverkas i hög grad av specifika omständigheter i fallet tycks denna egenskap inom konkurrensrätten vara extrem. Förutom några få generaliseringar (som dessutom oftast är väldigt omdebatterade) är det sällan kursböcker eller lärare deklarerar exakt vilka åtgärder, avtal eller avtalsklausuler som alltid och utan undantag utgör förbjudna konkurrensbegränsningar. Istället försöker både lärare och kursböcker förklara vilka variabler som är relevanta och som måste beaktas vid bedömningen om en viss åtgärd, avtal eller avtalsklausul är konkurrensbegränsande. Kort uttryckt kan t.ex. en avtalsklausul som förbjuder en återförsäljare att köpa in en viss vara från en

konkurrerande leverantör vara allt från mycket problematisk till helt ok. Den slutliga bedömningen kommer att bero på parternas marknadsandelar, parternas individuella och sammanlagda styrka, leverantörers och kunders marknadsmakt, konkurrenternas ställning, om marknaden expanderar eller inte, regler för marknadsinträde och ett antal ytterligare faktorer. Detta illustrerar att tillämpningen av konkurrensrätten i enskilda fall handlar i hög grad om en utredning av om den undersökta åtgärdens samspel med flera olika marknadsfaktorer resulterar i negativa effekter på marknaden. En sådan utredning innefattar en *helhetsbedömning* av flera olika faktorer som var för sig inte är utslagsgivande.<sup>7</sup> Påvisandet om orsakssamband i enskilda fall präglas dessutom av ekonomiska resonemang som bygger på antaganden om hur företag beter sig eller reagerar vid förekomsten av vissa faktorer som t.ex. höga kostnader för marknadsföring eller forskning och utveckling.

Det är uppenbart att det knappast kan förväntas att nya studenter inom ämnet behärskar den ekonomiska argumentationen som karakteriserar de enskilda bedömningarna inom rättsområdet. Hur bör någon ta sig an ämnet? Det finns inget enkelt svar på den frågan. Ett första råd är att försöka förstå syftet med konkurrensrätten, eller rättare sagt vilket problem som konkurrensrätten försöker kontrollera och åtgärda. Det huvudsakliga problemet som konkurrensrätten försöker åtgärda är s.k. marknadsmakt.<sup>8</sup> Med marknadsmakt menas att ett företag eller en grupp av företag inte längre tyglas av marknadskrafterna, dvs. av konkurrerande företag eller kunder. När företag inte möter tillräcklig konkurrens från andra företag finns möjligheter att höja priser, försämra kvalitet eller tillämpa försämrade villkor gentemot kunder. Det finns en relation mellan konkurrerande företag och kunder. Om kunder vänder sig till andra

7 Som påpekats i avsnitt 3 är oftast tillämpningen av olika kriterier i en viss ordning i hög grad mekanisk, samtidigt som olika delanalyser vid tillämpningen av ett visst kriterium präglas av vägandet av olika faktorer i en helhetsbedömning. Höga marknadsandelar utgör exempelvis ett indicium på marknadsmakt som måste vägas mot t.ex. att det är enkelt för nya företag att ta sig in på marknaden, vilket pekar på motsatsen.

8 Detta är givetvis en grov förenkling men som enligt min åsikt ändå är hjälpsam vid tillämpningen av konkurrensreglerna. Det finns åtgärder som fångas in av konkurrensreglerna där det kan hävdas att det inte finns marknadsmakt. EU:s konkurrensrätt beaktar exempelvis främjandet av gränsöverskridande handel som ett styrande syfte vid tillämpningen av konkurrensrätten. Detta mål kommer dock in i bilden i vissa specifika fall och funkar inte som en generell förklaringsmodell för konkurrensrätten som ämne. Vidare angriper artikel 101 FEUF vissa typer av samarbeten som anses vara så allvarliga att det inte finns något krav på att negativa effekter påvisas i det enskilda fallet, som t.ex. överenskommelser mellan konkurrenter om fastställandet av ett lägsta pris. Sådana regler utgör ett uttryck för att vissa åtgärder anses endast vidtas i syfte att begränsa konkurrensen och därför måste beivras. Det spelar därmed ingen roll om företagen i praktiken är lyckosamma med sin prissättning (vilket kräver en viss grad av marknadsmakt) eller om de konkurreras ut av andra företag som erbjuder ett lägre pris.



konkurrenter innebär det att kunder ”bestäffar” företag som erbjuder en vara till sämre villkor samtidigt som konkurrenterna tyglar företaget genom att ”ta” kunder. Det är viktigt att understryka att olika regler inom konkurrensrätten hanterar olika grader av marknadsstyrka. Medan artikel 102 FEUF är riktad mot företag med en ganska hög grad av marknadsstyrka, kan artikel 101 FEUF tillämpas på samarbeten mellan företag som uppvisar en ganska låg grad av marknadsstyrka. Konkurrensbegränsningar som konkurrensreglerna syftar till att angripa utgör åtgärder som resulterar i två saker. För det första, åtgärder som begränsar konkurrensen, dvs. minskar trycket från konkurrenter, resulterar i en position av marknadsstyrka eller förstärkning av redan existerande marknadsstyrka. Antitrustreglerna och koncentrationskontrollen försöker främst komma åt dessa åtgärder. För det andra kan åtgärder som grundar sig på en redan existerande marknadsstyrka leda till utnyttjandet av konsumenter genom t.ex. ett överpris. Dessa åtgärder kan endast angripas genom artikel 102 FEUF. En närmare studie av enskilda konkurrensbegränsningar som t.ex. avtal som resulterar i marknadsuppdelningar är enklare att förstå om de ses i ljuset av huvudproblemet som konkurrensrätten reglerar: marknadsstyrka.

Förståelsen av konkurrensrättens huvudsakliga mål förklarar också vad som särskiljer ämnet från andra ämnen som också rör konkurrenspolitik. Inte sällan förväxlas konkurrensrättsliga frågor med allt som berör eller har att göra med konkurrens. Detta är viktigt eftersom det mesta (om inte allt) som reglerar marknader påverkar konkurrensen. Regler som uppställer miljökrav på bilar höjer kostnaden för produktion och/eller kräver tillgång till en viss teknik (som tar tid att utveckla), vilket i sin tur leder till att det landets biltillverkare tappar konkurrenskraft p.g.a. högre priser gentemot bilar som tillverkas i länder där sådana krav inte finns. Regler som förhindrar företag att ljuga i sin marknadsföring påverkar konkurrensen därför att företag hindras från att använda sig av ett effektivt konkurrensmedel för att vinna kunder. Regler som hindrar förekomsten av oskäligen avtalsvillkor i konsumentavtal resulterar förmodligen i högre kostnader för företagen inom den specifika branschen och påverkar deras möjligheter att sänka priset. Alla dessa exempel som rör regler om tekniska standarder, otillbörlig marknadsföring och konsumentavtal påverkar på ett eller annat sätt konkurrensen. De rör dock varken konkurrensrätt eller marknadsstyrka, utan riktar in sig på andra typer av problem som miljöpåverkan och skillnader i tillgång till samt tillgodosgörande av information mellan företag och konsumenter (s.k. informationsasymmetrier). Medan ett avtalsvillkor gentemot en konsument kan ses som en högst orättvis, ogrundad och oskäligen företeelse som kan fångas in av både konkurrensrätt eller konsumenträtt, utgör skälet för den konkurrensrättsliga interventionen i avtalsförhållandet det faktum att konsumenterna inte har några andra leverantörer att vända

sig till snarare än att de utgör svaga avtalskontrahenter p.g.a. informationsasymmetrier. Inte sällan sammanblandas konkurrensrätten med näraliggande ämnen som regler mot otillbörlig konkurrens (bl.a. marknadsföringsrätten och immaterialrätten), i synnerhet eftersom dessa ämnen oftast studeras inom samma kurs på juristprogrammen. Enligt min mening kräver därför en grundläggande förståelse av konkurrensrätten och dess mer detaljerade normer att rättstillämparen är införstådd med marknadsaktperspektivet.

Marknadsaktperspektivet hjälper även till vid de krångliga bedömningarna som görs under konkurrensrätten eftersom det ger en viss förståelse för betydelsen av alla de faktorer som kommer in i bilden, som marknadsandelar, konkurrensstyrka, konsumentbeteende etc. Perspektivet kräver även att rättstillämparen måste vara införstådd i hur marknaden fungerar och i synnerhet hur företag konkurrerar på marknaden. Exempelvis bör rättstillämparen i ett enskilt fall som rör läkemedelsmarknaden förstå att läkemedel utvecklas under mycket lång tid och till mycket höga kostnader, att den rättsliga regleringen medför ytterligare kostnader för skapandet och saluföringen av nya läkemedel, att det ofta är läkaren som väljer varan och inte slutanvändaren, att olika typer av prisregleringar ger väldigt litet utrymme för priskonkurrens och att patentskydd är absolut nödvändigt för att hämta hem gjorda investeringar. Utan kunskap om dessa faktorer är det väldigt svårt att göra en korrekt bedömning i det enskilda fallet. Precis som påpekats ovan, är det förmodligen ingen lärare som förväntar sig att studenter känner till allt detta. Men redan det faktum att en student, exempelvis i ett tentasvar, försöker ”förstå marknaden” – antingen utifrån de fakta som anges i frågan eller egen erfarenhet – gör det enklare att identifiera de eventuella konkurrensproblemen och att förklara hur något begränsar konkurrensen. I synnerhet hjälper angreppssättet till att argumentera i termer av orsak och verkan.

Ytterligare ett tankeexperiment som underlättar rättstillämpningen är ett s.k. kontrafaktiskt test.<sup>9</sup> Alla konkurrensregler handlar om bedömningar av åtgärder: samordning av företagets beteende genom ett avtal, en ensidig handling av ett dominerande företag, ett företagsförvärv eller en sammanslagning av företag. Eftersom en utredning av en eventuell konkurrensbegränsning handlar om att utröna de negativa effekter på konkurrensen som sannolikt följer av den undersökta åtgärden krävs alltid en analys om vad som skulle ha hänt på marknaden utan åtgärden ifråga. Ett avtal som teoretiskt sett gör det svårare

<sup>9</sup> Detta gäller dock inte bedömningar av utnyttjandet av slutkonsumenter enligt artikel 102 FEUF. Utförandet av ett kontrafaktiskt test utgör ibland ett rättsligt krav vid tillämpningen av vissa kriterier inom konkurrensrätten, som t.ex. bedömningen av ett avtals konkurrensbegränsande effekter enligt artikel 101 FEUF.

för utländska konkurrenter att komma in på marknaden kan inte sägas hindra inträde om de utländska konkurrenterna ändå inte hade kommit in på marknaden utan avtalets existens. Situationen kräver med andra ord en utredning om inträde skulle ske på marknaden utan avtalets förekomst på marknaden. Detta är inte på något sätt enkelt, men det ger ändå en utvärderingsmetod eller ett ramverk för analysen av om och hur en viss åtgärd begränsar konkurrensen. Min personliga erfarenhet som lärare är att det är sällan som ett kontrafaktiskt test tillämpas i svar på seminariefrågor och i tentamensvar. Detta är synd eftersom svar som innehåller en sådan utvärderingsmetod ofta är bättre strukturerade och kan på ett bättre sätt förklara kopplingen mellan orsak och verkan.

Slutligen bör det noteras att från ett praktiskt perspektiv utgör kommissionens *soft law* en ovärderlig källa (se avsnitt 8) för de ekonomiska bedömningarna som har beskrivits ovan. Medan förståelse av marknadsmaktperspektivet och det kontrafaktiska testet ger ett perspektiv och ramverk för analysen krävs även kunskap om hur olika marknadsfaktorer påverkar utfallet i den enskilda bedömningen. Kommissionens riktlinjer ger en överblick över dessa olika variabler och förklarar deras betydelse och påverkan på utfallet i bedömningen. Det tillåter även en oerfaren rättstillämpare att konstruera relativt komplicerade och relevanta ekonomiska resonemang.

## 5. STATSSTÖDSRÄTTENS NATUR

Till skillnad från den övriga konkurrensrätten som fokuserar på privata åtgärder, riktar sig statsstödsrätten mot statliga åtgärder. Enligt förbudet i artikel 107.1 FEUF är medlemsstaterna förbjudna att ge stöd till vissa företag som kan begränsa konkurrensen och påverka samhandeln. Från ett makroperspektiv handlar artikel 107.1 FEUF om ett förbud att ge vissa företag privilegier, i synnerhet ekonomiska fördelar genom överföring av resurser från staten till företag.

En viktig anmärkning bör göras i detta sammanhang. Statsstödsrätten skiljer sig från övrig konkurrensrätt eftersom den inte hanterar det problem som konkurrensrätten är inriktad på. Statsstödsrätten utgör en helt egen självständig gren med egna procedurförfaranden och en egen ”teoretisk överbyggnad”. Inte sällan finns en tendens för nya inom båda dessa rättsområden att sammanblanda vissa begrepp som tycks vara gemensamma för all konkurrensrätt, som t.ex. kravet på effekter på konkurrensen och samhandeln. Att både antitrustreglerna och statsstödsrätten ställer upp ett krav på snedvridningar i konkurrensen får många att tro att även bedömningarna är liknande och att analogier kan dras mellan de olika regelverken. Detta stämmer dock inte. Som förklarats ovan fokuserar konkurrensrätten, dvs. antitrustreglerna och

koncentrationskontrollen, på marknadsstyrkeproblematiken. Statsstødsrätten handlar inte om marknadsstyrke. Statsstødsrätten handlar i grund och botten om diskriminering mellan olika företag, grupper av företag eller sektorer inom ekonomin. Problemet med statsstød är, från ett EU-perspektiv, att det kan snedvrída konkurrensen genom att ge företag privilegier som styrker deras ställning på marknaden. Detta innebär att det antingen blir svårare för företag som kommer från andra medlemsstater att tråda in på marknaden, eller att de privilegierade företagen enklare kan ägna sig åt grånsöverskridande aktiviteter, t.ex. intråde i andra medlemsstater och slå ut företag där. Ett grundläggande element i statsstødsförbudet är således att staten har gett en fördel och att det har gjorts på ett diskriminerande sätt. Det är emellertid inte nödvändigt att visa att stødmottagaren uppnått en viss grad av marknadsstyrke som resulterar i negativa konsekvenser för konsumenter.<sup>10</sup>

Statsstødsrättens fokus på diskriminering är viktigt. Det visar på en större koppling till EU:s regler om fri rörlighet och övrig diskrimineringsrätt. Det finns dock en viktig skillnad mellan statsstødsrätten och regelverket om fri rörlighet. Medan reglerna om fri rörlighet främst fokuserar på diskriminering och intrådeshinder för utländska personer, varor och tjänster och kapital, fokuserar statsstødsrätten på diskriminering ”inom” en medlemsstats marknad av företag eller hela marknadssektorer. Jämførelser görs mellan olika företag, grupper av företag eller marknadssektorer *inom* medlemsstaten istället för en jämførelse av grupper av personer, företag, varor, tjänster och kapital som grundar sig på deras (nationella) ursprung.

Slutligen bör ett par ord sägas om tillämpningen av ekonomiska resonemang inom statsstødsrätten, den egenskap som gör att statsstødsrätten liknar övriga delar i konkurrensrätten, men mer från ett praktiskt perspektiv. Under kriteriet ekonomisk fördel i förbudet mot statsstød, tillämpas exempelvis det s.k. privat investerare-testet som går ut på att jämføra om den övrføring av medel som skett i det enskilda fallet även hade kunnat ske genom en ”normal” transaktion på marknaden. Om staten t.ex. säljer en fastighet till ett privat subjekt måste det utvärderas om transaktionen ger den senare en ekonomisk fördel. För att utvärdera om det föreligger en fördel måste en jämførelse göras med en likadan transaktion som hade skett på marknaden mellan privata aktörer. Hade en privat aktör sålt eller värderat försäljningen på samma sätt som staten gjort i det enskilda fallet? Om staten har sålt under det pris en hypotetisk privat investerare hade satt för fastigheten, föreligger en ekonomisk fördel och

---

10 Detta illustreras av det faktum att det inte är nödvändigt att definiera relevanta marknader och uppskatta marknadsandelar vid påvisandet av en konkurrenssnedvridding, till skillnad från bedömningar enligt artiklarna 102 och 101 FEUF.

därmed *stöd* enligt ordalydelsen i artikel 107.1 FEUF. Det intressanta i denna bedömning är att den kräver en utvärdering om hur marknaden i det enskilda fallet fungerar och hur en hypotetisk liknande transaktion hade genomförts. Testet liknar det kontrafaktiska testet som ibland används inom konkurrensrätten, *men* går ut på att göra en helt annan bedömning än t.ex. bedömningen enligt konkurrensbegränsningskriteriet i artikel 101.1 FEUF. Liknelsen mellan de olika testerna handlar snarare om att de är ekonomiska och att de går ut på att utföra en hypotetisk bedömning. Vidare kräver tillämpningen av undantagen i artikel 107.3 FEUF i hög grad svåra ekonomiska bedömningar. I undantagen krävs bl.a. att medlemsstater visar på att det (oftast) finns ett marknadsmisslyckande, samt att den statliga åtgärden skapar en s.k. incitamentseffekt. Båda dessa villkor kräver inte endast en djupgående kunskap om den verksamhet som stödet ges till, utan även sofistikerade ekonomiska resonemang. Exempelvis kan begreppet marknadsmisslyckande konkretiseras med investeringar i ny teknik. Idag är solceller en tämligen vanlig företeelse. Det har dock tagit ca 30–40 år att få solceller att bli så pass effektiva och billiga som de är idag. Före denna utveckling skulle ett företag som hade ägnat sig åt forskning och utveckling av solceller till en gångbar kommersiell produkt ha tagit en enorm risk. I vissa fall, när ingen privat aktör vågar ta en sådan risk för att kostnaden och riskerna är för stora, kommer inget företag att investera i produkten och därmed kommer marknaden att misslyckas med att ta fram produkten. En sådan situation är ett marknadsmisslyckande som rättfärdigar att staten intervenerar i form av statligt stöd. Även denna bedömning kräver en ganska djupgående kunskap om hur marknaden fungerar för att kunna förutsäga hur marknaden skulle ha utvecklats utan förekomsten av statligt stöd.

Precis som inom konkurrensrätten är det ganska uppenbart att sådana ekonomiska resonemang, särskilt för nya inom ämnet, inte är helt enkla att ta till sig eller utföra. Inte heller avseende statsstödsrätten finns enkla tips som gör det enklare att hantera de ekonomiska resonemangen. Det bör dock noteras att även bedömningarna som beskrivits ovan kan konstrueras som ett kontrafaktiskt scenario, vilket åtminstone ger ett ramverk för analysen. Det bör dessutom noteras att även inom statsstödsrätten är kommissionens *soft law* till stor hjälp. I dessa dokument förklaras mer i detalj hur ekonomiska bedömningar bör genomföras, vilka variabler som är relevanta och deras påverkan på utfallet.

Sammanfattningsvis är det uppenbart att det finns stora och grundläggande skillnader mellan statsstödsrätten och konkurrensrätten, och som regel bör inga analogier dras mellan de två olika områdena såvida det inte finns ett uttryckligt stöd för det i domstolens rättspraxis. Vidare finns vissa likheter mellan statsstödsområdet och reglerna om fri rörlighet som underlättar förståelsen

för statsstödsrätten och som öppnar upp för analogier mellan de olika rättsområdena. Slutligen karakteriseras även statsstödsrätten av svåra ekonomiska resonemang. Det måste dock understrykas att de ekonomiska resonemangen skiljer sig åt både vad gäller syftet och innehållet från övriga konkurrensrättsliga bedömningar.

## 6. RÄTTSPRAXIS INOM KONKURRENS- OCH STATSSTÖDSRÄTTEN

Det har redan signalerats ovan om den enorma betydelse som rättspraxis från unionsdomstolarna har för förståelsen av konkurrens- och statsstödsrätten. Detta gäller främst den formella statusen rättspraxis har som rättskälla (vilket är det som diskuteras i läroböckerna). I detta avsnitt kommer jag dock även att försöka framhäva mer praktiska aspekter som en anledning till att arbeta mycket med rättspraxis.

Ett problem som för mig som lärare är tämligen uppenbart vid undervisning av EU-rätt är hur fjärran de materiella reglerna om den inre marknaden gällande den fria rörligheten, konkurrens- och statsstödsrätten ter sig för studenter, oavsett om de befinner sig tidigt eller sent i utbildningen. Detta är egentligen inte så konstigt, men ibland svårt att förstå för undervisande lärare (som jag) som är så insnöade på ämnena. En vanlig juriststudent lägger en stor del av sin tid på olika ämnen inom civilrätten. Medan det knappast kan sägas att alla dessa ämnen ligger nära till hands för unga studenter, så är dessa ämnen troligtvis mycket enklare att ta till sig eftersom kontexten är enklare att förstå. De flesta har vid något tillfälle ingått ett avtal och/eller förhandlat om villkor i en transaktion. De flesta har även en viss insyn i och förståelse för olika typer av familjeförhållanden. Det är även relativt enkelt att förstå åtminstone syftet med andra regelverk, som t.ex. straffrätt eller skatterätt, vilket även gör det enklare att ta till sig innehållet i rätten. Till och med spörsmål som rör konstitutionell rätt kan till en viss grad vara enklare att ta till sig eftersom människor i allmänhet har en viss grundförståelse för hur staten Sverige styrs. Hur är det då med konkurrens- och statsstödsrätten? Jag skulle vilja påstå att det för de allra flesta, inklusive juriststudenter, knappast finns en koppling till vare sig syftet med regelverken eller deras innehåll. Enligt min mening är det inte underligt att studenter som för första gången konfronteras med ämnen som rör internationell handel (regler om fri rörlighet), marknadsrätt (konkurrensrätt) och industriell politik (statsstödsrätt) har svårt att förstå vad det handlar om och finner ämnena komplicerade, torra och osexiga. Den viktiga poängen som bör uppmärksammas är att studenter sannolikt kommer att lägga ner mycket energi endast på att försöka förstå kontexten inom vilken de olika reglerna tillämpas, något som vi lärare säkert ofta inte uppmärksammar.

Det är precis på grund av detta som inläsning av rättspraxis är så viktig. Det är endast genom läsning av rättsfall som kontexten gradvis kommer att uppenbara sig. Exempelvis diskuteras i de allra flesta kursböcker de konkurrensrättsliga problemen med s.k. exklusiva inköpsklausuler, dvs. när återförsäljare förpliktigas genom avtal att inte köpa in vissa varor från konkurrerande leverantörer. Inte sällan ges också (väldigt) kortfattade förklaringar till varför en sådan klausul kan ha legitima affärsmässiga skäl som inte går ut på att begränsa konkurrensen. Det som oftast saknas p.g.a. utrymmesskäl i litteraturen är en förklaring av den affärsmässiga kontexten inom vilken klausulerna tillämpas och parternas intressen av att införa klausulen. Enligt min mening är det endast genom studier av rättspraxis som en student (som inte befinner sig ute i verkligheten) kan få en närmare insyn i de affärsmässiga skälen som omgärdar olika typer av avtal eller åtgärder som företag tar till som medel för att konkurrera ute på marknaden. Som diskuteras ovan (avsnitt 4–5) är bedömningar inom både konkurrens- och statsstödsrätten kontextuella och ekonomiska vilket kräver en viss känedom om marknader ifråga. Endast studier av rättspraxis kan överbrygga den naturliga kunskapsluckan om hur företag agerar och hur marknader fungerar. En djupdykning i enstaka fall, framför allt inom konkurrensrätten, blottlägger inte sällan långa (historiska) redogörelser över hur vissa varor har forskats fram och utvecklats, tillverkningsmetoder och distributionsformer. Läsning av ett enda rättsfall, som t.ex. de klassiska målen *United Brands* och *Tetra Pak II*, ger läsaren mer eller mindre kortfattade sammanfattningar över hela industrier.<sup>11</sup> Medan den starka rekommendation som ges i denna not, att arbeta mycket med rättspraxis, inte skall urarta i en uppmaning att gräva ner sig i alla små detaljer i domstolsavgöranden, är den enda poäng jag vill göra här följande: kontexten, dvs. kunskap om marknader och marknadsmekanismen, har en mycket stor betydelse för förståelse av ämnet. Ju fler rättsfall som studeras, desto mer kommer rättstillämparen att lära sig att ”tänka” konkurrens- och statsstödsrätt, och därmed förstå syftet med de rättsliga bedömningar som görs och enklare kunna urskilja de omständigheter som är relevanta.

En viktig praktisk fråga är tillvägagångssättet vid läsningen av rättspraxis. Rättsfall inom konkurrens- och statsstödsrätten kan vara väldigt långa. Exempelvis är det välkända och mycket viktiga *Microsoft*-målet från Tribunalen över 400 sidor långt och består av över 1300 punkter.<sup>12</sup> Det blir därmed oerhört viktigt att utveckla en praktisk metod för att snabbt orientera sig i enskilda rättsfall och extrahera den relevanta informationen. Det finns

11 Mål 27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:C:1978:22; mål T-83/91 *Tetra Pak International SA mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:T:1994:246.

12 Mål T-201/04 *Microsoft Corp. mot Europeiska kommissionen*, EU:T:2007:289.

givetvis flera olika tillvägagångsätt och det viktigaste är förmodligen att hitta den metod som passar en bäst. I mitt eget tycke brukar en gångbar praktisk metod vara att först läsa domstolens svar på de rättsfrågor i fallet som är relevanta för min utredning. Vidare, i den mån det behövs för utredningen eller för min förståelse av domstolens argumentationslinje och rationaliteten av avgörandet, läser jag sedan övriga delar som parternas anförda argument och de faktiska omständigheterna i målet. För att kunna arbeta på detta sätt krävs givetvis en överblick över dokumentet och vilka olika spörsmål som tas upp i rättsfallet. Om det enskilda rättsfallet är ett förhandsavgörande är det dessutom viktigt att se vilka frågor som ställs av den nationella domstolen. Det bör understrykas att ett domstolsavgörande ofta består av en ganska stor mängd olika delfrågor. De största delarna i vissa konkurrensrättsmål rör inte de materiella frågor som studenter arbetar med vid sina universitetsstudier, utan ofta av en rad olika argument gällande processuella frågor och/eller de sanktioner som kommissionen beslutat om. Att utarbeta en snabb praktisk metod för instuderingen av enskilda rättsfall är därför oerhört viktigt vid arbetet med konkurrens- och statsstödsrätten, eftersom den sparar värdefull tid som istället kan användas till att studera in ytterligare material. Det tar givetvis en viss tid att utveckla en bra och effektiv metod att läsa rättsfall, men när det är gjort är det inte alls oöverkomligt att ta sig igenom de mest grundläggande rättsfallen gällande vart och ett av de kriterier som reglerna består av.

Ett annat problem vid läsningen av rättspraxis rör i vilken grad EUD:s uttalanden kan generaliseras och användas vid bedömning av andra situationer. Detta är givetvis formellt sett en juridisk metodfråga som bl.a. rör spörsmålet i vilken grad domstolen är bunden av sin egen tidigare rättspraxis. Mitt fokus i denna not är dock av mer praktisk natur. Det bör noteras i detta sammanhang att rättstillämpningen inom EU-rätten är kasuistisk och kontextuell, dvs. i hög grad beroende av de enskilda omständigheterna i fallet. Det är inte sällan som juriststuderande, men även praktiker och akademiker, gör extensiva tolkningar av generaliserande uttalanden från EUD som i själva verket begränsas kraftigt av den specifika kontexten i fallet. Problemet påverkar även tillförlitligheten av både kurslitteratur och annan doktrin. EUD:s generella uttalanden presenteras ibland utan att texten på ett tillräckligt uttömmande sätt redogör för sammanhanget i målet. Eftersom kontexten kan vara styrande för det generella uttalandets tillämplighet på andra situationer, kan den nakna ordalydelsen i uttalandet vara missvisande. Detta är naturligtvis ett avancerat och svårlöst problem som även förtrogna med konkurrens- och statsstödsrätten brottas med. Icke desto mindre rekommenderas att redan som student regelmässigt utreda hur EUD:s uttalanden kopplas till den rättsliga och faktiska kontexten i fallet, eftersom det gör det enklare att undvika övertolkningar av rättspraxis.



## 7. GENERALADVOKATENS YTTRANDE

En rättskälla som ger väldigt mycket hjälp och som oftast förbises vid EU-rättsliga studier på juristprogrammen är generaladvokatens yttrande. Generaladvokaten är en medlem av EU-domstolen, men är inte en domare. Istället skriver generaladvokaten en utredning (yttrandet) med ett förslag till avgörande. Givetvis är yttrandet inte bindande för domstolen, men kan ha en stor betydelse för tolkningen av rättsfallet om domstolen godtar hela eller delar av argumentationen. Inte sällan hänvisar domstolen till de delar av yttrandet som domstolen godtar och som utgör del av domstolens faktiska avgörande. Om domstolen kommer fram till samma slutsats som generaladvokaten utan hänvisning till yttrandet krävs en studie av yttrandet för att se om vissa av generaladvokatens argumentation ändå utgör en motivering av domstolens dom.

Medan det som redovisats ovan rör det formella värdet av generaladvokatens yttrande, ligger fokus i denna artikel snarare på yttrandets praktiska betydelse som instuderingsmaterial. En fördel med generaladvokatens yttrande är att det oftast förklarar mer djupgående vad rättsfallet "egentligen" handlar om, dvs. vilka politikintressen som står på spel vid bedömningen av fallet. Detta underlättar för läsaren att förstå betydelsen av målet från ett makroperspektiv. Dessutom brukar generaladvokatens yttrande innefatta en mer djupgående och detaljerad utredning av de tidigare rättsfallen som är relevanta för bedömningen av målet. Kort uttryckt får läsaren oftast en sammanfattning av all tidigare relevant rättspraxis på ett sätt som inte går att finna i vare sig kurslitteratur eller kommissionens *soft law*. För studenter utgör generaladvokatens yttrande, rätt använt, en guldgruva, eftersom det specificerar vilka rättsfall som är relevanta, samt analyserar och förklarar tolkningen av tidigare rättspraxis. För studenter eller akademiker som är obekanta med ett visst ämne kan framtagandet av ett färskt generaladvokatsyttrande därmed förkorta tiden för insamlande och analys av tidigare rättspraxis. Givetvis är inte alla generaladvokatsyttranden helt uttömmande och det kan finnas rättsfall som har missats. Generaladvokatsyttranden utgör inte desto mindre en fantastisk startpunkt som besparar mycket tid vid författandet av promemorior, artiklar och andra utredningar.

Ett bra exempel på ett yttrande som visar på de egenskaper som har beskrivits ovan är generaladvokat Wahls yttrande i Intel-målet avseende tillämpningen av artikel 102 FEUF på s.k. exklusivitetsrabatter.<sup>13</sup> Generaladvokaten inleder den materiella delen av yttrandet med att kortfattat förklara makroperspektivet, dvs. de policyintressen som står på spel samt hur fallets huvudfråga relat-

<sup>13</sup> Förslag till domstolens avgörande, Generaladvokat Nils Wahl, mål C-413/14P Intel Corporation Inc. mot Europeiska kommissionen, EU:C:2016:788 (Intel, GA:s yttrande).

erar till makroperspektivet.<sup>14</sup> Sedan, på ett relativt kortfattat sätt för att vara ett konkurrensrättsligt spörsmål, går yttrandet igenom de viktigaste teman och därmed de viktigaste rättsfallen.<sup>15</sup> Inom ett utrymme på ca 50 punkter i yttrandet förklaras och sammanfattas det essentiella vad gäller den konkurrensrättsliga bedömningen av exklusivitetsrabatter, en inte alltför enkel del av konkurrensrätten.

## 8. VÄRDET AV KOMMISSIONENS *SOFT LAW*

En gemensam nämnare för både konkurrens- och statsstödsrätten som särskiljer områdena från andra rättsområden inom unionens inre marknadsrätt är floran av olika icke-bindande rättskällor, s.k. *soft law*, som förklarar hur kommissionen gör olika bedömningar. Vad gäller dessa rättskällors auktoritativa värde, som har behandlats av författaren tidigare, kan kort sägas att de endast kan binda kommissionen när de har avvikit från sina egna uttalanden under förutsättning att uttalandena är förenliga med EUD:s tidigare rättspraxis.<sup>16</sup> Detta avsnitt fokuserar istället på dessa rättskällors praktiska betydelse, samt vilka eventuella fallgropar som måste undvikas vid användningen av dessa källor.

Medan riktlinjer oftast är inriktade på en viss fråga, innehåller de ofta viktig information om mer grundläggande delar av en viss regel. Ett bra exempel på detta är kommissionens riktlinjer om tillämpning av artikel 101.3 FEUF, undantagsregeln för vissa konkurrensbegränsande avtal.<sup>17</sup> I första delen av riktlinjerna förklarar kommissionen även sin tillämpning av det materiella kriteriet i förbudsregeln i artikel 101.1 FEUF, det s.k. konkurrensbegränsningskriteriet. Kriteriet är ett av de mer svårbedömda kriterierna inom EU:s konkurrensrätt och riktlinjerna utgör en fantastisk bra källa för såväl studenter som akademiker som vill inhämta förståelse och kunskap över kriteriets tillämpning som sammanfattas på knappt ett trettiotal punkter. Vidare förklarar riktlinjerna betydelsen av olika faktorer som beaktas vid en helhetsbedömning enligt konkurrensbegränsningskriteriet. Ett annat exempel utgör det relativt färskta meddelandet om begreppet statsstöd i artikel 107.1 FEUF.<sup>18</sup> I detta meddelande förklarar kommissionen sin syn på förbudsregeln och bryter ner den i de kriterier som måste uppfyllas, samt förklarar de olika kriteriernas

14 Intel, GA:s yttrande, punkterna 41–48.

15 Intel, GA:s yttrande, punkterna 60–100.

16 Jörgen Hettne och Ida Otken Eriksson (red.), EU-rättslig metod, Norstedts Juridik 2011, s. 46 ff.

17 Meddelande från kommissionen - Tillkännagivande - Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, EUT 2004 C 101/97.

18 Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUT 2016 C 262/1.

innebörd. Meddelandet bidrar således med två viktiga saker för rättstillämparen: analysstrukturen och regelns faktiska innebörd. Ytterligare en fördel med de två ovannämnda kommissionsmeddelandena är alla hänvisningar till relevant rättspraxis på området. Läsaren får på ett enkelt och kortfattat sätt kors-hänvisningar till rättspraxis som fanns på området vid tidpunkten då meddelandet utfärdades.

Vilka är de eventuella farorna med att använda sig av *soft law* som dessa två dokument? Ett problem är givetvis att kommissionen ibland ”tar ut svängarna” i *soft law* eftersom det finns ett intresse av att styra tolkningen av gällande rätt åt ett visst håll. De ovannämnda riktlinjerna om artikel 101.3 FEUF utgör ett utmärkt exempel på att kommissionen inte endast sammanfattar och förklarar gällande rätt, utan att rättspraxis även ”tolkas” på ett sådant sätt som är diskutabelt eller knappast helt och hållet förenligt med tidigare rättspraxis. En försiktig läsare och forskare skulle noggrant kontrollera att det som sägs i *soft law* faktiskt överensstämmer med tidigare rättspraxis. Jag vågar dock påstå att detta inte är ett sådant viktigt problem för studenter. Ofta är de spörsmålen där kommissionen försöker skjuta fram en viss tolkning ganska specifika frågor av ”överkurskaraktär”. För studenter på grundnivå är det förmodligen riskfritt att utgå från att det som står i riktlinjerna är riktigt.

En mer praktisk fråga, som dock kan ha betydelse i kontexten av universitetsstudier, är den formella användningen av riktlinjer eller annan *soft law* som källa i olika studentarbeten som promemorior och tentamenssvar. Som beskrivits ovan rekommenderas användningen av riktlinjer framför allt som ett underlag för förståelse och inhämtande av hänvisningar till andra rättskällor. Det betyder inte att ett arbete (eller tentamenssvar) skall hänvisa till *soft law* som stöd för ett visst påstående. Det som kommer in i bilden är den formella rättskällehierarkin som påverkar ”korrektheten” av användningen av olika källor. Ibland kan det vara svårt att förstå från ett studentperspektiv att hänvisningen till en kursbok eller *soft law* är ”fel” trots att uttalandet innehållsmässigt är korrekt eftersom det överensstämmer med det som stadgats i en formellt sett högre stående källa som t.ex. rättspraxis. Eftersom statusen av en källa, dvs. om den är bindande eller icke-bindande och var källan befinner sig i rättskällehierarkin, har en direkt betydelse för styrkan av det påstående som görs om gällande rätt, påverkar detta även substansen i argumentationen. Vad innebär detta rent praktiskt? Framför allt bör *soft law* användas för att hitta andra källor med högre rättskällevärde där en viss regel eller doktrin stadgats (ofta av domstolen). Rekommendationen är därmed att följa den hänvisning som görs, kontrollera att kommissionen gjort en korrekt hänvisning och att sedan hänvisa direkt till ursprungskällan.

## 9. SLUTORD

I denna not har jag försökt identifiera praktiska problem med förståelsen och tillämpningen av konkurrens- och statsstödsrätten. Framför allt följer vissa svårigheter av att reglerna utgör EU-rätt, att reglerna är tekniska, men framför allt att reglerna innefattar komplicerade och svårbegripliga ekonomiska bedömningar som kräver mycket kunskap om olika marknader.

De rekommendationer som ges för att överbrygga de problem som identifierats handlar i första hand om att lära sig ”tänka” konkurrens- och statsstödsrätt. Att förstå regelverkens syfte är grundläggande eftersom det ger ett perspektiv som underlättar instuderingen av materialet med alla dess små och svårbegripliga detaljer. Vidare rekommenderas starkt att lära sig att arbeta med vissa rättskällor. I synnerhet är det essentiellt att utarbeta en praktisk metod för instuderingen av rättspraxis eftersom det är endast denna som på ett mer uttömmande sätt kan få personer som är obekanta med området att förstå kontexten och att ”tänka” konkurrens- och statsstödsrätt. Ytterligare en viktig rekommendation är instuderingen av rättskällor som används alldeles för sällan i universitetsstudier. Generaladvokatens yttrande är en utmärkt källa som effektiviserar utredningen av ett visst spörsmål och analysen av relevanta rättsfall. Kommissionens *soft law* utgör dessutom ett ovärderligt verktyg för att skapa en analysstruktur av enskilda regler, för finnedet av relevant rättspraxis samt för mer djuplodande studier av de ekonomiska bedömningar som görs inom både konkurrens- och statsstödsrätten. 