



INTERNATIONELLA
HANDELSHÖGSKOLAN
HÖGSKOLAN I JÖNKÖPING

EU-domstolens förhandsavgöranden

Är svenska domstolar obenägna att begära förhandsavgöranden i konkurrensrättsliga mål?

Masteruppsats i affärsjuridik (konkurrensrätt)

Författare: Mandip Mahal

Handledare: Roger Sandberg

Framläggningsdatum 2012-05-14

Jönköping Maj 2012

Masteruppsats i affärsjuridik (konkurrensrätt)

Titel:	EU-domstolens förhandsavgöranden – Är svenska domstolar obenäga att begära förhandsavgöranden i konkurrensrättsliga mål?
Författare:	Mandip Mahal
Handledare:	Roger Sandberg
Datum:	2012-05-14
Ämnesord	EU-domstolen, förhandsavgörande, obenägen, konkurrensrätt, artikel 101 FEUF, artikel 102 FEUF

Abstract

Swedish competition law rules have been largely influenced by the EU competition rules due to Sweden's EU membership. The idea is that EU law has certain impact on the national competition law. The aim of fair competition in the EU is best achieved when the national courts ask the COJ for preliminary rulings under Article 267 TFEU. The final courts of appeal have an obligation to ask for preliminary rulings from the COJ, whereas the lower courts of appeal have the possibility to do the same, regarding the interpretation and application of EU law. The obligation to seek a preliminary ruling is intended to ensure that EU law is applied correctly and interpreted uniformly throughout all the Member States. It is also a part of the collaboration between the COJ and the national courts considering the application of EU law.

The idea behind the essay derived from the criticism leveled against the Swedish judiciary for their reluctance to seek preliminary rulings from the COJ. The purpose of the thesis has been to identify similarities and differences in competition law cases where the issue of a preliminary ruling under Article 267 TFEU in relation to Articles 101 or 102 TFEU was addressed. Are the courts reluctant to seek preliminary rulings from the COJ in Swedish competition law cases?

Ten Swedish competition law cases have been presented. The review shows that no preliminary rulings have been obtained with regard to Article 101 TFEU, but two preliminary rulings have been obtained regarding Article 102 TFEU. Based on the reasoning the cases it can be said that there is a certain reluctance to seek preliminary rulings from the COJ in competition law cases. The reluctance is, however, partly motivated by the division of jurisdiction between the COJ and the national courts.

Sammanfattning

Som en följd av Sveriges medlemskap i EU ska unionsrätten tillämpas i Sverige och de svenska konkurrensrättsliga reglerna har till stor del influerats av EU:s konkurrensregler. Tanken är att den nationella konkurrenslagstiftningen ska ge utrymme för att unionsrätten får en viss genomslagskraft. EU:s mål om en sund konkurrens nås främst genom att de nationella domstolarna begär förhandsavgöranden från Europeiska unionens domstol enligt artikel 267 FEUF. De högsta instanserna har en skyldighet att inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen medan de lägre instanserna har möjligheten att göra detsamma avseende tolkningen och tillämpningen av unionsrätten.

Skyldigheten att begära förhandsavgöranden har till syfte att säkerställa att unionsrätten tillämpas korrekt och tolkas enhetligt i alla medlemsstater. Den är dessutom en del av samarbetet mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna som ska tillämpa unionsrätten.

Bakgrunden till uppsatsens uppslag har varit den kritik som framförts mot domstolarna i Sverige avseende deras obenägenhet att inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen. Syftet har varit att identifiera likheter och skillnader i de konkurrensrättsliga mål där frågan om förhandsavgöranden enligt artikel 267 FEUF avseende artiklarna 101 eller 102 FEUF aktualiseras. Är domstolarna obenägna att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen i konkurrensrättsliga mål?

Tio konkurrensrättsliga rättsfall har presenterats. Genomgången visar på att inga förhandsavgöranden har inhämtats angående artikel 101 FEUF men två förhandsavgöranden har inhämtats avseende artikel 102 FEUF. Utifrån motiveringarna i målen kan det sägas att det föreligger en viss obenägenhet att inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen i konkurrensrättsliga mål. Obenägenheten är dock till viss del motiverad av kompetensfördelningen mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna.

Innehåll

1	Inledning	1
1.1	Bakgrund.....	1
1.2	Syfte.....	2
1.3	Metod och material.....	3
1.3.1	Unionsrättsliga rättskällor	3
1.3.2	Svenska rättskällor	4
1.4	Avgränsningar	4
1.5	Disposition.....	5
2	Allmän introduktion.....	6
2.1	Förhållandet mellan KL och EU:s konkurrensregler	6
2.2	Domstolar i konkurrensrättsliga mål	8
3	Domstolars skyldighet att begära förhandsavgöranden	11
3.1	Skyldigheten att begära förhandsavgöranden.....	11
3.2	Överträdelseärendet och motiveringsskyldigheten.....	13
3.3	Samarbetet mellan Kommissionen och de nationella domstolarna.....	15
4	Rättsfall avseende artikel 101 FEUF.....	17
4.1	Svenska rättsfall.....	17
4.2	Rättsfall innan motiveringsskyldigheten infördes.....	17
4.3	Rättsfall efter motiveringsskyldigheten infördes	21
4.4	Kommentarer till rättsfallen.....	23
5	Rättsfall avseende artikel 102 FEUF.....	27
5.1	Svenska rättsfall.....	27
5.2	Rättsfall innan motiveringsskyldigheten infördes.....	27
5.3	Rättsfall efter motiveringsskyldigheten infördes	31
5.4	Kommentarer till rättsfallen.....	37
6	Analys – likheter och skillnader	41
6.1	Inledning.....	41

6.2	Rättsfall där förhandsavgöranden inhämtats.....	41
6.3	Rättsfall där förhandsavgöranden borde ha inhämtats.....	42
6.4	Obenägenhet på grund av kompetensfördelningen?.....	43
6.5	Avslutande reflektioner.....	44
7	Slutsatser.....	45
	Referenslista.....	47

Tabeller

Tabell 1 - Förhandsavgörande angående artikel 101 FEUF.....	26
Tabell 2 - Förhandsavgörande angående artikel 102 FEUF.....	40

Förkortningslista

ALIS	Administration av Litterära Rättigheter i Sverige
Avvecklingslagen	Lag (1997:1320) om kärnkraftens avveckling
BKAB	Barsebäck Kraft AB
ERT	Europarättslig tidskrift
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
JT	Juridisk tidskrift
KKV	Konkurrensverket
KL	Konkurrenslag (2008:579)
Kommissionen	Europeiska kommissionen
Konkurrensförordningen	Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget
MD	Marknadsdomstolen

Motiverat yttrande	Motiverat yttrande riktat till konungariket Sverige enligt artikel 226 Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen till följd av överträdelse av artikel 234 tredje stycket EG
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SAS	Scandinavian Airlines
STIM	Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå
SvJT	Svensk juristtidning

I Inledning

I.1 Bakgrund

Enligt artikel 3.3 i fördraget om Europeiska Unionen (härefter FEU) ska unionen upprätta en inre marknad som ska säkerställa att konkurrensen inte snedvrids.¹ Den Europeiska unionen (härefter EU) har dessutom exklusiv befogenhet på området för fastställandet av sådana konkurrensregler som är nödvändiga för den inre marknadens funktion. Syftet med EU:s konkurrensregler är att hindra att konkurrensen snedvrids till nackdel för allmänintresset, de enskilda företagen och konsumenterna. Reglerna ska således bidra till att trygga välbefindandet i unionen.²

Som en följd av Sveriges medlemskap i EU ska unionsrätten tillämpas i Sverige och de svenska konkurrensrättsliga reglerna har till stor del influerats av EU:s konkurrensregler.³ I förarbetena till de svenska konkurrensrättsliga reglerna anges att konkurrensen är fundamental för dynamiken och tillväxten i ett samhälle då den ser till att samhällets resurser används effektivt och stärker näringslivet internationellt. Konkurrensen är till fördel för konsumenterna på så vis att priser på produkter och tjänster pressas och utbudet breddas. Målet med det samhällsekonomiska resursutnyttjandet är vidare att skydda små enheter mot större eftersom de större enheterna lättare kan absorbera förluster och uppträda självständigt på marknaden oavsett konkurrenternas sysselsättningar.⁴

Ett av EU:s mål är att undanröja hinder genom samordnade åtgärder för att garantera en jämn utveckling, jämvikt i handelsutbytet och en sund konkurrens.⁵ Genom lojalitetsplikten som framgår av artikel 4.3 FEU är EU:s mål ett mål även för Sverige.

EU:s mål om en sund konkurrens nås främst genom att de nationella domstolarna begär förhandsavgöranden från Europeiska unionens domstol (härefter EU-domstolen) enligt ar-

¹ Protokoll nr. 27 om den inre marknaden och konkurrens som fogats till Fördraget om Europeiska unionen (härefter FEU) och Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (härefter FEUF).

² Jämför med artikel 102.3 FEUF och se bland annat mål C-94/00, Roquette Frères SA mot Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, i närvaro av Europeiska kommissionen, REG 2002 s. I-9011, p. 42.

³ 1-4 §§ Lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

⁴ Regeringens proposition 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning, s. 21-22.

⁵ P. 5 i preambeln till FEUF.

artikel 267 fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (härefter FEUF). Då EU-domstolen inte har exklusiv behörighet att själv ta upp frågor kring konkurrensreglerna i artiklarna 101 och 102 FEUF förlitar den sig på att de nationella domstolarna inhämtar förhandsavgöranden. Genom att inhämta förhandsavgöranden kommunicerar de nationella domstolarna med EU-domstolen kring oklarheter om EU:s konkurrensregler, som ett led i samarbetet mellan domstolarna.

Sverige är en av de medlemsstater som begär minst förhandsavgöranden från EU-domstolen. I doktrin anses de svenska domstolarna vara obenägna att begära förhandsavgöranden. En framträdande röst bland kritikerna tillhör Ulf Bernitz.⁶ Han anser dessutom att de fall där förhandsavgöranden begärts är disparata utan något tydligt mönster eftersom förhandsavgörandena har begärts av både allmänna domstolar och allmänna förvaltningsdomstolar.⁷

Bernitz har rätt i den del att det onekligen är svårt att dra generella slutsatser kring när förhandsavgöranden begärs då det rör sig om fall från olika domstolar, som dessutom är spridda över olika rättsområden. Det kan således vara av intresse att undersöka när förhandsavgöranden inhämtas avseende ett visst rättsområde. Då konkurrensen är en viktig del av samhällets struktur och ett tydligt mål i EU är att eftersträva en sund konkurrens, är det intressant att se hur svenska domstolar förhåller sig till att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen i konkurrensrättsliga mål.

1.2 Syfte

Är svenska domstolar obenägna att begära förhandsavgöranden från EU-domstolens i konkurrensrättsliga mål avseende artiklarna 101 och 102 FEUF? Syftet besvaras genom att identifiera likheter och skillnader i de svenska mål där frågan om förhandsavgöranden enligt artikel 267 FEUF aktualiseras. Med obenägenhet förstås ovilja och brist på intresse.

⁶ Se bland annat Bernitz, Ulf, Förhandsavgöranden av EU-domstolen – Svenska domstolars hållning och praxis, SIEPS 2012:2, s. 86-89.

⁷ Bernitz, Ulf, Kommissionen ingriper mot svenska sista instansers obenägenhet att begära förhandsavgöranden, ERT nr. 1 2005 s. 109 ff. och Bernitz, Ulf, Förhandsavgöranden av EU-domstolen – Svenska domstolars hållning och praxis, SIEPS 2012:2, s. 44.

1.3 Metod och material

Då konkurrensreglerna härstammar från både svensk nationell rätt och unionsrätt, används material från de båda regelsystemen. Sedan Sveriges medlemskap i EU är unionsrätten en rättskälla i svensk rätt.

1.3.1 Unionsrättsliga rättskällor

Uppsatsen utgår från de grundläggande fördragen, FEU och FEUF, som utgör primär unionsrätt.⁸ Fördragen används i syfte att illustrera de skyldigheter som åligger Sverige som medlemsstat gällande lojalitetsplikten i artikel 4.3 FEU, skyldigheten att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen enligt artikel 267 FEUF samt se till att EU:s konkurrensregler i artiklarna 101 och 102 FEUF får en viss genomslagskraft.

Vidare används unionsrättslig sekundärrätt i form av Rådets förordning nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 101 och 102 i fördraget⁹ (härefter konkurrensförordningen) i syfte att förstå hur FEUF:s konkurrensregler ska tillämpas samt förhållandet mellan nationell rätt och unionsrätt avseende konkurrensrättsliga frågor.¹⁰ Därutöver används även EU-domstolens praxis för att belysa hur fördragens bestämmelser har tillämpats samt vad de begärda förhandsavgörandena som begärdes hade prövat i sak.¹¹ Avseende unionsrätten används slutligen även Europeiska kommissionens (härefter Kommissionen) tillkännagivande om samarbete mellan Kommissionen och medlemsstaternas domstolar vid tillämpning av artiklarna 101 och 102 i FEUF¹² för att förstå hur samarbetet mellan domstolarna är tänkt att fungera. Avseende unionsrätten framställs uppsatsen genom hänvisning till de nya numreringarna avseende FEU och FEUF samt det nya namnet på EU:s domstol.

⁸ Bernitz, Ulf m.fl., *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 11:e upplagan, Norstedts Juridik AB 2010, s. 64.

⁹ Rådets förordning (EG) nr. 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (Text av betydelse för EES), EUT L 1, 4.1.2003 (härefter konkurrensförordningen).

¹⁰ Artikel 288.2 FEUF och Bernitz, Ulf m.fl., *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, s. 65-66.

¹¹ Bernitz, Ulf m.fl., *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, s. 68-69.

¹² Kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan kommissionen och EU medlemsstaternas domstolar vid tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget (Text av betydelse för EES), EUT C 101, 27.4.2004.

1.3.2 Svenska rättskällor

Vad gäller den svenska rätten används rättskällorna som ett komplement till varandra.¹³ Lagen används i syfte att belysa de regler som gäller i Sverige. För att illustrera hur domstolsförfarandena fungerar i konkurrensrättsliga mål belyses innehållet i rättegångsbalken (1942:740) (härefter RB), förvaltningsprocesslagen (1971:291) (härefter FPL), lagen (1970:417) om marknadsdomstol mm och konkurrenslagen (2008:579) (härefter KL). KL används dessutom för att illustrera de svenska konkurrensrättsliga reglerna. I framställningen används den nya numreringen i KL. För att förstå syftet med de olika reglerna samt förhållandet till unionsrätten ur ett svenskt perspektiv används förarbeten i form av Regeringens propositioner tillhörande nämnda lagar.

Vidare presenteras svenska avgöranden från allmänna domstolar, allmänna förvaltningsdomstolar samt specialdomstolar i syfte att besvara syftet med uppsatsen. Här kan även nämnas att uppsatsen utgår från de nya namnen på de allmänna förvaltningsdomstolarna. De mål som beskrivs berör de svenska konkurrensreglerna, EU:s konkurrensregler i artiklarna 101 eller 102 FEUF samt skyldigheten att begära förhandsavgöranden enligt artikel 267 FEUF. Rättsfallen beskrivs i relativt utförlig utsträckning för att illustrera likheter och skillnader mellan målen. Slutligen används svensk doktrin i form av juridiska tidskrifter såsom Europarättslig tidskrift, Juridisk tidskrift, Nordisk försäkringstidskrift, Svensk Juristtidning samt artiklar i databasen Infotorg för att belysa den kritik som framförts gällande de svenska avgörandena. Förhållningssättet till de juridiska tidskrifterna är särskilt kritiskt då det förekommer att författarna i vissa fall refererar till verk som de själva har författat, i praktiken blir det ju så att de kommenterar sig själva.

1.4 Avgränsningar

Såsom det framgår av syftet avgränsas uppsatsen till de svenska avgöranden som berör artiklarna 101 och 102 FEUF vilka berör konkurrensbegränsningar. Målen avgränsas ytterligare till år 1994 och framåt, det år då Sverige gick med i EU samt då den första versionen av dagens KL, konkurrenslag (SFS 1993:20), hade trätt i kraft.

De svenska avgörandena som behandlas kommer att hänföra sig till allmänna domstolar, allmänna förvaltningsdomstolar samt Marknadsdomstolen (härefter MD). Innehållet i

¹³ Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation, andra upplagan, Norstedts Juridik AB 2007, s. 36-37.

framställningen kring rättsfallen kommer beröra främst det som är relevant för frågan om de konkurrensrättsliga reglerna samt behovet av att inhämta förhandsavgöranden, målen kommer således inte alltid återges i sin helhet.

1.5 Disposition

Uppsatsen består av sex kapitel. Kapitel 2, *Allmän introduktion*, innehåller en kort introduktion till förhållandet mellan KL och EU:s konkurrensregler samt domstolar i konkurrensrättsliga mål. Vidare innehåller kapitel 3, *Domstolars skyldighet att begära förhandsavgöranden*, en framställning av skyldigheten att begära förhandsavgöranden, överträdelseärendet och motiveringsskyldigheten samt samarbetet mellan Kommissionen och de nationella domstolarna.

I kapitel 4, *Rättsfall avseende artikel 101 FEUF*, samt kapitel 5, *Rättsfall avseende artikel 102 FEUF*, presenteras rättsfallen som berör frågan om behovet att inhämta förhandsavgöranden i konkurrensrättsliga mål. Presentationerna av rättsfallen följs av en del kommentarer och reflektioner kring målen.

Kapitel 5, *Analys – likheter och skillnader*, innefattar en analys om likheter och skillnader kring de svenska målen som berör frågan om att inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen. Uppsatsen avslutas sedan med kapitel 6, *Slutsatser*, som innehåller slutsatser kring huruvida svenska domstolar är obenägna att begära förhandsavgöranden från EU-domstolens i konkurrensrättsliga mål avseende artiklarna 101 och 102 FEUF.

2 Allmän introduktion

2.1 Förhållandet mellan KL och EU:s konkurrensregler

År 1993 började föregångaren till dagens konkurrenslag att gälla. Den första versionen, konkurrenslag (SFS 1993:20) som trädde i kraft 1 juli 1993 och dagens KL som trädde i kraft 1 november 2008, bygger till stor del på EU:s konkurrensregler. KL har utformats med unionsrätten som förebild för att tolkning av lagen ska kunna hämtas från EU-domstolens praxis.¹⁴ Syftet med KL är både att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens för produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter, enligt 1 kap. 1 § KL. Därutöver har EU:s konkurrensregler till syfte att främja integrationen mellan medlemsstaterna. Avseende konkurrensrätten ska vissa speciella drag från unionsrätten beaktas. Unionsrätten spelar dock inte alltid en så framträdande roll i nationella rättsordningar. I vissa fall kan det dessutom vara nödvändigt att anpassa den svenska konkurrenslagstiftningen efter de särskilda förhållanden som gäller i Sverige.¹⁵ Tanken är således att den nationella konkurrenslagstiftningen ska ge utrymme för att unionsrätten får en viss genomslagskraft. De nationella domstolarna ska se till att den nationella konkurrenslagstiftningen upprätthålls samtidigt som de ska se till att EU:s konkurrensregler beaktas.

De unionsrättsliga regler på konkurrensrättens område som ska få en viss genomslagskraft är artiklarna 101 och 102 FEUF. Artikel 101.1 FEUF anger att:

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

Artikel 101.1 FEUF anger vidare i en lista vad som särskilt inte är tillåtet. I artikel 101.2 FEUF anges att sådana avtal eller beslut som är förbjudna enligt första punkten är ogiltiga. I artikel 101.3 FEUF anges vissa undantag från punkt 1. Viss vägledning kring tillämpning-

¹⁴ Regeringens proposition 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning, s. 21.

¹⁵ Konkurrensförordningen, p. 9 i preambeln och Regeringens proposition 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning, s. 21

en av artikel 101 FEUF finns i Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 FEUF.¹⁶

Artikel 102.1 FEUF anger att:

”Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den inre marknaden och förbjudet.”

Artikel 102.2 FEUF anger därefter vad sådana missbruk särskilt kan bestå i. Vägledning kring vad som utgör relevant marknad för tillämpningen av artiklarna 101 och 102 FEUF framgår av Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i EU:s konkurrenslagstiftning.¹⁷

I det fall de nationella domstolarna tillämpar motsvarigheterna till artiklarna 101 och 102 FEUF i nationell rätt, det vill säga 2 kap. 1 och 6-7 §§ KL, ska även artiklarna 101 och 102 FEUF tillämpas enligt artikel 3.1 konkurrensförordningen. Artikel 3.2 i nämnda förordning anger dessutom att den nationella konkurrensrätten, 2 kap. 1 och 6 §§ KL, inte kan leda till förbud om artikel 101 FEUF inte kan bli tillämplig. Reglerna måste således tillämpas likformigt. Detsamma gäller dock inte för 2 kap. 7 § KL och artikel 102 FEUF. I stället gäller den allmänna regeln om unionsrättens företräde som innebär att den nationella domstolen inte kan tillämpa 2 kap. 7 § KL i strid mot artikel 102 FEUF, enligt punkt 6 i Kommissionens tillkännagivande om domstolarnas samarbete.

Reglerna om förhållandet mellan artiklarna 101 och 102 FEUF samt nationell konkurrensrätt gäller inte när domstolarna tillämpar nationella lagar om koncentrationskontroll eller bestämmelser i nationell lagstiftning som till övervägande del eftersträvar andra mål än syftet med artiklarna 101 och 102 FEUF, enligt artikel 3.3 i konkurrensförordningen.

¹⁶ Tillkännagivande av kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (de minimis) (Text av betydelse för EES), EUT 2001/C 22.12.2001.

¹⁷ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EUT C 372, 09.12.1997.

2.2 Domstolar i konkurrensrättsliga mål

Det finns tre typer av domstolar som kan avgöra tvistemål som avser konkurrensrättsliga frågor: de allmänna domstolarna, de allmänna förvaltningsdomstolarna och specialdomstolarna. Det allmänna domstolväsendet består av tingsrätter, hovrätter och Högsta domstolen (härefter HD) och handhar tvistemål mellan enskilda parter.¹⁸ Tingsrätten utgör en allmän underrätt och om annat inte är föreskrivet, en första domstol enligt 1 kap. 1 § 1 st. RB. Tingsrättens beslut kan överklagas till hovrätten som utgör en överrätt, enligt 2 kap. 1 § RB och 49 kap. 1 § 1 st. RB. Ett överklagande från tingsrätten till hovrätten i tvistemål kräver dock ett prövningstillstånd enligt 49 kap. 12 § RB.¹⁹ 49 kap. 14 § RB stadgar att prövningstillstånd meddelas i fyra fall: om det finns anledning att betvivla tingsrättens domslut, om det inte går att bedöma riktigheten av tingsrättens domslut utan ett tillstånd, om överklagandet är av vikt för ledning av rättstillämpningen eller om det finns synnerliga skäl för att pröva överklagandet.

Hovrättens beslut kan i sin tur överklagas till HD enligt 3 kap. 1 § RB och 54 kap. 1 § 1 st. RB. Enligt 54 kap. 9 § 1 st. RB kräver även överklagandet från hovrätten till HD ett prövningstillstånd. Prövningstillståndet meddelas dock enbart i två fall. 54 kap. 10 § 1-2 st. RB stadgar att prövningstillstånd enbart får meddelas om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av HD eller om det finns synnerliga skäl för en sådan prövning, genom att det exempelvis föreligger grund för resning, att domvilla förekommit eller att målets utgång i hovrätten uppenbarligen berott på grovt förbiseende eller grovt misstag. I HD meddelas således prövningstillstånd i färre fall än i hovrätterna och domstolen utgör även den sista instansen för de allmänna domstolarna.

De allmänna förvaltningsrättsliga domstolarna utgörs av förvaltningsrätterna, kammarrätterna och Högsta förvaltningsdomstolen (härefter HFD), enligt 1 § FPL. Domstolarna handhar mål mellan enskilda parter och myndigheter. Förvaltningsrättens beslut kan överklagas till kammarrätten, enligt 33 § 1 st. FPL. Ett överklagande från förvaltningsrätten till kammarrätten kräver ett prövningstillstånd om det är särskilt föreskrivet i målet, enligt 34 a

¹⁸ De allmänna domstolarna avgör även brottmål, vilket lämnas därhän med hänsyn till uppsatsens syfte.

¹⁹ Se Regeringen proposition 2004/05:131 En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol, s. 180-183 och 258, för Regeringens förslag och författningskommentaren till kravet om prövningstillstånd i hovrätten.

§ 1 st. FPL.²⁰ Andra stycket i nämnda paragraf anger att prövningstillstånd meddelas om överklagandet är av vikt för ledning av rättstillämpningen, om det finns anledning att ändra förvaltningsrättens domslut eller om det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Vidare kan, enligt 33 § 1 st. FPL, kammarrättens beslut överklagas till HFD. Målet prövas dock enbart om ett prövningstillstånd meddelas, enligt 35 § 1 st. FPL. Prövningstillstånd i HFD meddelas i två fall. 36 § 1 st. FPL stadgar att prövningstillstånd meddelas då prövningen är av vikt för rättstillämpningen eller om det finns synnerliga skäl för en sådan prövning, genom att det exempelvis föreligger grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen berott på grovt förbiseende eller grovt misstag. I HFD meddelas prövningstillstånd i färre fall och domstolen utgör även den högsta instansen för de allmänna förvaltningsdomstolarna. Framställningen visar på att kravet på prövningstillstånd i de allmänna domstolarna och de allmänna förvaltningsrättsliga domstolarna ter sig lika på många sätt. Lagstiftaren har eftersträvat likheter mellan de allmänna domstolarna och de allmänna förvaltningsrättsliga domstolarna för att inte riskera negativa kompetenskonflikter mellan HD och HFD. Syftet har varit att ligga i fas med internationella åtaganden och stärka den enskildes rättssäkerhet, där skilda lösningar för de olika domstolväsendena är tänkta att särskilt motiveras.²¹

Utöver de allmänna domstolarna och de allmänna domstolarna finns specialdomstolarna. Den specialdomstol som är relevant för konkurrensrättsliga mål är MD. 10 kap. 17 § 1 st. 2 p. RB anger att de allmänna domstolarna ska lämna företräde åt en viss domstol om det är stadgat i lag eller författning att domstolen är ensam behörig att behandla en viss tvist. 3 kap. 5 § 1 st. KL anger att Konkurrensverket (härefter KKV) kan väcka talan i Stockholms tingsrätt om ett företag eller någon som handlar på dess vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet överträtt förbuden i 2 kap. 1 § KL, 2 kap. 7 § KL, artikel 101 FEUF eller artikel 102 FEUF. I sådana fall kan Stockholms tingsrätt besluta att ett företag ska betala en särskild avgift i form av en konkurrensskadeavgift. 3 kap. 25 § KL anger att en överträdelse av 2 kap. 1 § KL, 2 kap. 7 § KL, artikel 101 FEUF eller artikel 102 FEUF dessutom innebär att

²⁰ Se Regeringens proposition 1997/98:101 Översyn av förvaltningsprocessen; en allmän regel om domstolsprövning av förvaltningsbeslut mm., s. 72-78 och 106-107, för Regeringens förslag och författningskommentaren till kravet på prövningstillstånd i kammarrätten- Här förs även diskussioner om likheterna med de allmänna domstolarna vad gäller överklaganden till överrätten.

²¹ Se Regeringens proposition 1997/98:101 Översyn av förvaltningsprocessen; en allmän regel om domstolsprövning av förvaltningsbeslut mm., s. 57-59 och 72-78.

företaget ska ersätta den skada som uppstått genom överträdelsen. Stockholms tingsrätt är alltid behörig att pröva frågor om skadestånd, enligt 3 kap. 26 § KL.

Domar och beslut av Stockholms tingsrätt i mål och ärenden kan överklagas till MD, enligt 7 kap. 2 § 1 men. KL. 8 kap. 3 § 3 st. KL anger bland annat att 49 kap. RB är tillämplig i fråga om överklagande av tingsrättens beslut gällande klagan av avgiftsföreläggande. Lagrummet stadgar att det som sägs om hovrätten i stället gäller MD. Det innebär att ett överklagande av domar och beslut av Stockholms tingsrätt till MD, som tidigare nämnts, kräver ett prövningstillstånd enligt 49 kap. 12 § RB. Prövningstillstånd meddelas i fyra fall: om det finns anledning att betvivla tingsrättens domslut, om det inte går att bedöma riktigheten av tingsrättens domslut utan ett tillstånd, om överklagandet är av vikt för ledning av rättstillämpningen eller om det finns synnerliga skäl för att pröva överklagandet, enligt 49 kap. 14 § RB. MD utgör en sista instans då dess domar och beslut inte kan överklagas, enligt 1 § 1 st. 1 p. och 2 § lagen (1970:417) om marknadsdomstol mm.

Förutom konkurrensskadeavgift och skadestånd kan ett företag som överträder 2 kap. 1 § KL, 2 kap. 7 § KL, artikel 101 FEUF eller artikel 102 FEUF drabbas av ett åläggande av KKV, enligt 3 kap. 1 § 1 st. KL. I det fall KKV inte beslutar att meddela ett sådant åläggande, anger 3 kap. 2 § 1 men. KL, att ett företag som berörs av överträdelsen kan begära att MD meddelar ett sådant åläggande i stället.

Konkurrensrättsliga frågor kan således avgöras genom tre olika domstolar. Likt HD och HFD utgör även MD en sista instans. Skillnaden är dock att fler mål kan ges prövningstillstånd i MD jämfört med HD och HFD.

3 Domstolars skyldighet att begära förhandsavgöranden

3.1 Skyldigheten att begära förhandsavgöranden

Skyldigheten att begära förhandsavgöranden framgår av artikel 267 FEUF. I svensk rätt saknas det en reglering kring när förhandsavgöranden ska begäras. Artikel 267 FEUF stadgar EU-domstolens behörighet att meddela förhandsavgöranden avseende tolkningen av fördragen samt giltigheten och tolkningen av rättsakter som beslutats av unionens institutioner, organ eller byråer.²² Skyldigheten att begära förhandsavgöranden har till syfte att säkerställa att unionsrätten tillämpas korrekt och tolkas enhetligt i alla medlemsstater. Artikel 267 FEUF syftar till att förhindra att det uppstår skillnader avseende tolkningen av unionsrätten, men även att bistå de nationella domstolarna med ett medel som kan undanröja svårigheterna som kan medföras kring tillämpningen av unionsrätten i de nationella rättsordningarna. Utan ett medel att undanröja kvarstående frågetecken gällande tolkningen av unionsrätten skulle det finnas risk för att dess genomslagskraft hade kunnat äventyras. Skyldigheten att begära förhandsavgöranden är således en del av samarbetet mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna som ska tillämpa unionsrätten.²³

Artikel 267.2 FEUF stadgar att en domstol i en medlemsstat *får* begära att EU-domstolen meddelar ett förhandsavgörande avseende sådana frågor, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken. Gällande nämnda frågor *ska* den nationella domstolen föra frågan vidare till EU-domstolen, i fall då det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning för ett avgörande, enligt artikel 267.3 FEUF. Underinstanserna har alltså en *möjlighet* att begära förhandsavgöranden medan de högsta instanserna har en *skyldighet* att begära förhandsavgöranden. De domstolar som har en skyldighet att begära förhandsavgöranden är HD, HFD och MD.²⁴

²² Artikel 267.1 FEUF.

²³ Mål 283/81 Srl CILFIT och Lanificio di Gavardo SpA mot Ministero della sanità, REG 1982 s. 3415 (härefter CILFIT-målet), p. 7. och mål 166/73 Rheinmühlen-Düsseldorf mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel REG 1974, s. 00195, p. 4-6.

²⁴ Regeringens proposition 2005/06:157 Vissa frågor om förhandsavgörande från EG-domstolen, s. 11. Propositionen hänvisar till artikel 3.1 i protokollet om domstolens tolkning av konventionen den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av avgöranden på privaträtts område. Artikel 3 anger dock inte specifikt vilka svenska domstolar som har skyldighet att begära förhandsavgöranden då protokollet är från år 1968 och Sverige inte blev en medlemsstat i EU förrän år 1994.

EU-domstolen kan i sitt avgörande *inte* besluta huruvida en nationell åtgärd är förenlig med unionsrätten. Domstolens roll är i stället att bistå de nationella domstolarna med tolkningsdata avseende unionsrätten. Syftet är EU-domstolen ska möjliggöra för den nationella domstolen att göra en bedömning kring förenligheten med unionsrätten i det mål som den senare handlägger.²⁵ Enligt fast rättspraxis är en nationell domstol, där ett avgörande i en tvist där förhandsavgörande begärts, bunden av den dom som sedan meddelas av EU-domstolen avseende förhandsavgörandet gällande tolkningen eller giltigheten av unionsrätten.²⁶

I CILFIT-målet²⁷ klargjordes kriterierna för när en nationell domstol måste begära ett förhandsavgörande av EU-domstolen. Den nationella domstolen kan på eget initiativ föra en fråga vidare till EU-domstolen, det räcker inte med att en part gör gällande att ett förhandsavgörande bör begäras enligt artikel 267 FEUF. Domstolarna har alltså rätt att gå utöver vad som har yrkats i målen och begära ett förhandsavgörande.²⁸ De domstolar som ska begära förhandsavgöranden har likt de som kan begära förhandsavgöranden samma utrymme för att göra en skönsmässig bedömning. Domstolarna ges således utrymme för att själva avgöra om ett beslut gällande unionsrätt är nödvändigt för att kunna döma i saken. När bedömningen leder till att unionsrätten anses vara nödvändig för att avgöra ett mål, måste den nationella domstolen begära ett förhandsavgörande av EU-domstolen. I det fall en nationell domstol gör bedömningen att en fråga om unionsrätt inte är relevant och inte under några omständigheter kan inverka på utgången av målet, är den *inte* skyldig att begära ett förhandsavgörande.²⁹

Skyldigheten att begära förhandsavgöranden av EU-domstolen begränsas i vissa fall. En nationell domstol behöver inte begära ett förhandsavgörande när en fråga som uppkommit är praktiskt taget likalydande med en fråga som redan har varit föremål för ett förhandsavgörande av EU-domstolen i ett liknande fall. Den så kallade *acte éclairé-doktrinen*. Detsamma gäller när en rättsfråga har avgjorts av EU-domstolen, oavsett karaktären hos de förfaran-

²⁵ Se bland annat mål 55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, REG 1995 s. I-04165, p. 19.

²⁶ Se bland annat mål C-173/09, Elchinov, REU 2010 s. I-00000.

²⁷ Mål 283/81 Srl CILFIT och Lanificio di Gavardo SpA mot Ministero della sanità, REG 1982 s. 3415.

²⁸ Jämför med 17 kap. 3 § 1 men. rättegångsbalken (1940:740) och 29 § förvaltningsprocesslagen (1971:291).

²⁹ CILFIT-målet, p. 9-11.

den som lett fram till förevarande rättspraxis och även om de tvistiga frågorna inte är helt identiska. En nationell domstol kan dock alltid begära ett förhandsavgörande.³⁰

Inte heller behöver ett förhandsavgörande begäras när den korrekta tillämpningen av unionsrätten är så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel om hur frågan ska avgöras. Den nationella domstolen måste i sådana fall säkerställa sig om att saken är lika uppenbar för domstolarna i de övriga medlemsstaterna och för EU-domstolen. Den så kallade *acte clair-doktrinen*. I en sådan bedömning måste den nationella domstolen jämföra de olika språkversionerna för unionsrättens bestämmelser; beakta den särskilda terminologin då de rättsliga begreppen kan ha olika innebörd inom unionsrätten och de nationella rättsordningarna; samt ta hänsyn till en unionsrättslig bestämmelses sammanhang och bakgrund som helhet genom att se till unionsrättens syften och dess utvecklingsstadium vid den tidpunkt då den ifrågavarande bestämmelsen ska tillämpas. När så är fallet kan den nationella domstolen avgöra en fråga på eget ansvar.³¹

I konkurrensrättsliga mål har alltså HD, HFD och MD en skyldighet att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen, dock med vissa begränsningar. Därutöver har underrätterna möjlighet att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen.

3.2 Överträdelseärendet och motiveringsskyldigheten

Av EU:s medlemsstater är Sverige ett av de länder som begär få förhandsavgöranden från EU-domstolen. Förevarande fenomen har gett upphov till ett motiverat yttrande från Kommissionen till Sverige gällande överträdelse av artikel 267 FEUF. Enligt artikel 258 FEUF ska Kommissionen avge ett motiverat yttrande om den anser att en medlemsstat har underlåtit att uppfylla en skyldighet enligt fördraget, efter det att den ifrågavarande medlemsstaten har fått tillfälle att inkomma med sina synpunkter. I det fall medlemsstaten inte rättar sig efter sitt yttrande inom en viss angiven tid från Kommissionen, har den senare rätt att föra ärendet vidare till EU-domstolen.

Lyckeskog-målet³² var det fall som bland annat gav upphov till Kommissionens motiverande yttrande till Sverige till följd av överträdelse av artikel 267 FEUF. I målet rådde det

³⁰ CILFIT-målet, p. 13-14 och de förenade målen 28-30/62 Da Costa en Shaake NV, Jacob Meijer NV och Hoechst-Holland NV mot Nederländska skatteförvaltningen, REG 1963 s. 00171, p. 11.

³¹ CILFIT-målet, p. 16-20.

³² Mål C-99 Kenny Roland Lyckeskog, REG 2002 s. I-4876 (härefter Lyckeskog-målet).

oklarheter kring när en hovrätt ska begära förhandsavgöranden. EU-domstolen erinrade om att domstolar mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel har en skyldighet att begära förhandsavgöranden av EU-domstolen som ett led i samarbetet mellan domstolen och de nationella domstolarna i syfte att tillämpa unionsrätten. Syftet är att förhindra att det i någon medlemsstat uppstår inhemsk praxis som inte överensstämmer med de unionsrättsliga reglerna. Syftet med samarbetet mellan domstolarna uppnås först om nationella domstolar mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel blir bundna av skyldigheten att begära förhandsavgöranden förutom i det fall inte någon begränsning från CILFIT-målet blir tillämplig.³³

En nationell domstol vars avgöranden kan överklagas ansågs inte vara en domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel, oavsett om det krävs ett prövningstillstånd. Det faktum att det krävs ett prövningstillstånd för att överklaga en dom innebär inte att det saknas rättsmedel, hovrätterna är således inte skyldiga att begära förhandsavgöranden. Hovrätterna har alltid rätt att begära förhandsavgöranden men HD meddelar i regel enbart prövningstillstånd om överklagandet är av vikt för rättstillämpningen. I det fall det råder en osäkerhet kring hur gällande rätt, införstått unionsrätten, ska tillämpas kan det innebära att den högsta instansen prövar frågan. När det uppstår en fråga kring tolkningen eller giltigheten av en unionsrättslig regel, ska de högsta domstolarna begära förhandsavgöranden. Frågan kan hänskjutas till EU-domstolen när den nationella domstolen prövar frågan huruvida prövningstillstånd ska meddelas eller vid ett senare tillfälle.³⁴

I det motiverade yttrandet om överträdelseärendet ställde sig Kommissionen kritisk till de svenska processrättsliga reglernas förhållande till artikel 267.3 FEUF med anledning av Lyckeskog-målet. För det första innehåller den svenska processuella lagstiftningen inte några regler om när förhandsavgörande ska inhämtas från EU-domstolen. Kommissionen ansåg att det är svårt för den enskilde att avgöra om skyldigheten att inhämta ett förhandsavgörande har respekterats då avslag på ett prövningstillstånd i regel inte motiveras. För Kommissionen innebär det dessutom att det uppstår svårigheter att kontrollera om artikel 267 FEUF respekteras. Kommissionen ansåg således att systemet för prövningstillstånd inte är tillräckligt tydligt. Trots att den svenska lagstiftningen tycks medge att förhandsav-

³³ Lyckeskog-målet, p. 14-15.

³⁴ Lyckeskog-målet, p. 16-18.

görande kan inhämtas innan prövningstillstånd inhämtas, tycks så inte ske. Regeringen svarade Kommissionen med att hävda att en översyn av de svenska reglerna har inletts.³⁵

Kommissionens yttrande resulterade i en svensk lagtillkomst, vilket innebar att ärendet inte fördes vidare till EU-domstolen. De svenska domstolarna har en skyldighet att motivera sina domslut, vilken anges i 17 kap. 7 § 1 st. 5 p. RB, 30 § FPL och 19 § 1 men. lagen (1970:417) om marknadsdomstol mm. Någon skyldighet att motivera prövningstillstånd finns dock inte. Utöver nämnda motiveringsskyldighet ska domstolen numera i sitt beslut ange skälen till varför den inte väljer att inhämta ett förhandsavgörande, enligt 1 § 1 st. lagen (2006:502) med vissa bestämmelser om förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol. Lagen trädde i kraft 1 juli 2006. Motiveringsskyldigheten föreligger om en part i ett mål eller ärende vid en domstol har yrkat att ett förhandsavgörande ska inhämtas eller om frågan därom väckts på ett annat sätt. De domstolar som omfattas är HD, HFD och MD, då de har skyldighet att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen. Motiveringsskyldighetens omfattning lagreglerades inte, men det har i förarbetena till lagen konstaterats att det inte skulle vara tillräckligt att hävda att det saknades skäl att inhämta ett förhandsavgörande. I det fall domstolen skulle komma fram till att det inte har uppkommit en fråga som EU-domstolen är behörig att meddela ett förhandsavgörande om, skulle det vara tillräckligt som motivering till slutsatsen.³⁶ Huruvida lagen faktiskt har lett till tydligare motiveringar från domstolarna sedan dess ikraftträdande är en fråga som inte kommer att diskuteras närmare.³⁷

3.3 Samarbetet mellan Kommissionen och de nationella domstolarna

Samarbetet mellan Kommissionen och de nationella domstolarna härrör från artikel 4.3 FEU. Artikel 4.3 stadgar lojalitetsplikten där unionen och medlemsstaterna ska respektera och bistå varandra avseende fullgörandet av de uppgifter som följer av fördraget. Samarbetet

³⁵ Motiverat yttrande riktat till konungariket Sverige enligt artikel 226 Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen till följd av överträdelse av artikel 234 tredje stycket EG, Bryssel den 13.10.2004, 2003/2161, C(2004) 3899 (härefter motiverat yttrande), p. 4, 7, 9-10, 13 och 22.

³⁶ Regeringens proposition 2005/06:157 Vissa frågor om förhandsavgörande från EG-domstolen, s. 27-28.

³⁷ Se vidare, Bernitz, Ulf, Samarbetet mellan EG-domstolen och nationella domstolar, ERT nr. 3 2009 s. 454-468, s. 461-463 och Johansson, Martin, Ahmed, Sara, De högsta domstolsinstansernas motiveringsskyldighet vid beslut att inte inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen – en papperstiger?, ERT nr. 4 2009 s. 783-792.

innebär att Kommissionen måste bistå de nationella domstolarna i deras tillämpning av unionsrätten samtidigt som medlemsstaterna ska bistå Kommissionen när den fullgör sina uppgifter, enligt punkt 15 i Kommissionens tillkännagivande om domstolarnas samarbete.

I syfte att främja samarbetet har de nationella domstolarna möjlighet att begära upplysningar eller yttranden i frågor rörande tillämpningen av unionsrättens konkurrensregler i förfaranden där artiklarna 101 eller 102 FEUF tillämpas, enligt artikel 15.1 i konkurrensförordningen. Möjligheten att begära yttrande från Kommissionen finns då det saknas tillräcklig vägledning i unionsdomstolarnas praxis och Kommissionens förordningar, beslut, tillkännagivanden och riktlinjer om tillämpningen av artiklarna 101 och 102 i FEUF, enligt punkt 27 i Kommissionens tillkännagivande om domstolarnas samarbete. I sådana fall har domstolen möjlighet att fråga Kommissionen om ekonomiska, faktiska och juridiska ärenden. Trots ett yttrande från Kommissionen har den nationella domstolen möjlighet eller skyldighet att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen om tolkningen eller giltigheten av unionsrätten enligt artikel 267 FEUF.

Kommissionens yttrande innebär inte en bedömning i sak avseende den nationella domstolens mål, utan yttrandet begränsas till att lämna faktauppgifter eller uppgifter av ekonomisk eller juridisk natur, enligt punkt 29 i Kommissionens tillkännagivande om domstolarnas samarbete. Nämnad punkt anger även att Kommissionens yttrande inte är bindande för den nationella domstolen.

Samarbetet mellan Kommissionen och de nationella domstolarna innebär att domstolarna har möjlighet att begära ett yttrande. Ett yttrande från Kommissionen påverkar dock varken möjligheten eller skyldigheten att begära förhandsavgöranden enligt artikel 267 FEUF.

4 Rättsfall avseende artikel 101 FEUF

4.1 Svenska rättsfall

Artikel 101 FEUF förbjuder konkurrensbegränsande avtal mellan företag, beslut av företagsammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater, med vissa undantag. Förhållandet mellan KL och EU:s konkurrensregler gör att artikel 101 FEUF omnämns i de mål där dess motsvarighet i svensk rätt, 2 kap. 1 och 6 §§ KL, behandlas. KL:s regler gäller då handeln mellan medlemsstaterna inte påverkas. Det finns ett antal rättsfall från de svenska domstolarna som berör frågan om förhandsavgöranden från EU-domstolen gällande artikel 101 FEUF. Nedanstående rättsfall presenteras i syfte att finna likheter och skillnader kring de mål där frågan om förhandsavgöranden aktualiseras. Sedan föregångaren till dagens KL trädde i kraft 1 juli 1993 har det förkommit fyra svenska mål avseende frågan: ett mål från tingsrätten, ett mål från HD och två mål från MD. Rättsfallen presenteras i en kronologisk ordning och i relativt utförlig utsträckning i syfte att illustrera likheter och skillnader som sedan kommer att behandlas i analysen. Den utförliga presentationen är nödvändig för att finna ett mönster bland rättsfallen.

4.2 Rättsfall innan motiveringskyldigheten infördes

Sedan föregångaren till dagens KL trädde i kraft 1 juli 1993 är det tidigaste rättsfallet som berörde artikel 101 FEUF och frågan om förhandsavgörande från EU-domstolen mål NJA 2004 s. 804 Boliden mot Fortum. Målet gällde ett elleveransavtal där det uppstod missnöje kring en prisjämningsklausul. Bakgrunden till tvisten var att företaget Boliden hade drabbats av två skattehöjningar via elleveransavtalet med elleverantören Fortum, där den senare hade samverkat med andra elleverantörer om elpriset. Boliden yrkade att prisjämningsklausulen skulle ogiltigförklaras enligt 2 kap. 1 och 6 §§ KL förbjuder konkurrensbegränsande avtal mellan företag, beslut av företagsammanslutningar och samordnade förfaranden. Klausulen påstods även vara ogiltig enligt artikel 101.2 FEUF som förbjuder konkurrensbegränsande avtal mellan företag, beslut av företagsammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater. Boliden, det vill säga käranden, hade även begärt att HD skulle inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen enligt artikel 267 FEUF. Fortum hävdade att ett avtal inte kan vara ogiltigt om det inte är konkurrensbegränsande enligt 2 kap. 1 § KL i första hand.

HD började med att konstatera att KL har utformats med unionsrätten som förebild, så att tolkning av lagen kunde hämtas från EU-domstolens praxis. Syftet med KL är både att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens. EU:s konkurrensregler har till syfte att därutöver främja integrationen mellan medlemsstaterna. Artikel 101 FEUF blir således tillämplig om handeln mellan medlemsstaterna påverkas.

I målet ansåg HD att elleverantörernas samarbete inte kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna, artikel 101 FEUF var således inte tillämplig. I stället var det fråga om den nationella konkurrenslagstiftningen. HD har rätt att tolka unionsrätten även om en situation inte faller under dess tillämpningsområde, ifall denne beslutar att hantera en nationell situation som en situation som regleras av unionsrätten – det är enbart upp till den nationella domstolen att avgöra om så ska vara fallet. Det kräver dock att domstolen som begär ett förhandsavgörande anser att utformningen av den nationella rätten kommer att bli bunden av EU-domstolens avgörande. HD fann att så inte var fallet med konkurrensrätten. Avseende konkurrensrätten ska vissa speciella drag från unionsrätten beaktas. Unionsrätten spelar dock inte en så framträdande roll i nationella rättsordningar och i vissa fall kan den svenska konkurrenslagstiftningen komma att behöva anpassas efter de särskilda förhållanden som gäller i Sverige. Det förelåg således inga förutsättningar för att inhämta ett förhandsavgörande.

Gällande den nationella rätten ansåg HD att det är omstritt i doktrin huruvida följdavtal kan drabbas av ogiltighet enligt KL. Det faktum att ett samarbete mellan elleverantörerna resulterade i avtalet mellan parterna, kan inte drabbas av ogiltighet då påföljderna för de som medverkar i ett förbjudet samordnat förfarande är konkurrensskadeavgift och skadestånd. Den som överträder 2 kap. 1 § KL kan stoppas genom ett åläggande av KKV, vilket i fallet redan har skett. Då 2 kap. 1 § KL inte blev gällande i målet, kunde inte avtalet ogiltigförklaras.

Ytterligare ett fall som berörde artikel 101 FEUF och frågan om förhandsavgörande var MD 2004:21 Vägverket m.fl. mot KKV. Målet gällde överklagandet av en mellandom från Stockholms tingsrätt avseende Vägverkets medverkande i en kartell.³⁸ Målet avsåg 2 kap. 1 § KL som bland annat förbjuder konkurrensbegränsande avtal mellan företag, med vissa

³⁸ Se Stockholm tingsrätts mål nr. T- 5467-03, dom meddelad 12.12.2003.

angivna undantag. KKV hävdade att Vägverket tillsammans med de övriga klagandena hade överträtt nämnda regel.

Vägverket yrkade att regeln inte kunde tillämpas på verkets upphandlingar när det deltog i KKV:s påtalade avtal eller samordnade förfaranden. Om MD skulle finna att så inte var fallet begärde Vägverket, som var käranden, även att domstolen skulle inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen avseende tolkningen av företagsbegreppet och konkurrensbegränsningskriteriet. Eftersom den påstådda kartellen påverkade handeln mellan medlemsstaterna förelåg en samhandelseffekt. Ett förhandsavgörande ansågs vara av vikt då Vägverket menade på att 2 kap. 1 § KL inte kan tillämpas på ett förfarande som påverkar samhandeln om det är tillåtet enligt artikel 101.1 FEUF.³⁹ De övriga klagandena⁴⁰ i målet ansåg att inte heller dem kunde anses ha överträtt 2 kap. 1 § KL vid Vägverkets deltagande i den påstådda kartellen.

Bakgrunden i målet var att Vägverket hade begärt anbud på upphandlingar. Samtliga klaganden i målet ansågs ha ingått avtal eller samordnat sig genom att bland annat delta i marknadsdelning och direkt eller indirekt ha fastställt priser. Vägverket har flera verksamhetsområden – sektorsuppgiften, myndighetsutövning, produktion och statlig väghållning. I förevarande fall hade Vägverket agerat på marknaden genom verksamhetsdelen Vägverket Produktion som sköter produktionen.

Vägverket hävdade att Vägverket Produktion inte är ett företag i konkurrensrättslig mening eftersom det agerar som en hållare av det statliga vägnätet. KKV hävdade å andra sidan att Vägverket Produktion är ett företag i konkurrensrättslig mening, varigenom Vägverket har deltagit i ett konkurrensbegränsande förfarande. MD ansåg att Vägverket och Vägverket Produktion skulle ses som ett rättsligt subjekt. Vägverket hade genom Vägverket Produktion således agerat i en ekonomisk verksamhet genom dess produktion- och leverantörsroll. Vägverket ansågs därmed vara ett företag i konkurrensrättslig mening och har på så vis överträtt 2 kap. 1 § KL.

³⁹ Vägverket grundar sitt argument på artikel 3.2 i konkurrensförordningen. Regeln säger att nationell konkurrensrätt inte får leda till förbud av mot sådana avtal, beslut av en sammanslutning eller samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna men som inte begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 FEUF.

⁴⁰ Klaganden i målet utöver Vägverket är NCC AB, Skanska Sverige AB, Peab Asfalt AB, Peab Sverige AB, Peab Asfalt Syd AB, Sandahls Grus & Asfalt AB, Kvalitetsasfalt i Mellansverige AB, Svenska Väg AB, och Oden Entreprenad AB.

MD konstaterade vidare att målet i fråga avser nationell rätt om sådana avtal eller samordnade förfaranden som avses i artikel 101.1 FEUF. Då klagandenas förfarande dessutom påverkar samhandeln, ska klagandena även hållas ansvariga enligt artikel 101.1 FEUF eftersom en bedömning enligt artikeln inte skulle leda till en annan bedömning än den som redan gjorts enligt nationell rätt. MD fann slutligen att det inte förelåg skäl för att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Det sista målet som berörde artikel 101 FEUF och skyldigheten att begära förhandsavgöranden enligt artikel 267 FEUF innan motiveringsskyldigheten infördes var MD 2005:7 KKV mot bensinbolagen. Målet gällde ett konkurrensbegränsande samordnat förfarande genom avtal mellan företag där de inblandade bensinbolaget ålagts konkurrensskadeavgift. KKV ville påföra konkurrensskadeavgift medan bensinbolagen yrkade att MD skulle ogilla talan. Vad gäller förhandsavgöranden angavs under yrkanden i domen enbart att MD den 9 mars 2004 avlog bensinbolagens, det vill säga svarandens, begäran att om att domstolen ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen avseende tillämpningen av artikel 101 FEUF.

Frågan i målet gällde huruvida bensinbolagen överträtt 2 kap. 1 § KL samt bland annat frågor om eventuell parallell tillämpning av artikel 101 FEUF. MD konstaterade att den nationella konkurrenslagstiftningen ska uppnå så hög materiell rättslighet med EU:s konkurrensregler som möjligt, vilket är anledningen till unionsrätten ska vara vägledande. MD såg till fast unionsrättslig praxis gällande avtalskriteriet och konstaterade att en gemensam vilja mellan två parter är tillräcklig för att ett avtal ska anses ha kommit till stånd eller genom ett underförstått godkännande genom en uttrycklig eller underförstådd uppmaning. I fallet ansågs det inte föreligga några sådana avtal.

Avseende begreppet samordnat förfarande hävdade MD att begreppet är sparsamt behandlat i KL:s motiv. Enligt unionsrättslig praxis inbegriper begreppet att företagen medvetet byter ut de risker som konkurrensen innebär mot ett praktiskt samarbete, utan att ett avtal slutits. Företagen måste dessutom uppvisa ett beteende på marknaden genom att de har tagit hänsyn till de uppgifter som lämnats till varandra. MD ansåg att bensinbolagen deltagit i möten där information utbytts eller inhämtats i syfte att samordna bolagens agerande på marknaden.

Bensinbolagen ansåg även att unionsrätten inte kunde tillämpas avseende bevisbördans placering då EU:s bevisbörderegler är främmande för svensk rätt. MD hävdade att KL:s för-

arbeten och MD:s praxis anger att KKV har bevisbördan, detsamma gäller enligt unionsrätten. Det bensinbolagen gjort gällande stämmer således inte. Inte heller har bensinbolagen lyckats bevisa att de inte har deltagit i något samordnat förfarande.

Efter tingsrättens dom i målet har konkurrensförordningen trätt i kraft. Artikel 3.1 i förordningen anger att bensinbolagen inte kan anses omfattas av 2 kap. 1 § KL om inte de anses omfattas av artikel 101 FEUF. MD ansåg att handeln mellan medlemsstaterna hade påverkats vilket innebar att artikel 101 FEUF var tillämplig på förfarandet tillsammans med 2 kap. 1 § KL.

4.3 Rättsfall efter motiveringsskyldigheten infördes

Det hittills sista målet som berör artikel 101 FEUF och frågan om förhandsavgörande från EU-domstolen efter motiveringsskyldigheten infördes den 1 juli 2006 är Stockholm tingsrätts mål nr. FT 27829-06, dom meddelad 26.8.2006, ALIS mot Mediearkivet. Bakgrunden i målet var att det förelåg ett avtal mellan parterna där upphovsrättsliga verk som tillhandahålls av Administration av Litterära Rättigheter i Sverige (härefter ALIS) fick användas av Mediearkivet. ALIS tillvaratar olika upphovsrättsliga intressen. Frågan gällde ett verk som nyttjats efter det att det inte längre fanns ett avtal mellan parterna. ALIS krävde således ersättning för utnyttjande av verket medan Medieverket hävdade att ALIS arrangemang med anslutna frilansjournalister och andra rättighetshavare i form av företag stred mot 2 kap. 1 och 6 §§ KL och utgjorde en priskartell, samt att undantagen i artikel 101 FEUF inte är tillämpliga.

Tingsrätten började med att konstatera att ALIS utgör ett företag enligt artikel 101 FEUF. Likaså föreligger det avtal, enligt 101 FEUF, mellan ALIS och dess anslutna frilansjournalister och rättighetsinnehavare. Domstolen konstaterade även att den utgår från att handeln mellan medlemsstaterna påverkas, vilket enligt artikel 3 i konkurrensförordningen innebär att artikel 101 FEUF ska tillämpas parallellt med KL.

Avseende konkurrensbegränsningen ansåg tingsrätten att det inte fanns mycket vägledning i unionsrättslig praxis kring vilka villkor en upphovsrättsorganisation som ALIS kan tillämpa gentemot kommersiella köpare utan att det anses vara konkurrensbegränsande. I unionsrättslig praxis finns det inga indikationer på att en konkurrensrättslig analys av en upphovsrättsföreningsverksamhet ska fokusera på att fastställa att föreningen ska klassas som

en priskartell. Skenöverenskommelser kring immateriella rättigheter har behandlats som en priskartell, vilket dock kräver en utförlig analys.

Frågan i målet var således hur utförlig den konkurrensrättsliga analysen ska vara. I de fall där det inte är uppenbart att beslut, avtal och förfaranden begränsar konkurrensen, kan det tänkas vara möjligt att unionsrätten kräver en utförlig konkurrensrättslig analys för att avgöra om en konkurrensbegränsning föreligger. En sådan analys hade inneburit att domstolen skulle beakta bland annat definition av den relevanta marknaden, bedömning av marknadsstyrka, överväganden om förfarandet var märkbart och om det haft konkurrensbegränsande effekter. Unionsrättslig praxis ger ingen ledning i hur metodvalet ska göras. Frågan var huruvida beviskrav är en fråga för nationell rätt eller unionsrätten. Tingsrätten konstaterade att metodvalen kan anses vara behov av att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Ett sådant inhämtande ansågs dock vara processekonomiskt oförsvärbart med hänsyn till att målet i fråga var av mindre värde. Tingsrätten hävdade att en högre rätt kunde begära förhandsavgörande om en part överklagar förevarande dom.

Domstolen ansåg att det var orimligt att kräva parterna på en utförlig marknadsanalys såvida det inte rörde sig om en klassisk kartell. I stället tillämpades en stegvis analys där beviskraven anpassades till den påstådda konkurrensbegränsningen.

Upphovsrättsorganisationerna fyller en viktig funktion genom att erbjuda en sorts paketslösning för de som vill utnyttja skyddade verk. Genom organisationerna kommer fler affärstransaktioner till stånd och priset blir lägre för varje verksutnyttjande. Utan upphovsrättsorganisationerna skulle varje person som önskade utnyttja skyddade verk tvingas kontakta varje enskilda upphovsrättsinnehavare för att få till ett avtal. Det är ett slags naturligt monopol, men det innebär inte att upphovsrättsorganisationernas verksamhet ska vara immuna mot förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 101 FEUF.

Avtalen med musikanvändarna kan enbart anses vara konkurrensbegränsande om de sträcker sig längre än vad som är nödvändigt för att säkerställa skyddsintresset. Bedömningen därom ska således göras av den nationella domstolen med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall, bedömningen kan variera från en medlemsstat till annan. Samlingsvis fann tingsrätten att ALIS verksamhet syftade till att minska utbudet på marknaden och driva upp priset. Agerandet innebar att ALIS omfattades av både 2 kap. 1 § KL och artikel 101 FEUF. Organisationen hade agerat konkurrensbegränsande genom försäljningssamarbetet som hemlighöll ALIS upphovsmän samt de exklusiva avtalen med upphovsrättsinnehavarna.

havarna som gjorde det möjligt för ALIS att ta ut monopolpriser på inlåsta köpare. ALIS ansågs inte heller omfattas av något av undantagen i artikel 101 FEUF, då organisationen inte hade framfört omständigheter eller bevisning om att så skulle vara fallet. Avtalet som var omstritt i målet var således ogiltigt både bakåt och framåt i tiden och det kunde inte heller göras gällande mot tredje man.

Tingsrättens dom överklagades till Svea hovrätt i mål nr. FT 7415-08, dom meddelad 21.06.2010. I målet fastställde hovrätten tingsrättens beslut vilket innebar att frågan om att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen inte behandlades något ytterligare.

4.4 Kommentarer till rättsfallen

Genomgången av de fyra rättsfallen visar på att inga förhandsavgöranden har inhämtats gällande artikel 101 FEUF. I två av fallen begärde käranden att förhandsavgörande skulle inhämtas från EU-domstolen. I ett av målet var det domstolen själv som lyfte fram frågan om behovet att inhämta ett förhandsavgörande och i ett fall var det svaranden som aktualiserade frågan.

I mål NJA 2004 s. 804 Boliden mot Fortum ansågs ett förhandsavgörande inte vara nödvändigt att inhämta då det rörde sig om en svensk konkurrensrättslig fråga. Till stöd för sin argumentation beskrev HD förhållandet mellan KL och EU:s konkurrensregler. Fallet gällde huruvida ogiltighet kan drabba följdavtal. Martin Johansson anser att HD:s bedömning har varit tveksam genom att hävda att frågan i fallet gällde nationella konkurrensrättsliga regler och att lagstiftaren inte kunde anses ha beslutat att behandla rent interna situationer på samma sätt som situationer som regleras av FEUF. Bolidens fråga borde således ha hänskjutits till EU-domstolen.⁴¹ Ulf Bernitz anser att ett förhandsavgörande borde ha inhämtats från EU-domstolen då det hade kunnat leda till viktiga och intressanta konkurrensrättsliga frågeställningar i Europa.⁴² Han menar på att HD:s resonemang och ställningstaganden tyder på en viss obenägenhet att inhämta förhandsavgörande då domstolen i fallet konstaterade att handeln mellan medlemsstaterna inte påverkades men att den svenska lagregleringen överensstämde med den unionsrättsliga. Bernitz har senare pekat på att HD:s bedömning borde vara överspelad då KL, som trädde i kraft efter domen, anger att till-

⁴¹ Johansson, Martin, Artikel 234 EG – en del av det svenska rättssystemet, SvJT nr. 2 2007 s. 216-232, s. 225-226.

⁴² Bernitz, Ulf, Kommissionen ingriper mot svenska sista instansers obenägenhet att begära förhandsavgöranden, ERT nr. 1 2005 s. 109 ff.

lämpningen ska följa de bedömningsprinciper som används vid EU:s konkurrensrätt för att eftersträva rättslikhet.⁴³ I sammanhanget är det värt att notera att Bernitz gjorde sakkunnigutlåtanden i domen som användes i hovrätten. Hovrätten ansåg att vad som civilrättsligt händer med ett följdavtal enbart berörs indirekt av förarbetena till KL, något som inte kunde tillmätas den betydelsen att även följdavtalet skulle vara ogiltigt. Bernitz ansåg att förbudet mot konkurrensbegränsande avtal har en stark ställning inom EU som anses gälla även i svensk rätt. Uppfattningen delades inte av de andra sakkunniga i målet, Lars Pehrson och Nils Wahl. Hovrätten konstaterade att det saknas praxis både nationellt och unionsrättsligt och inte heller var den svenska doktrinen entydig.

Även i MD 2004:21 Vägverket m.fl. mot KKV motiverades beslutet att inte inhämta ett förhandsavgörande genom att beskriva förhållandet mellan KL och EU:s konkurrensregler. Hans Stenberg anser att MD borde ha förklarat hur den praktiska tillämpningen ska ske när artikel 101 FEUF kan vara tillämplig tillsammans med de svenska konkurrensreglerna.⁴⁴ Lars Henriksson anser att ett förhandsavgörande borde ha inhämtats i fallet då det inte har klarlagts i unionsrättslig praxis huruvida en köpare i konkurrensrättslig mening kan ingå i en kartell mot sig själv, det vill säga Vägverket genom Vägverket Produktion. Ett förhandsavgörande är viktigt med tanke på att det rör sig om tillämpningen av en central fördragsbestämmelse. Han anser dessutom att det var tydligt att frågan var svårtolkad, då tingsrätten fokuserade på konkurrenslagstiftningens ändamål och MD på Vägverkets roll som köpare eller säljare. Avvikelser i rättstillämpningen inom EU kan ha uppstått samtidigt som det är svårt att tro att det i målet var fråga om *acte clair-doktrinen*.⁴⁵ Martin Johansson instämmer i kritiken.⁴⁶ Även Ulf Bernitz håller med och menar på att ett förhandsavgörande kunde ha lett till viktiga och uppmärksammade konkurrensrättsliga frågor i Europa.⁴⁷

⁴³ Bernitz, Ulf, Samarbetet mellan EG-domstolen och nationella domstolar, ERT nr. 3 2009 s. 454-468, s. 465 och Bernitz, Ulf, Förhandsavgöranden av EU-domstolen – Svenska domstolars hållning och praxis, SIEPS 2012:2, s. 56-57.

⁴⁴ Stenberg, Hans, Marknadsdomstolen och bötfällningen av asfaltkartellen – analys av Hans Stenberg, analys på databasen Infotorg publicerad 19.8.2009.

⁴⁵ Stockholm tingsrätts mål nr. T 5467-03, dom meddelad 12.12.2003, KKV mot Vägverket m.fl. och Henriksson, Lars, I kartell mot sig själv – Kommentar till avgörandet MD 2004:21 om räckvidden av 6 § konkurrenslagen/artikel 81.1 EG, JT nr. 2 2004/2005 s. 422-432, s. 432.

⁴⁶ Johansson, Martin, Artikel 234 EG – en del av det svenska rättssystemet, SvJT nr. 2 2007 s. 216-232, s. 227.

⁴⁷ Bernitz, Ulf, Kommissionen ingriper mot svenska sista instansers obenägenhet att begära förhandsavgöranden, ERT nr. 1 2005 s. 109 ff.

Domstolens motiveringar till varför ett förhandsavgörande inte har inhämtats var dock inte alla gånger tydligt motiverat. I Stockholm tingsrätts dom mål nummer FT 27829-06 ALIS mot Medicarkivet var motiveringen annorlunda. Tingsrätten ansåg att ett inhämtade av ett förhandsavgörande skulle vara processekonomiskt försvarbart.

I MD 2005:7 KKV mot bensinbolagen avslogs begäran om att inhämta ett förhandsavgörande utan någon motivering. Ingeborg Simonsson och Ulf Öberg anser att ett förhandsavgörande från EU-domstolen borde ha inhämtats i målet gällande tre frågor. För det första tycks MD ha gjort en självständig tolkning av samhandelskriteriet. MD ansåg att handeln mellan medlemsstaterna påverkades utan att göra någon ingående prövning. Visserligen har det angivits i Kommissionens riktlinjer⁴⁸ att karteller som omfattar en hel medlemsstat normalt sett kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Det kunde ha förts resonemang kring förekomsten av konsumenters och företagskunders gränsöverskridande köp av bensin eller om det samordnade förfarandet potentiellt hade kunnat påverka parternas import av råolja eller andra petroleumprodukter. Författarna anser att MD har tolkat en bestämmelse som avgör unionsrättens tillämpningsområde trots att EU-domstolen har behörigheten att tolka fördraget. De menar på att förfarandet kan anses strida mot artikel 267 FEUF särskilt då MD är en högsta instans i konkurrensfall. För det andra borde det samordnade förfarandet ha prövats med ingående då EU-domstolen uttryckligen har begränsat sin praxis och för det tredje bevisbörderegeln, vad kan krävas för att ett företag ska anses ha distanserat sig och uppträtt oberoende av samordning med andra företag. Simonsson och Öberg menar på att domen visar att det på konkurrensrättens område inte finns genvägar förbi tolkningen och tillämpningen av unionsrätten.⁴⁹

I nedanstående tabell åskådliggörs de rättsfall som behandlats och berör artikel 101 FEUF. Tabellen anger vilket rättsfall det är fråga om, vilka parterna var och vem som aktualiserade behovet av att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Därefter anges vad förhandsavgörandet skulle gälla och slutligen om ett förhandsavgörande inhämtades samt motiveringen därtill.

⁴⁸ Tillkännagivande från Kommissionen, Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, (Text av betydelse för EES), EUT 2004/C 101/07, 27.4.2004, p. 78 ff.

⁴⁹ Simonsson, Ingeborg, Öberg, Ulf, Bensinkartell domen MD 2005:7 – fördragsstridig tillämpning av EG:s konkurrensrätt?, SvJT nr. 1 2006 s. 23-42, s. 28-31, 35-36, 40 och 42.

Tabell 1 – Förhandsavgörande angående artikel 101 FEUF

Rättsfall	Parter	Behov	Fråga om	Förhandsavgörande
NJA 2004 s. 804	Boliden mot Fortum	Käranden	Förhållandet mellan nationell rätt och EU:s konkurrensregler	Nej, fråga om nationell rätt
MD 2004:21	Vägverket m.fl. mot KKV	Käranden	Företagsbegreppet & konkurrensbegränsningskriteriet	Nej, saknas skäl att inhämta
MD 2005:7	KKV mot bensin-Bolagen	Svaranden	Tillämpningen av artikel 101 FEUF	Nej, avslog begäran
Tingsrättens mål nr. FT 27829-06	ALIS mot Mediarkivet	Domstolen	Om metodvalet	Nej, processekonomiskt oförsvarligt

5 Rättsfall avseende artikel 102 FEUF

5.1 Svenska rättsfall

Artikel 102 FEUF förbjuder företagens missbruk av en dominerande ställning på den inre marknaden då den påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Förhållandet mellan KL och EU:s konkurrensregler gör att artikel 102 FEUF omnämns i de mål där dess motsvarighet i svensk rätt, 2 kap. 7 § KL, behandlas. KL:s regler gäller då handeln mellan medlemsstaterna inte påverkas. Det finns ett antal rättsfall från de svenska domstolarna som berör frågan om förhandsavgöranden från EU-domstolen gällande artikel 102 FEUF. Nedanstående rättsfall presenteras i syfte att finna likheter och skillnader kring de mål där frågan om förhandsavgöranden aktualiseras. Sedan föregångaren till dagens KL trädde i kraft 1 juli 1993 har det förkommit sex svenska mål avseende frågan: ett mål från tingsrätten, ett mål från HD, ett mål i samtliga allmänna domstolar, ett mål från HFD och två mål från MD. Rättsfallen presenteras i en kronologisk ordning och i relativt utförlig utsträckning i syfte att illustrera likheter och skillnader som sedan kommer att behandlas i analysen. Den utförliga presentationen är nödvändig för att finna ett mönster bland rättsfallen.

5.2 Rättsfall innan motiveringskyldigheten infördes

Sedan föregångaren till dagens KL trädde i kraft 1 juli 1993 var RÅ 1999 ref. 76 BKAB mot Regeringen det första målet som behandlade artikel 102 FEUF och frågan om inhämtande av förhandsavgörande. Målet gällde ett beslut gällande upphörande av rätten att driva kärnkraftsreaktorn Barsebäck 1, där en avveckling skulle ske. Barsebäck Kraft AB (härefter BKAB) yrkade att beslutet skulle upphävas medan Regeringen bestred bifall till BKAB:s ansökan. BKAB, det vill säga kärnanden, yrkade även HFD skulle inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen i det fall rättsläget avseende någon fråga skulle vara oklart.

Konkurrensfrågorna i målet gällde artikel 102 FEUF. BKAB hävdade att Regeringens beslut att stänga ner Barsebäcksreaktorn stärker Vattenfalls dominerande ställning på marknaden på ett otillbörligt sätt. Domstolen påpekade att konkurrensfrågor kan föras till EU-domstolen genom att begära förhandsavgöranden enligt artikel 267 FEUF. Ett konkurrensbegränsande förfarande kan, bland annat beroende på vilka effekter det har, prövas enligt EU:s konkurrensregler, de svenska konkurrensreglerna eller båda regelsystemen. Dom-

stolen är således skyldig att se till så att unionsrätten genomförs på nationell nivå i enlighet med medlemsstaternas lojalitetsplikt som stadgas i artikel 4.3 FEU.⁵⁰

Frågan i målet var huruvida beslutet om att stänga ner Barsebäcksreaktorn kunde anses vara oförenligt med EU:s konkurrensregler. I målet var det fråga om en av det allmänna påtvingad nedläggning av en verksamhet. Nedläggningen kunde stärka ett statsägt konkurrensföretags ställning på marknaden, såsom Vattenfall. Bedömningen gjordes således med hänsyn till vad som gäller i fråga om statliga ingrepp på en marknad. HFD konstaterade att det kan ställas krav på det allmänna, genom att det exempelvis inte medverkar till att överpriser tas ut och att verksamheten dimensioneras så att efterfrågan kan tillgodoses. I förevarande fall var frågan ytterligare om EU:s konkurrensregler krävde att konkurrensförhållandena under avvecklingstiden inte skulle rubbas till Vattenfalls fördel. I den unionsrättsliga praxisen uppställs inte något sådant krav.⁵¹

HFD ansåg att lagen (1997:1320) om kärnkraftens avveckling (Avvecklingslagen), numera upphävd, som innehöll bestämmelser om upphörandet av rätten att driva kärnkraftreaktorer och behandlades tidigare i målet hade grundats på godtagbara allmänna intressen. Regeringens beslut var förenligt med både grundläggande rättsprinciper och rekvisiten i avvecklingslagen. Då beslutet även ansågs uppfylla kravet på proportionalitet kunde beslutet inte anses strida mot artikel 102 FEUF. Slutligen ansåg HFD att det inte förelåg något behov att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen.⁵²

Ytterligare ett fall som berörde artikel 101 FEUF och frågan om förhandsavgörande var MD 2001:4 SAS mot KKV. Målet gällde tillämpningen av Scandinavian Airlines (härefter SAS) bonusprogram på inrikes flyg vilket KKV hävdade var missbruk av dominerande ställning på marknaden enligt 2 kap. 7 § KL. SAS ansåg att det inte rörde sig om något missbruk av dominerande ställning. Under yrkanden angav MD att SAS, kändens, yrkande om att domstolen ska begära förhandsavgörande från EU-domstolen lämnas utan bifall i beslut den 28 mars 2000.

I sina yrkanden påpekade SAS att medlemsstaterna har ett ansvar att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att skyldigheter enligt fördraget fullföljs då EU-samarbetet förut-

⁵⁰ Avsnitt 6.3.1 Allmänt i RÅ 1999 ref. 76.

⁵¹ Avsnitt 6.3.4 Regeringsrättens bedömning i RÅ 1999 ref. 76.

⁵² Avsnitt 6.3.4 Regeringsrättens bedömning i RÅ 1999 ref. 76.

sätter att enhetliga konkurrensvillkor tillämpas på EU:s inre marknad. SAS menade även på att MD inte kan tillämpa KL om en bedömning enligt EU:s konkurrensregler skulle leda till ett annorlunda resultat. Trots att unionsrätten har företräde framför den nationella rätten kan en parallell tillämpning av KL och EU:s konkurrensregler bli aktuell. En parallell tillämpning anses dock bara vara möjlig såvida unionsrätten inte äventyras, genom att den tillämpas fullständigt, enhetligt och med full verkan. SAS grundade sina yrkanden på unionsrätten i form av bland annat Kommissionens tillkännagivanden och avgöranden från EU-domstolen, vilket gav en snävare definition av relevant marknad i syfte att bestämma vad som utgör missbruk av dominerande ställning. Dessutom ansåg SAS att användningen av bonusprogram var ett legitimt och normalt konkurrensmedel inom flygbranschen.

KKV ansåg att begränsat stöd kunde inhämtas från unionsrätten då målet ska avgöras utifrån de förhållanden som råder i det enskilda fallet. Enligt KKV ansågs den relevanta marknaden vara större än vad SAS ansåg att den var samt att ett missbruk av dominerande ställning låg för handen då bonusprogrammen innebär att kunderna binds till bolaget genom icke-normala konkurrensåtgärder såsom åtgärder som är mindre kostsamma än pris-sänkningar och kvalitetshöjande åtgärder. Dessutom ansåg KKV att en bedömning enligt unionsrätten skulle leda till samma slutsats som enligt nationella konkurrensrättsliga regler.

MD konstaterade att SAS marknad utgörs av Sverige och har därmed ingen effekt på handeln mellan medlemsstaterna. Det innebär att de unionsrättsliga beslut och avgöranden SAS har hänvisat till inte tjänar till direkt ledning i målet. I övrigt ansågs SAS tillämpande av bonusprogrammet utgöra missbruk av dominerande ställning på den svenska inrikesflygmarknaden.

Det sista målet som berörde artikel 101 FEUF och skyldigheten att begära förhandsavgöranden enligt artikel 267 FEUF innan motiveringskyldigheten infördes var NJA 2004 s. 735 Luftfartsverket mot SAS. Målet gällde en överklagan av hovrättens dom. Luftfartsverket som var kâranden yrkade att HD skulle undanröja beslutet att inte meddela prövnings-tillstånd samt inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen avseende artikel 102 FEUF. Den centrala frågan i målet var huruvida HD var skyldig att inhämta ett förhandsavgörande samt ifall underlåtenheten att inhämta ett sådant utgjorde ett grovt rättegångsfel eller innebar en rättstillämpning som uppenbart stred mot lag.

Bakgrunden i målet var att SAS ansåg att Luftfartsverket hade prisdiskriminerat genom att ha missbrukat sin dominerande ställning. Parterna hade ingått ett avtal om kapacitetskost-

nadsersättning där Luftfartsverket påförde kostnadsansvar för SAS genom avtalet, vilket SAS påstod utgjorde missbruk av dominerande ställning.

HD konstaterade att den har en skyldighet att begära förhandsavgörande från EU-domstolen och hänvisade till artikel 267.3 FEUF, CILFIT- domen samt Lyckeskog-målet. Den hävdade även att den kan begära förhandsavgörande innan frågan om prövningstillstånd avgörs. I de fall hovrätten avgör ett mål med en överklagad dom där avgörandet står i strid med en EU-rättslig regel finns det grund för prövningstillstånd eftersom det i det fallet får anses finnas synnerliga skäl för en prövning, enligt 54 kap. 10 § första stycket 2 p. RB. Det förutsätter dock att det framgår vid en jämförelse med EU-domstolens praxis eller ifall den korrekta tillämpningen av regeln är uppenbar. I sådana fall saknas det skyldighet att begära ett förhandsavgörande av EU-domstolen eftersom det inte förekommer någon oklar tolkningsfråga i sig.

I domen anmärkte HD att artikel 267 FEUF inte öppnar en form av talan för parterna då ett mål pågår vid en nationell domstol. Det faktum att HD underlät att begära förhandsavgörande i det mål talan avser kan ha berott på att HD inte ansåg att svaret på frågorna rörande tolkningen av artikel 102 FEUF var relevant för en prövning i HD. Ytterligare en anledning kan ha varit att domstolen ansåg att något av undantagen i CILFIT-målet var tillämpligt, vilket innebär att skyldigheten att begära ett förhandsavgörande inte skulle bli aktuell.

HD ansåg att det var uppenbart att förbudet mot prisdiskriminering i artikel 102 FEUF gällde i förevarande fall. Hovrätten hade gjort en tillämpning av den svenska konkurrenslagstiftningen parallellt med artikel 102 FEUF, den hade således sett till att EU-rätten fått en effektiv genomslagskraft. HD menade även på att Luftfartsverket i målet inte hade lyckats visa i vilket hänseende en tolkning var nödvändig. Förhållandet att HD inte motiverade sitt beslut, både vad gällde att inte begära förhandsavgörande och inte bevilja prövningstillstånd, kunde inte anses utgöra domvilla. HD medgav dock att den avvek från principen att särskilt besvara en parts yrkande genom att avslå yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande, men det kunde inte heller anses utgöra domvilla. Slutligen hade Luftfartsverket yrkat att HD skulle ställa frågan till EU-domstolen huruvida ett förhandsavgörande var nödvändigt för att avgöra målet. HD avlog yrkandet med hänvisning till kompetensfördelningen enligt artikel 267 FEUF mellan de nationella domstolarna och EU-domstolen.

5.3 Rättsfall efter motiveringsskyldigheten infördes

Bland de första fallen som behandlade artikel 102 FEUF och frågan om att inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen efter införandet av motiveringsskyldigheten var NJA 2008 s. 120 BornholmsTrafikken mot hamnen. Målet gällde nedsättning av hamnavgifter mellan färjeoperatören BornholmsTrafikken och det kommunala hamnbolaget. BornholmsTrafikken hävdade att hamnen hade en dominerande ställning på marknaden som missbrukades, vilket stred mot 2 kap. 7 § KL och artikel 102 FEUF medan hamnen ansåg att så inte var fallet. Avtalet mellan parterna föreskrev att eventuella tvister skulle avgöras genom skiljeförfarande, BornholmsTrafikken ville dock att tingsrätten skulle pröva målet.

Då käromålet i fallet hade grundats på konkurrensrättsliga grunder hade tingsrätten i fråga att bedöma avvisandets förenlighet med unionsrätten. Tingsrätten konstaterade att frågor i ett skiljeförfarande gällande unionsrätten ibland ska prövas av de ordinarie domstolarna. Det är i sådana fall upp till de nationella domstolarna att begära ett förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF. Tingsrätten ansåg vidare att den var behörig att pröva käromålet i sin helhet, trots skiljeavtalet, då den ska se till att artikel 102 FEUF får sin genomslagskraft.

Tingsrätten ansåg att artikel 102 FEUF skulle tillämpas parallellt med 2 kap. 7 § KL, då bedömningen enligt de båda regelsystemen är likadana. Hamnen ansågs slutligen inte inneha någon dominerande ställning på marknaden.

Hovrätten ansåg till skillnad från tingsrätten att skiljemännen har rätt att pröva konkurrensrättsliga frågor, men erinrade även om att det är de nationella domstolarna som har rätt att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen. Domstolen ansåg att unionsrätten inte kunde anses utgöra hinder för att ett skiljeförfarande skulle ha tillämpats, de frågor som hänförde sig till skiljeavtalet avvisades således.⁵³

Vad gällde de konkurrensrättsliga frågorna ansåg hovrätten att det inte spelar någon roll vilken utav de konkurrensrättsliga reglerna som tillämpas då bedömningen enligt de båda är densamma. Hovrätten kom i sin bedömning fram till att hamnen innehade en dominerande ställning enligt både artikel 102 FEUF och 2 kap. 7 § KL.⁵⁴

⁵³ Avsnitt 2.3.1 Inledning i NJA 2008 s. 120.

⁵⁴ Avsnitt 4.2.2 Rättsliga utgångspunkter och 4.3 Hovrättens bedömning av temat i NJA 2008 s. 120.

HD fastställde hovrättens beslut men till skillnad från tingsrätten som berörde frågan om förhandsavgörande begärde HD ett yttrande från Kommissionen enligt artikel 15.1 i konkurrensförordningen. Yttrandet gällde vad som enligt artikel 102 FEUF skulle anses utgöra den relevanta marknaden i målet. Kommissionen redovisade i sitt yttrande den metod som används för att definiera vad som utgör den relevanta marknaden i syfte att sedan utreda huruvida en part har en dominerade ställning som missbrukas.

Ett mål där ett förhandsavgörande från EU-domstolen inhämtades var ett mål i MD mellan Kanal 5 Ltd och TV 4 AB mot Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (härefter STIM) upa.⁵⁵ Tvisten gällde STIM:s ersättningsmodell för sändning i tv av upphovsrättsskyddade musikaliska verk. STIM, en förening med faktisk monopolställning, tvingade de kommersiella tv-bolagen Kanal 5 och TV 4 att betala ersättning för framföranderättigheterna beroende på andelen av tv-kanalernas intäkter från tv-sändningar och hur mycket musik som hade sänts, medan SVT betalar en klumpsumma som fastställts i förväg. Kanal 5 och TV 4 hade begärt ett åläggande av KKV då de ansåg att STIM missbrukade sin dominerade ställning. KKV meddelade inte ett åläggande med motiveringen att det inte fanns tillräckliga skäl för att ytterligare granska förhållandena. Kanal 5 och TV 4 väckte då talan i MD.⁵⁶

Marknadsdomstolen ville ha klarhet i huruvida det utgör missbruk av dominerande ställning enligt artikel 101 FEUF, om en upphovsrättsorganisation som har en faktisk monopolställning på marknaden för tillhandahållande av upphovsrättsligt skyddad musik i tv tillämpar en modell för ersättning för prestationen vilken innebär att ersättningen beräknas utifrån tv-bolagens intäkter vilka sänder musiken, liksom utifrån hur mycket musik som sänts. Domstolen ville vidare även få klarhet i huruvida det finns möjlighet att använda en annan metod för att identifiera och kvantifiera användningen av nämnda musik och själva tittandet.⁵⁷

Efter att EU-domstolen utifrån MD:s bedömning fastslog att STIM hade en faktisk monopolställning på marknaden för tillhandahållande i Sverige, av upphovsrättsligt skyddad musik för sändning i tv och att även handeln mellan medlemsstaterna påverkades, skulle dom-

⁵⁵ Mål C-52/07 Kanal 5 Ltd och TV 4 AB mot Föreningen Svenska tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa, REG 2008 s. I-09275 (härefter STIM-målet).

⁵⁶ STIM-målet, p. 2 och 6-15.

⁵⁷ STIM-målet, p. 17.

stolen pröva huruvida STIM missbrukade sin dominerande ställning enligt artikel 101 FEUF genom att tillämpa ersättningsmodellen mot Kanal 5 och TV 4. EU-domstolens genomgång av begreppet missbruk följdes av en bedömning kring ifall den ersättning som STIM kräver står i rimligt förhållande till det ekonomiska värdet på prestationen, det vill säga tv-bolagens ingångna avtalslicens med STIM avseende upphovsrättsligt skyddad musik som den senare parten förvaltar.⁵⁸

Eftersom ersättningen är tänkt att ge upphovsmännen ersättning för upphovsrättsligt skyddad musik då deras verk tillgängliggörs i tv-sändningar, ansåg EU-domstolen att upphovsrättens särskilda art skulle beaktas. Ersättningen till upphovsmännen ska således vägas mot tv-bolagens intresse att sända musiken på rimliga villkor för att uppnå en passande balans. EU-domstolen ansåg att STIM:s ersättningsmodell inte kan anses utgöra missbruk enligt artikel 101 FEUF då den ska anses utgöra ett normalt utnyttjande av upphovsrätten. Dessutom ansågs STIM ha ett legitimt mål då organisationen tillvaratar sina medlemmars rättigheter och intressen gentemot användarna av deras musik. STIM:s ersättningsmodell beaktar hur mycket upphovsrättsligt skyddad musik som verkligen har tillgängliggjorts i tv-sändningar.⁵⁹

EU-domstolen konstaterade dock att tillämpningen av en sådan ersättningsmodell kan utgöra missbruk. Det skulle vara bland annat om det skulle finnas en annan metod som närmare kunde identifiera och kvantifiera användningen av musiken och tittandet. Metoden ska dessutom uppnå samma syfte genom att tillvarata upphovsmännens, kompositörernas och musikförläggarnas intressen, utan att det leder till en oproportionerlig ökning av kostnaderna för förvaltning av avtal och övervakning av användningen av upphovsrättsligt skyddade musikaliska verk.⁶⁰

MD undrade även huruvida det utgör missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF då en upphovsrättsorganisation beräknar ersättningen för tillgängliggörande av upphovsrättsligt skyddad musik i tv-sändningar på olika sätt beroende på om det rör sig om kommersiella tv-bolag eller public service-företag. Enligt artikel 102.2 (c) FEUF kan miss-

⁵⁸ STIM-målet, p. 25-29.

⁵⁹ STIM-målet, p. 30-39.

⁶⁰ STIM-målet, p. 40.

bruk vara då olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel.⁶¹

EU-domstolen konstaterade att det är upp till MD att avgöra om STIM tillämpar olika metoder för att beräkna ersättningen avseende Kanal 5 och TV 4 i förhållande till SVT, genom att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner. Därutöver får MD pröva om tv-bolagen därigenom får en konkurrensnackdel. Vid prövningen ska MD beakta att SVT varken har intäkter från annonsförsäljning eller från abonnemangsavtal, till skillnad från Kanal 5 och TV 4. Inte heller fastställs SVT:s ersättning utan att ta hänsyn till hur mycket upphovsrättsligt skyddad musik som faktiskt har sänts. MD ska dessutom avgöra huruvida Kanal 5 eller TV 4 konkurrerar med SVT på samma marknad. För att avgöra om något missbruk föreligger ansåg EU-domstolen slutligen att det är upp till MD att pröva om det kan föreligga sakliga skäl för att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner. Ett sådant skäl kan bland annat vara en följd av public service-företagens uppdrag och det sätt företagen finansieras på.⁶²

Ytterligare ett mål där ett förhandsavgörande inhämtades från EU-domstolen var Stockholm tingsrätts mål nr FT 31862-04, dom meddelad 2.12.2011, KKV mot TeliaSonera AB.⁶³ I målet skulle tingsrätten pröva ifall TeliaSonera hade gjort sig skyldig till missbruk av dominerande ställning genom marginalpress. KKV ansåg att TeliaSonera skulle åläggas konkurrenskadeavgift eftersom de hade överträtt svensk konkurrenslagstiftning och artikel 102 FEUF. Tingsrätten väckte frågan om behov av förhandsavgörande från EU-domstolen. Efter att parterna i målet fick tillfälle att yttra sig över ett utkast till begäran av förhandsavgörande vilandeförklarades målet för att inhämta förhandsavgörandet. Frågorna i förhandsavgörandet avsåg tolkningen av artikel 102 FEUF och de kriterier som ska beaktas vid bedömningen om prissättning ska anses utgöra missbruk av dominerande ställning. Missbruket ansågs bestå i att TeliaSonera tillämpade en prispolitik där marginalen mellan det pris som togs ut på återförsäljarprodukter på ADSL och det pris som togs ut på ADSL-

⁶¹ STIM-målet, p. 42-43.

⁶² STIM-målet, p. 44-47.

⁶³ Förhandsavgörande i mål C-52/09 KKV mot TeliaSonera AB, REG 2011 s. 00000 (härefter TeliaSonera-målet).

tjänster i slutkundsledet inte var tillräckligt för att täcka TeliaSoneras egna kostnader för att leverera tjänsterna till slutkonsumenten.⁶⁴

Trots att parterna i det nationella målet inte var överens om samtliga faktiska omständigheter var tingsrätten skyldig att inhämta ett förhandsavgörande. Sådana omständigheter var bland annat förfarandets eventuella påverkan på handeln mellan medlemsstaterna och avgränsningen av den relevanta marknaden på vilken TeliaSonera har en dominerande ställning eller själva förekomsten av en sådan ställning. Vidare var EU-domstolens tolkning av artikel 102 FEUF nödvändig även om tingsrätten efter bevisvärderingen kommer fram till att handeln mellan medlemsstaterna inte påverkas. Tolkningen var nödvändig med hänsyn till det faktum att den svenska konkurrensrätten är uppbyggd med unionens konkurrensrätt som förebild och ska därmed tolkas med ledning av unionsrätten.⁶⁵

Efter att ha tydliggjort syftet med EU:s konkurrensregler konstaterade EU-domstolen att den prissättning som var aktuell i målet utgjorde missbruk enligt artikel 102.2 (a) FEUF som stadgar att det är förbjudet för företag i dominerande ställning att direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen priser.⁶⁶ För att avgöra huruvida ett missbruk ligger för handen är det nödvändigt att bedöma samtliga omständigheter och undersöka om prissättningen har till syfte att frånta köparen möjlighet att välja sina inköpskällor eller att inskränka den möjligheten, att hindra konkurrenternas inträde på marknaden, att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner där dessa får en konkurrensnackdel eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrída konkurrensen.⁶⁷

EU-domstolen konstaterade att det är upp till den hänskjutande domstolen, alltså tingsrätten, att pröva om den prissättning som TeliaSonera har tillämpat är oskäligen i den mån den verkligen har lett till marginalpress mot konkurrenter på detaljistmarknaden för tillhandahållande av bredbandsanslutningar till slutkunder.⁶⁸ Med tanke på att det rådde oenigheter kring de faktiska omständigheterna i tingsrätten kunde EU-domstolen inte ge någon närmare vägledning i det nationella målet. EU-domstolen lämnade preciseringar kring de krite-

⁶⁴ TeliaSonera-målet, p. 8.

⁶⁵ TeliaSonera-målet, p. 10-11.

⁶⁶ TeliaSonera-målet, p. 25.

⁶⁷ TeliaSonera-målet, p. 28.

⁶⁸ TeliaSonera-målet, p. 30.

rier som tingsrätten hade begärt tolkning kring för att bedöma om TeliaSonera åsidosatt artikel 102 FEUF genom att missbruka sin dominerande ställning i form av marginalpress.⁶⁹

Vid bedömningen om en prissättning ska anses utgöra missbruk ska samtliga omständigheter i det enskilda fallet beaktas. Främst och i första hand ska det berörda företags priser och kostnader beaktas. I den mån sådana uppgifter skulle saknas ska konkurrenternas priser och kostnader på samma marknad beaktas. Vidare måste det bevisas att prissättningen har en potentiell eller verklig konkurrensbegränsande effekt på detaljistmarknaden utan att denna effekt man motiveras ekonomiskt, särskilt med hänsyn till att grossistprodukten är nödvändig.⁷⁰ Det finns dessutom en rad omständigheter som saknar relevans för en sådan bedömning, såsom att det berörda företaget saknar en regulatorisk skyldighet att leverera återförsäljarprodukter för ADSL på den grossistmarknad på vilken den har en dominerande ställning eller graden av dominans som företaget har på marknaden. Ytterligare omständigheter som saknar relevans är att företaget inte har en dominerande ställning för tillhandahållande av bredbandsanslutningar till slutkunder, huruvida prissättningen tillämpas på nya eller befintliga kunder till det berörda företaget, det faktum att det dominerande företaget inte har någon möjlighet att vinna tillbaka de förluster som uppstår till följd av att prissättningen tillämpas eller de relevanta marknadernas mognadsgrad och det förhållandet att de inte är föremål för ett teknikskifte som kräver stora investeringar.⁷¹

Tingsrättens bedömning i det nationella målet ledde till att det ansågs föreligga konkurrensbegränsande effekter. TeliaSonera ansågs inte ha påvisat i målet att förfarandet var objektivt berättigat. Tingsrätten ansåg att den geografiska marknaden var nationell och omfattade hela Sverige. Dock kan handeln mellan medlemsstaterna ha påverkats, vilket innebar att artikel 102 FEUF tillämpades parallellt med KL enligt artikel 3.1 i konkurrensförordningen. TeliaSonera förpliktades således att betala en konkurrensskadeavgift.

⁶⁹ TeliaSonera-målet, p. 36-37.

⁷⁰ TeliaSonera-målet, p. 113. Se vidare, EU-domstolens utförliga resonemang som framgår av p. 38-46.

⁷¹ TeliaSonera-målet, p. 114. Se vidare, EU-domstolens utförliga resonemang som framgår av p. 47-111.

5.4 Kommentarer till rättsfallen

En genomgång av sex rättsfall visar på att enbart två förhandsavgöranden har inhämtats från EU-domstolen avseende tolkningen av artikel 102 FEUF. I tre mål yrkade käranden på att förhandsavgöranden skulle inhämtas från EU-domstolen och i de resterande tre målen var det domstolen själv som aktualiserade frågan.

Motiveringarna i målen där förhandsavgöranden inte inhämtades har inte varit tydliga. I RÅ 1999 ref. 76 BKAB mot Regeringen saknades en tydlig motivering till varför ett förhandsavgörande inte inhämtades, trots att domstolen konstaterade att något svar inte kunde härledas från EU-domstolens praxis avseende de konkurrensrättsliga frågorna i målet. Barsebäck-målet har varit omdiskuterat i doktrin. Staffan Vängby anser att domstolen gjorde som den bör göra, det vill säga avstå från att inhämta förhandsavgörande såvida domstolen efter egen inträngande analys av unionsrätten fortfarande känner sig osäker och i ett verkligt behov av ett sådant avgörande.⁷² Fredrik Sterzel anser att domen är vattentät, den är utförligt och pedagogiskt skriven. Avseende konkurrensreglerna anser han, utan någon undersökning med hänsyn till bristande sakkunskap, att frågan bör vara huruvida en nationell domstol ska anses vara skyldig att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen, trots att den efter en ingående granskning inte anser att det föreligger någon så pass oklar fråga att ett sådant skulle vara nödvändigt. Sterzel anser att det inte går att ta ifrån en nationell slutinstans rätt och plikt att ta ställning till behovet av ett förhandsavgörande. Det får tas hänsyn till att misstag kan begås samtidigt som det är nödvändigt att lita på domstolens lojalitet och juridiska omdöme.⁷³

Även Stark kritik har riktats mot Barsebäck-målet. Ulf Bernitz anser att domen inte var vattentät utan att HFD har varit obenägen att hänskjuta en viktig europarättslig fråga till EU-domstolen med hänsyn till samspelet i rättsutvecklingen mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna.⁷⁴ I sammanhanget bör det noteras att Bernitz gjorde två rättsutlåtanden i målet för käranden. Joakim Nergelius menar på att konkurrensdelen var det mest anmärkningsvärda med domen. Eftersom HFD ansåg att centrala rättsfrågor var oklara borde

⁷² Vängby, Staffan, Förhandsavgörande från EG-domstolen – en replik till Jan-Mikael Bexhed, JT nr. 1 1999/2000 s. 248-250, s. 249.

⁷³ Sterzel, Fredrik, Barsebäcksmålet, JT nr. 3 1999/2000 s. 658-675, s. 672-675.

⁷⁴ Bernitz, Ulf, Barsebäckdomen i Regeringsrätten – borde förhandsavgörande av EG-domstolen ha begärts?, JT nr. 4 1999/2000 s. 964-970, s. 964 och 969.

ett förhandsavgörande ha inhämtats, underlåtenheten att ge unionsrätten företräde framför svenska regler borde utgöra ett fördragsbrott. Det tas för lätt på frågor om unionsrättens företräde framför nationell rätt.⁷⁵ Det är värt att notera att även Joakim Nergelius gjorde ett utlåtande i målet för kändanden. Carl Michael von Quitzow instämmer i kritiken och hävdar att avgörandet i Barsebäck-målet är diskutabelt ur unionsrättslig synpunkt. Han menar på att HFD försökt slippa göra en konkret prövning av en fråga som kunde ha ifrågasatt ett politiskt fattat beslut. Det togs inte någon hänsyn till unionsrättens företräde i frågan. Då rättsfrågans betydelse inte hade klarlagts av unionsrättslig praxis borde ett förhandsavgörande ha inhämtats, eftersom domaren skulle ha haft möjlighet att påverka unionsrätten. Quitzow pekar även på att lämpligheten i Sterzels resonemang borde ifrågasättas då författaren erkänner bristfälliga kunskaper i de relevanta sakfrågorna. Domen var allt annat än vattentät där HFD har agerat unionsrättsligt illojalt som ter sig som rättsvägran. Frågorna som aktualiserades i målet hade stor betydelse för en enhetlig tillämpning av unionsrättslig praxis.⁷⁶ Även Martin Johansson menar på att det är mycket tveksamt om regeringens beslut att stänga Barsebäcksreaktorn överensstämde med unionsrätten.⁷⁷

I MD 2001:4 SAS mot KKV saknades det en motivering till varför ett förhandsbesked inte inhämtades. MD:s argumentation i avgörandet visade dock på att domstolen utgick från förhållandet mellan KL och EU:s konkurrensregler.

I NJA 2004 s. 735 Luftfartsverket mot SAS var motiveringen något annorlunda. HD konstaterade att det inte förelåg någon oklar tolkningsfråga i sig, vilket innebar att något förhandsavgörande inte behövde inhämtas. Då prövningstillstånd i regel inte motiveras kunde HD inte anses ha gjort något fel. Dock medgav domstolen att den avvek från principen om att besvara en parts yttrande avseende frågan om att inhämta ett förhandsavgörande, men det kunde inte anses utgöra domvilla. Frågan i hovrättsdomen innan HD:s avgörande hade varit huruvida avtalet kunde drabbas av ogiltighet. Enligt artikel 102 FEUF stadgas att missbruk av dominerande ställning är förbjudet, men inte ogiltigt. Det är allmänt antaget att överträdelse av artikel 102 FEUF innebär ogiltighet, EU-domstolen har dock inte uttalat något om frågan. Hovrätten menade på att ogiltigheten inte behöver stödjas på 36 § lagen

⁷⁵ Nergelius, Joakim, Barsebäckmålet – kommentar till en rättsfallskommentar, JT nr. 4 1999/2000 s. 970-972, s. 971-972.

⁷⁶ Von Quitzow, Carl Michael, Sterzel och Regeringsrätten, JT nr. 4 1999/2000 s. 973-978, s. 973, 975 och 976-977.

⁷⁷ Johansson, Martin, Artikel 234 EG – en del av det svenska rättssystemet, SvJT nr. 2 2007 s. 216-232, s. 227.

(1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Ulf Bernitz anser att ett förhandsavgörande borde ha inhämtats, trots att det skulle vara underligt att en överträdelse av artikel 102 FEUF inte skulle kunna medföra en civilrättslig ogiltighet. Ett förhandsavgörande hade kunnat leda till viktiga och uppmärksammade ställningstaganden till väldigt intressanta konkurrensrättsliga frågor över hela Europa.⁷⁸ Martin Johansson instämmer i Bernitz resonemang och menar på att HD:s slutsatser i målet är mycket tveksamma då EU-domstolen ännu inte har prövat de civilrättsliga verkningarna i förhållande till artikel 102 FEUF.⁷⁹ Dessutom hänvisade Kommissionen till Bernitz resonemang, i sitt motiverade yttrande till Sverige i överträdelseärendet, och menade på att HD borde ha inhämtat ett förhandsavgörande i fallet.⁸⁰

I NJA 2008 s. 120 BornholmsTrafikken mot hamnen belyste tingsrätten möjlighet att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen medan HD valde att inhämta ett yttrande från Kommissionen enligt artikel 15.1 i konkurrensförordningen gällande vad som utgjorde relevant marknad i det aktuella målet. Ytterligare ett mål som inte har behandlats men har berört artikel 102 FEUF men dock inte frågan om att inhämta ett förhandsavgörande var MD 2007:26 kommunerna mot Ekforsbolagen. Även i det målet inhämtade HD ett yttrande från Kommissionen. Yttrandet gällde bland annat tillämpningen av begreppet företag i EU:s konkurrensregler.

I de två fall som förhandsavgöranden inhämtades var det domstolarna som aktualiserade behovet av att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen, mål i MD mellan Kanal 5 Ltd och TV 4 AB mot STIM och tingsrättens mål nr FT 31862-04 KKV mot TeliaSonera AB. Båda fallen är hänförliga till tidpunkten efter det att motiveringsskyldigheten infördes.

I nedanstående tabell åskådliggörs de rättsfall som har berört artikel 102 FEUF. Tabellen anger vilket rättsfall det är fråga om, vilka parterna var och vem som aktualiserade behovet av att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Därefter anges vad förhandsavgörandet skulle gälla och slutligen om ett förhandsavgörande inhämtades samt motiveringen därtill.

⁷⁸ Göta hovrätts mål nr. T 33/00, dom meddelad 27.04.2001 SAS mot Luftfartsverket, Bernitz, Ulf, Missbruk av dominerande ställning i form av prisdiskriminering – restitution och betalningsbefrielse, ERT nr. 2 2003 s. 382-386, s. 385 och Bernitz, Ulf, Kommissionen ingriper mot svenska sista instansers obenägenhet att begära förhandsavgöranden, ERT nr. 1 2005 s. 109 ff.

⁷⁹ Johansson, Martin, Artikel 234 EG – en del av det svenska rättssystemet, SvJT nr. 2 2007 s. 216-232, s. 227.

⁸⁰ Motiverat yttrande, p. 10.

Tabell 2 – Förhandsavgörande angående artikel 102 FEUF

Rättsfall	Parter	Behov	Fråga om	Förhandsavgörande
RÅ 1999 ref. 26	BKAB mot Regeringen	Käranden	Oklara rättslägen	Nej, inget behov kring konkurrensrättsliga frågor
MD 2001:4	SAS mot KKV	Käranden	Anges ej	Nej, avslag begäran
NJA 2004 s. 735	Luftfartsverket mot SAS	Käranden	Tillämpningen av artikel 102 FEUF	Nej, ej relevant för prövning, kan ha rört sig om undantag enligt CILFIT-målet
NJA 2008 s. 120	BornholmsTrafikken mot hamnen	Domstolen	Skyldigheten att inhämta förhandsavgöranden	Nej, yttrande från Kommissionen i stället
MD	Kanal 5 och TV 4 mot STIM	Domstolen	Tillämpningen av artikel 102 FEUF	Ja, mål C-52/07 Kanal 5 och TV 4 mot STIM
Tingsrätten mål nr FT 31862-04	KKV mot TeliaSonera AB	Domstolen	Tolkningsfrågan om artikel 102 FEUF	Ja, mål C-52/09 KKV mot TeliaSonera AB

6 Analys – likheter och skillnader

6.1 Inledning

I den föregående framställningen har tio konkurrensrättsliga rättsfall presenterats med några få egna reflektioner och kommentarer samt den kritik som framförts i doktrin. Samtliga mål är hänförliga till tiden efter Sveriges medlemskap i EU samt till nuvarande eller tidigare versioner av KL. Fyra av rättsfallen berörde tillämpningen av artikel 101 FEUF och frågan om huruvida förhandsavgörande skulle inhämtas. Ytterligare sex rättsfall berörde tillämpningen av artikel 102 FEUF och frågan om huruvida ett förhandsavgörande skulle inhämtas. Följande analys syftar till att identifiera likheter och skillnader i målen för att kunna besvara frågan om huruvida svenska domstolar är obenägna att inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen i konkurrensrättsliga mål. Det görs ingen åtskillnad på vilka domstolar som behandlar ärendena då genomgången av de svenska domstolarna som är behöriga att avgöra konkurrensrättsliga frågor visar på att de tillämpar samma system för prövningstillstånd vid överklaganden.

6.2 Rättsfall där förhandsavgöranden inhämtats

Inga förhandsavgöranden har inhämtats angående artikel 101 FEUF men två förhandsavgöranden har inhämtats avseende artikel 102 FEUF. Frågan är om domstolarna känner sig mer säkra i tillämpningen av artikel 101 FEUF än artikel 102 FEUF. I fem av de tio presenterade fallen var det kändandeparten som ansåg att det fanns behov av att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. I ytterligare fyra fall var det de nationella domstolarna själva som aktualiserade behovet av att inhämta förhandsavgörande, frågorna hänsköts dock till EU-domstolen i enbart två av fallen. Det är anmärkningsvärt då en part inte kan göra gällande att ett förhandsavgörande bör inhämtas enligt artikel 267 FEUF.

I ett av de fall där förhandsavgörande begärdes uppfyllde MD skyldigheten att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen enligt artikel 267.3 FEUF. I det andra fallet utnyttjande tingsrätten sin möjlighet att inhämta ett förhandsavgörande enligt artikel 267.2 FEUF. Målet i MD, tv-bolagen Kanal 5 och TV 4 mot STIM, gällde missbruk av dominerande ställning avseende konkurrensrättens förhållande till upphovsrätten och Stockholm tingsrätts mål nr FT 31862-04, dom meddelad 2.12.2011, KKV mot TeliaSonera AB gällde missbruk av dominerande ställning genom marginalpress. Båda mål är hänförliga till tiden efter då motiveringsskyldigheten för de högsta instanserna infördes i svensk rätt.

6.3 Rättsfall där förhandsavgöranden borde ha inhämtats

Till en början är det värt att notera att ett tidigare mål, Stockholm tingsrätts mål nr. FT 27829-06, dom meddelad 26.8.2006, ALIS mot Mediearkivet, har berört förhållandet mellan konkurrensrätten och upphovsrätten likt målet i MD mellan Kanal 5 och TV 4 och STIM. I det fallet motiverade tingsrätten att ett förhandsavgörande inte skulle inhämtas genom att anse att det skulle vara processekonomiskt oförsvarligt i ett mål av mindre värde. Det kan ifrågasättas huruvida ett förhandsavgörande borde ha inhämtats då frågan berörde metodvalet kring hur omfattande en konkurrensrättslig analys bör göras i fallet och inte direkt tillämpningen eller tolkningen av artiklarna 101 eller 102 FEUF. Då balansen mellan konkurrensrätten och upphovsrätten är ett mindre utvecklat gränsområde kan det tyckas att ett förhandsavgörande från EU-domstolen i fallet borde ha inhämtats.

Den kritik som framförts mot domstolarnas obenägenhet att inhämta förhandsavgöranden kan inte anses vara obefogad. Särskilt i de fall där frågorna är oklara på ett unionsrättsligt plan gällande tolkningen och tillämpningen av artiklarna 101 och 102 FEUF. Några avgöranden har varit utsatta för kritik, vissa mer än andra.

RÅ 1999 ref. 76 BKAB mot Regeringen är ett mål som har varit föremål för stark kritik, vilket kan ha berott på det är ett av de tidigare målen som aktualiserar behovet av att inhämta förhandsavgörande. Både Bernitz och Nergelius, som riktar kritik mot domen, har gjort sakkunnigutlåtanden i målet å kärandens vägnar, det vill säga företagen. Iakttagandet har betydelse för resonemanget i efterkommande avsnitt. Doktrinen pekar inte på någon oklar unionsrättslig fråga avseende artiklarna 101 eller 102 FEUF. Då domen har en politisk bakgrund tycks intresset i behovet av att inhämta ett förhandsavgörande från författarnas sida i stället ha legat i att klarlägga den nationella politikens roll i förhållande till de unionsrättsliga reglerna. I förevarande fall kan det tyckas att domstolen gjorde rätt i att inte inhämta ett förhandsavgörande då den fann att unionsrättslig praxis inte uppställer något krav på att konkurrensförhållandena inte skulle rubbas under avvecklingstiden för Barsebäcksreaktorn. Domstolen får anses ha fattat ett beslut efter de svar som utredningen gav.

Ett mål som gällde en oklar fråga var däremot NJA 2004 s. 804 Boliden mot Fortum. Målet gällde huruvida ett följdavtal kunde drabbas av ogiltighet. Av målet framgick det att frågan är oklar både nationellt och unionsrättsligt. Kritik har bland annat framförts av Ulf Bernitz, som dessutom gjorde ett sakkunnigutlåtande i hovrätten. Domstolen pekade på att frågan inte är entydig i doktrin. Det kan således ifrågasättas huruvida Bernitz kritik har sin ut-

gångspunkt i att han delar en åsikt som skiljer sig från vissa andra. I målet borde dock ett förhandsavgörande begärts då det rör sig om en oklar fråga på ett unionsrättsligt plan. Även i MD 2004:21 Vägverket m.fl. mot KKV borde ett förhandsavgörande ha inhämtats då målet gällde frågan om ett företag kan ingå en kartell med sig själv, något som inte har klarlagts i unionsrättslig praxis.

Ett ytterligare hårt kritiserat avgörande är NJA 2004 s. 735 Luftfartsverket mot SAS. Målet gällde frågan om ogiltighet, civilrättsliga påföljder, kan drabba överträdelse enligt artikel 102 FEUF då artikeln enbart anger att överträdelserna är förbjudna. EU-domstolen har inte haft möjlighet att uttrycka sig i frågan varför ett förhandsavgörande borde ha begärts. Det ansåg även Kommissionen i sitt motiverade yttrande till Sverige i överträdelseärendet. Domen var även märklig i det hänseendet att HD medgav att den avvek från principen om att besvara en parts yrkanden.

6.4 Obenägenhet på grund av kompetensfördelningen?

Som tidigare nämndes är det oftast kändanden som adresserar behovet av att inhämta förhandsavgöranden i sina yrkanden i de fall inte domstolen berör frågan. Det går att urskilja ett visst mönster. Bland fyra av de fem⁸¹ presenterade rättsfallen där kändanden aktualiserar behovet går det att urskilja att kändandena önskar att domstolen inhämtar förhandsavgörande för att de hoppas på att falla utanför, förhoppningsvis snäva, tillämpningsområdet för artiklarna 101 och 102 FEUF. Samtliga fall är dessutom hänförliga till de högsta instanserna, vilket i målen har inneburit att kändandena har varit svaranden i de lägre instanserna. Det vill säga, kändanden är de som har uppträtt konkurrensbegränsande eller missbrukat sin dominerande ställning. Frågan är således hur mycket bäring Bernitz och Nergelius kritik har då de har gjort sakkunnigutlåtanden för kändandena, det vill säga företagen.

Mönstret är tydligt även i det fall där svaranden⁸² aktualiserade frågan om förhandsavgörande. Parten önskade att falla utanför EU:s konkurrensregler. Genom målet går det dessutom att utläsa att KKV är en part som inte begär inhämtande av förhandsbesked från EU-domstolen. KKV har varit motpart i tre av målen, samtliga gånger i den högsta instansen

⁸¹ RÅ 1999 ref. 26 BKAB mot Regeringen, MD 2001:4 SAS mot KKV MD, 2004:21 Vägverket m.fl. mot KKV och NJA 2004 s. 735 Luftfartsverket mot SAS, med undantag för mål NJA 2004 s. 804 Boliden mot Fortum.

⁸² Mål MD 2005:7 KKV mot bensinbolagen.

MD.⁸³ Det är dock tveksamt om det är tillräckligt för att urskilja ett visst mönster eller något som kan tillmätas allt för stor betydelse. Det är i alla fall tydligt att verket genom behörigheten att ålägga företagen konkurrensskadeavgift i syfte att upprätthålla konkurrensens balans, i sina grunder för yrkanden, strävar efter den vidsträckta tolkning som är tänkt avseende artiklarna 101 och 102 FEUF.

I ljuset av det förda resonemanget kan det tyckas att domstolarna gör rätt när de hänvisar till kompetensfördelningen mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna samt förhållandet mellan KL och EU:s konkurrensregler då de tillsammans med KKV ska tillse att konkurrensen inte snedvrids.

6.5 Avslutande reflektioner

I NJA 2008 s. 120 BornholmsTrafikken mot hamnen var det underligt att ett yttrande från Kommissionen inhämtades i stället för ett förhandsavgörande, trots att ett yttrande från Kommissionen varken påverkar möjligheten eller skyldigheten att begära förhandsavgöranden, enligt punkt 27 i Kommissionens tillkännagivande om domstolarnas samarbete. Då Kommissionen inte prövar frågan i sak kan det tyckas att HD har sökt kringgå att få ett bindande förhandsavgörande till fördel för ett icke-bindande yttrande. Yttrandet gällde begreppen företag och relevant i konkurrensrättslig mening och det kan ifrågasättas om ett förhandsavgörande i målet hade varit gynnsamt då Kommissionen i stort sett hänvisade till sina riktlinjer i frågorna.

Av de mål som behandlades i avsnitt 6.3 ovan, hänför sig tre domar till unionsrättsligt oklara frågor. Bortsett från de fall där förhandsavgöranden har inhämtats i konkurrensrättsliga mål är det alltså tre av åtta fall där domstolarna helt klart borde ha hänskjutit frågorna till EU-domstolen. Det är värt att uppmärksamma att domarna är hänförliga till tiden innan motiveringsskyldigheten för de högsta instanserna infördes. Frågan är om domstolarna har tagit till sig kritiken efter överträdelseärendet i konkurrensrättsliga mål. De mål där förhandsavgöranden faktiskt inhämtades är trots allt hänförliga till tiden efter överträdelseärendet och införandet av motiveringsskyldigheten. En avslutande intressant reflektion är att det är underligt hur målen där förhandsavgöranden inte inhämtades lyser av frånvaron av *acte clair-doktrinen*. Hur säkra är egentligen domstolarna på sin sak?

⁸³ Mål MD 2001:4 SAS mot KKV, mål MD 2004:21 Vägverket m.fl. mot KKV och mål MD 2005:7 KKV mot bensinbolagen.

7 Slutsatser

Bakgrunden till uppsatsens uppslag har varit den kritik som framförts mot domstolarnas obenägenhet att inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen. På grund av olika rättsområden och domar i olika instanser har det varit svårt att dra några generella slutsatser kring målen. Då en sund konkurrens är ett fundamentalt unionsrättsligt mål valde jag att göra ett försök att identifiera likheter och skillnader i de konkurrensrättsliga mål där frågan om förhandsavgöranden enligt artikel 267 FEUF avseende artiklarna 101 eller 102 FEUF aktualiseras. Är domstolarna obenägna att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen i konkurrensrättsliga mål?

En genomgång av tio konkurrensrättsliga mål visar på att förhandsavgöranden enbart har inhämtats i två fall. Analysen visar på att förhandsavgöranden borde ha begärts i ytterligare fyra mål, tre mål avseende oklara frågor på ett unionsrättsligt plan och ett mål gällande förhållandet mellan konkurrensrätt och upphovsrätt. Det råder ingen tvekan om att det föreligger en viss obenägenhet att inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen. I de fall det rör sig om frågor avseende oklara frågor på det unionsrättsliga planet bör förhandsavgöranden inhämtas. Frånvaron av hänvisningar till *acte clair-doktrinen* i samtliga mål tyder ju på att det förekommer oklarheter kring unionsrätten där domstolarna inte är säkra på sin sak alla gånger.

Domstolarna kan dock, i min mening, inte anses vara totalt obenägna att inhämta förhandsavgöranden. Visst har det förekommit en del märkliga formuleringar, de flesta hänförliga till tiden innan motiveringsskyldigheten infördes. Faktum kvarstår att det föreligger en kompetensfördelning mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna enligt artikel 267 FEUF. Det föreligger även ett visst förhållande mellan svensk konkurrenslagstiftning och unionsrättsliga konkurrensregler enligt konkurrensförordningen, som domstolarna ska ha rätt att utnyttja. Domstolarna har rätt att bedöma huruvida det finns ett behov att inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen. I viss mån bör domstolarnas utredningsförmåga respekteras. Frågan är om domstolarna verkligen har tagit till sig av kritiken efter överträdelseärendet, i vart fall vad gäller konkurrensrättsliga mål. De mål där förhandsavgöranden faktiskt inhämtades är trots allt hänförliga till tiden efter överträdelseärendet och införandet av motiveringsskyldigheten.

I ett av målen där förhandsavgörande inhämtades, gjordes det på initiativ av tingsrätten. Det är beaktansvärt att det inte enbart de högsta instanserna som har aktualiserat behovet

av att inhämta förhandsavgöranden, utan även tingsrätterna. Det är ett gott tecken att de längre instanserna utnyttjar sin möjlighet att inhämta förhandsavgöranden.

Syftet besvaras således med att det föreligger en viss obenägenhet att inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen i konkurrensrättsliga mål, obenägenheten är dock till viss del motiverad av kompetensfördelningen mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna. Dock bör domstolarna se över behovet av att inhämta förhandsavgöranden och inhämta fler förhandsavgöranden, särskilt då det i de presenterade målen gång på gång framhålls att en rättslikhet eftersträvas mellan de svenska konkurrensreglerna och de unionsrättsliga konkurrensreglerna.

Referenslista

Unionsrättsligt material

Grundfördragen

Fördraget om Europeiska unionen (2010)

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2010)

Protokoll

Protokoll nr 27 om den inre marknaden och konkurrens som fogats till Fördraget om Europeiska unionen och Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Förordningar

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (Text av betydelse för EES), EUT L 1, 4.1.2003

Kommissionens tillkännagivanden

Kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan kommissionen och EU medlemsstaternas domstolar vid tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget (Text av betydelse för EES), EUT C 101, 27.4.2004

Tilkännagivande från Kommissionen, Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, (Text av betydelse för EES), EUT 2004/C 101/07, 27.4.2004

Tilkännagivande av kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (de minimis) (Text av betydelse för EES), EUT 2001/C 22.12.2001

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EUT nr C 372, 09.12.1997

Yttranden från Kommissionen

Motiverat yttrande riktat till konungariket Sverige enligt artikel 226 Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen till följd av överträdelse av artikel 234 tredje stycket EG, Bryssel den 13.10.2004, 2003/2161, C(2004) 3899

EU-domstolens domar

Mål C-173/09, Elchinov, REG 2010 s. I-00000

Mål C-52/09 KKV mot TeliaSonera AB, REG 2011 s. 00000

Mål C-52/07 Kanal 5 Ltd och TV 4 AB mot Föreningen Svenska tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa, REG 2008 s. I-09275

Mål C-99 Kenny Roland Lyckeskog REG 2002 s. I-4876

Mål C-94/00, Roquette Frères SA mot Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, i närvaro av Europeiska kommissionen, REG 2002 s. I-9011

Mål 55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, REG 1995 s. I-04165

Mål 283/81 Srl CILFIT och Lanificio di Gavardo SpA mot Ministero della sanità, REG 1982 s. 3415

Förenade målen 28-30/62 Da Costa en Shaake NV, Jacob Meijer NV och Hoechst-Holland NV mot Nederländska skatteförvaltningen REG 1963 s. 00171

Svenskt material

Författningar

Konkurrenslag (2008:579)

Lag (2006:502) med vissa bestämmelser om förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol

Lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen

Förvaltningsprocesslag (1971:291)

Lag (1970:417) om marknadsdomstol mm

Rättegångsbalk (1942:740)

Upphävda författningar

Lag (1997:1320) om kärnkraftens avveckling

Konkurrenslag (SFS 1993:20)

Offentligt tryck

Regeringens proposition 2005/06:157 Vissa frågor om förhandsavgörande från EG-domstolen

Regeringen proposition 2004/05:131 En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol

Regeringens proposition 1997/98:101 Översyn av förvaltningsprocessen; en allmän regel om domstolsprövning av förvaltningsbeslut mm

Regeringens proposition 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning

Rättsfall från HD

NJA 2008 s. 120

NJA 2004 s. 804

NJA 2004 s. 735

Rättsfall från HFD

RÅ 1999 ref. 76

Rättsfall från MD

MD 2005:7

MD 2004:21

MD 2001:4

Rättsfall från hovrätterna

Svea hovrätts mål nr. FT 7415-08, dom meddelad 21.06.2010

Göta hovrätts mål nr. T 33/00, dom meddelad 27.04.2001

Rättsfall från tingsrätterna

Stockholm tingsrätts mål nr FT 31862-04, dom meddelad 2.12.2011

Stockholm tingsrätts mål nr. FT 27829-06, dom meddelad 26.8.2006

Stockholm tingsrätts mål nr. T- 5467-03, dom meddelad 12.12.2003

Litteratur

Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Warling-Nerep, Wiweka, Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder, 11:e upplagan, Norstedts Juridik AB 2010

Bernitz, Ulf, Förhandsavgöranden av EU-domstolen – Svenska domstolars hållning och praxis, SIEPS 2012:2

Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation, andra upplagan, Norstedts Juridik AB 2007

Periodiskt tryck

Bernitz, Ulf, Barsebäckdomen i Regeringsrätten – borde förhandsavgörande av EG-domstolen ha begärts?, JT nr. 4 1999/2000 s. 964-970

Bernitz, Ulf, Kommissionen ingriper mot svenska sista instansers obenägenhet att begära förhandsavgöranden, ERT nr. 1 2005, s. 109 ff.

Bernitz, Ulf, Missbruk av dominerande ställning i form av prisdiskriminering – restitution och betalningsbefrielse, ERT nr. 2 2003 s. 382-386

Bernitz, Ulf, Samarbetet mellan EG-domstolen och nationella domstolar, ERT nr 3 2009, s. 454-468

Henriksson, Lars, I kartell mot sig själv – Kommentar till avgörandet MD 2004:21 om räckvidden av 6 § konkurrenslagen/artikel 81.1 EG, JT nr. 2 2004/2005 s. 422-432

Johansson, Martin, Artikel 234 EG – en del av det svenska rättssystemet, SvJT nr. 2 2007 s. 216-232

Johansson, Martin, Ahmed, Sara, De högsta domstolsinstansernas motiveringskyldighet vid beslut att inte inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen – en papperstiger?, ERT nr 4 2009, s 783-792

Nergelius, Joakim, Barsebäckmålet – kommentar till en rättsfallskommentar, JT nr. 4 1999/2000 s. 970-972

Simonsson, Ingeborg, Öberg, Ulf, Bensinkartell domen MD 2005:7 – fördragsstridig tillämpning av EG:s konkurrensrätt?, SvJT nr. 1 2006 s. 23-42, s. 28-31

Sterzel, Fredrik, Barsebäcksmålet, JT nr. 3 1999/2000 s. 658-675

Von Quitzow, Carl Michael, Sterzel och Regeringsrätten, JT nr. 4 1999/2000 s. 973-978

Vängby, Staffan, Förhandsavgörande från EG-domstolen – en replik till Jan-Mikael Bexhed, JT nr. 1 1999/2000 s. 248-250

Övrigt

Stenberg, Hans, Marknadsdomstolen och bötfällningen av asfaltkartellen – analys av Hans Stenberg, analys på databasen Infotorg publicerad 19.8.2009