

Särtryck ur

Amici Curiae
Marknadsdomstolen
1971–2016

Principen om ne bis in idem i konkurrensrätten

ELISABETH EKLUND

Jure Förlag 2017

Principen om *ne bis in idem* i konkurrensrätten

ELISABETH EKLUND*

1. Inledning

I ett beslut¹ från april 2015 avseende en talan om konkurrensskadeavgift mot Swedavia AB (publ.) fick Marknadsdomstolen anledning att ta ställning till frågan om principen om *ne bis in idem* i artikel 4.1 i Europakonventionens sjunde tilläggsprotokoll² gör sig gällande – dvs. att det inte är möjligt att döma ut dubbla straffsanktioner.

Frågan i målet var om det fanns grund för Marknadsdomstolen att avvisa Konkurrensverkets talan mot Swedavia AB om att döma ut konkurrensskadeavgift enligt konkurrenslagen när samma konkurrensrättsliga överträdelse tidigare hade varit föremål för ett förbud vid vite efter att en privat part, Uppsala Taxi 100 000 AB, hade fört talan mot Swedavia, i det s.k. ”Uppsala Taxi-målet.”³ Marknadsdomstolen kom, i likhet med Stockholms tingsrätt, fram till att det inte skulle innebära dubbel bestraffning i en sådan situation utan att det var möjligt att, oaktat det tidigare meddelade vitesåläggandet, pröva frågan avseende utdömande av konkurrensskadeavgift. Denna slutsats väcker en rad intressanta frågor kring sanktioner inom konkurrensrätten, den straffrättsliga naturen av konkurrensskadeavgift eller böter respektive vitesålägganden och hur EU-domstolen tidigare har sett på invändningar avseende *ne bis in idem* i konkurrensrättsliga mål.

2. Allmänt om konkurrensrättsliga sanktioner

Frågor om hur olika konkurrensrättsliga sanktioner förhåller sig till varandra har blivit än mer aktuella på EU-nivå de senaste åren. I det nu kommenterade beslutet i *ne bis in idem*-frågan, MD 2015:4, fick även Marknadsdomstolen tillfälle att pröva en sådan fråga. Huruvida konkurrensrättsliga sanktioner är förenliga med Europakonventionen har blivit desto mer relevant i takt med att högre och högre böter döms

* Partner/advokat vid Advokatfirman Delphi i Stockholm.

1 MD 2015:4, beslut den 17 april 2015.

2 Vad gäller prövning av *ne bis in idem* i svensk rätt se bl.a. det skatterättsliga avgörandet NJA 2013 s. 502 (plenium), där Högsta domstolen med ändring av sin tidigare praxis slog fast att rätten att inte bli lagförd två gånger för samma gärning omfattar bl.a. systemet med skattetillägg och påföljd för brott mot skattebrottslagen (1971:69). För en kommentar se bl.a. Gulliksson, Magnus, Klart till halvklart – om *ne bis in idem* och skattetilläggen, SvJT 2013, s 645-685.

3 MD 2011:28, beslut den 23 november 2011.

ut och frågan kan tänkas bli av än större vikt för Patent- och Marknadsdomstolarna i framtiden.⁴

Kommissionen har enligt artikel 103 FEUF och artikel 23 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 rätt att döma ut böter.⁵ Kommissionen har vidare möjlighet att utfärda ålägganden enligt Artikel 7 p. 1 i Förordning 1/2003. Viten får åläggas genom beslut av Kommissionen enligt artikel 24 i den nämnda förordningen.

Av 3 kap. 5 § första stycket KL följer att domstolen på talan av Konkurrensverket får besluta att ett företag ska betala konkurrensskadeavgift, om företaget eller någon som handlar på dess vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet har överträtt förbuden i 2 kap. 1 eller 7 §§ eller i artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget.⁶ Konkurrensskadeavgift får dock, enligt 3 kap. 7 § första stycket 1 KL, inte påföras för åtgärder som omfattas av ett åläggande enligt bl.a. 3 kap. 2 § samma lag, dvs. åläggande vid vite på talan av ett företag som berörs av en överträdelse.

KKV får vidare enligt 3 kap. 1 § KL ålägga ett företag att upphöra med överträdelser av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete respektive missbruk av dominerade ställning. Om KKV i ett visst fall beslutar att inte meddela ett sådant åläggande, får domstolen enligt 3 kap. 2 § KL göra det på talan av ett företag som berörs av överträdelsen (den s.k. sekundära eller subsidiära talerätten). Av 6 kap. 1 § första stycket KL framgår bl.a. att ett åläggande enligt 3 kap. 2 § KL får förenas med vite. Enligt fast praxis ska ett åläggande förenas med vite om det inte av särskilda skäl är obehövligt.⁷

Det högsta bötesbeloppet som hittills har beslutats av Kommissionen är idag 2,93 miljarder EUR, vilket nyligen skedde i den s.k. "lastbilskartellen".⁸ Kommissionen har i ett beslut avseende Intel ålagt företaget att betala de hittills högsta böterna avseende missbruk av dominerande ställning – 1,06 miljarder EUR.⁹

Samtidigt som Kommissionen beslutar om högre och högre böter kan konstateras att Marknadsdomstolens bötesbelopp har varit desto mer blygsamma med rekordböter om ca 500 MSEK för den s.k. asfaltkartellen¹⁰ och 35 MSEK för Telia-Sonera AB i ett mål om missbruk av dominerande ställning.¹¹ Detta är delvis en följd av det förhållandet att för de böter som Kommissionen beslutar om är maxbeloppet 10 % av koncernens omsättning i världen¹² medan maxbeloppet på svensk nivå är

4 För diskussioner avseende tillämpningen av Europakonventionen i förhållande till konkurrensrätt se bl.a. Dags att sätta punkt för debatten om kommissionens dubbla roller i konkurrensärenden? Andersson, Helene, ERT nr 1, 2012 och Rätten till en rättvis rättegång i konkurrens mål – nu också en fråga för EFTA-domstolen, Andersson Helene, ERT nr 3, 2012.

5 Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1, 4.1.2003, s. 1-25.

6 Enligt SOU 2016:49 föreslås att Konkurrensverket ges behörighet att utdöma konkurrensskadeavgift.

7 Förbudsviten i konkurrensrättsliga mål har uppgått till exempelvis 100 MSEK, se MD 2011:14.

8 Se kommissionens pressmeddelande den 19 juli 2016 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2582_en.htm avseende förlikning med MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco och DAF.

9 Kommissionens beslut K(2009) 3726 slutlig av den 13 maj 2009 i ärende COMP/C-3/37.990-Intel. Tribunalen upprätthöll beslutet i mål T-286/09, Intel mot kommissionen EU:T:2014:547. Målet är överklagat, se C-413/14 P.

10 MD 2009:11.

11 MD 2013:5.

12 Jfr artikel 103 FEUF och artikel 23 av Rådets förordning nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1, 4.1.2003, s. 1-25.

10 % av bolagets omsättning.¹³ EU-omfattande karteller har dessutom typiskt sett varit mer omfattande utifrån den omsättning som har påverkats och kartellernas varaktighet har typiskt sett även varit längre och bötesbeloppen har därför baserats på en mycket högre omsättning hos det överträdande bolaget vilket också har lett till högre böter.

Vid sidan av sanktioner i form av böter/konkurrensskadeavgift som Kommissionen respektive svenska domstolar ålägger företag på talan av Konkurrensverket kan företag som överträder konkurrensreglerna enligt Artikel 101(2) FEUF/ 2 kap. 6 § KL även drabbas av att avtal helt eller delvis anses ogiltiga.¹⁴ Vidare kan den som har överträtt konkurrensreglerna åläggas skyldighet att betala skadestånd. Skadeståndskrav kan förväntas bli än mer vanliga framöver i och med harmonisering som ska ske till följd av ett EU-direktiv på området vilket ska implementeras senast den 27 december 2016 och som har implementerats i form av en ny svensk konkurrensskadelag.¹⁵ Dessutom finns sanktioner i form av speciallagstiftningar som i upphandlingslagstiftningen vilket innebär att företag som har agerat i strid med konkurrensreglerna kan komma att uteslutas ur offentliga upphandlingar under flera år.¹⁶ Detta kan innebära mycket omfattande konsekvenser för företag som har offentlig sektor som en stor kund.¹⁷ Därutöver är karteller kriminaliserade i vissa länder såsom USA, Storbritannien, Frankrike och Danmark. I Sverige förekommer inte någon kriminalisering men sedan 2008 finns möjlighet att ålägga den som har varit involverad i en allvarlig och långvarig kartell näringsförbud enligt 3 kap. 24 § KL och 7 § lagen (2014:836) om näringsförbud.

3. Bakgrund till Konkurrensverkets talan om konkurrensskadeavgift mot Swedavia – Marknadsdomstolens dom i Uppsala Taxi-Målet

Marknadsdomstolen förbjöd den 23 november 2011 Swedavia AB (publ.) och EuroPark Svenska AB vid vite om två miljoner kr från att ta ut en avgift från Uppsala Taxi för förbeställd taxi från Arlanda om kunden ville bli mött av en taxichaufför med skylt i ankomsthallen.¹⁸ Bakgrunden till målet var att Swedavia och EuroPark i februari 2011 införde nya rutiner för resenärer som förbeställde taxi från Arlanda

13 Se 3 kap. 6 § KL.

14 Som framgår av Göta hovrätts dom den 27 april 2001 i mål nr T 33-00, SAS AB mot Luftfartsverket, kan ett ogiltighetsmål resultera i att svaranden kan åläggas återbetala avsevärda belopp, i det fallet var det fråga om ca 400 MSEK. För kritik avseende praxis att ogiltighet inte har drabbat ett tredjemansavtal se Kartellavtal måste kunna anses konkurrensrättsligt ogiltiga i förhållande till tredje man, Elisabeth Eklund, Europarättslig tidskrift, nr 1/2011.

15 Konkurrensskadelag (2016:964).

16 Det är dock fråga om en s.k. frivillig och inte obligatorisk uteslutningsgrund. Se exempelvis 10 kap. 2 § LOU och artikel 57 av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG EUT L 94, 28.3.2014, s. 65–242, respektive 13 kap. 3 § i LOU.

17 Hittills har uteslutning inte varit särskilt vanligt förekommande i Sverige. Se dock Kammarrättens i Stockholm dom 2013-12-02 i mål nr 3725-13, där uteslutning på grundval av ett s.k. avgiftsföreläggande ansågs vara förenligt med LOU.

18 MD 2011:28.

flygplats. Swedavia är det statliga bolag som äger Arlanda och EuroPark var en av Swedavia upphandlade entreprenören som hanterar taxiköerna på Arlanda och vilken var avtalspart gentemot Uppsala Taxi. Genom att administrera förbeställningarna införde Swedavia och EuroPark en avgift om 25 kr för de kunder som vill ställa sig i kö vid en servicedisk för att sedan bli anvisad sin förbeställda taxi och ytterligare 25 kr för dem som vill bli mött av en taxichaufför direkt i ankomsthallen. Bolagen krävde att taxibolagen skulle lägga in information om sina förbeställningar i Swedavias och EuroParks datasystem och ansåg sig därmed ha rätt till att ta ut avgifter för förbeställda taxibilar. Uppsala Taxi hade under många år mött kunderna som har förbeställt taxi i ankomsthallen utan att ta ut en extra avgift och ansåg sig inte ha behov av Swedavias och EuroParks administrativa tjänster. Eftersom Uppsala Taxi tidigare inte tog betalt för tjänsten att hämta kunden i ankomsthallen, medförde Swedavias/EuroParks nya avgifter en motsvarande kostnadsökning för Uppsala Taxi och, i förlängningen, taxibolagets kunder. Därtill uppstod andra merkostnader för Uppsala Taxi p.g.a. de nya förbeställningstjänsterna i form av administrativt dubbelarbete.

Uppsala Taxi ansåg att avgifterna var oskäligt höga och att Swedavia och EuroPark missbrukade sina dominerande ställningar. Uppsala Taxi väckte därför talan mot Swedavia och EuroPark vid Marknadsdomstolen.

Marknadsdomstolen fann i sitt avgörande att Swedavia och EuroPark hade en dominerande ställning på marknaden för tillhandahållande av ett kö- och framkallningssystem för taxifordon på Arlanda flygplats. Domstolen ansåg dock inte att det utgjorde missbruk att ta ut avgiften för servicedisken. Vad gällde skyltavgiften ansåg Marknadsdomstolen att den utgjorde missbruk av dominerande ställning i form av oskäliga avtalsvillkor. Domstolen konstaterade att avgiften om 25 kr hade bestämts efter en förhandling mellan Swedavia och EuroPark. 85 öre av denna avgift avsåg kostnad för en bricka som hade till ändamål att underlätta identifieringen av behöriga chaufförer i ankomsthallen och den resterande delen av avgiften tillfördes en "miljöfond" som handhades av EuroPark men med beslutanderätt för Swedavia. Det hade dock inte givits någon närmare förklaring till hur medlen i denna fond redovisades i de båda bolagen.

Marknadsdomstolen fann att skyltavgiften saknade erforderligt samband med förbeställd taxitrafik. Det hade i målet inte heller framkommit några omständigheter som tillfredställande visade att avgiften ledde till ökad effektivitet och kortare väntetider för att därmed öka nöjdheten bland taxiföretag och kunder. Domstolen konstaterade vidare att det inte kunde uteslutas att eventuella ordningsproblem, som svarandena hade åberopat som skäl för införande av avgiften, kunde lösas på annat sätt än som nu hade skett.

Marknadsdomstolen förbjöd i dom den 23 november 2011 Swedavia och EuroPark att ta ut den extra skyltavgiften vid vite om två miljoner kr.¹⁹

19 Aktuellt mål är ett av flera mål där en part har nyttjat sin s.k. subsidiära talerätt enligt konkurrenslagen och processat i Marknadsdomstolen med framgång. 2011 hade exempelvis Bring CityMail Sweden AB framgång mot Posten Meddelande AB, se MD 2011:14. En s.k. sorteringsrabatt ansågs utgöra missbruk av dominerande ställning, varvid åläggande vid vite att upphöra med rabatten meddelades mot Posten.

4. Konkurrensverkets talan mot Swedavia avseende utdömmande av konkurrensskadeavgift

Den 13 januari 2014, dvs. drygt två år efter Marknadsdomstolens dom i Uppsala Taxi-målet, väckte Konkurrensverket talan vid Stockholms tingsrätt och yrkade att Swedavia skulle betala 340 000 kr i konkurrensskadeavgift, med anledning av samma missbruk av dominerande ställning som Marknadsdomstolen hade fastslagit i det ovan angivna Uppsala Taxi-målet. Det kan noteras att detta är ett av de lägsta belopp om konkurrensskadeavgift som KKV har yrkat.²⁰ Huruvida det är lämpligt att Konkurrensverket, efter att ha avskrivit ett klagomål först låter en privat part driva talan om vitesåläggande och sedan för talan om konkurrensskadeavgift kan ifrågasättas och har så vitt författaren känner till aldrig tidigare skett. Än mer märkligt kan tyckas att Konkurrensverket, med sina mycket omfattande utredningsresurser inte lyckades visa att det förelåg ett missbruk av dominerande ställning när frågan prövades i sak av Stockholms tingsrätt.²¹ I Uppsala Taxi-målet hade Uppsala Taxi däremot lyckats visa att missbruk hade skett. Att Konkurrensverket valde att inte överklaga Stockholms tingsrätts dom med förklaringen att verket endast ville ha principfrågan om det var möjligt att ens döma ut konkurrensskadeavgift i en sådan situation prövad framstår närmast som en efterhandskonstruktion.²² Dock finns inte utrymme inom ramen för denna artikel att närmare diskutera Konkurrensverkets agerande.

Swedavia anförde att det förelåg rättegångshinder eftersom Swedavia redan hade blivit föremål för vitesåläggande en gång för de åtgärder som omfattas av den nu aktuella talan. I första hand åberopades principen *ne bis in idem*, i andra hand att det förelåg grund för avvísning enligt 3 kap. 7 § 1 p. KL. Konkurrensverket motsatte sig avvísningyrkandet.

Stockholms tingsrätt slog i ett beslut meddelat den 13 januari 2014²³ fast att det tidigare vitesmålet mot Swedavia, dvs. Uppsala Taxi-målet, inte var av straffrättslig karaktär och att principen om *ne bis in idem* därför inte utgjorde hinder mot att pröva Konkurrensverkets yrkande om konkurrensskadeavgift. Tingsrätten konstaterade också att det inte finns några hinder mot att konkurrensskadeavgift döms ut för samma förfarande som omfattas av ett vitesåläggande vad avser tiden före åläggandet.

Swedavia överklagade tingsrättens beslut varefter Marknadsdomstolen i ett beslut daterat den 17 april 2015 kom fram till samma slutsatser som tingsrätten och därför lämnade Swedavias överklagande utan bifall.²⁴

20 För jämförelse av yrkade och utdömda böter jämte vitesålägganden i olika domstolsärenden se: <http://www.konkurrensverket.se/konkurrens/avgoranden/horisonnella-konkurrensbegransande-samarbeten/> respektive: <http://www.konkurrensverket.se/konkurrens/avgoranden/missbruk-av-dominerande-stallning/>.

21 Se Stockholms tingsrätts beslut 2014-01-13 i mål nr T 9131-31 Swedavia AB mot Konkurrensverket.
22 Se Konkurrensverkets pressmeddelande den 6 juli 2016: <http://www.konkurrensverket.se/nyhetsbrevsartiklar/konkurrensverket-overklagar-inte-dom-om-skyltavgift-for-taxi-pa-arlanda>.

23 Se Stockholms tingsrätts beslut den 13 januari 2014 i mål T 9131-13.

24 MD 2015:4.

Innan frågan om Marknadsdomstolens prövning i *ne bis in idem*-frågan kommenteras anges nedan grunden för denna princip.

5. Principen om *ne bis in idem*

Enligt artikel 4.1 i Europakonventionens sjunde tilläggsprotokoll gäller att en och samma person har rätt att inte bli lagförd eller straffad två gånger för samma brott (*ne bis in idem*). Sverige har anslutit sig till det sjunde tilläggsprotokollet och det gäller som lag enligt lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och den grundläggande friheten.

Vidare gäller enligt artikel 50 jämfört med artikel 51 EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna (rättighetsstadgan) att ingen vid tillämpning av unionsrätten får lagföras eller straffas på nytt för en lagöverträdelse för vilken han eller hon redan har blivit frikänd eller dömd i unionen genom en lagakraftvunnen brottmålsdom i enlighet med lagen.

Vad gäller EU-rättighetsstadgans förhållande till bestämmelserna i Europakonventionen kan konstateras att EU enligt artikel 6.2 i EU-fördraget ska ansluta sig till Europakonventionen. Vidare framgår av artikel 6.3 i EU-fördraget att de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, ska ingå i unionsrätten som allmänna principer.

I ingressen till EU:s rättighetsstadga uttalas att med beaktande av unionens behörighet och uppgifter samt subsidiaritetsprincipen bekräftas i stadgan de rättigheter som har sin grund särskilt i medlemsstaternas gemensamma författningstraditioner och internationella förpliktelser, Europakonventionen, Unionens och Europarådets sociala stadgor samt rättspraxis vid EU-domstolen och Europadomstolen. Vidare framgår av artikel 52.3 i rättighetsstadgan att i den mån som stadgan omfattar rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av Europakonventionen ska de ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen. Bestämmelsen hindrar emellertid inte unionsrätten från att tillförsäkra ett mer långtgående skydd.

6. Konkurrensskadeavgift – utgör det ett straff/anklagelse om brott?

I ett mål som rörde den italienska konkurrensmyndigheten har Europadomstolen slagit fast att ett beslut att påföra ett företag en administrativ sanktionsavgift för överträdelse av den italienska konkurrenslagen ansågs innefatta en anklagelse om brott (se Europadomstolens dom den 27 september 2011 i målet *A. Menarini Diagnostics S.L.R. mot Italien*) ("Menarini-målet").

I MD 2013:5, *TeliaSonera mot Konkurrensverket*, som rörde frågor avseende missbruk av dominerande ställning gjorde Marknadsdomstolen några principiellt mycket viktiga uttalanden avseende beviskravet i mål om utdömmande av konkurrensskadeavgift och hänvisade därvid till Menarini-målet. MD fann att genom Europadomstolens praxis har bekräftats att en administrativ sanktionsavgift kan innefatta en anklagelse om brott. Vid bedömning av kravet på bevisningens styrka

finns därmed anledning att beakta grunderna för principen om oskuldspresumtion. Härutöver finns anledning att beakta bl.a. att det finns effektiva medel för att säkerställa en hållbar utredning i mål av detta slag.

7. Marknadsdomstolens avgörande i frågan om *ne bis in idem*

7.1 Konkurrensskadeavgift har en straffrättslig karaktär

Marknadsdomstolen fastslog inledningsvis i beslutet i MD 2015:4, med hänvisning till det ovan angivna Menarini-målet att KKV:s talan om konkurrensskadeavgift, som tingsrätten hade funnit, är av straffrättslig karaktär.²⁵ Detta var motsvarande slutsats som Stockholms tingsrätt hade kommit till. Nedan anges hur Marknadsdomstolen därefter bedömde principen om *ne bis in idem*.

7.2 Konkurrensskadeavgift kan enligt svensk rätt utdömas för ett förfarande som har förbjudits vid vite

Marknadsdomstolen anförde inledningsvis i sitt beslut att det är en allmän princip i svensk rätt att vite inte får föreläggas när straff är utsatt. Principen framgår bl.a. av 9 kap. 8 § första stycket rättegångsbalken.²⁶ Vidare konstaterade Marknadsdomstolen att undantag från denna princip emellertid förekommer i flera författningar, bl.a. i de immaterialrättsliga lagarna. HD har fastslagit att vid tillämpning av lagar som saknar undantag av detta slag gäller den allmänna principen om hinder mot att förelägga vite när straff är utsatt.²⁷

Marknadsdomstolen prövade därefter hur bestämmelsen i 3 kap. 7 § KL om att konkurrensskadeavgift inte får påföras för åtgärder som omfattas av ett vitesåläggande ska tillämpas, utifrån förarbetena till konkurrenslagen och fann att det uttalas i förarbetena att

”[m]ed hänsyn till att ett åläggande vid vite bara tar sikte på framtida agerande på marknaden innebär bestämmelsen att KKV, på samma sätt som enligt nuvarande konkurrenslagen, kan välja att för samma förfarande dels meddela ett åläggande beträffande framtida agerande, dels yrka på konkurrensskadeavgift för tiden innan åläggandet meddelats.”²⁸

Vidare hänvisade Marknadsdomstolen till doktrinen, vilken var av motsvarande uppfattning, dvs. att det inte finns några hinder mot att konkurrensskadeavgift döms ut för samma förfarande som omfattas av ett vitesåläggande vad avser tiden före åläggandet.²⁹

25 MD 2015:4, punkt 25.

26 MD 2015:4, punkt 26.

27 MD 2015:4, punkt 26, i vilken Marknadsdomstolen hänvisade till NJA 1982 s. 633.

28 Se MD 2015:4, punkt 28 och SOU 2006:99 s. 640.

29 Se MD 2015:4, punkt 29.

7.3 Vikten av att prövningen sker enligt legalitetsprincipen

MD uttalade således att det var möjligt att både besluta om vitesåläggande och döma ut konkurrensskadeavgift på grund av samma missbruk av dominerande ställning men fann att en prövning först måste ske enligt legalitetsprincipen. Därmed skulle det prövas om de nu aktuella bestämmelserna uppfyllde det krav på förutsebarhet som enligt legalitetsprincipen måste ställas på en reglering av detta slag.³⁰

Legalitetsprincipen följer bl.a. av 1 kap. 1 § tredje stycket regeringsformen (RF) och är enligt doktrinen tillämplig på all offentlig maktutövning, men gör sig gällande med särskild precision och styrka inom straffrätten.³¹ Av HD:s praxis följer att en sådan prövning måste ske i fråga om sådana avgifter som enligt Europakonventionen är av straffrättslig karaktär.³²

Marknadsdomstolen fann att frågan i föreliggande fall var om undantagsbestämmelsen i 3 kap. 7 § första stycket 1 KL strider mot obestämdhetsförbudet, vilken är ett av fyra krav enligt legalitetsprincipen. Obestämdhetsförbudet innebär ett krav på tydlighet och precision – även om det inte finns något hinder mot att en viss bestämmelse tolkas enligt vedertagna grundsatser.³³ Vidare ska en sådan tolkning göras med försiktighet och enligt HD:s praxis bör en tolkning som vunnit hävd inte utan tungt vägande skäl frångås.³⁴

Marknadsdomstolen konstaterade vidare att tydlighetskravet normalt ska anses vara uppfyllt när en person genom en bestämmelses ordalydelse, och i förekommande fall med stöd av domstolarnas tolkning, får kunskap om vilka handlingar eller vilken underlåtenhet som kan medföra ett ansvar.³⁵

Marknadsdomstolen tolkade därefter bestämmelsen i 3 kap. 7 § KL och kom till slutsatsen att kravet på förutsebarhet var uppfyllt:

”[...] det föreligger hinder mot att påföra konkurrensskadeavgift för handlingar som företagits i strid mot åläggandet, och således oavsett om något vite dömts ut eller inte. Enligt sin språkliga innebörd avser bestämmelsen sålunda handlingar som företas efter det att ett beslut om vitesåläggande har meddelats. Bestämmelsen avser med andra ord inte handlingar som företagits innan ett sådant beslut meddelats. Motsatsvis föreligger det därmed inte något hinder mot att påföra konkurrensskadeavgift för handlingar som legat till grund för ett beslut om vitesåläggande. Vid dessa förhållanden måste bestämmelsen i 3 kap. 7 § första stycket 1 KL anses uppfylla det krav på förutsebarhet som ställs på föreskrifter av detta slag.”³⁶

30 Se MD 2015:4, punkt 30.

31 Se MD 2015:4, punkt 31 som hänvisar till Asp, Peter m.fl., *Kriminalrättens grunder*, andra upplagan s. 45 f. och Sterzel, Fredrik, *Legalitetsprincipen*, publicerad i *Offentligrättsliga principer*, redaktör Lena Marcusson, andra uppl. s. 73 f.

32 Se NJA 2013 s. 842, punkt 21 f.

33 Se MD 2015:4 punkt 30.

34 Se NJA 1994 s. 480.

35 Se i MD 2015:4, punkt 33. Marknadsdomstolen hänvisade därvid till NJA 2013 s. 842, punkt 22, med däri gjorda hänvisningar till Europadomstolens praxis.

36 Se MD 2015:4, punkt 35.

Marknadsdomstolen kritiserade därefter Konkursverket's agerande att väcka talan om konkurrensskadeavgift efter det att en privat part hade fört talan om åläggande vid vite, genom att i punkt 36 konstatera att:

”En annan sak är att det i praktiken måste ha varit svårt för Swedavia att i detta fall förutse att KKV – efter att verket inledningsvis valt att inte meddela ett åläggande avseende den aktuella överträdelsen – skulle välja att väcka en talan om konkurrensskadeavgift på grund av överträdelsen först efter att ett enskilt företag väckt och fått bifall till en talan om åläggande avseende denna. Det finns emellertid inte något hinder emot att kumulativa yrkanden – såsom vitesåläggande och påförande av konkurrensskadeavgift – som skulle ha kunnat prövas i ett och samma mål, prövas i två på varandra följande rättegångar (angående kumulativa yrkanden, se Per Olof Ekelöf, Rättegång Andra häftet, åttonde uppl. s. 164 f.).”³⁷

7.4 Marknadsdomstolens bedömning av principen *ne bis in idem*

7.4.1 Inledning

MD uttalade att för att den EU-rättsliga principen om förbud mot dubbel lagföring och straff, dvs. *ne bis in idem* ska bli tillämplig måste två huvudsakliga kriterier vara uppfyllda. För det första ska samma gärning vara föremål för prövning två gånger. För det andra ska de sanktioner som är föremål för bedömning ha straffrättslig karaktär.

7.4.2 Har samma gärning prövats två gånger?

Vad gäller det första kriteriet fann Marknadsdomstolen att Artikel 4.1 i protokoll 7 till Europakonventionen måste förstås så att den förhindrar en förnyad prövning i den mån som denna omfattar identiska fakta eller fakta som i allt väsentligt är desamma som beträffande den första prövningen.³⁸ Vidare konstaterades att enligt Europadomstolens praxis ska prövningen utgå från vad som utgör konkreta faktiska omständigheter som berör samma svarande och som är oupplösligt förbundna med varandra i tid och rum.³⁹

7.4.3 Är sanktionerna av straffrättslig karaktär?

För det andra fann Marknadsdomstolen att de sanktioner som är föremål för bedömning ska ha straffrättslig karaktär. Den konstaterade därvid att bedömningen av huruvida de sanktioner som är föremål för bedömningar har straffrättslig

³⁷ Se MD 2015:4, punkt 36.

³⁸ Se Europadomstolens dom i mål nr 14939/03, Zolotukhin mot Ryssland, § 82.

³⁹ MD 2015:4, punkt 40, med hänvisning till Europadomstolens dom i mål nr 14939/03, Zolotukhin mot Ryssland, § 84.

karaktär görs enligt tillämpningen av såväl bestämmelsen i protokollet som i EU:s stadga utifrån tre kriterier;

- i. den rättsliga kvalificeringen av överträdelsen i nationell rätt,
- ii. överträdelsens art, samt
- iii. påföljdens natur och stränghet.⁴⁰

Nedan kommenteras Marknadsdomstolens prövning av dessa tre kriterier.

i) Den rättsliga kvalificeringen av överträdelsen i nationell rätt

Marknadsdomstolen bedömde vad som skulle komma att prövas i konkurrensskadaavgiftsmålet mot Swedavia och konstaterade därefter att prövningen i det aktuella målet därmed avsåg omständigheter som i allt väsentligt var desamma som de i det tidigare vitesåläggandemålet och som var oupplösligt förbundna med varandra i tid och rum.⁴¹ Marknadsdomstolen hade redan konstaterat att mål om konkurrensskadaavgift var av straffrättslig karaktär men gick över till att pröva om mål om vitesåläggande kan anses vara av straffrättslig karaktär eller, med den terminologi som används i artikel 6 i Europakonventionen, utgör anklagelser för brott.

Marknadsdomstolen pekade i detta sammanhang på att Europadomstolen i sin praxis har betonat att den rättsliga kvalificeringen i nationell rätt inte ensam kan vara utslagsgivande, eftersom en sådan ordning skulle göra det möjligt för staterna att utforma sin lagstiftning på ett sätt som är oförenligt med Europakonventionens syften.⁴²

Därefter konstaterades att mål om vitesföreläggande, av det slag som beslutats genom domen i Uppsala Taxi-målet, handläggs enligt rättegångsbalkens regler om indispositiva tvistemål (8 kap. 2 § KL) och därmed har klassificerats som en civilrättslig prövning. KL innehåller även materiella bestämmelser av rent civilrättslig natur i form av skadeståndsskyldighet för konkurrensbegränsade samarbete eller missbruk av dominerande ställning (se 3 kap. 25 § KL). Marknadsdomstolen konstaterade dock att syftet med bestämmelserna i KL är att undanröja hinder för en effektiv konkurrens varför regleringen i KL till övervägande del är av offentlighetsrättslig natur.⁴³

Marknadsdomstolen kom således till slutsatsen att förfarandet vid åläggande att upphöra med förbudsöverträdelser på talan av ett företag är av offentlighetsrättslig karaktär. Vitesåläggandet kunde därmed inte kvalificeras som straffrättsligt i svensk rätt.⁴⁴

40 Marknadsdomstolen hänvisade som stöd för detta till Europadomstolens dom i mål 5370/72, Engel m.fl. mot Nederländerna, § 82, samt EU-domstolens dom i mål nr C-489/10, Bonda, EU:C:2012:319, punkterna 37 och 39, och C-617/10, Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105, punkt 35.

41 MD 2015:4, punkterna 42-43.

42 MD 2015:4, punkt 44 och däri hänvisning till Europadomstolens ovan nämnda dom Zolotukhin mot Ryssland, mål nr 14939/03, § 52.

43 MD 2015:4, punkterna 47-48.

44 MD 2015:4, punkt 50.

ii) Överträdelsens art

Marknadsdomstolen konstaterade att enligt Europadomstolens praxis tyder det faktum att ett förbud riktas mot var och en, och inte mot en begränsad krets, på att det är en reglering av straffrättslig karaktär. Europadomstolen har uttalat att en reglering som syftar till bestraffning och avskräckning ses som straffrättslig, och att en överträdelse inte måste ha en viss grad av allvar för att betraktas som straffrättslig.⁴⁵ Bestämmelser till skydd för människovärdet och allmän ordning betraktas vanligtvis som straffrättsliga.⁴⁶ Marknadsdomstolen påtalade vidare att i målet C-489/10, *Bonda*, uttalade EU-domstolen att bedömningen av överträdelsens art innefattar en prövning av om sanktionen har ett repressivt syfte.⁴⁷

Marknadsdomstolen kom till slutsatsen att det inte var fråga om att överträdelserna var av straffrättslig art:

”Väl riktar sig överträdelsen som legat till grund för vitesåläggandet i föreliggande fall mot det grundlagsskyddade intresset av näringsfrihet. Men den kan inte anses rikta sig direkt mot något av de mest grundläggande intressen som i praktiken måste skyddas genom kriminalisering. Inte heller har vitesåläggandet ett repressivt syfte (se nedan punkt 56 f.). Vid dessa förhållanden kan den nu aktuella överträdelsen inte anses vara av straffrättslig art.”⁴⁸

iii) Påföljdens natur och stränghet

Vad gäller det tredje kriteriet om påföljdens natur och stränghet konstaterade Marknadsdomstolen att Europadomstolen har slagit fast att den påföljd som använts i ett visst fall är relevant men att förfarandets karaktär ska bedömas med utgångspunkt i den maximala påföljd som den enskilde riskerat.⁴⁹

Marknadsdomstolen konstaterade mot bakgrund av detta att ett individuellt vite har vissa likheter med ett bötesstraff men skiljer sig från bötesstraffet eftersom vitet är anpassat för att få effekt i det enskilda fallet, medan bötesstraffet utformas med utgångspunkt i en företeelses typiska samhällsfarlighet. Vidare är själva vitesåläggandet som sådant inte verkställbart, utan kan realiserars först om vitet döms ut på grund av att åläggandet inte har iakttagits.⁵⁰

Det kan i detta sammanhang noteras att i förarbetena till lagen om elektronisk kommunikation förs följande resonemang kring vitets karaktär, vilket är relevant att hänvisa till som jämförelse:⁵¹

”Vitet som sanktion är, även när det döms ut, mer att betrakta som ett påtryckningsmedel för att framtvunga framtida beteende, än en sanktion som indikerar ansvar för tidigare beteende. Viten hänger därför samman med sådana förelägganden som medlemsstaterna är fortsatt oförhindrade att rikta mot mellanhän-

45 MD 2015:4, punkt 51 respektive Europadomstolens dom i mål nr 14939/03, *Zolotukhin mot Ryssland*, § 55.

46 MD 2015:4, punkt 51-52.

47 MD 2015:4, punkt 51, Mål C-489/10, *Bonda*, EU:C:2012:319, punkt 39.

48 MD 2015:4, punkt 55.

49 Se Europadomstolens dom i mål nr 14939/03, *Zolotukhin mot Ryssland*, § 56

50 MD 2015:4, punkt 58.

51 Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, m.m., Prop. 2001/02:150 s. 96 f.

der enligt artiklarna 12.3, 13.2 och 14.3. En särskild fråga är huruvida viten behöver omfattas av ansvarsfrihetsreglerna. För att avgöra denna fråga måste man först och främst ta ställning till huruvida föreläggande eller utdömande av vite innebär att mellanhanden "görs ansvarig" för innehållet i informationen. Redan av språkliga skäl är det svårt att säga att den som vid vite föreläggs att göra något eller får ett vite utdömt mot sig drabbas av ansvar. Ansvar förknippas vanligtvis med överträdelse av en generell norm och inte med överträdelse av ett individuellt riktat åläggande. Dessutom är ansvar i den mening som här avses retrospektivt, dvs. det tar sikte på något som har inträffat. Viten omfattas därför inte av ansvarsfrihetsbestämmelserna i direktivet."

iv) Marknadsdomstolens slutsats – vitet var inte av straffrättslig karaktär varför principen om *ne bis in idem* inte är tillämplig

Marknadsdomstolen kom med anledning av ovanstående till slutsatsen att ett vitesåläggande inte är av straffrättslig karaktär vare sig med hänsyn till dess natur eller till dess stränghet. Inte heller en samlad bedömning av gärningens art och påföljdens natur och stränghet ledde till slutsatsen att vitesåläggandet innefattar en anklagelse om brott.⁵²

Marknadsdomstolen konstaterade således att det inte förelåg grund för avvisning för Konkurrensverkets talan mot Swedavia.

8. Situationer där principen *ne bis in idem* kan aktualiseras i konkurrensrättsliga mål

I sammanhanget är det intressant att notera andra situationer när principen *ne bis in idem* kan aktualiseras i konkurrensrättsliga mål. EU-domstolen har prövat denna frågeställning i ett flertal mål men hittills konstaterat att en sådan situation inte har varit för handen. Redan 1965 prövade EU-domstolen ett mål avseende *ne bis in idem* men då i förhållande till andra rättsfrågor kring anställningsförhållanden för en anställd vid EU-institutionerna.⁵³

Principen om *ne bis in idem* innebär på konkurrensrättens område ett förbud mot att ett företag på nytt hålls ansvarigt eller att ett förfarande enligt konkurrensreglerna på nytt inleds mot företaget avseende ett beteende som företaget redan har ålagts böter för eller som företaget har förklarats inte vara ansvarigt för genom ett oöverklagbart beslut.

Det första tillfället där principen om *ne bis in idem* prövades i ett konkurrensrättsligt mål var i ett förhandsavgörandet i mål nr 14/68, *Walt Wilhelm m.fl. mot Bundeskartellamt*.⁵⁴ I målet refererade EU-domstolen inte uttryckligen till principen om *ne bis in idem* utan istället betecknades prövningen som att det förelåg ett krav på

52 MD 2015:4, punkt 59.

53 Förenade målen 18/65 och 35/65, *Gutmann mot Europeiska atomenergigemenskapens kommission*, EU:C:1966:24.

54 Mål C-14/68, *Walt Wilhelm m.fl. mot Bundeskartellamt*, EU:C:1969:4.

”general requirement of natural justice” och EU-domstolen hänvisade till att Kol- och stål-föredraget ställde upp ett krav på avräkning av eventuella nationella böter när böter dömdes ut av Kommissionen.

I mål nr C-238/99, *Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen* (PVC II)⁵⁵, fastslog EU-domstolen att Kommissionen inte var förhindrad att inleda en ny utredning när den tidigare hade ogiltigförklarats på formella grunder.

EU-domstolen underströk i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, *Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen*⁵⁶, att den i konkurrensrättsliga mål, har gjort bedömningen att tillämpningen av principen *ne bis in idem* är underkastad de tre kraven att i) de faktiska omständigheterna är identiska, ii) att det är fråga om en och samma regelöverträdare och att iii) det skyddade rättsliga intresset är detsamma. I målen var det fråga om hur ett bötesbeslut från den italienska konkurrensmyndigheten förhöll sig till Kommissionens bötesbeslut i den aktuella cement-kartellen. Klaganden hade emellertid inte någon framgång med sin invändning avseende *ne bis in idem* eftersom EU-domstolen fann att det inte förelåg någon identitet mellan de faktiska omständigheterna vilket innebar att principen om *ne bis in idem* inte hade kränkts.

EU-domstolen har vidare i mål nr C-304/02, *Kommissionen mot Frankrike* funnit att det är förenligt med principen om *ne bis in idem* att kumulera ett löpande vite och ett engångsbelopp, genom att man två gånger beaktar samma fördragsbrottsperiod.⁵⁷ Domstolen fastslog att eftersom varje sanktion har sin egen funktion ska sanktionen fastställas på ett sådant sätt att den kan fylla denna funktion.

EU-domstolen konstaterade i mål nr C-289/04, *Showka*⁵⁸ att principen om *ne bis in idem* utgör en grundläggande gemenskapsrättslig princip vars efterlevnad säkerställs av gemenskapsdomstolarna.⁵⁹

I *Showka* hade klaganden invänt att förstainstansrätten hade gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att Kommissionen dels fick grunda sig på den globala omsättningen för att beräkna grundbeloppet för böterna och den avskräckande multiplikationsfaktorn, dels kunde bortse från att klaganden redan hade blivit föremål för åtgärder från Förenta staternas, Kanadas och Japans sida och att dessa stater redan hade ålagt företaget böter. EU-domstolen fann att förstainstansrätten (nu Tribunalen) korrekt hade funnit att principen om *ne bis in idem* inte är tillämplig i situationer där tredje lands rättsordningar och konkurrensmyndigheter ingriper inom ramen för sin behörighet. Klagandens invändning avslogs därför.⁶⁰ Detta avgörande visar således på begränsningen till *ne bis in idem* som en europeisk princip.

55 C-238/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen*, EU:C:2002:582, punkt 62.

56 C-204/00 P *Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen*, EU:C:2004:6 punkterna 338 respektive 340.

57 Mål C-304/02 *Kommissionen mot Frankrike*, EU:C:2005:444 punkt 84.

58 C-289/04 P, *Showka Denko mot Kommissionen*, EU:C:2006:431.

59 EUD hänvisade därvid till de förenade målen 18/65 och 35/65, *Gutmann mot Europeiska atomenergigemenskapens kommission*, EU:C:1966:24 och de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen*, EU:C:2002:582, punkt 59).

60 C-289/04 P, *Showka Denko mot Kommissionen* EU:C:2006:431, punkt 56.

EU-domstolen fann i en begäran om förhandsbesked, mål nr C17/10, *Toshiba Corporation m.fl. mot Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*⁶¹, att principen om *ne bis in idem* inte utgör hinder för att de företag som har deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan (det var fråga om den s.k. gas insulated switchgear-kartellen) åläggs böter av den nationella konkurrensmyndigheten i den berörda medlemsstaten för att beivra verkningarna av samverkan på medlemsstatens territorium innan den staten (i det aktuella fallet Tjeckien) blev medlem i Europeiska Unionen. Detta var avhängigt att de böter som ålagts deltagarna i den konkurrensbegränsade samverkan genom ett beslut som Kommissionen hade fattat före antagandet av den nationella konkurrensmyndighetens beslut inte avsåg att beivra nämnda verkningar, i och med att det inte skedde någon ackumulering av böterna.

I mål nr C-375/09, *Tele Polska*,⁶² vilket inte var ett kartellmål utan ett mål avseende frågan om missbruk av dominerande ställning på bredbandsmarknaden i Polen, fann EU-domstolen att Artikel 5 i förordning nr 1/2003 ska tolkas så, att den utgör hinder för att en nationell konkurrensmyndighet att, när den i syfte att tillämpa Artikel 102 FEUF bedömer huruvida villkoren för att tillämpa denna artikel är uppfyllda och, efter denna bedömning, drar slutsatsen att det inte är fråga om något missbruk, fatta ett beslut i vilket det konstateras att det inte föreligger någon överträdelse av nämnda artikel. Detta avgörande har kritiserats av vissa författare som att det innebär att principen om *ne bis in idem* inte respekteras.⁶³ Det kan dock konstateras att böterna till viss del sattes ned vilket av andra författare framhålls som att det visst finns ett mått av framgång med att återropa principen när det finns visst överlapp mellan nationella processer och processer hos Kommissionen.⁶⁴

Principen om *ne bis in idem* har inte bara återropats i relation till frågor avseende utdömande eller beräkning av böter. Principen återropades exempelvis i mål nr C- T402/13, *Orange mot Kommissionen*, där Orange hävdade att en gryningsråd inte var proportionerlig och nödvändig eftersom den nationella konkurrensmyndigheten hade antagit ett beslut varigenom den accepterade Oranges åtaganden utan att konstatera att Artikel 102 FEUF hade överträtts. Kommissionen måste ha känt till det förfarande som myndigheten hade inlett och det slutliga beslut som antogs. EU-domstolen fann att konkurrensmyndigheter i medlemsstaterna inte är behöriga att fatta beslut varigenom ett företag förklaras inte ansvara för en överträdelse av Artikel 101 FEUF eller Artikel 102 FEUF. När en konkurrensmyndighet i en medlemsstat i enlighet med Artikel 5 i förordning nr 1/2003 godtar åtaganden eller konstaterar att det inte finns skäl att intervensera, kan det således inte anses att myndigheten har beslutat att någon överträdelse av Artiklarna 101 FEUF eller 102

61 C-17/10 Toshiba Corporation et al., EU:C:2012:72.

62 C-375/09, *Tele2 Polska*, EU:C:2011:270.

63 Gecic, Bogdan, MacGregor, Anne, EU Antitrust Proceedings and National Competition Authorities: A Leap in the Wrong Direction, 2012, Int. T.L.R., Issue 1.

64 Se Kamil Rosiak, Przemysław, The *ne bis in idem* Principle in Proceedings Related to Anti-Competitive Agreements in EU Competition Law, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, VOL. 2012, 5(6).

FEUF inte har skett. Vad gäller tillämpning av principen *ne bis in idem* kunde Orange således inte med framgång hänvisa till myndighetens beslut avseende bolaget.⁶⁵

En helt annan frågeställning, och vilken inte gör sig gällande inom EU-rätten utan utifrån svensk rätt är förhållandet mellan utdömmande av konkurrensskadeavgift respektive näringsförbud, vilket infördes i 2008 års konkurrenslag.

I förarbetena till konkurrenslagen⁶⁶ konstaterade regeringen att Lagrådet hade väckt frågan om utdömmande av näringsförbud när konkurrensskadeavgift hade dömts ut skulle strida mot principen om *ne bis in idem*.

Regeringen argumenterade för att frågan skulle aktualiseras måste den som har ålagts att betala konkurrensskadeavgift vara en enskild näringsidkare, dvs. driva verksamheten som enskild firma (vilket torde ske endast i undantagsfall) och att frågan om näringsförbud inte har behandlats i rättegången om konkurrensskadeavgift. Alternativt konstaterade regeringen, vilket torde vara mera teoretiskt i dessa fall, skulle den överträdelse som ska föranleda näringsförbud har fastställts av Kommissionen eller av en konkurrensmyndighet i en annan medlemsstat. Med hänsyn till att det ansåg regeringen att det var fråga om sådana undantagssituationer att någon särskild undantagsregel i lagen om näringsförbud inte var påkallad men att frågorna borde analyseras i ett senare sammanhang.

Någon talan om näringsförbud har ännu inte förts av Konkurrensverket och denna fråga har således inte aktualiserats och har så vitt är känt inte heller blivit föremål för ytterligare utredning från Regeringens sida.

9. Avslutande synpunkter

Marknadsdomstolens bedömning att principen om *ne bis in idem* inte är tillämplig i ett mål som avser frågan om huruvida det är möjligt att döma ut konkurrensskadeavgift när motsvarande åtgärder redan är föremål för ett vitesåläggande är enligt min uppfattning korrekt. Detta följer enligt min mening praxis. Huruvida det är lämpligt att Konkurrensverket först låter en part driva en talan enligt den subsidiära talerätten och sedan för talan om konkurrensskadeavgift avseende samma konkurrensrättsliga intrång är enligt min mening olämpligt. Enligt min mening är Marknadsdomstolens kritik i denna del därför befogad.

Som framgår av EU-domstolarnas praxis är principen om *ne bis in idem* en viktig och grundläggande rättssäkerhetsprincip men tillämpningsutrymmet för principen i konkurrensrättsliga mål är i praktiken mycket snävt. Hittills har inte någon klagande lyckats nå framgång med åberopande av denna princip, trots att detta har skett i ett stort antal olika situationer. Detta beror i huvudsak på strukturen med att sanktioner på Kommissionsnivå respektive tredje land anses föreligga sida vid sida. I vissa andra fall har det inte heller ansetts föreligga identitet mellan de överträdelser som har beivrats.

Vissa författare har kritiserat EU-domstolens tolkningar för att vara snävare än Europadomstolens och att det förhållandet att *Telekom Polska*-avgörandet inte res-

65 T402/13, Orange mot Kommissionen, EU:T:2014:991, punkterna 30-31.

66 Prop. 2007/08:135, s. 174 f.

pekerar principen om *ne bis in idem* och denna fråga kan mycket väl komma att ställas på sin spets framöver, och eventuellt bli fråga för prövning inte bara i Luxemburg utan även i Strasbourg-domstolen.

Även om det framtida utrymmet för *ne bis in idem*-prövningar är relativt begränsat kan konstateras att även om prövningar utifrån Europakonventionen och EU:s stadga inte har varit vanliga i svenska konkurrensrättsliga mål kan sådana prövningar förväntas bli mer vanliga i framtiden. Patent- och Marknadsdomstolarna får således säkerligen anledning att utifrån olika perspektiv pröva invändningar enligt Europakonventionen och EU:s stadga i framtiden.⁶⁷

67 EU-domstolen har i ett flertal immaterialrättsliga avgöranden fastslagit att de nationella domstolarna är skyldiga att vid sin bedömning göra en avvägning mellan de grundläggande rättigheterna, se tydligt i mål nr C-275/06, *Promusicae*, EU:C:2008:54 "Enligt domstolens rättspraxis ska medlemsstaterna vid införlivandet av direktiv, när grundläggande rättigheter står i motsättning till varandra, utgå från en tolkning av direktivet som gör det möjligt att göra en rimlig avvägning mellan de olika tillämpliga grundläggande rättigheter som skyddas av unionens rättsordning. Vid genomförandet av införlivandeåtgärderna beträffande direktivet ankommer det på medlemsstaternas myndigheter och domstolar att inte bara tolka sin nationella rätt på ett sätt som står i överensstämmelse med detta direktiv, utan även se till att de inte grundar sig på en tolkning av direktivet som skulle stå i strid med dessa grundläggande rättigheter eller med andra allmänna principer i unionsrätten, såsom proportionalitetsprincipen [...]". Se närmare Bengtsson, Henrik; I gränslandet mellan upphovsrätt och informationsfrihet, i *Festskrift till Jan Rosén*, s. 96 ff.