



Konkurrensverkets domstolsprocesser

Torbjörn Andersson och Magnus Strand
på uppdrag av Konkurrensverket

UPPDRAGSFORSKNINGSRAPPORT 2021:4

Konkurrensverket, december 2021
Författare: Torbjörn Andersson och Magnus Strand
Foto: Mostphotos

Förord

I Konkurrensverkets uppdrag ingår att främja forskning på konkurrens- och upphandlingsområdet. Konkurrensverket har gett professor Torbjörn Andersson och docent Magnus Strand, båda vid Uppsala universitet, i uppdrag utvärdera Konkurrensverkets domstolsprocesser i Patent- och marknadsdomstolen (PMD) och Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD).

En betydande del av Konkurrensverkets arbete är att, vid misstänkta överträdelser av det konkurrensrättsliga regelverket, driva processer i domstol. Det är därför viktigt att processföringen är effektiv och framgångsrik för att en god rättsutveckling och en väl fungerande konkurrens ska uppnås till nytta för konsumenterna.

Konkurrensverket har sedan införandet av den nya domstolsordningen i september 2016 fört ett antal processer som blivit föremål för dom eller beslut i patent- och marknadsdomstolarna. I vissa av dessa mål och ärenden har Konkurrensverket nått framgång i underinstans (PMD). Därutöver har Konkurrensverket fattat ett interimistiskt beslut där PMÖD inte lämnat prövningstillstånd efter att PMD upprätthållit Konkurrensverkets beslut. Konkurrensverket har under den granskade perioden också fattat beslut om avgiftsföreläggande i flera fall.

Konkurrensverket har emellertid inte fått gehör i PMÖD i önskvärd utsträckning. Till det kommer att ändringsfrekvensen mellan de bägge domstolarna är hög. Konkurrensrätten är ett komplext rättsområde och behovet av vägledning är stort, såväl för tillsynsmyndigheten som för andra aktörer. Mot bakgrund av detta har Konkurrensverket valt att genomföra en opartisk bedömning och utvärdering av Konkurrensverkets processföring i dessa mål samt få förslag på förbättringsåtgärder. Avsikten är att rapporten ska kunna bidra till utvecklingen av såväl våra prioriteringar som vår utredningsmetodik och processföring framöver. Det är också min förhoppning att rapporten ska kunna användas av andra som för talan i patent- och marknadsdomstolarna och dessutom inom ramen för den av regeringen aviserade utvärderingen av domstolsreformen.

Till projektet har det knutits en referensgrupp bestående av docent Helene Andersson (Stockholms universitet), f.d. justitierådet Lars Edlund, advokat Eric Ericsson, professor Caroline Heide-Jørgensen (Köpenhamns universitet), professor Lars Henriksson (Handelshögskolan i Stockholm) och professor Sten Nyberg (Stockholms universitet). Från Konkurrensverket har Arvid Fredenberg, Sara Rastner, Joakim Wallenklint och Marie Östman deltagit.

Författarna ansvarar själva för bedömningarna och slutsatserna i rapporten

Stockholm, december 2021

Rikard Jermsten
Generaldirektör

Innehåll

Sammanfattning	6
Summary.....	7
1. Inledning	8
2. Målsättningar med Konkurrensverkets domstolsprocesser	10
3. Rättslig kontext.....	12
3.1 Den materiellrättsliga kontexten	12
3.2 Processuella förutsättningar.....	12
3.3 2021 års lagändringar om Konkurrensverkets beslutanderätt	14
4. Analys av målen	15
4.1 PMT 7499-16 (Logstor)	15
4.2 PMT 7497-16 (Aleris).....	18
4.3 PMT 7498-16 (Alfa).....	21
4.4 PMT 761-17 (Telia & GothNet).....	23
4.5 PMT 1988-17 (Swedish Match).....	25
4.6 PMT 1443-18 (Nasdaq)	28
4.7 PMÖÄ 1519-19 (FTI).....	31
4.8 PMT 3931-19 (Hässelholms kommun)	33
5. Konkurrensverkets organisation med avseende på konkurrensfrågor.....	36
5.1 Organisation och beslutsfattande	36
5.2 Personalfrågor	38
5.3 Internationellt perspektiv	40
6. Bedömning.....	41
6.1 Analys av de genomförda processerna.....	41
6.2 Organisation och beslutsfattande	45
6.3 Personalfrågor	46
7. Slutsatser	48
7.1 De genomförda processerna.....	48
7.2 Organisation och beslutsfattande	49
7.3 Personalfrågor	49

Referenser	50
Offentligt tryck med mera	50
Litteratur	51
Rättspraxis med mera	51

Sammanfattning

Konkurrensverket har under den period som denna studie är avgränsad till fört talan i åtta (8) mål som blivit föremål för dom eller beslut i Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD). Nästan alla dessa processer har fallit ut till Konkurrensverkets nackdel. Syftet med studien har varit att utreda tänkbara orsaker till att det under perioden saknas exempel på att Konkurrensverket vunnit framgång i PMÖD.

Rapporten visar att det ofta råder osäkerhet om hur konkurrensreglerna ska tillämpas i enskilda fall, att vissa av PMÖD:s avgöranden framstått som överraskande samt att det finns uppfattningar att vissa av PMÖD:s avgöranden inte ger önskad vägledning i det fortsatta praktiska arbetet med att tillämpa konkurrensreglerna. Det måste medföra att den delen av Konkurrensverkets uppgifter som innebär att bidra till klargörande av rättsläget blir särskilt viktig och särskilt svår att fullfölja. Det framstår därför som nödvändigt att Konkurrensverket inte bara bedriver utredningar av potentiella konkurrensöverträdelser utifrån alternativa scenarier (t.ex. syfte och effekt, alternativa bestämmningar av relevanta marknader), utan också att sådana alternativa händelseförlopp i den mån det är möjligt inkluderas i motiveringarna till de beslut som fattas, med angivande av vilka grunder som saknar stöd i praxis från EU-domstolen, Tribunalen, PMÖD och Kommissionen. När det är osäkert om en beslutsgrund, eller i domstol svarandepartens invändningar, har stöd i praxis bör Konkurrensverket verka för att förhandsavgörande begärs.

En genomgående observation från de genomgångna målen är att PMÖD funnit att Konkurrensverket inte visat att förutsättningarna för tillämpning av konkurrenslagens regler är uppfyllda. Huruvida en part i ett mål uppnår den relevanta bevisbördepunkten beror givetvis på vilken bevisning som presenteras, men också på hur högt beviskravet placeras. Eftersom Konkurrensverket nu i ett beaktansvärt antal mål misslyckats med att nå upp till det erforderliga beviskravet, väcker det frågan om beviskravet styrkt är för högt satt för att motsvara kraven på ett effektivt genomslag för EU-rätten. Det kan därför finnas anledning för Konkurrensverket att, i mål där EU:s konkurrensregler är tillämpliga, överväga att ta initiativ till att också beviskravets höjd i enskilda fall prövas av EU-domstolen inom ramen för förhandsavgöranden.

Såvitt avser Konkurrensverkets organisation och beslutsfattande visar rapporten att det kan finnas behov av ytterligare överväganden kring prioriteringar av ärenden, så att de ärenden som väljs ut till beslut och eventuell efterföljande domstolsprocess kan bidra till uppnåendet av ändamålen med Konkurrensverkets besluts- och domstolsprocesser. Prioriteringspolicyn är ett viktigt verktyg i det arbetet. Det kan också finnas behov av ytterligare överväganden kring vissa utredningsmetoder, t.ex. så att metoder som är mycket resurskrävande inte används förrän det står klart att de kan tillföra viktig bevisning till ärendet.

I rapporten framhålls också vikten av att Konkurrensverket förmår rekrytera och behålla mycket processvana jurister. För att bibehålla en god psykosocial arbetsmiljö kan en fortsatt fördjupning av samarbeten och kommunikation mellan enheterna ge positiva effekter. En rörlighet mellan enheter kan ha också andra goda effekter, såsom att skapa möjligheter till ömsesidig avlastning vid arbetsanhopningar.

Summary

The Swedish Competition Authority (SCA) has, within the time period at issue in this study, brought eight (8) actions that have led to a judgment or decision in the Patents and Markets Court of Appeal (PMCA). The outcomes in almost all of these have gone against the SCA. The purpose of the study has been to inquire into plausible causes for the lack of success of the SCA in the PMCA in this time period.

It is demonstrated in the report that there is often uncertainty as to how the competition rules should be applied in individual cases, that some of the PMCA rulings have been perceived as surprising, and that there are views that certain PMCA rulings do not offer the desirable guidance for the continuing practical endeavour to apply competition policy. This must, as a consequence, make it particularly important but also difficult for the SCA to pursue those of its tasks that include to contribute to clarification of the law. It therefore appears necessary for the SCA to not only pursue investigations of potential competition law infringements using alternative scenarios (such as purpose and effect, and alternative delineations of relevant markets), but also to include, as far as possible, such alternative sequences of events in motivations to decisions, indicating any grounds that may lack support in the case law of the Court of Justice of the European Union, the General Court, the PMCA, and the European Commission. When there is uncertainty as to whether there is support in the case law for the grounds of a decision (or, in court proceedings, for the counterarguments of an opposite party), the SCA should work for the issue to be referred to the Court of Justice for a preliminary ruling.

A recurring observation throughout the cases examined is that the PMCA has held that the SCA failed to demonstrate that the prerequisites for application of the rules of the Swedish Competition Act have been met. Whether a party is able to meet the relevant onus of producing evidence in a case is of course contingent on the evidence presented, but also on the severity of the standard of evidence. Since the SCA has now, in a significant number of cases, failed to meet the applicable standard of evidence, this raises the question whether the requirement of “proven” is set too high to accommodate the requirement for EU law to be effective (*effet utile*). The SCA may therefore have reason to consider, in cases where EU competition law is applicable, to take initiatives for a review of the severity of the standard of evidence in a specific case by the Court of Justice in the form of a preliminary ruling.

Concerning the organisation and decision-making of the SCA, the report suggests that there may be need for further considerations on the prioritization of matters, so that the matters elected for decisions and possible ensuing court proceedings will contribute to the attainment of the purposes of decisions and court proceedings with the SCA. The policy for prioritization is an important tool in this endeavour. There may also be need for further consideration with regard to certain methods of investigation, so that very resource-intensive methods are not used unless it is clear that they can add important evidence to a matter.

It is also emphasized that it is crucial that the SCA can recruit and retain lawyers with a very high level of competence in court proceedings. In order to maintain a good psychosocial working environment, a continued deepening of cooperation and communication between units may have positive effects. Mobility between units may also have other positive effects, such as enabling mutual support in periods with an intensive work load.

1. Inledning

Konkurrensverket har under den period som denna studie är avgränsad till fört talan i åtta (8) mål som blivit föremål för dom eller beslut i Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD). Nästan alla dessa processer har fallit ut till Konkurrensverkets nackdel. Syftet med studien har varit att utreda tänkbara orsaker till att det under perioden saknas exempel på att Konkurrensverket vunnit framgång i PMÖD.¹

Studien har särskilt avsett:

- om Konkurrensverkets processförluster berott på att Konkurrensverket har gjort en felaktig analys av rättsläget,
- om Konkurrensverkets utredning av sakförhållandena inte har nått upp till den nivå som PMÖD kräver,
- om Konkurrensverkets processföring har varit bristfällig.

I studien har vi dessutom beaktat om PMÖD borde ha begärt förhandsavgöranden från EU-domstolen i större utsträckning än vad som skett.

För att kunna ge en rättvisande bild har vi också ansett det vara nödvändigt att gå in på frågor som avser Konkurrensverkets interna organisation av konkurrensprocesserna, och på bemanningen av konkurrensprocesserna.

Med utgångspunkt i frågeställningarna ovan har utredningen omfattat bland annat:

- analys av de åtta målen (inkl. hur processföringen gått till, vilka processtrategiska överväganden som gjorts, vad som upplevs ha gått rätt respektive fel samt hur gränserna för processföringen uppfattats) i ljuset av de målsättningar som är uppställda för Konkurrensverkets processföring,
- överväganden med anledning av den utökning av Konkurrensverkets rätt att fatta beslut i konkurrensärenden som genomförts under våren 2021, och
- Konkurrensverkets inre strukturella organisation av potentiell relevans för processföringen.

Utifrån ovanstående frågeställningar har vi genomfört en rättslig analys av de domstolsprocesser som omfattats av studien. Materialet har i den delen bestått av tillgängliga handlingar från domstolsprocesserna samt intervjuvar från Konkurrensverkets medarbetare.

¹ Som jämförelse visar Kommissionens statistik (som tillhandahållits författarna genom Konkurrensverket) att Kommissionen vann 24 av de 33 konkurrensmål som under 2019 avgjordes av EU:s domstolar. Jämförelsen ska dock inte föras för långt: Omständigheterna och förutsättningarna för processföring är mycket olika.

Samtal har genomförts med olika personer och grupper bland Konkurrensverkets personal, som har insyn i domstolsprocesserna. Samtalen har genomförts enskilt med personer i ledningsställning. Samtalen har i samtliga fall varit explorativa snarare än strukturerade intervjuer. Samtalen har avsett bland annat Konkurrensverkets interna arbete med utredningar och med beslut kring domstolsprocesser, från utredningsfas till domstolsprocess. Samtalen har också avsett Konkurrensverkets strategiska beslutsfattande i olika delar av den interna processen. Frågor kring Konkurrensverkets arbetssätt, resurser och organisation av konkurrensprocesser har omfattats. Konkurrensverket och dess personal har visat stor beredvillighet att bistå utredningen med dokument och intervjusvar. Vi vill framföra ett stort tack för detta.

Till projektet har också kopplats en referensgrupp bestående av docent Helene Andersson, f.d. justitierådet Lars Edlund, advokat Eric Ericsson, professor Caroline Heide-Jørgensen, professor Lars Henriksson och professor Sten Nyberg. Referensgruppen har lämnat värdefulla synpunkter på projektets närmare utformning och på utkast till rapporten, men har också bidragit med viktig information. Även för detta vill vi uttrycka vårt varma tack.

Under projektet har vissa frågeställningar hamnat i bakgrunden och andra har kommit att förstås på ett nytt sätt. Att så skett är en naturlig del av varje utredning och är dessutom en integrerad del av utredningens resultat. Rapporten formuleras därför inte som svar på frågeställningarna ovan. Rapporten disponeras istället på följande sätt:

1. Målsättningar med Konkurrensverkets domstolsprocesser
2. Rättslig kontext
3. Analys av målen
4. Konkurrensverkets organisation med avseende på konkurrensfrågor
5. Bedömning
6. Slutsatser

2. Målsättningar med Konkurrensverkets domstolsprocesser

På konkurrensområdet har Konkurrensverket till uppgift att till nytta för konsumenterna arbeta för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet och det är givetvis det övergripande målet för verkets processföring. Genom beslut om konkurrensskadeavgift och genom processföringen ska sanktioner utverkas som är riktade mot de enskilda aktörer som orsakat en konkurrenssstörning, samtidigt som fällande domar skickar avskräckande signaler till marknadsaktörerna i allmänhet. I princip samma funktioner fullgörs när Konkurrensverket prospektivt beslutar om åläggande och förbud (eventuell vid vite). Dessa kan kallas individual- respektive allmänpreventiva rättsföljder och innebär egentligen att lagregler ges praktisk effekt, vilket tydligt ligger inom regeringsuppdraget att arbeta med lagtillämpning.²

Vidare måste det anses ligga inom Konkurrensverkets uppgifter att medverka till att klarlägga rättsläget när det är oklart. Mot bakgrund av att den materiella konkurrensrättens tillämplighet i enskilda fall (och typsituationer) ofta är osäker (se nedan), framstår detta som en viktig del av Konkurrensverkets uppgifter, vilken främst fullgörs genom att Konkurrensverket initierar rättsliga förfaranden. Vidare är konkurrensrättens tillämplighet beroende av beviskrav och normer för bevisvärdering och det är ofta i enskilda fall oklart dels vad som krävs för att något ska anses ha bevisats, dels om en fråga är en faktafråga eller en rättsfråga. Det måste därför anses ligga inom Konkurrensverkets uppgifter att medverka till att rättsläget klargörs också beträffande bevisfrågor och andra processrättsliga frågor.

Eftersom det kan antas ligga inom Konkurrensverkets uppgifter att genom sin processföring bidra till att rättsläget klargörs, kan målsättningen inte villkorslöst bestämmas till att Konkurrensverket förväntas vinna framgång i varje fall. Om Konkurrensverket beslutade (att väcka talan) om konkurrensskadeavgift, åläggande och förbud endast i de helt säkra fallen – om sådana finnes – kan man anta att det i praktiken skulle medföra att målet att arbeta för en effektiv konkurrens medvetet skulle eftersättas. Å andra sidan är det givetvis negativt för uppnåendet av det avskräckande syftet att inte vinna framgång med *något* mål i högsta instans under en femårsperiod. Bortsett från att enskilda potentiellt konkurrensbegränsande marknadsuppträdanden kvarstår obeivrade, motverkar en sådan brist på fällande domar den allmänna regelinternaliseringen hos marknadsaktörerna.³ Inom ramen för våra intervjuer har företrädare för Konkurrensverket också uttalat att det för Konkurrensverket framöver är en hög prioritet att åstadkomma en viss mängd tydliga fällande beslut och domar i förhållandevis ”enkla” eller avgränsade ärenden, dels så att marknadsaktörerna får en tydlig bild av att konkurrensreglerna faktiskt tillämpas, dels för att bidra till rättsutvecklingen.

² Konkurrensverket (2019) *Konkurrensverkets uppgifter och organisation*, s 5.

³ Under perioden har det dock förekommit otvistiga avgiftsförelägganden, dnr 117/2017 och dnr 59/2019.

Ändamålen med Konkurrensverkets domstolsprocesser kommer också till uttryck i en prioriteringspolicy.⁴ Av policydokumentet framgår att Konkurrensverket prioriterar sina inkomna ärenden mot bakgrund av ett antal faktorer som identifieras i dokumentet:

- Om problemet orsakar skada för konkurrensen och konsumenterna.
- Om det finns förutsättningar att med stöd av konkurrensreglerna effektivt utreda och ingripa mot problemet.
- Hur viktigt det är att få ett vägledande avgörande.
- Om Konkurrensverket är bäst lämpat att agera.⁵

Bland dessa faktorer kan särskilt den första och den tredje ställas i relation till ändamålen med domstolsprocesserna. Av policydokumentet framgår också att "skada för konkurrensen och konsumenterna [är] den prioriteringsfaktor som väger tyngst".⁶ Uppräkningen av de faktorer som ingår i prioriteringen har i princip varit oförändrad sedan 2016 och har alltså gällt under den period som den här undersökningen avser.⁷ Vi återkommer till prioriteringspolicyn och dess innehåll i avsnitt 4 nedan.

⁴ Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten, 2020-02-12, Dnr 581/2019.

⁵ *ibid*, s 1–2.

⁶ *ibid*, s 2.

⁷ Se Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten, 2016-04-20, Admnr 67/2016, s 1–2.

3. Rättslig kontext

3.1 Den materiellrättsliga kontexten

Den materiella konkurrensrätten är komplex. Det beror på att den är konstruerad utifrån ett ekonomiskt-teoretiskt tänkande och består av ett fåtal förbudsregler vars innehåll över tid utvecklats och utvecklas genom praxis från EU-domstolen och Tribunalen, i viss mån i samspel med nationella behöriga myndigheter och domstolar. Det kan också tilläggas att det materiella innehållet i reglerna utvecklats inom strukturer som över tid förändrats, EU-rättsligt och nationellt.

I praxis har reglerna kommit att sönderdelas i ett antal rekvisit som kopplas till olika led i reglerna, men också i undantagsrekvisit och rekvisit som inte har stöd i lagtext. För varje rekvisit finns bedömningskriterier som kan kopplas till avgöranden av EU-domstolarna, Kommissionens riktlinjer, doktrinen och/eller ekonomisk teori. Det förekommer också att det finns flera konkurrerande eller alternativa bedömningskriterier, och bedömningskriteriernas tillämpning skiftar i allmänhet beroende på omständigheter som typ av marknad etcetera.

Det gör att förutsättningarna för att göra en materiellrättslig bedömning av en potentiell överträdelse av konkurrensreglerna är krävande, i jämförelse med rättsliga bedömningar på många andra rättsområden. I hög grad framstår varje nytt fall som unikt, även när det finns tidigare prejudikat avseende liknande fall, och varje fall har en jämförelsevis hög potential för juridisk och ekonomisk problematisering.

3.2 Processuella förutsättningar

När det gäller den processuella kontexten bör först noteras att *bevisbördan* ska ligga på den som påstår en överträdelse av konkurrensreglerna, dvs. på Konkurrensverket.⁸ Men det faller på den nationella rätten, villkorad av den EU-rättsliga effektivitetsprincipen, att bestämma *beviskrav*.⁹ Det är svårt att ge en entydig bild av vilka beviskrav som gällde fram till inrättandet av patent- och marknadsdomstolarna.¹⁰ I processerna efter domstolsreformen förefaller i utgångsläget beviskravet vara satt till det sedvanliga ”styrkt” eller ”visat”, om det skulle föreligga någon skillnad mellan dessa.¹¹ I princip gällde sannolikt generellt samma beviskrav i de mål som fram till mars 2021 handlades enligt Ärendelagen¹² och det är troligt att det nu, åtminstone som utgångspunkt, gäller alla typer av konkurrensmål som Konkurrensverket processar.

⁸ I ett av de studerade målen, Alfa (PMT 7498-16), kastade PMD om bevisbördan för den rättsliga ekonomiska kontexten.

⁹ Ett exempel på hur EU-domstolen kan förklara att en nationell bevisregel står i strid med den EU-rättsliga effektivitetsprincipen finns i mål 199/82 *San Giorgio* EU:C:1983:318 p. 14.

¹⁰ En teoribildning kring detta efterlystes i Ingeborg Simonsson, *Konkurrensverkets domstolsprocesser 1993–2004: En utvärdering* (Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2005:2) p. 107.

¹¹ Jfr PMD t.ex. i *Swedish Match* (PMT 16822-14), PMÖD i *Logstor* (PMT 7499-16, där dock lägre krav gällde betr. koncentrationens effekt), *Telia-Gothnet* (PMT 761-17) samt *FTI* (PMÖÄ 1519-19).

¹² Lagen (1996:242) om domstolsärenden, som styr domstolarnas handläggning vid överprövning av beslut som fattats av Konkurrensverket inom ramen för myndighetens beslutanderätt.

Konkurrensmål har sorterats in i kategorin *indispositiva mål*, oavsett om det är fråga om mål enligt Ärendelagen eller mål om konkurrensskadeavgift enligt RB. Enligt en specialreglering i lagen (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar 3 kap. 9 § tillämpas preklusionsreglerna i RB 42 kap. 15 och 15a §§ samt 50 kap. 25 § st 3 också i indispositiva tvistemål och ärenden. Trots detta har PMÖD vid åtminstone två tillfällen funnit målets indispositiva karaktär motivera att Konkurrensverkets motpart fått föra in nya omständigheter i PMÖD. PMÖD har också hänvisat till att de konkurrensrättsliga sanktionerna är av straffrättslig karaktär.¹³ Det antyder att konkurrensmålets indispositiva karaktär är motiverad av partshänsyn, som den tilltalades intresse i brottmål. På motsvarande sätt som i brottmål kan dock den indispositiva karaktären också hänföras till att samhällsintresset av att motverka konkurrenss störningar och upprätthålla effektiv konkurrens på ekonomiska marknader genombryter dispositionsprincipen. (Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal har f.ö. den statusen i tvister mellan företag.) Det skulle motivera att patent- och marknadsdomstolarna har att utöva en högre grad av officialverksamhet än i dispositiva tvistemål. Men det verkar t.ex. inte som att PMÖD använt RB 35 kap. 6 § för att ex officio inhämta bevisning, vilket i och för sig vore märkligt mot bakgrund av lagen om patent- och marknadsdomstolar 3 kap. 7 §. Även om det är svårt att dra slutsatser om PMÖD:s processaktivitet genom att studera domarna, finns uppgifter om att PMÖD har bedrivit *materiell processledning* i några fall,¹⁴ men att PMÖD inte har varit särskilt aktiv att processleda. Mycket tyder på att åtminstone målen om sanktionsavgift i praktiken har hanterats som rent dispositiva tvistemål i PMÖD.

PMÖD har möjlighet att lämna s.k. ventil för prövning av mål i Högsta domstolen, om det är av vikt för rättstillämpningen att ett överklagande kan prövas av Högsta domstolen.¹⁵ En grundläggande tanke i förarbetena till regeln om ventil är att PMÖD ska skapa prejudikat inom området för sin expertis, alltså bland annat inom det konkurrensrättsliga området, medan Högsta domstolen ska kunna ges ett inflytande när t.ex. "allmänna avtalsrättsliga, ersättningsrättsliga och sakrättsliga frågor" ingår i de mål som PMÖD hanterar.¹⁶

I konkurrensmål kan fråga uppstå om huruvida den svenska domstolen bör/ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Frågan styrs av artikel 267 FEUF, enligt vilken den nationella domstolen fakultativt får inhämta sådant förhandsavgörande när det föreligger oklarhet kring en EU-rättslig fråga. För en nationell domstol som dömer i sista instans, vilket PMÖD gör i åtminstone de mål där ventil till Högsta domstolen inte lämnas, är regeln obligatorisk.¹⁷ Hittills har PMÖD inte i något konkurrensmål inhämtat förhandsavgörande.¹⁸

¹³ Enligt EKMR och EU:s rättighetsstadga. Det kan diskuteras om åläggande/förbud vid vite verkligen faller i denna kategori; det är svårt att se att en förbudsdom skulle vara mer ingripande än en tvistemålsdom avseende fullgörelse när bägge i slutändan kan tvångsrealiseras med hjälp av t.ex. vite.

¹⁴ Särskilt kanske i Hässleholms kommun (PMT 3931-19).

¹⁵ Lagen om patent- och marknadsdomstolar 1 kap. 3 § st 3.

¹⁶ Prop. 2015/16:57 s 165.

¹⁷ Se om detta mål 283/81 *CILFIT* EU:C:1982:335, och nyligen mål C-561/19 *Conorzio Italian Management* EU:C:2021:799. Även lägre instans måste inhämta förhandsavgörande om den finner skäl som talar för att en EU-rättsakt är ogiltig, mål 314/85 *Foto-Frost* EU:C:1987:452.

¹⁸ Om svenska domstolars bristande benägenhet att genom att begära förhandsavgörande bidra till rättsutvecklingen inom EU, se Ulf Bernitz' rapporter *Förhandsavgöranden av EU-domstolen: Svenska domstolars hållning och praxis* (Sieps 2010:2), *Förhandsavgöranden av EU-domstolen: Utvecklingen av svenska domstolars hållning och praxis 2010–2015* (Sieps 2016:9) och *Förhandsavgöranden av EU-domstolen 1995–2020: Genomslag och betydelse i Sverige* (Sieps 2021:2).

3.3 2021 års lagändringar om Konkurrensverkets beslutanderätt

Genom en serie lagändringar som trädde ikraft den 1 mars 2021 har Konkurrensverkets befogenheter att fatta självständiga beslut i konkurrensärenden utökats väsentligt.¹⁹ Det faller utanför ramen för denna rapport att ge en översikt av de gjorda förändringarna, men det står utom tvivel att förutsättningarna för Konkurrensverkets processföring har förändrats. Av skäl som redovisas nedan är det dock inte säkert att förändringarna har avgörande betydelse för de aspekter av Konkurrensverkets processföring som är mest centrala i denna rapport.

Konkurrensverket hade sedan tidigare uppvaktat regeringen med önskemål om en instansordning där Konkurrensverket fattar beslut som sedan kan överprövas av domstol i enlighet med lagen (1996:242) om domstolsärenden. Genom 2021 års lagändringar genomfördes en sådan förändring i flera nya typer av konkurrensärenden. Bland annat har Konkurrensverket nu behörighet att fatta beslut om att ett visst agerande har utgjort en överträdelse av förbuden i konkurrenslagen (2008:579, nedan KL) 2 kap. 1 eller 7 §§ och att fatta beslut enligt samma lag 3 kap. 5 § om konkurrensskadeavgift med anledning av överträdelsen. Syftet med ändringarna är att öka effektiviteten i konkurrensprocesserna genom att snabbare nå fram till beslut.²⁰

Det råder för närvarande en viss ovisshet om vilka konkreta konsekvenser lagändringarna kan komma att ha i kommande konkurrensprocesser. Det finns inom såväl Konkurrensverket som bland advokater en tydlig förhoppning om att den utökade beslutanderätten verkligen ska leda till effektivare processer.²¹ Patent- och marknadsdomstolarna uttryckte emellertid i sina remissyttranden en oro för rättssäkerheten vid en utökad beslutanderätt för Konkurrensverket, och tveksamhet till om förändringen kunde leda till sådana effektivitetsvinster i konkurrensprocesser som var dess syfte.²² Konkurrensverket har haft vissa förhoppningar om effektivisering genom lagändringarna samt att de skulle kunna medföra att motparter, i större utsträckning, skulle få förebära bevisning till stöd för påståenden om att Konkurrensverkets beslut skulle vara felaktigt. Det återstår att se om någon sådan förändring kommer till stånd.²³ Intervjuerna visar också att det pågår en lärandeprocess kring den nya processordningen inom såväl Konkurrensverket som inom de advokatbyråer som ofta åtar sig konkurrensmål.

¹⁹ SFS 2021:81 *Lag om ändring i konkurrenslagen*. Se vidare prop. 2020/21:51 *Konkurrensverkets befogenheter* och Ds 2020:3 *Konkurrensverkets befogenheter*. Förändringarna motiverades delvis av införlivandet i svensk rätt av Europaparlamentets och Rådets direktiv (EU) 2019/1 av den 11 december 2018 om att ge medlemsstaternas konkurrensmyndigheter befogenhet att mer effektivt kontrollera efterlevnaden av konkurrensreglerna och om att säkerställa en väl fungerande inre marknad [2019] OT L 11/3.

²⁰ Prop. 2020/21:51 s 49 och 52ff.

²¹ Se t.ex. Eric Ericsson, "Konkurrensverket får besluta om böter", <https://konkurrensbloggen.ericericsson.se/category/konkurrensverket/>.

²² Se Svea hovrätts resp. Stockholms tingsrätts yttrande, ärende med regeringens Dnr N2020/00305/RS.

²³ Svea hovrätt menade emellertid uttryckligen i sitt remissvar att Konkurrensverkets åberops- och bevisbörda i domstol skulle vara oförändrad efter förändringen.

4. Analys av målen

4.1 PMT 7499-16 (Logstor)

Logstor Sverige Holding AB (Logstor), ett dotterbolag till Logstor A/S, tillverkade och sålde förisolerade rör för distribution av fjärrvärme. Den 6 september 2015 ingick Logstor ett avtal som avsåg förvärv av samtliga aktier i Powerpipe Systems AB (Powerpipe), vars verksamhet huvudsakligen hade samma inriktning. Den 8 september 2015 anmälde Logstor A/S förvärvet till Konkurrensverket.

Den 12 februari 2016 väckte Konkurrensverket talan om förbud mot förvärvet vid Stockholms tingsrätt. Till grund för sitt yrkande om förbud anförde Konkurrensverket att förvärvet skulle utgöra en horisontell koncentration, att Logstor och Powerpipe var de två mest betydande konkurrenterna på den relevanta marknaden, att Logstor genom förvärvet skulle få en marknadsandel om ca 80 % och därmed en dominerande ställning på den relevanta marknaden, och att det minskade konkurrenstrycket på den relevanta marknaden skulle kunna leda till prishöjningar eller andra försämringar för köparna av fjärrvärmerör. Konkurrensverket drog därför slutsatsen att förvärvet skulle vara ägnat att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det.

Logstor och Powerpipe bestred Konkurrensverkets talan. Till grund för sitt bestridande anförde Logstor och Powerpipe bland annat att Konkurrensverket hade avgränsat den relevanta geografiska marknaden för snävt. Medan Konkurrensverket anfört att den relevanta geografiska marknaden endast skulle omfatta Sverige, anförde Logstor och Powerpipe att den relevanta geografiska marknaden skulle omfatta EES-området och Schweiz. Med en sådan avgränsning som gjordes gällande av Logstor och Powerpipe skulle deras gemensamma marknadsandel uppgå till ca 25 %. Logstor och Powerpipe bestred bland annat därför att förvärvet skulle vara ägnat att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det.

Tingsrätten bedömde frågan om den relevanta geografiska marknaden med utgångspunkt bland annat i varifrån fjärrvärmerör faktiskt levereras till Sverige, och drog slutsatsen att den relevanta geografiska marknaden med övervägande sannolikhet omfattade norra Europa. Tingsrätten utgick därefter från Logstors och Powerpipes uppgifter om ca 35 % marknadsandel på en relevant marknad med sådan geografisk avgränsning, och bedömde att de inte skulle nå dominerande ställning. Tingsrätten prövade också andra skäl till att förbjuda förvärvet men fann inte stöd för att sådana skäl förelåg. Konkurrensverkets talan ogillades därför.

Både Logstor och Konkurrensverket överklagade domen till Marknadsdomstolen, och målet överfördes till Patent- och marknadsöverdomstolen vid Svea hovrätt (PMÖD). I de delar som ovan redovisats stod parterna fast vid sina yrkanden och grunder i PMÖD. Konkurrensverket åberopade därutöver två s.k. SSNIP-test.

PMÖD uttalade inledningsvis att i koncentrationsmål ska bevisbördan för att bestämma relevant marknad åligga Konkurrensverket med beviskravet styrkt och att verket dessutom ska ha bevisbördan för att visa att en koncentration är ägnad att påtagligt påverka konkurrensen, men med det lägre beviskravet sannolikt. Detta lägre beviskrav motiverades med hänvisning till EU-domstolspraxis och med svårigheten att föra bevisning om den hypotetiska framtida effekten av en koncentration.

Vad gäller den relevanta marknaden var produktmarknadens avgränsning i princip otvistig, men alltså inte den geografiska marknaden. PMÖD inledde sin bedömning med att undersöka om olika företags respektive marknadsandelar i olika geografiska områden kunde ge en indikation på hur den geografiska marknaden borde avgränsas. PMÖD fann beträffande Logstor och Powerpipe att en rapport avseende Logstors marknadsandelar (upprättad när Logstor A/S förvärvades av företaget Triton några år tidigare) inte kunde läggas till grund för någon bestämd slutsats om vilka marknadsandelar olika bolag har. Vidare fann PMÖD att det förhållandet att Konkurrensverkets bestämning av företagens marknadsandelar utgått från försäljningarna till de fyra stora svenska kunder som efterfrågar en fullsortimentsleverantör, inte gav underlag för att utesluta övriga leverantörer, särskilt som det var fråga om standardprodukter. PMÖD menade att Konkurrensverkets uppgifter om företagens marknadsandelar var bristfälliga, men att det ändå gick att sluta sig till att företagen hade stora marknadsandelar i Sverige. Beträffande förhållandena i andra länder hade Konkurrensverket hänvisat till en uppskattning som Logstor lämnat under Konkurrensverkets utredning 2014 av olika bolags marknadsandelar. Med möjlig hänvisning till att Logstor understrukt att uppgifterna endast var Logstors egna uppskattningar, fann PMÖD att det saknades tillräcklig utredning om hur marknadsandelar för bolag på fjärrvärmerörmarknaden i andra länder förhåller sig och utvecklats. PMÖD:s slutsats var därför att det saknades en "tillräckligt tydlig utredning om marknadsandelarnas fördelning i Sverige och andra länder som ger stöd för Konkurrensverkets påstående om att den geografiska marknaden för fjärrvärmerör skulle vara avgränsad till Sverige".

PMÖD gick därefter över till att bedöma om prissättning och prisskillnader kunde indikera att Sverige utgjorde den relevanta geografiska marknaden. PMÖD fann att, även om det framkommit att priserna i Danmark är högre än i Sverige och lägre i Tyskland och att transportkostnader som inte beaktats av Konkurrensverket var en liten del av priset, Konkurrensverkets utredning inte var tillräcklig för att ge någon indikation.

Vad gäller omständigheter relaterade till efterfrågans särdrag med mera fann PMÖD att det fanns vissa nationella skillnader i efterfrågan beträffande fjärrvärmerörs utformning, men att dessa skillnader låg inom ramen för EU-standarden och att i princip alla tillverkare kunde tillverka de olika slags rör som efterfrågades. Vidare menade PMÖD att även om utredningen visat att kunder i Sverige ofta ställde krav på att rören skulle kunna levereras till den plats där de skulle läggas, anlätade majoriteten av leverantörerna externa logistikföretag och vidare fann PMÖD det klarlagt att det förelåg en stor andel av importerade rör till Sverige. Sammantaget fann PMÖD att särdragen i de svenska kundernas efterfrågan inte kunde anses tala för att den geografiska marknaden var nationell.

Beträffande resultaten av de SSNIP-test som Konkurrensverket infört i PMÖD, fann PMÖD att det inte gav någon ledning för avgränsningen av den geografiska marknaden i målet. Motiveringen var att priset bestämdes i varje enskild upphandling och konkurrensen ägde rum vid varje upphandlingstillfälle, varför det befanns oklart vilket konkurrensmässigt pris som testet skulle utgå ifrån.

Med avseende på omständigheter relaterade till substitution på utbudssidan fann PMÖD att företagen ifråga, tillsammans med två andra svenska företag, hade stora marknadsandelar på den svenska marknaden. Även om det framgick av Konkurrensverkets utredning att flera utländska företag gärna skulle konkurrera i upphandlingar i Sverige men hänvisat till ett behov av lokal närvaro, fann PMÖD att det inte förelåg krav på lokal närvaro. Vidare fann PMÖD att, trots konstaterad överkapacitet på fjärrvärmerör i Europa, det saknades utredning om varför de med överkapacitet och intresse av den svenska marknaden, ändå valt att inte alls eller i begränsad utsträckning delta i upphandlingar. PMÖD såg därför inte skäl att bortse från potentiella leverantörer bara för att dessa dittills inte varit aktiva på den svenska marknaden. Enligt PMÖD:s bedömning talade ovan nämnda omständigheter av relevans för utbudssubstitution att det fanns förutsättningar för andra leverantörer att försörja svenska fjärrvärmekunder om det skedde en liten men varaktig prishöjning på 5–10 procent. Inte heller avsaknad av substitution på utbudssidan gav alltså enligt PMÖD anledning till att avgränsa den relevanta geografiska marknaden till Sverige.

Föga överraskande utmynnade PMÖD:s helhetsbedömning av den geografiska marknaden i slutsatsen att Konkurrensverket inte styrkt att den relevanta geografiska marknaden var avgränsad till Sverige. Utredningen i målet gav heller inte, enligt PMÖD, stöd för en alternativ marknadsavgränsning, vilket PMÖD på grund av målets indispositiva karaktär verkade anse sig oförhindrad att göra om bara utredningen hade givit underlag för det. PMÖD avgränsade därför marknaden till EES-området och Schweiz.

Indispositivitet

PMÖD ansåg, liksom PMD, att målets indispositiva karaktär möjliggör för domstolarna att utifrån processmaterialet göra en självständig "konstruktion" av den relevanta geografiska marknaden, men medan PMD gjorde en sådan (norra Europa) fann PMÖD att processmaterialet inte gav stöd för det. Vidare kan noteras att PMÖD istället baserade effektbedömningen på det som vitsordats av svarandeföretagen (eller det som omfattas av deras inställning). Det kan diskuteras om det förhållandet att omständigheter vitsordas av svarandepartens ska läggas till grund för en rättslig bedömning i ett indispositivt tvistemål. Av RB 35 kap. 3 § st 2 framgår att om part erkänner viss omständighet och saken inte är sådan att förlikning är tillåten, ska rätten med hänsyn till omständigheterna pröva vilken verkan parts erkännande har som bevis. Även om PMÖD:s motivering ger intryck av att domstolen, när Konkurrensverket misslyckats med att bära bevisbördan, skulle ha att utgå från de förhållanden som vitsordats av svaranden, finns alltså inget rättsligt stöd för att PMD och PMÖD skulle vara bundna av svarandepartens vitsordande. Det innebär att Konkurrensverket när alternativa omständigheter, som t.ex. alternativa marknadsavgränsningar, aktualiseras i ett mål, som utgångspunkt har att föra bevisning om var och en av dem. Detta innebär dock inget hinder för domstolarna att, som PMD och PMÖD observerade i målet, göra självständiga "omkonstruktioner" av t.ex. relevant marknad när det finns stöd för det i de förhållanden som funnits bevisade.

Bevisvärdering

Det är uppenbart att såväl PMÖD som PMD har menat att Konkurrensverkets utredning har brustit i robusthet: det har inte funnits tillräckligt underlag för att styrka påståendet att den geografiska marknaden för fjärrvärmerör utgjordes av Sverige. Uppenbarligen skulle det ha krävts mer utredning om fler företag i Sverige vad gäller marknadsandelar och detsamma vad gäller både marknadsandelar och priser i åtminstone de länder där det finns exempel på att företag levererat till den svenska marknaden (jfr PMD). Vidare kunde man kanske anse att Konkurrensverket borde ha haft bättre på fötterna när det gäller krav på lokal närvaro

samt att utländska företag har begränsad möjlighet att konkurrera i upphandlingar; men samtidigt är det svårt att veta vilket slag av bevisning som hade kunnat övertyga domstolen. I sammanhanget bör också beaktas att förordning 1/2003 inte gäller i koncentrationsärenden och att möjligheterna för Konkurrensverket att inhämta information om utländska företag är jämförelsevis begränsade. Vi instämmer visserligen i PMÖD:s bedömning att Konkurrensverket inte styrkt att den relevanta marknaden var avgränsad till Sverige, om än det visats att de inblandade företagens marknadsandelar var stora på den svenska marknaden, men målet visar att det är problematiskt att ställa upp ett högt beviskrav på ett område som är underkastat en indispositiv rättslig reglering. Trots att beviskravet inte uppfyllts kvarstår intrycket att den aktuella koncentrationen var problematisk från konkurrensrättsliga utgångspunkter.

Det kan noteras att PMD och PMÖD intog motsatta uppfattningar om bevisvärdet av SSNIP-tester i konkurrensfall. Vidare kan noteras att PMÖD, vid bedömningen av utbudssubstitution, gjorde ett omvänt SSNIP-resonemang, och fann att det vid en liten men varaktig hypotetisk prishöjning med 5–10 procent fanns förutsättningar för utländska företag att träda in. Mot bakgrund av att PMÖD tidigare i samma avgörande funnit det omöjligt att använda SSNIP-tester på en marknad när priset bestäms i individuella upphandlingssituationer framstår det resonemanget som mindre övertygande.

Avslutningsvis kan observeras att bedömningen av avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden ska vara en helhetsbedömning, grundat på ett icke uttömmande angivet antal faktorer, vilka inrymmer (bland annat hypotetiska) omständigheter som är svårbevisade. Vidare är bevisvärdet av olika omständigheter diskutabelt – exempelvis hade som ovan nämndes domstolarna olika uppfattningar om värdet av ett SSNIP-test, och det kan diskuteras om inte de faktiska förhållandena vad gäller utländska företags engagemang på marknaden ska tillmätas större betydelse än deras möjligheter att göra det i framtiden i händelse av en prishöjning (som rimligen är svårupptäckt). Så länge ett högt beviskrav tillämpas bör Konkurrensverket begränsa förbud avseende företagskoncentrationer till relativt klara fall och då gardera sig med alternativa marknadsavgränsningar.

4.2 PMT 7497-16 (Aleris)

Aleris Diagnostik AB (Aleris), Caphio S:t Görans Sjukhus AB (Caphio), Globen Heart AB och Medical Support i Stockholm AB var alla anbudsgivare i en upphandling av tjänster inom klinisk fysiologi som genomfördes av Stockholms läns landsting under 2008.²⁴ Inför anbuds-förfarandet ingick Aleris vissa avtal med Caphio respektive Globen Heart AB och Medical Support i Stockholm AB (gemensamt). Avtalen innehöll vissa avsiktsförklaringar angående bolagens kommande anbud, och vissa rättigheter till att inom ramen för upphandlingen få leverera tjänster för den vinnande anbudsgivarens räkning (vilket parterna kallade att vara "underleverantör") om någon av dem vann upphandlingen. Rättigheterna som enligt avtalen tillkom Globen Heart AB och Medical Support i Stockholm AB överläts senare till Hjärtkärlgruppen i Sverige AB (HKG). Nedan kallas dessa bolag gemensamt HKG. Samtliga ovan nämnda bolag kallas gemensamt bolagen.

²⁴ Upphandlingen avsåg dessutom tjänster inom klinisk neurofysiologi, men den delen omfattades inte av den talan som senare väcktes av Konkurrensverket.

Den 28 augusti 2013 väckte Konkursverket talan mot bolagen vid Stockholms tingsrätt med yrkanden att de skulle förpliktas att betala konkurrensskadeavgift till olika belopp. Till grund för sina yrkanden anförde Konkursverket att avtalen (eller i vart fall samordnade förfaranden med samma innebörd) ingåtts och därefter tillämpats med syfte och/eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt, i strid med KL 2 kap. 1 §. Konkursverket anförde att avtalen innefattade otillåtna överenskommelser om (1) att det bolag som vann upphandlingen skulle dela med sig till den andra av de volymer som kunde komma att avropas (volymindelning) och om (2) vilka anbudsobjekt de skulle lämna anbud på och med vilka volymer (informationsutbyte).

Bolagen bestred Konkursverkets talan. Till grund för sina bestridanden anförde bolagen bland annat att avtalen (liksom de påstådda förfarandena) inte hade något konkurrensbegränsande syfte eller resultat, eftersom det som förekommit mellan dem inte var av sådan karaktär att det kunde påverka deras incitament att fullt ut konkurrera i upphandlingen eller påverka priskonkurrensen dem emellan.

Tingsrätten meddelade sin dom den 18 december 2015. Tingsrätten bedömde att Konkursverket visat att avtalens syfte var att reducera riskerna med anbudskonkurrens och ge avtalsparterna inflytande över marknadsstrukturen efter upphandlingen och att avtalens konsekvenser varit märkbara på den relevanta marknaden. Därmed drog tingsrätten slutsatsen att avtalen hade till syfte att hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt, i strid med KL 2 kap. 1 §. Tingsrätten bedömde också huruvida något undantag från samarbetsförbudet i KL kunde bli aktuellt, men fann att så inte var fallet. Tingsrätten bedömde vidare att Konkursverket visat att överträdelsen skett av oaktsamhet. Bolagen förpliktades därför att betala konkurrensskadeavgift till olika belopp.

Bolagen överklagade domen till Marknadsdomstolen, och målet överfördes till Patent- och marknadsöverdomstolen vid Svea hovrätt (PMÖD). I de delar som ovan redovisats stod parterna fast vid sina yrkanden och grunder i PMÖD.

Vad beträffar frågan om det förelåg en syftesöverträdelse räknade PMÖD upp de omständigheter som primärt beaktas och betonade att ledning ska sökas i avtalsinnehållet och avtalets objektiva mål. Vidare framhöll PMÖD att analysen av avtalets syfte inte får sammanblandas med analysen av eventuella konkurrensbegränsande effekter och drog slutsatsen att utrymmet för att fastställa att ett samarbete innebär en konkurrensbegränsning genom syfte är snävt. Med avseende på målet fann PMÖD att avtalen/samarbetet inte utgjort en syftesöverträdelse – avtalen hade inte inneburit att företagen förbundit sig att begränsa sina anbud till vissa volymer, endast att de skulle lägga anbud på maximal volym på de tjänster de tidigare utfört och att företag som ej blivit leverantörer skulle ha rätt att inträda som underleverantör upp till 50 procent till 98 procent av leverantörens pris till regionen.²⁵ Därför, fann PMÖD, kunde inte avtalen enligt rådande praxis anses i sig ha syftat till att begränsa konkurrensen.

²⁵ Ett argument som PMÖD för fram är att ett bevarande av flera möjliga säljare mellan upphandlingstillfällena kan vara främjande för konkurrensen på en marknad som präglas av upphandlingar med flera års mellanrum, eftersom företag som slås ut från marknaden inte med säkerhet kommer att kunna delta i kommande upphandlingar. Vidare framhålls utan referens att det "kan för övrigt förhålla sig så att vissa former av samverkan vid anbudstävlingar kan vara både nyttiga och till köparens fördel". Det är ett vanligt motargument, men huvudargumentet brukar vara att ineffektiva företag (med för höga kostnader eller stort vinstintresse) bör slås ut så att mer effektiva företag kan etablera sig. Jfr PMD s 189.

Därefter gick PMÖD vidare och frågade sig om kontakterna mellan företagen likväl hade medfört att de inte konkurrerade i upphandlingen på ett sätt som innebar en syftesöverträdelse. Mot bakgrund av förhör med inblandade, och framförallt ett expertvittne åberopat av svarandesidan, fann PMÖD att det inte fanns underlag för bedömningen att avtalen "vid ett första påseende" typiskt sett haft en prisdrivande verkan i upphandlingen och att avtalen inte kunde anses ha gett parterna bristande incitament i upphandlingen. Följaktligen fann PMÖD att den inte kunde dra slutsatsen att "det i det aktuella fallet förekommit en delning av volymer mellan företagen som till sin karaktär inneburit en syftesöverträdelse". Inte heller ansågs en sammantagen bedömning av volymdelning och informationsutbyte leda till bedömningen att avtalen och samarbetet syftat till att begränsa konkurrensen.

Vad gäller frågan om avtalen/samarbetet fick till praktisk verkan att konkurrensen begränsades, fann PMÖD att de höga prisnivåerna i anbudet inte kunde läggas till grund för att avtalen hämmade konkurrensen. Det förhållandet att vissa avtalsparter angett högre anbudspriser och sedan som underleverantörer utförde samma tjänster till lägre priser, fann PMÖD motiverat av bland annat att företagen strävat efter att behålla en hög kvalitet i utförandet och senare "till följd av flera olika överväganden" valt att ändå utföra tjänsterna som underleverantörer. PMÖD framhåller också att den utredning som Konkursverket åberopat i denna del var tämligen knapphändig och att det av företagets bevisning snarast framgick att det inte uppstod någon konkurrensbegränsande effekt överhuvudtaget.

Vad gäller den särskilda frågan om huruvida det förhållandet att Aleris informerat HKG om att förhandling också pågick med Capiro utgjorde en överträdelse, fann PMÖD att, eftersom den redan kommit fram till att avtalen/samarbetet inte haft konkurrensbegränsande syfte eller effekt, informationsutbytet inte heller var konkurrensbegränsande.

Bristande utredning om effekt

Vi är eniga med PMÖD:s bedömning att Konkursverket inte fullföljde sina påståenden genom att visa att avtalen/samarbetet medförde en konkurrensbegränsande verkan. Mot bakgrund av att prognosen var god att kunna visa ett konkurrensbegränsande syfte, vilket bekräftades av PMD:s dom, är detta kanske förståeligt. Man kan visserligen inte beskylla Konkursverket för att lättsinnigt ha lagt alla ägg i samma korg; Konkursverket beskrev i PMD utförligt åsyftade och antagna verkningar av avtalen/samarbetet,²⁶ men vad gäller faktiska verkningar gick inte Konkursverket längre än till påståenden om vad som "kan antas" och vad som var "sannolikt". Det är möjligt att ytterligare utredning om de inblandade företagens pris och kvalitet på tjänsterna före och efter upphandlingen, och kötider etcetera, hade kunnat styrka en konkurrensbegränsande verkan.

Syftesöverträdelse

Det kan framstå som överraskande att ett samarbete/avtal som det som bevisats i målet inte ska vara att anse som en överträdelse i sig. Man kan för det första notera att det inte i detta avseende är fråga om att Konkursverket misslyckats med att bära bevisbördan; vad som anses ha hänt är klarlagt. Det som är problematiskt är rättsfrågan huruvida det åberopade händelseförloppet ska anses rättsligt konstituera en syftesöverträdelse. För det andra kan man notera att PMD gjorde en annan bedömning än PMÖD. Man kan verkligen fråga sig vad som ytterligare skulle krävas för att avtal/samarbete/informationsutbyte mellan konkurrenter inför en förestående upphandling, vore att se som till sin karaktär konkurrensbegränsande; kanske hade krävts skriftlig bevisning om att företagen förbundit sig att inte

²⁶ PMD:s dom s 43.

ge anbud på vissa tjänster eller att meddela de andra vilka priser de ska ange. Det är därför som ovan antyddes inte märkligt att Konkursverket prioriterade att argumentera för att det var fråga om en syftesöverträdelse. I förlängningen signalerar avgörandet att det finns anledning till ytterligare försiktighet och restriktivitet vid bedömningen av syftesöverträdelser och att det råder en viss osäkerhet med avseende på rättsläget.

4.3 PMT 7498-16 (Alfa)

Alfa Quality Moving Aktiebolag (Alfa), NFB Transport Systems AB (NFB) och ICM Kungsholms AB (ICM) var samtliga flyttföretag. Alfa arbetade främst inom gränsöverskridande transport av bohag och verksamheter medan NFB och ICM huvudsakligen arbetade med transporter inom Sverige. Den 28 december 2006 förvärvade Alfa genom ett aktieöverlåtelseavtal NFB:s verksamhet med gränsöverskridande transport. Under åren 2010 och 2011 förvärvade NFB:s ägare ICM, men erbjöd Alfa att förvärva den gränsöverskridande delen av ICM:s verksamhet. I båda avtalen om Alfas förvärv fanns konkurrensklausuler med innebörd att (i det första avtalet) NFB och NFB:s ägare samt (i det andra avtalet) ICM förband sig att under en period om 5 år inte bedriva eller på annat sätt främja med Alfa konkurrerande verksamhet inom "bohagsflyttningar utomlands samt magasinering åt sådana kunder" (NFB) respektive "utrikes bohagstransporter" (ICM). Efter 2 år och 9 månader sade emellertid ICM upp konkurrensklausulen till omedelbart upphörande.

Den 14 juli 2014 väckte Konkursverket talan mot Alfa, NFB och ICM (nedan "bolagen") vid Stockholms tingsrätt med yrkande att tingsrätten skulle besluta att bolagen skulle betala konkurrensskadeavgift. Till grund för sitt yrkande om konkurrensskadeavgift anförde Konkursverket att bolagen överträtt förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete i KL 2 kap. 1 § och artikel 101 FEUF, genom att ingå avtal som haft till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt. Överträdelsen bestod enligt Konkursverket i NFB:s och NFB:s ägares samt ICM:s åtaganden att under en period om 5 år efter respektive förvärv inte konkurrera med Alfa på marknaden för spedition av utrikes bohagsflyttningar i Sverige. Konkursverket tillstod att en sådan konkurrensklausul visserligen kunde vara förenlig med KL under förutsättning att den var s.k. accessorisk till Alfas förvärv, vilket förutsätter att den är (1) direkt relaterad till förvärvet, (2) var objektivt nödvändig för förvärvets genomförande, och (3) var proportionell. Konkursverket anförde emellertid (med hänvisning till Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer [2005] EGT C 56/24) att det inte kunde anses objektivt nödvändigt eller proportionellt att i de aktuella avtalen ha en konkurrensklausul vars utsträckning i tiden överskred 2 år. Därför ansåg Konkursverket att klausulerna utgjorde en överträdelse av konkurrensrätten till den del de översteg en tidsperiod om 2 år efter respektive förvärv. Konkursverket anförde dessutom att överträdelsen skett uppsåtligt eller i vart fall av oaktsamhet och inte varit ringa, och att konkurrensskadeavgift därför skulle betalas.

Bolagen bestred Konkurrensverkets talan och anförde att konkurrensklausulerna i avtalen inte haft till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt. Bolagen hänvisade till att det inom bolagens bransch rådde hög kundlojalitet och långa avtalstider och att konkurrensklausulernas varaktighet därför varit direkt relaterad till och nödvändig för att Alfa skulle kunna tillgodogöra sig det fulla värdet av sina förvärv. Bolagen gjorde också gällande andra definitioner av den relevanta geografiska marknaden än den som Konkurrensverket presenterat och menade att marknaden var global eller europeisk, eller i vart fall nordeuropeisk. Bolagen bestred slutligen att eventuella överträdelser skett uppsåtligt eller av oaktsamhet, samt anförde att eventuella överträdelser var ringa och därför inte kunde medföra konkurrensskadeavgift.

Stockholms tingsrätt bedömde först frågan om under hur lång tid konkurrensklausulerna i bolagens avtal kunde anses uppfylla kriterierna för att vara accessoriska till Alfas förvärv. Mot bakgrund av omständigheterna kring förvärven bestämde tingsrätten den tiden till tre år. Under sådana omständigheter bedömde tingsrätten att konkurrensklausulen mellan Alfa och ICM inte varit gällande under längre tid än den tillåtna. I fråga om konkurrensklausulen mellan Alfa och NFB fann tingsrätten att parterna endast var teoretiskt potentiella konkurrenter under tiden efter Alfas förvärv och att konkurrensklausulen inte skulle ha varit avskräckande om NFB velat återinträda på den relevanta marknaden. Tingsrätten fann vidare att den utredning som presenterats kring frågan om relevant geografisk marknad inte var ett tillräckligt underlag för att tingsrätten skulle kunna bedöma om en eventuell konkurrensbegränsande effekt varit märkbar på marknaden eller inte. Tingsrätten drog därför slutsatsen att Konkurrensverket inte kunnat visa att konkurrensklausulen mellan Alfa och NFB haft konkurrensbegränsande syfte eller resultat. Konkurrensverkets talan lämnades därför utan bifall.

Konkurrensverket överklagade domen till Marknadsdomstolen, och målet överfördes till Patent- och marknadsöverdomstolen vid Svea hovrätt (PMÖD). Konkurrensverket frånföll i PMÖD sitt påstående om att avtalen mellan bolagen haft ett konkurrensbegränsande resultat. I övrigt stod parterna fast vid sina yrkanden och grunder i PMÖD.

PMÖD fann att det är uppenbart att ett avtal som innebär att avtalsparterna åtar sig att inte konkurrera på vissa marknader under en period, och som saknar samband med någon legitimerande transaktion eller verksamhet, har till syfte att begränsa konkurrensen. Men domstolen menade vidare att i direkt anknytning till en företagskoncentration kan ett sådant avtal vara nödvändigt för genomförandet av koncentrationen och därmed godtagbart ur konkurrenssynpunkt. Vidare saknade PMÖD påvisat vetenskapligt stöd för att konkurrensklausuler, med sådan anknytning till företagskonstruktioner, som avser längre tid än två respektive tre år ovillkorligen skulle vara hämmande för konkurrensen; PMÖD såg heller inte att det, med hänsyn till marknadens funktionssätt, fanns anledning att förutsätta att det skulle förhålla sig på det sättet. PMÖD menade att bedömningen av om en konkurrensklausul är att anse som accessorisk måste ske i samband med huvudtransaktionen och att en klausul i det enskilda fallet kan vara motiverad under längre tid än fem år. Därefter slog PMÖD fast att var gränsen går måste avgöras med stöd av en utredning om konkurrensklausulens konkurrensbegränsande resultat och avgjorde målet med hänvisning till att ingen av klausulerna haft till syfte att begränsa konkurrensen och att Konkurrensverket inte hade påstått att klausulerna haft ett konkurrensbegränsande resultat.

Konkurrensklausuler och syftesöverträdelser

Konsekvensen av PMÖD:s avgörande verkar vara att ett avtal med en konkurrensklausul "i normala fall" inte kan utgöra syftesöverträdelser, som är till sin karaktär konkurrensbegränsande. Det är en intressant slutsats. För en utomstående kan det annars framstå som att ett ömsesidigt åtagande mellan företag att inte konkurrera på en viss marknad borde vara skolexemplet på en syftesöverträdelse enligt KL 2 kap. 1 § st 1 och artikel 101 FEUF. PMD gick inte så långt, men menade att man måste bedöma klausulerna i den rättsliga och ekonomiska kontexten och fann att klausulen inte skulle ha avskräckt NFB från att återinträda på marknaden.²⁷

Det är värt att notera att ingen av domstolarna förhöll sig, annat än möjligen indirekt, till Kommissionens tillkännagivande 2005/C 56/03 där det framgår vilken längd på konkurrensklausuler som ska anses berättigade i normalfallet.²⁸ Kommissionens tillkännagivande är avsett att ge vägledning i hur Kommissionen själv gör undantag från ett annars förbjudet område. *Rättspolitiskt* skulle det framstå motiverat att behandla konkurrensklausuler som är motiverade på grund av att de är accessoriska till ett företagsförvärv enligt den generella undantagsregeln i KL 2 kap. 2 §; i sådant fall skulle företag som avtalar om konkurrensklausuler (som sträcker sig längre än 2–3 år) ha att visa att de är motiverade trots att de är mer långtgående än det undantag Kommissionen anvisat. Men så har uppenbarligen inte PMD och PMÖD sett rättsläget.

Möjligen kan man tycka att Konkurrensverket, inför den här processen, borde ha tagit till sig PMÖD:s tolkning av syftesöverträdelser i Aleris. Men båda målen överlämnades till PMÖD samtidigt och när PMÖD:s avgörande i Aleris meddelades hade redan Konkurrensverket frånfallit sitt påstående att avtalet mellan företagen i det här målet haft konkurrensbegränsande verkan. Detta understryker att Konkurrensverket tolkat syftesöverträdelser på ett annat sätt än det som PMÖD gav uttryck för i dessa båda mål och väcker frågan om Konkurrensverket, mot bakgrund av avgörandet i Aleris, hade bort återkalla sitt överklagande i Alfa. Vidare understryks det förhållande att Konkurrensverket haft en annan bedömning av syftesöverträdelser, av att utredningen med avseende på konkurrensbegränsande effekt, som PMD påpekade, var alltför tunn; det ger intryck av att Konkurrensverket var ganska övertygat om att det förelåg förutsättningar för att se konkurrensklausulen som en syftesöverträdelse. Vi noterar också att PMD fann att Konkurrensverkets utredning var för bristfällig inte bara för att visa att den relevanta marknaden var begränsad till Sverige utan också för bristfällig för att överhuvudtaget göra en marknadsavgränsning, vilket omöjliggjorde en märkbarhetsbedömning.

4.4 PMT 761-17 (Telia & GothNet)

Telia Sverige AB (Telia) och Göteborgs Energi GothNet AB (GothNet) (gemensamt nedan kallade bolagen) erbjöd båda olika tele- och datakommunikationstjänster. Telia kontrollerade det svenska kopparnätet, medan GothNet ägde ett fibernät i (huvudsakligen) Göteborgs kommun. Bolagen hade sedan 2005 haft ett visst samarbete där Telia levererat accesser till GothNet som sedan samma år varit huvudleverantör av fasta datakommunikationstjänster till kommunala verksamheter i Göteborgs kommun. Under 2009 genomförde Göteborgs Stad en upphandling av fasta datakommunikationstjänster för Göteborgs stadsnät med avseende

²⁷ Jfr till PMÖD:s och PMD:s domar EU-domstolens tillvägagångssätt i mål C-382/12 P *MasterCard* EU:C:2014:2201.

²⁸ Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer [2005] OT C 56/24, p. 20.

på tidsperioden 2010 – 2012 med möjlighet till förlängning i längst två år. Förfrågningsunderlaget annonserades den 15 juni 2009 med sista anbudsdag den 25 augusti. Samma månad inleddes diskussioner mellan Telia och GothNet, som ledde till att parterna under sommaren diskuterade utkast till en avsiktsförklaring och ett samarbetsavtal. GothNet och två andra bolag lämnade anbud i upphandlingen. Telia, som lämnat anbud i tidigare upphandlingar i Göteborg, lämnade inget anbud. GothNet vann upphandlingen enligt beslut den 12 oktober. Den 18 december tecknade GothNet och Telia ett underleverantörsavtal.

Den 17 december 2014 väckte Konkursverket talan mot Telia och GothNet vid Stockholms tingsrätt, med yrkande att tingsrätten skulle förplikta bolagen att betala konkurrensskadeavgift. Till grund för sitt yrkande om konkurrensskadeavgift anförde Konkursverket att bolagen överträtt förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete i KL 2 kap. 1 § och artikel 101 FEUF, genom att ingå ett avtal eller samordnat förfarande som haft till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt. Den relevanta marknaden bestämdes av Konkursverket till marknaden för fasta datakommunikationstjänster till slutkund i Sverige. Överträdelsen bestod enligt Konkursverket i att bolagen, inför och under upphandlingen 2009, gemensamt undanröjt strategisk osäkerhet genom att komma överens och vara i samförstånd om att Telia inte skulle lämna ett eget anbud i upphandlingen, att GothNet skulle lämna anbud och att Telia skulle bli exklusiv underleverantör till GothNet. Konkursverket gjorde också gällande att det utgjorde en självständig överträdelse av förbudet att Telia informerat GothNet om att Telia inte skulle lämna in ett eget anbud i upphandlingen. Konkursverket anförde dessutom att överträdelserna skett uppsåtligt eller i vart fall av oaktsamhet och inte varit ringa, och att konkurrensskadeavgift därför skulle betalas.

Bolagen bestred Konkursverkets talan, i huvudsak på följande grunder. De bestred båda att det förekommit en sådan överenskommelse som Konkursverket påstått. Bolagen anförde istället att Telia självständigt och på kommersiella och tekniska grunder beslutat att inte lämna ett anbud i upphandlingen, samt att GothNet saknat kunskap om detta beslut. Bolagen bestred att en eventuell överträdelse kunde påverka samhandeln inom EU. Bolagen bestred också att en eventuell överträdelse skett uppsåtligt eller av oaktsamhet, samt anförde att eventuella överträdelser var ringa och därför inte kunde medföra konkurrensskadeavgift.

Målet omfördelades den 31 augusti 2016 till Patent- och marknadsdomstolen vid Stockholms tingsrätt (PMD), som meddelade sin dom den 21 december 2016. PMD ansåg inte att Konkursverket lyckats visa att bolagen ingått ett konkurrensbegränsande avtal. PMD bedömde däremot att Konkursverket visat att det förekommit ett informationsutbyte mellan bolagen som innebar att GothNet känt till att Telia inte skulle lämna något eget anbud i den aktuella upphandlingen, och att detta i sig utgjorde en samordning i KL:s mening. Efter bedömning av de närmare omständigheterna drog PMD slutsatsen att samordningen haft ett konkurrensbegränsande syfte, att konkurrensbegränsningen varit märkbar på den relevanta marknaden (vilken PMD bestämde i enlighet med vad Konkursverket anfört), och att samhandelskriteriet var uppfyllt. PMD fann inte att något undantag från förbuden i KL 2 kap. 1 § och artikel 101 FEUF kunde bli aktuellt. PMD bedömde att överträdelsen skett uppsåtligt och att den inte var ringa, och drog därför slutsatsen att bolagen skulle förpliktas att betala konkurrensskadeavgift.

Telia överklagade PMD:s dom till Patent- och marknadsöverdomstolen vid Svea hovrätt (PMÖD). Parterna stod fast vid sina yrkanden och grunder i PMÖD. PMÖD fann det inte visat att det förelegat ett avtal i konkurrensrättslig mening mellan företagen, men väl att informationsöverföringen från Telia till Gothnet hade utgjort en samordning i den mening som avses i KL 2 kap. 1 § och artikel 101 FEUF. PMÖD fann vidare att vid ett första påseende var samordningen av sådan art att den var ägnad att begränsa konkurrensen, även om det kunde ha varit känt att Telia sällan vinner upphandlingar på lägsta pris. Men PMÖD kom vid beaktande av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget fram till att villkoren i förfrågningsunderlaget i hög grad försvårat för Telia att konkurrera om efterfrågade tjänster och att därför, med den snäva innebörd syftesbegreppet ges, kunde informationen till Gothnet inte anses ha syftat till att begränsa konkurrensen eftersom denna redan begränsats av upphandlingsvillkoren. Två skiljaktiga ledamöter menade emellertid att bedömningen av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget inte ändrade den preliminära bedömningen att informationsutbytet utgjorde en syftesöverträdelse.

Vad gäller effekten av att Telia informerade Gothnet noterade PMÖD att priset för de upphandlade tjänsterna blev 15 procent lägre än i föregående upphandling och framkastade att priset möjligen kunde ha blivit ännu lägre vid en ostörd upphandling i konkurrens, men fann att Konkurrensverket inte hade åberopat tillräckligt konkret bevisning till stöd för påståendet om konkurrensbegränsande resultat.

Syftesöverträdelse

Detta var det sista av tre mål som ungefär samtidigt överlämnades till PMÖD i augusti/september 2016, i vilka Konkurrensverket uppenbarligen haft en annan uppfattning än PMÖD om hur restriktivt syftesöverträdelser ska förstås. I Aleris och Telia gjorde PMD en likartad bedömning som Konkurrensverket och i det sistnämnda målet fanns också två skiljaktiga i PMÖD med en sådan uppfattning. I Aleris och Telia/GothNet ansågs Konkurrensverket ha brustit i sin utredning beträffande förfarandenas konkurrensbegränsande effekt/-resultat och i Alfa hade Konkurrensverket fränfallit påståendet om sådan effekt/resultat.

4.5 PMT 1988-17 (Swedish Match)

Swedish Match North Europe AB (Swedish Match) bedrev tillverkning och försäljning av tobaksprodukter, bland annat snus. Försäljning av snus till konsumenter skedde vanligen från snuskylar, dvs. särskilda kylskåp med glasdörrar i butik, där snusdosor av olika varumärken fanns uppräddade på hyllor så att konsumenten kan se dosorna och de s.k. hyllkantsetiketter som fanns för de olika varumärkena. Kylskåpen brukade ägas av snusleverantörer, som lånade ut dem till butiker. Hyllkantsetiketterna brukade tillhandahållas av respektive snusleverantör, även till kylskåp som ägdes av en annan leverantör. Den 20 juni 2012 informerade Swedish Match sina konkurrenter om att de skulle införa en policy för enhetliga hyllkantsetiketter för allt snus som förvarades i de snuskylar som tillhandahölls butiker av Swedish Match. I meddelandet fanns en detaljerad manual avseende typsnitt, textstorlek, produktspecifikationer och design. Med anledning av meddelandet lämnade konkurrenterna in ett klagomål till Konkurrensverket, som inledde en utredning. Etikettsystemet började implementeras i butiker i oktober 2012, men implementeringen avbröts den 3 april 2013.

Parterna var eniga om att den relevanta marknaden i målet skulle definieras som marknaden för försäljning av snus till återförsäljare i Sverige.

Den 9 december 2014 väckte Konkursverket talan mot Swedish Match vid Stockholms tingsrätt, med yrkande att tingsrätten skulle förplikta Swedish Match att betala konkurrensskadeavgift. Till grund för sitt yrkande om konkurrensskadeavgift anförde Konkursverket att Swedish Match överträtt förbudet mot missbruk av dominerande ställning i KL 2 kap. 7 § och artikel 102 FEUF. Missbruket bestod enligt Konkursverket i att Swedish Match hade infört ett system för hyllkantsetiketter i sina kylskåp som tvingade konkurrenterna att ta fram etiketter som följde en av Swedish Match framtagna mall, eller acceptera generiska gråvita etiketter som tillhandahölls av Swedish Match. Konkursverket anförde att det nya etikettsystemet försämrade konkurrenternas förutsättningar för pris- och varumärkeskommunikation till konsumenterna. Konkursverket anförde dessutom att informationen om det nya systemet kommit med kort varsel, att den tillämpats strikt så att även mindre avvikelser från mallen förkastats av Swedish Match, att gråvita etiketter i många fall placerats så att pris inte framgick, att konkurrenters etiketter tagits bort utan att ersättas i vissa fall, att etikettsystemet i flera fall implementerats utan att återförsäljare getts någon möjlighet att avstå detsamma, samt att Swedish Match själva avvek från sin policy för vissa av sina produkter. Konkursverket menade att etikettsystemet varit en del av en strategi för att begränsa pris- och varumärkeskonkurrensen på marknaden i strid med konkurrensrätten, att agerandet skett uppsåtligt eller åtminstone av oaktsamhet, att överträdelsen inte var ringa, och att konkurrensskadeavgift därför skulle betalas.

Swedish Match bestred Konkursverkets talan. Swedish Match anförde att bolaget inte hade en dominerande ställning på marknaden och att etikettsystemet i vart fall inte kunde anses utgöra ett missbruk av sådan ställning utan var en normal affärsmässig policy. Swedish Match anförde vidare att det inte hade någon skyldighet att upplåta plats åt konkurrenters produkter i sina kylskåp, än mindre att låta konkurrenterna fritt utforma sitt marknadsföringsmaterial i Swedish Matchs kylskåp. Systemet hade inte enligt Swedish Match tillämpats selektivt och hade inte haft någon faktisk eller potentiell konkurrensbegränsande effekt. Swedish Match anförde även att de oavsett haft objektivt godtagbara skäl för att införa etikettsystemet på det sätt som skett. I vart fall skulle en eventuell överträdelse betraktas som ringa. Någon konkurrensskadeavgift kunde därför, enligt Swedish Matchs uppfattning, inte utdömas.

Målet omfördelades den 31 augusti 2016 till Patent- och marknadsdomstolen vid Stockholms tingsrätt (PMD), som meddelade sin dom den 2 februari 2017. PMD definierade den relevanta marknaden som marknaden för försäljning av snus till återförsäljare i Sverige, en definition som parterna också varit eniga om. PMD fann också att Swedish Match haft en dominerande ställning på den marknaden under den tidsperiod som målet gällde. I frågan om missbruk fann PMD att Konkursverket inte lyckats visa att etikettsystemet haft en faktisk konkurrensbegränsande effekt, men att det var ägnat att begränsa konkurrensen i enlighet med vad Konkursverket påstått. PMD konstaterade att konkurrenterna saknat tillgång till effektiva motåtgärder och att etikettsystemet inte var en normal affärsmässig policy utan hade till syfte att minska priskommunikationen till konsumenter och på så sätt minska pris- och varumärkeskonkurrensen. Swedish Match hade enligt PMD inte visat att de haft objektivt godtagbara skäl för etikettsystemet. Under alla förhållanden hade Swedish Match enligt PMD kunnat uppnå målsättningen att ha lättöverskådliga och prydliga kylar på ett mindre ingripande sätt och som inte försämrade Swedish Matchs konkurrenters konkurrensförutsättningar. PMD fann också att samhandelskriteriet var uppfyllt. PMD drog därför slutsatsen att Swedish Match missbrukat sin dominerande ställning i strid med KL 2 kap. 7 § och artikel 102 FEUF. PMD fann vidare att överträdelsen skett uppsåtligt och att den inte var ringa. PMD utdömde därför konkurrensskadeavgift.

Swedish Match överklagade PMD:s dom till Patent- och marknadsöverdomstolen vid Svea hovrätt (PMÖD). Parterna stod i allt väsentligt fast vid sina yrkanden och grunder i PMÖD. Vid bedömningen av etikettsystemet fann PMÖD, till skillnad från PMD, att det inte framgick att systemet varit tvingande för återförsäljarna. Men samtidigt fann PMÖD att etikettsystemet medfört begränsningar för konkurrenterna till Swedish Match att fritt utforma sina hyllkantsetiketter och att systemet utgjort ett icke-prisbaserat avskärmande agerande som varit ägnat att begränsa konkurrensen. Eftersom Swedish Match gjort gällande att etikettsystemet varit nödvändigt för att säkerställa efterlevnad av tobakslagens krav på stark återhållsamhet vid marknadsföring, utredde PMÖD frågan, trots knapphändig rättslig argumentation från parterna. Till skillnad från PMD menade PMÖD att Swedish Match hade ett ansvar att vidta åtgärder för att återförsäljarna inte skulle göra sig skyldiga till lagbrott och att det var berättigat att Swedish Match kunde kräva att kylarna inte utnyttjades på ett sätt som stred mot lag; eftersom systemet medgav att varumärke, pris och format kunde förmedlas befanns också systemet proportionellt. PMÖD fann därför att det förelåg ett objektivt godtagbart skäl som motiverade etikettsystemet, även om det skulle visa sig att företaget också haft ett otillbörligt syfte med systemet, nämligen att tona ner priskommunikationen.²⁹

Vad gäller bedömningen av etikettsystemet i kombination med dess genomförande och tillämpning fann PMÖD att Konkurrensverkets påstående om selektiv tillämpning genom framhållande av Swedish Matchs snus Kaliber inte var grundat på tillräcklig bevisning. PMÖD menade att Konkurrensverket borde genomföra en egen undersökning av större omfattning och inte förlita sig på fotografier från konkurrenter till Swedish Match. Vidare gjorde PMÖD en annan bedömning än Konkurrensverket av huruvida en icke accepterad etikett utgjorde en mindre eller större avvikelse från etikettsystemets mall. När det gällde frågan om Konkurrensverkets påstående att Swedish Match i den övervägande majoriteten av butiker som genomförde systemet hade satt gråvita etiketter för konkurrenternas produkter med den sida av etiketten som saknade prisuppgift framåt, fann PMÖD, trots att detta bekräftats ha förekommit utan att omfattningen bestämts, att det inte var styrkt att detta varit ett led i tillämpningen av etikettsystemet.

Objektivt godtagbara skäl

PMÖD ger alltså uttryck för en annan uppfattning än PMD och Konkurrensverket, bland annat vad gäller det berättigade i att ett dominerande företag kan ställa krav på återförsäljares och konkurrenters marknadsföringsåtgärder i det dominerande företags snuskylar, när detta befinns motiverat av offentligrättslig lagstiftning. Inte ens i efterhand kan hävdas att Konkurrensverket borde ha gjort samma rättsliga analys som PMÖD. PMD diskuterade inte ens tobakslagen vid en prövning om det förelåg objektivt godtagbara skäl. PMD fann att det inte låg inom ramen för domstolens prövning i målet att "göra marknadsrättsliga bedömningar om enskilda etiketter varit otillbörliga" samt att det inte varit Swedish Matchs sak att vidta åtgärder för att förmå konkurrenter att följa tobakslagen och marknadsföringslagen.

²⁹ I detta avseende gav PMD uttryck för en helt annan uppfattning, se s 176 f i PMD:s dom.

Bevisföring och -värdering

Vi delar PMÖD:s uppfattning att Konkurrensverket borde ha gjort självständiga, mer omfattande utredningar till underlag för de påståenden verket framfört om etikettsystemets genomförande och tillämpning. Efter att ha genomfört det slaget av undersökningar kunde verket ha haft en bättre grund att avgöra om påståendena skulle vidhållas eller frånfallas. Det är möjligt att Konkurrensverket, särskilt efter PMD:s avgörande, bedömde det som klart att införandet av etikettsystemet i sig utgjorde missbruk av dominerande ställning. Vidare var givetvis förutsättningarna för ytterligare utredning begränsade, eftersom påståendena om överträdelse avsåg förhållanden tidigare i tiden. Samtidigt framstår det som meningslöst att framföra påståenden om sakförhållanden, när det inte finns tillräcklig bevisning för att styrka dem.

4.6 PMT 1443-18 (Nasdaq)

Nasdaq Aktiebolag med flera bolag i den europeiska delen av Nasdaq-koncernen (nedan gemensamt kallade Nasdaq) erbjöd bland annat marknadsplatser för handel med värdepapper, inklusive tekniska lösningar för sådan handel. Stockholmsbörsen hörde till verksamheten. Värdepappershandeln vid Stockholmsbörsen skedde elektroniskt genom en datorhall i Lunda nordväst om Stockholm. Nasdaq erbjöd sina kunder möjlighet att köpa plats för sin handelsutrustning i skåp som var placerade i nära anslutning till datorhallen, för att kundernas handelsdatorer skulle få så snabb uppkoppling som möjligt till Nasdaqs s.k. matchningsdator i Lunda. I september 2007 outsourcade Nasdaq driften av datorhallen till Verizon Sweden AB (Verizon), som är en del av en global koncern inom telekommunikation. Verizon tog över hyreskontraktet för datorhallen, och Nasdaq hyrde en del av datorhallen från Verizon. I februari 2009 tecknade Nasdaq och Verizon ett avtal som gav Verizon rätt att tillhandahålla anslutning till datorhallen åt företag som ville handla på Nasdaqs marknadsplatser. Burgundy AB (Burgundy) erbjöd från mitten av 2009 och delvis i konkurrens med Nasdaq en marknadsplats för handel med nordiska värdepapper. I oktober 2010 meddelade Burgundy i ett nyhetsbrev att bolaget skulle flytta sin verksamhet till datorhallen i Lunda. Detta utlöste kontakter mellan Nasdaq och Verizon, och Burgundy flyttade så småningom inte till Lunda utan till en annan datorhall ca 5 km från Lunda.

Den 27 maj 2015 väckte Konkurrensverket talan mot Nasdaq vid Stockholms tingsrätt, med yrkande att tingsrätten skulle förplikta Nasdaq att betala konkurrensskadeavgift. Till grund för sitt yrkande om konkurrensskadeavgift anförde Konkurrensverket att Nasdaq överträtt förbudet mot missbruk av dominerande ställning i KL 2 kap. 7 § och artikel 102 FEUF. Missbruket bestod enligt Konkurrensverket i att Nasdaq, under oktober 2010, genom hot och påtryckningar mot Verizon hade hindrat omlokaliseringen av Burgundys matchningsdator till datorhallen i Lunda, och därigenom utestängt Burgundy från de europeiska marknaderna för tjänster med handel i transparenta orderböcker i svenska, danska respektive finska aktier. Hoten och påtryckningarna hade enligt Konkurrensverket innefattat att Nasdaq skulle ha flyttat sin egen matchningsdator från Lunda om Burgundy fick flytta sin matchningsdator dit. Nasdaqs agerande hade enligt Konkurrensverket skapat en konkurrenssnackdel för Burgundy och en konkurrensbegränsande effekt på de relevanta marknaderna utan att förbättra Nasdaqs eget erbjudande till kunderna. Konkurrensverket anförde dessutom att överträdelsen skett uppsåtligt eller i vart fall av oaktsamhet och inte varit ringa, och att konkurrensskadeavgift därför skulle betalas.

Nasdaq bestred Konkurrensverkets talan. Nasdaq vitsordade visserligen att man uttryckt till Verizon att Nasdaq inte önskade att Burgundys matchningsdator skulle placeras i eller i närheten av datorhallen i Lunda. Nasdaq bestred dock bland annat Konkurrensverkets definition av den relevanta marknaden, att Nasdaq haft en dominerande ställning på marknaden så som den definierats av Konkurrensverket, att Burgundy utestängts från densamma eller lidit konkurrensnackdel, att Nasdaqs agerande syftat till konkurrensnackdel för Burgundy, och att en eventuell överträdelse skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Konkurrensskadeavgift kunde därför inte komma i fråga enligt Nasdaqs uppfattning, eller skulle i vart fall jämkas till noll.

Målet omfördelades den 31 augusti 2016 till Patent- och marknadsdomstolen vid Stockholms tingsrätt (PMD), som meddelade sin dom den 15 januari 2018. PMD definierade den relevanta marknaden som tjänster (inom EU samt Island, Norge och Liechtenstein) för handel med svenska, danska och finska aktier i transparenta orderböcker och kringtjänster knutna till denna handel. PMD fann också att Nasdaq haft en dominerande ställning på den marknaden under 2010. Med avseende på Nasdaqs agerande konstaterade PMD att Nasdaq, för det fall Burgundy hade etablerat sin matchningsdator i Lunda, hade haft avtalsenlig rätt att förhindra sina kunder att "korskoppla" sig mot både Nasdaqs och Burgundys matchningsdatorer samtidigt och på så sätt åstadkomma samma resultat som det nu aktuella agerandet lett till, samt att det inte påståtts att avtalen var konkurrensbegränsande. PMD konstaterade dessutom att det inte påståtts att tillgång till datorhallen i Lunda utgjorde en nödvändig facilitet. PMD drog därför slutsatsen att Konkurrensverket inte visat att Burgundy lidit någon konkurrensnackdel av Nasdaqs agerande eller att Nasdaq genom sitt agerande uppnått handelsfördelar som inte skulle ha uppnåtts om det rättsligt tillräckligt effektiv konkurrens. PMD drog därför slutsatsen att Nasdaq inte missbrukat sin dominerande ställning i strid med KL 2 kap. 7 § eller artikel 102 FEUF.

Konkurrensverket överklagade PMD:s dom till Patent- och marknadsöverdomstolen vid Svea hovrätt (PMÖD). Parterna stod fast vid sina yrkanden och grunder i PMÖD. PMÖD fann, i korthet, att den tidsfördröjning som uppkom genom avståndet mellan Burgundys lokalisering och Lundahallen inte hade någon betydelse för Burgundys förmåga att effektivt konkurrera med Nasdaq under oktober 2010, eftersom latensen i Burgundys mindre effektiva matchningsdator var väsentligt högre än den ökade latensen på grund av avståndet. Det senare förhållandet fann PMÖD framgå av utredningen i målet. PMÖD förklarade att bedömningen inte förändrades av att Burgundy efter etableringen i Akalla förbättrade latensen i sin dator så att den motsvarade Nasdaqs dators latens – PMÖD menade att de konkurrensbegränsande effekterna av ett ifrågasatt missbruk av dominerande ställning skulle bedömas efter de omständigheter som förelåg då förfarandet vidtogs. PMÖD framhöll att om Burgundy i oktober 2010 haft en matchningsdator i nivå med Nasdaqs så kunde möjligen agerandet från Nasdaqs sida ha haft konkurrensbegränsande effekter, men PMÖD menade att det endast var en hypotetisk, inte potentiell, situation som inte kunde bedömas i målet.

PMÖD påpekade dels att Konkurrensverket inte gjort gällande att Nasdaqs agerande varit av generell karaktär, riktat mot börser i allmänhet, varför eventuella konkurrensbegränsande effekter mot andra inte kunde bedömas i målet, dels att Konkurrensverket inte gjort gällande att framtida konkurrensbegränsande effekter, vilka kunde uppstå då Burgundy blivit en effektiv konkurrent, skulle beaktas. Vidare påpekades att eftersom det saknades "objektiva förutsättningar" för tillämpningen av förbudet mot missbruk av dominerande ställning saknades också betydelse vilka avsikter och insikter Nasdaq haft i oktober 2010 samt att de högre kostnaderna för etablering i Akalla inte var av avgörande betydelse.

Avslutningsvis framhöll PMÖD att Konkurrensverket inte gjort gällande att tillgång eller närhet till Nasdaqs dator var en resurs som var nödvändig för att konkurrera med Nasdaq.

PMÖD:s huvudslutsats var alltså att Burgundys uteblivna etablering i Lundahallen i oktober 2010 inte hade någon effekt för konkurrensen mellan företagen. Därför fann domstolen det sakna betydelse om Nasdaq hade en dominerande ställning samt om den uteblivna lokaliseringen av Burgundy i Lunda eller om Nasdaq var berättigat att agera på det sätt som gjorts.

Nödvändig nytthet

Det kan framstå som att Konkurrensverket alternativt bort göra gällande att tillgång till eller närhet till samlokaliseringsområdet av Nasdaqs del av Lundahallen utgjorde en nödvändig nytthet för att Burgundy skulle kunna konkurrera om samlokaliseringskunder. Men det är möjligt att det bedömdes som svårt att uppfylla kriterierna för nödvändig nytthet.

Konkurrensverket bestred att Nasdaq under alla omständigheter hade sådan rådighet över samlokaliseringsområdet att företaget hade kunnat neka sina kunder korskopplingar i den situation som hade uppstått, men Konkurrensverket kunde inte i PMD bära bevisbördan i det avseendet. På det underlaget är PMD:s resonemang övertygande: om Nasdaq gentemot Verizon var fritt att disponera sin del av hallen och samlokaliseringstjänsten och hade avtalsenlig rätt att i förhållande till sina kunder neka korskoppling, fick Nasdaq anses ha agerat i enlighet med sina avtalsenliga rättigheter när företaget genom att vända sig till Verizon sökt hindra Burgundys omlokalisering till Lundahallen; Verizon och Burgundy verkade förutsätta att Nasdaqs samlokaliseringskunder skulle ansluta sig till Burgundy i Verizons del av hallen med korskopplingar och Nasdaq ville inte hamna i en situation där företaget pressades att låta kunderna dra en korskoppling till Verizons del av hallen. Men om samlokaliseringsområdet hade bedömts som en nödvändig nytthet, hade det varit oväsentligt om Nasdaq hade exklusiv rådighet över det.³⁰

Mot bakgrund av PMD:s domskäl hade det varit naturligt att i PMÖD, åtminstone alternativt, göra gällande att samlokaliseringsområdet utgjorde en nödvändig facilitet. Ansågs detta hopplöst, eller hade frågan utretts och ansetts sakna betydelse? Eller ansågs det föreligga hinder mot att föra in nytt processmaterial? Det framstår som uppenbart att Konkurrensverket inte haft giltig ursäkt enligt RB 50 kap. 25 § st 3 för att underlåta att åberopa nya omständigheter.³¹

Konkurrensbegränsande effekt

PMÖD kom aldrig att pröva frågan om Nasdaqs rådighet över samlokaliseringsområdet och om kunderna hade kunnat ansluta sig med korskopplingar till Burgundy, eftersom domstolen fann att konkurrensen mellan Burgundy och Nasdaq inte påverkats av den uteblivna omlokaliseringen av Burgundy eftersom det senare företags dator var så pass mindre effektiv än Nasdaqs att företagen inte kunnat konkurrera ens om Burgundys datorkabel varit kortare och korskopplingar tillåts. Det kan resas invändningar mot PMÖD:s sätt att resonera: det framstår som att PMÖD menat att den konkurrensbegränsande effekten av Nasdaqs agerande skulle bedömas utifrån om Burgundy, utan Nasdaqs agerande och alltså lokaliserat till Lundahallen, skulle ha kunnat konkurrera med en matchningsdator med latens i nivå med Nasdaqs. I förlängningen medför PMÖD:s sätt att resonera att ett dominerande företag skulle kunna vidta vilka

³⁰ Se också skiljaktiga Carlson i PMÖD.

³¹ Jfr skiljaktiga Carlson i PMÖD.

åtgärder som helst mot mindre effektiva konkurrenter. Det framstår som långtgående att tolka förbudet mot dominerande ställning på det sättet. Därför och med beaktande av att endast tre (av vilka endast en juristdomare) av fem domare står bakom resonemanget, bör det tillmätas lågt prejudikatvärde.

4.7 PMÖÄ 1519-19 (FTI)

Svenska förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB (FTI) och TMResponsibility AB (TMR) tillhandahöll båda, i konkurrens med varandra, tjänster åt producenter av förpackningar av metall, papper och plast som huvudsakligen bestod i att samla in och ta hand om förpackningsavfall i enlighet med producenternas rättsliga skyldigheter. FTI hade ett rikstäckande, publikt insamlingssystem som omfattade återvinningsstationer, avtal med entreprenörer för insamling nära hushåll, m.m. Under 2012 slöt FTI ett avtal med TMR genom vilket TMR fick nyttjanderätt till FTI:s återvinningsstationer. Avtalet kom till stånd efter att Konkurrensverket inlett en utredning om eventuellt missbruk av dominerande ställning sedan FTI först vägrat erbjuda TMR tillgång till återvinningsstationerna. Den 29 juni 2016 sade FTI emellertid upp avtalet till upphörande den 31 december 2016. TMR begärde förhandling om nytt avtal men förhandlingar kom inte till stånd. I oktober 2016 lämnade TMR på nytt in ett klagomål till Konkurrensverket. Under Konkurrensverkets utredning medgav FTI successiva förlängningar av avtalet.

Den 2 februari 2018 meddelade Konkurrensverket beslut (Dnr 583/2016) om åläggande med anledning av TMR:s klagomål. Konkurrensverket definierade den relevanta marknaden som publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar i Sverige, och konstaterade att FTI hade ett faktiskt monopol och därmed dominerande ställning på den marknaden. Konkurrensverket bedömde vidare att det var omöjligt eller i vart fall mycket svårt att bygga upp ett nytt parallellt system av återvinningsstationer, och att TMR därför inte kunde tillhandahålla tjänster på marknaden utan tillgång till FTI:s återvinningsstationer. FTI:s vägran att ingå avtal om sådan tillgång skulle därför enligt Konkurrensverket helt eliminera konkurrensen på marknaden. Konkurrensverket fann inga godtagbara skäl till FTI:s uppsägning. Konkurrensverket fann slutligen att samhandelskriteriet var uppfyllt. Konkurrensverket drog därför slutsatsen att FTI:s uppsägning av avtalet med TMR utgjorde ett missbruk av dominerande ställning i strid med KL 2 kap. 7 § och artikel 102 FEUF. Konkurrensverket meddelade därför FTI ett åläggande att återkalla uppsägningen av avtalet med TMR, och förenade åläggandet med vite.

FTI överklagade Konkurrensverkets beslut till Patent- och marknadsdomstolen vid Stockholms tingsrätt (PMD), med yrkande att tingsrätten skulle upphäva det överklagade beslutet. Till grund för överklagandet anförde FTI att det saknades legala, ekonomiska och tekniska hinder mot att TMR skulle etablera ett eget system av återvinningsstationer. FTI menade också att TMR kunde använda andra metoder för förpackningsinsamling än återvinningsstationer. FTI bestred Konkurrensverkets definition av den relevanta produktmarknaden, som enligt FTI omfattade också kommunala och privata insamlingsbehållare, insamling nära hushåll och pantsystem. FTI menade att de inte hade dominerande ställning på den relevanta marknaden. FTI anförde slutligen att de haft objektivt godtagbara skäl till sin uppsägning, eftersom avtalet med TMR bland annat hindrade FTI från att säkerställa de miljömål som FTI satt upp för sin verksamhet.

PMD definierade den relevanta marknaden som marknaden för allmänt tillgänglig och rikstäckande infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar i Sverige, och konstaterade att FTI hade ett monopol på den marknaden. PMD bedömde bland annat därför att FTI hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden. PMD bedömde vidare ett det skulle vara omöjligt, eller i vart fall orimligt svårt, för en konkurrent till FTI att bygga upp en infrastruktur för förpackningsinsamling som skulle fungera parallellt med FTI:s infrastruktur. Tillgång till FTI:s infrastruktur var därför nödvändig för att kunna erbjuda producentansvarstjänster. PMD drog därför slutsatsen att FTI:s uppsägning av avtalet med TMR medförde att TMR skulle tvingas lämna marknaden och att en priskonkurrens därmed eliminerades. PMD bedömde därför att FTI:s uppsägning av avtalet utgjorde ett missbruk av dominerande ställning. PMD ansåg inte att FTI lyckats visa att det fanns objektiva godtagbara skäl till uppsägningen. Slutligen bedömde PMD att samhandelskriteriet var uppfyllt. PMD beslutade därför att Konkurrensverkets beslut skulle stå fast.

FTI överklagade PMD:s beslut till Patent- och marknadsöverdomstolen vid Svea hovrätt (PMÖD) med yrkande att PMÖD skulle bifalla bolagets talan i PMD och upphäva Konkurrensverkets beslut. PMÖD fann liksom PMD att FTI hade monopol på uppströmsmarknaden för allmänt tillgänglig och rikstäckande infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar – och kom också fram till att FTI hade en dominerande ställning. När det gällde frågan om ”leveransvägran”, uppsägningen av avtalet med TMR, utgjorde missbruk, värderade dock PMÖD bevisningen på ett annat sätt än PMD med avseende på frågan om det var omöjligt eller orimligt svårt att etablera en alternativ infrastruktur för insamlandet av förpackningar (nödvändig nödvändig). PMÖD fann det svårt att utifrån utredningen dra generella slutsatser om möjligheten att placera återvinningsstationer på kommunal mark och att det inte framkommit uppgifter som medfört att ett alternativt återvinningssystem inte skulle kunna placeras på privata markytor av samma slag som användes inom ÅVS. Därför kunde Konkurrensverket enligt PMÖD inte anses ha styrkt att bristen på lämplig mark gjorde det omöjligt eller orimligt svårt att inrätta ett parallellt återvinningssystem. Även beträffande andra hinder som bygglov, legala och ekonomiska hinder, fann PMÖD det inte styrkt att det skulle vara omöjligt eller orimligt svårt att inom överskådlig tid etablera ett parallellt återvinningssystem. Eftersom det inte styrkts att FTI missbrukat sin dominerande ställning, fann inte PMÖD anledning att bedöma om uppsägningen motiverats av objektiva godtagbara skäl.

Nödvändig nyttighet

Det är givetvis svårt att säga när något är orimligt svårt eller omöjligt, men det finns fog för att hävda att PMÖD lagt sin bevisvärdering i det strängare skiktet av det spann inom vilket EU:s domstolar och Kommissionen rört sig när det gäller att bedöma frågan. Ordalagen ger uttryck för att det skulle vara en ren bevisfråga – att Konkurrensverket misslyckats med att styrka något – men lokutionen ”omöjligt eller orimligt svårt” är ett värderingsrekvisit, vars tillämpning i målet var beroende av de omständigheter (rättsfakta) som Konkurrensverket fört in i målet; dessa i sin tur var beroende av den bevisning som ingår i Konkurrensverkets utredning och den motbevisning som presenterades av FTI. PMÖD:s avgörande baserades inte på någon uttrycklig brist i Konkurrensverkets påståenden utan att bristande robusthet i utredningen och motstridiga uppgifter inte gjorde att Konkurrensverket nådde upp till beviskravet.

Det kan dock noteras att även om EU-domstolens behörighet inte omfattar den nationella domstolens bevisvärdering, så utgör frågor om beviskrav rättsfrågor som faller inom EU-domstolens behörighet. Trots att beviskravsfrågor regleras av svensk rätt, är de villkorade av den EU-rättsliga effektivitetsprincipen och det finns en omfattande praxis från EU-domstolen med avseende på om nationella regler om beviskrav hindrar EU-rättens effektiva genomslag.

I detta mål uppkom frågor om tillämpningen av Bronner-kriterierna i en situation där ett dominerande företag säger upp ett avtal varigenom en konkurrent redan beretts tillgång till en existerande infrastruktur, delvis finansierad av det allmänna. PMÖD gav uttryck för uppfattningen att Bronner inte kunde anses medföra att olika kriterier ska ställas upp beroende på om det är fråga om leveranser till en ny eller befintlig kund. Samtidigt noterade PMÖD att Kommissionen "kan dock komma att finna det mer sannolikt att en insatsprodukt är nödvändig i en situation där ett dominerande företag tidigare levererat till ett annat företag och det senare företaget gjort investeringar för att använda de insatsprodukter som det dominerande företaget senare vägrar leverera".³² Det hade varit till ledning för rättsutvecklingen att få klargjort om Bronner, i enlighet med PMÖD:s uppfattning, ska tillämpas rakt av också i situationer som den som var för handen i FTL, om modifierade materiella kriterier ska tillämpas eller om beviskravet för vad som är objektivt nödvändigt ska sänkas eller t.o.m. bevisbördan omkastas.³³ Det kan knappast hävdas att rättsläget i detta avseende är så klart att ett förhandsavgörande från EU-domstolen var undgängligt.

4.8 PMT 3931-19 (Hässleholms kommun)

Hässleholms kommun beslutade i maj 2015 att skapa ett fibernät för bredbandsanslutning av hela kommunen med likvärdig anslutningsavgift för samtliga anslutna småhus. Kommunens mål var att 95 procent av kommuninvånarna skulle ha erbjudits anslutning senast år 2020. I oktober 2015 meddelade kommunen att den inte skulle teckna nya markavtal eller bevilja grävtillstånd för fiberetablering med privata företag som inte sedan tidigare hade markavtal med kommunen. Kommunen bedrev själv verksamhet med att bygga ut fibernät till olika områden i kommunen och med att sälja anslutningar till fibernätet till slutkunder i kommunen.

³² Kommissionens prioriteringsvägledning 2009/C 45/02 p. 84.

³³ Det framgår inte tydligt av vägledningen vad som är Kommissionens uppfattning: "Det är dock mer sannolikt att det anses oskäligt att säga upp ett befintligt leveransavtal är att vägra ingå ett nytt. Om det dominerande företaget till exempel tidigare hade levererat till det aktuella företaget och detta företag hade gjort investeringar i just denna handelsförbindelse för att använda de insatsprodukter som det dominerande företaget senare vägrade att leverera, kan det vara mer sannolikt att Kommissionen anser att den aktuella insatsprodukten är nödvändig. Att ägaren av den nödvändiga insatsvaran tidigare har funnit det förmånligt att leverera är ett tecken på att leveranser av insatsvaran inte medför någon risk för att ägaren inte ska få adekvat ersättning för sin ursprungsinvestering. Det åligger därför det dominerande företaget att visa varför omständigheterna faktiskt har ändrats på ett sådant sätt att dess adekvata ersättning skulle äventyras om företaget fortsatte sina befintliga leveransförbindelser."

Den 11 september 2017 väckte Konkurrensverket talan mot Hässleholms kommun vid Patent- och marknadsdomstolen vid Stockholms tingsrätt (PMD), med yrkande att tingsrätten skulle förbjuda Hässleholms kommun att på det sätt som skett neka upplåtelse av mark till företag som ville etablera och sälja fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun, och förena förbudet med vite. Till grund för sitt yrkande anförde Konkurrensverket att kommunen, i den mening som avses i KL 3 kap. 27 §, var en offentlig aktör som bedrev säljverksamhet i konkurrens med privata företag på marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun, och att kommunen genom att vägra att ingå nya markavtal för nedläggning av fiber hindrade de berörda företagen från att konkurrera med kommunens egen säljverksamhet. Konkurrensverket anförde att kommunens förfarande snedvred, eller var ägnat att snedvrیدا, förutsättningarna för en effektiv konkurrens, och hämmade, eller var ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens på den relevanta marknaden, samt att förfarandet inte var försvarbart från allmän synpunkt.

Hässleholms kommun bestred Konkurrensverkets talan. Kommunen anförde huvudsakligen att upplåtelse av mark inte föll inom tillämpningsområdet för KL 3 kap. 27 §, att kommunen inte längre ingick avtal om upplåtelse av mark och därför inte längre agerade på den marknad som Konkurrensverkets talan avsåg, att den påstådda konkurrensbegränsningen inte skedde på marknaden för markupplåtelse utan på en s.k. kopplad marknad, och att de privata företag som önskade sälja fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun inte behövde få markupplåtelse från kommunen utan kunde använda sig av t.ex. ledningsrätt. Hässleholms kommun anförde också att ett förbud skulle strida mot grundlagsregler om kommunalt självstyre och att kommunens förfarande i vart fall var försvarbart från allmän synpunkt eftersom anslutning till bredband var ett allmänt ekonomiskt intresse.

PMD meddelade sin dom den 8 mars 2019. PMD konstaterade att det var ostridigt i målet att Hässleholms kommun var en offentlig aktör och att kommunen i och för sig bedrev säljverksamhet på marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutningar till slutkunder i Hässleholms kommun. PMD fann att den säljverksamheten bedrevs i konkurrens med privata företag. PMD fann också att kommunens vägran att ingå nya markavtal med nya privata företag var ett förfarande i den säljverksamheten. PMD bedömde att tillgång till kommunal mark var en förutsättning för att kunna få tillträde till marknaden, och att de alternativ till markavtal som kommunen fört fram inte var konkurrenskraftiga alternativ. Med hänvisning till utredningen i målet bedömde PMD också att kommunens vägran att ingå nya markavtal hade hindrat privata aktörer från att få tillträde till marknaden. PMD drog slutsatsen att kommunens förfarande lett till ett betydligt minskat konkurrenstryck på marknaden och att konkurrensen därför såväl snedvridits som hämmats i enlighet med KL 3 kap. 27 §. Förfarandet var enligt PMD inte försvarbart ur allmän synpunkt och det stred inte mot grundlagsregler att meddela ett förbud mot förfarandet. PMD förbjöd därför Hässleholms kommun att "(a) på det sätt som skett neka upplåtelse av mark till företag som vill etablera och sälja fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun, och (b) tillämpa förfaranden som till sin effekt har samma verkan som att neka upplåtelse av mark till företag som vill etablera och sälja fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun". Förbudet förenades med vite.

Hässleholms kommun överklagade PMD:s dom till Patent- och marknadsöverdomstolen vid Svea hovrätt (PMÖD) med yrkande att PMÖD skulle undanröja den överklagade domen och återförvisa målet till PMD för fortsatt handläggning. I PMÖD omformulerade Konkurrensverket sitt yrkande. PMÖD förklarade att PMD:s dom skulle undanröjas och målet återförvisas på grund av att yrkandet var för oprecist för att Hässleholms kommun skulle kunna efterleva domen. PMÖD fann att så var fallet, också med beaktande av Konkurrensverkets omformulering av yrkandet. Domen undanröjdes alltså och målet återförvisades till PMD. Där fick Konkurrensverket småningom bifall till sin (justerade) talan om förbud, och domen vann sedermera laga kraft.³⁴

Rättegångsfel

Det framstår som märkligt att Konkurrensverket kunde framställa ett så oprecist yrkande och ännu mer märkligt att PMD kunde tillåta det – yrkandet läggs till grund för domen och en bifallande dom utgör grund för utdömande av vite. Sedermera framställde Konkurrensverket ett nytt yrkande om förbud som bifölls av PMD i dom som inte har överklagats.

³⁴ PMT 1212-20.

5. Konkurrensverkets organisation med avseende på konkurrensfrågor

5.1 Organisation och beslutsfattande

5.1.1 Bakgrund

Konkurrensverket är internt organiserat i tio enheter. För den här rapporten är de mest relevanta enheterna Enheten för karteller och förvärv (KF), Enheten för marknadsmissbruk (MB) och Rättsenheten (RS). Det är KF och MB som bedriver utredningsarbete i de ärenden som kan bli aktuella för konkurrensprocess. RS har i uppdrag att kvalitetssäkra utredningarna och att föra processer i domstol.

Konkurrensverket har i en rapport från Riksrevisionen 2019 fått kritik för bristande effektivitet i tillsynsprocesserna avseende just konkurrensärenden.³⁵ Riksrevisionen konstaterade emellertid samtidigt att konkurrensmål är bland de mest komplicerade mål som hanteras av rättsväsendet och att Konkurrensverket hade en svår uppgift i att utreda konkurrensöverträdelser.³⁶ Det har bekräftats i våra intervjuer att utredningarna av eventuella konkurrensöverträdelser ofta är stora, tidskrävande, och resurskrävande. Om Konkurrensverket ska kunna vidmakthålla en avskräckande effekt krävs samtidigt fällande beslut/domar i tydliga ärenden. Mot den bakgrunden är det vår uppfattning att det inom Konkurrensverket har skapats en medvetenhet om att myndigheten måste välja sina processer noga.

Konkurrensverket har en prioriteringspolicy för att välja de ärenden som ska drivas.³⁷ I sin rapport riktade Riksrevisionen kritik mot tillämpningen av prioriteringspolicyn, eftersom den funnit att kopplingen mellan prioriteringspolicyn och arbetet inom konkurrenstillsyn var svag.³⁸ Konkurrensverket har sedan dess genomfört förändringar både av prioriteringspolicyn (ny version 2020) och av sitt arbetssätt. Förändringsarbetet pågår i viss mån fortfarande.

³⁵ Riksrevisionen, RIR 2019:26, *Konkurrensverkets tillsyn – förutsättningar för effektivt resursutnyttjande*.

³⁶ *ibid*, s 17f.

³⁷ Den nu gällande policyn är *Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten*, Dnr 581/2019, tillgänglig på <https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/overgripande-dokument/prioriteringspolicy-for-tillsynsverksamhet.pdf>.

³⁸ RIR 2019:26 s 21ff. Den prioriteringspolicy som gällde vid tidpunkten för Riksrevisionens granskning var *Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten*, 2018-05-21, Dnr 177/2018.

De faktorer som Konkurrensverket beaktar i sin prioritering av inkomna ärenden innefattar förutsättningarna för att i det enskilda fallet och med stöd av konkurrensreglerna effektivt utreda och ingripa mot en misstänkt överträdelse, vilket får antas innefatta överväganden kring bland annat bevisläget. Konkurrensverket ska också beakta behovet av ett förtydligat rättsläge. Antalet och omfattningen av andra utredningar som pågår kan också påverka ett prioriteringsbeslut, men Konkurrensverket ska inte av resursskäl avstå från att ingripa mot allvarliga överträdelser. Det framgår emellertid inte av prioriteringspolicyn (vare sig i tidigare versioner eller i 2020 års version) huruvida Konkurrensverket från tid till annan kan prioritera vissa former av misstänkta överträdelser, t.ex. karteller, eller kan prioritera tillsyn över en viss marknad. Det ska dock framhållas att prioriteringspolicyn över tid³⁹ har blivit väsentligt tydligare och därmed, enligt vår bedömning, mer användbar.

5.1.2 Intern struktur för utredning och beslut

Det följande är en kort beskrivning av Konkurrensverkets interna process för kvalitets-säkring i tillsynsärenden som kan leda fram till beslut eller processföring med anledning av en eventuell konkurrensöverträdelse.

Utredning sker inom KF eller MB. Ett processråd från RS kan, i mån av tillgänglighet och beroende på ärendets karaktär, kopplas in i processen på ett tidigt stadium. Processrådets uppdrag är att medverka konsultativt men ska inte vara eller framstå som överordnad i arbetet som bedrivs inom KF eller MB. Inom ramen för KF:s/MB:s arbete fattas beslut om vilket insamlat material som är relevant som bevisning i ärendet. Avstämning sker successivt med bland annat Konkurrensverkets chefsjurist och chefsekonom. Arbetet stöttas också av den verksjuridiska enheten avseende frågor relaterade till enskildas processuella rättigheter under utredningarna och i förvaltningsrättsliga frågor. Utredningen inom KF/MB leder fram till en s.k. bevis- och ekonomföredragning.

Vid bevisföredragning, som kan pågå under en hel arbetsdag, medverkar följande personer:

- KF:s/MB:s utredare, processråd som arbetar i ärendet samt ansvarig chef/projektägare,
- 3–4 personer från RS,
- 2–3 personer från chefsekonomenheten (CE),
- chefsekonomen, och
- chefsjuristen.

³⁹ Vi har beaktat Konkurrensverkets prioriteringspolicies 2010, 2015, 2016, 2018 och 2020.

Syftena med bevisföredragningen är, enligt interna styrdokument hos Konkurrensverket,

- att bedöma om den åberopade bevisningen räcker för att visa den påstådda överträdelsen,
- att projektgruppen ska få oberoende synpunkter på bevisningen och på möjligheterna till framgång i domstol, samt
- att säkerställa att processramen och bevisningen har avgränsats så att domstolsprocessen blir så begränsad och effektiv som möjligt.

Under föredragningen diskuteras därför styrkor och svagheter i bevisläget. Efter föredragningen skriver RS och CE var sitt utlåtande över ärendet som går till generaldirektören (GD) tillsammans med ett preliminärt förslag till beslut. I samband med 2021 års lagändringar har Konkurrensverket också skapat en ytterligare kvalitetssäkrande mekanism i form av en intern oberoende granskare, vars uppdrag är att komplettera GD:s beslutsunderlag med nya och just oberoende perspektiv på det informella förslaget. I gränsöverskridande ärenden inhämtas också synpunkter från Kommissionen.

Det formella beslutet i ärendet formuleras av GD, och dessförinnan har ett preliminärt förslag till beslut kommunicerats till berörda parter för synpunkter. Ärendets gång fram till beslut ska enligt ett beslut från GD inte ta längre tid än två år, men GD kan fatta beslut om förlängning.⁴⁰ GD fattar beslut om konkurrensskadeavgift och andra slutliga beslut. I de fall GD beslutat att väcka talan överförs ärendet till RS för att ansöka om stämning och på så sätt inleda domstolsprocess.⁴¹

När domstolsförhandlingarna är avslutade, men innan dom meddelats, genomför Konkurrensverket en intern utvärdering av sin process. När dom meddelats av PMD initieras en eventuell diskussion om överklagande till PMÖD mellan processteamet och chefsjuristen. Synpunkter inhämtas också från GD och andra berörda delar av organisationen inför ett eventuell överklagande.

5.2 Personalfrågor

5.2.1 Bemanningsfrågor

Det är välkänt att Konkurrensverket (i likhet med flera andra myndigheter) har svårt att rekrytera medarbetare med gedigen processerfarenhet. Konkurrensverket är en liten myndighet och dess budget medger inte matchning av det löneläge som exempelvis en advokatbyrå brukar kunna erbjuda. Situationen beskrivs i intervjuerna så att det finns en grupp av medarbetare med hög process- och/eller konkurrensrättslig kompetens och stort intresse för verksamheten. Inom den här gruppen är också lojaliteten mot verksamheten hög. Det finns emellertid också personalkategorier där omsättningen brukar vara högre.⁴²

⁴⁰ Beslutet om interna tidsfrister förelåg dock inte under den period som utredningen avser utan har tillkommit senare.

⁴¹ Med nuvarande ordning ansöker Konkurrensverket om stämning endast i mål om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet (KL 3 kap. 27 §).

⁴² Personalomsättningen inom myndigheten beräknas ligga omkring 20 procent årligen (uppgift från intervju).

Detta uppfattas som skadligt för ärendeberedningen och för domstolsprocesserna, särskilt i ärenden som pågår under lång tid. Generellt sett anses det dock inte föreligga någon bristande bemanning i processföringen och det var flera år sedan Konkurrensverket anlidade externa personer för att hjälpa till i processer.

Konkurrensverket arbetar enligt intervju svaren på olika sätt för att minska personalomsättningen och för att minska personalomsättningens påverkan på kvaliteten i verksamheten. Rekrytering sker med en strävan att få en grupp medarbetare vars kompetenser kompletterar varandra, snarare än för att se till att "alla kan allt". Rekryterade medarbetare ska ges högt förtroende och stor frihet i arbetet, de ska få bekräftelse, och de ska få möjligheter att utvecklas.

Vårt intryck av ovanstående är att Konkurrensverket visserligen vidmakthåller god kompetens och kvalitet i processföringen, men att det föreligger vissa problem. Vi ifrågasätter inte att RS har flera medarbetare med process- och konkurrensrättslig spetskompetens och hög lojalitet mot verksamheten, och att det finns hög konkurrensrättslig och konkurrenssekonomisk kompetens inom MB/KF och CE, men vi konstaterar att det finns problem med bemanningen omkring de erfarna medarbetarna. Enligt uppgift i intervjuerna består RS konkurrensrättsliga del av 8–10 medarbetare. Det har också framkommit att det bredvid chefsjuristen tidigare har funnits en biträdande enhetschef för RS, men att den positionen varit vakant sedan en tid. Enheten är alltså förhållandevis liten, vilket medför sårbarhet vid uppsägningar, sjukskrivningar och ledigheter. För att de medarbetare som har hög kompetens och bred erfarenhet ska kunna göra bästa möjliga arbete i processföringen krävs en grupp omkring dem som kan göra grundarbete med att strukturera och presentera bevismaterial och rättsligt material samt medarbetare som är väl bekanta med utredningen. Om det är hög omsättning på personalen påverkas förutsättningarna att nå hög kvalitet i processarbetet negativt, vilket också framkommit i intervjuerna. Även om det alltså finns personalresurser nog till processerna, så kunde Konkurrensverket önska högre kontinuitet i bemanningen på myndigheten inom konkurrenstillsynen i stort.

Det är svårt att se alternativa tillvägagångssätt med vilka hur Konkurrensverket, inom ramen för tillgängliga resurser, kan rekrytera och behålla kompetenta medarbetare. Lönekonkurrensen från byråerna är hård, men möjligen kan Konkurrensverket konkurrera med ett tydligt helhetserbjudande. En annan möjlighet är att öka rörligheten mellan KF/MB och RS, förutsatt att det finns personer inom KF/MB som kan ge adekvat stöd till processråden inom RS, eller som över tid kan bygga upp sådan dubbelkompetens. Ett liknande alternativ vore att RS blev en mindre men vassare enhet, som får stöd från andra enheter när så behövs. Att i högre utsträckning anlita externa konsulter förefaller mindre lämpligt, eftersom det av resursskäl förmodligen endast skulle vara möjligt att göra så för att ge RS avgränsat stöd i vissa specifika frågor medan den brist vi identifierat snarare handlar om generellt stöd. Kanske vore det motiverat att tillsätta en biträdande chefsjurist med uppdrag att arbeta med just de här frågorna.

5.2.2 Interna spänningar

Enligt Riksrevisionens rapport från 2019 fanns brister i Konkurrensverkets interna kontroll, bland annat i fråga om rollfördelningen mellan KF/MB och RS, vilket enligt rapporten inverkade negativt på effektiviteten i Konkurrensverkets resursutnyttjande.⁴³ Rapportens

⁴³ RIR 2019:26 s 35f.

skrivning om rollfördelning mellan KF/MB och RS kan antas spegla en historik av spänningar mellan enheternas funktion och ansvarsområden. Det är svårt att säga om sådana spänningar varit till skada för enskilda ärendens gång inom Konkurrensverket, men de leder typiskt sett till att resurser och tid ägnas åt annat än de centrala arbetsuppgifterna och därmed till lägre kvalitet i arbetet.⁴⁴

Dessa spänningar har nu, enligt våra intervjupersoner, övervunnits eller i vart fall avtagit väsentligt. Ett flertal omfattande organisatoriska åtgärder har vidtagits för att hitta ett bättre fungerande arbetssätt som underlättar samarbete mellan Konkurrensverkets enheter. Det anses nu råda god stämning och det är inte längre några "täta skott" mellan enheterna.

5.3 Internationellt perspektiv

Det är mycket svårt att jämföra processföring i EU:s olika medlemsländer, eftersom förutsättningarna i bland annat rättsligt, organisatoriskt och ekonomiskt avseende är så olika. Det har därför överenskommits att inte inom ramen för denna rapport göra någon jämförelse mellan Konkurrensverkets och någon/några andra konkurrensmyndigheters domstolsprocesser.⁴⁵

Vi vill dock lyfta att Konkurrensverket ingår i ett EU-nätverk av konkurrensmyndigheter (European Competition Network, nedan ECN) och att ett erfarenhetsutbyte sker där. Myndigheterna har dels ett löpande, dagligt samarbete med informationsutbyte i gränsöverskridande ärenden, dels ett löpande erfarenhetsutbyte, dels mer specifika samarbeten kring t.ex. gemensamma rapporter eller konferenser om rättsfrågor, metodfrågor eller andra gemensamma angelägenheter.

Det uppges dock att man inte inom ECN har ägnat särskilt mycket uppmärksamhet åt processföringsfrågor, eller åt processrättsliga frågor överhuvudtaget, vilket bland annat beror på de många olikheterna mellan medlemsländernas processordningar.⁴⁶ Konkurrensverket har inom ECN lyft bland annat frågan om domstolars bedömning av om det föreligger syftes- eller resultatöverträdelser av konkurrensrätten. Intervjupersonernas intryck från sådana diskussioner har varit att andra konkurrensmyndigheter i EU, vid en jämförelse med Konkurrensverkets förutsättningar, har mindre svårigheter med att få till stånd fällande avgöranden i domstol.

Konkurrensverket är också aktivt i det internationella nätverket för konkurrensmyndigheter, International Competition Network. Där deltar Konkurrensverket främst i diskussioner om arbetsmetoder, såsom digitalisering av myndigheternas arbete.

⁴⁴ Detta är också precis vad Riksrevisionen påpekar i fråga om effektivt resursutnyttjande.

⁴⁵ Med detta sagt kunde det ha visst intresse att göra vissa jämförelser som dock lämnats utanför denna rapport, exempelvis mellan myndigheternas respektive processbudget, rådande bevisregler och bevisvärderingsprinciper, o dyl.

⁴⁶ Genom 2021 års utökning av Konkurrensverkets beslutanderätt har det svenska systemet dock närmast sig majoriteten av övriga system i EU.

6. Bedömning

6.1 Analys av de genomförda processerna

Efter att ha gått igenom målen, och dessutom diskuterat dem med Konkurrensverkets chefer och processförare, är det uppenbart att det generellt finns en stor osäkerhet beträffande tillämpningen av den materiella konkurrensrätten och de processuella förutsättningarna. Ett tecken på det är att PMD och PMÖD ofta resonerar på olika sätt och inte sällan kommer till olika slut. Ett återkommande exempel på att Konkurrensverket och i vissa fall PMD tolkat konkurrensrätten annorlunda än PMÖD är vid syftesöverträdelser.⁴⁷ Andra exempel är marknadsavgränsningar, konkurrensbegränsande effekt och vad som utgör nödvändig eller väsentlig facilitet. Generellt måste också inkluderas frågor om beviskravets höjd samt om värderingen av bevismaterialet i de konkreta målen.

I många fall har Konkurrensverkets talan ogillats med hänvisning till att Konkurrensverket inte visat att ett visst rekvisit uppfyllts. Ibland beror det enbart på att PMÖD värderat bevisningen på ett annat sätt än Konkurrensverket.⁴⁸ I andra fall beror det på att differentierad bevisvärdering kombinerats med att Konkurrensverket inte åberopat alternativa grunder⁴⁹ eller inte avgränsat sina åberopanden.⁵⁰ I ljuset av PMÖD:s rättsutvecklande roll, kan det i någon mån ses som en nödvändig fas att innehållet i konkurrensrätten preciseras allteftersom prejudikat meddelas och att Konkurrensverket anpassar sin processföring allteftersom rättsläget klargörs. De avgöranden som analyserats ovan ger besked om att Konkurrensverket måste tänka om i ett antal avseenden. Det mest uppenbara exemplet är att en talan med anledning av en potentiell syftesöverträdelse bör inkludera dels en grundlig analys av om det i praktiken funnits förutsättningar för att den potentiella överträdelsen skulle kunna påverka konkurrensen, dels kompletteras med en alternativ undersökning av den konkurrensbegränsande effekten av förfarandet. I efterhand framstår det som att Konkurrensverkets processföring varit mer fokuserad på att bevisa det som påståtts ha hänt och dess rättsliga kvalificering, och mindre på de faktiska eller potentiella verkningarna i konkurrensbegränsande hänseende, trots att alla moment är nödvändiga att bevisa och kvalificera för att ett händelseförlopp ska anses utgöra en konkurrensbegränsning. Samtidigt har flera intervjupersoner uttryckt att PMÖD generellt tillämpat en sträng bedömning när det gäller både rättslig argumentering och värdering av bevisning (något vi åtminstone delvis kan instämma i) och att det bidragit till Konkurrensverkets klena processresultat. På sikt kan utrymmet för olikartade bedömningar av rättsläget och skillnader i bevisvärdering förmodas minska, allteftersom PMÖD meddelar fler avgöranden, även om det sker till priset av onödiga ogillande domar och ett mindre effektivt genomförande av konkurrensrätten i praktiken.

⁴⁷ Se t.ex. Alfa där Konkurrensverket utgått från att en konkurrensklausul har ett konkurrensbegränsande syfte, men där PMÖD fann att syfte eller verkan inte var bevisat. Jfr också Telia Gothnet och Aleris (PMT 7497-16, där samarbete i upphandlingssituationer bevisats) där PMÖD ställde mycket höga krav.

⁴⁸ Så t.ex. med selektivitetskriteriet i Swedish Match.

⁴⁹ Se t.ex. Logstor.

⁵⁰ Se FTL.

Men studiet av målen tyder på att det mellan PMÖD och framförallt Konkurrensverket finns skillnader i synen på hur konkurrensrätten ska tillämpas, skillnader vilka inte enbart kan hänföras till att konkurrensrätten är ett dynamiskt rättsområde som lämnar stort utrymme för olika tolkningar. Det har framkommit att intervjupersoner på Konkurrensverket ofta har upplevt PMÖD:s avgöranden som överraskande utifrån de frågor som parterna fokuserat på i processen. Vidare har framkommit att Konkurrensverket ibland har haft svårt att utläsa vilka generella principer PMÖD tillämpat i vissa fall och hur avgörandena förhåller sig till andra principer som fastslagits av EU-domstolen. Dessutom har uttryckts uppfattningen att PMÖD:s avgöranden i en del fall inte ger önskad vägledning eller har varit svåra att tillämpa vid den praktiska hanteringen av framtida fall.

Det är kanske möjligt att avfärda detta som uttryck för besvikelse hos engagerade personer som företräder en myndighet som upprepade gånger fått fel och vilken misslyckats med att realisera sin uppgift. Men som vi ser det förtjänar dessa uppfattningar att tas på allvar. Då inställer sig ett antal sammanhängande frågor. Avviker PMÖD:s rättstillämpning från vad som gäller enligt EU-rätten? Finns det brister i Konkurrensverkets konkurrensrättsliga kompetens som gör det svårt att tillgodogöra sig innebörden och implikationerna av PMÖD:s avgöranden? Finns det brister i PMÖD:s konkurrensrättsliga kompetens och/eller dess sätt att uttrycka sig i domskälen? Även om det i rättsfallsgenomgången finns exempel på rättsliga resonemang och bevisvärdering som är diskutabla – och det gäller såväl PMÖD som Konkurrensverket – ger de knappast stöd för generella svar på frågorna.

Oavsett orsaker står det likväl klart att det åtminstone beträffande tillämpningen av vissa konkurrensrättsliga frågor föreligger en bristande samsyn mellan Konkurrensverket och framförallt PMÖD. Det framstår också som klart att detta vållar svårigheter för Konkurrensverket när processerna pågår, efter att avgörandet fallit och vid bedömningen av framtida fall av misstänkta konkurrensbegränsningar. I förlängningen är det ägnat att försvåra genomslaget för PMÖD:s prejudikatbildning, och man kan ifrågasätta värdet av att upprätthålla ett system som inte skapar de bästa förutsättningarna för att tydliggöra de tvistiga frågorna i konkreta mål eller bidrar till auktoritativa och klara svar på dessa frågor.

I den ordning som gällde fram till mars 2021 fixerades, på grund av hänvisningen i lagen (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar 3 kap. 9 § till bland annat preklusionsreglerna i RB 50 kap. 25 §, processramen i PMD. Det innebar att utrymmet för materiell processledning var avsevärt begränsat när väl ett mål kommit till PMÖD. Mot bakgrund av att PMD och PMÖD i en beaktansvärt stor del av de aktuella målen haft skilda uppfattningar i rättsfrågor och bevisvärderingsfrågor, har den ordningen inte varit helt lyckad. Vidare har mål om konkurrensskadeavgift straffrättslig karaktär, vilket gör att försiktighet är påkallad vad avser processledning som kan vara till nackdel för svaranden. Sammantaget medför detta att materiell processledning inte varit ett användbart verktyg för att avhjälpa oklarheter inom ramen för konkreta processer. Det kan antas att den nya ordningen som sjösatts 2021 ger än mindre utrymme för materiell processledning, eftersom alla typer av konkurrensmål i domstol utgår från beslut av Konkurrensverket och domstolsprocessen därför får mer karaktär av kassationsförfarande. Å andra sidan kan man anta att utredningen i Konkurrensverket för att kunna läggas till grund för ett beslut måste vara mer fullständig än då verket väckte talan om konkurrensskadeavgift med ett yrkande till PMD.

I sammanhanget kan noteras att i brottmål, som givetvis är den renaste formen av mål med straffrättslig karaktär och i vilka därför åklagaren måste möta ett beviskrav som är högre än det som gäller i konkurrensmål, kan åklagaren återopa nya omständigheter närsomhelst under processen så länge de ryms inom det som blir prekluderat av domen enligt RB 30 kap. 9 §. I ljuset av den ordningen kan begränsningen i konkurrensmål som följer av hänvisningen till RB 50 kap. 25 § framstå som rättspolitiskt tveksam. Som ovan framhölls kan begränsningen dock antas få mindre betydelse när konkurrensmål inleds genom beslut av Konkurrensverket. I situationer där företag, eller domstol, för in nya omständigheter efter det att ett beslut överklagats till domstol, måste dock också Konkurrensverket antas ha möjlighet att införa nytt processmaterial, antingen med stöd av ursäktskriteriet eller genom att RB 50 kap. 25 § åsidosätts.

Vi har flera gånger framhållit att rättsläget inom konkurrensrätten är oklart och att de studerade fallen ger talrika exempel på att PMD och PMÖD har olika uppfattningar i rättsfrågor och bevisvärderingsfrågor. Eftersom EU-rätten i de flesta av de avgjorda målen varit tillämplig jämte den svenska konkurrenslagen framstår det som slående att PMÖD inte funnit behov av att använda möjligheten att begära förhandsavgörande för att klargöra tolkningen av konkurrensreglerna. Det är också värt att notera att PMÖD inte i något fall givit ventil för överklagande till Högsta domstolen. Vid intervjuer har dock framkommit att många av de frågor som Konkurrensverket, inom ramen för de studerade målen, har identifierat som sådana att ett förhandsavgörande kunde vara av intresse, av PMÖD har bedömts sakna betydelse för utgången i målet.

Frågan om förhandsavgörande ska begäras i ett mål kompliceras av att det inte finns någon tydlig gräns mellan rätts- och bevisfrågor vid bedömningen av konkurrensbegränsningar; EU-domstolens behörighet är begränsad till att avgöra frågor om EU-rättens tolkning och giltighet. Konkurrensrättens utveckling har medfört att många frågor som kan kvalificeras som bevisfrågor, inrymmer normativa ställningstaganden om vad som krävs för att något ska anses bevisat eller om ett förhållande överhuvudtaget ska tillmätas bevisvärde. Detta gäller särskilt tillämpningen av konkurrensrättsliga rekvisit som "påverkan på konkurrensen", "marknadsavgränsningar" med flera, vilka medför att hypotetiska (inklusive kontrafaktiska) omständigheter ska "bevisas". Ett exempel på huruvida en viss typ av omständighet ska tillerkännas ett visst bevisvärde typiskt sett, är huruvida ett SSNIP-test är relevant eller saknar betydelse för att "bevisa" den geografiska marknadens omfattning i en viss kontext.

Det bör också beaktas att gränsen mellan rätts- och bevisfrågor inte nödvändigtvis dras på samma sätt autonomt EU-rättsligt som enligt svenska processuella principer. Det bör alltså inte hållas uteslutet att EU-domstolen skulle anse sig behörig att besvara en fråga om under vilka förutsättningar en konkurrensklausul som löper på fem år ska anses påverka konkurrensen. Detsamma gäller frågan om snäva villkor i ett upphandlingsunderlag ska beaktas vid bedömningen av om ett samordnat förfarande har till syfte att påverka konkurrensen i en upphandlingssituation.

Det förekommer dock att rena rättsfrågor lösts på ett inte helt förutsebart sätt av PMÖD, utan att förhandsavgörande begärts och utan att Konkurrensverket framhållit behovet av förhandsavgörande. Det mest tydliga exemplet är tolkningen av "objektivt godtagbart skäl" i ljuset av tobakslagen i Swedish Match, vilket motiverade att också åtgärder vidtagna i otillbörligt syfte ansågs godtagbara. Den frågan hade behövt underställas EU-domstolens bedömning.

Eftersom PMÖD är prejudikatinstans och i princip skyldig att begära förhandsavgörande när tillämpningen av EU-rätten är oklar, och PMÖD inte lämnar ventil, så finns ett tämligen outnyttjat verktyg som åtminstone delvis kan utnyttjas för att undanröja oklarheter i rättsläget inom ramen för anhängiga mål. Även om Högsta domstolens prövning inte är begränsad till rättsfrågor utan skulle kunna omfatta oklarheter avseende bevisfrågor som till sin karaktär är "kvasirättsfrågor", är inte Högsta domstolen bättre ägnad att klargöra rättsläget i sådana avseenden jämfört med PMÖD. Det finns under alla förhållanden anledning för Konkurrensverket att överväga en mer offensiv inställning vad gäller att försöka få till stånd förhandsavgöranden i oklara frågor.

I anledning av den nyligen införda ordningen, enligt vilken Konkurrensverket ges beslutanderätt och Ärendelagen tillämpas i domstol när beslut överklagas, bör påpekas två oklarheter som måste vara besvärande för både Konkurrensverket och företag som blir föremål för utredning. Det framhålls i olika förarbeten till lagändringen, liksom i remissvar, att Konkurrensverket har haft återopsörda för konkurrensöverträdelser. Vidare antas detta gälla också härnäst. Med avseende på de genomförda processerna enligt den tidigare ordningen finns visserligen exempel på att PMD och PMÖD tillämpat en slags återopsörda, men det finns också exempel på att domstolarna gjort avsteg från det. Vidare är det oklart om en regel eller princip om återopsörda är förenlig med att målen har ansetts indispositiva (om t.ex. RB 35 kap. 6 § varit tillämplig) och om också företag som motpart haft att återropa motfakta (t.ex. hänförliga till undantag) för att domstolen ska ha kunnat beakta dem. I den nya ordningen när förfarandet i domstol inleds genom att företag överklagar beslut av Konkurrensverket, som då intar svarandeställning, är det oklart om Konkurrensverkets återopanden ska anses begränsade till enbart de omständigheter som angetts som grund för det överklagade beslutet.

En andra oklarhet avser om RB 50 kap. 25 § 3 st. ska tillämpas i PMD, vilket kan antas ha en större inverkan på Konkurrensverkets utredning, liksom på undersökta företags försvarsstrategier. Om inte en allmän preklusionsregel tillämpas i PMD, är det givetvis i hög grad negativt för möjligheterna att koncentrera och att i tid och resurser effektivisera förfarandet vid prövning av konkurrensöverträdelser. Om Konkurrensverket och företag, endast med den begränsningen att PMD kan utfärda stupstockföreläggande, kan införa nya omständigheter eller bevis i PMD, medför den nya ordningen i värsta fall endast att en överflödig preliminär och ofullständig prövning läggs till de två prövningar som gällde tidigare. Det kan inte antas vara i linje med de intentioner som motiverat lagändringen. Men oavsett i vilken instans preklusionsregeln ska anses tillämplig, måste det oklara rättsläget antas medföra stor osäkerhet inte bara för hur Konkurrensverket ska genomföra utredningar, utan framförallt för hur de undersökta företagen ska agera under utredning.

Avslutningsvis kan nämnas ett avgränsat problem som framhållits av Konkurrensverket och vilket illustreras av Nasdaq (PMT 1443-18). Enligt KL 8 kap. 14 § är det, på grund av hänvisning till RB 36 kap. 16 §, vid förhör av part eller annan i domstol möjligt att lägga fram utdrag från det vittnet tidigare berättat i förhör med Konkurrensverket enligt KL 5 kap. 1 §, när berättelsen vid domstolsförhöret avviker från det som tidigare sagts. Information inhämtad på annat sätt har inte tillåtits, utom vid tillämpning av Ärendelagen men har då tillmätts lågt bevisvärde. I tiden mellan att Konkurrensverkets utredare intervjuat inblandade personer och till dess att de ska vittna finns anledning att anta att de kan ha glömt eller erinrat sig alternativa händelseförlopp, eventuellt efter påstötning eller vid närmare eftertanke. Eftersom det också kan röra sig om personer verksamma utomlands kan det vidare vara svårt att få dem att inställa sig och Konkurrensverket kan vara hänvisat att samla information på annat sätt än via KL 5 kap. 1 §. Det återstår att se om det finns

anledning och utrymme att se annorlunda på bevisvärdet av de uppgifter som inhämtats av Konkurrensverket när Ärendelagen blivit tillämplig också på de frågor som tidigare prövades enligt RB.

6.2 Organisation och beslutsfattande

Konkurrensverkets interna beredningsprocess är noggrann och innehåller flera kvalitets-säkrande åtgärder. Enligt intervjuerna är det endast ett fåtal ärenden som godkänns för process, bland annat eftersom Konkurrensverket efter utvecklingen i PMÖD har utvecklat en viss riskaversion. Ärenden som går till eget beslut eller till process ska uppfattas som förhållandevis klara och det ska finnas goda förutsättningar att övertyga domstolarna om att det förekommit en konkurrensöverträdelse. Konkurrensverket utvecklar också på andra sätt det egna arbetssättets effektivitet. Ett sådant utvecklingsarbete avser kortare interna utredningsprocesser, där det inte ska få gå mer än två år till dess beslut fattas. Ett annat utvecklingsarbete avser hur Konkurrensverket identifierar och prioriterar ärenden av strategiskt värde för förverkligande av syftet med processerna.

Det har samtidigt framgått att arbetet tidigare har varit mindre effektivt. Efter kritik från Riksrevisionen har arbetet inom konkurrenstillsyn fått stramare tidsfrister och person-resurser, samtidigt som man skapat former för intern diskussion angående arbetssätt och tidsåtgång. Förändringsarbetet pågår fortfarande, och vårt intryck från intervjuerna är att medarbetarna uppfattar förändringarna som positiva. Det tycks finnas en konsensus kring att utredningsarbetet numera fungerar väl och att de interna processerna för kvalitetskontroll är adekvata. Vi delar det intrycket. De anmärkningar vi har på hur den interna ärendeberedningen går till syftar därför inte till några mer genomgripande förändringar. Vi har emellertid kommentarer om några detaljer.

Det kan finnas behov av ytterligare överväganden kring prioriteringar av ärenden och kring vissa utredningsmetoder, t.ex. så att metoder som är mycket resurskrävande inte används förrän det står klart att de kan tillföra viktig bevisning till ärendet. Det kan t.ex. vara klokt att i större utsträckning använda heuristiska metoder i utredningsarbetet, snarare än att rutinmässigt genomföra stora (och dyra) marknadsundersökningar.

Det är något oklart hur den nya s.k. oberoende granskarens roll ska fungera i praktiken. Som vi uppfattat det ska den oberoende granskaren vara en person inom Konkurrensverket som inte varit inblandad i ärendet tidigare. Här kunde Konkurrensverket överväga att i något ärende försöksvis anlita en person utanför Konkurrensverket, för att på så sätt ytterligare försäkra sig om att det just är "a fresh pair of eyes" som tittar på ärendet, utan att direkt eller indirekt påverkas av diskussioner inom Konkurrensverket.

Det har framkommit att det historiskt har förekommit svårigheter att samarbeta mellan KF/MB och RS. Våra intervjupersoner inom Konkurrensverket har dock samstämmigt uttryckt att de svårigheterna nu är väsentligt mindre än tidigare. Det har samtidigt uttryckts att svårigheterna inte har underlättat arbetet med Konkurrensverkets processer i domstol. En möjlig väg för att motarbeta sådana svårigheter är att ytterligare integrera enheterna, så att processråd deltar i utredningsarbete och utredare deltar i processuellt arbete i ännu större utsträckning än vad som redan är fallet. Möjligen kan dock ökade krav på deltagande i utredningsarbete skapa risk för ytterligare svårigheter att rekrytera och behålla kompetent personal för domstolsprocesser.

6.3 Personalfrågor

För att uppnå verksamhetsmål krävs ett arbetssätt som är utformat för att uppnå målen, och en organisation som stöder det arbetssättet. Samtidigt är arbetssätt och organisationer endast en av flera faktorer för att nå den kvalitet i det utförda arbetet som krävs för att uppnå verksamhetens mål. Bland andra helt centrala faktorer finns att man i verksamheten förmår (1) rekrytera och behålla nödvändig kompetens, och (2) inom befintliga finansieringsramar uppnå tillräcklig prestationsnivå. Dessa faktorer är nära kopplade till individerna i verksamheten men är också kopplade till ledningsfrågor. Det faller inte inom utredningens ram att utvärdera kompetens och prestationer hos Konkurrensverkets medarbetare eller ledning. Den information vi fått i frågan har redovisats ovan (avsnitt 4.2). På grund av det nära sambandet mellan bemanning och kvalitet vill vi ändå lämna några kommentarer som kan ingå i Konkurrensverkets strategiska arbete med att bygga sin personalgrupp.

För det första måste konstateras att framgångsrik processföring kräver stor processvana. Det är därför centralt för kvaliteten i konkurrensprocesserna att Konkurrensverket förmår rekrytera och behålla mycket processvana jurister, såsom assessorer eller andra med likvärdig kompetens. Om det finns en tillräckligt stor kärna av sådana kvalificerade jurister kan en viss personalomsättning kanske accepteras bland de övriga juristerna.

För det andra måste de kvalificerade processjuristerna ges en tydlig bild av den personliga utveckling som erbjuds hos Konkurrensverket. Vilket är det långsiktiga erbjudandet? Är det möjligt att periodvis röra sig mellan Konkurrensverket, Kommissionen, RK, andra myndigheter? Med ett sådant perspektiv blir det tydligt att en god bemanning måste vara en viss *överbemanning*, som tillåter perioder av tjänstledighet för personligt utvecklande uppdrag i andra verksamheter. De gjorda erfarenheterna ska sedan fångas upp av ledningen i avsikt att värdera om de kan användas för konkret vidareutveckling av Konkurrensverkets verksamhet.

För det tredje är det nödvändigt med en god psykosocial arbetsmiljö. Bland intervju-personerna råder konsensus kring att det råder bättre stämning på arbetsplatsen idag än tidigare. Vi har ändå uppfattat ett fortsatt behov av att hantera viss språkförbistring och förekommande olika intresseområden mellan olika professioner och roller: ekonomer vis-à-vis jurister, utredare vis-à-vis processförare, osv. Faktorer som beslutsstrukturer, löneläge och andra villkor eller traditioner kan också påverka. Uppdrag och arbetssätt skiljer sig också åt. Här behöver Konkurrensverket finna en väg framåt. Ett extremt alternativ är att helt avskaffa skillnaden mellan enheterna. Det andra extremalternativet är att Konkurrensverket slutar föra processer själva och istället upphandlar processföring från advokatbyråer. Vi vill inte rekommendera något av dessa alternativ, men vi tror att en fortsatt fördjupning av samarbeten och kommunikation mellan enheterna kan ge positiva effekter. Med ytterligare ökad rörlighet mellan enheterna kan personer från KF/MB respektive RS på roterande basis medverka i varandras arbete. På så sätt kan en ömsesidig förståelse och respekt vidmakthållas. Större rörlighet kan ha också andra goda effekter, såsom att skapa möjligheter till ömsesidig avlastning vid arbetsanhopningar.

7. Slutsatser

7.1 De genomförda processerna

Det har framkommit att det ofta råder osäkerhet om hur konkurrensreglerna ska tillämpas i enskilda fall, att vissa av PMÖD:s avgöranden framstått som överraskande samt att det finns uppfattningar att vissa av PMÖD:s avgöranden inte ger önskad vägledning i det fortsatta praktiska arbetet med att tillämpa konkurrensreglerna. Det måste medföra att den delen av Konkurrensverkets uppgifter som innebär att bidra till klargörande av rättsläget blir särskilt viktig och särskilt svår att fullfölja. Det framstår därför som nödvändigt att Konkurrensverket inte bara bedriver utredningar av potentiella konkurrensöverträdelser utifrån alternativa scenarier (t.ex. syfte och effekt, alternativa bestämmningar av relevanta marknader), utan också att sådana alternativa händelseförlopp i den mån det är möjligt inkluderas i motiveringarna till de beslut som fattas, med angivande av vilka grunder som saknar stöd i praxis från EU-domstolen, Tribunalen, PMÖD och Kommissionen. När det är osäkert om en beslutsgrund, eller i domstol svarandepartens invändningar, har stöd i praxis bör Konkurrensverket verka för att förhandsavgörande begärs.

Det är lätt insett att detta innebär att Konkurrensverket måste göra svåra avvägningar i de enskilda fallen: Konkurrensverket måste balansera intresset av att avgränsa ärenden på ett sätt som gör att huvudfrågorna fokuseras och gör ärendena hanterliga, mot behovet av att få just alternativa potentiella händelseförlopp och kvalificeringar rättsligt prövade.

En genomgående observation från de genomgångna målen är att PMÖD funnit att Konkurrensverket inte visat att förutsättningarna för tillämpning av KL:s regler är uppfyllda. Som ovan sagts kan det förklaras av att PMÖD och Konkurrensverket har haft olika syn på processmaterialets bevisvärde i de enskilda fallen. Huruvida en part i ett mål uppnår den relevanta bevisbördepunkten beror givetvis på vilken bevisning som presenteras, men också på hur högt beviskravet placeras. Eftersom Konkurrensverket nu i ett beaktansvärt antal mål misslyckats med att nå upp till det erforderliga beviskravet, väcker det frågan om beviskravet *styrkt* är för högt satt för att motsvara kraven på ett effektivt genomslag för EU-rätten. I de flesta konkurrens mål regleras bevisbördans placering av förordning 1/2003, medan beviskravet, i avsaknad av EU-rättsliga regler, bestäms av nationella regler, villkorat av att kravet på effektivt genomslag för EU-rätten uppfylls. Även om EU-domstolen, inom ramen för förhandsavgöranden, inte kan ha synpunkter på nationella domstolars bevisvärdering, utgör frågorna om beviskravets höjd och dess överensstämmelse med effektivitetsprincipen rättsfrågor som EU-domstolen tämligen ofta uttalat sig om. Det kan därför finnas anledning för Konkurrensverket att, i mål där EU:s konkurrensregler är tillämpliga, överväga att ta initiativ till att också beviskravets höjd i enskilda fall provas av EU-domstolen inom ramen för förhandsavgöranden.

När det gäller förfarandet i den nya ordning som sjösattes i mars 2021, bör understrykas dels att det är oklart om huruvida en regel eller princip om återopsörda är tillämplig vid överklagande, dels oklart om huruvida den allmänna preklusionsregeln i RB 50 kap. 25 § st. 3 tillämpas vid överklagande till PMD. Framförallt det senare förhållandet medför en osäkerhet, som är en belastning för Konkurrensverket och de undersökta företagen under utredningen av potentiella konkurrensbegränsningar.

7.2 Organisation och beslutsfattande

Det kan finnas behov av ytterligare överväganden kring prioriteringar av ärenden, så att de ärenden som väljs ut till beslut och eventuell efterföljande domstolsprocess kan bidra till uppnåendet av ändamålen med Konkurrensverkets besluts- och domstolsprocesser. Prioriteringspolicyn är ett viktigt verktyg i det arbetet. Det kan också finnas behov av ytterligare överväganden kring vissa utredningsmetoder, t.ex. så att metoder som är mycket resurskrävande inte används förrän det står klart att de kan tillföra viktig bevisning till ärendet.

Konkurrensverket bör fortsätta att bedriva ett strategiskt arbete gentemot regeringskansliet, för att tydliggöra sina utmaningar inom tillsynsverksamheten. Detta gäller delvis resursfrågor kopplade till uppdraget, men också frågor som har att göra med de rättsliga och processuella förutsättningarna för att fullfölja Konkurrensverkets uppdrag.

7.3 Personalfrågor

Det är centralt för kvaliteten i konkurrensprocesserna att Konkurrensverket förmår rekrytera och behålla mycket processvana jurister, såsom assessorer eller andra med likvärdig kompetens. De kvalificerade processjuristerna måste samtidigt ges en tydlig bild av den personliga utveckling som erbjuds hos Konkurrensverket. För att Konkurrensverket ska kunna ge ett attraktivt erbjudande till sina medarbetare behöver en god bemanning således innefatta en viss överbemanning, som tillåter perioder av tjänstledighet för personligt utvecklande uppdrag i andra verksamheter.

För en god psykosocial arbetsmiljö kan en fortsatt fördjupning av samarbeten och kommunikation mellan enheterna ge positiva effekter. Större rörlighet kan ha också andra goda effekter, såsom att skapa möjligheter till ömsesidig avlastning vid arbetsanhopningar. Vi rekommenderar därför ett fördjupat integrerat arbetssätt mellan enheterna, så att processråd deltar i utredningsarbete och utredare delar i processuellt arbete i ännu större utsträckning än vad som redan är fallet.

Referenser

Offentligt tryck med mera

7.3.1 Svenskt offentligt tryck med mera

Prop. 2015/16:57, Patent- och marknadsdomstol

Prop. 2020/21:51, Konkurrensverkets befogenheter

Ds 2020:3, Konkurrensverkets befogenheter

Riksrevisionen, RIR 2019:26, *Konkurrensverkets tillsyn – förutsättningar för effektivt resursutnyttjande*

Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten, 2016-04-20, Admnr 67/2016

Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten, 2018-05-21, Dnr 177/2018

Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten, 2020-02-12, Dnr 581/2019

Konkurrensverket, *Konkurrensverkets uppgifter och organisation* (2019), tillgänglig på
<<https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/informationsmaterial/rapporter-och-broschyrer/informationsmaterial/konkurrensverkets-uppgifter-och-organisation.pdf>>

Stockholms tingsrätts yttrande, ärende med regeringens Dnr N2020/00305/RS

Svea hovrätts yttrande, ärende med regeringens Dnr N2020/00305/RS

7.3.2 Offentligt tryck med mera från EU

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget [2003] OT L 1/1

Rådets direktiv (EU) 2019/1 av den 11 december 2018 om att ge medlemsstaternas konkurrensmyndigheter befogenhet att mer effektivt kontrollera efterlevnaden av konkurrensreglerna och om att säkerställa en väl fungerande inre marknad [2019] OT L 11/3

Kommissionens prioriteringsvägledning 2009/C 45/02

Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer [2005] OT C 56/24

Kommissionen, *Statistics for competition cases before EU Courts*, internt arbetsdokument som tillhandahållits författarna.

Litteratur

Ulf Bernitz, *Förhandsavgöranden av EU-domstolen: Svenska domstolars hållning och praxis* (Sieps 2010:2)

Ulf Bernitz, *Förhandsavgöranden av EU-domstolen: Utvecklingen av svenska domstolars hållning och praxis 2010–2015* (Sieps 2016:9)

Ulf Bernitz, *Förhandsavgöranden av EU-domstolen 1995–2020: Genomslag och betydelse i Sverige* (Sieps 2021:2)

Eric Ericsson, *Konkurrensverket får besluta om böter*,
<https://konkurrensbloggen.ericericsson.se/category/konkurrensverket>

Ingeborg Simonsson, *Konkurrensverkets domstolsprocesser 1993–2004: En utvärdering* (Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2005:2)

Rättspraxis med mera

7.3.3 EU-domstolen

Mål 283/81 *CILFIT* EU:C:1982:335

Mål 199/82 *San Giorgio* EU:C:1983:318

Mål 314/85 *Foto-Frost* EU:C:1987:452

Mål C-382/12 P *MasterCard* EU:C:2014:2201

Mål C-561/19 *Consorzio Italian Management* EU:C:2021:799

7.3.4 Patent- och marknadsöverdomstolen

PMT 7497-16 (Aleris)

PMT 7498-16 (Alfa)

PMT 7499-16 (Logstor)

PMT 761-17 (Telia & GothNet)

PMT 1988-17 (Swedish Match)

PMT 1443-18 (Nasdaq)

PMÖÄ 1519-19 (FTI)

PMT 3931-19 (Hässleholms kommun)

7.3.5 Stockholms tingsrätt

T 12305-13 (Aleris)

T 10057-14 (Alfa)

T 1805-16 (Logstor)

7.3.6 Patent- och marknadsdomstolen

PMT 16822-14 (Swedish Match)

PMT 17299-14 (Telia & GothNet)

PMT 7000-15 (Nasdaq)

PMT 11545-17 (Hässleholms kommun I)

PMÄ 2741-18 (FTI)

PMT 1212-20 (Hässleholms kommun II)

7.3.7 Konkurrensverkets beslut

Dnr 117/2017

Dnr 59/2019



Adress 103 85 Stockholm
Telefon 08-700 16 00
konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se