



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE Stockholms tingsrätt, avdelning 5, beslut den 13 januari 2014 i mål T 9131-13, se bilaga

KLAGANDE Swedavia AB, 556797-0818,
109 45 Stockholm-Arlanda
Ombud: Advokaterna U. S. och E-M. M.,
Advokatfirman Lindahl KB,
Mäster Samuelsgatan 20
101 39 Stockholm

MOTPART Konkurrensverket
103 85 Stockholm

SAKEN Konkurrensskadeavgift; nu fråga om rättegångshinder

MARKNADSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Marknadsdomstolen lämnar överklagandet utan bifall.

Det åligger tingsrätten att efter målets återupptagande pröva frågan om rättegångskostnad i Marknadsdomstolen.

BAKGRUND

- 1 Marknadsdomstolen meddelade den 23 november 2011 dom, MD 2011:28, (i fortsättningen vitesåläggandet), varigenom bl.a. Swedavia på talan av Uppsala Taxi 100 000 AB vid vite av två miljoner kr ålades att upphöra med att ta ut en extra förbeställningsavgift om 25 kr för ”hög service” (skyltavgift), vilken hade införts den 7 februari 2011. Konkurrensverket (KKV) har därefter väckt talan vid Stockholms tingsrätt mot Swedavia angående konkurrensskadeavgift rörande skyltavgiften, avseende viss tid till den 23 november 2011. Swedavia har yrkat att KKV:s talan ska avvisas på grund av att det föreligger rättegångshinder, eftersom Swedavia genom vitesåläggandet redan har lagförts för de åtgärder som omfattas av KKV:s talan (ne bis in idem), vartill kommer att KKV:s talan inte är tillåten enligt 3 kap. 7 § konkurrenslagen (2008:579), KL. Tingsrätten har lämnat Swedavias yrkande om avvisning utan bifall. Swedavia har överklagat tingsrättens beslut till Marknadsdomstolen.

YRKANDEN

- 2 Swedavia har yrkat att Marknadsdomstolen, med undanröjande av det överklagade beslutet, avvisar KKV:s talan samt fordrat ersättning för sin rättegångskostnad.
- 3 KKV har bestritt Swedavias yrkanden.

GRUNDER

- 4 Parterna har åberopat samma grunder och omständigheter som vid tingsrätten.

UTVECKLING AV TALAN

- 5 Parterna har utvecklat sin talan i Marknadsdomstolen i huvudsak enligt följande.

Swedavia

- 6 Tingsrätten har i sitt beslut kommit fram till felaktiga slutsatser när det gäller tillämpningen av principen om ne bis in idem respektive 3 kap. 7 § KL.

- 7 Beträffande principen om *ne bis in idem* måste sålunda den rättsliga klassificeringen av förfarandet avseende vitesåläggandet betraktas som straffrättslig eller av straffrättsliknande karaktär. När det gäller påföljdens natur och stränghet har tingsrätten hänvisat till bl.a. utsködningsrätten, vilket i sig kan ifrågasättas då dessa förfaranden grundar sig på civilrättsliga fordringar och inte är att jämföras med ett vitesförbud som enligt KL motiveras av allmänintresset av att hindra skadliga konkurrensbegränsningar. Såvitt avser gärningens art talar ändamålet med KL för att gärningens art snarare är att beteckna som straffrättslig än civilrättslig. Det faktum att KL innehåller sanktioner av straffrättslig karaktär stödjer detta.
- 8 Tingsrättens jämförelse med förordning 1/2003 är missvisande. När det gäller principen om *ne bis in idem* finns det viktiga och avgörande skillnader mellan det EU-rättsliga och det svenska systemet. Kommissionen har, till skillnad från KKV, behörighet att självständigt utfärda böter. Vidare saknar förordningen en motsvarighet till den subsidiära talerätt som återfinns i 3 kap. 2 § KL. I förordningen finns inte heller något förbud mot att förena vite med konkurrensskadeavgift, motsvarande det som finns i 3 kap. 7 § 1 p. KL.
- 9 Eftersom det råder identitet mellan de faktiska omständigheter som ligger till grund för vitesåläggandet och den nu aktuella talan om konkurrensskadeavgift och då sanktionerna, bl.a. med beaktande av KL:s bakgrund och systematik, utgår från samma rättsliga intresse, är KKV jämlikt principen om *ne bis in idem* förhindrad att i förevarande fall föra talan mot Swedavia.
- 10 Av ordalydelsen i 3 kap. 7 § 1 p. KL framgår det klart och tydligt att konkurrensskadeavgift inte får påföras för åtgärder som omfattas av ett åläggande som meddelats vid vite. Vitesåläggandet och KKV:s talan om konkurrensskadeavgift grundar sig på en och samma åtgärd. Ändamålet med 3 kap. 5 § KL, i ljuset av 3 kap. 7 § 1 p. KL, kan inte anses möjliggöra en talan om konkurrensskadeavgift i förevarande situation.
- 11 Tingsrätten synes inte ha beaktat ordalydelsen i 3 kap. 7 § 1 p. KL. Att bortse från den faktiska ordalydelsen med hänvisning till förarbetsuttalanden kan inte anses förenligt med den allmänna principen, att vite inte kan föreläggas när straff är utsatt om inte undantag medges i särskilda författningar, som av Högsta Domstolen fastlagts i

avgörandet NJA 1982 s. 633 och som även återfinns i 9 kap. 8 § rättegångsbalken och även bekräftats i förarbetsuttalande till viteslagen.

- 12 Tolkningsen av 3 kap. 7 § 1 p. KL måste även ske mot bakgrund av att konkurrensskadeavgift är att betrakta som en ingripande sanktion av straffrättslig karaktär, vilket även tingsrätten har bekräftat i sitt beslut. I linje med legalitetsprincipen och krav på tydlighet låter sig en tolkning som går utöver ordalydelsen inte göras.
- 13 Vare sig ordalydelsen i 3 kap. 7 § 1 p. KL eller ändamålet med 3 kap. 5 § KL medger en talan om konkurrensskadeavgift i förevarande fall.

KKV

- 14 Vad gäller principen om *ne bis in idem* innebär vitesåläggandet inte att Swedavia har drabbats av någon straffliknande påföljd, utan endast ett förbud för Swedavia att i framtiden fortsätta med, eller återuppta, sitt missbruksbeteende. Om inte Swedavia efterkommer förbudet kan KKV, eller Uppsala Taxi 100 000 AB, föra talan om utdömande av vitet enligt 6 kap. 2 § KL.
- 15 Inte något av de tre s.k. Engelkriterierna är uppfyllda när det gäller att bedöma om förfarandet i vitesåläggandet är av straffrättslig karaktär. Förfarandet har inte varit av straffrättslig karaktär, varken enligt svensk rätt eller enligt EU-rätten. Det föreligger således inte något rättegångshinder i förevarande mål på grund av principen om *ne bis in idem*.
- 16 Det bör inte vara av avgörande betydelse för bedömningen att vitesåläggandet var föranlett av en särskild talan av ett enskilt företag enligt 3 kap. 2 § KL. Förfaranden där KKV beslutar om åläggande enligt 3 kap. 7 § KL eller där Marknadsdomstolen överprövar sådana ålägganden enligt 7 kap. 1 § första stycket andra punkten KL är offentligrättsliga men kan inte anses vara av straffrättslig karaktär.
- 17 Om Marknadsdomstolen skulle komma fram till att vitesåläggandet kan anses vara av straffrättslig karaktär utgör principen om *ne bis in idem* ändå inte hinder mot att KKV nu för talan om utdömande av konkurrensskadeavgift. Detta följer av att tillämp-

ningen av principen om ne bis in idem är underkastad ytterligare krav utöver att två förfaranden måste vara av straffrättslig karaktär.

- 18 Enligt EU-domstolens praxis uppställs även ett tredubbelt krav på dels identitet mellan de faktiska omständigheterna, dels att fråga är om en och samma regelöverträdare, dels ock att det är ett och samma rättsliga intresse som skyddas.
- 19 Ett vitesåläggande bör inte i påföljdshänseende anses avse samma faktiska omständigheter som ett yrkande om utdömande av konkurrensskadeavgift. Detta följer av att ett åläggande är framåtriktat och avser att få en överträdelse att upphöra, medan konkurrensskadeavgift är en sanktion för en redan begången överträdelse. Dessutom kan ifrågasättas om framåtriktade ålägganden och tillbakaverkande konkurrensskadeavgift kan anses skydda samma rättsliga intresse i den mening som avses i EU-rätten.
- 20 Det tredubbla kravet på identitet är därför inte heller uppfyllt, vilket i sig självt är tillräckligt för att principen om ne bis in idem inte ska vara tillämplig.
- 21 Bestämmelsen i 3 kap. 7 § första stycket 1 KL utgör inte heller hinder mot att påföra konkurrensskadeavgift för Swedavias överträdelse av förbudet mot missbruk av dominerande ställning vad avser tiden före vitesåläggandet.
- 22 Stadgandet i 9 kap. 8 § andra stycket rättegångsbalken om att vite inte får föreläggas när straff är utsatt, påverkar inte bedömningen, vilket följer redan av att förevarande mål inte rör frågan om föreläggande vid vite utan utdömande av konkurrensskadeavgift. Under alla förhållanden finns enligt 3 kap. 1 § och 6 kap. 1 § KL en uttrycklig möjlighet att förelägga vite vid ålägganden att upphöra med överträdelser av förbuden mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning, trots att konkurrensskadeavgift enligt 3 kap. 5 § KL är utsatt för överträdelser av dessa förbud.

SKÄL

- 23 KKV får enligt 3 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579), KL ålägga ett företag att upphöra med överträdelser av förbudet i bl.a. 2 kap. 7 § KL, dvs. upphöra med att missbruka en dominerande ställning. Om KKV i ett visst fall beslutar att inte meddela ett

sådant åläggande, får Marknadsdomstolen enligt 3 kap. 2 § KL göra det på talan av ett företag som berörs av överträdelsen. Av 6 kap. 1 § första stycket KL framgår att bl.a. ett åläggande enligt 3 kap. 2 § KL får förenas med vite. Och enligt fast praxis ska ett åläggande förenas med vite om det inte av särskilda skäl är obehövligt.

- 24 Vidare framgår av 3 kap. 5 § första stycket KL att Stockholms tingsrätt på talan av KKV får besluta att ett företag ska betala konkurrensskadeavgift, om företaget eller någon som handlar på företagets vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet har överträtt bl.a. förbudet i 2 kap. 7 § KL, dvs. missbrukat en dominerande ställning. Konkurrensskadeavgift får dock, enligt 3 kap. 7 § första stycket 1 KL, inte påföras för åtgärder som omfattas av ett åläggande enligt bl.a. 3 kap. 2 § samma lag, dvs. åläggande vid vite på talan av ett företag som berörs av en överträdelse. Bestämmelsen i 3 kap. 7 § första stycket 1 KL innehåller alltså ett undantag från regeln om påförande av konkurrensskadeavgift i 3 kap. 5 § första stycket KL.
- 25 Marknadsdomstolen har tidigare, med hänvisning till Europadomstolens respektive EU-domstolens praxis, konstaterat att mål om konkurrensskadeavgift innefattar en anklagelse om brott och därmed är av straffrättslig karaktär (se MD 2013:5, punkt 160 f., samt Europadomstolens dom i mål nr 43509/08 A. Menarini Diagnostics S.L.R mot Italien och EU-domstolens dom i mål C-501/11 P, Schindler Holding Ltd m.fl. mot kommissionen, punkt 30-38). KKV:s talan om konkurrensskadeavgift i föreliggande mål är följaktligen, som tingsrätten funnit, av straffrättslig karaktär.
- 26 En allmän princip i svensk rätt är, att vite inte får föreläggas när straff är utsatt, vilken princip är lagfäst i bl.a. 9 kap. 8 § första stycket rättegångsbalken (se NJA 1982 s. 633 och Rune Lavin, Viteslagstiftningen En kommentar, andra uppl. s. 69 f.). Undantag från denna princip förekommer emellertid i flera författningar, bl.a. i de immaterialrättsliga lagarna. I dessa lagar finns således bestämmelser om såväl förbud vid vite som bestämmelser om straff samt bestämmelser om att den som överträtt ett vitesförbud inte får dömas till ansvar för intrång som omfattas av förbudet (se prop. 1984/85:96 s. 87 samt t.ex. 57 § 1 st. patentlagen, 1967:837, och 18 § 4 st. firmalagen, 1974:156). Vid tillämpning av lagar som saknar undantag av detta slag gäller den allmänna principen om hinder mot att förelägga vite när straff är utsatt (se NJA 1982 s. 633).

- 27 Bestämmelsen i 3 kap. 7 § KL om att konkurrensskadeavgift inte får påföras för åtgärder som omfattas av ett vitesåläggande har utan saklig ändring överförs från 30 § andra stycket konkurrenslagen (1993:20), där det stadgades att "[konkurrensskadea]vgift får inte påföras för åtgärder som omfattas av ett åläggande som har meddelats vid vite enligt denna lag". Denna bestämmelse byggde i sin tur på 37 § konkurrenslagen (1982:729) där det föreskrevs att "[f]ör gärning som omfattas av ett sådant förbud eller åläggande som har meddelats vid vite med stöd av denna lag döms inte till ansvar ...".
- 28 I förarbetena till KL anfördes att bestämmelsen motsvarade 30 § andra stycket i konkurrenslagen 1993:20 (se SOU 2006:99 s. 640 och prop. 2007/08:135 s. 254). Vidare anfördes bl.a. följande. "Med hänsyn till att ett åläggande vid vite bara tar sikte på framtida agerande på marknaden innebär bestämmelsen att KKV, på samma sätt som enligt nuvarande konkurrenslagen, kan välja att för samma förfarande dels meddela ett åläggande beträffande framtida agerande, dels yrka på konkurrensskadeavgift för tiden innan åläggandet meddelats" (se anförda betänkande s. 640).
- 29 I förarbetena till 1982 års lag anfördes att bestämmelsen tog sikte på den situationen att en åtgärd, som innefattar överträdelse av förbud eller åläggande vid vite enligt lagen, också utgör ett brott enligt samma lag (se SOU 1978:9 s. 450 och prop. 1981/82:165 s. 301). Och i förarbetena till 1993 års lag anfördes att bestämmelsen hade en motsvarighet i 37 § i 1982 års lag (se SOU 1991:59 s. 490 och prop. 1992/93:56 s. 95). I litteraturen har, som tingsrätten redovisat, anförts att det inte finns några hinder mot att konkurrensskadeavgift döms ut för samma förfarande som omfattas av ett vitesåläggande vad avser tiden före åläggandet (se Carl Wetter m.fl., Konkurrensrätt, en kommentar, fjärde uppl. 2008 s. 857).
- 30 En tolkning av bestämmelsen i 3 kap. 7 § första stycket 1 KL mot bakgrund av förarbetena leder således till slutsatsen att det skulle vara möjligt att både besluta om vitesåläggande och döma ut konkurrensskadeavgift på grund av samma missbruk av dominerande ställning. Med hänsyn till vad Swedavia anført bör dock prövas om att de nu aktuella bestämmelserna uppfyller det krav på förutsebarhet som enligt legalitetsprincipen måste ställas på en reglering av detta slag.

Legalitetsprincipen

- 31 En grundläggande förutsättning för utövning av den offentliga makten är enligt 1 kap. 1 § tredje stycket regeringsformen (RF), att den utövas under lagarna. Genom denna bestämmelse är den s.k. lagbundenhetens princip eller legalitetsprincipen grundlagsfäst (jfr Anders Eka m.fl., *Regeringsformen – med kommentarer* – s. 24). Legalitetsprincipen är alltså tillämplig på all offentlig maktutövning, men gör sig gällande med särskild precision och styrka inom straffrätten (Petter Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, andra upplagan s. 45 f. och Fredrik Sterzel, *Legalitetsprincipen*, publicerad i *Offentlighetsrättsliga principer*, redaktör Lena Marcusson, andra uppl. s. 73 f.). Det krav som ställs inom straffrätten måste också ställas i fråga om sådana avgifter som enligt Europakonventionen är av straffrättslig karaktär (se NJA 2013 s. 842, punkt 21 f.).
- 32 Legalitetsprincipens ställning inom straffrätten manifesteras i 2 kap. 10 § RF och artikel 7 i Europakonventionen samt i 1 kap. 1 § brottsbalken (BrB) och 5 § första stycket lagen (1964:163) om införande av brottsbalken. Legalitetsprincipen utgör en garanti för rättssäkerheten i det att var och en ska kunna förutse när och i viss mån hur de kan komma att bli föremål för straffrättsliga ingripanden (Petter Asp m.fl., a.a. s. 46). Inom straffrätten bärs legalitetsprincipen upp av fyra krav som gäller för såväl lagstiftning som rättstillämpning, nämligen föreskriftskravet samt retroaktivitetsförbudet, analogiförbudet och obestämdhetsförbudet. Frågan i föreliggande fall är om undantagsbestämmelsen i 3 kap. 7 § första stycket 1 KL strider mot obestämdhetsförbudet.
- 33 I obestämdhetsförbudet ligger, som framgår av begreppet, ett krav på tydlighet och precision. Det finns emellertid inte något hinder mot att en viss bestämmelse tolkas enligt vedertagna grundsatser. En sådan tolkning måste dock göras med försiktighet och en tolkning som vunnit hävd bör inte frångås utan tungt vägande skäl (se NJA 1994 s. 480). Legalitetsprincipens tydlighetskrav ska normalt anses vara uppfyllt när en person av en bestämmelses ordalydelse, och i förekommande fall med stöd av domstolarnas tolkning, får kunskap om vilka handlingar eller vilken underlåtenhet som kan medföra ett ansvar (se NJA 2013 s. 842, punkt 22, med däri gjorda hänvisningar till Europadomstolens praxis).

- 34 Konkurrensskadeavgift får, enligt lydelsen i 3 kap. 7 § första stycket 1 KL, inte påföras för ”åtgärder som omfattas av ett åläggande /.../ vid vite”. Såväl den inledande delen av bestämmelsen, ”Konkurrensskadeavgift får inte påföras”, som den avslutande delen, ”åläggande /.../ vid vite”, är klar. Rekviritet ”åtgärder” måste i sammanhanget anses vara ägnat att uppfattas som ”handlingar” i betydelsen att något utförs. Och sammanställningen ”omfattas av” måste anses ägnat att uppfattas i betydelsen ”innefattas i” eller ”inbegrips i” (jfr 57 § 1 st. patentlagen och 18 § 4 st. firmalagen). Oavsett i vilken av dessa betydelser som det sistnämnda uttrycket uppfattas, syftar det i den aktuella bestämmelsen på de åtgärder som adressaten åläggs att upphöra med.
- 35 Enligt bestämmelsens språkliga betydelse får alltså konkurrensskadeavgift inte påföras för handlingar som adressaten åläggs att upphöra med. Härav följer att det föreligger hinder mot att påföra konkurrensskadeavgift för handlingar som företagits i strid mot åläggandet, och således oavsett om något vite dömts ut eller inte. Enligt sin språkliga innebörd avser bestämmelsen sålunda handlingar som företas *efter* det att ett beslut om vitesåläggande har meddelats. Bestämmelsen avser med andra ord inte handlingar som företagits *innan* ett sådant beslut meddelats. Motsatsvis föreligger det därmed inte något hinder mot att påföra konkurrensskadeavgift för handlingar som legat till grund för ett beslut om vitesåläggande. Vid dessa förhållanden måste bestämmelsen i 3 kap. 7 § första stycket 1 KL anses uppfylla det krav på förutsebarhet som ställs på föreskrifter av detta slag.
- 36 En annan sak är att det i praktiken måste ha varit svårt för Swedavia att i detta fall förutse att KKV – efter att verket inledningsvis valt att inte meddela ett åläggande avseende den aktuella överträdelsen – skulle välja att väcka en talan om konkurrensskadeavgift på grund av överträdelsen först efter att ett enskilt företag väckt och fått bifall till en talan om åläggande avseende denna. Det finns emellertid inte något hinder emot att kumulativa yrkanden – såsom vitesåläggande och påförande av konkurrensskadeavgift – som skulle ha kunnat prövas i ett och samma mål, prövas i två på varandra följande rättegångar (angående kumulativa yrkanden, se Per Olof Ekelöf, Rättegång Andra häftet, åttonde uppl. s. 164 f.).

- 37 Frågan är då om det enligt den grundläggande principen om förbud mot dubbelbestraffning (*ne bis in idem*) finns något hinder mot att konkurrensskadeavgift påförs i en situation som den föreliggande.

Rätten att inte bli lagförd två gånger

- 38 Bestämmelser om förbud mot dubbla lagföringar och straff finns i såväl Europakonventionens sjunde tilläggsprotokoll (protokollet) som i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna (rättighetsstadgan). Av artikel 4.1 i protokollet framgår att ingen får lagföras eller straffas på nytt i en brottmålsrättegång i samma stat för ett brott för vilket han eller hon redan har blivit slutligt frikänd eller dömd i enlighet med lagen och rättegångsordningen i denna stat. Och enligt artikel 50 jämförd med artikel 51 i rättighetsstadgan får ingen vid tillämpning av unionsrätten lagföras eller straffas på nytt för en lagöverträdelse för vilken han eller hon redan har blivit frikänd eller dömd i unionen genom en lagkraftvunnen brottmålsdom i enlighet med lagen.
- 39 Frågan om förhållandet i detta hänseende mellan svensk lag å ena sidan och regleringarna i protokollet respektive rättighetsstadgan å den andra har i olika sammanhang varit föremål för bedömning, såväl av lagstiftaren och svenska domstolar som av Europadomstolen och EU-domstolen, främst i skatterättsliga sammanhang. En tämligen utförlig redogörelse för de bedömningar som har gjorts i nyssnämnda sammanhang finns i Högsta domstolens avgörande i NJA 2013 s. 502 (plenum), där domstolen med ändring av sin tidigare praxis slagit fast att rätten att inte bli lagförd två gånger för samma gärning omfattar bl.a. systemet med skattetillägg och påföljd för brott mot skattebrottslagen (1971:69). (Angående tillämpningen av artikel 4.1 i protokollet, se vidare Hans Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, fjärde uppl. s. 611 f. och Iain Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human rights*, 7 uppl. s. 156 f.).
- 40 En första förutsättning för tillämpning av artikel 4.1 i protokollet respektive artikel 50 i rättighetsstadgan är, att samma gärning är föremål för prövning två gånger. Enligt Europadomstolens rådande praxis måste artikel 4.1 förstås så att den förhindrar en förnyad prövning i den mån som denna omfattar identiska fakta eller fakta som i allt väsentligt är desamma som beträffande den första (se Europadomstolens dom i mål nr 14939/03, *Zolotukhin mot Ryssland*, § 82). Prövningen ska utgå från vad som utgör

konkreta faktiska omständigheter som berör samma svarande och som är oupplösligt förbundna med varandra i tid och rum (§ 84).

- 41 En ytterligare förutsättning för tillämpning av artikel 4.1 i protokollet respektive artikel 50 i rättighetsstadgan är att de sanktioner som är föremål för bedömning har straffrättslig karaktär. Bedömningen av sanktionens karaktär ska enligt tillämpningen av såväl bestämmelsen i protokollet som den i rättighetsstadgan göras enligt tre kriterier: den rättsliga kvalificeringen av överträdelsen i nationell rätt, överträdelsens art samt påföljdens natur och stränghet (se Europadomstolens dom i mål 5370/72, Engel m.fl. mot Nederländerna, § 82, samt EU-domstolens dom i mål nr C-489/10, Bonda, punkterna 37 och 39, och C-617/10, Åkerberg Fransson, punkt 35).

Omständigheterna i målen

- 42 Talan i såväl målet om vitesåläggandet (MD 2011:28) som föreliggande mål om konkurrensskadeavgift riktar sig mot Swedavia. Prövningen i målet om vitesåläggandet har avsett Swedavias ställning på marknaden för tillhandahållande av ett kö- och framkallningssystem för taxifordon på Arlanda flygplats samt uttag av en s.k. förbeställningsavgift om 25 kr (exkl. moms) och en s.k. skyltavgift om 25 kr (exkl. moms) från och med den 7 februari 2011 till dagen för Marknadsdomstolens dom den 23 november 2011. Prövningen i föreliggande mål om konkurrensskadeavgift avser bl.a. Swedavias ställning på marknaden för tillhandahållandet av kö- och framkallningssystemet för taxifordon på Arlanda flygplats samt uttaget av den s.k. skyltavgiften om 25 kr (exkl. moms) under samma tid.
- 43 Prövningen i detta mål avser därmed omständigheter som i allt väsentligt är desamma som dem i det första målet och som är oupplösligt förbundna med varandra i tid och rum. Marknadsdomstolen har ovan (punkt 25) konstaterat att mål om konkurrensskadeavgift är av straffrättslig karaktär. Frågan är då om mål om vitesåläggande kan anses vara av straffrättslig karaktär eller, med den terminologi som används i artikel 6 i Europakonventionen, utgör anklagelser för brott.

Straffrättslig karaktär

- 44 Begreppet anklagelse för brott är autonomt i den meningen att det ska ges en självständig och allmängiltig tolkning vid tillämpning av konventionen och protokollet. Europadomstolen har i sin praxis betonat att den rättsliga kvalificeringen i nationell rätt inte ensam kan vara utslagsgivande, eftersom en sådan ordning skulle göra det möjligt för staterna att utforma sin lagstiftning på ett sätt som är oförenligt med Europakonventionens syften (se Europadomstolens ovan nämnda dom Zolotukhin mot Ryssland, § 52). Vidare har domstolen i den nyssnämnda domen anfört att det andra och det tredje kriteriet inte nödvändigtvis är kumulativa utan att de kan vara alternativa, men att detta förhållande inte utesluter en samlad bedömning av kriterierna när en separat analys av dem inte leder till någon klar slutsats i frågan om det finns en anklagelse om brott (§ 53).
- 45 Den begränsade vikt som Europadomstolen tillmätt den nationella kvalificeringen av vad som utgör ett brott innebär att detta kriterium i många fall är av underordnad betydelse i förhållande till de två övriga (se bl.a. domstolens domar i det ovan nämnda målet Engel m.fl. mot Nederländerna, § 82, och mål nr 7878/77 Campbell och Fell mot Förenade kungariket, § 71). En annan sak är att det står konventionsstaterna fritt att genom lag definiera vilken handling som helst som ett brott och därmed göra artikel 6.1 tillämplig (se Danelius a.a. s. 164). Vidare står klart att det tredje kriteriet tillmätts störst tyngd i domstolens praxis (se Cameron a.a. s. 106, med däri gjorda hänvisningar).
- 46 Här kan nämnas att Europadomstolen vid tillämpning av det första kriteriet rörande den *rättsliga kvalificeringen i nationell rätt* har funnit bl.a. att ett nationellt administrativt förfarande som omfattat överträdelser som haft en koppling till straffrätt ändå inte varit av straffrättslig karaktär till följd av att överträdelserna i fråga varit alltför bagatellartade ("too trivial") för att skyddas av straffrätt och straffprocessrätt (se Zolotukhin mot Ryssland, § 54, och där gjorda hänvisningar).
- 47 Mål om bl.a. vitesåläggande av det slag som Marknadsdomstolen beslutat genom sin dom i MD 2011:28 handläggs enligt bestämmelserna för indispositiva tvistemål i rättegångsbalken (8 kap. 2 § KL). I detta hänseende har alltså förfarandet för prövning av frågor om åläggande av det slag som nu är i fråga kvalificerats som ett civil-

rättsligt förfarande. Genom skyldigheten att ersätta skada (3 kap. 25 § KL) som uppkommit till följd av konkurrensbegränsande samarbete (2 kap. 1 § KL) eller missbruk av dominerande ställning (2 kap. 7 § KL) innehåller KL också materiella bestämmelser av rent civilrättslig natur. Dessa förhållanden kan emellertid inte ensamma läggas till grund för bedömningen av förfarandet vid tillämpning av det första kriteriet under artikel 4.1 i protokollet respektive artikel 50 i rättighetsstadgan.

- 48 Bestämmelserna i KL har till ändamål att undanröja hinder för en effektiv konkurrens (se 1 kap. 1 § KL). De konkurrensrättsliga reglerna bärs därmed upp av bl.a. det allmänna intresset av ett effektivt utnyttjande av samhällets resurser till fördel för konsumenter och företag. I enlighet härmed är regleringen i KL till övervägande del av offentligrättslig natur. Av särskild betydelse med avseende på föreliggande fall är att KKV kan gripa in med bl.a. ålägganden och att verket har en primär talerätt i mål av detta slag (3 kap. 1 § KL) samt att ålägganden enligt fast praxis ska förenas med vite om inte särskilda skäl talar däremot (jfr 6 kap. 1 § KL). (Angående gränsdragningen mellan civilrättsliga och offentligrättsliga regler, se Eka m.fl., a.a. s. 281 f.)
- 49 Att talan om ett åläggande förs av ett företag med stöd av den särskilda talerätten förändrar inte den grundläggande karaktären hos förfarandet. Objektivt sett syftar även en talan om åläggande som förs av ett företag till att undanröja hinder för en effektiv konkurrens. Ett företag som för talan med stöd av den särskilda talerätten företräder därmed det allmänna intresset av en effektiv konkurrens, låt vara att det företag som för talan i allmänhet gör det främst i eget intresse. I förarbetena till KL anförs också att bl.a. mål om åläggande att upphöra med förbudsöverträdelser på talan av företag i grunden rör frågor som har en offentligrättslig karaktär (se SOU 2006:99 s. 163). Att en talan av detta slag har denna karaktär är också tydligt genom att rättsföljden är förbud vid ett offentligrättsligt vite (se ang. vite, Lavin, a.a. s. 16 f.)
- 50 Förfarandet vid åläggande att upphöra med förbudsöverträdelser på talan av ett företag är alltså av offentligrättslig karaktär, men kvalificeras inte som straffrättsligt i svensk rätt.
- 51 När det gäller det andra kriteriet angående *överträdelsens art* har Europadomstolen funnit att det förhållandet att ett förbud riktar sig mot var och en och inte mot en viss avgränsad krets, talar för att det är fråga om en reglering av straffrättslig karaktär (se

Zolotukhin mot Ryssland, § 55). I detta avgörande har domstolen också anförts bl.a. att överträdelser av bestämmelser till skydd för människovärdet ("human dignity") och allmän ordning ("public order") normalt faller inom ramen för den straffrättsliga sfären (§ 55). Domstolen också bekräftat tidigare uttalanden om *dels* att en reglering som syftar till bestraffning och avskräckning betraktas som straffrättslig, *dels* att en överträdelse inte nödvändigtvis måste ha en viss grad av allvar för att vara av straffrättslig karaktär (§ 55 med där gjord hänvisning). – EU-domstolen har i det tidigare nämnda avgörandet C-489/10 Bonda anförts att bedömningen av överträdelsens art innefattar en prövning av om sanktionen har ett repressivt syfte (punkt 39).

- 52 Bedömningen av överträdelsens art avser enligt sin lydelse närmast en bedömning av den handling som är eller har varit föremål för prövning. Bedömningen av en handling måste emellertid göras i förhållande till ett skyddsintresse eller ett skyddsobjekt för att bli meningsfull. Kriteriet överträdelsens art måste därför anses åsyfta den rättighet som avses och hur pass ingripande överträdelsen varit i den skyddade rättigheten (jfr SOU 2010:87 s. 22). I Europadomstolens praxis har som ovan nämnts (punkt 51) hänsyn tagits till att ett förbud riktats mot var och en och inte endast mot en viss krets av enskilda. I enlighet härmed har också hänsyn tagits till att bestämmelser till skydd för människovärdet och allmän ordning normalt faller inom ramen för den straffrättsliga sfären. I allmänhet framhålls också mänskligt liv och statens bestånd som de skyddsintressen som har högst värde (se Nils Jareborg, Allmän kriminalrätt s. 52).
- 53 Vad som utgör intressen som bör skyddas genom kriminalisering är dock svårt att karakterisera genom angivande av t.ex. kvalitativa egenskaper (Lena Holmqvist m.fl., Brottsbalken; en kommentar, Del 1, 2013 s. 1 och Jareborg a.a. s. 53 f.). Skyddsintressen av detta slag har sin grund i enskilda behov såsom liv, frihet, ära, hälsa, egendom, handlingsfrihet, rörelsefrihet och ekonomisk trygghet (Jareborg a.a. s. 51). I Sverige ger de i RF angivna grundläggande fri- och rättigheterna viss ledning för vilka intressen som bör skyddas genom kriminalisering (2 kap. RF). Till de grundläggande fri- och rättigheterna hör bl.a. näringsfriheten, som får begränsas endast för att skydda angelägna allmänna intressen (2 kap. 17 § RF).
- 54 Bestämmelsen om näringsfriheten bygger på likhetsprincipen, som i denna reglering närmast syftar till att näringsidkare ska kunna konkurrera på lika villkor (se Eka m.fl.

a.a. s. 128 f.). I detta ligger bl.a. att inskränkningar är tillåtna om de drabbar alla på ett likartat sätt (se Karin Åhman, Grundlagsperspektiv på näringsfriheten i Rättighetsperspektiv till minne av Gustaf Petré, s. 176 f.). Av bestämmelsen till skydd för näringsfriheten framgår dock inte vilka skäl som får ligga bakom en fri- och rättighetsinskränkning. Bedömningen av vad som är ett angeläget allmänt intresse får enligt förarbetena till bestämmelsen göras från fall till fall i enlighet med vad som kan vara acceptabelt i ett demokratiskt samhälle (se SOU 1993:40 del A s. 113 f. och prop. 1993/94:117 s. 19 f.). Det finns inte något krav på att en inskränkning av näringsfriheten förutsätter föreskrift i lag, utan en begränsning kan ske även genom förordning.

- 55 Väl riktar sig överträdelsen som legat till grund för vitesåläggandet i föreliggande fall mot det grundlagsskyddade intresset av näringsfrihet. Men den kan inte anses rikta sig direkt mot något av de mest grundläggande intressen som i praktiken måste skyddas genom kriminalisering. Inte heller har vitesåläggandet ett repressivt syfte (se nedan punkt 56 f.). Vid dessa förhållanden kan den nu aktuella överträdelsen inte anses vara av straffrättslig art.
- 56 Vad gäller det tredje kriteriet om *påföljdens natur och stränghet* har Europadomstolen slagit fast att den påföljd som använts i ett visst fall är relevant, men att förfarandets karaktär ska bedömas med utgångspunkt i den maximala påföljd som den enskilde riskerat (se Zolotukhin mot Ryssland, § 56). Påföljder med avskräckande och bestraffande syfte medför att det är fråga om en anklagelse om brott (se Danelius, a.a. s. 167). Och har den enskilde riskerat en frihetsberövande påföljd finns en presumtion för att regleringen är av straffrättslig karaktär (se Danelius a.a. s. 165 och Zolotukhin mot Ryssland, § 56, med där gjorda hänvisningar). I vissa fall har också den omständigheten att en påföljd kunnat omvandlas till fängelse medverkat till att fråga varit om en anklagelse om brott.
- 57 Har däremot endast typiska disciplinstraff som suspension och varning kunnat komma i fråga talar det för att regleringen inte är av straffrättslig natur (se Danelius a.a. s. 165). En provisorisk, omedelbar indragning av körkort med giltighet för en kortare tid har sålunda inte ansetts utgöra en påföljd för brott (se domstolens dom i mål 26780/95, Escoubet mot Belgien, § 37 f.). Inte heller har t.ex. åläggande av ett tidsbegränsat näringsförbud ansetts utgöra en påföljd för brott (se domstolens beslut i

mål 12277/04, Storbråten mot Norge). I detta avgörande anförde domstolen att ett sådant näringsförbud i huvudsak var en åtgärd för att förebygga onödiga risker för förluster och misshushållning med resurser.

- 58 Ett vitesåläggande enligt 3 kap. 2 § KL utgör ett s.k. individuellt, materiellt vite, som syftar till att framtvunga iakttagande av ett slutligt beslut (se Lavin, a.a. s. 16 f.). Karakteristiskt för ett vite av detta slag är just dess anknytning till ett visst föreläggande, åläggande eller förbud. Ett individuellt vite har vissa likheter med ett bötesstraff, bl.a. genom att det fungerar handlingsdirigerande och genom att ett vite som döms ut innebär en skyldighet att betala ett visst belopp till staten. Men genom sin konstruktion skiljer sig det individuella vitet från bötesstraffet: Vitet är anpassat för att få effekt i det enskilda fallet, medan bötesstraffet utformas med utgångspunkt i en företeelses typiska samhällsfarlighet (se Per Olof Ekelöf o.a., Rättegång Första häftet, åttonde uppl. s. 212 f.). Vidare är själva vitesåläggandet som sådant inte verkställbart, utan kan realiseras först om vitet döms ut på grund av att åläggandet inte iakttagits. Det individuella vitet utgör därmed en uteslutande preventiv sanktion som innefattar ett incitament till frivillig efterrettelse.
- 59 Vid dessa förhållanden kan det i målet aktuella åläggandet för Swedavia att vid vite om två miljoner kr upphöra med att ta ut en s.k. skyltavgift inte anses vara en påföljd av straffrättslig karaktär, vare sig med hänsyn till dess natur eller till dess stränghet. Inte heller en samlad bedömning av gärningens art och påföljdens natur och stränghet leder till slutsatsen att vitesåläggandet innefattar en anklagelse om brott.

Sammanfattning

- 60 Bestämmelsen i 3 kap. 7 § KL hindrar enligt sin innebörd inte att konkurrens-skadeavgift påförs för en överträdelse som legat till grund för ett beslut om vitesåläggande. Bestämmelsen måste anses uppfylla de krav på tydlighet som enligt legalitetsprincipen ställs på en reglering av detta slag. Inte heller hindrar den allmänna principen *ne bis in idem* att konkurrens-skadeavgift påförs i ett fall som detta, eftersom ett vitesåläggande inte är av straffrättslig karaktär. Vid dessa förhållanden har det varit möjligt för Swedavia att förutse att en överträdelse av bestämmelserna om förbud mot missbruk av dominerande ställning skulle kunna leda till talan mot bolaget om såväl vitesåläggande som sanktionsavgift.

Rättegångskostnader

- 61 Klagandena har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i Marknadsdomstolen.
- 62 Det åligger tingsrätten att efter målets återupptagande pröva frågan om ersättning för rättegångskostnader i Marknadsdomstolen.

På Marknadsdomstolens vägnar



Per Carlson

Ledamöter: Per Carlson, ordförande, Per Eklund (skiljaktig), Christer Fallenius och Anders Stenlund.

Sekreterare: Elisabeth Sundlöf

Per Eklund är av skiljaktig mening och anför.

Legalitetsprincipen ger uttryck för den viktiga principen att rättstillämpning beträffande sanktioner inte får ske utan stöd i lag, och bärs upp av kravet på att det av lagtext ska klart framgå vilka påföljder som kan komma i fråga vid ett lagstridigt förfarande. Kravet på lagtextens tydlighet och precision i fråga om straffbarhet måste följaktligen vara uppfyllt.

Legalitetsprincipen har främst samband med att det är viktigt att man måste ta hänsyn till förutsebarhet, dvs. att man ska veta med ledning av en lagbestämmelses ordalydelse, och i förekommande fall med stöd av domstolars tolkning, vad man kan riskera för påföljd om man företar sig eller underlåter att göra något som kan vara lagstridigt.

Ordalagen i 3 kap. 7 § första punkten konkurrenslagen ger enligt min mening inte tydligt vid handen att konkurrensskadeavgift får påföras för åtgärder som omfattas av ett åläggande eller ett förbud som har meddelats vid vite enligt denna lag. Kravet på en lagtexts tydlighet och precision som förutsättning för straffbarhet är som jag ser det knappast uppfyllt i detta mål. Skälen för detta är följande.

Det är förenligt med legalitetsprincipen att ”bota” bristen på tydlighet genom att göra en semantisk analys av lagtexten (i detta fall framför allt beträffande innebörden och räckvidden av ”åtgärder som omfattas” sett i det sammanhang som/dessa ord finns bland lagtextmeningens övriga ord) och med endast analysen av den språkliga betydelsen som grund finna att en sanktion kan dömas ut. Enligt min mening måste det dock för att uppnå överensstämmelse med legalitetsprincipen vara möjligt att bota bristen på tydlighet på detta sätt, endast om ordanalysen utmynnar i en odiskutabelt klar och entydig tolkning. Majoritetens tolkning är att lagtextens innebörd är tydligt preciserad i fråga om straffbarheten.

Avgörande för den gjorda bedömningen synes vara att man i orden ”åtgärder som omfattas” lägger in ett tidsperspektiv, som innebär att förbudet mot att påföra konkurrensskadeavgift endast träffar handlingar som företagits efter det att ett beslut om vitesåläggande har meddelats. Däremot ska det vara möjligt att påföra avgift för handlingar som utförts innan eller samtidigt med att vitesåläggandebeslutet fattades.

Att en sanktionsavgift inte kan dömas ut samtidigt med att ett vite kan dömas ut beträffande en och samma handling står klart. Däremot är det enligt min mening mer tveksamt, om man ska anlägga ett tidsperspektiv vid bedömningen som innebär att det är fritt fram att utdöma konkurrensskadeavgift för handlingar som utförts innan beslutet om vitesåläggande meddelades. Orden ”åtgärder som omfattas” kan nämligen som jag läser och försöker förstå dem även uppfattas som att de avser åtgärder av samma slag, vilket skulle kunna innebära att en vid beslutstillfället pågående konkurrenslagstridig åtgärd som föranleder beslutet om vitesåläggande är samma åtgärd beträffande vilken avgift aktualiseras. Om de aktuella orden förstås på det sättet, skulle det inte vara möjligt att påföra avgift för samma slag av handlingar som företagits innan ett beslut om vitesåläggande har meddelats eller som alltjämt företas när beslutet fattas.

Med erinran om att rättsliga följder för enskilda i form av straff och för företag i form av sanktionsavgifter är av så ingripande slag att de måste kunna förutses genom att grundas på klara och otvetydiga lagbestämmelser kommer jag i detta fall till slutsatsen att ordalagen i 3 kap. 7 § första punkten KL, (2008:579) konkurrenslagen knappast är tydliga nog för att man ska kunna förutse att det är möjligt att påföra konkurrensskadeavgift för ”åtgärder som omfattas” av ett åläggande vid vite. Det gäller oavsett, som i detta fall, om tolkningen stöds av uttalanden i lagförarbeten och doktrinen. Annorlunda skulle det kunna vara, om tolkningen stöds även av rättspraxis genom vägledande domstolsavgöranden, där tolkningen gjorts med ledning av vedertagna grundsatser. Så är emellertid inte fallet i detta mål.

Under alla förhållanden ligger det bortom rimlighetens gräns att det varit möjligt för Swedavia att i detta fall förutse att Konkurrensverket – efter det att verket inledningsvis valt att inte meddela ett åläggande avseende den aktuella överträdelsen – skulle välja att väcka en talan om konkurrensskadeavgift på grund av överträdelsen först lång tid efter det att ett enskilt företag väckt och fått bifall till en talan om vitesåläggande avseende samma överträdelse. Som majoriteten påpekar är det processrättsligt kumulativt möjligt att – som Konkurrensverket gjort i detta fall – väcka en avgiftstalan i en senare rättegång. Förfogandet av det processrättsliga medlet i form av en talerätt föranleder enligt min mening ingen ändrad bedömning i fråga om möjligheten att kunna förutse den långt senare inträffade händelsen i form av verkets anhängiggörande av sin talan vid tingsrätten. Att det som majoriteten anför varit svårt och som jag hävdar inte möjligt att kunna förutse själva händelsen påverkas enligt min mening inte av att det finns en talerätt. Förutsebarheten förbättras med

andra ord inte av att denna talerätt finns och kan användas så länge överträdelsen inte preskriberas.

Sammanfattningsvis finner jag att det är oförenligt med legalitetsprincipen att i detta fall döma ut en konkurrens skadeavgift.

Med hänvisning till det anförda ska – med ändring av tingsrättens beslut och bifall till Swedavias avvisningsyrkande – Konkurrensverkets talan avvisas.

I övrigt är jag ense med majoriteten.