



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Anna Bryngelsson

Skiljeförfarandets roll i  
genomdrivandet av EU:s  
konkurrensregler

Examensarbete  
30 högskolepoäng

Handledare  
Katarina Olsson

Konkurrensrätt

HT 2011

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och avgränsning	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Terminologi	7
1.5 Disposition	8
<b>2 EU:S KONKURRENSRÄTT</b>	<b>9</b>
2.1 Övergripande mål	9
2.2 Lagstiftningen	9
2.2.1 Relevanta EU-regler	9
2.2.2 ”Moderniseringsförordningen” 1/2003	11
<b>3 ÖVERVAKNING AV KONKURRENSREGLERNA</b>	<b>13</b>
3.1 Offentlig övervakning	13
3.2 Privat genomdrivande	14
<b>4 SKILJEFÖRFARANDE</b>	<b>16</b>
4.1 En introduktion	16
4.2 New York-konventionen	17
4.3 Lag (1999:116) om skiljeförfarande	18
4.4 Särskilt om tvingande regler och <i>ordre public</i>	19
<b>5 EU:S KONKURRENSRÄTT I SKILJEFÖRFARANDE</b>	<b>21</b>
5.1 Bakgrund	21

<b>5.2</b>	<b>Kringgående eller förbiseende av konkurrensreglerna</b>	<b>22</b>
5.2.1	När är EU:s konkurrensregler relevanta?	22
5.2.2	<i>Ex officio</i> -tillämpning av EU:s konkurrensregler	23
5.2.3	Kommentar	26
<b>5.3</b>	<b>Åsidosättande på grund av <i>ordre public</i></b>	<b>27</b>
5.3.1	Vad omfattas av <i>ordre public</i> ?	27
5.3.2	Nationell praxis – några nedslag	28
5.3.3	Kommentar	31
<b>5.4</b>	<b>Tillämpning av artikel 101.3</b>	<b>33</b>
5.4.1	Det oklara rättsläget	33
5.4.2	Ståndpunkter i litteraturen	34
5.4.3	Kommentar	38
<b>5.5</b>	<b>Rättslig assistans från EU:s institutioner</b>	<b>39</b>
5.5.1	Skiljenämnders tillgång till EU:s institutioner	39
5.5.2	Ståndpunkter i litteraturen	40
5.5.3	Kommentar	43
<b>5.6</b>	<b>Skiljeklausuler som villkor vid godkännande av företagskoncentrationer</b>	<b>45</b>
5.6.1	Skiljeförfarande som övervakningsmekanism	45
5.6.2	Ett förfarande <i>sui generis</i> ?	47
5.6.3	Kommentar	49
<b>6</b>	<b>ANALYS OCH SLUTSATSER</b>	<b>51</b>
	<b>KÄLLFÖRTECKNING</b>	<b>58</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>65</b>

# Summary

This thesis investigates which role arbitration has and could have in the private enforcement of EU competition law. It is described and discussed how the public law features of competition law affect the arbitration process, how a correct and uniform application of the competition rules can be ensured in arbitration proceedings, and how competition authorities can use arbitration as a tool in their own enforcement of the rules.

In general, the public law features of competition law seem not to cause any problems in arbitration processes, neither in principle nor in practice. The mandatory nature of the rules limits party autonomy and brings other interests than the parties' into the process. The arbitral tribunal must observe the policy goals that are the aim of EU competition law. It is in this thesis held that this does not conflict with the basic principles of arbitration. This view dominates in the literature, but also other opinions are represented there.

It is in one respect evident that competition law is both public and civil in nature: the granting of individual exemptions under Article 101(3) TFEU. It is uncertain whether arbitral tribunals are competent to grant such exemptions, or if it is reserved to national courts. This thesis takes the position that arbitral tribunals could grant individual exemptions.

There are specific quality control mechanisms to ensure the correct and uniform application of EU competition law in the national courts of the Member States. National courts may also request a preliminary ruling from the Court of Justice of the European Union (CJEU) when faced with interpretation of EU law. The application of EU competition law in arbitral tribunals are not subject to any such control mechanisms. The findings of this study indicate that the public control of EU competition law application in arbitration proceedings differs more than necessary between Member States. It is suggested that in order to strengthen the control, arbitral tribunals should, under certain circumstances, be allowed to request preliminary rulings from the CJEU. Further, it is held that the establishing of a system for information exchange between the European Commission and arbitral tribunals should be considered.

Today, the European Commission uses arbitration as a means to ensure the compliance with commitments made by merging companies under Regulation 139/2004. These arbitration proceedings complement the public compliance control. It is in this thesis argued that arbitration could function as such a complementary control mechanism also in merging decisions under national law, and in national and EU level matters concerning anti-competitive agreements or abuse of dominant position (Articles 101 and 102 TFEU).

# Sammanfattning

Denna uppsats utreder vilken roll skiljeförfaranden spelar och kan spela i det privata genomförandet av EU:s konkurrensregler. Det beskrivs och diskuteras hur konkurrensreglernas offentlighetsrättsliga drag påverkar skiljeförfarandet, hur korrekt och enhetlig tillämpning av konkurrensreglerna i skiljeförfaranden kan säkerställas och hur konkurrensmyndigheter kan använda skiljeförfaranden som ett verktyg i sin övervakning av reglerna.

I stort tycks konkurrensreglernas offentlighetsrättsliga karaktär inte föranleda några problem i skiljenämnder, varken principiellt eller praktiskt. Att reglerna är tvingande inskränker partsautonomin och för in andra intressen än parternas i förfarandet. Skiljenämnden måste beakta de politiska mål som reglerna syftar till att uppnå. I denna uppsats intas ståndpunkten att detta inte är oförenligt med skiljerättsliga principer. Denna uppfattning dominerar även i litteraturen, men också andra åsikter finns representerade där.

På en punkt är det mycket tydligt att konkurrensreglerna rör sig på gränsen mellan offentlig och privat rätt: medgivandet av individuella undantag under artikel 101.3 FEUF. Det är oklart om skiljenämnder får tillämpa denna bestämmelse, eller om det är förbehållet nationella domstolar. I uppsatsen argumenteras det för att skiljenämnder får medge sådana undantag.

Konkurrensreglerna är förenade med särskilda kontrollmekanismer för att säkerställa att tillämpningen i de nationella domstolarna är enhetlig och korrekt. Nationella domstolar kan också begära förhandsavgöranden från EUD i mål som innebär tolkning och tillämpning av EU:s lagstiftning. Dessa kontrollmekanismer omfattar inte skiljenämnder och denna studie antyder att den offentliga övervakningen av konkurrensrättens tillämpning i skiljenämnder uppvisar större skillnader mellan medlemsstaterna än nödvändigt. I uppsatsen föreslås att övervakningen förstärks genom att skiljenämnder under vissa förutsättningar får lov att begära förhandsavgöranden från EUD och att ett system för informationsutbyte med kommissionen utreds.

Kommissionen använder idag skiljeförfarande som en mekanism för övervakning av åtaganden vid företagssammanslagningar under förordning 139/2004. Dessa skiljeförfaranden fungerar som ett komplement till den offentliga övervakningen av efterlevnaden av åtagandena. I uppsatsen argumenteras det för att skiljeförfarande har potential att fungera som en sådan kompletterande övervakningsmekanism även i koncentrationsbeslut under nationell lag och i ärenden, på nationell nivå och EU-nivå, som rör konkurrensbegränsande avtal eller missbruk av dominerande ställning (artikel 101 respektive 102 FEUF).

# Förord

Jag vill rikta ett stort tack till min handledare Katarina Olsson för värdefulla synpunkter och uppmuntran under arbetets gång. Tack också till mina föräldrar som en gång i tiden lärde mig att älska att läsa och skriva; det har gjort uppsatsarbetet till ett rent nöje. Nöjet att korrekturläsa fick mamma, tack även för detta.

Lund, december 2011

*Anna Bryngelsson*

# Förkortningar

EEG-fördraget	Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen
EG	Europeiska Gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapens officiella tidning
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
EU	Europeiska Unionen
EUD	Europeiska Unionens domstol
FEU	Fördraget om Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
ILA	International Law Association
LSF	Lag (1999:116) om skiljeförfarande
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
RB	Rättegångsbalk
SFS	Svensk Författningssamling
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Konkurrensrättens mål är att skapa en sund marknad och därmed ekonomisk effektivitet och välfärd. I EU är reglerna dessutom tänkta att bidra till skapandet av en gemensam inre marknad. Inom EU har konkurrensrätten traditionellt främst genomdrivits genom offentlig övervakning. Konkurrensbegränsande beteende har utretts av myndigheter och straffats och förebyggts genom böter och förbud. I till exempel USA har situationen varit annorlunda; konkurrensreglernas genomförande har där i första hand skett genom civilprocesser mellan felande företag och den eller de som drabbats av överträdelsen. Inom EU började man redan för trettio år sedan diskutera hur det privata genomdrivandet av reglerna skulle kunna stimuleras. De senaste femton åren har arbetet intensifierats. Tanken är att reglerna genomdrivs effektivare om de bevakas från både privat och offentligt håll.

Det är mycket vanligt att kommersiella tvister löses genom skiljeförfarande. Skiljeförfarandet är ett partsstyrt tvistlösningsinstrument, privat till sin natur men med statssanktionerad legitimitet såtillvida att de flesta stater erkänner både inhemska och internationella skiljedomar som bindande och verkställbara. Fram till 1980-talet var det oklart om skiljenämnder fick tillämpa konkurrensregler, det ansågs olämpligt med tanke på reglernas offentlighetsrättsliga karaktär. Idag står det klart att konkurrensreglerna är skiljedomsmässiga, men vilken roll spelar skiljenämnder egentligen i genomförandet av konkurrensrätten? Hur fungerar det när den grundläggande skiljerättsliga principen om partsautonomi möter regler av offentlighetsrättslig karaktär, regler som syftar till att uppnå politiska mål?

Skiljenämnder har ingen lojalitetsplikt mot vare sig någon särskild medlemsstat eller mot EU. Man kan därför fråga sig om särskilda svårigheter uppstår när de politiskt färgade reglerna skall tillämpas i ett skiljeförfarande. Till detta kommer att de nationella domstolarnas tillämpning av konkurrensreglerna är omgärdad av mekanismer för att säkerställa korrekt och enhetlig tillämpning. Hur denna övervakning skall ske när reglerna tillämpas av skiljenämnderna, som inte står under någons kontroll, är inte lika klart.

Det finns en spänning mellan skiljeförfarandets privata natur och konkurrensreglernas offentlighetsrättsliga natur, som gör det relevant att undersöka vilken roll skiljenämnder spelar, och kan spela, i genomdrivandet av EU:s konkurrensregler.



## 1.2 Syfte och avgränsning

Syftet med denna studie är att undersöka vilken roll skiljeförfaranden spelar och kan spela i det privata genomförandet av EU:s konkurrensrätt och att identifiera potentiella konflikter mellan ett politiskt och offentligrättsligt färgat regelverk och ett partsstyrt rättskipningsinstitut. Inom ramen för detta kommer följande frågeställningar att behandlas:

- Hur kan en enhetlig tolkning av EU-rätten säkerställas när processer förs utanför de allmänna domstolarna?
- Kan konkurrensmyndigheter använda skiljeförfarande som ett verktyg i sin strävan att öka och underlätta genomförandet av konkurrensreglerna?
- Hur påverkar konkurrensreglernas offentligrättsliga karaktär partsautonomin och skiljenämndens oberoende?

Regler för skiljeförfaranden är inte harmoniserade på EU-nivå, utan kan skilja sig åt mellan olika medlemsstater även om samtliga biträtt 1958 års konvention om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar (*New York*-konventionen). Uppsatsen kommer i den mån nationell lagstiftning diskuteras endast att förhålla sig till den svenska rättsordningen.

## 1.3 Metod och material

I denna studie undersöks och analyseras skiljenämnders roll i det privata genomdrivandet av EU:s konkurrensregler. Dessutom dras slutsatser om hur skiljeförfarandets roll kan se ut i framtiden. Genom hela arbetet har förhållandet till rättskällorna följt rättsdogmatisk metod. Vad som är gällande rätt har fastställts genom att rättskällornas hierarki accepterats och tagits som utgångspunkt. Ämnets karaktär har emellertid medfört att de ”tungt” rättskällorna – lag och praxis – använts i mindre utsträckning än vad som kanske är vanligt i rättsutredande texter.

Nationell och gemenskapsrättslig lagstiftning, liksom icke-bindande dokument från EU, har beaktats i den mån detta varit relevant. Skiljedomar är som regel inte offentliga, och de som av en eller annan anledning publiceras är i princip alltid nedkortade och anonymiserade. Det går heller inte att bedöma deras representativitet. Av dessa anledningar är skiljedomar inte del av materialet som använts. Praxis från EUD har tillmätts stor betydelse, men endast ett fåtal rättsfall har varit relevanta för denna studie. Även domar från nationella domstolar inom EU utgör del av materialet, men har använts med viss försiktighet med tanke på svårigheterna med att skapa sig en fullständig bild av rättsläget i främmande länder.

Den absolut viktigaste källan har varit doktrinen. Diskussionen om olika aspekter av skiljeförfarandet som institution är livlig i böcker och akademiska tidskrifter. Jag har strävat efter att tydligt skilja på *de lege lata*-

och *de lege ferenda*-resonemang och att hålla i minnet att även en samstämmig doktrin väger lätt mot ett uttalande från EUD.

Slutligen har jag för att öka min egen bakgrundsförståelse genomfört en informell intervju med en advokat med praktisk erfarenhet både av att vara ombud i skiljeförfaranden och av att agera skiljeman.

## 1.4 Terminologi

En stor del av litteraturen på skiljerättens område är skriven på engelska och franska. En direkt översättning av uttryck och begrepp är inte alltid att föredra och heller inte alltid möjlig. Vissa översättningar och termer – även vedertagna sådana – kan ha en icke önskvärd konnotation på svenska och andra är helt enkelt otympliga. Med detta i åtanke har följande språkliga överväganden gjorts inför detta arbete.

På engelska används uttrycket *arbitral tribunal* för att beskriva det organ som utfärdar skiljedomen. På svenska talar man om skiljedomstol eller skiljenämnd. För att undvika den offentlighetsrättsliga anstrykning begreppet skiljedomstol har kommer här termen skiljenämnd att användas.

De personer som utgör skiljenämnden är oftast män, men naturligtvis förekommer även – en förhoppningsvis ökande andel – kvinnor i dessa positioner. På svenska benämns dessa personer skiljemän eller skiljedomare. I linje med resonemanget ovan kommer ordet skiljemän att användas i denna studie trots att termen skiljedomare har fördelen av könsneutralitet. Med skiljenämnd avses både ensamma skiljemän och en nämnd sammansatt av flera.

Inom juridiken talar man ibland om att ett beslut, en dom eller en verkställighet skulle strida mot grunderna för rättsordningen. Motsvarande term på engelska är *public policy* och på franska *ordre public*. *Ordre public* används ofta i både engelska och svenska texter och får anses vara det internationellt vedertagna begreppet. Med tanke på dess språkliga lätthanterlighet jämfört med den svenska motsvarigheten kommer det att användas i detta arbete.

Fokus för denna studie är privata subjekts genomdrivande av konkurrensreglerna. På engelska talar man om *private enforcement*, vilket inte har en självklar motsvarighet på svenska. I denna uppsats används begreppen (*privat*) *genomförande* och *genomdrivande*, för att markera att det är det faktiska åberopandet av rättigheter under konkurrensreglerna i en civilprocess som behandlas, inte den offentliga övervakningen.

Slutligen skall nämnas att hänvisning till artiklar i EU-fördragen sker endast till nuvarande numrering.

## 1.5 Disposition

Inledningsvis ges i kapitel två en översikt av målen med EU:s konkurrensrätt och av de materiella reglerna den omfattar. I kapitel tre följer en genomgång av den offentliga och privata övervakningen av konkurrensreglerna. Kapitel fyra ger en introduktion till skiljeförfaranden varefter i kapitel fem följer uppsatsens huvuddel, en utredning av de frågor som uppstår i relation till konkurrensreglernas tillämpning i skiljeförfaranden. Avslutningsvis analyseras och diskuteras resultaten av denna utredning djupare i kapitel sex.

# 2 EU:s konkurrensrätt

## 2.1 Övergripande mål

Det övergripande målet med konkurrensregler är alltid att skapa ekonomisk effektivitet och välfärd. Inom EU betonas oftast främjandet av konsumentvälfärden.<sup>1</sup> EU:s konkurrensregler har dock ytterligare ett mål: skapandet av en gemensam marknad. När Frankrike, Västtyskland, Italien och Beneluxländerna år 1957 undertecknade EEG-fördraget och därmed grundade Europeiska ekonomiska gemenskapen var syftet just att skapa en gemensam inre marknad.<sup>2</sup> Mer än femtio år senare finns fler mål med vad som nu blivit EU, men fortfarande är skapandet av en gemensam inre marknad en av hörnstenarna i samarbetet. I artikel 3(3) FEU fastläs att

Unionen ska upprätta en inre marknad. Unionen ska verka för en hållbar utveckling i Europa som bygger på välavvägd ekonomisk tillväxt och på prisstabilitet, på en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft där full sysselsättning och sociala framsteg eftersträvas, samt på en hög miljöskyddsnivå och en bättre miljö. Den ska främja vetenskapliga och tekniska framsteg.

Konkurrensreglerna är ett av verktygen för att uppnå detta. Sammantaget skall EU:s konkurrensregler alltså garantera en välfungerande inre marknad genom att säkerställa att alla aktörer medverkar på lika och rättvisa villkor. Detta skall gynna både konsumenter, företag och ekonomin som helhet.<sup>3</sup>

## 2.2 Lagstiftningen

### 2.2.1 Relevanta EU-regler

EU har exklusiv kompetens att lagstifta på konkurrensområdet.<sup>4</sup> De grundläggande konkurrensreglerna återfinns i första kapitlet i avsnitt VII FEUF. De bestämmelser som främst kan komma att aktualiseras i skiljeförfaranden är artikel 101 och 102 som reglerar konkurrenshämmande avtal mellan företag respektive missbruk av dominerande ställning. Kapitlet innehåller även regler om statsstöd, men skiljeförfaranden kan antas spela en marginell roll i det sammanhanget.<sup>5</sup> Till kärnan av EU:s

---

<sup>1</sup> Goyder, Goyder & Albors-Llorens 2009, s. 11.

<sup>2</sup> Se artikel 2–3 i EEG-fördraget.

<sup>3</sup> Generaldirektoratet för konkurrens hemsida (engelsk språkversion): *förstasida*.  
[http://ec.europa.eu/dgs/competition/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_en.htm) (2011-11-24).

<sup>4</sup> Artikel 3.1(b) FEUF, jfr artikel 103 FEUF.

<sup>5</sup> Idot 2010, s. 77.

konkurrenslagstiftning hör också förordningen om kontroll av företagskoncentrationer.<sup>6</sup>

Avtal som omfattas av förbudet i artikel 101.1 är ogiltiga, såvida reglerna inte anses icke tillämpliga enligt artikelns sista stycke, som föreskriver att avtal under vissa förutsättningar kan undantas från förbudet. Tidigare fick endast Europeiska Kommissionen (hädanefter ”kommissionen”) bevilja sådana individuella undantag, men i och med den så kallade moderniseringsförordningen<sup>7</sup>, som trädde i kraft 2004, fick även nationella domstolar och konkurrensmyndigheter befogenhet att göra det.<sup>8</sup> Huruvida också skiljenämnder gavs denna möjlighet genom förordningen diskuteras nedan, se avsnitt 5.4.

Ett avtal som är förbjudet under artikel 101.1 är också tillåtet om det omfattas av någon av de gruppundantagsförordningar som Europeiska unionens råd (hädanefter ”rådet”) eller – vilket är vanligast – kommissionen efter delegation av rådet, utfärdar. Om en sådan förordning är tillämplig på avtalet blir artikel 101.1 helt enkelt icke tillämplig och ett individuellt undantag enligt artikel 101.3 behöver inte göras. Gruppundantag finns för ett antal olika avtalstyper, till exempel forsknings- och utvecklingsavtal och vertikala avtal.<sup>9</sup>

Artikel 102 FEUF förbjuder företag som har en dominerande ställning på hela eller en väsentlig del av den inre marknaden att missbruka sin position genom att exempelvis påtvinga någon oskäligen priser, begränsa marknader eller göra obefogade kopplingsförbehåll.

Förordning 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer kräver att koncentrationer med gemenskapsdimension<sup>10</sup> anmäls till kommissionen på förhand och att de endast får genomföras om kommissionen tillåter det. En koncentration som

påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks, skall förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.<sup>11</sup>

På motsvarande sätt gäller att en koncentration som inte har en sådan hämmande effekt skall tillåtas.<sup>12</sup> För att få klartecken till en koncentration

<sup>6</sup> Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

<sup>7</sup> Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget. (Artikel 81 och 82 motsvaras nu av artikel 101 och 102 FEUF.)

<sup>8</sup> Se vidare avsnitt 2.2.2 nedan.

<sup>9</sup> Kommissionens förordning 1217/2010 respektive kommissionens förordning 330/2010. Se också Goyder, Goyder & Albors-Llorens 2009, s.138ff.

<sup>10</sup> Med gemenskapsdimension menas att företagen årsomsättning, omsättning inom EU eller omsättning i viss medlemsstat överstiger vissa värden, se artikel 1 i förordningen.

<sup>11</sup> Artikel 2.3 i förordning 139/2004.

<sup>12</sup> Artikel 2.2 i förordning 139/2004.

som annars inte skulle ha tillåtits kan de sammangående företagen göra vissa åtaganden som minskar koncentrationens hämmande påverkan på konkurrensen.<sup>13</sup>

Kommissionen har publicerat ett antal tillkännagivanden och riktlinjer på konkurrensområdet.<sup>14</sup> Liksom all EU-rätt har EU:s konkurrensregler företräde framför nationella regler och medlemsstaterna är skyldiga att säkerställa dess efterlevnad.<sup>15</sup>

## 2.2.2 "Moderniseringsförordningen" 1/2003

Övervakningen av EU:s konkurrensregler var initialt mycket centraliserad. Exempelvis hade endast kommissionen befogenhet att bevilja individuella undantag från konkurrensreglerna enligt nuvarande artikel 101.3. Genom förordning 1/2003<sup>16</sup> decentraliserades genomdrivandet till stor del och nationella domstolar tilläts bevilja undantag. Även kravet på företag att på förhand anmäla eventuellt konkurrensbegränsande avtal med gemenskapsdimension och få dem godkända av kommissionen slopades.<sup>17</sup>

För att säkerställa enhetlig tillämpning skall medlemsstaterna överlämna kopior på alla avgöranden i nationell domstol som gäller tillämpning av artikel 101 och 102 till kommissionen, och om kommissionen redan fattat beslut om ett visst avtal eller förfarande får en nationell domstol eller konkurrensmyndighet inte fälla ett avgörande som strider mot det beslutet.<sup>18</sup> Vidare får de nationella domstolarna begära upplysningar från kommissionen om tillämpningen av EU:s konkurrensregler.<sup>19</sup> Förordningen föreskriver också ett nära samarbete mellan kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna.<sup>20</sup>

Moderniseringsförordningen beskrevs vid tiden för sin tillkomst 2003 av en författare som "the beginning of the end of an era (...) of EC competition law enforcement"<sup>21</sup>. Vitboken<sup>22</sup> som föregick förordningen ansågs av en annan samtida kommentator vara

---

<sup>13</sup> Artikel 6 och 8 i förordning 139/2004.

<sup>14</sup> Dessa finns tillgängliga på Generaldirektoratet för konkurrens hemsida: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/legislation.html> (koncentrationer) (2011-11-24) och <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html> (artikel 101 och 102 TFEU) (2011-12-15).

<sup>15</sup> Se artikel 4.3 FEU angående lojalitetsplikten och mål 6/64 *Costa mot ENEL* angående EU-rättens företräde.

<sup>16</sup> Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget. (Artikel 81 och 82 motsvaras nu av artikel 101 och 102 FEUF.)

<sup>17</sup> Se artikel 4 i nu ersatta Förordning 17/62, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86.

<sup>18</sup> Artikel 15.2 och 16.1.

<sup>19</sup> Artikel 15.1.

<sup>20</sup> Artikel 11.

<sup>21</sup> Venit 2003, s. 545.

the most important policy paper the Commission has ever published in more than 40 years of EC competition policy. It suggests a legal and cultural revolution in proposing the fundamental reorganization of the existing responsibilities between the Commission, national anti-trust authorities and national courts.<sup>23</sup>

Syftet med förordningen var att minska kommissionens arbetsbörda, så att den i större utsträckning skulle kunna koncentrera sig på allvarigare överträdelser av konkurrensreglerna.<sup>24</sup> Ett uttalat mål med förordningen var också att främja den privata övervakningen av konkurrensreglerna genom att ge de nationella domstolarna befogenhet att tillämpa konkurrensreglerna i sin helhet.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, EGT C 132, 12.5.1999.

<sup>23</sup> Ehlermann 2000, s. 537.

<sup>24</sup> Whish 2008, s. 248. Se också skäl 3 i ingressen till förordningen.

<sup>25</sup> Kommissionens förslag till förordning om genomförandet av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget m.m., KOM(2000) 582 slutlig, s. 7f.

# 3 Övervakning av konkurrensreglerna

## 3.1 Offentlig övervakning

Kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna ansvarar för den offentliga övervakningen av EU:s konkurrensregler. Förhållandet mellan dessa olika organ vad gäller artikel 101 och 102 regleras i förordning 1/2003. Exempelvis får en nationell konkurrensmyndighet inte ta upp ett ärende som kommissionen redan inlett ett förfarande i, och det faktum att en nationell konkurrensmyndighet utreder ett ärende är skäl för kommissionen och andra nationella konkurrensmyndigheter att avvisa ett klagomål eller avbryta ett förfarande.<sup>26</sup> Förordningen innehåller också regler om informationsutbyte och samarbete mellan dessa myndigheter och kommissionen, och om deras respektive befogenheter.<sup>27</sup>

Nationella konkurrensmyndigheter ges befogenhet att tillämpa artiklarna 101 och 102 och att för detta ändamål kräva att en överträdelse upphör, förordna om interimistiska åtgärder, godta åtaganden från företag, ålägga böter samt förelägga viten. De får även formellt besluta att det inte finns skäl för dem att ingripa. Till detta kommer eventuella befogenheter att ålägga andra påföljder som föreskrivs i den nationella lagstiftningen. Ett förfarande kan inledas på myndighetens eget initiativ eller efter klagomål.<sup>28</sup>

I Sverige är Konkurrensverket ansvarig myndighet och dess övervakning av reglerna regleras i konkurrenslagen (SFS 2008:579). Konkurrensverket får under sina utredningar till exempel begära in upplysningar och genomföra inspektioner (så kallade gryningsräder).<sup>29</sup> Verkets beslut överklagas till Marknadsdomstolen.<sup>30</sup>

Även kommissionen får på eget initiativ eller till följd av ett klagomål inleda ett förfarande. Den får under sin utredning begära in upplysningar från företag, genomföra inspektioner i företagets lokaler och vid behov även på andra platser såsom anställdas bostäder, samt upplysningsvis höra personer som samtycker till det.<sup>31</sup> Finner kommissionen att en överträdelse av konkurrensreglerna skett får den kräva att en överträdelse upphör, förordna om interimistiska åtgärder eller besluta att inte ingripa efter att företaget gjort åtaganden.<sup>32</sup> Böter och viten får utdömas för överträdelser av de materiella konkurrensreglerna eller för bristande medverkan i

---

<sup>26</sup> Artikel 12 och 13 i förordning 1/2003.

<sup>27</sup> Artikel 11 och 12 i förordning 1/2003.

<sup>28</sup> Artikel 5 i förordning 1/2003.

<sup>29</sup> Se 5 kap. konkurrenslagen.

<sup>30</sup> 7 kap. 1 § konkurrenslagen.

<sup>31</sup> Artikel 18–21 i förordning 1/2003.

<sup>32</sup> Artikel 7–9 i förordning 1/2003.



utredningen.<sup>33</sup> Bötseftergift kan under vissa förutsättningar medges ett företag som ingår i en kartell och är först att meddela den till kommissionen, eller på annat sätt samarbetar under utredningen.<sup>34</sup> Kommissionens beslut kan överklagas till Tribunalen och därifrån vidare till EUD.<sup>35</sup>

Sedan 2008 är det möjligt för företag som befunnits skyldiga till överträdelse av artikel 101 att ingå en ”förlikning” med kommissionen. Om ett eller flera av företagen som ingått i en kartell är villiga att medge sin skuld kan de mot ett erkännande få bötesrabatt. Tanken är att effektivisera förfarandet och undvika långa domstolsprocesser.<sup>36</sup>

Vad gäller företagskoncentrationer skall de anmälas till kommissionen om de har gemenskapsdimension (se avsnitt 2.2.1 ovan). Koncentrationer som inte uppfyller dessa krav kan fortfarande vara föremål för kontroll på nationell nivå. Förordning 139/2004 innehåller bestämmelser om samarbete mellan kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna och möjligheter till hänskjutande av ett ärende mellan dessa.<sup>37</sup> Kommissionen kan ålägga böter och förelägga viten om ett företag inte medverkar i utredningen, genomför en koncentration i strid med reglerna eller inte rättar sig efter ålägganden eller åtaganden som gjorts.<sup>38</sup>

## 3.2 Privat genomdrivande

Det har länge varit ett mål att öka det privata genomdrivandet av de gemenskrätsliga konkurrensreglerna. Exempelvis nämns redan 1983 i kommissionens årliga rapport om konkurrenspolitiken att diskussion om lämpliga åtgärder förs.<sup>39</sup> Främjandet av privat genomförande av reglerna är också ett av syftena med den förändring av konkurrenspolitiken som skedde genom förordning 1/2003. År 2004 visade en studie som genomfördes för kommissionens räkning att skadeståndstalan på grund av konkurrensöverträdelser var mycket ovanligt inom unionen, och flera hinder pekades ut, bland annat bevissvårigheter.<sup>40</sup> Som en följd av rapporten publicerade kommissionen 2005 en grönbok och 2008 följde en vitbok, båda med titeln Skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler.<sup>41</sup> Vitboken presenterar ett flertal förslag som skall förbättra möjligheterna att föra en framgångsrik talan om skadestånd i konkurrensärenden. Än så länge har

<sup>33</sup> Artikel 23–24 i förordning 1/2003.

<sup>34</sup> Se Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden från den 8 december 2006.

<sup>35</sup> Artikel 263 och 267 FEUF. Se också artikel 31 i förordning 1/2003.

<sup>36</sup> Kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, artikel 10a. Se vidare om detta ämne t ex Wils 2008 och Ortega González 2011.

<sup>37</sup> Artikel 4 och 9.

<sup>38</sup> Artikel 14–15.

<sup>39</sup> Thirteenth Report on Competition Policy, punkt 218.

<sup>40</sup> Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules (“Ashurst-rapporten”), s. 1 och 4.

<sup>41</sup> KOM(2005) 672 slutlig resp. KOM(2008) 165 slutlig.

initiativet inte lett till någon konkret lagstiftning och skadeståndstalan förs enligt nationell lag i respektive medlemsstat.

Konkurrensrätten kan aktualiseras på olika sätt i privata processer. En uppenbar situation är skadeståndstalan mot ett företag som brutit mot artikel 101 eller 102 FEUF. En sådan talan kan föras av en konkurrent eller annan marknadsaktör, till exempel en återförsäljare, eller av till exempel en grupp av konsumenter. Det kan också röra sig om en avtalstvist, där en part invänder att avtalet är ogiltigt eftersom det bryter mot konkurrensreglerna. En tredje möjlig situation är tvister rörande ett företags efterlevnad av åtaganden som gjorts i samband med en företagskoncentration. I en målande metafor sägs ibland konkurrensreglerna kunna användas både som svärd och sköld, det vill säga både som grund för talan och som försvar.<sup>42</sup>

Tvister rörande den civilrättsliga aspekten av konkurrensreglerna kan tas upp både i allmän domstol och i skiljenämnd. I Sverige kan dessutom ett företag som menar att det berörs av ett annat företags överträdelse av konkurrensreglerna föra förbudstalan i Marknadsdomstolen, ifall Konkurrensverket väljer att inte meddela det (eventuellt) felande företaget ett åläggande.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Radicati di Brozolo 2011, s. 2.

<sup>43</sup> 3 kap. 2 § konkurrenslagen.

# 4 Skiljeförfarande

## 4.1 En introduktion

Skiljeförfarande är ett alternativ till att föra civilrättsliga processer i allmän domstol och innebär att en tvist avgörs av en skiljenämnd istället för av en domstol. Ett giltigt skiljeavtal innebär ett rättegångshinder, det vill säga en allmän domstol kommer att avvisa talan om invändning om skiljeavtal görs i rätt tid<sup>44</sup>. Skiljedomen är bindande för parterna, går inte att överklaga och är som huvudregel verkställbar precis som en vanlig domstolsdom. En skiljedom kan dock under vissa, i varje land nationellt reglerade, förutsättningar ogiltigförklaras eller undanröjas/upphävas av en allmän domstol. Skiljedomar som utfärdats i ett annat land kan vägras erkännande eller verkställighet. Möjligheten att vägra kan troligen betraktas som en förutsättning för att stater skall vara villiga att på detta sätt lämna över jurisdiktion till (privata) skiljenämnder. Sammantaget kan det sägas att skiljedomar får sin legitimitet både från parternas vilja och genom staters godkännande.

Ett skiljeförfarande kan vara attraktivt av olika anledningar. Oftast framhålls att förfarandet går snabbare än en domstolsprocess. Andra fördelar som nämns är konfidentialitet, processuell flexibilitet, parternas möjlighet att påverka processen genom lagval, val av språk och säte för förfarandet och val av skiljemän (till exempel skiljemän med särskilda kunskaper inom det fackområde eller juridiska område tvisten rör).<sup>45</sup> Skiljedomar är dessutom verkställbara i alla de länder som anslutit sig till *New York*-konventionen<sup>46</sup> medan nationella domar kräver avtal mellan länderna för att vara verkställbara.<sup>47</sup>

Till nackdelarna med ett skiljeförfarande räknas kostnaden – parterna betalar skiljemännens arvode och andra omkostnader i processen –, det faktum att ett materiellt felaktigt avgörande inte kan överklagas, och svårigheterna att förena flera sammanhängande mål i en enda process.<sup>48</sup>

De processuella regler som gäller i allmän domstol är inte tillämpliga på skiljeförfaranden. Grundläggande rättssäkerhetsprinciper anses allmänt bära respekteras; en naturlig följd inte minst av att stater åtar sig att verkställa

---

<sup>44</sup> I Sverige, som är utgångspunkt i denna framställning, måste en invändning om skiljeavtal göras första gången en part skall föra talan i rätten. Senare invändningar beaktas endast om parten haft laga förfall och framställt invändningen så fort förfallet upphört, RB 10:17a och 4 § LSF.

<sup>45</sup> Se t ex Dempegiotis s. 370, Komninos 2001, s. 214, Sattar 2010, s. 51, Kwart & Olsson 2007, s. 31 ff och Stockholm Handelskammarens Skiljedomsinstituts hemsida: <http://www.sccinstitute.se/skiljeforfarande.aspx> (2011-09-19)

<sup>46</sup> Se nedan avsnitt 4.2.

<sup>47</sup> Genom Bryssel I-förordningen (44/2001) och Luganokonventionen är domstolsdomar numera i princip verkställbara i hela Europa.

<sup>48</sup> Kwart & Olsson 2007, s. 34.

domarna.<sup>49</sup> Till de grundläggande skiljerättsliga principerna hör också principerna om partsautonomi och konfidentialitet samt skiljenämndens plikt att sträva efter att avge en giltig och verkställbar skiljedom. Dessa principer kodifieras i skiljedomsinstitutens regler.<sup>50</sup> Skiljedomsinstitut avgör inte tvister, utan bistår med till exempel utseende av skiljemän, beslut vid invändning om jäv m.m.<sup>51</sup> Skiljeförfaranden som inte förs via ett skiljedomsinstitut kallas *ad hoc*-förfaranden.

Skiljedomsrätten omfattas inte av EU:s kompetens och är alltså inte föremål för harmonisering eller lagstiftning från unionens sida.<sup>52</sup>

## 4.2 New York-konventionen

Konventionen om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar (*New York*-konventionen) från 1958 har 146 anslutna stater, däribland Sverige.<sup>53</sup> Konventionen innehåller regler om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar, samt regler om skiljeavtal som rättegångshinder i allmän domstol. I korthet innebär reglerna att fördragsslutande stat skall erkänna skriftliga skiljeavtal (det vill säga inte ta upp tvisten i allmän domstol om giltigt<sup>54</sup> skiljeavtal åberopas i rätt tid) samt erkänna och verkställa utländska skiljedomar i enlighet med tillämpliga nationella procedurregler. Erkännande och verkställighet får vägras endast om en part bevisar att skiljeavtalet är ogiltigt, att part som skiljedomen åberopas mot inte kunnat eller givits tillfälle att föra sin talan i skiljeförfarandet, att skiljedomen avser något som faller utanför skiljeklausulens omfattning, att tillsättningen eller sammansättningen av skiljemännen strider mot parternas avtal eller tillämplig lag, eller att skiljedomen ännu ej blivit bindande för parterna eller har undanröjts eller uppskjutits av behörig myndighet.<sup>55</sup> En domstol får dessutom *ex officio* vägra verkställighet om skiljedomen avser en fråga som inte får avgöras genom skiljeförfarande i verkställighets-/erkännandelandet, eller om erkännande eller verkställighet skulle vara oförenligt med grunderna för rättsordningen (*public policy/ordre public*) i det landet.<sup>56</sup> Utöver *ordre public*-kontrollen finns det inget utrymme för den nationella domstolen att granska domen i sak, en skiljedom kan inte

---

<sup>49</sup> Jfr vägransgrunderna i *New York*-konventionen och LSF, avsnitten 4.2 och 4.3. Se också Kvant & Olsson 2007, s. 17.

<sup>50</sup> Se t ex Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitutets regler, tillgängliga: <http://www.sccinstitute.se/skiljeforfarande/sccs-regler.aspx> (2011-11-24) och International Chamber of Commerces regler, tillgängliga: <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4199/index.html> (2011-11-24).

<sup>51</sup> Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitutets hemsida: <http://www.sccinstitute.se/hem-1/om-oss-1.aspx> (2011-11-24).

<sup>52</sup> Jfr art. 2–6 FEUF. Se också Kvant & Olsson 2007, s. 25.

<sup>53</sup> År 2011, *New York*-konventionens hemsida: <http://www.newyorkconvention.org/new-york-convention> (2011-11-24).

<sup>54</sup> Se artikel II *New York*-konventionen och van den Berg 2008, s. 11f. för detaljer kring giltighetsbegreppet.

<sup>55</sup> Artikel V.1 *New York*-konventionen.

<sup>56</sup> Artikel V.2 *New York*-konventionen. Se vidare avsnitt 4.4.

överklagas. Alla ovanstående vägransgrunder är avsedda att tolkas restriktivt.<sup>57</sup>

Kompetens att undanröja en skiljedom anses tillkomma domstolarna i den stat i vilken skiljedomen utfärdades, eller den stat under vilkens lag skiljedomen utfärdades – vilka normalt sammanfaller.<sup>58</sup> *New York*-konventionen innehåller inga regler om när ett undanröjande får ske, det regleras i varje stats nationella rättsordning. Som ovan nämnts innebär ett undanröjande att verkställighet får vägras i samtliga konventionsstater.<sup>59</sup> Att en stat vägrat verkställighet innebär däremot inte hinder mot erkännande eller verkställighet i övriga konventionsstater.<sup>60</sup>

### 4.3 Lag (1999:116) om skiljeförfarande

Lagen (1999:116) om skiljeförfarande (LSF) trädde i kraft 1999 och är tillämplig på alla skiljeförfaranden som äger rum i Sverige. Lagen innehåller regler om skiljeavtalet, skiljemännen, själva förfarandet, krav på skiljedomen, när en skiljedom är ogiltig eller kan upphävas, ersättningen till skiljemännen, talan mot en skiljedom, särskilda regler om internationella förhållanden och slutligen regler om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar. Lagen är i hög grad influerad av den modellag<sup>61</sup> FN:s handelsrättsorgan UNCITRAL utarbetade 1985.<sup>62</sup> Många av bestämmelserna i lagen, till exempel de som rör skiljenämndens sammansättning och hur skiljeförfarande skall påkallas, är dispositiva.<sup>63</sup>

I Sverige får dispositiva tvister, det vill säga tvister som parterna kan träffa förlikning om, avgöras av skiljenämnd. Det föreskrivs särskilt i LSF att konkurrensrättens civilrättsliga verkningar mellan parterna får prövas.<sup>64</sup> Den särskilda regleringen får sin förklaring i propositionen, i vilken förs en diskussion om huruvida konkurrenstvister bör betraktas som dispositiva eller indispositiva. Med hänvisning till det något oklara rättsläget valde man att uttryckligen förklara att konkurrenstvister är skiljedomsmässiga, det vill säga får avgöras av skiljenämnd.<sup>65</sup>

En skiljedom kan enligt LSF ogiltigförklaras av tre skäl: att den innefattar

---

<sup>57</sup> van den Berg 2008, s. 13.

<sup>58</sup> van den Berg 2008, s. 3f. Jfr artikel V.1 e.

<sup>59</sup> De flesta, men inte alla, konventionsstater betraktar inte ett undanröjande i en annan stat som ett hinder, se van den Berg 2008, s. 18.

<sup>60</sup> van den Berg 2008, s. 4.

<sup>61</sup> *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*.

<sup>62</sup> Kvant & Olsson 2007, s. 9. Se prop. 1998/99:35 s. 43ff för diskussion om modellagens betydelse vid utarbetande av LSF. Modellagen omarbetades i vissa delar 2006. Texten är tillgänglig via

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html) (2011-11-24).

<sup>63</sup> Se 12 och 19 §§ LSF.

<sup>64</sup> 1 § LSF.

<sup>65</sup> Prop. 1998/99:35, s. 55ff.

prövning av en fråga som inte får avgöras av skiljemän, att skiljedomen eller sättet på vilken den tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige (det vill säga *ordre public*), eller att domen inte uppfyller lagens krav på skriftlighet och undertecknande.<sup>66</sup>

Vad gäller erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar följer LSF den ovan diskuterade *New York*-konventionen och föreskriver som huvudregel att utländska<sup>67</sup> skiljedomar erkänns och verkställs i Sverige efter ansökan till Svea Hovrätt.<sup>68</sup> Undantag sker om någon av de vägransgrunder som följer av *New York*-konventionen är uppfyllda.<sup>69</sup>

Ett fåtal mål rörande verkställighet av utländsk skiljedom har avgjorts i Högsta Domstolen. I NJA 2002 not C 45 bedömdes en skiljedom strida mot svensk *ordre public* eftersom det var oklart om den avspeglade det bakomliggande rättsförhållandet. I skiljedomen tillerkändes den ena parten bättre rätt till viss egendom med hänvisning till ett kommissionsavtal. I en parallellt pågående rättsprocess hävdade samma part dock att han hade rätt till egendomen på grund av en säkerhetsöverlåtelse. I NJA 2010 s. 219 vägrades verkställighet sedan en part visat att han inte i vederbörlig ordning underrättats om skiljeförfarandet.

## 4.4 Särskilt om tvingande regler och *ordre public*

Detta avsnitt är avsett att ge en översiktlig genomgång av begreppen och den allmänna diskussionen kring tvingande regler och *ordre public*. Implikationer för skiljeförfaranden av EU:s konkurrensreglers tvingande karaktär diskuteras nedan i avsnitt 5.2 och 5.3.

Tvingande regler<sup>70</sup> kan förstås som ”indispositiva regler”, det vill säga regler i den rättsordning som tillämpas i skiljeförfarandet som inte kan avtalas bort. Tvingande regler kan också syfta på regler som måste tillämpas oavsett vilket lagval parterna gjort. Om man för tydlighetens skull föreställer sig en process i allmän domstol är de tvingande reglerna alltså de som domstolen måste tillämpa, oavsett vilken lag domstolslandets lagvalsregler pekar ut. Man brukar säga att de måste tillämpas oavsett ”den annars tillämpliga lagen”.<sup>71</sup> I denna framställning avses denna senare definition när det talas om tvingande regler.

---

<sup>66</sup> 33 § LSF.

<sup>67</sup> Med utländsk avses en skiljedom som meddelats utomlands. En skiljedom anses meddelad i det land där förfarandet ägt rum, 52 § LSF.

<sup>68</sup> 56 § LSF.

<sup>69</sup> 54–55 §§ LSF.

<sup>70</sup> Motsvarande engelsk respektive fransk term är *mandatory rules* och *lois de police*.

<sup>71</sup> Bermann 2011, s. 2.

*Ordre public* är en grund för vägran att erkänna eller verkställa ett juridiskt beslut, till exempel en skiljedom. Både *ordre public* och tvingande regler relaterar alltså till normer som en stat kräver skall tillämpas, men begreppen är inte synonyma.<sup>72</sup> En fel- eller icketillämpning av tvingande regler måste inte innebära att skiljedomen strider mot *ordre public*, som är ett begrepp med högre tröskel än ”tvingande regler”. Ofta skiljer man på nationell och internationell *ordre public* och avser med det senare endast de mest grundläggande – kanske universella – reglerna, det vill säga en snävare definition.<sup>73</sup> För att ytterligare komplicera begreppsapparaten anses ibland inte varje överträdelse av de regler som utgör *ordre public* böra föranleda att en skiljedom undanröjs eller vägras erkännande, utan bara de som är tillräckligt allvariga.<sup>74</sup>

En genomgång av skiljedomar under *New York*-konventionen har visat att en vedertagen tolkning av konventionen är att vid verkställighet och erkännande av skiljedomar kan internationell *ordre public* alltid vara grund för vägran, medan nationell *ordre public* endast är en vägransgrund om skiljenämnden befinner sig i landet eller om landets lag är tillämplig på skiljeförfarandet.<sup>75</sup> Efter målet *Eco Swiss*<sup>76</sup> står det klart att EU:s konkurrensregler är att betrakta som *ordre public* i samtliga medlemsländer.<sup>77</sup>

---

<sup>72</sup> Bockstiegel 2008, s. 7, och Landolt 2006, s. 115ff. Begreppen *mandatory norms*, *public policy* och *ordre public* (och även *lois de police*) används ibland närmast som synonymmer. Här görs dock den distinktion som nämns i texten ovan.

<sup>73</sup> Bermann 2011, s. 4.

<sup>74</sup> Se avsnitt 5.3.

<sup>75</sup> van den Berg 2008 s. 18. Denna inställning hos nationella domstolar rekommenderas också av ILA som 2002 gav ut ”Recommendations on the application of public policy as a ground for refusing recognition or enforcement of international arbitral awards”. Tillgänglig:

<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19> (2011-11-24).

<sup>76</sup> C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd mot Benetton International NV*. Se särskilt punkterna 36–39.

<sup>77</sup> Jfr också förordning 593/2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I), i vilken föreskrivs att parternas lagval inte får hindra tillämpningen av tvingande nationella regler eller gemenskapsregler om ”alla andra omständigheter av betydelse vid tidpunkten för lagvalet” föreligger i ett annat land än det vars lag som har valts, resp. föreligger inom EU och lagen som valts är den i en icke-medlemsstat (artikel 3.3–3.4). Förordningen är inte tillämplig på skiljeavtal.

# 5 EU:s konkurrensrätt i skiljeförfarande

## 5.1 Bakgrund

Länge medförde konkurrensrättens syfte att skydda allmänna intressen att osäkerhet rådde om dess skiljedomsrättighet.<sup>78</sup> År 1985 fastslog emellertid USA:s högsta domstol i målet *Mitsubishi*<sup>79</sup> att skiljenämnder fick tillämpa konkurrensregler. Fjorton år senare bekräftade EUD i målet *Eco Swiss* vad som i praktiken redan förutsattes, nämligen att detsamma gällde inom EU. Det stod efter EUD:s avgörande klart både att skiljenämnder har kompetens att tillämpa EU:s konkurrensregler och att en fel- eller icketillämpning kan leda till att skiljedomen strider mot *ordre public* och vägras erkännande. Varje medlemsstat kan emellertid själv besluta vad som är skiljedomsrättigt, det vill säga vilken typ av tvister som får avgöras av skiljenämnd, i det egna landet. År 2004 kunde (civilrättsliga) konkurrensrättsmål avgöras av skiljenämnd i alla EU:s då 25 medlemsländer utom Litauen.<sup>80</sup> Dagens konsensus om konkurrensreglernas skiljedomsrättighet vilar på två premisser: skiljenämnders plikt att tillämpa relevanta konkurrensregler och möjligheten för domstolar att granska skiljedomar som innehåller processuella fel eller, i fallet med *ordre public*, är materiellt oacceptabla (den senare premissen ofta refererad till som ”the second look doctrine”).<sup>81</sup>

Trots att konkurrenstvister länge ansetts skiljedomsrättiga har skiljedomsrättssamhället historiskt uppfattat att kommissionen har en negativ inställning till skiljeförfarande som tvistlösningsmetod i konkurrensfrågor. Numera tycks den allmänna åsikten vara att kommissionen blir allt mer positiv till att konkurrensreglerna genomdrivs i skiljeförfaranden.<sup>82</sup> Vissa författare menar dock att staters skepsis tvärtom ökar.<sup>83</sup> Tidigare krävde kommissionen regelmässigt att företag som beviljats individuellt undantag från konkurrensreglerna för ett visst avtal, rapporterade till kommissionen resultatet av varje skiljeförfarande som rörde det undantagna avtalet. Det anses tyda på en mer positiv attityd att kommissionen sedan början av 1990-talet inte längre kräver sådan rapportering.<sup>84</sup>

Trots att konkurrensrättens skiljedomsrättighet nu är helt klar och misstänksamheten mellan skiljerättssamhället och EU:s institutioner

---

<sup>78</sup> Stylopoulos 2009, s. 118f.

<sup>79</sup> Supreme Court of the United States. *Mitsubishi v Soler*, 473 U.S. 614 (1985).

<sup>80</sup> Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules (”Ashurstrapporten”), s. 133.

<sup>81</sup> Radicati di Brozolo 2011, s. 3. Se Blanke & Nazzini 2008 (1) för en mer detaljerad genomgång av konkurrensrättens skiljedomsrättighet i USA och Europa.

<sup>82</sup> Se t ex Komminos 2001, s. 215, Idot 2010, s. 76 och Radicati di Brozolo 2011, s. 2.

<sup>83</sup> Landolt 2007, s. 63.

<sup>84</sup> Komminos 2001, s. 215.



sannolikt börjat minska, kvarstår ett antal olösta eller omdiskuterade frågor. De bottnar alla i mötet mellan fyra komponenter: tvingande regler som värnar ett allmänt intresse, önskan om effektiv övervakning och enhetlig tillämpning av konkurrensreglerna, behovet av effektiva skiljeförfaranden samt skiljenämndernas självständighet.

## 5.2 Kringgående eller förbiseende av konkurrensreglerna

### 5.2.1 När är EU:s konkurrensregler relevanta?

Det har hävdats att kommissionen ännu inte helt avfärdat åsikten att tvistlösning genom skiljeförfarande är ett sätt att kringgå konkurrensreglerna.<sup>85</sup> Frågan om kringgående, det vill säga att skiljenämnder är beredda att genomdriva avtal som strider mot konkurrensreglerna, tycks ständigt närvarande i skiljerättsdebatten. Ett stort antal kommentatorer har känt sig manade att argumentera för att en sådan rädsla är obefogad, onekligen uppfattar många fortfarande en viss skepsis från nationella (och supranationella) myndigheter och företrädare.<sup>86</sup>

Att konkurrensreglernas skiljedomsräddighet idag är allmänt accepterad beror, som nämnts i föregående avsnitt, delvis på premisen att skiljenämnder har en plikt att tillämpa relevanta konkurrensregler. En sådan plikt riskerar uppenbarligen att inkräkta på partsautonomin och omfattningen av den är omdebatterad. Innan gränserna och grunden för en sådan plikt kan diskuteras är det relevant att fråga sig *när* EU:s konkurrensregler, oberoende av parternas lagval, kan aktualiseras som tvingande regler i ett skiljeförfarande. Distinktionen mellan dessa två frågor försvåras av begreppsapparaten. Diskussionen om *vilka* tvingande regler som kan vara relevanta måste särskiljas från skiljenämnders eventuella skyldighet att tillämpa reglerna när de väl konstaterats relevanta i skiljeförfarandet. Tvingande regler från många rättsordningar kan aktualiseras i ett skiljeförfarande, men alla bör kanske inte alltid tillämpas. Begreppet ”tvingande regler” antyder att det blotta faktum att de aktualiserats i förfarandet gör att de måste tillämpas, även mot parternas vilja eller vetskap (det vill säga *ex officio*), men så är inte fallet.

Skiljenämnder har inte såsom nationella domstolar något intresse av eller plikt att tillse att ett visst lands tvingande regler respekteras. Litteraturen om hur skiljenämnder lämpligen förhåller sig till tvingande regler är mycket omfattande och frågan har angripits på både praktisk och principiell nivå.<sup>87</sup> De två kärnfrågorna är (1) vilka regler i en rättsordning som är tvingande och (2) vilka tvingande regler, utöver de i *lex causae*, en skiljenämnd bör ta

<sup>85</sup> Dempegiotis 2008, s. 379.

<sup>86</sup> Se t ex ILA:s rapport *Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration* från 2008, Radicati di Brozolo 2011 och Blanke 2005.

<sup>87</sup> Se Waincymer 2009 för en översikt av debatten. Se också nedan hänvisade författare.

hänsyn till. Tvingande regler i lagen i landet där skiljenämnden sitter (*lex arbitri*), lagen där avtalsprestationen utfördes, lagen där verkställighet troligen kommer att sökas, regler som utgör transnationell *ordre public* och lagen i ett tredje land som av någon annan anledning har nära koppling till saken, är möjliga regelkällor som nämnts.<sup>88</sup>

Konkurrensreglers särskilda konstruktion – de kräver genom sitt materiella innehåll tillämpning när ”deras” marknad berörs – gör emellertid att de fallit lite utanför diskussionen. Det anses nämligen allmänt att andra rättsordningars konkurrensregler (än *lex causae*) alltid är relevanta om marknaden i landet påverkas.<sup>89</sup> När EU-rätten dessutom är *lex arbitri* eller *lex causae* är dess relevans odiskutabel.<sup>90</sup>

## 5.2.2 *Ex officio*-tillämpning av EU:s konkurrensregler

Hur skall då skiljenämnder förhålla sig till EU:s konkurrensregler när de aktualiseras i ett förfarande? Olika åsikter råder om hur skiljenämnden skall agera om ingen part åberopar reglerna, men de tycks relevanta i tvisten; när parterna inte är överens om deras tillämplighet (de är inte del av *lex causae*) eller när parterna uttryckligen inte vill att de skall tillämpas. Det senare är gissningsvis mycket ovanligt, inte minst eftersom en tillämpning av reglerna oftast gynnar en av parterna. Åtminstone ett fåtal tillfällen där en skiljenämnd tillämpat konkurrensreglerna *ex officio* är kända, men i nästan alla dessa fall har nämnden funnit att reglerna inte överträtts, vilket av vissa har ansetts minska den betydelse dessa fall kan tillmätas.<sup>91</sup>

Tre element i diskussionen måste hållas isär: för det första skiljenämndens principiella kompetens att tillämpa regler som inte valts av parterna – vilken som framgått ovan existerar –, för det andra dess plikt att inom ramen för sin processledning upplysa parterna om av dem förbisedda konkurrensaspekter, och för det tredje dess plikt att *ex officio* tillämpa dessa regler. Efter målet *Van Schijndel*<sup>92</sup> står det klart att om nationella domstolar har möjlighet under nationell lag att *ex officio* tillämpa tvingande regler i civilrättsliga mål, måste de *ex officio* tillämpa också EU:s konkurrensregler (likhetsprincipen). EUD bekräftar uttryckligen att principen om att parterna sätter ramen för processen (dispositionsprincipen) inte måste åsidosättas, men påpekar också att medlemsstaterna inte får göra det praktiskt omöjligt

<sup>88</sup> Waincymer 2009, s. 4 och 34ff med hänvisningar.

<sup>89</sup> Kurkela et al 2007, s. 195. Se också t ex Dempegiotis 2008, s. 385 och Blanke & Nazzini 2008 (3), s. 138.

<sup>90</sup> Landet där skiljenämnden sitter och landet vars lag är tillämplig på förfarandet kan ogiltigförklara domen enligt *New York*-konventionen, och tvingande regler i dessa rättsordningar är därmed alltid relevanta.

<sup>91</sup> van Houtte 2008, s. 65.

<sup>92</sup> C-430–431/93 *Jeroen van Schijndel m fl mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*. Principen finns nu intagen i punkt 3 i Kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan kommissionen och EU-medlemsstaternas domstolar vid tillämpning av artikel 81 och 82 i EG-fördraget.

eller orimligt svårt att utöva de rättigheter EU-rätten ger (effektivitetsprincipen).<sup>93</sup>

I propositionen till LSF diskuteras, mot bakgrund av målet *Van Schijndel*, huruvida svenska domstolar är skyldiga att *ex officio* tillämpa konkurrensreglerna. Utgångspunkten tycks vara att indispositiva regler skall tillämpas *ex officio*, men att konkurrensreglerna befinner sig på gränsen mellan dispositivitet och indispositivitet. Slutsatsen blir att det mesta talar emot en sådan plikt, men att frågan får lösas i praxis.<sup>94</sup> Högsta domstolen har hittills inte uttalat sig i frågan, men en gissning är att den idag skulle finna att konkurrensreglerna hör till de regler som skall tillämpas *ex officio*. Av målet *Eco Swiss* framgår att nationella domstolar *ex officio* skall ta upp konkurrensreglerna när de prövar om en skiljedom strider mot *ordre public*.

Den vanligaste uppfattningen i debatten är att *Eco Swiss* ålägger skiljenämnder en outtalad eller indirekt plikt att tillämpa EU:s konkurrensregler oavsett parternas lagval eller önskan.<sup>95</sup> I målet valde EUD att inte svara på den av den nationella domstolen direkt ställda frågan om skiljenämnder har en sådan plikt (generaladvokaten besvarade dock frågan nekande), utan konstaterar endast att en skiljedom där reglerna inte beaktats kan åsidosättas med hänvisning till *ordre public*. Eftersom skiljenämnder anses ha en plikt att sträva efter att avge en verkställbar dom blir resultatet i praktiken att konkurrensreglerna måste tillämpas, oavsett parternas inställning. När plikten anses vila på denna grund blir den emellertid inte absolut. Den infinner sig bara om skiljenämnden sitter i en av EU:s medlemsstater (och den staten kan ogiltigförklara domen enligt *New York-konventionen*), eller om verkställighet skall sökas i en medlemsstat.<sup>96</sup> Det rör sig alltså snarare om en pragmatisk hållning än en principiell plikt. Kritiker har påpekat att det aldrig kan garanteras var verkställighet kommer att sökas och att andra kriterier därför bör avgöra om en förment tvingande regel skall tillämpas.<sup>97</sup>

Det finns också de som anser att skiljenämnder av andra orsaker än domens verkställbarhet har en plikt att tillämpa tvingande regler. Det har framförts att plikten följer av strävan att upprätthålla respekten för skiljeförfarandet som institution, att samtycke till tillämpning av tvingande regler får anses underförstått när parterna påkallar skiljeförfarande, och att plikten är en del av skiljenämndens funktion.<sup>98</sup> Det kan också hävdas att tillämpning av tvingande regler omfattas av parternas förväntningar även om reglerna inte omfattas av deras lagval.<sup>99</sup> Anses en plikt att tillämpa konkurrensreglerna

---

<sup>93</sup> Punkterna 17 och 22.

<sup>94</sup> Prop. 1998/99:35, s. 56.

<sup>95</sup> Se t ex Komninos 2001, s. 237, Baudenbacher 2003, s. 350, Blanke 2006, s. 250ff, Landolt 2007, s. 78, Blanke & Nazzini 2008 (2), s. 83 och 86, Dempegiotis 2008, s. 384f, och Radicati di Brozolo 2011, s. 22.

<sup>96</sup> Se ovannämnda författare och Idot 2003, s. 314f. och Kurkela et al 2007, s. 195.

<sup>97</sup> van Houtte 2008, s. 68, Waincymer 2009, s. 43.

<sup>98</sup> Waincymer 2009, s. 14ff med hänvisningar.

<sup>99</sup> Se Derains 2003, s. 329ff för denna diskussion.

följa av något av detta är det möjligt att hävda att plikten är principiell och absolut.

Alla delar inte uppfattningen att skiljenämnder *ex officio* skall tillämpa EU:s konkurrensregler bara för att de har kompetens att göra det,<sup>100</sup> och som kommer att framgå nedan anser även de som förespråkar en sådan plikt sällan att den är absolut ens när domens verkställighet äventyras. van Houtte menar att skiljenämnder inte i större utsträckning än nationella domstolar är skyldiga att tillämpa reglerna (dessa behöver som ovan nämnt inte tillämpa dem såvida inte nationella processregler ger utrymme för det).<sup>101</sup> Tvärtom är de snarare i mindre utsträckning skyldiga att tillämpa dem eftersom de inte är bundna av någon lojalitetsplikt gentemot EU. van Houtte påpekar vidare att en *ex officio*-tillämpning i praktiken är ogenomförbar – om parterna inte förser skiljenämnden med material kan den omöjligen döma i frågan. Istället bör skiljenämnden nöja sig med att fästa parternas uppmärksamhet på frågan.<sup>102</sup>

Även Mourre menar att man inte kan tala om en sådan generell plikt, och varnar för att en sådan skulle innebära en alltför stor betoning på det allmänna intresset med följderna att skiljenämnder inordnas i EU:s judiciella system, underkastade EU:s politiska mål.<sup>103</sup>

I propositionen till LSF, som tillkom ett halvår före EUD:s avgörande i målet *Eco Swiss*, bedöms att dispositionsprincipen väger tyngre än intresset att se konkurrensreglerna tillämpade, och att skiljenämnder inte har någon skyldighet att *ex officio* tillämpa svenska eller gemenskapsrättsliga konkurrensregler.<sup>104</sup> Möjligheten att en skiljedom som strider mot konkurrensrätten kan komma att ogiltigförklaras eller vägras verkställighet utomlands<sup>105</sup> uppmärksammas, men anses inte heller den föranleda en skyldighet att *ex officio* tillämpa reglerna. Istället betonas skiljenämndens bundenhet av parternas vilja, och det föreslås att skiljenämnden, om den inom ramen för sin processledning inte kan förmå parterna att ta upp konkurrensfrågan, avslutar förfarandet.<sup>106</sup>

Så anser även många som förespråkar en (indirekt) *ex officio*-plikt, att skiljenämnden bör förfara i de undantagsfall då parterna är överens om att konkurrensreglerna inte skall tillämpas, trots att nämnden anser dem tillämpliga. I en sådan situation rekommenderar de flesta att skiljemännen avsäger sig uppdraget, en tillämpning mot parternas vilja skulle vara utanför nämndens mandat och den bör heller inte medverka till genomdrivandet av

---

<sup>100</sup> van Houtte 2005 och 2008, Bensaude 2005.

<sup>101</sup> van Houtte 2005, s. 440.

<sup>102</sup> van Houtte 2008, s. 66.

<sup>103</sup> Mourre 2008, s. 221.

<sup>104</sup> Proposition 1998/99:35, s. 57.

<sup>105</sup> Efter *Eco Swiss* står det dock klart att även Sverige måste betrakta konkurrensreglerna som del av *ordre public*.

<sup>106</sup> s. 58.

ett lagvidrigt avtal.<sup>107</sup> Enligt en annan uppfattning innebär samtycke till skiljeförfarande underförstått att goda seder (*bona fide*) ska gälla och att det därmed ligger inom skiljenämndens uppdrag att tillämpa reglerna.<sup>108</sup> Få verkar förespråka att skiljenämnden följer parternas önskemål.<sup>109</sup>

Tillämpning av konkurrensreglerna mot en av parternas vilja anses mot bakgrund av den allmänt accepterade status tvingande regler har, inte vara *ultra petitem*, det vill säga gå utanför uppdraget.<sup>110</sup> Åsidosättande under *New York*-konventionen eller LSF torde alltså inte riskeras.<sup>111</sup> Slutligen kräver processrättsliga principer att skiljenämnden upplyser parterna om sitt val eller önskan att tillämpa konkurrensreglerna.<sup>112</sup>

En särskild fråga är hur skiljenämnder skall förhålla sig till myndighetsbeslut som rör rätts- eller sakfrågor i tvisten. Vad gäller bindande beslut kan de betraktas som en del av tillämplig lag och anses därför böra följas.<sup>113</sup> I övrigt kan de dels kräva sin tillämpning för att risken för åsidosättande skall minimeras, dels har de det bevisvärde skiljenämnden tillmäter dem.<sup>114</sup>

### 5.2.3 Kommentar

Mot bakgrund av den ovan redovisade diskussionen i litteraturen kan det inte sägas att skiljenämnder har en självständig plikt att *ex officio* tillämpa EU:s konkurrensregler. I skiljeförfaranden där nämnden sitter inom EU, där *lex causae* är ett medlemslands lag eller där verkställighet troligen kommer att sökas i ett EU-land kommer de emellertid med största sannolikhet att tillämpas. Skulle så inte ha skett kan skiljedomen oftast åsidosättas eller vägras verkställighet. Eventuell oro för att konkurrensreglerna kommer att förbises på grund av skiljeförfarandets natur är enligt min mening därmed obefogad.

Frånvaron av en principiell plikt att tillämpa konkurrensreglerna är förståelig; skiljenämnden har inget forum på samma sätt som nationella domstolar, den hyser ingen lojalitet mot någon särskild stat. Tvingande regler från många olika rättsordningar kan göra sig gällande i ett förfarande

---

<sup>107</sup> Dempegiotis 2008, s. 385f., Nisser & Blanke 2008, s. 88 och Radicati di Brozolo 2011, s. 22 (se Radicati di Brozolo även för diskussion om skiljenämndens rätt till arvode i denna situation).

<sup>108</sup> Se Waincymer 2009, s. 42.

<sup>109</sup> Se dock Bridgeman 2008 som i återgivande av Kurkela, M. S. (2004) "Competition Laws in International Arbitration: The may, the must, the should and the should not." *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, nr 6, s. 609-621, skriver att beroende på omständigheterna, konkurrensöverträdelsens gravhet och skiljenämndens etiska uppfattning, kan det vara ett alternativ att följa parternas vilja.

<sup>110</sup> Radicati di Brozolo 2011, s. 21. Principen lyder *ne eat arbiter ultra petita partium*.

<sup>111</sup> Se Artikel V.1 c i *New York*-konventionen och 34 § LSF.

<sup>112</sup> Se t ex Blanke & Nazzini 2008 (2), s. 82, Dempegiotis 2008, s. 386 och Radicati di Brozolo 2011, s. 23.

<sup>113</sup> Kurkela et al 2007, s. 194.

<sup>114</sup> Nazzini 2008, s. 109ff och Blanke & Nazzini 2008 (3), s. 135.

och skiljeförfarandets natur och behov av flexibilitet omöjliggör införandet av tvingande lagvalsregler. När tillämpningen av konkurrensreglerna grundar sig på en underliggande plikt att avge en giltig och verkställbar skiljedom, blir emellertid svaret på frågan hur långt plikten sträcker sig beroende av svaret på frågan i vilka fall nationella domstolar ogiltigförklarar eller vägrar skiljedomar verkställighet. Faktum är att svaren på dessa frågor enligt min mening helt sammanfaller.

## 5.3 Åsidosättande på grund av *ordre public*

### 5.3.1 Vad omfattas av *ordre public*?

Hur grova fel en skiljedom måste innehålla för att ett erkännande av den skulle strida mot *ordre public* skiljer sig åt mellan olika länder och det finns ingen EU-gemensam syn på saken. EUD har heller inte behörighet att uttala sig generellt i frågan. Trots att frågan alltså egentligen skulle behöva utredas genom att situationen i samtliga medlemsstater undersöktes, avser jag kort diskutera var gränsen för *ordre public* går i fråga om EU:s konkurrensrätt. Utgångspunkterna i diskussionen är tre; att konkurrensreglerna är del av *ordre public* i samtliga medlemsländer, att lojalitets- och effektivitetsprinciperna kräver att medlemsstaterna genomdriver EU-rätten och att behovet av effektiva skiljeförfaranden är erkänt av EUD.<sup>115</sup> En bred förståelse av *ordre public* kan hota skiljeförfarandets effektivitet – parterna måste kunna lita på att skiljedomen är slutgiltig och att de kan anpassa sig efter den – medan en alltför snäv förståelse kan innebära att stater bidrar till att genomdriva oacceptabla skiljedomar.

Konkurrensrättsliga bedömningar kan kräva omfattande ekonomiska analyser och hypotetiska resonemang om ett avtals konsekvenser för en marknad. Ett visst utrymme för skön är oundvikligt. Att skiljenämnden och granskande domstol kommer till olika svar behöver alltså inte innebära att skiljenämnden tillämpade konkurrensreglerna fel. Alla avvikelser kan inte innebära att en skiljedom upphävs eller ogiltigförklaras – men var går gränsen?

Frågan diskuterades inte av EUD i *Eco Swiss*, men det har påpekats att den överträdelse av konkurrensreglerna som domstolen uttalade sig om i målet var ”uppenbart stridande mot [artikel 101]”.<sup>116</sup> Det har senare föreslagits att kommissionen borde klargöra sin syn på gränserna för *ordre public*.<sup>117</sup> I målet *Renault mot Maxicar*<sup>118</sup> som rörde erkännande av domstolsdomar

---

<sup>115</sup> *Eco Swiss*, punkt 35.

<sup>116</sup> Idot 2003, s. 320. Min översättning av originaltextens ”manifestly contrary”.

<sup>117</sup> Dempegiotis 2008, s. 390.

<sup>118</sup> C-38/98.

under Brysselkonventionen<sup>119</sup> slog EUD fast att en konventionsstat (nu: EU-medlemsstat) inte kan vägra att verkställa en dom som meddelats i en annan medlemsstat enbart av det skälet att den anser att gemenskapsrätten har tillämpats felaktigt i domen; det måste röra sig om en kränkning av en grundläggande princip i verkställandelandet.<sup>120</sup> Målet har återopats som stöd för att det faktum att skiljenämnden värderat fakta annorlunda än den granskande domstolen gör, inte bör leda till att skiljedomen åsidosätts.<sup>121</sup> EUD säger emellertid uttryckligen i målet att den enskildes rätt istället skyddas genom de nationella rättsmedlen, men i fråga om skiljedomar står inga sådana andra rättsmedel till buds. Jag är därför tveksam till vilket värde målet egentligen har i skiljerättsdiskussionen.

### 5.3.2 Nationell praxis – några nedslag

Det franska målet *Thalès mot Euromissile et al*<sup>122</sup> återkommer ofta i debatten om konkurrensrätt och *ordre public*. Målet rör en överklagad skiljedom i vilken Thalès befins skyldig till avtalsbrott och åläggs att betala skadestånd till Euromissile. Frågan om det tvistiga avtalets överensstämmelse med EU:s konkurrensregler hade inte lyfts under skiljeförfarandet. Thalès begärde att domen skulle förklaras ogiltig eftersom det var ”alldeles uppenbart”<sup>123</sup> att det tvistiga avtalet stred mot EU:s konkurrensregler och därmed mot *ordre public*. Den franska domstolen bekräftade att EU:s konkurrensregler förvisso är del av *ordre public*, men att en skiljedom endast kan åsidosättas om överträdelsen av konkurrensreglerna är ”flagrant, effektiv och konkret”<sup>124</sup>. Domstolen noterade att varken parterna eller skiljenämnden uppmärksammat konkurrensaspekten under skiljeförfarandets gång och menade att överträdelsen alltså inte kunde vara särskilt uppenbar. Domstolsgranskningen är inte tänkt att vara en materiell granskning av målet, så även om konkurrensfrågan inte var helt irrelevant var omständigheterna inte sådana att skiljedomen kunde åsidosättas.

*Thalés* har diskuterats flitigt. Komninos menar att man av målet kan dra slutsatsen att även när skiljenämnder underlåtit att tillämpa konkurrensrätten kommer domen endast att åsidosättas när målet involverar särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar.<sup>125</sup> van Houtte skriver att målet bekräftar att skiljenämnder har stort utrymme för skön i sina konkurrensbedömningar: så länge skiljenämndens bedömning är rimlig behöver den inte oroa sig för

---

<sup>119</sup> I fråga om EU:s medlemsstater nu ersatt av Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (Bryssel I-förordningen).

<sup>120</sup> Punkterna 30 och 33.

<sup>121</sup> van Houtte 2008, s 74.

<sup>122</sup> Cour d'Appel de Paris. *SA Thales Air Defense v. GIE Euromissile et al.* 2002/19606, beslut av den 18 nov 2004.

<sup>123</sup> ”*crève les yeux*”. Citerat i van Houtte 2005, s. 447.

<sup>124</sup> ”*Flagrante, effective et concrète*”. Citerat i Blanke 2006, s. 254.

<sup>125</sup> Komninos 2004, s. 3.

vägrad verkställighet ens när kommissionen kanske skulle ha bedömt konkurrensfrågan annorlunda.<sup>126</sup>

Domen har av vissa ansetts fastslå att skiljenämnder har en indirekt plikt att tillämpa konkurrensreglerna *ex officio* och fastställa gränserna för när ett åsidosättande av den plikten leder till vägrad verkställighet: om konkurrensfrågan är så intrikat att skiljenämnden inte upptäcker den kommer domen att förklaras giltig och verkställbar trots eventuella överträdelse av konkurrensreglerna.<sup>127</sup> Andra har nöjt sig med att dra slutsatsen att en skiljenämnds underlåtenhet att *ex officio* ta upp konkurrensfrågan inte *i sig* är tillräckligt för att skiljedomen skall åsidosättas.<sup>128</sup> Det har mot detta invänts att om det är *uppenbart* att det finns en konkurrensrättsfråga i målet bör det räcka att skiljenämnden inte tagit upp den för att åsidosättande skall ske.<sup>129</sup>

Trots att domen direkt berör endast Frankrike har den fått stort genomslag i debatten. Enligt Radicati di Brozolo anser de flesta numera att överträdelsen av konkurrensreglerna måste vara effektiv och konkret – kriterier uppenbarligen hämtade från *Thalès*. Genom att bedöma om skiljenämndens lösning allvarligt äventyrar EU:s konkurrenspolitiska mål får man svaret på frågan om överträdelsen är så grov att domen skall åsidosättas. Felaktig tillämpning, icke-tillämpning eller att skiljedomen inte överensstämmer med ett beslut av en konkurrensmyndighet är inte i sig skäl att åsidosätta en skiljedom. Exempel på sådana överträdelse som kan accepteras är vertikala konkurrensbegränsande avtal och mindre allvarligt missbruk av dominerande ställning. Horisontella grova överträdelse, såsom karteller, bör aldrig accepteras.<sup>130</sup>

Ytterligare ett nationellt mål har rönt uppmärksamhet i den skiljerättsliga litteraturen. Det rör sig om det nederländska målet *Marketing Displays*<sup>131</sup>, i vilket en internationell skiljedom för första gången i Europa vägrades verkställighet på grund av icke-överensstämmelse med EU:s konkurrensregler. Lagen i den amerikanska delstaten Michigan var tillämplig på tvisten, men det tvistiga avtalet påverkade den europeiska marknaden. EU:s konkurrensregler hade inte tillämpats av skiljenämnden. Den nederländska domstolens beslut att vägra verkställighet har kritiserats dels för att det innebar en relativt omfattande materiell granskning av skiljedomen, dels för att överträdelsen av konkurrensreglerna (bland annat viss uppdelning av marknader) inte var så allvarlig att verkställighet bort vägras.<sup>132</sup>

---

<sup>126</sup> van Houtte 2005, s. 447.

<sup>127</sup> Blanke 2006, s. 250.

<sup>128</sup> Bensaude 2005, s. 240.

<sup>129</sup> Idot 2010, s. 90.

<sup>130</sup> Radicati di Brozolo 2011, s. 12f.

<sup>131</sup> Cour d'Appel de La Haye. *Marketing Displays International Inc. v. VR Van Raalte Reclame BV*, mål 04/694 och 04/695, beslut av den 24 mars 2005.

<sup>132</sup> Komninos 2006, s. 5f och Mourre & Radicati di Brozolo 2006, s. 180ff.



I målet *Cytec*<sup>133</sup> medgav den franska högsta domstolen verkställighet av två skiljedomar. En belgisk förstainstansdomstol förklarade sedan, efter en materiell granskning, att skiljedomarna stred mot EU:s konkurrensregler och därmed var ogiltiga. Den belgiska domen överklagades och skiljedomarna förklarades slutligen av överinstansen giltiga.<sup>134</sup>

Propositionen till LSF anger att *ordre public* är avsett att tolkas mycket snävt ("endast omfattar höggradigt stötande fall"<sup>135</sup>). Det talas om ett uppenbarhetskrav:

En faktor som kan tala för att en skiljedom strider mot *ordre public* är att Konkurrensverket eller en domstol har slagit fast att ett visst förfarande, som en tillämpning av skiljedomen skulle innebära, inte är tillåtet. Finns det inte något sådant avgörande torde det endast i uppenbara fall kunna konstateras att en skiljedom på grund av en kränkning av konkurrensrätten strider mot *ordre public* och följaktligen är ogiltig.<sup>136</sup>

Beslut av kommissionen nämns inte i propositionen, men moderniseringsförordningen och den allmänna lojalitetsplikten hindrar i princip att skiljedomar som står i konflikt med ett kommissionsbeslut erkänns eller verkställs i Sverige.<sup>137</sup>

Även ILA intar en restriktiv hållning och rekommenderar att verkställighet eller erkännande av en skiljedom endast bör vägras om:

recognition or enforcement of the award would *manifestly disrupt* the essential political, social or economic interests protected by the rule.<sup>138</sup>

Också en slags preklusionsregel har förespråkats i doktrinen; en part bör inte få ta upp i domstolsprocessen vad den inte tagit upp inför skiljenämnden. I dessa fall väger intresset av slutgiltiga skiljedomar tyngre.<sup>139</sup> Förslaget framstår i mina ögon som ett uttryck för en felaktig förståelse av konceptet

---

<sup>133</sup> Belgiska underinstansen: Tribunal de Première Instance de Bruxelles. *SNF SAS c/ Cytec Industries BV*, R.G. 2005/7721/A No 53, beslut av den 8 mars 2007.

Belgiska överinstansen: Cour d'Appel de Bruxelles. *SNF SAS c/ Cytec Industries BV*, beslut av den 22 juni 2009.

Franska högsta domstolen: Cour de Cassation. *SNF mot Cytec*. Arrêt 680, beslut av den 4 juni 2008.

<sup>134</sup> Se Idot 2010, s. 92 och Blanke & Nazzini 2008 (3), s. 144.

<sup>135</sup> Prop. 1998/99:35, s. 140.

<sup>136</sup> Prop. 1998/99:35, s. 58. Frågan diskuteras i Svea Hovrätts dom i målet T 6730–03 *Lettiska Republiken mot JSC Latvijas Gaze* (4 maj 2005). Lettland vill få en skiljedom ogiltigförklarad såsom stridande mot EU:s statsstödsregler och därmed mot *ordre public* i Sverige. Hovrätten finner att den omtvistade utbetalningen inte omfattas av konkurrensreglerna.

<sup>137</sup> Artikel 16.1 i förordning 1/2003. Se Blanke & Nazzini 2008 (3), s.133ff för denna diskussion.

<sup>138</sup> ILA 2002: Recommendations on the Application of Public Policy as a Ground for Refusing Recognition or Enforcement of International Arbitral Awards, sektion 3(b). Min kursivering.

<sup>139</sup> Mourre & Radicati di Brozolo 2006, s. 182.

*ordre public*. Strider en skiljedom mot grunderna för rättsordningen är det i statens intresse att den inte verkställs. Det skulle vara stötande om statens handlingsfrihet begränsades av parternas tidigare åberopanden.

Omfattningen av domstolsgranskningen, det vill säga hur djupgående granskning domstolen måste göra för att besvara frågan om skiljedomens överensstämmelse med konkurrensreglerna, har varit föremål för debatt. Utgångspunkten i alla EU-länder är att granskningen skall vara begränsad, vilket också bekräftas av EUD i *Eco Swiss*.<sup>140</sup> Som framgår av målen *Thalès*, *Marketing Displays* och *Cytec* skiljer sig ändå granskningen åt mellan medlemsstaterna. I den skiljerättsliga litteraturen tycks de flesta, i likhet med den franska domstolen i *Thalès*, anse att om överträdelsen inte upptäcks vid en ytlig granskning är det osannolikt att skiljedomen är behäftad med så allvarliga fel att den strider mot *ordre public*.<sup>141</sup> Domstolar skall aldrig granska målet i sak.<sup>142</sup> Andra menar att skiljedomens innehåll bör granskas mer ingående, ur både sak- och rättssynpunkt.<sup>143</sup>

### 5.3.3 Kommentar

Domstolsgranskningen av skiljedomar är den enda kontrollmekanism som existerar för att säkerställa det korrekta genomdrivandet av konkurrensrätten. Samtidigt får åsidosättande endast ske om skiljedomen strider mot *ordre public*. Som framgått ovan anser många akademiker och domstolar samt åtminstone den svenska lagstiftaren att ett sådant åsidosättande skall ske endast i yttersta undantagsfall. Enligt min mening innebär en sådan uppfattning av *ordre public* i praktiken att det finns ett glapp mellan den punkt då en lösning i en skiljedom är i strid med konkurrensreglerna, och den punkt då domen kan åsidosättas eller vägras verkställighet. Det är i detta glapp den granskade skiljedomen i *Thalès* hamnade. Skiljedomen var eventuellt i strid med konkurrensrätten, men inte i tillräckligt uppenbar utsträckning.

Jag menar att det finns två aspekter av denna ordning. Dels det allmänna intresset av enhetlig och effektiv tillämpning av EU-rätten och därigenom skapandet av en sund marknad, dels individens möjlighet att utöva de rättigheter EU-rätten ger henne. Rent principiellt kan det tyckas oacceptabelt att skiljedomar erkänns och verkställs trots att de kan misstänkas stå i strid med grundläggande EU-bestämmelser. Målen *Thalès*, *Cytec* och *Marketing Displays* väcker frågor om gränserna för lojalitets- och effektivitetsprinciperna. EUD klargör i *Eco Swiss* att i den mån nationell lag medger att en skiljedom åsidosätts på grund av *ordre public*, skall konkurrensreglerna beaktas. Om nationell lag inte ger någon sådan möjlighet tycks EU-rätten alltså inte kräva att medlemsstaterna vägrar skiljedomen erkännande och verkställighet. Av detta kan slutsatsen dras, att

---

<sup>140</sup> Radicati di Brozolo 2011, s. 10f.

<sup>141</sup> Se Radicati di Brozolo 2011, s. 9.

<sup>142</sup> Radicati di Brozolo 2008, s. 12.

<sup>143</sup> Idot 2010, s. 92 och Blanke 2008, s. 25.

medlemsstaternas skyldighet att genomdriva konkurrensreglerna inte är absolut. Skulle en medlemsstat, rent hypotetiskt, ha en lagstiftning som inte medger åsidosättande på grund av *ordre public*, skulle det inte strida mot EU-rätten att konkurrensrättsstridiga skiljedomar verkställdes där.

I linje med att lojalitetsplikten inte är absolut kan det argumenteras att medlemsstaterna också är fria att besluta de exakta gränserna för *ordre public*. Utgångspunkten är helt klart att konkurrensreglerna är del av *ordre public*, men medan den franska domstolen i *Thalès* ansåg att endast flagranta överträdelser som är uppenbara vid en ytlig granskning, strider mot *ordre public*, ansåg den nederländska domstolen i *Marketing Displays* att en grundlig granskning krävs och att även mindre uppenbara överträdelser skall leda till åsidosättande. *Eco Swiss* lämnade obesvarat exakt hur djupgående EU-rätten kräver att domstolsgranskningen är. En alltför ytlig granskning kan enligt min mening rimligen inte garantera domens överensstämmelse med konkurrensreglerna, men en omfattande granskning underminerar skiljeförfarandets effektivitet och självständighet som tvistlösningsform.

Genomdrivandet av ett mindre antal tveksamma skiljedomar hotar knappast förverkligandet av EU:s konkurrenspolitik. När det kommer till marginella avvikelser är det ur denna synpunkt inte orimligt att intresset av effektiva skiljeförfaranden tillåts väga tyngre. Den andra aspekten av denna fråga är, som ovan nämnts, individens möjlighet att utöva sina rättigheter. Att en skiljedom som befinner sig ”i glappet” verkställs är i detta avseende problematiskt. Även den som varit part i ett konkurrensrättsstridigt avtal har rätt att få sin sak bedömd enligt gällande, tvingande regler. Målet *Van Schijndel*<sup>144</sup> bekräftar emellertid att nationella domstolar inte *ex officio* måste tillämpa konkurrensreglerna om nationella regler inte tillåter att dispositionsprincipen frångås. EUD har alltså accepterat ett visst utrymme för icke-tillämpning av konkurrensreglerna i mål där de är relevanta. Det förtar i viss mån tyngden av argumentet om individens rättigheter.

Domstolsgranskningen är som sagt det enda sättet att övervaka konkurrensrättens genomförande genom skiljeförfarande. Jag har ovan konstaterat att hur denna granskning genomförs inte är harmoniserat inom EU och att det i åtminstone några medlemsstater, däribland Sverige, finns en risk för att en skiljedom erkänns och verkställs trots att den strider mot EU:s konkurrensregler. Detta gäller när skiljenämndens feltillämpning av reglerna inte är uppenbar eller överträdelsen är allvarlig. Jag menar att effektivitetsprincipen mycket väl skulle kunna tolkas så att den hindrar både en alltför snäv förståelse av *ordre public* och en alltför ytlig domstolsgranskning. Om den nationella lagen ställer alltför höga krav blir konkurrensreglernas ställning som del av *ordre public* meningslös, och medlemsstaten har brutit i sina plikter gentemot EU.

---

<sup>144</sup> C-430–431/93. Principen finns nu intagen i punkt 3 i Kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan kommissionen och EU-medlemsstaternas domstolar vid tillämpning av artikel 81 och 82 i EG-fördraget.

Större säkerhet i fråga om att konkurrensrättsstridiga skiljedomar inte genomdrivs kan emellertid bara uppnås på bekostnad av skiljeförfarandets effektivitet. Att skiljeförfarande utmynnar i en slutgiltig dom är av stor vikt. Att tvister med konkurrensrättsliga inslag kan lösas snabbt och diskret kan bidra till att reglerna i större utsträckning genomdrivs även privat, och därmed får bättre genomslag. Effektiv rättskipning är också ett samhällsintresse i sig, oavsett om det sker i domstolar eller skiljenämnder. Det är inte orimligt att låta dessa argument väga tyngre än önskan att fånga upp varje felaktig skiljedom, inte minst som allvarliga överträdelser troligen sällan förekommer och än mindre passerar en domstolsgranskning. Att övervakningen av konkurrensrättsliga skiljedomar inte är heltäckande ens när domarna faktiskt når domstolarna borde dock vara en utgångspunkt i debatten, likaså att utrymmet skiljer sig åt mellan olika medlemsstater. En harmonisering av hur omfattande domstolsgranskning som krävs hade varit välkommen.

## 5.4 Tillämpning av artikel 101.3

### 5.4.1 Det oklara rättsläget

I och med förordning 1/2003 fick nationella domstolar befogenhet att tillämpa artikel 101.3 – det vill säga medge individuella undantag från konkurrensreglerna –, något som endast kommissionen fick göra tidigare. Förordningen och de dokument<sup>145</sup> som föregick dess tillkomst nämner inte tillämpning i skiljenämnder. Teorin har framförts att tystnaden var en högst medveten strategi för att öka chanserna att förordningen antogs, genom att undvika ett potentiellt kontroversiellt ämne som skiljenämnders befogenhet.<sup>146</sup> Andra anser att tystnaden är naturlig eftersom förordningen avser fördela kompetens mellan unionen och medlemsstaterna, och skiljenämnder är inte en del av staten.<sup>147</sup>

Från skiljerättssamhällets sida tycks man i princip överens om att också skiljenämnder numera får tillämpa artikel 101.3, eller åtminstone att det inte finns några hållbara motargument.<sup>148</sup> Kommissionen uttalade dock, om än inofficiellt, år 2008 att

the fundamental differences between arbitrators and national courts, in particular flowing from ECJ interpretation of Articles 10 and 234 EC [nu artikel 4.3 FEU och artikel 267 FEUF] necessarily lead to the conclusion that it is not possible to consider that arbitrators have

---

<sup>145</sup> Bl a Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, se avsnitt 2.2.2 ovan.

<sup>146</sup> Komninos 2001, s. 218.

<sup>147</sup> Nazzini 2008, s. 93 och Dempegiotis 2008, s. 381.

<sup>148</sup> Se t ex de Groot 2008, s. 187, Ehlermann & Atanasiu 2003, s. 285–303, Komninos 2001, s. 219ff, Kurkela et al 2007, s. 190 och van Houtte 2005, s. 436.

identical or even similar powers to those granted to the national courts by Regulation 1/2003 or other Commission Notices.<sup>149</sup>

Också den så kallade Ashurstrapporten<sup>150</sup> uppmärksammar att det är oklart om skiljenämnder får besluta om individuella undantag.<sup>151</sup> Det kan alltså finnas skäl att misstänka att den attityd som intagits från skiljerättssamhällets sida inte helt speglar inställningen hos EU:s institutioner och de nationella domstolarna, som ju i förlängningen är bundna av ett eventuellt uttalande från EUD. Det bör här observeras att EUD inte har jurisdiktion över den nationella skiljedomsrätten och alltså inte heller över vilka frågor som i varje medlemsstat betraktas som skiljedomsrättsmässiga. Det kan dock tänkas vara en direkt feltillämpning av förordning 1/2003 att låta skiljenämnder tillämpa artikel 101.3 när förordningen uttryckligen ger denna befogenhet endast till nationella domstolar och konkurrensmyndigheter. Det skulle också kunna vara oförenligt med medlemsstaternas lojalitetsplikt och skyldighet att säkerställa effektiv och enhetlig tillämpning av (en dessutom grundläggande del av) EU-rätten att tillåta att artikel 101.3 tillämpas i skiljeförfaranden. Den fortsatta diskussionen har som utgångspunkt att EUD skulle anse sig behörig att pröva dessa frågor.<sup>152</sup>

## 5.4.2 Ståndpunkter i litteraturen

Flera skäl talar för att frågan om undantag inte är skiljedomsrättsmässig och att en skiljedom som innefattar en sådan prövning alltså skall anses åtminstone partiellt ogiltig. Först och främst kan medgivande av undantag från konkurrensreglerna sägas ha ett politiskt inslag och i hög grad innebära beaktande av det allmänna intresset.<sup>153</sup> Sådant som näringsliv, miljö, arbetslöshet och regionalpolitik anses av vissa ha influerat en del beslut av kommissionen att bevilja undantag.<sup>154</sup> Det är inte osannolikt att skiljenämnder är något mindre benägna att beakta sådana intressen än en allmän domstol. Just detta har ansetts ligga bakom den misstro mot skiljeförfaranden som från vissa håll uppfattats hos kommissionen.<sup>155</sup> I kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 101.3 från 2004 anges emellertid att det är en strikt ekonomisk analys som skall göras.<sup>156</sup>

Vidare innehåller förordning 1/2003 flera mekanismer för att säkerställa en korrekt och enhetlig tillämpning av konkurrensreglerna i unionen: en

---

<sup>149</sup> de Groot 2008, s. 187. Uttalandet gjordes i ett brev tillställt de Groot som svar på dennes frågor riktade till kommissionen.

<sup>150</sup> Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules.

<sup>151</sup> s. 134.

<sup>152</sup> Se Nazzini (2008, s. 93f.) för avvikande mening. Nazzini anser att frågan om skiljedomsrättsmässighet helt och hållet är en fråga för nationell lag.

<sup>153</sup> Dempegiotis 2008, s. 378 och Shelkopyas 2003, s. 25.

<sup>154</sup> Whish 2008, s. 153.

<sup>155</sup> Se t ex Idot 2010, s. 76 och Dempegiotis 2008, s. 379.

<sup>156</sup> Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget. Jfr Whish 2008, s. 155.

rapporteringsplikt för nationella domstolar, ett förbud mot avgöranden som strider mot ett kommissionsbeslut rörande samma avtal eller förfarande, och möjlighet för de nationella domstolarna att begära yttranden från kommissionen.<sup>157</sup> Dessa mekanismer kan av naturliga skäl inte appliceras på skiljeförfaranden, som per definition är icke-offentliga. Kommissionen kan alltså inte övervaka eller, än mindre, ingripa i skiljenämnders tillämpning av bestämmelsen. Det kan invändas att rapporterings- och lojalitetskraven gäller vid tillämpning inte bara av artikel 101.3, utan av hela artikel 101 och 102, och att övriga delar av dessa bestämmelser trots detta anses skiljedomsrättsliga. Med tanke på att kraven infördes i och med att tillämpningen av artikel 101.3 decentraliserades är det dock inte osannolikt att de tar särskilt sikte på den bestämmelsen.

Svårigheterna med att övervaka rättstillämpningen i skiljeförfaranden gör sig naturligtvis gällande inte bara på konkurrensrättens område, men min uppfattning är att problemet blir större när det rör denna typ av tvingande regler som dessutom värnar det allmänna intresset. De mycket omfattande ekonomiska utredningarna och – menar vissa – politiska<sup>158</sup> bedömningarna som tillämpning av artikel 101.3 kräver ger ytterligare tyngd åt argumentet – med stort utrymme för skön blir det än viktigare med gemensamma riktlinjer, både ur rättssäkerhets- och effektivitetssynpunkt. Komminos<sup>159</sup> frågar sig om den ”extraordinära karaktären av ekonomisk politik” artikel 101.3 har, gör att decentraliserad tillämpning endast är möjlig inom ramen för ett kontrollsystem.

Ett rent textuellt argument är naturligtvis förordningens lydelse. Oavsett vilka skäl som ligger bakom icke-omnämmandet av skiljeförfaranden och oavsett vilka skäl som kan åberopas till stöd för endera ståndpunkten, kan förordningen mycket väl tolkas bokstavligt – endast nationella domstolar får tillämpa artikel 101.3. På det viset lämnas den inte helt okontroversiella frågan till (EU-)lagstiftaren att lösa. EUD:s tendens att tolka unionens rättsakter teleologiskt talar dock mot ett avgörande baserat på det resonemanget.<sup>160</sup>

Dessa skäl mot undantagsregelns skiljedomsrättslighet har bemötts med både teoretiska och praktiska argument. Flera författare avråder från att dra slutsatser från lydelsen av förordning 1/2003 och påpekar att inte heller tidigare rättsakter innehöll någon bestämmelse om skiljedomsrättslighet, men att de delar av artikel 101 och 102 som då fick tillämpas av nationell domstol betraktats som skiljedomsrättsliga.<sup>161</sup> Vissa menar att om lagstiftaren hade velat utesluta tillämpning av artikel 101.3 i skiljeförfaranden hade det uttryckligen gjorts.<sup>162</sup> I sak kan följande argument för skiljedomsrättslighet av artikel 101.3 framföras.

---

<sup>157</sup> Artikel 15.2 och 16. Se också avsnitt 2.2.2 ovan.

<sup>158</sup> Se Whish 2008, s. 153ff angående den politiska dimensionen av artikel 101.3.

<sup>159</sup> 2001, s. 223. Komminos besvarar dock sin egen fråga nekande.

<sup>160</sup> Se Craig & de Búrca 2011, s. 63f. angående lagtolkningen i EUD.

<sup>161</sup> van Houtte 2005, s. 436 och Komminos 2001, s. 221.

<sup>162</sup> Dempegiotis 2008, s. 381 och Komminos 2001, s. 221.

Vad gäller skiljenämnders eventuella olämplighet att tillämpa regler med starka inslag av allmänna intressen och politik har detta avfärdats med hänvisning till att skiljemän redan handskas med andra regler som innebär hänsyn till det allmänna intresset.<sup>163</sup> de Groot skriver apropå skiljenämnders kompetens att bedöma dessa frågor att

[a]rbitration as an institution has amply justified its existence.<sup>164</sup>

Andra har invänt att hela moderniseringsreformen var ett tydligt steg mot mer ekonomiska och mindre politiska överväganden, även i kommissionen och de nationella domstolarna.<sup>165</sup> Åtminstone vid tiden för reformen uttrycktes farhågan att domare i nationella domstolar inte har kompetens att göra dessa ekonomiska analyser. Oavsett hur det är med den saken, har det utifrån utgångspunkten att bedömningen faktiskt snarare är ekonomisk än politisk hävdats att skiljenämnder till och med är bättre lämpade än allmänna domstolar att tillämpa artikel 101.3, inte minst eftersom parterna kan välja skiljemän som är experter på området.<sup>166</sup> Som nämnts ovan stöder kommissionens riktlinjer från 2004 uppfattningen att bedömningen skall vara strikt ekonomisk.<sup>167</sup>

Farhågan att den enhetliga tillämpningen av en bestämmelse äventyras om bestämmelsen tillämpas även av skiljenämnder kan appliceras på alla regler som tillämpas i skiljenämnder, inklusive EU:s övriga konkurrensregler. Man kan med fog fråga sig om artikel 101.3 verkligen är av sådan radikalt annorlunda art och tyngd att bristande möjlighet till övervakning av tillämpningen rättfärdigar icke-skiljedomsmissighet av just den bestämmelsen, men inte av andra.<sup>168</sup> Kontrollmekanismerna i förordning 1/2003 kan inte sägas vara så avgörande för enhetligheten.<sup>169</sup>

Det bör också uppmärksammas att det finns andra mekanismer för övervakning av rättstillämpningen i skiljeförfaranden. Skiljenämnden har både domstolspraxis och kommissionens riktlinjer om tillämpningen av artikel 101.3 till sin hjälp. En felaktig tillämpning av artikel 101.3 kan leda till att domen anses ogiltig eller vägras verkställighet med hänvisning till *ordre public*. Den domstol till vilken skiljedomen överklagats kan dessutom begära in ett förhandsavgörande från EUD, vilket naturligtvis ytterligare gynnar enhetligheten inom unionen.<sup>170</sup> Det är dock ofrånkomligt att ordningen med efterföljande domstolsgranskning aldrig kan bli lika omfattande och systematisk som mekanismerna i förordning 1/2003. Dels kräver domstolsgranskningen att skiljedomen överklagas, dels prövas skiljedomen inte materiellt av den nationella domstolen.

---

<sup>163</sup> de Groot 2008, s. 184.

<sup>164</sup> de Groot 2008, s. 184.

<sup>165</sup> Shelkopyas 2003, s. 255 och van Houtte 2005, s. 435.

<sup>166</sup> Komninos 2001, s. 222f., Kurkela et al 2007, s. 191.

<sup>167</sup> Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget.

<sup>168</sup> de Groot 2008, s. 183f.

<sup>169</sup> Kurkela et al 2007, s. 191 och Komninos 2001, s. 224.

<sup>170</sup> Se Dempegiotis 2008, s. 386ff, för resonemang kring detta.

Det tyngsta och oftast upprepade argumentet för att skiljenämnder har befogenhet att tillämpa artikel 101.3 är dock det rent praktiska effektivitetsargumentet. Om skiljenämnder inte får tillämpa hela artikel 101 måste processen splittras och delvis föras i allmän domstol, delvis genom skiljeförfarande. Detta framstår som högst opraktiskt, inte minst i ljuset av att målet med förordning 1/2003 var att sammanföra tillämpningen av artikel 101.1 och 101.3 i en och samma process.<sup>171</sup> I praktiken skulle skiljenämnden troligen få avgöra huruvida avtalet omfattas av artikel 101.1 och sedan hänskjuta frågan om individuellt undantag till allmän domstol (en sådan hänskjutning är för närvarande inte möjlig enligt svensk lag, utan en separat fastställsetalan skulle krävas).

Även om det gissningsvis är mycket sällan individuella undantag medges i skiljeförfaranden – kanske har det aldrig skett – skulle ett förbud att pröva frågan leda till att varje tvist där undantagsmöjligheten lyfts måste vilandeförklaras i väntan på den allmänna domstolens dom. Möjligheterna för en part som önskar förhålla processen är uppenbara. Förutom att en sådan procedur skulle bli både kostsam, opraktisk och tidsödande är det oklart hur den nationella domstolen i praktiken skulle kunna tillämpa enbart artikel 101.3 utan att först tillämpa artikel 101.1.<sup>172</sup> Sammanfattningsvis skulle skiljeförfarande som tvistlösningsmetod i konkurrenstvister till stor del förlora sin mening och attraktionskraft om skiljenämnder inte har befogenhet att tillämpa artikel 101 i sin helhet. Syftet med decentraliseringen av konkurrensrätten var att förbättra och effektivisera den offentliga och privata övervakningen av reglerna. Detta uppnås än mer om även skiljenämnder tillämpar reglerna i sin helhet.<sup>173</sup>

I svensk rätt får frågor som parterna kan träffa förlikning om avgöras av skiljenämnd. Två parter kan i princip inte avtala sinsemellan att ett visst avtal skall omfattas av undantag från konkurrensreglerna. Vid en första anblick kan frågan alltså tyckas avgjord vad avsevärd svenska förhållanden. LSF anger dock särskilt att konkurrensreglernas civilrättsliga verkningar får prövas i skiljenämnd och propositionen diskuterar just de indispositiva dragen i konkurrensrätten; en konflikt som alltså avgjordes till skiljedomsrättens fördel.<sup>174</sup> Vid LSF:s tillkomst hade nationella domstolar inte befogenhet att tillämpa artikel 101.3. Medgivande av undantag från i sig indispositiva lagregler kan anses ha en ännu tydligare offentlighetsdimension än artikel 101.1–101.2 och artikel 102, varför en annan inställning från lagstiftarens sida inte är otänkbar vad gäller denna regel. Med tanke på att propositionen till LSF främst betonar de praktiska fördelarna och effektivitetsvinsterna av att skiljenämnder får tillämpa konkurrensreglerna håller jag det dock för sannolikt att den svenska

---

<sup>171</sup> van Houtte 2005, s. 436. Se också Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, särskilt punkt 100.

<sup>172</sup> Demepiotis 2008 s. 381, van Houtte 2005, s. 436.

<sup>173</sup> Kurkela et al 2007, s. 191.

<sup>174</sup> Prop. 1998/99:35, s. 55f.



lagstiftaren inte skulle ha något att invända mot en tillämpning också av artikel 101.3 i skiljeförfaranden.

### 5.4.3 Kommentar

Som ovan nämnts menar jag inte att det är på nationell lagstiftarnivå frågan om individuella undantag slutligt kommer att få sitt svar, utan snarare genom att frågan lyfts i ett överklagande av en skiljedom. Skulle domstolen då välja att begära ett förhandsavgörande från EUD skulle den principiella frågan besvaras på EU-nivå och samtliga medlemsstater skulle kunna reglera skiljedomsrättens i sina respektive nationella rättsordningar utifrån ett klarlagt rättsläge. Tills detta sker får den rättsliga osäkerheten sägas vara ett problem.

Utifrån diskussionen ovan gör jag bedömningen att EUD troligen skulle godta att skiljenämnder tillämpar artikel 101.3. Effektivitet i genomdrivandet av konkurrensrätten torde väga tyngre än de betänkligheter de offentlighetsdragen i artikel 101.3 och den bristande övervakningsmöjligheten kan ge upphov till. Inte minst mot bakgrund av det uttalade målet att öka det privata genomförandet av konkurrensreglerna ter det sig osannolikt att EUD skulle fälla ett utslag som i praktiken skulle nästintill omöjliggöra att konkurrenstvister avgörs i skiljenämnd. Att riktlinjerna för tillämpningen är helt fokuserade på ekonomisk analys gör också medgivandet av undantag mindre känsligt. Att döma av det i avsnittets inledning refererade uttalandet delas den uppfattningen dock inte av kommissionen.

Önskemål har framförts om att kommissionen borde utfärda ett tillkännagivande eller annat icke-bindande dokument i frågan för att klargöra rättsläget.<sup>175</sup> År 2008 meddelade kommissionen att den åtminstone då inte hade några sådana intentioner.<sup>176</sup> Ett radikalare förslag som framförts är att skiljenämnder underkastar sig någon typ av kontrollmekanism, inte för att det är en optimal lösning, men för att det åtminstone avhjälper oklarheten i frågan.<sup>177</sup> Enligt min mening skulle det i onödan komplicera situationen. Ett uttalande från EUD kan förvisso låta vänta på sig, men att bygga upp ett kontrollsystem som visar sig helt onödigt om EUD betraktar artikel 101.3 som skiljedomsrättslig, är omotiverat. En bättre väg är att försöka få kommissionen att tydligt uttrycka sin inställning, i väntan på ett uttalande från EUD.

---

<sup>175</sup> Dempegiotis 2008, s. 377, Komninos 2001, s. 229 och 238.

<sup>176</sup> de Groot 2008, s. 187.

<sup>177</sup> de Groot 2008, s. 189.

## 5.5 Rättslig assistans från EU:s institutioner

### 5.5.1 Skiljenämnders tillgång till EU:s institutioner

Vid tillämpning av regler med tydliga inslag av att värna allmänna intressen – såsom konkurrensreglerna – kan beaktande av dessa intressen vara önskvärt även i privata, civilrättsliga, processer. När dessa regler dessutom är tvingande och del av *ordre public* framstår detta som än mer angeläget.<sup>178</sup> Till detta kommer att tillämpning av EU:s konkurrensregler innebär omfattande ekonomiska, och enligt vissa även politiska,<sup>179</sup> analyser av en marknad som kan vara svåröverskådlig. Mot denna bakgrund kan det diskuteras om inte ett informationsutbyte kring frågor som dyker upp i konkurrenstvister skulle vara önskvärt både från samhällets och från skiljenämndernas sida.

Stöd i form av till exempel lagtolkning eller information om marknader från offentligt håll hade kunnat minimera riskerna för ogiltiga eller icke verkställbara skiljedomar och för skiljedomar som inte är i linje med senare myndighetsbeslut i samma fråga. Det kan tyckas motsägelsefullt att EU kräver att skiljenämnder tillämpar konkurrensreglerna, men inte ger tillgång till det stöd i form av möjlighet till förhandsavgöranden, information från kommissionen eller konkurrensmyndigheter, som nationella domstolar får i konkurrensfrågor. Samtidigt är skiljeförfarandets hela mening att vara ett privat tvistlösningsalternativ, utan inblandning från offentligt håll. En eventuell förändring måste därför ske inom ramen för skiljeförfarandet som en snabb, flexibel och privat tvistlösningsmetod.<sup>180</sup> Någon form av samarbete skulle dock inte vara något helt nytt; i sådana skiljedomsmekanismer som ibland ingår i villkor för godkännande av företagssammanslagningar,<sup>181</sup> är det snarare regel än undantag att kommissionen får delta i processen som *amicus curiae*<sup>182</sup> eller observatör.<sup>183</sup>

Enhetlig tillämpning av EU-rätten är önskvärd oavsett under vilka omständigheter reglerna tillämpas – det vill säga oavsett om det är privata eller offentliga organ som tillämpar dem, vilket påpekades av EUD i målet *Eco Swiss*.<sup>184</sup> Det finns ett antal mekanismer för att säkerställa enhetligheten. Några är särskilt reglerade, exempelvis de i förordning

---

<sup>178</sup> Nisser & Blanke 2008, s. 202.

<sup>179</sup> Se avsnitt 5.2 och fotnot 158.

<sup>180</sup> Nazzini 2008, s. 90.

<sup>181</sup> Se avsnitt 5.6.

<sup>182</sup> Bokstavligt ”domstolens vän”. Uttrycket avser någon som, utan att formellt intervensera i processen, bistår rätten (skiljenämnden) med information, t ex ett uttalande om hur en rättsregel bör tolkas.

<sup>183</sup> Blanke 2007, s. 689. Det tycks hittills inte finnas något fall där kommissionen verkligen agerat som *amicus curiae* i en skiljeprocess, Blanke & Nisser 2008, s. 198, fotnot 14.

<sup>184</sup> Punkt 40.

1/2003. Andra är generella, såsom möjligheten till förhandsavgörande från EUD.

Det står sedan länge klart att en skiljenämnd inte får begära förhandsavgöranden från EUD, en rätt som tillkommer ”domstol i en medlemsstat”<sup>185</sup>. I målet *Nordsee* fastslog EUD att

[e]n skiljeman som i enlighet med en klausul i ett avtal anlitas för att avgöra en tvist mellan avtalsparterna är inte att anse som "domstol i en medlemsstat" enligt artikel 177 i fördraget [nu artikel 267 FEUF], om det varken rättsligt eller faktiskt föreligger skyldighet för avtalsparterna att hänskjuta sina tvister till skiljeförfarande samt om den berörda medlemsstatens myndigheter inte har medverkat vid beslutet att välja skiljeförfarande och inte heller på eget initiativ kan ingripa i förfarandet inför skiljemanden.<sup>186</sup>

I stället, menade EUD, ankommer det på nationella domstolar som, antingen inom ramen för skiljeförfarandet eller vid någon form av överprövning av skiljedomen, prövar frågor som rör gemenskapsrätten, att begära ett förhandsavgörande om domstolen bedömer det nödvändigt.<sup>187</sup> Denna ordning har kritiserats dels för att den bygger på att en efterhandskontroll av skiljedomen sker, dels för att ett system där nationella domstolar intervenerar i skiljedomsprocessen förlänger och fördyrar processen. Vidare utesluter den skiljenämnder som sitter utanför EU, eftersom nationella domstolar i ett icke EU-land inte kan begära förhandsavgöranden.<sup>188</sup> Skiljedomen kan i dessa fall endast nå EUD ifall verkställighet söks i en medlemsstat.

Utöver förhandsavgöranden från EUD fungerar både de nationella konkurrensmyndigheterna och kommissionen som rådgivande stöd till de nationella domstolarna i deras tillämpning av konkurrensreglerna.<sup>189</sup> Vilka, om några, av ovannämnda mekanismer som kan vara lämpliga att öppna för skiljenämnder, kan diskuteras.

## 5.5.2 Ståndpunkter i litteraturen

Många anser att skiljenämnder bör få möjlighet att begära förhandsavgöranden från EUD, som ett led i det, av EU uppmuntrade, ökade privata genomförandet av konkurrensreglerna.<sup>190</sup> Den ökade belastning på EUD som detta skulle innebära kan avhjälpas genom att möjligheten att ge

---

<sup>185</sup> Artikel 267 FEUF.

<sup>186</sup> Mål 102/81 *Nordsee*.

<sup>187</sup> Mål 102/81 *Nordsee*, p. 14. I exempelvis förhandsavgörandet 174/84 *Bulk Oil* rör målet i den nationella domstolen skiljedoms giltighet.

<sup>188</sup> Dempegiotis 2008, s. 387f.

<sup>189</sup> Se artikel 15 i förordning 1/2003, och Kommissionens meddelande om samarbete mellan kommissionen och EU-medlemsstaternas domstolar vid tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.

<sup>190</sup> Se Ehlermann & Atanasiu (red.) 2003, s. 285–303 och Zekos 2008, s. 29.

Tribunalen befogenhet att lämna förhandsavgöranden utnyttjas.<sup>191</sup> En sådan ordning kräver att vissa praktiska frågor får sitt svar, såsom vilka kriterier en skiljenämnd måste uppfylla för att få begära förhandsavgörande, i vilken mån förhandsavgörandet skall vara bindande och hur Tribunalens uppdrag skall formuleras.<sup>192</sup>

Andra ansluter sig till EUD:s hållning att det är tillräckligt att skiljenämnder får indirekt tillgång till mekanismen med förhandsavgöranden via de nationella domstolarnas prövning av skiljedomar.<sup>193</sup> Det har sagts att även om man godtar att uteslutandet av skiljenämnder ställer dem i en ogynnsam situation jämfört med nationella domstolar, innebär det också fördelen att de undviker den tidsutdräkt som framförallt ett förhandsavgörande innebär, och snabbhet är en av skiljeförfarandets stora fördelar.<sup>194</sup> Ytterligare en fråga som lyfts är om ett tillstånd för skiljenämnder att begära förhandsavgöranden också kräver att de inordnas under begreppet ”domstol i en medlemsstat” i den meningen att de omfattas av lojalitetsplikten i artikel 4 FEU. En del menar att det finns en obrytbar länk mellan lojalitetsplikten och rätten att begära förhandsavgörande.<sup>195</sup> Enligt min mening är ett sådant inordnande varken önskvärt eller nödvändigt. Bara det faktum att EU kräver att skiljenämnder tillämpar konkurrensreglerna innebär i sig en likvärdig plikt, som skulle kunna berättiga dem att begära förhandsavgöranden.

Förslaget har också framförts att i de nationella rättsordningarna utveckla ett system med en ”assisterande domare” (*supporting judge/juge d'appui*), genom vilken skiljenämnden kan begära förhandsavgöranden. Tanken är att liksom en skiljenämnd i många medlemsstater idag kan vända sig till en domstol för att få vissa processuella frågor klargjorda, skall nämnden kunna vända sig till en domstol för att få en begäran om förhandsavgörande skickad till EUD.<sup>196</sup> Förslaget har mött kritik för att i onödan förlänga en procedur som gått fortare om skiljenämnder givits möjlighet att själva begära förhandsavgöranden.<sup>197</sup>

En kanske mindre juridiskt komplicerad möjlighet är att ge kommissionen eller nationella konkurrensmyndigheter (för enkelhetens skull talas fortsättningsvis endast om kommissionen) i uppdrag att bistå skiljenämnder, förslagsvis i både rätts- och sakfrågor.<sup>198</sup> Ett sådant samarbete skulle också kunna ske mer informellt än en begäran om förhandsavgörande. Det har till och med hävdats att en sådan plikt redan föreligger under artikel 105 FEUF

---

<sup>191</sup> Förslaget framförs av Baudenbacher i den i Ehlermann & Atanasiu (red.) 2003 refererade paneldebatten, se s. 295.

<sup>192</sup> Se Dempegiotis (2008, s. 388) för den första och sista av dessa tre frågor.

<sup>193</sup> Blanke 2005, s. 170.

<sup>194</sup> Komninos 2001, s. 227.

<sup>195</sup> Dempegiotis 2008, s.387, med hänvisningar.

<sup>196</sup> Ehlermann & Atanasiu (red.) 2003, s. 287. Förslaget framförs av Idot i den i boken refererade paneldebatten.

<sup>197</sup> Ehlermann & Atanasiu (red.) 2003, s. 288–303. Bland andra Baudenbacher (s. 295) och Hawk (s. 302) framför denna kritik i den i boken refererade paneldebatten.

<sup>198</sup> Se Nisser & Blanke 2008.

som föreskriver att kommissionen ska ”säkerställa tillämpningen av de principer som anges i artiklarna 101 och 102”.<sup>199</sup> Den uppenbara nackdelen med detta förslag är att kommissionen inte är den yttersta lagtolkaren i EU, och EUD kan mycket väl underkänna ett utlåtande från den.

I sitt förslag till riktlinjer för samarbete mellan kommissionen och skiljenämnder har Nisser och Blanke<sup>200</sup> som utgångspunkt att skiljeförfarandets natur kräver att kommissionens inblandning som *amicus curiae* begränsas till ett minimum. De menar dock ändå att skiljenämnder genom ett sådant samarbete kan dra fördel av kommissionens stora kunskaper i konkurrensfrågor, samtidigt som kommissionens intresse av korrekt och enhetlig tillämpning av konkurrensreglerna tillgodoses.<sup>201</sup> De föreslår därför att skiljenämnder skall ha rätt att från kommissionen dels begära upplysningar om den korrekta tillämpningen av konkurrensreglerna i det aktuella målet, dels begära information i form av till exempel marknadsanalyser.<sup>202</sup> En sådan begäran skall omfattas av skiljenämndens plikt att göra varje ansträngning att avge en verkställbar skiljedom och därmed inte kräva parternas samtycke. Hänsyn måste dock tas till parternas rätt att inte kriminalisera sig själva.<sup>203</sup> Vidare föreslås att kommissionen alltid skall ha rätt att på eget initiativ lämna ett utlåtande i ett skiljeförfarande.<sup>204</sup> En gissning är att detta mycket sällan skulle ske i praktiken eftersom det förutsätter att kommissionen känner till både att förfarandet pågår och de relevanta detaljerna. Enligt förslaget skall kommissionens utlåtanden inte vara bindande för skiljenämnden.<sup>205</sup>

Förslaget var tänkt att antas som International Chamber of Commerces officiella åsikt i frågan, men enighet kunde inte nås ens inom arbetsgruppen som arbetade fram förslaget, och det antogs aldrig.<sup>206</sup> Kritik har riktats mot den underliggande tanken: standardisering och reglering är olämpligt vad gäller skiljeförfaranden, som är så beroende av flexibilitet. Vidare har förslaget ansetts göra skiljeförfaranden mer lika vanliga domstolsprocesser, och till och med ålägga skiljenämnder en lojalitetsplikt gentemot EU, likt den nationella domstolar har. I förlängningen, har det argumenterats, är en politisering av skiljerätten oundviklig.<sup>207</sup> Sammantaget kan kritiken sägas kretsa kring att förslaget tar alltför stor hänsyn till *ordre public*-överväganden, på bekostnad av skiljeförfarandets natur och autonomi.

---

<sup>199</sup> Landolt 2006, s. 282.

<sup>200</sup> 2008, punkt 16.

<sup>201</sup> Punkterna 9 och 10.

<sup>202</sup> Punkterna 30, 33 och 37.

<sup>203</sup> Nisser & Blanke 2008, punkterna 11 och 15. Radicati di Brozolo (2011, s. 22) är tveksam till detta resonemang.

<sup>204</sup> Punkterna 39 och 41.

<sup>205</sup> Punkterna 11, 33 och 35.

<sup>206</sup> Mourre 2008, s. 219.

<sup>207</sup> Mourre 2008, s. 220f.

### 5.5.3 Kommentar

Som synes uppstår betänkligheter på både praktisk och principiell nivå vad gäller ovan redovisade förslag på stöd från EU:s sida. Jag förmodar dessutom att parternas krav på en snar lösning av tvisten i de flesta fall i praktiken utesluter samarbete med EU:s institutioner. Även konfidentialiteten kan vara svår att bevara, en invändning som inte skall förstås som att skiljenämnder inte bör dra myndigheters uppmärksamhet till överträdelse av konkurrensreglerna, utan snarare som att parterna kan ha olika, fullt legala, skäl att hålla vissa avtal eller affärsrelationer hemliga.<sup>208</sup>

Också rent principiellt framstår inblandning från myndighetshåll som en främmande fågel i skiljerättsvärlden. Skiljeförfarandets karaktär av privat tvistlösningsmekanism förändras onekligen om kanaler till det offentliga öppnas, även om det knappast skulle göra skiljedomsinstitutet som sådant meningslöst. Även utan att någon formell lojalitetsplikt åläggs dem kan skiljenämnders autonomi komma att påverkas av ett samarbete. Idag för parterna själva in expertutlåtanden i förfarandet, men ett utlåtande från EUD eller kommissionen skulle inte bara vara oberoende utan också – åtminstone i fallet med EUD – stå i högre juridisk rang än skiljenämndens egen åsikt. Med tanke på skiljenämndens uppgift att avge en giltig och verkställbar skiljedom och medlemsstaternas lojalitetsplikt, menar jag att sådana utlåtanden i praktiken skulle vara bindande, även om systemet skulle vara utformat på annat sätt.<sup>209</sup> I anslutning till detta kan också frågan ställas om EUD eller kommissionen är intresserade av att bistå skiljenämnder utan någon formell garanti för att deras bidrag beaktas.

Dessa invändningar till trots tror jag att ett samarbete rätt utformat skulle kunna fungera och uppfattas snarare som ett erkännande av skiljedomsinstitutet som en viktig och självständig aktör i genomförandet av EU-rätten, än som ett inkräktande på dess självständighet. Att möjligheten att begära lagtolkning eller information från EUD eller kommissionen är frivillig är en förutsättning. Som diskuterats i avsnitt 5.4 ovan har det föreslagits att skiljenämnder just i frågan om tillämpning av artikel 101.3 bör underkasta sig någon form av kontrollsystem i syfte att klargöra rättsläget. Ett samarbete som omfattar samtliga konkurrensregler skulle inte ha det syftet, och för att vara attraktivt skulle det inte heller kunna konstrueras som en obligatorisk övervakningsmekanism. Något sådant önskas för övrigt knappast av vare sig EU eller skiljerättssamhället.

Hur detta samarbete skall se ut har, som ovan beskrivits, varit föremål för omfattande diskussion. För att skiljeförfaranden skall behålla sin funktion och karaktär och fungera avlastande för de nationella domstolarna måste varje koppling till det offentliga noga övervägas. Enligt min mening kräver också principen om partsautonomi att en skiljenämnd endast i undantagsfall kan eller bör begära rättslig assistans utan parternas vetskap och samtycke.

<sup>208</sup> Se Bridgeman (2008, s. 169f.) angående skiljemäns ”medborgerliga plikt” att anmäla misstänkt brottslighet – en plikt som alltså inte är kopplad till rollen som skiljeman.

<sup>209</sup> Nisser & Blanke 2008, punkt 33, hävdar att detta inte skulle bli fallet.

Generella tillkännagivanden eller riktlinjer från kommissionen kan inte ersätta svar på specifika frågor som uppstår i det enskilda fallet. Möjlighet till förhandsavgöranden från EUD har fördelen av att med säkerhet vara lagtolkningsmässigt korrekta, medan samarbete med kommissionen skulle kunna röra inte bara rätts- utan även sakfrågor.

Att ge skiljenämnder – som uppfyller de krav som fastställs genom praxis eller lagstiftning – rätt att begära förhandsavgöranden från EUD (eller eventuellt Tribunalen) skulle vara en symboliskt tung åtgärd. Det tycks också vara efterfrågat från skiljerättssamhällets sida. Med tanke på tidsaspekten skulle möjligheten troligen bli sparsamt utnyttjad, men den skulle innebära en bekräftelse från EU:s håll av skiljenämndernas viktiga roll som tillämpare av EU-rätten. Mot denna bakgrund anser jag att EUD bör ompröva sin tidigare praxis och öppna för att skiljenämnder under vissa förutsättningar får begära förhandsavgöranden i konkurrensfrågor. För att undvika att denna förändring utnyttjas av en part som vill förhålla ett skiljeförfarande bör beslutet att begära ett förhandsavgörande helt ligga hos skiljenämnden. Vid en prövning i domstol av skiljedomen bör vidare underlåtenhet att begära ett förhandsavgörande bedömas enligt samma strikta kriterier för ogiltighet och hinder för verkställighet som redan idag förespråkas i *New York*-konventionen och av EUD.<sup>210</sup>

Vad gäller samarbete med kommissionen vore det förvisso mycket olyckligt om kommissionen och en skiljenämnd kom till olika slut i parallella förfaranden och domstolarna i samtliga medlemsstater vägrar skiljedomen verkställighet på grund av sin lojalitetsplikt (en nationell domstol kan i detta läge begära ett förhandsavgörande från EUD för att få reda på den korrekta tolkningen). Denna risk måste dock vägas mot den inskränkning i skiljenämndens själva funktion – att efter eget huvud tillämpa aktuella regler på tvisten – som ett utlåtande i lagtolkningsfrågor innebär. Ett motsvarande utlåtande av EUD är per definition juridiskt korrekt, varför jag menar att vågskålen där väger över till samarbetets fördel.

Kommissionen har inte samma roll som yttersta lagtolkare och jag anser därför inte att ett lagtolknings-samarbete mellan den och skiljenämnder är ett lika attraktivt alternativ. Införandet av ett sådant system skulle säkert inte göra någon skada mer än eventuellt på den principiella uppfattningen om skiljenämnders autonomi, men jag tror inte heller att det skulle bli särskilt utnyttjat. Vad däremot gäller informationsutbyte om till exempel marknader skulle kommissionen säkert kunna vara en värdefull källa för skiljenämnder och ett sådant samarbete syns mig vara en god idé. Det torde också kunna utformas på ett ganska informellt sätt, för att inte alltför mycket krocka med skiljenämnders autonomi och flexibilitet.

---

<sup>210</sup> *Eco Swiss*, p. 35.

## 5.6 Skiljeklausuler som villkor vid godkännande av företagskoncentrationer

### 5.6.1 Skiljeförfarande som övervakningsmekanism

Det händer att kommissionen endast godkänner en företagskoncentration under förutsättning att de sammangående företagen gör vissa åtaganden.<sup>211</sup> Det är kommissionen som beslutar vilka åtaganden som krävs och man brukar skilja på strukturella åtaganden och beteendeåtaganden. De förra kan innebära till exempel att vissa materiella eller immateriella tillgångar måste avyttras, och de senare exempelvis att företaget måste säga upp ett exklusivt avtal eller ge konkurrenter tillgång till någon viktig infrastruktur.<sup>212</sup> Kommissionen kan besluta om villkor och skyldigheter för att säkerställa att åtagandena efterlevs.<sup>213</sup> I detta syfte förenas främst beteendeåtaganden, men ibland även strukturella åtaganden, ibland med en tvistlösningsmekanism i form av en skiljeklausul.<sup>214</sup> Företaget som blir resultatet av koncentrationen åtar sig att genom skiljeförfarande lösa tvister som uppstår med tredje man kring uppfyllandet av åtagandena.<sup>215</sup> I vissa fall har kommissionen föreskrivit att en nationell myndighet som ansvarar för det aktuella området, skall vara skiljenämnd eller utse skiljenämndens ledamöter, i andra att en helt ”civil” nämnd skall lösa eventuella tvister.<sup>216</sup>

Företagets så kallade *erga omnes*-åtagande att hänskjuta tvist till skiljenämnd gäller gentemot de grupper av tredje män som utpekats i beslutet. Företagets motpart blir part i skiljeavtalet först när hon påkallar skiljeförfarande, och kan alltså välja att istället föra process i allmän domstol eller göra en anmälan till kommissionen.<sup>217</sup> I det senare fallet kan kommissionen endast vidta åtgärder mot det felande företaget – exempelvis utdöma böter – inte tillerkänna någon skadestånd eller på annat sätt avgöra tvisten mellan parterna.<sup>218</sup>

<sup>211</sup> Se artikel 6 och 8 i förordning 139/2004.

<sup>212</sup> Se Tillkännagivande från kommissionen om korrigerande åtgärder som kan godtas enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 och Kommissionens förordning (EG) nr 802/2004. Se också Goyder, Goyder & Albors-Llorens 2009, s. 447f.

<sup>213</sup> Artikel 6 och 8 i förordning 139/2004.

<sup>214</sup> Liebscher 2004, s. 68f. Lösningen användes första gången 1992 och 2006 hade skiljemekanismen använts i mer än 30 fall, Lübking 2008, s. 77. Enligt konkurrenslagen kan sammangående företag göra åtaganden i syfte att få Konkurrensverket att lämna koncentrationen utan åtgärd. Konkurrensverket kan inte förena åtaganden med villkor på samma sätt som kommissionen (jfr 2 § konkurrenslagen och artiklarna 6 och 8 i f. 139/2004), men det kan naturligtvis ändå ske som ett led i företagets strävan att få koncentrationen godkänd. Något sådant har hittills aldrig skett. (e-post från Konkurrensverket till författaren 2011-11-01).

<sup>215</sup> Ezrachi 2006, s. 477f.

<sup>216</sup> Lübking 2008, s. 80 och 82.

<sup>217</sup> Radicati di Brozolo 2008, s. 8.

<sup>218</sup> Jfr förordning 139/2004 som preciserar kommissionens befogenheter.



Genom denna mekanism för egenkontroll avhänds kommissionen bördan att övervaka efterlevnaden av åtagandena, en uppgift som annars skulle pågå under lång tid. Även parterna i en potentiell framtida tvist kan föredra skiljeförfarande framför en process i nationell domstol eller en officiell anmälan till kommissionen. Nackdelar med systemet är att många vill undvika direkt konfrontation med en affärspartner, särskilt om överträdelsen inte är grov, och kanske hellre hade sett ett utökat system för anmälningar till kommissionen. Vidare kan den ekonomiska risken ett skiljeförfarande innebär avskräcka.<sup>219</sup>

Skiljeförfarandet är i varierande grad styrt av kommissionen. Utöver att kommissionens egen roll i förfarandet – rätt att observera, rätt att delta som *amicus curiae* etc. – bestäms i skiljeklausulen, brukar sådant som tidsram, språk och plats för förfarandet, tillämplig lag, bevisregler<sup>220</sup> och sammansättningen av skiljenämnden regleras.<sup>221</sup> Eftersom meningen med skiljedomsmekanismen är att minska kommissionens inblandning i sammanslagningsärenden efter det att klartecken till sammangående givits är min utgångspunkt i den fortsatta diskussionen att kommissionen inte har något intresse av att spela en framträdande roll i skiljeförfarandet.<sup>222</sup> Det tycks dessutom hittills inte finnas något fall där kommissionen verkligen agerat som *amicus curiae* i en tvist om ett åtagande.<sup>223</sup> Frågan om kommissionens ställning i skiljeförfarandet är trots detta föremål för livlig diskussion.

Kommissionens deltagande i skiljeprocessen som observatör, vittne<sup>224</sup> eller *amicus curiae* är onekligen en garanti för att de åtaganden som tvisten gäller tolkas korrekt – det är ju kommissionen som godtagit dem och vet vilken konkurrensstörning de var tänkta att hindra, och hur det skulle ske. Skulle skiljenämnden komma till ett felaktigt slut är det sannolikt att kommissionen inleder en egen utredning för att säkerställa åtagandenas implementering och funktion. Samtliga medlemsstater skulle dessutom vägra verkställighet av en skiljedom som strider mot ett senare (eller för den delen tidigare) kommissionsbeslut – allt annat skulle strida mot lojalitetsplikten.<sup>225</sup>

---

<sup>219</sup> Ezrachi 2006, s. 478.

<sup>220</sup> Normalt föreskrivs att om det sammanslagna företags motpart (tredje man) kan bevisa sin sak *prima facie* skall skiljedom avges till deras fördel om inte företaget kan presentera bevis för motsatsen, Blanke 2007, s. 682.

<sup>221</sup> Blanke 2007, s. 682. Se Liebscher 2004 för kritik mot skiljeklausulernas utformning.

<sup>222</sup> Denna uppfattning stöds av uttalanden av Johannes Lübking, tjänsteman vid kommissionens generaldirektorat för konkurrens; uttalanden som dock inte gjordes i egenskap av företrädare för generaldirektoratet eller kommissionen, se Lübking 2008, s. 79f.

<sup>223</sup> Nisser & Blanke 2008, s. 198, fotnot 14.

<sup>224</sup> Kommissionen kan tänkas vittna om syftet med och den avsedda tolkningen av åtagandena.

<sup>225</sup> Artikel 4 FEU, jfr artikel 16.1 i förordning 1/2003. Se också Blanke 2007, s. 678f.

Liksom i den allmänna debatten om rättslig assistans från EU:s institutioner finns det olika åsikter om hur inblandning från det offentliga skall balanseras mot principen om partsautonomi. Nisser och Blanke förespråkar en ordning där kommissionens roll som *amicus curiae* förvisso helst begränsas till ett minimum, men där skiljenämnder bör lämna all efterfrågad information om förfarandet till kommissionen.<sup>226</sup> Vidare anser de att kommissionen alltid bör ha rätt att delta som *amicus curiae* och att avbryta skiljeförfarandet om den nekas detta.<sup>227</sup> Andra har invänt att allt detta bör lämnas till kommissionen att reglera i skiljeklausulen, och att inget som naggar partsautonomin i kanten bör godtas om det inte måste.<sup>228</sup> Ytterligare en ståndpunkt är att kommissionen inte bör delta i processen på den grunden att den är en helt privat (civil)process mellan två parter, även om tvisten bottnar i ett kommissionsbeslut.<sup>229</sup>

## 5.6.2 Ett förfarande *sui generis*?

Hur skiljeförfaranden under koncentrationsförordningen skall karakteriseras är den fråga på området som vållat mest debatt. Är dessa processer privata skiljeförfaranden eller rör det sig om offentlig övervakning på entreprenad? Om de är att anse som en särskild typ av process, en process *sui generis*, omfattas de då av *New York*-konventionen och av UNCTRAL:s modellag om skiljeförfaranden, som inspirerat många länders lagstiftning?<sup>230</sup>

Skiljeförfaranden under koncentrationsförordningen har onekligen en del särdrag. För det första baseras de inte på en traditionell skiljeklausul mellan parterna, utan på ett *erga omnes*-åtagande om tvistlösning i skiljenämnd från en part. De sammangående företagen är i praktiken tvungna att acceptera skiljeklausulen om de vill få klartecken till koncentrationen. Frågan har ställts om sådana påtvingade skiljeförfaranden (*arbitrage forcé*) ens kan benämnas skiljeförfarande.<sup>231</sup> Andra menar att dessa processer inte alls kan kallas påtvingade,<sup>232</sup> eller att de trots tvångsinslaget inte principiellt skiljer sig från andra skiljeförfaranden.<sup>233</sup>

För det andra har kommissionen en särställning som *amicus curiae* eller observatör i processen och dess tolkning är bindande för skiljenämnden om det föreskrivs i skiljeklausulen. Skiljenämnden är normalt också skyldig att rapportera allt som sker i processen till kommissionen.<sup>234</sup> Dessutom kan det finnas krav på att skiljedomen publiceras, en otänkbarhet i ”vanliga” skiljeförfaranden.<sup>235</sup>

---

<sup>226</sup> Nisser & Blanke 2008. Se punkterna 16, 22 och 25.

<sup>227</sup> Punkterna 29 och 40.

<sup>228</sup> Mourre 2008.

<sup>229</sup> Radicati di Brozolo 2008, s. 13f.

<sup>230</sup> Frågan ställs av Bridgeman 2008, s. 171.

<sup>231</sup> van Houtte 2005, s. 436.

<sup>232</sup> Mourre 2008, s. 224.

<sup>233</sup> Radicati di Brozolo 2008, s. 7.

<sup>234</sup> Blanke 2008, s. 37ff.

<sup>235</sup> Dempegiotis 2008, s. 394.

Dessa praktiska olikheter uppfattas av vissa som yttringar av en fundamental skillnad mellan skiljeförfaranden under koncentrationsförordningen och andra skiljeförfaranden: skiljenämnden utför en offentlig övervakande (*regulatory*) snarare än en privat tvistlösande uppgift. Kommissionen har tagit skiljedomsinstitutet och anpassat det efter sina egna procedurrella och materiella behov, en anpassning som innebär att principerna om partsautonomi och konfidentialitet i mycket hög grad får stå tillbaka till förmån för det allmänna intresset.<sup>236</sup> En sådan kompromiss mellan det privata partsintresset och det allmänna intresset har beskrivits som något helt nytt, som dessutom innebär att partsautonomin är i det närmaste helt borta.<sup>237</sup> Skiljenämnden är därmed endast ett instrument som genomför kommissionens (offentliga) uppdrag – den är ett substitut för kommissionen, dess förlängda arm.<sup>238</sup> Denna outsourcing av en av EU:s institutioners uppgifter har kallats för en ”kvasi-judiciell efterservice”, tillhandahållen av kommissionen.<sup>239</sup> Blanke har lanserat förslaget att benämna denna typ av process *supranationellt* istället för *internationellt* skiljeförfarande, för att på så sätt särskilja det från andra förfaranden och fånga dess särskilda karaktär.<sup>240</sup>

Andra kommentatorer menar att skiljeförfaranden under koncentrationsförordningen bör betraktas som vilka skiljeförfaranden som helst. Enligt detta synsätt är förfarandena privat tvistlösning grundad på de rättigheter företagets åtaganden ger tredje man. Hur dessa rättigheter uppkommit är irrelevant och kan inte påverka hur processen kategoriseras. Skiljeförfarandena är alltså inte ett sätt för kommissionen att genomdriva sina beslut och skiljenämnden fyller inte på något sätt en offentligrättslig funktion.<sup>241</sup> Uppfattningen är att skiljenämnden agerar i de nationella domstolarnas ställe, inte i kommissionens intresse – och än mindre i dess ställe.<sup>242</sup>

Kommissionen behåller sin uppgift som EU:s åklagare i konkurrensärenden och varken vill eller lagligen kan delegera sin övervakningsuppgift till något annat organ. Att ett skiljeförfarande äger rum frántar inte kommissionen dess kompetens och skiljedomen är inte bindande för kommissionen.<sup>243</sup> Inte heller kan kommissionen förlita sig på skiljenämndens utredning om den själv öppnar ett ärende angående samma åtagande.<sup>244</sup> Vidare regleras själva skiljeprocessen av nationell lag och samma (nationella) regler som vanligt gäller för ogiltigförklaring och verkställighet.<sup>245</sup> Som en jämförelse kan nämnas att motsvarande skiljedomar i USA ibland kan överklagas till den

---

<sup>236</sup> Blanke 2008, s. 17 och 40.

<sup>237</sup> Dempegiotis 2008, s. 394.

<sup>238</sup> van Houtte 2005, s. 436, Dempegiotis 2008, s. 394 och Blanke 2008, s. 31.

<sup>239</sup> Blanke 2008, s. 18.

<sup>240</sup> Blanke 2008.

<sup>241</sup> Radicati di Brozolo 2008, s. 7f. och 13.

<sup>242</sup> Mourre 2008, s. 225.

<sup>243</sup> Lübking 2008, s. 80f.

<sup>244</sup> Radicati di Brozolo 2008, s. 13.

<sup>245</sup> Radicati di Brozolo 2008, s. 12.

konkurrensmyndighet som beslutade om åtagandena.<sup>246</sup>

Skiljeförfarandet är emellertid inte helt skilt från kommissionens uppgifter, Tribunalen fastslår i målet *ARD*<sup>247</sup> att tvistlösningsmekanismen är en del av kommissionens beslut och därmed av företagets åtagande, och om en skiljedom inte efterlevs kan kommissionen agera precis som när ett annat (materiellt) åtagande inte iakttagits. Domen har av Lükking<sup>248</sup> tolkats så att kommissionen skall säkerställa att skiljedomen verkställs. Tolkningen kan ifrågasättas, kommissionen har inte sådana exekutiva befogenheter att den kan verkställa en dom. I praktiken torde dock hot om böter eller återtagande av medgivandet till sammanslagning vara tillräckligt för att få företaget att rätta sig efter skiljedomen.<sup>249</sup> Enligt min mening kan emellertid dessa åtgärder inte sägas syfta till att genomdriva den rättighet tredje part fått genom skiljedomen, utan de är en del av kommissionens offentliga övervakning av de åtaganden den krävt.

### 5.6.3 Kommentar

Enbart det faktum att kommissionen och skiljenämnden obestriddligen har olika funktioner och befogenheter innebär inte att skiljeförfaranden under koncentrationsförordningen inte kan betraktas som en process *sui generis*.<sup>250</sup> De som hävdar att dessa är en särskild typ av skiljeförfaranden grundar sin åsikt inte på att kommissionen och skiljenämnden har *samma* funktion, utan på att skiljenämnden har en *annan* funktion än normalt. Diskussionen kan tyckas vara akademiskt hårklyveri, men frågorna om *New York*-konventionens och UNCITRAL:s modellags tillämplighet och om vilken grad av inflytande kommissionen bör ha över processen, gör den relevant att föra.

Sett ur den synvinkeln finner jag de fall där en nationell myndighet utsetts till skiljenämnd mest intressanta. Dessa ställer frågan om vad som kan rymmas inom begreppet skiljeförfarande på sin spets. Om ett offentligt organ agerar skiljenämnd, var går då gränsen mot myndighetsutövning? Skillnaden mellan ett delegerat myndighetsbeslut och en skiljedom avkunnad av en myndighet framstår som formell; om dessa skiljedomar tillkommit på exakt samma sätt, men betecknats som delegerade kommissionsbeslut, hade de kunnat betraktas som en del av den offentliga övervakningen. Medan sådana myndighetsbeslut har små möjligheter att bli erkända och verkställda utomlands omfattas skiljedomarna av *New York*-konventionen.

---

<sup>246</sup> Lükking 2008, s. 86.

<sup>247</sup> T-158/00 *ARD mot Europeiska Kommissionen*, p. 212, 295 och 352.

<sup>248</sup> 2008, s. 81.

<sup>249</sup> Se artikel 6.3 b och 14.2 d i Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

<sup>250</sup> Se t ex Blanke 2007, s. 676.

I de fall en ”civil” skiljenämnd avgör tvisten är det otvivelaktigt så att processen skiljer sig från andra skiljeförfaranden i så måtto att skiljenämndens autonomi inskränks av kommissionens potentiella inflytande som observatör eller *amicus curiae*. I vilken utsträckning skiljenämndens funktion är offentlighetslig – att genomdriva kommissionens beslut – och i vilken utsträckning den är civilrättslig – att genomdriva ett privat subjekts rättigheter – är omöjligt att ge ett precist svar på. Eftersom kommissionens roll i förfarandet är styrt av skiljeklausulens utformning och inte av lag, och eftersom nationell skiljerätt reglerar processen anser jag dock att det är korrekt att säga att det rör sig om traditionellt skiljeförfarande.

Vad gäller den principiella diskussionen om det offentliga medverkan i skiljeförfaranden hänvisas till avsnitt 5.5 ovan. Vilken roll kommissionen bör ha i just skiljeförfaranden under koncentrationsförordningen beror på i vilken mån man önskar se en utveckling mot en mer anpassad tvistlösningsmekanism, som genom att distanseras från andra skiljeförfaranden å ena sidan kan utformas helt efter sitt syfte utan att begränsas av skiljerättsliga principer, men å andra sidan riskerar att falla utanför *New York*-konventionens tillämpningsområde och därmed inte längre vara ett attraktivt alternativ för parterna. Exempelvis skulle behandlingen av konkurrensärenden kunna effektiviseras genom att skiljenämndens utredning officiellt fick ligga till grund för beslut av kommissionen att utdöma böter. Något sådant skulle kräva att skiljenämnderna knöts hårdare till kommissionen och övervakades av den. Då har man i princip lämnat det privata, kontradiktoriska förfarandet inför en skiljenämnd och närmat sig ett myndighetsbeslut.

Önskar man istället poängtera och värna skiljerättsinslagen i processen, vilket marknadsaktörernas vana vid och preferens för skiljeförfaranden som tvistlösningsmetod kan tala för, är det min uppfattning att myndigheter inte bör utses till skiljenämnder – gränsen till myndighetsutövning är alltför oklar. Vidare torde ett slopande av kravet på att skiljedom publiceras kunna bidra till ett ökat utnyttjande av skiljeklausulen och färre anmälningar till kommissionen.

Förordning 1/2003 ger kommissionen möjlighet att godta åtaganden från företag som har överträtt artikel 101 eller 102.<sup>251</sup> Ifall åtagandet ”undandröjer de betänkligheter” som kommissionen har delgivit företaget får kommissionen göra åtagandet bindande och besluta att inte ingripa.<sup>252</sup> Förordningen ger inte kommissionen samma rätt att förena sådana åtaganden med villkor (till exempel en övervakningsmekanism i form av en skiljeklausul) som koncentrationsförordningen 139/2004 gör. Inget hindrar emellertid att en skiljeklausul införs som en del av själva åtagandet. Enligt vad jag har funnit har något sådant hittills inte skett.

---

<sup>251</sup> Se artikel 7 och 9 förordning 1/2003.

<sup>252</sup> Artikel 9 förordning 1/2003.

## 6 Analys och slutsatser

Eftersom så många kommersiella tvister avgörs av skiljenämnd är det viktigt att tillämpningen av konkurrensreglerna fungerar väl i skiljeförfaranden. I stort tycks konkurrensreglernas offentlighetsrättsliga karaktär inte föranleda några problem i skiljenämnder, varken principiellt eller praktiskt. Ett antal frågor är emellertid föremål för stor diskussion i litteraturen, en diskussion som från skiljerättshållet präglas av en defensiv ton gentemot stater och, i den litteratur jag intresserat mig för, gentemot EU. Hållningen skvallrar om en inte helt friktionsfri relation mellan konkurrensreglerna, det offentliga och skiljeförfaranden. Skiljerättslitteraturen är motsägelsefull, å ena sidan efterfrågas större förtroende för skiljeförfarandet som en fristående och självreglerande institution som endast skall utsättas för minimal övervakning. Å andra sidan tycks EU:s tystnad i frågan om konkurrensrätt och skiljeförfaranden uppröra, och att skiljenämnder inte har tillgång till samarbete med EUD eller kommissionen ifrågasätts.

Att skiljeförfaranden spelar en inte obetydlig roll i genomförandet av konkurrensreglerna står klart. Utan att ha tillgång till siffror kan den slutsatsen dras dels från obelagda uppgifter i litteraturen, dels från vetenskapen om hur vanligt det är att kommersiella tvister löses i skiljeförfarande, och det är ju i sådana tvister konkurrensreglerna aktualiseras. I fråga om företagskoncentrationer har skiljeförfaranden till och med betrotts med tvistlösningsuppdrag av kommissionen.

Mot bakgrund av dessa allmänna reflektioner kommer i det följande uppsatsens tre frågeställningar att adresseras. Därefter kommer frågan om skiljenämnders möjliga framtida roll i genomdrivandet av EU:s konkurrensrätt att diskuteras.

*Hur kan en enhetlig tolkning av EU-rätten säkerställas när processer förs utanför de allmänna domstolarna?*

EU:s konkurrensregler tycks av skiljerättssamhället accepterade såsom tvingande när de rent materiellt kräver sin tillämpning. Om de dessutom är del av *lex causae* eller *lex arbitri*, eller om verkställighet kan tänkas sökas inom unionen, framstår det som ytterst osannolikt att skiljenämnden inte skulle tillämpa dem. Att reglerna måste tillämpas anses följa av plikten att avge en för parterna användbar skiljedom, det vill säga en dom som är giltig och verkställbar. Min uppfattning är att det från skiljenämndshåll gjorts vad som rimligen kan krävas för att säkerställa att reglerna inte kringgås.

Från EU:s sida är man emellertid inte bara intresserad av att reglerna tillämpas, utan också av att de tillämpas korrekt och enhetligt. Konkurrensreglerna är förenade med särskilda kontrollmekanismer för att

säkerställa att så sker i de nationella domstolarna. Trots detta pekar denna studie mot att den offentliga övervakningen av konkurrensrättens tillämpning i skiljeförfaranden innehåller större skillnader mellan medlemsstaterna än nödvändigt. Den kontrollmekanism som existerar idag är domstolsgranskning av skiljedomar där en part motsätter sig domens giltighet eller verkställighet av domen. Inom ramen för denna granskning kan den nationella domstolen begära ett förhandsavgörande från EUD. Som har visats ovan finns det i åtminstone några medlemsstater, däribland Sverige, ett ”glapp” mellan den punkt då en feltillämpning skett och den punkt då skiljedomens anses ogiltig eller vägras verkställighet. Endast uppenbara eller grova fel anses strida mot *ordre public*, vilket innebär att skiljedomar som innehåller fel som är av mindre allvarlig art kan genomdrivas.

Att övervakningen inte är hundra procentig är en naturlig följd av intresset av effektiva skiljeförfaranden som utmynnar i slutgiltiga domar, som inte är föremål för materiell granskning i domstol. Det vore emellertid önskvärt att det uppmärksammades från EU-håll att medlemsstaternas olika inställning till *ordre public* skapar ett visst utrymme för genomdrivandet av skiljedomar som strider mot konkurrensreglerna, och framförallt att detta utrymme skiljer sig åt mellan medlemsstaterna. Frågan hade kanske lösts enklast genom att EUD uttalade sig om hur djupgående domstolsgranskning som krävs för att effektivitetsprincipen skall uppfyllas. Genom en sådan standard hade sannolikt många nationella skillnader raderats. Ett uttalande från EUD kan dock göras först när frågan kommer upp i ett mål inför domstolen.

Det stora intresset för samarbete med EU:s organ från skiljerättssamhällets sida är något överraskande, men öppnar för en intressant utveckling. Samarbete med kommissionen eller förhandsavgöranden från någon av unionens domstolar öppnar för ett helt nytt sätt att övervaka konkurrensreglernas tillämpning i skiljenämnder. Vad gäller önskan att få begära förhandsavgörande från EUD eller Tribunalen kan det röra sig om en vilja att få ett erkännande av skiljeförfarande som en tvistlösningsinstitution lika kompetent och legitim som nationella domstolar. Att få rätt till information från kommissionen har inte samma symbolvärde, så oavsett om erkännande är ett motiv, bottnar önskan om samarbete troligen också i ett reellt behov av tillgång till lagtolkning och information.

Från ett EU-perspektiv skulle ett samarbete kunna öka kontrollen över konkurrensreglernas tillämpning i skiljeförfaranden. Med tanke på att övervakningen idag kan betecknas som svagare, eller snarare mindre harmoniserad, än nödvändigt framstår alternativet som attraktivt. Att öppna upp för ett samarbete skulle inte behöva bli särskilt ekonomiskt betungande. Skiljenämndens bundenhet av parternas vilja och önskan om ett snabbt förfarande gör att förhandsavgöranden och information endast skulle efterfrågas i juridiskt oklara fall, och det är troligen just dessa fall som riskerar att hamna i ”glappet” vid en domstolsgranskning.

Skiljeförfarandets natur medger inte omfattande offentlig insyn och kontroll. Skiljerätten är dessutom nationell. Dessa två faktorer försvårar EU:s övervakning. Bevarandet av effektiva skiljeförfaranden är ett tungt intresse som inte kan förenas med fullständiga garantier ens för att *ordre public* beaktas. Det är inte rimligt att räkna med att upptäcka varje felutläggning av konkurrensreglerna, och inte heller nödvändigt för konkurrenspolitikens genomförande i stort. En öppen diskussion om samarbete skulle emellertid vara ett första steg mot säkerställande av konkurrensreglernas korrekta tillämpning, inte minst som det kan ta tid innan EUD får anledning att uttala sig om eventuella krav på domstolsgranskningen.

*Kan konkurrensmyndigheter använda skiljeförfarande som ett verktyg i sin strävan att öka och underlätta genomförandet av konkurrensreglerna?*

Kommissionen använder idag skiljeförfarande som en övervakningsmekanism vid företagsammanslagningar. I dessa ärenden har skiljenämnder all möjlighet att spela en fortsatt viktig roll som övervakare. Jag har inte undersökt i hur stor utsträckning nationella konkurrensmyndigheter på liknande vis använder sig av skiljeklausuler när de beviljar koncentrationer. Potentiellt är de nationella konkurrensmyndigheternas övervakning av nationella konkurrensregler ett område där skiljeklausuler kan komma att användas i ökande grad.

Att kommissionen utnyttjar skiljeklausuler för att säkerställa att åtaganden efterlevs visar på en villighet att använda sig av skiljeförfarandet som verktyg när det är möjligt. Dessa tillfällen har hittills varit begränsade till företagskoncentrationer. Företagens åtaganden vid koncentrationer är frivilliga och beror inte på att de begått konkurrensöverträdelser, utan syftar till undvikandet av konkurrenshämmande effekter av koncentrationen. Den offentliga övervakningen av EU:s övriga konkurrensregler handlar om att upptäcka och sanktionera redan begångna överträdelser. Även i dessa fall kan det emellertid finnas utrymme för användning av skiljeklausuler.

Kommissionen kan inte formellt besluta att förena ett åtagande under förordning 1/2003 med en skiljeklausul, men i fall där det är lämpligt kan den upplysa företaget om att en sådan mekanism kan vara ett sätt att övertyga kommissionen om att åtagandena verkligen medför att överträdelserna upphör. Skiljeklausuler kan bara komma ifråga vad gäller definierbara rättigheter och skyldigheter som konkurrensreglerna skapar mellan individer och får inte innebära att kommissionen nedprioriterar sin egen övervakning. Skiljeförfarandet skall fungera som en kompletterande övervakningsmekanism för de av åtagandet berörda aktörer som har intresse av att lösa tvister på det sättet. Vilken roll kommissionen har i skiljeförfarandet bestäms av skiljeklausulen, men rent allmänt bör skiljeklausulen fungera avlastande för kommissionen och inte innebära merarbete i form av ett mycket aktivt deltagande i skiljeförfarandet. För att värna skiljeförfarandets natur och göra det till ett attraktivt alternativ för parterna bör myndigheter inte utses till skiljenämnder.



Det har diskuterats huruvida skiljeförfaranden som är en följd av ett åtagande i en företagskoncentration är ett särskilt slags skiljeprocess. De olika åsikterna i litteraturen visar att det går att anta olika perspektiv på detta och att svaret beror på hur nära knuten till kommissionen och dess offentliga övervakningsuppdrag man anser att skiljenämnden är. Vilken position i förhållande till kommissionen dessa skiljenämnder kommer att ha i framtiden återstår att se. Kanske finns det också utrymme för myndighetsövervakade skiljeförfaranden på fler rättsområden än konkurrensrätt.

*Hur påverkar konkurrensreglernas offentlighetsrättsliga karaktär partsautonomin och skiljenämndens oberoende?*

Konkurrensreglernas tvingande karaktär inskränker onekligen partsautonomin. Denna inskränkning kan i det enskilda fallet säkert vara större än vad parterna förväntat sig, särskilt om det är skiljenämnden som uppmärksammar dem på en konkurrensaspekt de inte avsåg få behandlad i förfarandet. Även i tvister om avtal på vilka ett icke EU-lands lag är tillämplig och som endast i liten mån rör den europeiska marknaden kan konkurrensreglerna göra sig gällande. Att tvingande regler måste respekteras är emellertid en naturlig följd av att skiljedomar erkänns och verkställs av stater, och att partsautonomin på detta sätt kringskärs är inte något nytt. Jag anser inte att det berövar skiljeförfarandet dess karaktär eller ändamål, särskilt inte som tillämpning *ex officio* mot båda parternas vilja tycks vara ovanlig.

Med detta sagt vill jag ändå poängtera att konkurrensreglerna för in andra intressen än parternas i förfarandet. Skiljenämnden måste beakta de politiska mål som reglerna syftar till att uppnå. Inom EU omfattar dessa mål inte bara de "klassiska" syftena med konkurrensrätten, utan också skapandet av en gemensam inre marknad, ett intresse som kanske kan framstå som avlägset i en tvist mellan två privata parter. Att skiljenämnder måste respektera dessa intressen kan dock inte sägas påverka deras oberoende, eftersom de politiska målen är inbyggda i bestämmelserna. De blir inte "EU:s hantlangare" i större utsträckning än när de tillämpar andra EU-regler, utöver naturligtvis att konkurrensreglerna är tvingande.

Situationen skulle bli en annan om någon form av samarbete mellan EU:s institutioner och skiljenämnder skulle införas. Även om det vilade på frivillig grund är det oundvikligt att skiljeförfarandet som institution skulle betraktas som närmare knuten till det offentliga. Att det är ett problem är inte givet. Det hade varit intressant att se en studie av hur företags inställning till tvistlösning genom skiljeförfaranden skulle förändras om skiljenämnder hade möjlighet att begära information eller lagtolkning från kommissionen, EUD eller Tribunalen.

Vad som är ett större problem i mötet mellan konkurrensregler och skiljeförfaranden är gränsdragningen mellan offentlighetsregler och privaträttsliga regler. På en punkt är det mycket tydligt att konkurrensreglerna flyter på gränsen mellan offentlig och privat rätt: tillämpningen av artikel 101.3. Det framstår som angeläget att det klargörs vad som gäller angående tillämpning av artikel 101.3 i skiljeförfaranden. Kommissionen har uttalat sig försiktigt negativt, skiljerättssamhället är klart positivt. Enligt min uppfattning finns det inget i den juridiska konstruktionen av bestämmelsen som hindrar tillämpning i skiljenämnder. Med tanke på att invändning om undantag under artikel 101.3 sannolikt framförs, på mer eller mindre goda grunder, i många tvister där artikel 101 är aktuell är det inte omöjligt att skiljenämnder idag tillämpar artikel 101.3, åtminstone såtillvida att de förklarar den icke tillämplig på det tvistiga avtalet. Det tycks emellertid inte förekommit något fall där en skiljedom överklagats med hänvisning till att skiljenämnden tillämpat artikel 101.3 trots att de inte har behörighet att göra det, så frågan är obesvarad på både nationell nivå och på EU-nivå.

Som framgår av diskussionen i avsnitt 5.4 är min uppfattning att effektivitetsargumentet väger tungt i denna fråga. Att det efter moderniseringen i och med förordning 1/2003 betonas att det är ett ekonomiskt snarare än ett politiskt förhållningssätt som skall gälla i konkurrensbedömningar, talar också för att skiljenämnder får tillämpa artikel 101.3. Möjligheten att lösa konkurrenstvister i skiljenämnd blir kraftigt begränsad om frågan om individuellt undantag inte kan prövas. Skiljeförfarande är de kommersiella tvisternas arena och sannolikt slits många inomobligatoriska konkurrenstvister på detta vis. För att uppmuntra denna del av det privata genomdrivet av konkurrensreglerna bör EU klargöra att skiljenämnder är kompetenta att tillämpa artikel 101.3.

I detta sammanhang kan det också påpekas att det är viktigt att veta inte bara vilka EU-regler en skiljenämnd får tillämpa, utan också vilka nationella konkurrensregler. I den mån detta är oklart bör nationella lagstiftare, domstolar och konkurrensmyndigheter uppmärksamma frågan och klargöra vad som gäller.

*Syftet med denna studie är att undersöka vilken roll skiljeförfaranden spelar och kan spela i det privata genomförandet av EU:s konkurrensrätt och att identifiera potentiella konflikter mellan ett politiskt och offentlighetsreglerat regelverk och ett partsstyrt rättskipningsinstitut.*

I denna uppsats har tecknats en bild av skiljeförfarandets roll i genomdrivet av konkurrensreglerna idag. Vidare har beskrivits och diskuterats de motsättningar som kan uppstå när dessa regler möter skiljerättens principer om partsautonomi och konfidentialitet. Också den möjliga utvecklingen och önskemål för framtiden har diskuterats. I detta sista avsnitt skall några ytterligare kommentarer lämnas kring skiljeförfarandets möjliga framtida roll.

Skiljeförfarande är ett tvistlösningsinstrument främst för inomobligatoriska tvister. I takt med att konkurrensrättens civilrättsliga sidor betonas i större utsträckning och privat övervakning uppmuntras, kommer de utomobligatoriska processerna gissningsvis att öka. Om så kallade *follow on-processer* – civilrättsliga processer efter att en aktör i ett offentligt beslut funnits skyldig till konkurrensöverträdelse – blir vanligare kan även utomobligatoriska tvister tänkas nå skiljenämnder i fall då parterna överenskommer att det är ett lämpligare forum, till exempel för att de vill undvika att uppge affärsinformation i en offentlig process. Fortfarande kommer utomobligatoriska tvister emellertid att vara i minoritet, skiljeförfarandets roll kommer att vara att lösa inomobligatoriska konkurrenstvister. På det området är det intressanta inte så mycket att uppmuntra ett ökat privat genomdrivande, som att säkerställa konkurrensreglernas korrekta och enhetliga tillämpning utan att skiljeförfarandet förlorar sin karaktär. Om gränsen för *ordre public* (särskilt hur omfattande domstolsgranskningen skall vara) harmoniseras mellan EU:s medlemsstater och EU:s inställning till tillämpning av artikel 101.3 i skiljeförfaranden klargörs, kan skiljeförfarande bli ett ännu säkrare – i betydelsen slutgiltiga och korrekta domar – sätt att säkerställa EU:s konkurrenspolitiska mål.

Intressant utveckling kan väntas vad gäller samarbete i form av lagtolkning och/eller informationsutbyte med unionens institutioner, och skiljeklausuler som övervakningsmekanism. Det handlar i båda dessa situationer om att sammanfoga skiljeförfarandets natur med inblandning från det offentliga. Skiljerättssamhället tycks slitits mellan en önskan om ett ökat erkännande av skiljeförfarande som en trovärdig och etablerad institution, i form av tillgång till samma stöd från unionen som nationella domstolar har, och ett värnande om sin självständighet från det offentliga. Från EU:s sida är det tyst vad gäller samarbete, kanske anser man att det skulle kosta mer än det smakar, inte minst som skiljerättssamhället är angeläget om att skiljenämnder inte blir bundna av de utlåtanden de vill kunna begära från EU:s institutioner. Framtiden får utvisa om man kan finna en modell som passar båda sidor, och som dessutom accepteras av de skiljerättare som motsätter sig en utveckling som de uppfattar rent principiellt inkräktar på skiljeförfarandets natur.

Likaså kan myndigheters användning av mer eller mindre övervakade skiljeförfaranden av den typ som nu förekommer i kommissionens koncentrationsärenden också komma att utvecklas på olika sätt. Kanske får vi se skiljeklausuler även i åtaganden under förordning 1/2003, det vill säga vid överträdelser av artikel 101 eller 102, kanske skapas en nisch för skiljemän på fler rättsområden som övervakas av myndigheter, men omfattar både individuella och allmänna intressen.

Konkurrensrätten rör sig på gränsen mellan offentlig rätt och civilrätt. Klart är emellertid att reglerna skapar rättigheter och skyldigheter för enskilda, som kan genomdrivas i civilprocesser. Denna uppsats har visat att

skiljeförfarandet är ett välfungerande forum för genomdrivande av reglerna, men också att det kan finnas anledning att klargöra och förbättra förutsättningarna för reglernas tillämpning i ett sådant förfarande. Den har också visat att skiljeförfarande har potential att i högre grad fungera som en kompletterande övervakningsmekanism i myndighetsbeslut i konkurrensärenden.

# Källförteckning

## Litteratur

Baudenbacher, C. (2003). Enforcement of EC and EEA Competition Rules by Arbitration Tribunals Inside and Outside the EU. I Ehlermann, C-D. & Atansiu, I. (red.). *European Competition Law Annual 2001 : Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*. Oxford: Hart Publishing

Bensaude, D. (2005). Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile : Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law. *Journal of International Arbitration*, vol. 22(3), s. 239–244

Berman, G. A. (2011). The Origin and Operation of Mandatory Rules. I Bermann, G. A. & Mistelis, L. A. (red.) *Mandatory Rules in International Arbitration*. Huntington: Juris

Blanke, G. (2005). The Role of EC Competition Law in International Arbitration : A Plaidoyer. *European Business Law Review*, vol. 16(1), s. 169–181

Blanke, G. (2006). Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law : A réplique to Denis Bensaude's "Thalès Air Defence BV s. GIE Euromissile". *Journal of International Arbitration*, vol. 23(3), s. 249–258

Blanke, G. (2007). The Use of Arbitration in EC Merger Control: Latest Developments. *European Competition Law Review*, vol. 28(12), s. 673–694

Blanke, G. (2008). The Case for Supranational Arbitration – Ideas and Prospects. *European Business Law Review*, vol. 19(1), s. 17–41

Blanke, G. & Nazzini, R. (2008) (1). Arbitration and ADR of Global Competition Disputes: Taking Stock (Part I). *Global Competition Litigation Review*, vol. 1(1), s. 46–56

Blanke, G. & Nazzini, R. (2008) (2). Arbitration and ADR of Global Competition Disputes: Taking Stock (Part II). *Global Competition Litigation Review*, vol. 1(2), s. 78–89

Blanke, G. & Nazzini, R. (2008) (3). Arbitration and ADR of Global Competition Disputes: Taking Stock (Part III). *Global Competition Litigation Review*, vol. 1(3), s. 133–147

Bridgeman, J. (2008). The Arbitrability of Competition Law Disputes. *European Business Law Review*, vol 19(1), s. 147–174

- Böckstiegel, K-H. (2008). *Public Policy as a Limit to Arbitration and Its Enforcement*. Tillgänglig: [http://www.arbitration-icca.org/articles.html?author=Karl\\_Heinz\\_Bockstiegel&sort=author](http://www.arbitration-icca.org/articles.html?author=Karl_Heinz_Bockstiegel&sort=author) (2011-11-24)
- Craig, P. & De Búrca, G. (2011). *EU Law : Text, Cases, and Materials*. 5. uppl. Oxford: Oxford Univ. Press
- de Groot, D. (2008). Arbitration and the Modernization of EC Competition Law. *European Business Law Review*, vol. 19(1), s. 175–189
- Dempegiotis, S. I. (2008). EC Competition Law and International Arbitration in the Light of EC Regulation 1/2003. *Journal of International Arbitration*, vol. 25(3), s. 365–395
- Derains, Y. (2003). Specific Issues Arising in the Enforcement of EC Antitrust Rules by Arbitration Courts. I Ehlermann, C-D. & Atansiu, I. (red.) *European Competition Law Annual 2001 : Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*. Oxford: Hart Publishing
- Ehlermann, C-D. (2000). The Modernization of EC Antitrust Policy : A Legal and Cultural Revolution. *Common Market Law Review*, vol. 37(3), s. 537–590
- Ehlermann, C-D. & Atansiu, I. (red.) (2003). *European Competition Law Annual 2001 : Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*. Oxford: Hart Publishing
- Ezrachi, A. (2006). Behavioural Remedies in EC Merger Control – Scope and Limitations. *World Competition*, vol. 29(3), s. 459–479
- Goyder, D. G., Goyder, J. & Albors-Llorens, A. (2009). *Goyder's EC Competition Law*. 5. uppl. Oxford: Oxford University Press
- Idot, L. (2003). Arbitration and the Reform of Regulation 17/62. I Ehlermann, C-D. & Atansiu, I. (red.) *European Competition Law Annual 2001 : Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*. Oxford: Hart Publishing
- Idot, L. (2010). The Role of Arbitration in Competition Law Disputes. I Kokkoris, I. & Liannos, I. (red.) *The Reform of EC Competition Law : New Challenges*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International
- International Law Association (2002). *Recommendations on the application of public policy as a ground for refusing recognition or enforcement of international arbitral awards*. Conference Report, New Delhi 2002. Tillgänglig: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19> (2011-11-24)

International Law Association (2008). *Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*. Conference Report, Rio de Janeiro 2008. Tillgänglig:

<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19> (2011-11-24)

International Chamber of Commerces skiljedomregler. Tillgängliga:

<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4199/index.html> (2011-11-24)

Komninos, A. (2001). Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement. *Journal of International Arbitration*, vol. 24(2), s. 211–238

Komninos, A. (2004). Paris Court of Appeal Refuses to Set Aside Arbitral Award for Public Policy Violation. *White & Case International Dispute Resolution Newsletter*, vol. 17(4), s. 2–3

Komninos, A. (2006). Dutch Court Refuses to Enforce US Arbitral Awards on Public Policy Grounds for Violation of EU Competition Law. *White & Case International Dispute Resolution Newsletter*, vol. 19(2), s. 5–6

Kurkela, M. S., Levin, R. C., Liebscher, C. & Sommer, P. (2007). Certain Procedural Issues in Arbitrating Competitions Cases. *Journal of International Arbitration*, vol. 24(2), s. 189–210

Kvart, J. & Olsson, B. (2007). *Tvistlösning genom skiljeförfarande : en handledning till lagen om skiljeförfarande*. 2. uppl. Stockholm: Norstedts juridik

Landolt, P. (2006). *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Haag: Kluwer

Landolt, P. (2007). Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law Requirements. *Arbitration International*, vol. 23(1), s. 63–92

Liebscher, C. (2004). Drafting Arbitration Clauses for EC Merger Control. *Journal of International Arbitration*, vol. 21(1), s. 67–81

Lübking, J. (2008). The European Commission's View on Arbitrating Competition Law Issues. *European Business Law Review*, vol. 19(1), s. 77–87

Mourre, A. (2008). Dissenting Opinion on a Dangerous Project. *European Business Law Review*, vol. 19(1), s. 219–231

Mourre, A. & Radicati di Brozolo, L. G. (2006). Towards Finality of Arbitral Awards : Two Steps Forward and One Step Back. *Journal of International Arbitration*, vol. 23(2), s. 171–188

Nazzini, R. (2008). A Principled Approach to Arbitration in Competition Law Disputes : Competition Authorities as *Amici Curiae* and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings. *European Business Law Review*, vol. 19(1), s. 89–114

Nisser, C. & Blanke, G. (2008). ICC Draft Best Practice Note on the European Commission Acting as *Amicus Curiae* in International Arbitration Proceedings – The Text. *European Business Law Review*, vol. 19(1), s. 198–217

Ortega González, A. (2011). The Cartel Settlement Procedure in Practice. *European Competition Law Review*, vol. 32(4), s. 170–177

Proposition 1998/99:35. Ny lag om skiljeförfarande.

Radicati di Brozolo, L. G. (2008). Arbitration in EC Merger Control : Old Wine in a New Bottle. *European Business Law Review*, vol. 19(1), s. 7–15

Radicati di Brozolo, L. G. (2011). Arbitration and Competition Law : The Position of the Courts and the Arbitrators. *Arbitration International*, vol. 27(1), s. 1–25

Sattar, S. (2010). National Courts and International Arbitration : A Double-edged Sword? *Journal of International Arbitration*, vol. 27(1), s. 51–73

Shelkopyas, N. (2003). *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings*. Groningen: Europea Law Publishing

Stockholms Handelskammarens Skiljedomsinstituts regler. Tillgänglig: <http://www.sccinstitute.se/skiljeforfarande/sccs-regler.aspx> (2011-11-24)

*Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules (Ashurstrapporten)* (2004). På kommissionens uppdrag sammanställd av Denis Waelbroeck, Donald Slater och Gil Even-Shoshan. Tillgänglig: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html> (2011-11-24)

Stylopoulos, E. (2009). Powers and Duties of Arbitrators in the Application of Competition Law : An EC Approach in the Light of Recent Developments. *European Competition Law Review*, vol. 30(3), s. 118–124

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Tillgänglig: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html) (2011-11-24)



van den Berg, A. J. (2008). *An Overview of the New York Convention of 1958*. Tillgänglig: <http://www.arbitration-icca.org/articles.html> (2011-11-24)

van Houtte, H. (2005). Arbitration and Arts. 81 and 82 EC Treaty : A State of Affairs. *ASA Bulletin*, vol. 23(5), s. 431–448

van Houtte, H. (2008). The Application by Arbitrators of Articles 81 & 82 and Their Relationship with the European Commission. *European Business Law Review*, vol. 19(1), s. 63–75

Venit, J. S. (2003). Brave New World : The Modernization of and Decentralization of Enforcement Under Articles 81 and 82 of the EC Treaty. *Common Market Law Review*, vol. 40(3), s. 545–580

Waincymer, J. (2009). International Commercial Arbitration and the Application of Mandatory Rules of Law. *Asian International Arbitration Journal*, vol. 5(1), s. 1–45

Whish, R. (2008). *Competition Law*. 6. uppl. Oxford: Oxford University Press

Wils, W. P. J. (2008). The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement : Objectives and Principles. *World Competition*, vol. 31(3), s. 335–352

Zekos, G. I. (2008). Antitrust/Competition Arbitration in EU versus U.S. Law. *Journal of International Arbitration*, vol. 25(1), s. 1–29

## **EU-lagstiftning**

Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen, 25.3.1957

Fördraget om Europeiska Unionen. EUT C 83, 30.3.2010, s. 1–388

Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt. EUT C 83, 30.3.2010, s. 1–388

Förordning 17/62, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86. EGT L 13, 21.2.1962, s. 204–211

Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område. EGT L 12 , 16.01.2001 s. 1–23

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

Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer. EUT L 24, 29.1.2004, s. 1–22

Kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. EUT L 123, 27.4.2004, s. 18–24

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I). EUT L 177, 4.7.2008, s. 6–16

Kommissionens förordning (EU) nr 1217/2010 av den 14 december 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av forsknings- och utvecklingsavtal. EUT L 335, 18.12.2010, s. 36–42

Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden. EUT L 102, 23.4.2010, s. 1–7

## **Övriga offentliga dokument från EU**

Thirteenth Report on Competition Policy. Europeiska gemenskapernas kommission, 1983. Tillgänglig:  
[http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/index.html](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html)  
(2011-11-24)

Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget. KOM (1999) 101 slutlig.

Kommissionens förslag till förordning om genomförandet av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget m.m. KOM(2000) 582 slutlig.

Kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan kommissionen och EU-medlemsstaternas domstolar vid tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. EUT C 101, 27.4.2004, s. 54–64

Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget. EUT C 101, 27.4.2004, s. 97–118

Grönbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler. KOM(2005) 672 slutlig

Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden. EUT C 298, 8.12.2006, s. 17–22

Tillkännagivande från kommissionen om korrigerande åtgärder som kan godtas enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 och Kommissionens förordning (EG) nr 802/2004. EUT C 267, 22.10.2008, s. 1–27

Vitbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler. KOM(2008) 165 slutlig

### **Internationella konventioner**

Konvention om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar. New York den 10 juni 1958

Luganokonventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område. Lugano den 16 september 1988

### **Hemsidor**

Generaldirektoratet för konkurrens hemsida: *förstasida*  
[http://ec.europa.eu/dgs/competition/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_en.htm) (2011-11-24)

Generaldirektoratet för konkurrens hemsida: *Mergers – legislation*.  
<http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/legislation.html>  
(2011-11-24)

Generaldirektoratet för konkurrens hemsida: *Antitrust – legislation*.  
<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>

*New York*-konventionens hemsida: *The New York Arbitration Convention – Summary*  
<http://www.newyorkconvention.org/new-york-convention> (2011-11-24)

Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut hemsida: *Skiljeförfarande hos SCC*  
<http://www.sccinstitute.se/skiljeforfarande.aspx> (2011-11-24)

Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut hemsida: *Om oss*  
<http://www.sccinstitute.se/hem-1/om-oss-1.aspx> (2011-11-24)

# Rättsfallsförteckning

## Domar från EU:s domstolar

6/64 *COSTA mot ENEL*, REG 1964 s. 585

174/84 *Bulk Oil (Zug) AG mot Sun International Limited och Sun Oil Trading Company*, REG 1986 s. 559

102/81 "*Nordsee*" *Deutsche Hochseefischerei GmbH mot Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG och Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, REG 1982 s. 1095

C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd mot Benetton International NV*, REG 1999 I-3055

förenade målen C-295–298/04 *Vincenzo Manfredi mot Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito mot Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico och Pasqualina Murgolo mot Assitalia SpA.*, REG 2006 I-6619

förenade målen C-430–431/93 *Jeroen van Schijndel och Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*. REG 1995 I-4705

T-158/00 *ARD mot Europeiska Kommissionen*, REG 2003 II-3825

## Domar från svenska domstolar

NJA 2002 not C 45

NJA 2010 s. 219

Svea Hovrätts dom i målet T 6730–03 *Lettiska Republiken mot JSC Latvijas Gaze* (4 maj 2005)

## Domar från andra nationella domstolar

Supreme Court of the United States. *Mitsubishi v Soler*, 473 U.S. 614 (1985)

Cour d'Appel de Paris. *SA Thalès Air Defense v. GIE Euromissile et al.* 2002/19606, beslut av den 18 nov 2004

Cour d'Appel de La Haye. *Marketing Displays International Inc. v. VR Van Raalte Reclame BV*, mål 04/694 och 04/695, beslut av den 24 mars 2005

Tribunal de Première Instance de Bruxelles. *SNF SAS c/ Cytec Industries BV*, R.G. 2005/7721/A No 53, beslut av den 8 mars 2007

Cour de Cassation (Frankrike). *SNF v. Cytec*. Arrêt 680, beslut av den 4 juni 2008

Cour d'Appel de Bruxelles. *SNF SAS c/ Cytec Industries BV*, beslut av den 22 juni 2009