



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Astrid von Gaffron

Individen bakom kartellen

Det svenska sanktionssystemet vid överträdelser av kartellförbudet och en debatt kring införandet av straffrättsliga sanktioner riktade mot individer.

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: David Reidhav

Termin: VT 2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Introduktion	4
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Avgränsning	5
1.4 Metod och material	6
1.5 Forskningsläge	7
1.6 Disposition	7
2 GÄLLANDE RÄTT	9
2.1 Eu-rätt samt nationell lagstiftning	9
3 SANKTIONER PÅ INDIVIDEN	10
3.1 Svensk rätt	10
3.1.1 Näringsförbud	10
3.1.2 Näringsförbudet i praktiken	12
3.2 Engelsk rätt	13
3.2.1 Näringsförbud	14
3.2.2 Kartellbrott	16
4 KRIMINALISERING	18
4.1 Diskussion kring kriminalisering	18
4.1.1 Argument för kriminalisering	18
4.1.2 Argument emot kriminalisering	20
4.2 Den svenska debatten	21
4.2.1 Tidigare diskussion	21
4.2.2 Den engelska lösningen	23
5 AVSLUTANDE ANALYS	27
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	30

Summary

The main focus of this essay is horizontal agreements that occur between undertakings in the same production or market chain which we commonly refer to as cartels. Cartels are horizontal agreements which are fixing selling prices, limit or control production, or share markets. Cartels are by their nature the most harmful anti-competitive violation as they contribute to great destructive impact on the free market. In order to put an end to these anti-competitive collaborations the EU has established prohibitions against these types of horizontal agreements in the Treaty of the European Union. Equivalent regulations are found in the member states national legal systems. In order to enforce and establish compliance with the prohibitions it is required for an effective system of sanctions. While the EU law only provides for economical sanctions that target the undertakings, Member states have the sovereignty to impose their own adequate sanction regimes. Sweden has decided to impose administrative sanctions against individuals in the shape of a director disqualification order. There are also some countries, eg. United Kingdom, that have chosen to introduce criminal sanctions towards individuals who collaborate in cartel activities. Hence, a debate has occurred concerning the effectiveness of the criminal sanction and whether or not European countries should introduce criminalization to counteract cartels. The main objective of the thesis has been to examine this debate and determine if it can be considered desirable to impose criminal sanctions in this area. The essay has by using a legal dogmatic method described the current individual sanction in Sweden and its adequacy. By examining the English sanction system the essay has a comparative element which enables the author to scrutinize the possibility of introducing criminal sanctions in Sweden as well as the desirability to do so. In the light of the thesis studies and analyses it has been concluded that it would be possible to impose criminal sanctions for infringements if the cartel prohibition. However, the thesis has also reached the conclusion that it is not considered desirable for Sweden to criminalize breaches of this nature at the moment. The prevailing administrative sanction is deemed sufficient in relation to its objective to deter violations of the cartel prohibition.

Sammanfattning

Uppsatsen inriktar sig på horisontella samarbeten som sker mellan företag i samma produktions- eller handelsled vilka vi i dagligt tal refererar till som karteller. Karteller är horisontella avtal som fastställer försäljningspriser, begränsar eller kontrollerar produktion eller delar upp marknader. Karteller är genom sin natur de mest skadliga konkurrenshämmande överträdelserna då de bidrar till stora destruktiva biverkningar på den fria marknaden. För att stoppa konkurrenshämmande samarbeten har EU upprättat starka förbudet emot denna typ av avtal i dess fördrag om Europeiska Unionens Funktionssätt. De materiella reglerna återfinns sedan i medlemsländernas nationella lagstiftningar. För att verkställa dessa samt upprätta efterlevnad kring reglerna krävs ett effektivt sanktionssystem. Medan EU-rätten endast ställer upp ekonomiska sanktioner riktade mot företag har medlemsstaterna suveränitet att uppställa egna lämpliga sanktionssystem. Sverige har valt att införa administrativa sanktioner riktade mot individen i form av näringsförbud. Det finns även länder som har valt att införa straffrättsliga sanktioner mot individer som engagerar sig i kartellsamarbeten, England är ett sådant exempel. En debatt har således väckts angående de straffrättsliga sanktionernas effektivitet och huruvida länder i Europa bör införa kriminalisering för att motverka karteller. Huvudsyftet med uppsatsen har varit att undersöka hur denna debatt sett ut samt om det anses önskvärt att införa straffrättsliga sanktioner på området. Uppsatsen har genom en rättsdogmatisk metod redogjort för de nuvarande sanktionerna riktade mot individer och dess tillräcklighet i Sverige. Med ett komparativt inslag, där den engelska konkurrensrätten behandlas, utreder uppsatsen möjligheten att införa kriminalisering i den svenska konkurrensrätten samt om detta vore önskvärt. Mot bakgrunden av uppsatsens utredningar och analys har slutsatsen dragits att det idag är möjligt att införa straffrättsliga påföljder vid överträdelser av kartellförbudet. Däremot har uppsatsen nått slutsatsen att det i skrivande stund inte anses önskvärt att i Sverige kriminalisera överträdelser av denna karaktär då det rådande näringsförbudet anses tillräckligt i förhållande till sitt syfte att avskräcka överträdelser av kartellförbudet.

Förkortningar

CA	Competition Act
CDDA	Company Director Disqualification Act
EA	Enterprise Act
EU	Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt
KL	Konkurrenslag
NFL	Lag om näringsförbud
OECD	Organization of Economic and Co-operation and Development
OFT	Office of Fair Trading
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Introduktion

Det moderna ekonomiska samhället vilar på principen om en öppen och fri marknad där fri konkurrens råder. Dagens konkurrensrättsliga regler finns för att stoppa verksamheter som hämmar denna fria marknad. Ett horisontellt samarbete innebär att företag i samma produktions- eller handelsled fastställer försäljningspriser, begränsar eller kontrollerar produktion eller delar upp marknader.¹ Det råder tämligen stor samstämmighet att horisontella samarbeten medför en större risk för negativ inverkan på marknaden än vid vertikala samarbeten då de horisontella avtalen sker mellan faktiska eller potentiella konkurrenter. Särskilt allvarliga exempel på horisontella samarbeten är karteller eftersom de ytterst riskerar att resultera i ökade priser och minskade valmöjligheter för konsumenterna samt har en destruktiv inverkan på den fria marknaden. Horisontella samarbeten och karteller är förbjudna enligt EU-rätten. För att de materiella reglerna ska efterlevas krävs fungerande sanktionssystem, vilket denna uppsats främst kommer att behandla.²

På EU-nivå kan EU kommissionen endast ålägga administrativa böter på företag. Även medlemsstaterna har till uppgift att skapa sina egna sanktionssystem vilket i merparten av länderna görs främst på liknande sätt som på EU-nivå, det vill säga genom ekonomiska sanktioner riktade mot företag. På senare tid har denna tradition ifrågasatts och fler länder har infört sanktioner riktade mot individerna bakom kartellsamarbetena. Diskussionen rör även om området bör kriminaliseras vilket resulterat i att vissa länder i Europa har följt det amerikanska exemplet och infört straffrättsliga sanktioner som frihetsberövande straff.³

¹ Karlsson, Johan. Östman, Marie. *Konkurrensrätt – en handbok*. 2014 s. 300 f.

² Ibid s. 287 ff.

³ Whelan, Peter. *Report Examining the Desirability of Introducing Criminal Sanctions for Cartel Activity*. s. 3 f.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen tar sin utgångspunkt i horisontella avtal och det som i dagligt refererar till som karteller. Dessa samarbeten anses vara den allvarligaste formen av konkurrensbegränsning då de sällan medför något annat än negativa effekter för ekonomin. Vissa länder, dock inte Sverige, har valt att kriminalisera området kring kartellförbrytelser och också infört straffrättsliga sanktioner mot individer bakom kartellsamarbeten. Det huvudsakliga syftet med uppsatsen är diskutera kring varför Sverige inte valt att införa straffrättsliga påföljder samt om det i skrivande stund kan anses önskvärt att kriminalisera sådana överträdelse. Följande frågeställningar är de som avses besvaras i uppsatsen:

Vilka sanktioner finns i Sverige riktade mot individer gällande kartellverksamheter?

Är det önskvärt att kriminalisera överträdelse av kartellförbudet?

Uppsatsens första frågeställning är av deskriptiv karaktär medan den andra frågeställningen är av rättspolitisk natur där svaret är baserat på författarens egna åsikter och tankar. För att på ett relevant sätt kunna svara på den andra frågeställningen krävs ett ställningstagande till huruvida det nuvarande sanktionssystemet är tillräckligt i förhållande till sitt syfte att motverka kartellverksamheter samt om det är möjligt att införa straffrättsliga sanktioner i Sverige. Härvid tas hjälp av ett komparativt inslag med utgångspunkt i den engelska konkurrensrätten.

1.3 Avgränsning

Avgränsningar har krävts för att utforma intressanta och relevanta problemformuleringar samt begränsa det aktuella området inom uppsatsens ramar. Uppsatsen är först och främst avgränsad till att enbart se till karteller som faller under the Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD) definition av *hard core* karteller:

”A “hard core cartel” is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce”⁴

Definitionen utesluter vertikala samarbeten, vilka inte heller kommer behandlas i uppsatsen. Avgränsningen är viktigt då vertikala avtal ofta kan generera effektivitetshöjande egenskaper och inte hämmar konkurrensen i samma utsträckning som de horisontella avtalen.

Uppsatsen tar sikte på redan genomförda kartellverksamheter varför sanktionen vite inte kommer behandlas. Det finns olika sanktioner att tillgå vid överträdelser av kartellförbudet. En kriminalisering skulle innebära en sanktion mot en individ varför just individuella sanktioner är i uppsatsens fokus. Uppsatsen kommer endast kortfattat nämna övriga sanktioner för att läsaren ska få en uppfattning om sanktionssystemet i stort. Gällande lagstiftning kommer endast att nämnas mycket summariskt.

Med *straffrättsliga sanktioner* avses frihetsberövande straff såsom fängelse, trots att dessa även i realiteten kan innebära andra typer av sanktioner t.ex. böter. När uppsatsen använder sig av begreppet *individuella sanktioner* kommer åsyftas sanktioner riktade mot individer. Dessa stipulativa definitioner görs främst för att underlätta för läsaren.

1.4 Metod och material

En traditionell rättsdogmatisk metod är vald. Juridiska rättskällor såsom lagtext, förarbeten och doktrin har studerats och analyserats för att redogöra för gällande rätt. Uppsatsen har även ett komparativ inslag som dels ger läsaren information om att det finns ett annat relevant sanktionssystem för bekämpning av karteller, dels tillhandahåller uppsatsen ett verktyg att diskutera huruvida en kriminalisering av överträdelser av kartellförbudet vore önskvärt i Sverige. En komparativ metod kräver

⁴ Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels. s. 3.

ingående jämförelser mellan två rättsystem vilket uppsatsen inte gör anspråk på att göra. Stundtals används en så kallad implicit komparation vid beskrivningen av det engelska rättsystemet.⁵

I uppsatsen har lagtext, utredningar och förarbeten använts för att redogöra för rättsläget vid kartellförbrytelser. Detsamma har även använts för att utreda den tidigare kriminaliseringsdiskussionen i Sverige och frågan om varför vi i dagsläget inte har straffrättsliga sanktioner inom konkurrensrätten. Utöver offentligt tryck har doktrin används för att klargöra diskussionen för och emot kriminalisering. Mycket av materialet har bestått av utländska källor i form av lagtext och doktrin för att redogöra för det engelska sanktionssystemet men även för att belysa den allmänna debatten på området.

1.5 Forskningsläge

Rättsområdet har i stor omfattning utretts och behandlats tidigare. I Sverige har det särskilt behandlats under tidigt 2000-tal i såväl förarbeten som utredningar och doktrin. Även i Europa har den tidigare traditionen av ekonomiska sanktioner ifrågasatts och en debatt kring införandet av frihetsberövande straff gentemot individer samt om lämplighet av sanktionen har uppstått. Även OECD har kommit med rekommendationer på området. Debattens fokus ligger främst på under vilka förutsättningar en kriminalisering kan motiveras samt dess effekt och värde som verktyg att stimulera efterlevnad av konkurrensrätten. I och med Finlands utredning härom börjar debatten bli aktuell igen.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med en beskrivning av svensk gällande rätt samt av det europeiska och engelska kartellförbudet, kapitlet blir i och med art 101 FEUF och bestämmelsen om

⁵ Korling, Fredrik. Zamboni, Mauro. (red.) *Juridisk Metodlära*. 2013 s. 141 ff.

direkt effekt tämligen kortfattat. Detta följs av en utförlig beskrivning av de svenska och engelska sanktionssystemen varvid det redogörs för det svenska näringsförbudets effekt i praktiken. Därefter introduceras läsaren till ett kapitel om kriminalisering. Här behandlas först den allmänna debatten kring straffrättsliga sanktioner vid överträdelser av kartellförbudet. Sedan redogörs för den tidigare kriminaliseringsdebatten i Sverige, vilken följs av en diskussion kring debattens starkaste argument emot kriminalisering samt förslag på hur dessa argument kan bemötas med utgångspunkt i den engelska modellen. Uppsatsen avslutas med en analys av den aktuella diskussionen samt egna svar på de givna frågeställningarna.

2 Gällande rätt

2.1 Eu-rätt samt nationell lagstiftning

Det huvudsakliga syftet med den europeiska konkurrensrätten är att skydda konsumenter och den interna marknaden från orättvisa konkurrensinflenser. Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF) stadgar flera förbud när det kommer till att främja konkurrensrätten inom Unionen. Ett av dessa förbud återfinns i artikel 101 som förbjuder horisontella avtal och beslut mellan företag samt samordnande förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och som har till syfte eller effekt att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den inre marknaden.⁶

Av EU-domstolens praxis följer att artikel 101 FEUF har direkt effekt och är således tillämplig även i nationella domstolar. Detta innebär i stora drag att förbudet skapar rättigheter och skyldigheter för individer som de nationella domstolarna är skyldiga att upprätthålla.⁷

Förbudet mot horisontella avtal och karteller återfinns både i svensk rätt i 2 kap. 1§ Konkurrenslagen 2008:579 (KL) och engelsk rätt genom Chapter I Prohibitions i the Competition Act (CA 1998). Både de svenska och engelska kartellförbuden motsvarar i stort sett det förbud som finns i art 101 FEUF.

⁶ Fördraget om europeiska unionens funktionssätt. art. 101.

⁷ Karlsson. *Konkurrensrätt – en handbok*. s. 36 f.

3 Sanktioner på individen

3.1 Svensk rätt

Överträdelse av kartellförbudet i 2 kap. 1§ KL är belagda med både offentligrättsliga och civilrättsliga sanktioner i Sverige. De offentliga sanktionerna utgörs av konkurrensskadeavgiften som är en slags företagsbot som kan åläggas företag som bryter mot kartellförbudet. Enligt 3 kap. 5§ KL kan ett företag som brutit mot förbudet åläggas en avgift som uppgår till högst tio procent av företagets omsättning. Ett företag som överskridit kartellförbudet kan åtnjuta befrielse från eller nedsättning av konkurrensskadeavgiften enligt 3 kap. 12§ KL om företaget är det första att anmäla sig till konkurrensverkets eftergiftsprogram. Vidare krävs att företaget har lämnat tillräcklig information för att verket ska ha möjlighet att agera mot en påstådd kartell.⁸ Denna typ av eftergiftsprogram finns även inom EU-rätten samt inom alla medlemsstater utom Malta.⁹ Många hävdar att eftergiftsprogrammet i sig är det mest effektiva sättet att upptäcka dolda karteller.¹⁰ Även näringsförbudet är en offentligrättslig sanktion.

Till de civilrättsliga sanktionerna hör skadestånd. Skadestånd kan åläggas ett företag enligt 3kap. 25§ KL om företaget uppsåtligt eller av oaktsamhet överträtt kartellförbudet och företaget ska då ersätta den skadedrabbade så att denne försätts i samma ekonomiska situation som om överträdelsen aldrig ägt rum.¹¹

3.1.1 Näringsförbud

Regler om näringsförbud har funnits i svensk rätt sedan 1980-talet och regleras numera i lagen om näringsförbud (LNF).¹² Det var först genom införandet av den nya konkurrenslagen 2008 som näringsförbud blev en möjlig sanktion vid konkurrensöverträdelser. 3 kap, 24§ KL stadgar att en person som ingått ett

⁸ Karlsson. *Konkurrensrätt – en handbok*. s.1032 ff.

⁹ Whelan. *Report Examining the Desirability of Introducing Criminal Sanctions for Cartel Activity*. s. 49.

¹⁰ Whish, Richard. Bailey, David *Competition Law*. 2012 s. 280f.

¹¹ Karlsson. *Konkurrensrätt – en handbok*. s.1056 samt s. 1067 f.

¹² Lag (2014:836) om näringsförbud.

konkurrensbegränsande avtal kan åläggas ett näringsförbud.¹³ Det är konkurrensverket som ansöker och för talan om näringsförbud vilket verket antingen kan göra i samband med mål om konkurrensskadeavgift eller i en enskild talan.¹⁴ Det är sedan tingsrätten som meddelar beslut. Näringsförbudet ska dock inte ses som en brottspåföljd eller särskild rättsverkan av brott utan syftar till att vara ett hinder för individer att fortsätta orsaka skada på området.¹⁵

Näringsförbudet ska användas som ett komplement till konkurrensskadeavgiften och får endast åläggas i vissa särskilt allvarliga fall.¹⁶ Förbudet är endast aktuellt i frågor om horisontella samarbeten.¹⁷ Näringsförbudet kan meddelas personer som rättsligt eller faktiskt utövar ledningen över ett företag. Om flera individer tillsammans utövar den faktiska ledningen kan alla bli föremål för förbudet. För att näringsförbudet ska meddelas krävs att individiden grovt åsidosatt sina skyldigheter i företaget anseende förbud i konkurrenslagen eller art 101 FEUF samt att näringsförbudet är påkallat ur allmän synpunkt.¹⁸ Näringsförbudet meddelas från lägst tre år till högst fem år.¹⁹

Individer som åläggs näringsförbud får under tiden förbudet gäller inte bedriva näringsverksamhet, ej inneha en ledande position i företag, ej ta anställning eller uppdrag av närstående eller i det överträdande företaget. En överträdelse av detta kan medföra fängelse i högst två år.²⁰

Individer som riskerar att bli föremål för näringsförbud kan undgå detta genom eftergift. För att erhålla eftergift krävs att individen medverkar i väsentlig mån till att underlätta för konkurrensverket eller Europeiska Kommissionen i utredningar av konkurrensrättsliga överträdelser. Konkurrensverket kan avstå från att föra talan om näringsförbud i två situationer; antingen om en person har anställning vid ett företag

¹³ Karlsson. *Konkurrensrätt – en handbok*. s. 1072 f.

¹⁴ Konkurrensverkets allmänna råd om näringsförbud för överträdelser av konkurrenslagen.

¹⁵ Prop.2007/08:135 s.154.

¹⁶ LNF 1§.

¹⁷ Karlsson. *Konkurrensrätt – en handbok*. s. 1072 f.

¹⁸ Konkurrensverkets allmänna råd om näringsförbud för överträdelser av konkurrenslagen.

¹⁹ LNF 10§.

²⁰ Karlsson. *Konkurrensrätt – en handbok*. s. 1075.

som medverkat och beviljats eftergift eller nedsättning av konkurrensskadeavgift eller om personen själv samarbetar och underlättar för en sådan utredning.²¹

3.1.2 Näringsförbudet i praktiken

Vid införandet av näringsförbudet diskuterades vilka effekter en introduktion av förbud skulle kunna medföra bland annat i förarbetena till den nya konkurrenslagen.²² Remissinstanserna som avstyrkte förslaget angående införande av näringsförbudet pekade främst på problematiken med personkretsen. Remissinstanserna menade att personkretsen i vissa fall inte skulle täcka de individer som i själva verket låg bakom kartellsamarbetet. Risken fanns även att införandet skulle betunga konkurrensverket med komplicerade utredningar då det i vissa fall skulle vara svårt att identifiera vem eller vilka som ska bära ansvaret för överträdelsen inom ett företag.²³

Trots de argument som framfördes ansåg regeringen att det förelåg fler positiva effekter av näringsförbudet än negativa och beslutade således att näringsförbudet skulle införas i svensk rätt. Det framhölls att en personlig sanktion såsom näringsförbudet skulle sända en stark signal till samtliga aktörer att kartellsamarbete inte accepteras. Genom att rikta sig till företagsledare skulle de individer nås som har störst chans att påverka ett företags handlande. Näringsförbudets individuella karaktär skulle även ge incitament till individer att vidta åtgärder för att motverka företagets delaktighet i kartellverksamhet samt motivera att söka eftergift vilket skulle bidra till en effektivisering av eftergiftsprogrammet och avslöjandet av fler karteller. Förbudet skulle på det sättet både få en allmänpreventiv och handlingsdirigerande effekt.²⁴

Näringsförbudet infördes som en slags kompromiss för att i någon mån tillmötesgå tidigare diskussionen kring kriminalisering.²⁵ Vilken effekt näringsförbudet skulle få var svårt att bedöma vid införandet men att det till stor del skulle bero på hur aktivt

²¹ Konkurrensverkets hemsida. *Näringsförbud vid kartellöverträdelser*.

<http://www.kkv.se/konkurrens/sanktioner/naringsforbud-for-kartellovertradelse/> (Hämtad 2015-04-15)

²² Prop.2007/08:135.

²³ Ibid s.156 f.

²⁴ Ibid s.157 ff.

²⁵ Se avsnitt 4.2.1.

konkurrensverket skulle vara i sitt kartellbekämpningsarbete stod klart. Det fanns dock en oro redan då att risken var stor att konkurrensverket inte skulle kunna använda näringsförbudet som sanktion särskilt aktivt.²⁶

Näringsförbudet som sanktion vid konkurrensöverträdelser har nu funnits i drygt sju år. Hittills har konkurrensverket aldrig fört någon talan om näringsförbud. Trots att förbudet aldrig använts i praktiken menar konkurrensverket att det fortfarande kan anses vara betydelsefullt då risken att åläggas ett förbud verkar avskräckande. Detta faktum kan ge incitament till individer att söka eftergift hos konkurrensverket och på så sätt leda till att avslöja fler karteller genom en effektivisering av eftergiftsprogrammet.²⁷

Under 2014 registrerades sexton ärenden hos konkurrensverket angående konkurrensbegränsande ärenden vilket även omfattar karteller.²⁸ Samtidigt tar konkurrensverket emot ungefär fem eftergiftsansökningar varje år. Det finns igen information om hur många av dessa som ansökt med anledning av risken för individuella sanktioner men det kan inte uteslutas att det har viss effekt. Det har inte gjorts någon utredning gällande resultat eller analys av införandet av näringsförbudet, varken av konkurrensverket eller annan myndighet.²⁹ En sådan analys kan nästintill vara omöjlig att utföra på grund av kartellens hemliga karaktär. Då kartellverksamhet sker i det fördolda är det inte möjligt att efter ett införande av näringsförbudet fastställa om det upptäckts fler eller färre karteller än före införandet. Denna problematik föreligger även när man diskuterar andra sanktioner riktade mot överträdelser av kartellförbudet och kommer att diskuteras närmare i senare del av uppsatsen.³⁰

3.2 Engelsk rätt

Den engelska konkurrensrätten förändrades drastiskt när The Enterprise Act (EA 2002) trädde ikraft. EA 2002 medförde såväl en sanktion som liknar vårt näringsförbud, som en kriminalisering. Bestämmelserna infördes dels för att uppmuntra individer att

²⁶ Norberg, Sven. *Konkurrenskrönika*, Europarättslig tidskrift 2008 del 2. s. 808 f.

²⁷ Witt, Hanna (Avdelningschef, Konkurrensverket Stockholm) E-mail till författaren. 22 april 2015.

²⁸ Konkurrensverkets årsredovisning för 2014. s.90.

²⁹ Witt, Hanna (Avdelningschef, Konkurrensverket Stockholm) E-mail till författaren. 22 april 2015.

³⁰ Whelan. *Report Examining the Desirability of Introducing Criminal Sanctions for Cartel Activity*. s. 16.

efterleva konkurrensrätten dels för att åtgärda problemet att sanktioner mot företag i form av böter inte innebar tillräckligt avskräckande effekt, trots extremt stora belopp.³¹

The Competition Act (CA 1998)³² stadgar att företag som bryter mot förbudet om kartellverksamhet antingen avsiktligt eller genom oaktsamhet kan åläggas sanktionsavgift på högst tio procent av företagets världsomfattande omsättning.³³ Även i England finns möjlighet till immunitet eller nedsättning av sanktionsavgiften för de företag som hjälper den engelska myndigheten att avslöja dolda karteller i ett så kallad eftergiftsprogram. Också i det engelska programmet är kraven för immunitet höga och kräver att företaget är den första som träder fram samt att informationen är tillräckligt omfattande för att avslöja en kartell.³⁴

Vad gäller skadestånd i den engelska rätten så nämner CA 1998 inte uttryckligen någon möjlighet till förfarandet. Däremot har rättspraxis öppnat upp möjligheten till skadestånd för överträdelser av kartellförbudet. Även genom införandet av EA 2002 har det tillkommit regleringar som underlättar förfarandet. Skadeståndstalan riktas mot ett överträdande företag och inte mot en enskild individ.³⁵

3.2.1 Näringsförbud

Införandet av EA 2002 introducerade bestämmelsen om *company directors disqualification* som en sanktion vid konkurrensrättsliga överträdelser. Sanktionen kan liknas vid det svenska näringsförbudet, vilket innebär att företagsledare kan förbjudas fortsätta leda företaget. Näringsförbudet i sig var ingen nyhet utan hade funnits i engelsk rätt genom Company Director Disqualification Act (CDDA 1986). Nyheten var att förfarandet nu kom att användas som sanktion mot konkurrensrättsliga överträdelser. Det är the Office of Fair Trading (OFT) som för talan om näringsförbud.³⁶

³¹ Whish. *Competition Law*. s. 424 f.

³² CA1998 section 36(1) och 38(8).

³³ Whish. *Competition Law*. s. 410.

³⁴ Ibid. s. 414 f.

³⁵ Ibid. s. 306 ff.

³⁶ Ibid. s. 435 f.

För att domstolen ska meddela näringsförbud krävs för det första att företaget där individen varit företagsledare brutit mot konkurrensreglerna samt att individen i fråga anses vara olämplig att utöva ledning över företaget.³⁷ En individ kan anses olämplig i tre olika situationer: (i) personens agerande har bidragit till en överträdelse, (ii) personens agerande inte har bidragit till överträdelsen men personen hade skälig anledning att anta att företagets agerande innebar en överträdelse och inte vidtagit några åtgärder för att förhindra det, eller (iii) personen inte känt till men borde känt till att företagets agerande innebar en överträdelse av konkurrensreglerna.³⁸

Näringsförbudet meddelas högst i femton år³⁹ och under tiden är det en brottslig handling att agera som företagsledare för ett företag, mottaga ett företags tillgångar, marknadsföra, bilda eller leda ett företag samt fungera som konkursförvaltare.⁴⁰ På samma sätt som i Sverige finns chans till eftergift om individen själv samarbetat med konkurrensmyndigheten alternativt dess företag medverkat.⁴¹

Endast de individer som har en ledande ställning i företaget, så kallade *directors*, kan åläggas näringsförbud vid kartellbrott. Den engelska bolagsrätten inkluderar såväl *de facto director* som *shadow director*. Med *de facto director* menas en individ som inte är en del av företagsledningen men ändå i praktiken agerat som detta, vilket motsvarar vad vi i Sverige kallar faktiska företagsföreträdare. *Shadow director* tar sikte på en individ, ofta en aktieägare, som försöker undvika de legala skyldigheterna som ställs på en företagsledare genom att utöva sina influenser på ledningen utan att ha en formell roll som företagsledare. Såväl en *de facto director* som en *shadow director* omfattas av bestämmelsen och kan bli föremål för åläggande av ett näringsförbud.⁴²

³⁷ CDDA1986 section 9A.

³⁸ Furse, Mark. *Competition Law of the EC and UK*. 2008 s.133f.

³⁹ CDDA1986 section 9A(9).

⁴⁰ Ibid section 1(1).

⁴¹ Furse. *Competition Law of the EC and UK*. s.134 f.

⁴² Dignam, Alan. Lowry, Johan. *Company Law*. 2008 s. 270 f.

3.2.2 Kartellbrott

Införandet av kartellbrottet innebar en kriminalisering i den engelska konkurrensrätten som dels är förenligt med OECD utförda rekommendationer för att bekämpa hard core karteller,⁴³ dels i stor utsträckning influerats av USA som har haft stor framgång med straffsanktioner för konkurrensbrott.⁴⁴

EA 2002 stadgar att en individ är skyldig till en överträdelse om denne oärligt överenskommit med en eller flera personer att utföra handlingar som strider mot kartellförbudet. Enligt definitionen är det inte ett nödvändigt krav att individen är anställd eller företagsledare på företaget. Detta leder till att såväl individer inom det överträdande företaget som individer utanför företaget kan begå kartellbrott och riskerar att straffas för det.⁴⁵

Utformningen av förbudet är i princip identiskt med det i Chapter I Prohibitions i CA 1998 och omfattar endast konkurrensbegränsande horisontella avtal. Samtidigt är kartellbrottet avskilt från förbudsreglerna i CA 1998 och art 101 TFEU, vilket resulterar i en möjlighet att vid upptäckt av en konkurrensrättslig överträdelse först sanktionera det aktuella företaget enligt ovanstående förbud och sedan åtala de involverade individerna för kartellbrott.⁴⁶ Straffet uppgår till högst fem års fängelse eller obegränsade böter.⁴⁷ Fängelsestraff får endast utdömas i de fall då domstolen anser att agerandet är av så seriös karaktär att endast ett frihetsberövande straff är motiverat.⁴⁸

På samma sätt som eftergiftsprogrammet fungerar för företag finns en chans till eftergift även för den enskilda individen vid kartellbrott. *No-action letters* innebär en chans till åtalsimmunitet om individen samarbetar med konkurrensmyndigheten.⁴⁹ Detta är ytterligare ett exempel på hur man vill uppmuntra både individer och företag att träda fram och avslöja karteller. Kraven för att uppnå full immunitet är tämligen höga och

⁴³ OECD *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*.

⁴⁴ Furse. *Competition Law of the EC and UK*. s.19 ff.

⁴⁵ Furse. *The Cartel Offence*. s. 82.

⁴⁶ Whish. *Competition Law*. s. 425 f.

⁴⁷ EA 2002 section 190(1)(a).

⁴⁸ Whish. *Competition Law*. s. 430.

⁴⁹ Furse. *The Cartel Offence*. s. 71.

kräver bland annat att personen i fråga ger ut information som OFT inte redan besitter samt information som kan avslöja en dold kartell. Personer anställda på företag som medverkar i eftergiftsprogram garanteras i olika utsträckning immunitet beroende på företagets samverkan men en enskild person har även möjligheten att själv medverka för att uppnå full immunitet oavsett företagets samverkan.⁵⁰

⁵⁰ Whish. *Competition Law*. s. 432.

4 Kriminalisering

4.1 Diskussion kring kriminalisering

Som tidigare beskrivits har diskussionen kring införandet av straffrättsliga sanktioner varit aktuell både i Sverige och utomlands under de senaste 20 åren. Vissa länder, t.ex. Sverige, har gått från en kriminalisering till att endast tillämpa administrativa sanktioner, medan andra länder däribland England har gjort en motsatt resa. Debatten om kriminalisering har många förespråkare men får även mycket kritik.

4.1.1 Argument för kriminalisering

Fängelsestraffets moraliska ställningstagande samt dess avskräckande karaktär är argument som används av förespråkarna för en straffsanktionerad konkurrensrätt. Den engelska professorn Wouter Wils har sammanställt fem argument som talar för kriminalisering vid kartellverksamhet när det kommer till *hard core* karteller. Dessa fem punkter representerar i grunden de argument som starkast motiverar kriminalisering på området.

Det första argumentet riktar in sig på faktumet att ekonomiska sanktioner mot företag måste vara oskäligt höga för att få samma avskräckande effekt som frihetsberövande straff. Enligt Wils teori skulle beloppet behöva motsvara 150 procent av företagets årliga omsättning för att uppnå en optimalt avskräckande nivå. En sådan summa är i praktiken många företag inte är likvida för.⁵¹ Konkurs av företag kan inte anses vara en acceptabel bi-produkt av införandet av en optimal sanktion. Konkurs leder till allvarliga konsekvenser som drabbar de oskyldiga i ett företag t.ex. anställda, kunder och leverantörer samt leder till koncentration på den aktuella marknaden i och med att en aktör försvinner. Härvid motverkas den fria marknaden vilket inte är eftersträvanvärt. Även i de fall där företaget har möjlighet att betala kan det leda till oönskade

⁵¹ Wils, Wouter. *Is Criminalization of EU competition law the answer?* s.145 ff.

konsekvenser i form av höjda priser för konsumenter eller nedskärning av personal. Med frihetsberövande straffrättsliga sanktioner uppstår inte sådana problem.⁵²

Wils pekar på det andra förhållandet, det faktum att företagssanktioner inte garanterar adekvata incitament för individer på företaget att undvika överträdelser. Trots att företag ofta har kontroll över sina anställda så är det i vissa situationer inte möjligt för företaget att införa tillräckliga sanktioner för att avskräcka de anställda från att engagera företaget i otillåtna kartellsamarbeten.

Vidare anförs ett tredje förhållande, att en kriminalisering på området skulle öka effektiviteten i de eftergiftsprogram som finns i de flesta medlemsstater inom EU. Risker att personligen bli straffrättsligt ansvarig skulle ge ett incitament för den enskilde att dels avstå från att medverka i kartellsamarbeten, dels träda fram och lämna information till konkurrensmyndigheten. En kriminalisering skulle inte bara bidra till fler upptäckta karteller utan även motverka uppkomsten av nya karteller.⁵³ Det tredje argumentet är helt beroende av att möjligheten för individer att åtnjuta åtalsimmunitet. Detta är någonting som diskuterats tidigare i Sverige och kommer att behandlas i senare avsnitt.⁵⁴

Det fjärde argumentet för straffrättsliga sanktioner riktade mot individer är fängelsestraffets effektivitet som kartellbekämpningsmedel. Argumentet är baserat på straffsanktionens framgång i USA och framhåller att frihetsberövande straff i sig är avskräckande för potentiella överträdare av kartellförbudet.

Till sist, i ett femte argument, framhäver Wils fängelsestraffets unika möjlighet att skicka ett normativt budskap att kartellverksamhet är någonting förkastligt och klandervärt, vilket inte kan uppnås genom andra sanktioner. En företagsledare styrs nödvändigtvis inte endast av vinstmaximering utan kan även känna moralisk ansvarighet att leva inom dessa samhällets normer, varför individen skulle avskräckas mer av ett fängelsestraff än av en ekonomisk sanktion. Detta skulle också leda till att

⁵² Whelan. *Report Examining the Desirability of Introducing Criminal Sanctions for Cartel Activity*. s.12.

⁵³ Wils. *Is Criminalization of EU competition law the answer?* s. 149-152.

⁵⁴ Se avsnitt 4.2.1.

individer i ett kartellsamarbete får ett incitament att bryta den starka solidariteten som ofta föreligger inom karteller.⁵⁵

Wils argumentation är i linje med vad OECD anser tillräckligt i dess rekommendationer om effektiva åtgärder mot *hard core* karteller. Där framhålls framförallt den individuella sanktionens avskräckande effekt jämfört med ekonomiska sanktioner samt den positiva effekten på eftergiftsprogrammet i form av ett ökat förväntat antal ansökande individer. OECD har även betonat att en viktig förutsättning för att kriminalisering ska kunna introduceras är att harmonisering med det inhemska rättsväsendet och rättskulturen uppnås.⁵⁶

4.1.2 Argument emot kriminalisering

En stark kritik gentemot argumentet för kriminalisering är dess brist på empirisk bevisning för sanktionens avskräckande effekt. Detta hör samman med det tidigare nämnda problemet med kartellens hemliga natur. Det är nästintill omöjligt att avgöra det exakta antalet av aktiva karteller under en viss given tid, vilket gör att en minskning av upptäckta karteller under en viss tid inte kan anses vara underlag för att konstatera en minskning av kartellverksamheter i sig. Inte heller är det rätt att påstå att en ökning av upptäckta karteller är ett tecken på en ökning av kartellsamarbeten.⁵⁷ Konkurrensrättsadvokaten och forskaren Andreas Reindl menar att bevisning kring straffsanktionens avskräckande effekt är byggd på spekulationer samt på intuition och inte på empirisk data.⁵⁸ Även OECD har trots sina rekommendationer bekräftat att tydlig empirisk bevisning saknas på området.⁵⁹

Vidare argumenteras det att de amerikanska framgångarna med införandet av straffsanktionen inte ger en garanti för att effekterna skulle bli de samma i andra länder. Alla länder har sina egna säregna rättssystem vilket skapar olika utgångslägen. USA har

⁵⁵ Wils. *Is Criminalization of EU competition law the answer?* s. 149-152.

⁵⁶ OECD Reports. *Hard core cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation.* 2005 s. 26-29.

⁵⁷ Whelan. *Report Examining the Desirability of Introducing Criminal Sanctions for Cartel Activity.* s. 16.

⁵⁸ Reindl, Andreas. *How strong is the case for criminal sanctions in cartel cases?* s. 116 ff.

⁵⁹ OECD Reports. *Hard core cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation.* s. 26-29.

en unik institutionell ram som väsentligt bidragit till den framgång det amerikanska sanktionssystemet erhållit. Exempelvis har USA ett så kallat kronvitnesssystem, *plea bargaining*, vilket används gällande alla typer av brott inklusive konkurrensrättsliga överträdelser och innebär att en åtalad individ har möjlighet att erhålla strafflindring alternativt åtalsimmunitet genom samarbete med åklagaren. Kronvitnesssystemet används endast i ytterst få europeiska länder och systemet har framhävts vara en nödvändig förutsättning vid införandet av kriminalisering för att undvika hämmande effekter på eftergiftprogrammet, en diskussion som återkommer längre fram i uppsatsen.⁶⁰

Upprätthållandet och införandet av straffrättsliga sanktioner tar stora resurser i anspråk dels i form av direkta kostnader, dels i form av indirekta kostnader. De direkta kostnaderna genereras bland annat av själva frihetsberövandet av individer, utrednings- och åtalskostnader samt handläggning vid domstolarna som krävs vid en kriminalisering. Ökade kostnader kan enligt Reindl leda till indirekta kostnader i form av att myndigheter fokuserar mindre på och utreder färre karteller än vid administrativa sanktioner vilket i slutända skulle kunna försvaga kriminaliseringens syfte.⁶¹

4.2 Den svenska debatten

4.2.1 Tidigare diskussion

1993 års konkurrenslag innebar en avkriminalisering inom det konkurrensrättsliga området.⁶² Innan dess hade Sverige straffsanktioner i form av böter och, vid grova överträdelser, fängelse.⁶³

Debatten kring kriminalisering inom konkurrensrätten väcktes på nytt i Konkurrensverkets rapport från år 2000.⁶⁴ I rapporten föreslår konkurrensverket att grova överträdelser av konkurrenslagen såsom karteller bör kriminaliseras med

⁶⁰ Reindl. *How strong is the case for criminal sanctions in cartel cases?* s. 118 f.

⁶¹ Ibid s. 121-125.

⁶² Prop. 1992/93:56, s.1.

⁶³ SOU 2004:131, s.65-66.

⁶⁴ Konkurrensverkets rapportserie 2000:1.

hänvisning till de allvarliga effekter som drabbar konsumenter och den fria marknaden. Verket menade även att det enligt förarbetena till 1993 års konkurrenslag inte förelåg någon tvekan om behovet av att effektivisera sanktioner vid karteller men frågan var om kriminalisering eller införandet av nya administrativa sanktioner var lösningen. Verket framhöll att det fanns risk för att företag medvetet skulle väga de förväntade intäkterna för överträdelsen mot de eventuella kostnader som en upptäckt skulle innebära, vilket skulle resultera i att konkurrensskadeavgiften enbart fick en begränsad preventiv verkan. En kriminalisering på området skulle enligt konkurrensverket motverka denna problematik.⁶⁵

Rapporten ledde till att Kartellbekämpningsutredningen tillsattes, vars uppgift var att utreda effektiviteten av gällande sanktioner inom konkurrensrätten och om det förelåg behov av en omvärdering av beslutet att avkriminalisera som låg till grund för 1993 års konkurrenslag.⁶⁶ Utredarna kom fram till att det, trots att överträdelser av allvarlig art kunde motivera fängelsestraff, förelåg fler argument som talade emot kriminalisering. Utredarna pekade bland annat på att konkurrensskadeavgiften endast varit i bruk en kort period, att kriminalisering skulle kräva omfattande resurserna och att en kriminalisering som komplement till konkurrensskadeavgiften kunde strida mot principen om *ne bis in idem*, det vill säga dubbelbestraffning. Det framhövdes även att införandet kunde leda till komplikationer inom samarbetet med EU. Utredningen resulterade i att ett återinförande av kriminalisering inte ansågs vara nödvändig.⁶⁷

Debatten återupptas 2002 då Riksdagens näringsutskott behandlade regeringens proposition gällande bland annat frågan om kriminalisering.⁶⁸ Utskottsarbetet leder fram till argumentet att kriminalisering kunde vara ett användbart verktyg vid allvarliga överträdelser av konkurrenslagen och här används samma grunder som tidigare anfördes av Konkurrensverket. Med anledning härav tillsätts 2003 Moderniseringsutredningen av regeringen, vars uppgift var att lägga fram en tydlig lagstiftningsmodell. Moderniseringsutredningen slår dock fast att kronvitnesssystemet inte skulle appliceras i

⁶⁵ Konkurrensverkets rapportserie 2000:1.

⁶⁶ SOU 2006:99. s.515 f.

⁶⁷ SOU 2001:74. s.139 ff.

⁶⁸ Betänkande 2001/02:NU16.

Sverige om kriminalisering införs.⁶⁹ Istället ska principen om obligatorisk åtalsplikt fortsätta att gälla i landet.⁷⁰ Vidare antogs att en kriminalisering på området skulle hämma effektiviteten av eftergiftsprogrammet. Utredarna menade att programmets funktion att avslöja karteller skulle gå förlorat om individer som lämnade information sedan skulle riskera enskilda straffrättsliga sanktioner.⁷¹ Ett flertal remissinstanser, inklusive konkurrensverket, avstyrkte med anledning av den hämmande effekten på eftergiftsprogrammet förslaget att återinföra kriminalisering.⁷²

Debatten kring kriminalisering avstannar i Sverige och 2008 införs som tidigare nämnts näringsförbudet. Idag 2015 börjar debatten återigen ta fart i Europa och fler och fler europeiska länder resonerar kring personligt straffrättsligt ansvar vid kartellverksamhet. I skrivande stund pågår en utredning i Finland kring kriminalisering vid konkurrensöverträdelser.⁷³

4.2.2 Den engelska lösningen

I den tidigare diskussionen som förts i Sverige framkommer fyra huvudargument som talar emot införandet av straffrättsliga sanktioner i vårt land. Dessa består av att införandet skulle (i) strida mot principen om *ne bis in idem*, (ii) komplicera samarbetet inom EU, (iii) ta stora resurser i anspråk samt (iv) hämma effektiviteten i eftergiftsprogrammet på grund av att Sverige vidhåller principen om obligatorisk åtalsplikt och inte vill införa ett kronvitnesssystem.

Det engelska konkurrensrättsliga sanktionssystemet har fått mycket positiv kritik och anses på många håll vara en perfekt kombination mellan straffrättsliga och administrativa sanktioner för att säkerställa en efterlevnad av kartellförbuden.⁷⁴ I Sverige har vi på individnivå valt att endast ha ett liknande administrativt

⁶⁹ SOU 2006:99, s.518 f.

⁷⁰ RB 20 kap. 6§.

⁷¹ SOU 2004:131, s.271 f.

⁷² SOU 2006:99, s.522.

⁷³ Konkurrens- och konsumentverket <http://www2.kkv.fi/Page/1770b8e9-89f5-4687-8164-61f7fea31975.aspx?groupId=86866271-31e6-434d-b1ff-97e2716770d4&announcementId=c9dbcf18-08df-484e-a685-7bbfca72a8b> (Hämtad 2015-04-27)

⁷⁴ Wils. *Is Criminalization of EU competition law the answer?* s.152 f.

sanktionssystem genom näringsförbudet. Vid en jämförelse med det engelska straffrättsliga sanktionssystemets uppbyggnad kan möjligen diskuteras om de svenska argumenten emot kriminalisering håller.

Principen *ne bis in idem* är en grundläggande princip inom straffrätten och innebär att ingen ska bli prövad eller riskera att bli straffad för samma brott två gånger.⁷⁵ I den svenska debatten har det gjorts gällande att det skulle stå i mindre god överensstämmelse med principen att införa straffansvar för överträdelser av kartellförbudet som redan är sanktionerade med konkurrensskadeavgiften.⁷⁶ Detta gjordes även gällande i den engelska debatten innan införandet av kartellbrottet. Vid införandet togs ställningstagandet att en straffrättslig sanktion inte anses strida mot principen *ne bis in idem* då det är två olika rättssubjekt som straffas i det engelska konkurrensrättssystemet. Medan det är det överträdande företaget som kan bli föremål för sanktionsavgifter enligt Prohibition I och art 101 FEUF är det istället den överträdande individen som kan bli föremål för kartellbrottet och den straffrättsliga sanktionen.⁷⁷

Problematiken med det EU-rättsliga samarbetet framhövdes framförallt i Kartellbekämpningsutredningen⁷⁸ samt i konkurrensverkets yttrande till Moderniseringsutredningen.⁷⁹ Sedan dess har OECD kommit med rapporter som råder sina medlemsländer att införa straffrättsliga sanktioner mot individer i länder där det skulle vara förenligt med sociala och rättsliga normer. Rapporten pekar även på en trend mot en acceptans av straffrättsliga individuella sanktioner kan leda till ett mer effektivt arbete mot kartellsamarbeten.⁸⁰ Argument kring försvårat samarbete försvagas när fler och fler länder inför kriminalisering och acceptansen bland medlemsländerna förväntas därför öka.⁸¹

⁷⁵ Nationalencyklopedin. Sökord: *Principen Ne bis in idem*.

⁷⁶ SOU 2002:74 s. 140 f.

⁷⁷ Furse. *The Cartel Offence*. s.82 f.

⁷⁸ SOU 2001:74, s.139 f.

⁷⁹ SOU 2006:99, s.522.

⁸⁰ OECD Reports. *Hard core cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*. s. 26 ff.

⁸¹ Whelan. *Report Examining the Desirability of Introducing Criminal Sanctions for Cartel Activity*. s. 65.

Det är en utbredd uppfattning att införandet av straffrättsliga sanktioner innebär ett högre ianspråktagande av resurser,⁸² även de som argumenterar för kriminalisering på området håller med om detta.⁸³ Det ska noteras att införandet av straffrättsliga sanktioner vid kartellverksamhet kanske endast visar resultat i ett längre perspektiv, det vill säga först efter en tid och ska därför ses som en långsiktig investering.⁸⁴ Argumentet gällande ökade kostnader ter sig svårt att bestrida. Däremot kan en sådan investering vara fördelaktig med hänsyn till OECD:s rapport om Europa går mot kriminalisering.⁸⁵ Härvid bör även tas i beräkning att ett upprätthållande av ett administrativt sanktionssystem också tar resurser i anspråk och att upprätthålla en sanktion som ej är tillräckligt effektiv inte heller är ekonomiskt försvarbart.⁸⁶

Motståndet mot kronvitnesssystem i Sverige har i den tidigare diskussionen varit ett av de starkaste argumenten emot kriminalisering. Det har diskuterats både i Sverige och i utlandet att ett införande av straffrättsliga sanktioner utan kronvitnesssystem kan leda till hämmad effektivitet av eftergiftsprogrammet. Genom att individer riskerar att personligen åtalas minskar incitamentet att träda fram och erkänna kartellsamarbeten. I Sverige råder principen om obligatoriskt åtalsplikt⁸⁷ vilken syftar till att främja allas likhet inför lagen.⁸⁸ På grund av denna grundläggande princip har det i flera olika utredningar klargjorts att ett kronvitnesssystem inte kan införas i Sverige.⁸⁹ Straffrättsliga sanktioner utan ett kronvitnesssystem kommer att hämma eftergiftsprogrammet vilket leder till en minskning av upptäckten av karteller och leder till en motsatt effekt än vad som önskas. Som tidigare beskrivits återfinns inte kronvitnesssystemet i många europeiska länder, inte heller i England.⁹⁰ Denna avsaknad har inte varit ett hinder för att införa en kriminalisering. I engelsk rätt har istället införts *no action letters* vilket är ett slags eftergiftsprogram för individer.⁹¹ Om vi ser till den engelska modellen finns alltså en möjlighet att kringgå kronvitnesssystemet genom att

⁸² Se avsnitt 4.1.2.

⁸³ Whelan. *Report Examining the Desirability of Introducing Criminal Sanctions for Cartel Activity*. s. 15.

⁸⁴ Ibid. s. 73.

⁸⁵ OECD Reports. *Hard core cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*. s. 28 f.

⁸⁶ Whelan. *Report Examining the Desirability of Introducing Criminal Sanctions for Cartel Activity*. s. 18.

⁸⁷ Se avsnitt 4.2.1.

⁸⁸ SOU 2005:117 s. 61.

⁸⁹ SOU 1986:14 del 2 s. 452 samt prop. 1987/88:120 s.92.

⁹⁰ Furse. *The Cartel Offence*. s. 70.

⁹¹ Se avsnitt 3.2.2.

upprätta ett undantag för åtalsplikten. Även detta har diskuterats i de svenska förarbetena där det framhålls att de nuvarande undantagen avseende åtalsplikten, t.ex. åtalseftergift, tar sikte på att rättsväsendets resurser inte ska tas i anspråk i onödan. Vidare framhålls att åtalsimmunitet är av en annan karaktär än de befintliga undantagen vilket skulle kunna ses som en inskränkning i grundprincipen om allas likhet inför lagen.⁹² Wils menar istället att principen om åtalsplikt endast förbjuder åtalsimmunitet och inte straffimmunitet. Huvudsyftet, det vill säga likabehandling, kan fortfarande uppnås med ett transparent system.⁹³ Ovanstående resonemang synes tyda på att möjligheten finns att införa straffrättsliga sanktioner i Sverige utan att efterge likabehandlingsprincipen.

Både Sverige och England har unika rättssystem som ser olika ut. En jämförelse måste göras med försiktighet. I ovanstående jämförelse med det engelska systemet har t.ex. inte tagits i beaktande storleken på ländernas jurisdiktion. I ett litet land som Sverige skiljer sig naturligtvis förutsättningarna från dem i ett större land som England. Ändå finns det likheter i ländernas konkurrensrättsliga rättsfigur som pekar på att Sverige skulle kunna kringgå dessa hinder, på samma sätt som England, och införa straffrättsliga sanktioner.

⁹² SOU 2005:117 s. 61f.

⁹³ Wils. *Efficiency and Justice in Europe Antitrust Enforcement*. s.143 ff.

5 Avslutande analys

Ett införande av straffrättsliga sanktioner antas ha en avskräckande effekt på potentiella konkurrensrättsliga överträdare och bidrar därför till en effektiv efterlevnad av de konkurrensrättsliga reglerna. Det är OECD:s inställning att denna efterlevnad är viktig då karteller är oerhört destruktiva för både konsumenter och den fria marknaden. Fördelarna med kriminalisering bör dock ses med försiktighet. Då empirisk data saknas som bevisat effektiviteten blir detta just ett antagande. Ett införande medför också ökade kostnader varför det fortsatt finns tvekan om det är önskvärt att kriminalisera området i Sverige.

Avsaknaden av empirisk bevisning visar att länder som använder sig av straffrättsliga sanktioner gör det på grund av att de har uppfattningen om att företagssanktioner inte ensamt kan försäkra tillräcklig avskräckning och att straffrättsliga påföljder anses vara ett användbart verktyg i arbetet mot karteller. En viktig förutsättning vid en introduktion är att de straffrättsliga sanktionerna accepteras i landets rättssystem. Att införa en kriminalisering utan att sådana förutsättningar är uppfyllda bedömes inte vara hållbart. Det har i den svenska diskussionen framkommit att inställningen till straffrättsliga sanktioner för överträdelser av kartellförbudet inte är särskilt negativ. De flesta utredningarna som skedde under 2000-talet kom fram till att kriminalisering kunde motiveras vid överträdelser av allvarlig art såsom vid karteller. Däremot ansågs det föreligga hinder i det svenska systemet, framförallt i förhållande till likabehandlingsprincipen och principen om dubbelbestraffning, vilket resulterade i att ett införande inte ansågs motiverat. Som uppsatsen tidigare behandlat så har den engelska konkurrensrätten visat ett sätt att kringgå dessa hinder. Denna ändå tämligen positiva inställning till införandet av straffrättsliga påföljder samt den engelska rättens lösning talar ändå för att en kriminalisering inte är en omöjlighet i Sverige.

De viktigaste argumenten för kriminalisering tar främst sikte på en jämförelse mellan den straffrättsliga individuella sanktionen och ekonomiska sanktioner som riktar sig mot företag, vilket bland annat framkommer i Wils första argument. Där framhävs den straffrättsliga sanktionens effektivitet i förhållande till de ekonomiska sanktionerna som

riktas mot företag vilka ofta blir orimligt höga i strävan att nå optimal nivå. Den europeiska debatten, där denna argumentation hör hemma, rör frågan om huruvida man bör införa individuella sanktioner överhuvudtaget. I Sverige har det införts ett näringsförbud som riktas mot individen varför i förevarande uppsats diskussionen istället handlar om huruvida straffrättsliga sanktioner bör införas i Sverige. Det får anses stå klart att enbart ekonomiska sanktioner mot företag aldrig kan bli tillräckliga vilket sammantaget får anses medföra att en individuell sanktion bör införas. Detta är också vad OECD rekommenderar. Vid en jämförelse med de fördelar som framförts för kriminalisering och de effekter som framförts avseende näringsförbud framkommer många likheter. Båda sanktionsmöjligheterna anses sända en stark signal till samhället att kartellverksamheter inte accepteras. Genom att rikta sig mot individer ger båda sanktionerna incitament till enskilda personer att samarbeta med konkurrensverket. Båda sanktionerna anses också motverka uppkomsten av kartellverksamheter då de riktar sig mot företagsledningen i ett företag. Båda sanktionsmöjligheterna kan alltså anses ha både en allmänpreventiv och en handlingsdirigerande effekt, vilket talar för att det kan vara tillräckligt att välja en av dem. Argumenten för kriminalisering talar alltså främst för att sanktioner riktade mot individer är nödvändiga men det talar nödvändigtvis inte mer till förmån för straffrättsliga sanktioner än för en administrativ sanktion såsom näringsförbudet. Det essentiella synes vara att det finns en sanktion som överhuvudtaget riktar sig mot individer som ett komplement till konkurrensskadeavgiften mot företagen. Vilket vi i Sverige har i form av näringsförbudet.

Problemet med kartellens dolda karaktär verkar påverka diskussionen om både den administrativa sanktionen näringsförbud och den straffrättsliga sanktionen eftersom det framstår vara nästintill omöjligt att empiriskt bevisa effekten av dessa sanktioner. Om det godtas, såsom det kan antas av resultatet av den svenska debatten, att näringsförbudet och det frihetsberövande straffet medför tämligen lika effekter samt att det viktiga är att det finns en individuell sanktion på området så får det nuvarande näringsförbudet för tillfället anses tillräckligt i sitt syfte att avskräcka från konkurrensrättsliga överträdelser såsom kartellverksamheter.

Det går att problematisera näringsförbudets tillräcklighet i den svenska rätten genom dels förhållandet att näringsförbudet ännu inte används, dels att personkretsen inte är tillräckligt omfattande. Vad gäller det förstnämnda så får näringsförbudets avskräckande effekt antas bero av hur effektivt konkurrensmyndigheten verkställer sanktionen. Om befintliga sanktioner inte används så kommer till slut den avskräckande effekten förlora sin kraft. Hotet om en påföljd kan självklart vara avskräckande men om det aldrig i praktiken verkställs kan den preventiva verkan urvattnas. Då det kommer till omfattningen av personkretsen har den engelska rätten lyckats utvidga kretsen genom att använda sig av *shadow directors* som då möjliggör att näringsförbudet även omfattar aktieägare och närstående som utövar influenser över företagsledningen att engagera sig i kartellsamarbeten.

Sammanfattningsvis kommer uppsatsen fram till att införandet av straffrättsliga sanktioner i Sverige är möjligt då det engelska systemet visar att det går att konstruera en rättsfigur som undviker problematiken med principen om dubbelbestraffning och likabehandlingsprincipen. Trots möjligheten dras slutsatsen att det för tillfället ändå inte är önskvärt. Då det inte går att empiriskt bevisa att en straffrättslig sanktion får effektivare genomslagskraft än näringsförbud synes det inte vara motiverat att i dagsläget införa straffrättsliga sanktioner riktade mot individer vid kartellsamarbeten då detta dels kräver omfattande processrättsliga förändringar, dels kräver att stora resurser tas i anspråk. Även om näringsförbudet ännu inte utnyttjats får det antas att hotet om näringsförbudet har en tillräckligt avskräckande effekt. Det synes som den svenska diskussionen för närvarande har stannat härvid.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Lagstiftning

Konkurrenslag (2008:579).

Lag (1986:436) om näringsförbud.

Rättegångsbalk (1942:470)

Statens offentliga utredningar

SOU 1986:14 *Om straffskalor, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning mm.*

SOU 2001:71 *Kartellbekämpningsutredningen*

SOU 2004:131 *Konkurrensbrott – en lagstiftningsmodell*

SOU 2005:117 *Ett effektivare brottmålsförfarande – några ytterligare åtgärder*

SOU 2006:99 *En ny konkurrenslag*

Regeringens propositioner

Prop. 1987/88:120 *Om ändringar i brottsbalken mm. (straffmätning och påföljdsval)*

Prop. 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning*

Prop. 2007/08:135 *Ny Konkurrenslag mm.*

Betänkande

Betänkande 2001/02:NU16 *Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning, m.m.*

EU

Fördraget om europeiska unionens funktionssätt (Konsoliderad version) 2012/C 326/01

England

Company Director Disqualification Act 1986

Competition Act 1998

Enterprise Act 2002

Publikationer

Konkurrensverkets allmänna råd om näringsförbud vid överträdelser av

konkurrensreglerna KKVFS 2010:1

Konkurrensverkets rapportserie 2000:1. *Konkurrensen i Sverige under 90-talet: problem och förslag.*

Konkurrensverkets Årsredovisning 2014

OECD *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels.* (1998)

OECD Reports. *Hard core cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation.* (2005)

Litteratur

Böcker

Dignam, Alan. Lowry, Johan. *Company Law.* 5 uppl. Oxford: Oxford University Press 2008

Furse, Mark. Nash, Susan. *The Cartel Offence.* Oxford: Hart 2004

Furse, Mark. *Competition Law of the EC and UK.* 6 uppl. Oxford: Oxford University Press 2008

Karlsson, Johan. Östman, Marie. *Konkurrensrätt – en handbok.* 5 uppl. Stockholm: Karnov Group Sweden AB 2014

Korling, Fredrik. Zamboni, Mauro. (red.) *Juridisk Metodlära.* Lund: Studentlitteratur 2013

Whish, Richard. Bailey, David *Competition Law.* 7 uppl. Oxford: Oxford University Press 2012

Wils, Wouter. *Efficiency and Justice in Europe Antitrust Enforcement* Oxford: Hart Publishing 2008

Artiklar

Norberg, Sven. *Konkurrenskrönika*, Europarättslig tidskrift 2008 del 2

Reindl, Andreas. *How strong is the case for criminal sanctions in cartel cases?* s.110-129. Criminalization of Competition Law Enforcement – Economic and Legal Implications for the EU Member States. Edited by Cseres, Katalin J – Schinkel, Maarten Pieter – Vogelaar, Floris O.W. Edward Elgar Publishing. Cheltenham. 2006.

Whelan, Peter. *Report Examining the Desirability of Introducing Criminal Sanctions for Cartel Activity*. Submitted to the Finnish Competition and Consumer Authority. University of Leeds. April 2014

Wils, Wouter P.J. "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?" *World Competition* (28)2: 117-159, 2005.

Övriga källor

Konkurrens- och konsumentverket. *Utredning om kriminalisering av karteller presenterades för intressegrupper*. <http://www2.kkv.fi/Page/1770b8e9-89f5-4687-8164-61f7fea31975.aspx?groupId=86866271-31e6-434d-b1ff-97e2716770d4&announcementId=c9dbcf18-08df-484e-a685-7bbfbc72a8b>
(Hämtad den 2015-04-27)

Konkurrensverkets hemsida. *Näringsförbud vid kartellöverträdelser*
<http://www.kkv.se/konkurrens/sanktioner/naringsforbud-for-kartellovertradelse/>
(Hämtad 2015-04-15)

Strömholm, Stig. *Principen Ne bis in Idem*. Nationalencyklopedin.
<http://www.ne.se/ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/1%C3%A5ng/ne-bis-in-idem> (Hämtad den 2015-05-11)

Witt, Hanna (Avdelningschef, Konkurrensverket Stockholm) E-mail till författaren. 22 april 2015