



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Frida Persson

Skadeståndstalan för överträdelser av
konkurrensrättsliga bestämmelser - särskilt
angående det kommande EU-direktivet

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: David Reidhav

Termin: HT 2015

Innehållsförteckning

SUMMARY		1
SAMMANFATTNING		3
FÖRKORTNINGAR		5
1	INLEDNING	6
	1.1 Syfte	7
	1.2 Frågeställningar	7
	1.3 Avgränsning	7
	1.4 Metod och perspektiv	8
	1.5 Material och forskningsläge	9
	1.6 Disposition	10
2	SKADESTÅND VID KONKURRENSRÄTTSLIG ÖVERTRÄDELSE I SVERIGE OCH EU	11
	2.1 Förhållandet mellan EU och svensk rätt	11
	2.2 Skadeståndets funktioner	12
	2.3 Skadestånd enligt EU-rätt	12
	2.4 Sveriges lagstiftning	13
	2.4.1 Materiella regler	13
	2.4.2 Utveckling av skadeståndsmöjligheten	13
	2.4.3 Förslag till bevisundersökning	13
	2.4.4 Praxis	14
	2.4.5 Skadeståndsberättigad	14
	2.4.6 Konkurrensskada	15
	2.4.7 Skadeståndsberäkning	15
	2.4.8 Möjlighet till bevisanskaffning	15

	2.4.9	Bevisbörda	16
	2.4.10	Krav på uppsåt eller oaktsamhet	17
3		SKADESTÅNDSDIREKTIVET	18
	3.1	Direktivets framväxt	18
	3.1.1	Grönboken	18
	3.1.2	Vitboken	19
	3.2	Direktivets syften	19
	3.3	Direktivets innehåll	20
	3.3.1	Rätt till full ersättning	20
	3.3.2	Möjlighet till editionsföreläggande	20
	3.3.3	Besluts rättskraft	23
	3.3.4	Skadepresumtion och beräkning av skada	24
	3.3.5	Solidariskt ansvar	25
	3.3.6	Preskriptionsfrist	26
	3.3.7	Frånvaro av uppsåt- eller oaktsamhetskrav	26
4		SKADESTÅNDSPROCESSER UR EN EKONOMISK ASPEKT	28
	4.1	Economic man och nyttomaximering	28
	4.2	Förväntade nyttan av en skadestånds- process	28
	4.3	Olika förhållningssätt till risk	29
	4.4	Direktivets förväntade inverkan på economic man	30
5		ANALYS - ÄR DIREKTIVET EFFEKTIVT?	31
6		SLUTSATS OCH AVSLUTANDE TANKAR	33

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	35
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	40

Summary

In spite of the fact that the European Court of Justice and Swedish law have established that any citizen or business suffering harm following a breach of the competition law should be able to obtain damages from the infringing party, damages have only rarely been awarded. Threefold damages and easier access to evidence, such as fishing expeditions in the American antitrust law, make private enforcement in the U.S more attractive than in the EU. In a study carried out in 2004-2005 for the Commission, private enforcement of the EU competition rules through private damages actions was found to be in a state of underdevelopment. For a long time, the EU worked hard to make it easier for victims who are unfairly infringed by the competition law to require damages. The Directive on antitrust damages actions was finally adopted by the Council in 2014, and Member States will have two years to implement it in their national legal systems. The purpose of this bachelor thesis is to describe the possibility for private enforcement, how the legal position will be changed by the Directive and if the Directive is effective. At present, Swedish law provides for useful possibilities, but nevertheless the Directive will bring a number of modifications, worth noticing by legislators, businesses and individuals. The Directive provides a framework for production of documents, but not of the same considerable proportions as exist in American competition law. An important change about legal force, is that a final infringement decision of a national competition authority will constitute a fully applicable body of proof in the civil courts. The agreed Directive also changes the burden of proof, because it establishes a incontrovertible presumption that cartels cause harm. Likewise, the Swedish regulations about joint liability and the start of a period of limitation will have to be modified. The Swedish demands on intentional or negligent acts have no similarity in the Directive, and, for that reason, a change is needed. Considering harm and damage presumptions, and an easier acquisition of evidence, the probability of success in damage cases in the competition law will rise. An increased probability of success

means an increased expected value of a trial, and therefore advance more claims for infringement of the competition law could be expected.

Sammanfattning

Trots att tydlig praxis från EU-domstolen och stadganden i svensk lag sedan länge fastslår möjligheten till skadestånd för privata aktörer vid konkurrensrättsliga överträdelser har skadeståndsbestämmelserna inte fått något större genomslag i Europa. Situationen ser annorlunda ut i det amerikanska rättssystemet där private actions är betydligt vanligare, då den amerikanska antitrusträtten möjliggör för en mer omfattande bevisanskaffning och utdömer trefaldigt skadestånd. EU-kommissionen har under lång tid arbetat med att underlätta för privata aktörer att tillvarata sin rätt till ersättning. Först 2013 gavs ett förslag till ett direktiv om skadeståndstalan för överträdelser av konkurrensrättsliga bestämmelser. Direktivet ska implementeras i medlemsstaterna senast 27 december 2016, i syfte att garantera att skadelidande ska kunna få full ersättning för skadan i samtliga medlemsstater. Uppsatsen har till syfte att redogöra för hur möjligheten till skadestånd för konkurrensrättsliga överträdelser ser ut i dagsläget, hur rättsläget kommer påverkas av direktivet, samt huruvida direktivet är effektivt. Svensk rätt ger en relativt vidsträckt möjlighet för en skadelidande att kräva skadestånd, med en omfattande krets av skadeståndsberättigade och bestämmelser som underlättar bevisanskaffning och skadeståndsberäkning. Direktivet kommer dock innebära förändringar som får anses värda att observeras av både lagstiftare, företag och enskilda individer. En viktig nyhet angående rättskraft är att beslut från konkurrensmyndigheten utgör presumtion för konkurrensrättsliga överträdelser, något som i dagsläget i svensk rätt endast utgör bevisverkan. Ytterligare en bestämmelse i direktivet som kommer förändra bevisbördan i svensk rätt är presumtionen för skadestånd vid otillåtna kartellöverträdelser. De nuvarande svenska bestämmelserna om solidariskt ansvar kommer också att behöva modifieras, likaså stadgandet om preskriptionsfristens start. Direktivet innehåller inget krav på att det konkurrensbegränsande beteendet ska ha skett uppsåtligt eller culpöst, vilket är en olikhet i förhållande till den svenska konkurrenslagen som ställer upp sådana krav för

skadeståndsansvar. Med tanke på skade- och skadeståndspresumtioner samt underlättad bevisanskaffning ökar sannolikheten att vinna ett skadeståndsmål och således också den förväntade nyttan av ett käromål, och det är därför möjligt att fler skadeståndsprocesser uppammas på konkurrensrättens område.

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
KKV	Konkurrensverket
KL	Konkurrenslag (2008:579)
Kommissionen	Europeiska Unionens Kommission
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
OSL	Offentlighets- och sekretesslag (2009:400)
Prop.	Regeringens proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordningen (1949:105)
TR	Tingsrätten
U.S	The United States of America

1 Inledning

Konkurrensbegränsande åtgärder kostar EU flera miljarder euro varje år. Fungerande konkurrensregler är en viktig byggsten för att den inre marknaden ska upprätthållas och kontrolleras av privaträttslig- respektive offentligrättslig övervakning. I Sverige och EU har övervakningen traditionellt utgjorts främst av offentliga aktörer i form av myndighetskontroll, medan den privata övervakningen genom skadestånd spelat en mindre roll.¹ Samtidigt har det konstaterats att privat övervakning krävs för att reglerna ska få full effekt.²

Idag finns påtagliga skillnader mellan medlemsstaternas regler om skadeståndstalan vid konkurrensöverträdelser, vilket kan leda till orättvis behandling av både skadelidande och konkurrensfördel för företag som är verksamma i en medlemsstat med mer eller mindre fördelaktiga regler. Detta inverkar i sin tur negativt på konkurrensen och den inre marknads funktion. Trots att både EU-domstolen och svensk rätt påvisar skadelidandes rätt till ersättning för skada till följd av brott mot konkurrensbestämmelser förefaller det vara svårt att erhålla skadestånd till följd av en konkurrensrättslig överträdelse.

Hösten 2014 antog Europaparlamentet och Rådet ett direktiv om konkurrensrättslig skadeståndstalan, fortsättningsvis benämnt direktivet, vilket ska vara genomfört i medlemsstaterna senast den 27 december 2016.³ Unionen har genom direktivets konkreta regler tagit ett stort steg mot harmonisering av ett viktigt skadeståndsrättsligt område, vars regler har till syfte att bland annat garantera skadelidande ersättning för skadan denne lidit.

¹ Wils Wouter P.J, *The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*, European Commission, London, 2008, s. 10.

² Mål C-6&9/90, Francovich, p. 33.

³ Direktiv 2014/104/EU av 26 nov. 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser.

1.1 Syfte

Konkurrenslagen (2008:579) har länge innehållit uttryckliga skadeståndsbestämmelser, men trots detta har antalet domstolsprövningar på området varit ytterst begränsat. Ett syfte med arbetet är därför att utreda om skadeståndsdirektivet kommer leda till fler processer samt vad det i övrigt kommer innebära för konsekvenser för olika delar av samhället och för svensk rätt. Jag har också till syfte att granska och klargöra hur möjligheten till skadeståndsanspråk ser ut i dagsläget, för att sedan jämföra det med den förväntade situationen efter direktivets implementering. En sådan konsekvensanalys är viktig för enskilda konsumenter och företag men också för lagstiftaren, yrkesverksamma jurister och samhället i övrigt då direktivet kan påkalla annorlunda handlande. För att konkurrensreglerna ska få full effekt och således upprätthålla den inre marknaden är det viktigt att klargöra skadeståndsmöjligheterna och på så sätt göra berörda parter medvetna om rättsläget.

1.2 Frågeställningar

- Hur ser möjligheten till skadestånd ut med avseende på konkurrensrättsliga överträdelser enligt svensk rätt och enligt EU-rätt?
- Vad innebär direktivet och vad kommer dess implementering få för konsekvenser?
- Är direktivet effektivt?

1.3 Avgränsning

Artiklarna 101 och 102 i FEUF är två centrala förbudsregler som har motsvarighet i den svenska konkurrenslagen, vars överträdelser är avgörande för att skadestånd ska aktualiseras. Förbudsreglerna kommer i brist på utrymme endast nämnas kortfattat och jag vill därför poängtera att det är viktigt att komma ihåg deras relevans för skadeståndsmålen. I arbetet

kommer jag främst fokusera på det svenska rättsläget samt EU-rätten. Likaså kommer jag i min konsekvensanalys främst ta sikte på eventuella konsekvenser som kan vara av intresse för svenska parter och lagstiftare. Enligt vad som framgår nedan har den amerikanska antitrustlagstiftningen varit en inspirationskälla till EU:s förslag till att främja ökat bruk av konkurrensrättsliga skadeståndsmål och därför kommer även amerikansk skadeståndsrätt vid konkurrensrättsliga överträdelser att beröras i begränsad omfattning.

Direktivet innehåller bestämmelser om skadestånd vid övervältring av kostnader. Av utrymmesskäl kommer dock den omdiskuterade frågan angående i hur många led från den ursprungliga transaktionen en ersättning ska godtas, inte behandlas i närmare.⁴

Jag vill också poängtera att skadestånd inte är den enda åtgärden som överträdare av konkurrensreglerna kan drabbas av. Konkurrensvårdande myndigheter kan som offentliga aktörer, med stöd av 3 kap KL, meddela ålägganden mot företag, förelägga om konkurrensskadeavgift, meddela näringsförbud samt verksamhetsförbud. Jag har dock valt att endast behandla skadeståndet, som är en civilrättslig talan förd av en privat aktör.

Skadeståndsdirektivet är den första styrinrättningen EU gör angående skadestånd på konkurrensrättens område. Att jämföra verkningar och konsekvenser från direktiv på andra rättsområden anser jag därför inte relevant då konsekvenser kan te sig olika beroende på vilket område som regleras.

1.4 Metod och perspektiv

Mitt val av metod motiveras av uppsatsens frågeställning. Jag kommer använda mig av en rättsdogmatisk metod, en deskriptivnormativ metod där rättsregler och dess struktur beskrivs utifrån olika rättskällor.

Rättsdogmatiken innefattar följaktligen också värderande ståndpunkter, dock inte moraliska sådana.⁵ Jag kommer analysera och tolka olika

⁴ För mer läsning hänvisas till Strand, Magnus, *The Passing-On Problem in EU Law Damages and Restitution*, Uppsala, 2015.

⁵ Peczenik, Aleksander. Juridikens allmänna läror, Svensk juristtidning 2005 s. 252.

rättskällor med juridisk relevans för att hitta grund för uppsatsens innehåll. Eftersom uppsatsen behandlar ett EU-direktiv används också en EU-rättslig metod, som är ett tillvägagångssätt för att hantera EU-rättsliga källor, när jag bearbetar material anknutet till EU. Jag kommer behandla direktivet ur ett konsekvens- och effektivitetsperspektiv i förhållande till näringslivet, enskilda samt svensk rätt, där jag utvärderar hur incitamenten för dessa parter kan förväntas förändras vid direktivets implementering. Redogörelsen för huruvida en skadeståndsprocess är rationell görs ur ett ekonomiskt perspektiv, då analysen har sin grund i teorin om *economic man*. Rättsekonomi är ett av rättsvetenskapens perspektivämnen, som går ut på att tolka juridiken utifrån ekonomiska termer i syfte att förstå rättens roll i samhällsekonomin.⁶

1.5 Material och forskningsläge

Jag kommer studera aktuell lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin från svensk rätt och EU-rätt för att komma fram till svaren på mina frågeställningar. Med tanke på att jag i uppsatsen bland annat ska redogöra för konsekvenserna av direktivet är själva direktivet och kommentarer kring detta angelägna. Eftersom direktivet kommer implementeras först 2016 är forskningsläget beträffande direktivet och dess tänkbara konsekvenser knapphändig. I doktrin och artiklar behandlas också skadestånd vid konkurrensrättsliga överträdelser ofta tillsammans med andra konkurrensrättsliga sanktioner. I samband med antagandet av direktivet har personer med hög dignitet på området samt regeringen kommenterat detta och rättsområdet på olika sätt. Bland annat har Ulf Bernitz, som är en framstående professor på området, samt ansedda advokater redogjort för direktivet och dess konsekvenser på svensk rätt. Dessa redogörelser har studerats. Vid läsning av artiklar och kommentarer på området är det dock viktigt att vara källkritisk och ha i åtanke i vilket syfte författaren eventuellt riktar artikeln. Denna uppsats skildrar direktivet mer ingående än vad tidigare forskning gjort, och har en ekonomisk aspekt som saknas på

⁶ Dahlman m.fl., *Rättsekonomi*, Lund, 2004, s. 9f.

området i dagsläget. Då konkurrensrätten har utvecklats och förändrats mycket sedan utgivningsåret av Nils Wahls bok från 2000 används endast delar av boken som fortfarande är relevanta. Avslutningsvis har litteratur som redogör för rättsekonomiska grunder använts.

1.6 Disposition

Avsnitt två inleds med att ge läsaren en kort inblick i förhållandet mellan EU och nationell rätt. Andra avsnittet fortsätter med en redogörelse för EU:s samt Sveriges tillämpliga skadeståndsbestämmelser för konkurrensrättsliga överträdelse. Det nyligen antagna direktivet kommer behandlas i avsnitt tre. Jag kommer redogöra för direktivets bakgrund, syfte och innehåll för att ge läsaren en förståelse för några av de centrala delarna av direktivet. Varje del i tredje avsnittet avslutas med en analys för att visa hur direktivet kommer påverka dagens rättsläge. Den ekonomiska aspekten vid en skadeståndsprocess kommer att behandlas i avsnitt fyra. Femte avsnittet innehåller en effektivitetsanalys där jag undersöker huruvida direktivet kommer uppnå sina syften. Uppsatsen avslutas med ett sjätte avsnitt med en slutsats där jag har till syfte att knyta an till de frågeställningar som ställdes i inledningen, och presentera arbetets resultat.

2 Skadestånd vid konkurrensrättslig överträdelse i Sverige och EU

2.1 Förhållandet mellan EU och svensk rätt

Av artikel 3.1 b) FEUF framgår att EU:s konkurrensregler hamnar under EU:s exklusiva kompetens, vilket innebär att medlemsländerna överlämnat befogenheten att lagstifta till EU. Ett direktiv är bindande med avseende på det resultat som ska uppnås, men överlåter åt nationella myndigheter att bestämma tillvägagångssättet för genomförandet.⁷ I EU-domstolens avgörande Van Gend en Loos konstaterades principen om EU-rättens direkta effekt, vilket innebär att medborgare i medlemsstaterna har en möjlighet att framföra rättsliga krav baserade på EU-rätt vid nationella domstolar.⁸ För att medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar samt kommissionen ska vara behöriga att tillämpa EU:s konkurrensregler krävs dock att det så kallade samhandelskriteriet är uppfyllt.⁹ Samhandelskriteriet är uppfyllt när ett samarbete eller förfarande märkbart kan påverka handeln mellan EU:s medlemsstater.¹⁰ I målet Marshall II framhålls principen att det inte ska vara praktiskt omöjligt eller överdrivet svårt att få skadestånd.¹¹

⁷ Artikel 288 FEUF.

⁸ Mål C-26/62, Van Gend en Loos.

⁹ Artiklarna 4-6 i rådets förordning (EG) 1/2003.

¹⁰ Mer om hur kriteriet bör tillämpas anges av kommissionen i *Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln*, EUT C 101, 2004, s 81. Jämför även EU-domstolens dom i målet Zielger, C-439/11P, där EU-domstolen fastslog att det inte krävs en faktisk påverkan för att kriteriet ska vara uppfyllt utan en risk är tillräckligt.

¹¹ Mål C-271/91, Marshall mot Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (II).

2.2 Skadeståndets funktioner

I propositionen till KL framhölls att skadeståndet har en reparativ och en preventiv funktion¹², vilket även ligger i linje med vad kommissionen påvisar angående skadeståndets funktion.¹³

2.3 Skadestånd enligt EU-rätt

Romfördraget slog vid sin tillkomst 1957 fast ett grundläggande förbud mot konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av dominerande ställning.¹⁴ Dessa materiella förbudsregler återfinns numera i artiklarna 101 och 102 FEUF. EU:s konkurrensrätt innehåller ingen uttrycklig skadeståndsbestämmelse, men utformningen av ett EU-rättsligt skadeståndsansvar grundlades i målet Francovich.¹⁵ I det principiellt viktiga målet Courage,¹⁶ fastslog EU-domstolen att part som lidit skada på grund av konkurrensbegränsande handlande kan anföra skadeståndsanspråk. En genomgripande förändring skedde 2003 när konkurrensförordningen¹⁷ trädde i kraft då de nationella konkurrensmyndigheterna fick en mer framträdande roll i förhållande till kommissionen, och incitament för enskilda att föra skadeståndstalan vid brott mot EU:s konkurrensregler skapades.¹⁸ I målet Manfredi fastslogs några år senare att var och en, alltså även indirekta köpare, har rätt att väcka skadeståndstalan både för faktiskt skada denne lidit samt för utebliven vinst.¹⁹ I ett färskt avgörande från EU-domstolen har skadeståndsansvaret utvidgats till att även omfatta skador som uppkommer för utomstående till följd av att dessa köpt produkter av företag som anpassat sin prissättning på grund av en förbjuden kartell.²⁰

¹² Prop. 1992/93:56 s. 34.

¹³ Kommissionen, Grönbok – Skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler, KOM/2005/672 slutlig, s 4.

¹⁴ Bernitz, Ulf och Lagerbäck, Anders, *Europarättens grunder*, 4 uppl., Stockholm, 2014, s 392f.

¹⁵ Mål C-6&9/90, Francovich.

¹⁶ Mål C-453/99, Courage Ltd mot Bernhard Crehan.

¹⁷ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

¹⁸ Lianos, Ioannis m.fl., *Damages claims for the infringement of EU competition law*, New York, 2015, s. 22.

¹⁹ Mål C-295-298/04, Manfredi mot Lloyd Adratico Assicurazioni m.fl.

²⁰ Mål C-557/12, Kone m fl mot ÖBB Infrastruktur AG.

2.4 Sveriges lagstiftning

2.4.1 Materiella regler

Skadeståndsbestämmelsen i 3 kap 25§ ger rätt till skadestånd vid konkurrensbegränsande samarbete enligt 2 kap 1§ och missbruk av dominerande ställning enligt 2 kap 7§, samt vid överträdelser enligt artiklarna 101 och 102 i FEUF.

2.4.2 Utveckling av skadeståndsmöjligheten

Möjligheten till skadeståndstalan för konkurrensrättslig överträdelse enligt svensk rätt infördes 1993. 2005 infördes ändringar i syfte att öka den reparativa funktionen och således incitamenten för skadelidande att väcka skadeståndstalan, genom att kretsen av skadeståndsberättigade utvidgades till att inkludera alla som lidit skada, även kunder och konsumenter.²¹ Vid lagändringen 2005 förlängdes även preskriptionstiden, och rätten till ersättning faller numera bort om talan inte väcks inom tio år från det att skadan uppkom.²² 2005 klargjordes dessutom möjligheten att väcka skadeståndstalan inte bara på grund av överträdelse av de svenska konkurrensreglerna, utan även vid överträdelse av artiklarna 101 och 102 i FEUF.²³

2.4.3 Förslag till bevisundersökning

I förarbetet till lagändringen 2005 diskuterades införande av en eventuell bevisundersökning. Bevisundersökning är en motsvarighet till den intrångsundersökning som finns inom immaterialrätten, där en påstådd skadelidande kan begära en undersökning hos ett företag för att samla in bevis. Förslaget underkändes dock då det bland annat ansågs riskera läckage

²¹ Prop. 2004/05:117 s. 27.

²² 3 kap 25§ 2 st KL.

²³ Prop 2004/05:117 s. 32ff.

av företagshemligheter och andra betydande skador hos det utsatta företaget.²⁴

2.4.4 Praxis

Trots förändringarna är praxis angående skadestånd för konkurrensöverträdelser knapphändig, och sedan ändringarna trädde i kraft 2005 har skadestånd endast utdömts i ett fall, Europe Invest Direct mot VPC.²⁵ Ett antal mål har dock blivit föremål för förlikning,²⁶ och det har även hävdats att skadestånd beviljats i flera skiljetvister.²⁷ Av svensk praxis att tyda har företag ofta väckt skadeståndsanspråk först efter att KKV:s eller kommissionens talan bifallits. Dock innebär inte en fastslagen konkurrensöverträdelse att skadelidande automatiskt får skadestånd. Det kan mot bakgrund av praxis också konstateras att parterna i flertalet fall är företag som har resurser att driva komplexa ärenden. Särskilt noterbart är att ärenden sällan aktualiserats av enskilda konsumenter och att möjligheten till grupptalan inte utnyttjats. Det är också värt att nämna att många svenska mål döms till karendens nackdel i brist på bevisning.²⁸

2.4.5 Skadeståndsberättigad

Enligt Ulf Bernitz ska både avtalsparter och utomstående tredje män anses skadeståndsberättigade.²⁹ Bernitz mening överensstämmer med en kommentar till KL som säger att skadeståndsberättigad i nuvarande lagstiftning ska bedömas enligt konkurrenslagens skyddsintresse, där

²⁴ Prop 2004/05:117 s. 39ff.

²⁵ Exempelvis mål T 34227-05 och T 32799-05.

²⁶ Se MD:s mål 2009:11 konkurrensverket./ NCC, PEAB, Grus & Asfalt, Svenska väg, dom 2009-05-28 och mål 2000:2, Statens Järnvägar ./ Konkurrensverket, dom 1 februari 2000.

²⁷ Andersson Helene och Legnerfält Elisabeth, *Skadestånd vid brott mot konkurrensreglerna – ligger svensk lagstiftning i framkant?* Europarättslig tidskrift nr 2, 2009, s. 298.

²⁸ Lidgard, Hans Henrik, Svensk Juristtidning, 2009, s. 36. Jämför även mål T8122-00, Weba Kemi AB./ Arla, ekonomisk förening, 9 oktober 2002.

²⁹ Bernitz, Ulf., *Svensk och europeisk marknadsrätt*, Stockholm, 2011, s. 241.

rättstillämparen får avgöra huruvida kausalitet föreligger mellan skadegörelsen och den som påstått sig lidit skada.³⁰

2.4.6 Konkurrensskada

För att skadestånd ska aktualiseras krävs att en part drabbats av ekonomiska förluster till följd av det konkurrensbegränsande beteendet. Skadelidande måste bevisa att skadan åsamkats genom otillåtna förfaranden. Det blir emellertid rättstillämparens uppgift att bedöma bevisen och uppskatta skadan till ett skäligt belopp. Rättstillämparen ska i övrigt avgöra målet utifrån allmänna skadeståndsrättsliga principer, exempelvis om solidarisk skadeståndsskyldighet.³¹

2.4.7 Skadeståndsberäkning

I förarbetena till 1993 års konkurrenslag konstaterades svårigheter i att beräkna en konkurrensskadas exakta omfattning. I fall där bevissvårigheter föreligger har rätten möjlighet att uppskatta skadan till ett skäligt belopp med stöd av 35 kap 5§ rättegångsbalken.³² Bristen på praxis innebär dock att det inte utvecklats några klara regler för skadeståndsberäkningen. Viss vägledning kan härledas ur praxis där före och efter-metoden samt jämförelsemetoden använts.³³

2.4.8 Möjlighet till bevisanskaffning

I editionsbestämmelsen i 38 kap 2§ rättegångsbalken (1942:740) föreskrivs att skriftlig handling som kan antas ha betydelse för ett mål måste tillhandahållas. Bevis i konkurrensrättsliga mål kan dock ofta vara

³⁰ Carlsson, Kenny och Bergman, Mats, *konkurrenslagen en kommentar*, Stockholm, 2015, s. 511.

³¹ Prop. 2004/05:117 s. 82ff.

³² Prop. 1992/93:56 s 96.

³³ För mer läsning om beräkningsmodellerna hänvisas till Wahl, Nils, *Konkurrensskada*, Stockholm, 2000, s 361ff. Jfr även mål T 34227-05 och T 32799-05.

besvärligt att hitta, då exempelvis en kartell inte sällan grundas i en muntlig överenskommelse. Det finns också risk att parterna i kartellen förnekar eller förstör avtalet. Fördenskull finns det i 5 kap 3§ KL en bestämmelse som ger KKV rätt att genomföra en platsundersökning för att utreda om konkurrensrättsliga överträdelser begåtts. Denna gryningsråd ska enligt proportionalitetsprincipen endast vidtas om fördelarna med ett intrång anses väga tyngre än nackdelarna för det undersökta företaget.

Föreläggandet om edition kan förenas med vite enligt 38 kap 5§ RB. Vidare kan den som förstör eller undanskaffar urkund straffas för hindrande av urkunds bevisfunktion, enligt 14 kap 4§ brottsbalken (1962:700).

Allmänna handlingars offentlighet uttrycks i 2 kap 1§ tryckfrihetsförordningen (1949:105). Om en uppgift i ärendeakten är sekretessbelagd, vilket inte sällan är fallet vid karteller, kan handlingsoffentligheten begränsas genom offentlighet- och sekretesslagen (2009:400).³⁴ En specifik sekretessregel som stipulerar sekretess angående uppgifter hänfödda till KKV:s utredning av överträdelser enligt konkurrensrättens förbudsregler återfinns i 17 kap 3§ OSL. Bestämmelsen syftar dock till att skydda interna handlingar i en pågående utredning och torde därför inte kunna åberopas som stöd för att inte lämna ut uppgifter när utredningen är avslutad.³⁵

2.4.9 Bevisbörda

Bevisbördan i mål om konkurrensrättsligt skadestånd ligger på den som påstår en överträdelse. Om det påstådda överträdande företaget därefter gör gällande att förfarandet är godtagbart har företaget bevisbördan för dessa omständigheter.³⁶

³⁴ 2 kap 2§ tryckfrihetsförordningen.

³⁵ Prop. 2001/02:69 s 14.

³⁶ Carlsson och Bergman, *Konkurrenslagen en kommentar*, a.a. s. 512.

2.4.10 Krav på uppsåt eller oaktsamhet

Enligt 3 kap 25§ första stycket KL är ett företag skyldigt att ersätta den skada som uppkommer när företaget uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder samarbets- eller missbruksförbudet i KL eller i EU-rätten. Enligt förarbeten ska uppsåtet eller oaktsamheten konstateras hos en person som handlar på företagets vägnar.³⁷ Nils Wahl menar dock att överträdelser av konkurrensrätten förutsätter en viss behörighet och att personer med underordnad ställning således inte kan vidta åtgärder som är konkurrensrättsligt relevanta.³⁸ Kravet på uppsåt eller oaktsamhet har enligt Wahl emellertid tunnats ut i praxis och ansvaret för överträdelser av konkurrensrätten är idag nästintill strikt.³⁹

³⁷ Prop. 1992/93:56 s. 31.

³⁸ Wahl, *Konkurrensskada*, a.a. s 214.

³⁹ Wahl, Nils, *Konkurrensverkets uppdragsserie*, 2006:3, s 18.

3 Skadeståndsdirektivet

3.1 Direktivets framväxt

Skadeståndsmål på konkurrensrättens område har länge utgjort en relativt underutvecklad del av rättsordningen. I den amerikanska antitrusträtten är läget helt annorlunda, då merparten av skadestånd av konkurrensrättsliga överträdelser i USA utgörs av så kallade *private actions* där käranden själva kräver ersättning för skador. I USA är en kärande normalt berättigad till skadestånd som uppgår till tre gånger den skada käranden lidit.⁴⁰ Mot bakgrund av läget i USA har tanken om ökat bruk av konkurrensrättsliga skadeståndsmål som ett sätt att öka efterlevnaden av de konkurrensrättsliga förbudsreglerna länge varit uppmärksammas inom EU. På grund av avsaknad av förordningar och regler i fördragstexten var rättsläget länge osäkert. Trots att gemenskapslagstiftningen gav uttryck för ett effektivt system för ersättningsanspråk visade en undersökning som gjordes 2004-2005 att skadestånd på grund av konkurrensrättsliga förbudsregler hade utgått till få skadelidande. Möjligheten att föra skadeståndstalan på basis av konkurrensöverträdelser varierade också i stor utsträckning mellan medlemsstaterna.⁴¹

3.1.1 Grönboken

Som ett led i arbetet med att förbättra tillämpningen och efterlevnaden av konkurrensreglerna tog kommissionen i en grönbok från 2005 upp villkoren för att väcka skadeståndstalan till följd av brott mot EU:s konkurrensregler. Syftet var att identifiera hinder i främjandet av skadeståndstalan och föreslå

⁴⁰ Lianos m.fl., a.a. s. 14 ff.

⁴¹ Waelbroeck, Denis m.fl., *Study on the conditions of claims for damages in case of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, Bryssel, 2004.

lösningar för att underlätta skadeståndstalan.⁴² Kommissionen påtalade i grönboken att både privat och offentlig tillämpning av konkurrensrättslagstiftningen är viktiga instrument för att skapa och upprätthålla en konkurrenskraftig ekonomi.

3.1.2 Vitboken

I den efterföljande vitboken, som presenterades 2008, föreslog kommissionen konkreta lagförslag i syfte att underlätta skadeståndstalan för överträdelser av konkurrensreglerna.⁴³ Det dröjde emellertid till 2013 innan kommissionen la fram sitt förslag till direktiv.

3.2 Direktivets syften

Kommissionen anser det nödvändigt att reglera koordineringen av privat tillämpning enligt civilrätten och offentlig tillämpning av konkurrensmyndigheterna för att säkerställa en maximal effekt av konkurrensreglerna.⁴⁴ Direktivets syften är således att säkerställa att den som lidit skada till följd av en konkurrensrättslig överträdelse ska kunna få full ersättning för skadan, samt att harmonisera möjligheterna att föra skadeståndstalan avseende konkurrensrättsliga överträdelser i medlemsstaterna.⁴⁵ Som rättslig grund använder EU artikel 114 FEUF om harmonisering av lagstiftning i syfte att främja den inre marknadens goda funktion.

⁴² Kommissionen, Grönbok – Skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler, KOM/2005/672 slutlig.

⁴³ Kommissionen, Vitbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler, KOM/2008/165 slutlig.

⁴⁴ Ingress 6 direktivet.

⁴⁵ Artikel 1 direktivet.

3.3 Direktivets innehåll

3.3.1 Rätt till full ersättning

Medlemsstaterna ska enligt direktivet säkerställa att varje skadelidande, oavsett om det föreligger ett direkt avtalsförhållande med företaget som överträtt förbudsreglerna eller ej, ska kunna erhålla full ersättning för både faktisk skada och utebliven vinst samt ränta. Direktivet är inte ett fullharmoneringsdirektiv då medlemsstaterna fortfarande kan inrätta förmånligare skadeståndsbestämmelser.⁴⁶ Direktivet syftar inte till att närma sig en amerikansk motsvarighet med trefaldigt skadestånd, då det föreskrivs att full ersättning inte ska medföra överkompensation.⁴⁷

Varje enskilds rätt till skadestånd för konkurrensrättsliga överträdelser är enligt vad som kan utläsas ovan redan uppfyllt i svensk rätt. Angående direktivets bestämmelser om rätt till full ersättning förtydligar de enbart den rätt en skadelidande redan har enligt EU-praxis,⁴⁸ och torde därför inte innebära någon förändring för svensk lagstiftning.

3.3.2 Möjlighet till editionsföreläggande

Ett generellt problem vid konkurrensrättslig skadeståndstalan är att skadelidande inte har tillgång till den dokumentation som är nödvändig för att kunna bevisa en konkurrensrättslig överträdelse eller skadans storlek. Genom direktivet införs relativt omfattande möjligheter för nationella domstolar att besluta om editionsföreläggande, vilket närmar sig common law-ländernas discovery-system där det finns stora möjligheter för käranden att ta del av svarandens bevismaterial.⁴⁹ Avsikten med direktivet är dock inte att tillåta fishing expeditions, där en part eftersträvar en stor mängd

⁴⁶ Artikel 3.1 och 3.2 direktivet.

⁴⁷ Artikel 3.3 direktivet.

⁴⁸ Se ovan s. 11, *Manifredi*.

⁴⁹ Artikel 5 direktivet, samt Wik, Christian. m.fl., *Skadeståndsdirektivet – en EU-rättslig expansion på civilprocessrättens område*, Europarättslig tidskrift nr 1, 2015, s. 126.

dokument för att kunna hitta värdefull information och som förekommer i amerikansk antitrustlagstiftning, utan direktivet kräver att domstolarna bör begränsa utlämnandet av bevis till det som kan anses proportionerligt.⁵⁰ Konkurrensmyndigheternas interna handlingar omfattas dock inte av direktivets bestämmelser,⁵¹ och information som begärs ut från konkurrensmyndigheten ska inte kunna utlämnas förrän ärendet avslutats.⁵² Medlemsstaterna är vidare skyldiga att införa sanktioner för underlåtenhet att fullgöra editionsplikten och då någon part förstör bevisning.⁵³ En skyldighet att utgiva eftergiftansökningar skulle avskräcka företag från att lämna betydelsefull information och är därför undantagen från utgivandeskyldigheten enligt direktivet, liksom förlikningsförslag som skickats till nationell konkurrensmyndighet samt information som skyddas av advokatsekretess.⁵⁴ EU-domstolen har tidigare prövat editionsfrågan i två mål, och där fastslagit att avvägning måste göras mellan de berörda intressena.⁵⁵ Kommissionen har dock fattat ett annat beslut än vad EU-domstolen fastslog då direktivet uttryckligen undantar förklaringar inom ramen för eftergiftsprogram från editionsplikten.

Sveriges regering anser att direktivets bestämmelser om tillgång till bevisning måste analyseras i förhållande till rättegångsbalkens editionsbestämmelser, och att det således är för tidigt att dra några säkra slutsatser kring effekterna.⁵⁶ Enligt Bernitz kommer direktivet ur svensk synpunkt öka möjligheterna för en kärke att kräva utlämnande av bevis, samtidigt som det i en situation där företag fått eftergift begränsar möjligheten.⁵⁷

Störst betydelse kommer direktivet i detta hänseende sannolikt ha i medlemsstater som inte har särskilt långtgående editionsbestämmelser, där

⁵⁰ Ingress 16 samt artikel 5.3 direktivet.

⁵¹ Ingress 21 direktivet.

⁵² Ingress 25 direktivet.

⁵³ Artikel 8 direktivet.

⁵⁴ Artikel 6.6 direktivet.

⁵⁵ Mål C-360/09, Pfeiderer AG mot Bundeskartellamt och Mål C-536/11, Bundeswettbewerbssbehörde mot Donau Chemie AG m.fl.

⁵⁶ Faktapromemoria 2013/14:FPM125.

⁵⁷ Bernitz, Ulf, *det nya direktivet om konkurrensrättslig skadeståndstalan. Bakgrund huvudlinjer och genomförande*, Europarättslig tidskrift nr 3, s. 503.

det kommer att utvidga möjligheten att kräva tillgång till information. Jag vill dock framhäva att skriftlig bevisning får anses vara mer värdefull i fråga om bevisning av konkurrensbegränsande samarbete än vid dominerande ställning, varför skadeståndsmål vid den förstnämnda överträdelsen lär gynnas mest av bestämmelsen. Enligt direktivet finns det som ovan nämnts dock fortfarande utrymme för proportionalitetsbedömningar, och det ska därför påpekas att det kan leda till komplicerade bedömningar vid tillämpningen. Det bör även finnas en risk att olika bedömningar görs i medlemsstaterna.

Jag har svårt att se på vilket sätt en skadelidande kan få tillgång till ytterligare information med hjälp av reglerna som direktivet medför, med tanke på vad som redan är möjligt enligt de svenska editionsbestämmelserna och offentlighetsprincipen. Direktivet innehåller en bestämmelse om att KKV måste vara klar med sitt beslut innan det lämnas ut och torde därmed överensstämma med tolkningen av 17 kap 3§ OSL. Angående direktivets begränsning av utlämnande av information om eftergiftsprogram finns detta undantag redan i 3 kap 12§ KL, varför det inte heller i det avseendet bör ske någon ändring i svensk rätt.

En möjlig anledning till att få skadeståndsmål vid konkurrensöverträdelser förts i Sverige är att KKV tar få fall till domstol. En intressant fråga är huruvida KKV efter direktivets implementering kommer bli mer benäget att aktivt arbeta med att genomföra fler gryningsräder för att främja direktivets syften. Fishing expeditions är inte tillåtna för KKV, men en slags strävan från en stark myndighet att gagna bevismaterialet hade gynnat en svagare parts senare möjlighet till skadestånd.

Större tillgång till skriftlig bevisning är en viktig del i en kärandens framgång. Jag vill dock framhålla att konkurrensbegränsande samarbete inte sällan torde vara baserade på muntliga överenskommelser som, trots omfattande editionsbestämmelser, är praktiskt omöjliga att få tag i.

För att editionsbestämmelsen ska kunna nyttjas krävs det att käranden kan precisera vilka dokument denne begär ut samt styrka vad dessa har för betydelse i bevishänseende. En misstanke om konkurrensrättslig

överträdelse är inte tillräcklig, och det kan te sig problematiskt att käranden faktiskt måste äga visshet om att det finns dokument som kan utgöra bevis.

Vidare får svensk rätts stadgande om vitesföreläggande vid icke genomförd edition samt straffbarhet vid förstörelse av relevant bevisning anses uppfylla direktivets krav på sanktioner.

3.3.3 Besluts rättskraft

En viktig nyhet när det gäller de processuella förutsättningarna är att lagakraftvunna överträdelsebeslut från de nationella konkurrensmyndigheterna ska utgöra full bevisning för att en överträdelse har skett, när en skadeståndstalan prövas i samma land som myndigheten förekommer. Medlemsstaterna ska se till att en fastställd överträdelse av konkurrensrätten inte ska kunna motbevisas vid en skadeståndstalan.⁵⁸ Prövas skadeståndstalan vid en domstol i annan medlemsstat ska beslutet åtminstone utgöra prima facie-bevis, det vill säga vara ett tillräckligt skäl för att en överträdelse har skett.⁵⁹ Det finns idag inget som hindrar svenska domstolar i konkurrensrättsliga skadeståndsmål att gå emot en offentligrättslig dom som fastställer att en svarande stridit mot konkurrenslagstiftningen. En tidigare dom torde i dagsläget således endast innebära bevisverkan angående det förbjudna i en viss handling, och inte huruvida käranden lidit en ersättningsgill skada.⁶⁰ Denna bestämmelse i direktivet blir för Sverige en ny regel angående rättskraft. Genom bestämmelsen minskar risken för skadelidande att förlora talan i domstol då själva överträdelsen redan är fastslagen, och bevisföringen underlättas. Nyheten är viktig då skadelidande slipper den tidigare ovissheten om vinst eller förlust och huruvida det är meningsfullt att ta steget till att processa, eftersom en process ofta är mycket kostsam. En sådan ändring torde enligt min mening därför kunna leda till fler skadeståndsprocesser.

⁵⁸ Artikel 9.1 direktivet.

⁵⁹ Artikel 9.3 direktivet.

⁶⁰ Wahl, *konkurrensskada*, a.a. s. 298.

3.3.4 Skadepresumtion och beräkning av skada

Direktivet innehåller en viktig regel om omvänd bevisbörda då det föreskrivs att kartellöverträdelser presumeras orsaka skada. Överträdaren måste således motbevisa presumtionen.⁶¹ Direktivet fastslår även att medlemsstaterna ska se till att varken bevisbördan eller det bevisvärde som krävs för beräkning av skada, medför att det blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rätten till skadestånd. Nationella domstolar ska, vid situationer då det är orimligt svårt att beräkna beloppet av skadan, kunna uppskatta skadans belopp om det fastställs att käranden lidit skada.⁶²

I svensk rätt finns en regel i 35 kap 5§ RB som ger domstolen rätt att uppskatta skadeståndet vid situationer där full bevisning om skadan är svår att bevisa. Till skillnad från direktivet är det dock inte fråga om någon presumtion då parten inte är befriad från skyldigheten att förebringa den utredning som skäligen kan åstadkommas, utan det fordras någon form av sannolikhetsövervikt.⁶³ I detta hänseende behöver svensk lag således ändra reglerna om bevisbörda för att vara förenlig med direktivets presumtionsregler. 35 kap 5§ RB får dock anses överensstämma med direktivets krav angående domstolens behörighet att uppskatta skadeståndets storlek.

I detta sammanhang ska det dock poängteras att det är skadan som presumeras, inte själva överträdelsen av ett konkurrensrättsligt förbud. Käranden måste alltså, som steg ett, fortfarande bevisa överträdelsen för att det ens ska bli fråga om en skadepresumtion. Bestämmelsen är i hög grad gynnande för käranden då den idag svåra omständigheten att bevisa skada försvinner.

En intressant fråga blir att se hur mycket som kommer krävas för att i praktiken motbevisa presumtionen. Bestämmelsen drabbar skadevällaren då

⁶¹ Artikel 17.2 direktivet.

⁶² Artikel 17.1 direktivet.

⁶³ NJA 2005 s. 180.

denne kan tvingas betala skadestånd för skador som skadelidande inte kan bevisa i full utsträckning och för beteende som i själva verket kanske inte inneburit skada. Presumtionen begränsas till kartellöverträdelser, vilket lämnar det öppet om huruvida någon presumtion även bör gälla vid missbruk av dominerande ställning. Samtidigt måste bestämmelsen anses visa en markering av EU:s kritiska inställning till kartellöverträdelser som den mest centrala överträdelsen.

3.3.5 Solidariskt ansvar

Om flera företag tillsammans begått konkurrensrättsliga överträdelser är vart och ett av dem skyldigt att ersätta skadan fullt ut, med möjlighet till regresstalan mot de andra deltagarna för deras ansvarsdel. Skadelidande har rätt att kräva full ersättning från vilket av de förbudsöverträdande företagen som helst.⁶⁴ Ett undantag görs dock för små företag med en marknadsandel under 5 procent, såvida företaget i fråga inte tvingat andra företag att delta i överträdelsen eller tidigare befunnits skyldigt till överträdelser av konkurrensrätten.⁶⁵ För att främja samarbetet mellan företag som deltar i en kartell och konkurrensmyndigheten, ska bestämmelsen om solidariskt ansvar inte heller gälla det företag som deltagit i eftergiftsprogram. Om skadelidandes rätt till ersättning inte kan utfås fullt ut av resterande parter i kartellen ska dock parten som beviljats eftergift stå för resterande del av ersättningen.⁶⁶

KL har i dagsläget ingen reglering av kartellparters inbördes skadeståndsansvar, men skadeståndslagens allmänna principer om solidariskt ansvar får anses kunna tillämpas.⁶⁷

Jag vill notera att direktivet saknar motsvarighet till skadeståndslagens allmänna regler om möjlighet att jämka skadestånd. En sådan avsaknad av

⁶⁴ Ingress 7 samt artikel 11.1 direktivet.

⁶⁵ Artikel 11.2 och 11.3 direktivet.

⁶⁶ Ingress 38 direktivet.

⁶⁷ 6 kap 4§ skadeståndslagen.

jämkningsmöjlighet bör kunna tolkas som att direktivet betonar vikten av skadelidandes rätt till full ersättning.

Det finns i dagsläget inga svenska bestämmelser som motsvarar direktivets regler om att undanta mindre företag och företag som erhållit eftergift från solidariskt ansvar, och kan således väntas. Ett sådant undantag kan tänkas gynna småföretag som skulle gå i konkurs om de normala reglerna om solidariskt ansvar skulle gälla.

3.3.6 Preskriptionsfrist

Kommissionen vill genom direktivet också underlätta för skadelidande att kräva ersättning genom en femårig preskriptionsfrist, som börjar löpa vid tidpunkten då skadelidande fått, eller rimligen borde fått, vetskap om agerandet och identiteten hos det företag som begått överträdelsen.⁶⁸

3 kap 25§ 2 st KL stadgar att skadestånd preskriberas tio år efter det att skadan uppkom. Svensk rätt har alltså en längre preskriptionstid än vad direktivet kräver. Enligt direktivet börjar preskriptionsfristen dock löpa först då skadelidande fått, eller rimligen borde fått, vetskap om agerandet. I fråga om preskriptionsfristens start sträcker sig direktivet alltså längre till den skadelidandes fördel än vad svensk lag gör idag. En lång preskriptionsfrist är viktig för att skadelidande ska kunna finna väsentliga bevis, inte minst i de fall där denne är beroende av en myndighets fastställande eller insats.

3.3.7 Frånvaro av uppsåt- eller oaktsamhetskrav

Direktivet ställer inte upp något krav på att det konkurrensbegränsande beteendet ska ha skett uppsåtligt eller culpöst. I praxis har EU-domstolen fastslagit att skadeståndsansvar inte får göras beroende av culpa då detta skulle äventyra en enhetlig tillämpning av unionsrätten eftersom begreppet culpa inte har samma innehåll i de nationella domstolarna.⁶⁹

⁶⁸ Artikel 10 direktivet.

⁶⁹ Förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie de Pecheur.

Detta är en klar olikhet i förhållande till den svenska konkurrenslagen som i enlighet med det ovan sagda ställer krav på uppsåt eller culpa för skadeståndsansvar. Det kan dock diskuteras vilken betydelse skillnaden har i praktiken, då utrymmet för situationer där agerandet inte varit oaktsamt eller uppsåtligt torde vara begränsat.⁷⁰ En omprövning av culpakravet får ändå anses rimlig i samband med direktivets genomförande i Sverige för att överensstämma med direktivet.

⁷⁰ Wahl, *konkurrensskada*, a.a. s 222.

4 Skadeståndsprocesser ur en ekonomisk aspekt

4.1 Economic man och nyttomaximering

En aktörs val är inte oändliga, då dess resurser alltid är begränsade i jämförelse med behoven. Med tanke på begränsade resurser är priset för en nytthet avgörande för de val en part tvingas göra. Budgetrestriktioner begränsar skadelidandes valmöjligheter. Den mikroekonomiska teorin försöker förklara hur samhället använder sina begränsade resurser optimalt. Individernas val styrs således av nyttomaximering, och den rättsekonomiskt deskriptiva teorin om individers beteende i valsituationer benämns *the economic man*, där varje individ enligt teorin om individuell psykologisk hedonism vidare strävar efter högsta möjliga tillfredsställelse av sina subjektiva preferenser. En individs nytta bestäms således av omfattningen av tillfredsställda preferenser, där individen förutsätts kunna rangordna samt värdera samtliga alternativ och därefter välja det ekonomiskt mest rationella.⁷¹

4.2 Förväntade nyttan av en skadeståndsprocess

För att kunna beräkna den förväntade nyttan av ett handlingsalternativ behöver vi veta vilka omständigheter som kan inträffa, vad sannolikheten för att respektive omständighet inträffar är samt i vilket utfall de olika omständigheterna resulterar i.⁷² En intressant fråga är när det anses vara tillräckligt nyttigt och rationellt att föra skadeståndstalan för

⁷¹ Dahlman, m.fl., a.a. s. 16ff.

⁷² Ibid., s. 32.

konkurrensrättsliga överträdelser. För att illustrera ett exempel, tänk att A måste betala 501 kr för att gå till domstol, och att sannolikheten att vinna 1000 kr och förlora 0 kr är lika stor. Den förväntade nyttan av att väcka skadeståndstalan kan exemplifieras enligt följande:

$$-501 + 0,5(0) + 0,5(1000) = -1 \text{ kr}$$

En skadelidande avstår troligen från en skadeståndstalan i det fallet. Om skadeståndet däremot resulterat i 2000 kr hade den förväntade nyttan blivit 499 kr, och det är då mer tänkbart att skadelidande väckt talan. Likaså hade den förväntade nyttan blivit större om sannolikheten för vinst i målet varit större.⁷³ Alternativet att inte väcka skadeståndstalan resulterar i en förväntad nytta på 0 kr. Det ska också påpekas att den förväntade nyttan av rättegången blir lägre i Europa då en skadelidande vid en eventuell förlust tvingas stå för sina egna samt motpartens rättegångskostnader. Det får anses rationellt att väcka skadeståndstalan om den förväntade nyttan är lika stor eller större än de administrativa kostnaderna, det vill säga kostnaderna för att driva skadeståndsprocessen.⁷⁴

Skadeståndets storlek samt sannolikheten för framgång i processen får därför anses avgörande för den förväntade nyttan av en skadeståndsprocess.

4.3 Olika förhållningssätt till risk

Att väcka en skadeståndstalan är det alternativ skadelidande kan tjäna mest på, men också det denne kan förlora mest på. En skadeståndstalan innebär således en risk. Hur individer agerar i situationer som har inslag av risk beror på deras inställning till risken. Individer sägs vara riskversiva, riskneutrala eller ha en preferens för risk. En riskversiv individ väljer det säkra alternativet före det osäkra och kommer således föredra att inte väcka skadeståndstalan. En riskneutral individ låter sig inte påverkas av risken vid

⁷³ Cooter, Robert och Ullen, Thomas, *Law & Economics*, New York, 2007, s. 424.

⁷⁴ *Ibid.*, s. 422f.

sitt val. En individ som har preferens för risk föredrar det osäkra alternativet framför det säkra, vilket är en mer ovanlig inställning till risk. En allmän uppfattning är att en individ i möjligaste mån vill undvika risker, och att företag förutsätts vara mer riskbenägna än individer.⁷⁵

4.4 Direktivets förväntade inverkan på economic man

Sannolikheten att vinna ett mål beror på flera faktorer, såsom vilken typ av bevis som finns och vilken part som har bevisbördan.⁷⁶ Oavsett sannolikheten att nå framgång med en skadeståndsprocess i dagsläget, kommer den otvivelaktigt att öka i och med direktivets implementering. Framförallt får bestämmelserna om skade- samt överträdelsepresumtion anses ha stor betydelse för den ökade sannolikheten att vinna, och följaktligen öka den förväntade nyttan av en skadeståndsprocess för economic man. Sannolikheten kommer i viss mån också påverkas av hur mycket som i praktiken kommer krävas av svarande för att motbevisa skadepresumtionen. Eftersom större förväntad nytta torde leda till ökade incitament att väcka skadeståndstalan, kan således antalet processer förväntas öka på grund av sannolikhetsökningen direktivet medför. Vi kan utläsa att även högre skadeståndsbelopp är avgörande för den förväntade nyttan, vilket som sagt hade ökat incitamenten att väcka skadeståndstalan ytterligare.

⁷⁵ Dahlman m.fl., *rättsekonomi*, a.a. s. 34f.

⁷⁶ Cooter och Ullen, *Law and economics*, a.a. s. 461.

5 Analys – Är direktivet effektivt?

För att återknyta till den i inledningen ställda frågeställningen angående hur möjligheten till skadeståndstalan vid konkurrensrättsliga överträdelse ser ut, kan slutsatsen utifrån redogörelsen i avsnitt två dras att både svensk rätt och EU-rätt ger goda möjligheter till sådan talan. Trots den regelrätta möjligheten torde beviskrävningssvårigheter, svårighet att påvisa skada, oattraktivt låga skadestånd samt brist på praxis och därmed otillräcklig medvetenhet om huruvida skadelidande faktiskt drabbats av skada, vara plausibla anledningar till varför få skadestånd för konkurrensrättsliga överträdelse utdömts. Utifrån beskrivningen av direktivet i avsnitt tre kan slutsatsen dras att en implementering och harmonisering sannolikt kommer leda till en bättre medvetenhet där fler medvetna kritiska skadelidande ser ökade incitament att väcka talan runt om i EU, och det är därmed möjligt att antalet processer kommer öka.

Som ovan nämnts utdöms det i USA ett tredubbelt skadestånd, vilket har en stor inverkan på den privata övervakningen i USA. I Sverige har risken att behöva stå för svarandesidans rättegångskostnader en avskräckande effekt, en risk som inte finns i USA. Det hade följaktligen funnits anledning att förvänta fler skadeståndsprocesser vid konkurrensrättsliga överträdelse om det varit mer ekonomiskt lönsamt för käranden. En sådan förändring hade dock stridit mot svensk rättstradition och kan således inte, åtminstone inte i amerikansk omfattning, förväntas.

Ytterligare en intressant aspekt är om en möjlig bevisundersökning hade initierat fler skadeståndsprocesser. Motsvarigheten är välfungerande inom immaterialrätten och det är inte omöjligt att så skulle bli fallet även inom konkurrensrätten. Det är inte otänkbart att konkurrensen hade begränsats av en sådan långtgående eftersökning, snarare än att gagnas. Företag kanske inte skulle behaga driva verksamhet och ingå avtal ens på affärsmässiga grunder med risk för inkräktande och röjda företagshemligheter. Att det faktiskt finns något relevant är ju inte garanterat. Samtidigt skulle en ytterligare utvidgning av editionsplikten, där skadelidande inte behöver vara lika precis i sin begäran utan då en lägre

grad av misstanke hade varit tillräckligt för en utredning eller undersökning, kunna gynna skadeståndsmöjligheten inom konkurrensrätten. I linje med bedömningen som görs vid intrångsundersökningar hade en liknande proportionalitetsbedömning kunnat göras för att säkra att skälen för åtgärden uppväger olägenheten företaget drabbas av. Vid en sådan misstanke hade en slags undsättning och ingripande från KKV:s sida också varit önskvärt då det hade ökat tyngden i ärendet och åskådliggjort förkastligheten av konkurrensbegränsande beteende, samtidigt som det hade avskräckt företag till sådant beteende.

Eftersom det är första gången EU stiftar ett direktiv angående skadestånd för konkurrensrättsliga överträdelser finns det anledning att betrakta det som en kraftsamling på området. Denna innovation kan anses visa områdets relevans och således leda till att konkurrensmyndigheterna kavlar upp ärmarna för att utreda och bistå i största möjliga omfattning för att uppnå direktivets syfte.

Eftersom skadestånd bland annat har en kompenserande funktion uppfylls följaktligen direktivets syfte angående säkerställande av ersättning till skadelidande.

6 Slutsats och avslutande tankar

Direktivet får anses som en indikation från EU:s sida att skadeståndsproblematiken tas på allvar. För att återknyta till min frågeställning angående direktivets innebörd och förväntade konsekvenser kan det, utifrån redogörelsen och analysen ovan, konstateras att direktivet i viss utsträckning kommer underlätta att nå framgång med denna typ av skadeståndsanspråk. Detta mer eller mindre beroende på med vilken medlemsstats rättsordning jämförelsen görs. En svårighet med att föra skadeståndstalan minskar genom den i direktivet viktiga bestämmelsen om skadepresumtion för karteller då skadelidande inte längre behöver visa faktisk skada. Genom direktivets nya rättskraftsregel minskar också kärandens risk att förlora vilket jag tror är en viktig vändpunkt för insikten till lönsamhet att föra skadeståndsanspråk. En större sannolikhet att vinna målet leder, ur ett ekonomiskt perspektiv, till en större förväntad nytta och således till fler skadeståndsprocesser om skadelidande är tillräckligt riskbenägen. Ett fortsatt lågt skadeståndsbelopp får dock anses minska denna drivkraft.⁷⁷

De utvidgade möjligheterna till bevisanskaffning får anses betydelsefulla i rättsordningar som inte omfattar liknande bestämmelser i dagsläget. Editionsbestämmelsen låteroreflekterat mycket gynnande men för att det ska bli någon skillnad i jämförelse med editionsbestämmelserna i Sverige krävs ett steg närmare en bevisundersökning, eller att precisionskravet vid editionsansökan sänks. Kretsen skadeståndsberättigade har redan konstaterats i praxis och ökas därmed inte i realiteten. En uttryckligen fastställd bestämmelse torde dock leda till ökad kännedom som kan leda till fler processer.

En part som drabbats av en skada på grund av en konkurrensrättslig överträdelse har flera möjligheter att välja i vilken medlemsstat denne ska väcka talan,⁷⁸ men ofta väljer skadelidande sin etableringsmedlemsstat som

⁷⁷ Se avsnitt 4.

⁷⁸ Lianos m.fl., a.a. s. 312ff. Jämför även Bryssel I-förordningen nr 1215/2012.

forum för anspråket.⁷⁹ Svenska företag som bedriver internationell handel kan tänkas behöva vara beredda på att utländska kunder väcker skadeståndstalan för konkurrensrättsliga överträdelse i en stat som tillämpar mer förmånliga regler för skadelidande än tidigare, samt att skadeståndsanspråk kan bli vanligare inom EU.⁸⁰ Direktivet tillåter som sagt medlemsstaterna att implementera mer förmånliga regler än vad direktivet innehåller, och det finns därför fortfarande möjlighet till forum shopping. Direktivet säkerställer också att parter som drabbats av en konkurrensrättslig överträdelse i andra medlemsstater har lika möjligheter till skadestånd i samtliga medlemsstater. Direktivets syfte beträffande harmonisering får därmed anses uppfyllt. Det finns därför anledning att räkna med att konkurrensmyndigheter i andra medlemsländer är mer aktiva och således främjar fler skadeståndsprocesser.

Direktivet kan onekligen förbättra möjligheterna för små och medelstora företag samt konsumenter som tidigare inte haft tillräckliga resurser att driva skadeståndsprocesser. Enligt ovan kan därför slutsatsen dras att det är möjligt att fler skadeståndsprocesser kommer inträffa efter direktivets implementering. Det återstår att se hur pass genomgripande effekter bestämmelserna får i medlemsstaterna, men företag torde med all rätt kunna inkludera fler skadeståndsprocesser i sin riskexponering. Enskilda företag och konsumenter kan samtidigt se det mer lukrativt att föra skadeståndsprocesser för konkurrensrättsliga överträdelse.

Det är också värt att nämna att processrättsliga förfaranden traditionellt sett tillhört medlemsstaternas befogenhet, och det är därför en intressant diskussion om direktivet öppnar upp för att EU tar steg in på processrättsens område.

⁷⁹ Ingress 7 direktivet.

⁸⁰ Tillämplig lag regleras av Rom II-förordningen.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Wahl, Nils. *Konkurrensskada: Skadeståndsansvar vid överträdelse av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen*, första upplagan, Jure Förlag, Stockholm, 2000

Dahlman, Christian, Glader, Marcus och Reidhav, David. *Rättsekonomi: en introduktion*, andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2005

Cooter, Robert och Ulen, Thomas. *Law & Economics*, femte upplagan, Pearson Education, Boston, 2008

Wils Wouter, P.J. *The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*, King's College, London; European Commission, 2008

Wetter, Carl, Karlsson, Johan och Östman, Marie. *Konkurrensrätt: en kommentar*, fjärde upplagan, Thomson Reuters, Stockholm, 2009

Bernitz, Ulf. *Svensk och europeisk marknadsrätt*, första upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2013

Korling, Fredrik och Zamboni, Mauro. *Juridisk metodlära*, första upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2013

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders. *Europarättens grunder*, femte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2014

Hellner, Jan och Radetzki, Marcus. *Skadeståndsrätt*, nionde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014

Carlsson, Kenny och Bergman, Mats. *Konkurrenslagen en kommentar*, andra upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2015.

Lianos, Joannis, Davis, Peter och Nebbia, Paolisa. *Damages Claims For The Infringements Of EU Competition Law*, första upplagan, Oxford University Press, New York, 2015.

Strand, Magnus. *The Passing-On Problem in EU Law Damages and Restitution*, första upplagan, Juridiska institutionen, Uppsala, 2015

Artiklar

Peczenik, Aleksander. *Juridikens allmänna läror*, Svensk juristtidning 2005

Norberg, Sven. *Moderniseringsreformen av EU:s konkurrensrätt – hur såg det ut 1998 och var kan/borde vi vara 2018?* Europarättslig tidskrift, jubileumsnummer, 2008

Lidgard, Hans Henrik. *Konkurrensrättsligt skadestånd*. Svensk juristtidning 2009

Andersson, Helene och Legnerfält, Elisabeth. *Skadestånd vid brott mot konkurrensreglerna – ligger svensk lagstiftning i framkant?* Europarättslig tidskrift, nr 2, 2009

Bjurling, Johanna. *Efter EU-domstolens dom i Pfeiderer-målet*. Europarättslig tidskrift, nr 1, 2013

Bernitz, Ulf. *Det nya direktivet om konkurrensrättslig skadeståndstalan. Bakgrund huvudlinjer och genomförande*. Europarättslig tidskrift, nr 3, 2015

Wik, Christian, Sidklev, Johan, Börjesson, Anders och Schröder, Vilhelm.
Skadeståndsdirektivet – en EU-rättslig expansion på civilprocessrättens område. Europarättslig tidskrift, nr 1, 2015

Offentligt tryck

Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning

Prop. 2004/05:117 Skadestånd enligt konkurrenslagen, m.m.

Prop. 2007/08:135 Ny konkurrenslag m.m.

SOU 1991:59 Konkurrens för ökad välfärd

SOU 2004:10 Skadestånd vid överträdelse av konkurrensreglerna

SOU 2004:131 Konkurrensbrott – en lagstiftningsmodell

SOU 2006:99 En ny konkurrenslag

SOU 1991:59 Konkurrens för ökad välfärd

Motion 2012/13:C352 En bättre och mer rättvis skadeståndsrätt

Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen,
Romfördraget, 25 mars 1957

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002, Tillämpning
av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget

Europaparlamentets och Rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli
2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II)

Förordning (EU) nr 1215/2012, Bryssel I-förordningen

Kommissionens tillkännagivande (2004/C 101/07), Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 fördraget

EU-kommissionen, Grönbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler, 2005-12-19, KOM(2005)672 slutlig

EU-kommissionen, Ashurts (Waelbroeck, Denis, Slater, Donald och Even-Shoshan, Gil) Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EG competition rules. Bryssel, 2004. Tillgänglig på:
http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/index_en.html,

Näringsutskottets utlåtande 2007/08:NU17, Talan om skadestånd på grund av brott mot konkurrensreglerna

EU-kommissionen, Vitbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler, 2008-04-02, KOM(2008)165 slutlig

Regeringens Faktapromemoria Direktiv om skadestånd vid överträdelse av konkurrensregler 2013/14:FPM125

EU-kommissionen. Insyn i EU-politiken, november 2014. Tillgänglig på:
http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/sv/competition_sv.pdf.

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser

Internet

Konkurrenslagstiftningens historia. Senast uppdaterad 2014-10-27.

Tillgänglig på: <http://www.konkurrensverket.se/konkurrens/om-konkurrensreglerna/--ovrigt--/konkurrenslagstiftningens-historia/>, senast besökt 2016-01-06

Wetter, Carl, Karlsson, Johan och Östman, Marie. *Karteller – ett fängslande ämne*, 2009. Tillgänglig på:

<http://www.affarsvarlden.se/affarsjuridik/article666030.ece>, senast besökt 2016-01-06

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Mål C-26/62, Van Gend en Loos

Mål C-6&9/90, Francovich

Mål C-271/91, Marshall mot Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (II)

Förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie de Pecheur

Mål C-453/99, Courage Ltd mot Bernhard Crehan

Mål C-295-298/04, Manfredi mot Lloyd Adriatico Assicurazioni m.fl.

Mål C-360/09, Pfeiderer AG mot Bundeskartellamt

Mål C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde mot Donau Chemie AG m.fl.

Mål C-557/12, Kone m fl mot ÖBB Infrastruktur AG

Mål C-439/11P Zielger

Marknadsdomstolen

Mål 2009:11 konkurrensverket./. NCC, PEAB, Grus & Asfalt, Svenska väg, dom 2009-05-28

Mål 2000:2, Statens Järnvägar ./.. Konkurrensverket, dom 1 februari 2000

Tingsrätten

Mål T8122-00, Weba Kemi AB./. Arla, ekonomisk förening, 9 oktober 2002

Mål T 34227-05

Mål T 32799-05 och Mål T 34227-05

Mål T 32799-05

Högsta domstolen

NJA 2005 s. 180