



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Martin Levinsohn

Skadestånd inom konkurrensrätten
– svensk och europeisk rätt efter *Courage v. Crehan*

Examensarbete
20 poäng

Handledare:
Hans Henrik Lidgard

Ämnesområde:
Konkurrensrätt

Vårterminen 2002

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Ämnesval och bakgrund	3
1.2 Syfte och problemställningar	3
1.3 Avgränsningar	4
1.4 Metod	4
1.5 Forskningsläge	4
1.6 Disposition	5
2 KONKURRENSSKADOR OCH SANKTIONSSYSTEMET	6
2.1 Sanktionssystemet	6
2.2 Skadeståndets funktioner	7
2.3 Konkurrensskador	9
2.4 Optimal deterrence model	12
2.5 Sammanfattning	14
3 AMERIKANSK KONKURRENSRÄTT	15
3.1 Konkurrenslagarna	15
3.2 Skadeståndsregeln	15
3.3 Amerikanska egenheter	15
3.4 Närmare om skadeståndets utformning	16
3.4.1 Passing-on	17
3.4.2 Antitrust injury	18
3.4.3 In pari delicto	19
3.4.4 Kretsen av skadeståndsberättigade	20
4 SVENSK KONKURRENSRÄTT	21
4.1 Konkurrenslagen	21

4.2	Skadeståndsreglen i KL 33 §	21
4.2.1	KL och civilrättsliga rättsföljder	21
4.2.2	Rekvisiten i KL 33 §	22
4.2.3	Skadeståndets funktion i svensk konkurrensrätt	23
4.2.4	Vilka skador är ersättningsgilla?	24
4.2.5	Alternativa ansvarsgrunder	25
4.3	Kretsen av skadeståndsberättigade	26
4.3.1	KL:s skyddsintresse	26
4.3.2	Begreppen ”företag” och ”avtalspart”	28
4.3.3	Kunder	29
4.3.3.1	Konsumenter	29
4.3.3.2	Företagskunder (”andra säljled”)	30
4.3.4	Leverantörer (”tidigare säljled”)	31
4.3.5	Konkurrenter	31
4.3.6	Delaktiga företag	33
4.3.6.1	Vertikala restriktioner	33
4.3.6.2	Horisontella restriktioner	33
4.3.7	Övriga	34
4.4	Avslutande kommentarer	34
5	EG:S KONKURRENSRÄTT	36
5.1	EG:s konkurrensregler	36
5.2	Konkurrensreglernas direkta effekt	36
5.3	Från nationella till EG-rättsliga sanktioner	36
5.4	Skadestånd vid överträdelser av konkurrensrätten	39
5.4.1	Generaladvokaten i <i>Banks</i>	39
5.4.2	Guérin	40
5.4.3	Courage v. Crehan	41
5.5	Skadeståndets funktion och utformning	42
5.5.1	Rätten till skadestånd	42
5.5.2	Skadeståndets funktion inom EG:s konkurrensrätt	42
5.5.2.1	Diskussionen före Courage v. Crehan	42
5.5.2.2	Konsekvenser av Courage v. Crehan	44
5.5.3	Kretsen av skadeståndsberättigade	44
5.6	Avslutande kommentarer	46
6	GEMENSAMMA FRÅGOR	47
6.1	Kompetensfördelningen	47
6.2	Konkurrensskada	48
6.3	Övervältring av överpris	52
6.3.1	Indirekta kunders skadeståndsanspråk	52
6.3.2	Övervältringsförsvar	53
6.3.3	Kommentarer	55
7	DE LEGE FERENDA	57

7.1	Moderniseringen av förordning 17/62	57
7.2	Förslaget om grupprättegång	58
7.3	Kriminalisering av konkurrensreglerna	60
8	AVSLUTANDE KOMMENTARER	63
	LITTERATURFÖRTECKNING	67
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	70

Sammanfattning

Denna uppsats behandlar skadeståndets utformning och funktion inom svensk och europeisk konkurrensrätt. Hitintills har skadeståndet spelat en väldigt tillbakadragen roll inom båda konkurrensrättssystemen. Förhållandena är annorlunda i USA, där flertalet konkurrensrättsprocesser utgörs av enskilda skadeståndsmål. Överträdelser av konkurrensrätten orsakar ekonomiska skador, såväl för samhället i stort som för enskilda aktörer. Härvid kan det diskuteras om skadeståndet bör betraktas som en i raden av de sanktioner som syftar till att undanröja och avskräcka från överträdelser, eller om skadeståndet istället bör inriktas på att kompensera enskilda skadelidande. Ofta kan dessa funktioner utföras samtidigt, men i vissa fall måste ett val göras.

Den svenska konkurrenslagen innehåller en paragraf (KL 33 §) som uttryckligen föreskriver att culpösa överträdelser av konkurrensreglerna ger upphov till skadeståndsskyldighet. Lagrummet har aldrig tillämpats i praxis. Utifrån de knapphändiga förarbetsuttalanden som existerar kan det konstateras att inte alla skadelidande har rätt till ersättning. Framför allt är konsumenter – konkurrensrättens egentliga skyddssubjekt – uteslutna. EG-rättens inställning är sannolikt en annan. Rätten till skadestånd har länge varit omdiskuterad i förhållande till EG:s konkurrensregler. En del har, utifrån likabehandlingsprincipen, hävdad att en rätt till skadestånd endast kan göras gällande om nationell rätt innehåller en sådan rätt. Andra har menat att EG-rätten innehåller en självständig rätt till ersättning. Genom ett rättsfall från hösten 2001 synes EG-domstolen i princip ha intagit den senare ståndpunkten. Eftersom skadeståndet inom EG-rätten är kopplat till principen om direkt effekt och enskildas rättigheter torde kretsen av skadeståndsberättigade vara vidare än enligt svensk rätt.

EG-domstolens klagörande i kombination med kommissionens förslag till reform av förordning 17/62 indikerar att skadeståndet kan komma att inta en mer central plats inom konkurrensrätten framöver. Den omfattande amerikanska rättspraxis som har utvecklats under 1900-talet visar på en del problem som europeisk konkurrensrätt därvid kommer att ställas inför. Ett sådant representeras av begreppet konkurrensskada – inte alla skador som uppstår vid överträdelser av konkurrensreglerna är konkurrensrättsligt relevanta. Ett annat problem rör s.k. övervältring, dvs. det förhållande att en konkurrensskada sällan drabbar enbart den direkta kunden till en konkurrensbegränsare. Härvid kan det diskuteras vem som egentligen bör kunna begära ersättning. Kopplingen mellan en civilrättslig rättsföljd och en offentligrättslig lagstiftning medför överhuvudtaget en del problem som svenska och europeiska domstolar kommer att behöva ta ställning till i framtiden.

Förkortningar

Antitrust L.J.	Antitrust Law Journal
C.M.L.R.	Common Market Law Reports
Ds	Departementsserien
ECR	European Court Reports
EEC	European Economic Community
EG	Europeiska gemenskaperna
EU	Europeiska unionen
Fordham Int'l L.J.	Fordham International Law Journal
KKV	Konkurrensverket
KL	Konkurrenslagen (1993:20)
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
NJA	Nytt juridiskt arkiv
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OJ	Official Journal of the European Communities
Osgoode Hall L.J.	Osgoode Hall Law Journal
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
TfR	Tidskrift for rettsvitenskap
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
US	United States Reports

1 Inledning

1.1 Ämnesval och bakgrund

”Stäm SAS!”¹ Denna uppmaning återfanns på Expressens löpsedel några dagar efter kommissionen hade fattat beslut om att bötfälla SAS med anledning av ett marknadsuppdelningsavtal mellan SAS och Maersk Air. Uppmaningen var inte en produkt av sensationsjournalistik. Tvärtom, den härstammade från ett debattinlägg i vilket Ola Wiklund, docent i EU-rätt, argumenterade för att SAS-resenärer borde vända sig till domstol för att kräva skadestånd med anledning av överpriser på flygresor.²

I USA hade ovanstående uppmaning inte varit rubrikstoff. I konkurrensrättens moderland drivs merparten av alla konkurrensrättsmål som enskilda skadeståndsmål. Så är emellertid inte fallet i Sverige eller inom EU. Den svenska konkurrenslagen innehåller i och för sig en paragraf som reglerar skadestånd med anledning av överträdelse av lagen, men denna paragraf har aldrig legat till grund för ett avgörande i svensk domstol. Rättsläget inom EU har länge varit oklart.

Det finns emellertid en del tecken på att skadeståndet kan komma att spela en mer betydande roll inom europeisk konkurrensrätt i framtiden. Kommissionen har lagt fram ett förslag som skulle innebära att sanktionssystemet närmar sig det amerikanska.³ EG-domstolen har nyligen tagit ställning till huruvida EG-rätten innehåller en rätt till skadestånd vid överträdelse av konkurrensrätten.⁴ Även i Sverige har skadestandsfrågan uppmärksamats i anslutning till kartellavslöjanden på senare tid; den ovannämnda SAS/Maersk-kartellen och de i dagsläget aktuella asfaltkartellerna har försett debatten med bränsle.⁵ Det är därför av intresse att diskutera hur skadeståndet kan komma att fungera inom svensk och europeisk konkurrensrätt i framtiden.

1.2 Syfte och problemställningar

Uppsatsens syfte är att redogöra för och diskutera skadeståndets utformning och funktion inom svensk och europeisk konkurrensrätt. Redogörelsen avser de konkurrensrättsliga skadestandsreglerna i allmänhet, men frågorna om *vem som har rätt till skadestånd* och *vilka skador som är ersättningsgilla* ägnas särskild vikt. Vidare uppstår särskilda problem när civilrättsliga

¹ Expressens löpsedel 2001-08-22.

² Ola Wiklund, *Stäm SAS!*, Expressen 2001-08-22, s. 4.

³ Kommissionen, *Förslag till rådets förordning om tillämpning av artiklarna 81 och 82 i fördraget*, KOM (2000) 582 slutlig [Reformförslaget].

⁴ C-453/99 *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*, 2001-09-20 (ej rapporterat).

⁵ Se t.ex. ”Asfaltkartell dyr för kommunerna”, Sydsvenska Dagbladet 2002-02-02, s. A21.

rättsföljder kopplas till offentligrättslig lagstiftning. Uppsatsens kommer att diskutera denna problematik, varvid frågan om skadeståndets funktion är av central vikt. Frågorna behandlas primärt mot bakgrund av dagens rättsläge, men uppsatsen ämnar även kortfattat behandla hur några aktuella lagändringar kan tänkas påverka problematiken. Kommissionens förslag till reform av förordning 17/62, regeringens förslag om grupprättegång och diskussionen om kriminalisering av konkurrensreglerna är här av intresse.

1.3 Avgränsningar

Kretsen av skadelidande och typen av skada står i fokus. Följaktligen kommer kretsen av skadeståndsansvariga, eventuella subjektiva ansvarsförutsättningar och skadeståndets beräkning inte att behandlas i någon större utsträckning. Inte heller de frågor av internationellt privaträttsligt slag som kan vara av relevans i relation till EG-rätten ägnas någon uppmärksamhet. Slutligen bör det framhållas att uppsatsen redogör för det amerikanska rättsläget. Detta sker i syfte att belysa problematiken utifrån en i sammanhanget mer utvecklad rättsordning; ambitionen är varken att ge en heltäckande bild av amerikansk konkurrensrätt eller att diskutera interna amerikanska problem.

1.4 Metod

Rättsläget är väldigt oklart såväl i Sverige som inom EU. Uppsatsen tar sin utgångspunkt i det fåtal rättskällor som existerar – lagtext och förarbeten i svensk rätt, rättspraxis gällande EG-rätten. En rättsdogmatisk metod räcker emellertid inte särskilt långt. Uppsatsen kommer därför att utifrån jämförelser med amerikansk rätt och mer allmänna ändamålsöverväganden diskutera vad som gäller och vad som borde gälla. Självfallet kommer även doktrинens synpunkter att tillmätas stor vikt i denna diskussion. Det bör framhållas att uppsatsen ofta kommer att röra sig i ett gränsland mellan att resonera *de lege lata* och *de lege ferenda*. Materialet och rättsläget kräver detta. Diskussionen är följaktligen delvis av rättspolitisk karaktär.

1.5 Forskningsläge

I svensk doktrin behandlas problematiken framför allt av Torbjörn Andersson i *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler*⁶ och av Nils Wahl i *Konkurrensskada*⁷. Andersson diskuterar skadeståndets utformning inom konkurrensrätten som en grund för sin analys av

⁶ Torbjörn Andersson, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler – en studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten* (Iustus förlag, Göteborg, 1999) [T. Andersson, *Dispositionsprincipen*].

⁷ Nils Wahl, *Konkurrensskada – skadeståndsansvar vid överträdelse av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen* (JureCLN AB, Stockholm, 2001).

dispositionsprincipens ställning inom konkurrensrättsprocessen. Wahl tar utgångspunkt i amerikanska teorier om optimala sanktioner och diskuterar framför allt hur skadeståndet borde vara utformat för att fungera effektivt. I utländsk doktrin kan Clifford A. Jones *Private Enforcement of Antitrust Law*⁸ nämnas. Jones diskuterar konkurrensrättsliga skadestånd inom EU utifrån ett amerikanskt perspektiv och argumenterar för att skadeståndet har en viktig roll att fylla. I övrigt har problematiken diskuterats utförligt i amerikanska *law journals*, av vilka jag tagit del av somliga via *Westlaw*. Även inom europeisk doktrin har det förts en diskussion, men då främst med avseende på rättsläget före det centrala avgörandet i *Courage v. Crehan*.

1.6 Disposition

I kapitel 2 diskuteras konkurrensrättens sanktionssystem och skadeståndets funktioner. Därigenom skapas en grund från vilken resten av uppsatsen bättre kan förstås. Kapitel 3 går igenom några centrala aspekter av skadeståndsregleringen i amerikansk konkurrensrätt. Därefter behandlas svensk rätt och EG-rätten i tur och ordning i kapitlena 4 och 5. Kapitel 6 diskuterar begreppen konkurrensskada och övervältring i relation till såväl svensk som europeisk rätt, medan kapitel 7 behandlar de aktuella lagändringar som kan komma att påverka problematiken. Avslutningsvis analyseras och kommenteras materialet i kapitel 8. Det bör dock understrykas att materialets karaktär är sådan att analyser och kommentarer lämpligen presenteras fortlöpande i texten, varför kapitel 8 anlägger ett mer övergripande perspektiv.

⁸ Clifford A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA* (Oxford University Press, New York, 1999) [Jones, *Private Enforcement*].

2 Konkurrensskador och sanktionssystemet

2.1 Sanktionssystemet

De centrala reglerna inom konkurrensrätten är förbudsregler. Olika former av konkurrensbegränsande samarbeten och förfaranden är förbjudna. För att konkurrensreglernas syften ska kunna förverkligas, krävs att förbuden respekteras inom näringslivet. Det är teoretiskt tänkbart att detta kan uppnås endast genom att reglerna existerar; reglerna kan antas ha en viss moralbildande och handlingsdirigerande verkan just genom att vara lagfästa. I praktiken kräver dock reglernas efterlevnad att de övervakas; det krävs ett sanktionssystem.⁹

Konkurrensrättens sanktionssystem kan utformas efter endera av två modeller. Antingen förlitar lagstiftaren sig på efterhandskontroll (*ex post enforcement*) eller också utnyttjas ett system med förhandskontroll (*ex ante enforcement*).¹⁰ Kombinationer är givetvis också möjliga. Det europeiska sanktionssystemet har hitintills byggts på en kombination av förhandskontroll (artikel 81 EG, KL 6 §) och efterhandskontroll (artiklarna 81 och 82 EG, KL 6 och 19 §), medan det amerikanska sanktionssystemet uteslutande använder efterhandskontroll.

En annan distinktion som kan göras i förhållande till sanktionssystemet fokuserar på aktören eller aktörerna som administrerar kontrollen. Antingen övervakas konkurrensreglerna av myndigheter (*public enforcement*) eller också förlitar sig lagstiftaren på privata aktörer (*private enforcement*).¹¹ Myndighetsövervakning utgör ett centralt inslag i det europeiska sanktionssystemet, medan privat – eller civilrättslig – övervakning hitintills har spelat en underordnad roll.¹² Såväl EG:s konkurrensregler (artikel 81(2)) som den svenska konkurrenslagen (KL 7 och 33 §) innehåller dock uttryckliga stadganden om konkurrensreglernas civilrättsliga återverkningar. I det amerikanska sanktionssystemet har privat övervakning däremot utgjort

⁹ Termen "sanktionssystem" används som en sammanfattande beteckning för olika metoder för att övervaka reglernas efterlevnad; den är avsedd att motsvara engelskans "enforcement system".

¹⁰ Wouter P.J. Wils, *The Modernization of the Enforcement of Articles 81 and 82 – A Legal and Economic Analysis of the Commission's Proposal for A New Council Regulation Replacing Regulation No. 17*, 24 *Fordham Int'l. L.J.* 1655 (2001), online: Westlaw, s. 1660 ff.

¹¹ Kent Roach & Michael J. Trebilcock, *Private Enforcement of Competition Laws*, 34 *Osgoode Hall L.J.* 461 (1996), s. 471 ff.

¹² Wils, s. 1703.

ett sedan länge dominerande inslag; sedan början av 1970-talet har civilrättsliga mål utgjort mellan 90 och 95 % av alla ingripanden.¹³

Det kan diskuteras vilken som är den mest lämpliga kombinationen av förhandskontroll och efterhandskontroll, liksom av privat och offentlig kontroll. Generellt kan det framhållas att efterhandskontroll är att föredra framför förhandskontroll om rättsläget är klart och upptäcktsrisken är hög.¹⁴ Av större intresse i föreliggande sammanhang är emellertid de respektive för- och nackdelarna med privat och offentlig övervakning. Under antagande att det grundläggande syftet med konkurrensreglerna är av allmän eller samhällsrelaterad karaktär, kan det möjligen framstå som om offentlig övervakning är att föredra. Roach & Trebilcock anför att:¹⁵

Private actors, in many cases, may lack the desire, resources, or expertise to enforce public laws. Those that do possess these qualifications may seek to appropriate the enforcement powers and remedies ordinarily available only to public officials in order to advance their own strategic ends.

Konkurrensmyndigheter, å andra sidan, har till uppgift att övervaka konkurrensreglernas efterlevnad, ävensom de har tillgång till effektiva metoder för bevisinsamling och kan utveckla expertkunnande inom området. Därtill kommer att konkurrensmyndigheter, teoretiskt sett, kan bedöma en regelöverträdelse mot bakgrund av dess inverkan på allmänintresset och sanktionera den i dess helhet. Roach & Trebilcock menar likväl att privat övervakning av konkurrensreglerna kan fylla viktiga funktioner. Privat övervakning kan komplettera myndigheternas övervakning, vilket är särskilt viktigt om myndigheterna har begränsade resurser till sitt förfogande. Enskilda kan också, till följd av specifik marknadskunskap, vara bättre på att upptäcka och lagföra vissa former av överträdelser. Vidare kan privat övervakning fungera som en kontroll av att myndigheternas ansträngningar verkligen inriktas på rätt konkurrensbegränsningar; övervakningsmonopol kan liksom marknadsmonopol vara av ondo. Slutligen kan civilrättsliga mål, till skillnad från offentliga ingripanden, kompensera enskilda skadelidande och korrigera rättighetskränkningar.¹⁶

2.2 Skadeståndets funktioner

Skadeståndssanktionen utgör ett inslag av privat efterhandskontroll. Skadeståndet kan i konkurrensrättsligt sammanhang, som huvudregel, fylla tre funktioner: det skapar incitament för enskilda att ingripa mot konkurrensbegränsningar, det bidrar till att avskräcka företag från att överträda förbuden och det kompenserar enskilda skadelidande för de skador som specifika överträdelser ger upphov till. Konkurrensreglerna är i

¹³ Roach & Trebilcock, s. 465 f.

¹⁴ Wils, s. 1664 f.

¹⁵ Roach & Trebilcock, s. 472.

¹⁶ Roach & Trebilcock, avsnitt III, särskilt s. 488 f.

första hand avsedda att skydda allmänna eller samhällseliga intressen. Jan Andersson betecknar dessa intressen konkurrensreglernas ändamål.¹⁷ Genom att konkurrensreglerna kopplas till civilrättsliga rättsföljder, framgår att de även syftar till att skydda enskilda intressen.¹⁸ Enligt Jan Andersson är det därvidlag mer lämpligt att tala om konkurrensreglernas skyddsändamål.¹⁹ Normalt sammanfaller ändamålen och skyddsändamålen, men det är tänkbart att en spänning mellan dem kan uppstå i ett konkret fall.

Utan att gå närmare in på vilka konkurrensreglernas ändamål är, kan det framhållas att skadeståndet bidrar till uppnåendet av ändamålen genom att förse enskilda aktörer med incitament att ingripa mot konkurrensbegränsningar.²⁰ Av ännu större betydelse är, åtminstone teoretiskt sett, att skadeståndsansvaret som sådant kan ha en avskräckande, eller preventiv, inverkan på företag i allmänhet. Det finns olika idéer om hur skadeståndets s.k. allmänpreventiva verkan fungerar; morallbildning, utpekandet av skyldiga och kopplingen till ”badwill” har framhållits som tänkbara förklaringar.²¹ Inom skadeståndsrätten i allmänhet, och konkurrensrätten i synnerhet, har dock rättsekonomiska teorier om allmänprevention kommit att inta en särställning.²²

Den generella utgångspunkten för rättsekonomiska teorier om prevention är att sanktionen, eller skadeståndet, minst måste uppgå till den vinst som företaget förväntar sig uppnå genom att överträda förbudet. Företag som överträder förbuden inom konkurrensrätten förväntar sig normalt att göra s.k. monopolvinster; vinster som överstiger vad som skulle ha varit möjligt att uppnå på en konkurrensutsatt marknad.²³ Utgångspunkten är därför att sanktionen minst måste motsvara monopolvinsten för att ha någon avskräckande inverkan på företagets handlingsmönster. Alla överträdelser upptäcks dock inte; vissa former av konkurrensbegränsningar kan vara synnerligen svårupptäckta. Om ett riskneutralt företag uppskattar upptäcktsrisken till mindre än ett, kommer en sanktion som motsvarar monopolvinsten inte att avhålla företaget från att genomföra handlingen ifråga. Teoretiskt sett bör sanktionen, eller skadeståndet, därför justeras för upptäcktsrisken, på så vis att monopolvinsten multipliceras med den inverterade upptäcktsrisken.²⁴

¹⁷ Jan Andersson, *Legala förbud och ogiltighet – en teleologisk studie*, TfR (1999) 533 [J. Andersson, *Legala förbud*], s. 595 och 626 ff.

¹⁸ Jfr. T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 148 f.

¹⁹ J. Andersson, *Legala förbud*, s. 595 och 626 ff.

²⁰ Se Wahl, s. 29 f.

²¹ Se Jan Hellner & Svante Johansson, *Skadeståndsrätt* (Nordstedts Juridik, Göteborg, sjätte upplagan, 2000), s. 40 ff., för en allmän diskussion om skadeståndets preventionsverkan.

²² Se t.ex. Wahl, s. 35 ff; William M. Landes, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, 50 U. Chi. L. Rev. 652 (1983), online: Westlaw; och Herbert Hovenkamp, *Antitrust's Protected Classes*, 88 Mich. L. Rev. 1 (1989), online: Westlaw.

²³ En monopolvinst motsvaras i teorin av skillnaden mellan det faktiska priset och marginalkostnaden för att producera produkten ifråga.

²⁴ Stephen Martin, *Industrial Economics – Economic Analysis and Public Policy* (Macmillan, New York N.Y., 1988), s. 495.

Det bör understrykas att skadeståndets incitamentskapande och preventiva funktioner samverkar – skadeståndet ger privata aktörer incitament att agera och skadeståndets utdömande, eller antagandet om dess utdömande, verkar avskräckande på företag. Två kommentarer bör dock göras i detta sammanhang. För det första kan det observeras att preventionseffekten är beroende av att företaget inte kan påräkna någon monopolvinst; sanktionen måste motsvara hela monopolvinsten. Detta synes vara ett argument för att offentliga sanktioner är mer lämpade som preventionsinstrument; till skillnad från skadestånd kan offentliga sanktioner beräknas utifrån hela monopolvinsten.²⁵ För det andra kan det konstateras att det inte, från teoretisk synvinkel, är nödvändigt att faktiska skadelidande erhåller ersättning för faktiska skador för att skadeståndets preventionsverkan ska realiseras. Det är istället skadevällaren och dennes vinst som står i centrum. Från denna utgångspunkt kan det därför, i vissa fall, vara motiverat att fördela rätten till skadestånd efter andra kriterier än liden skada, för att på så sätt förstärka incitamenten till ingripande och i förlängningen därmed även den preventiva effekten.

Konkurrensreglerna antas, som nämnts, även ha skyddsändamål; reglerna skyddar enskilda från att i konkreta situationer utsättas för handlande som står i strid med de förbud som har uppställts.²⁶ Med andra ord så ger reglerna upphov till rättigheter för enskilda. Detta tydliggörs just genom att förbuden är kopplade till civilrättsliga rättsföljder såsom ogiltighet och skadestånd. De civilrättsliga rättsföljderna, eller sanktionerna, ska både förstärka reglernas genomslagskraft och korrigera de rättsförluster som enskilda lider genom att förbuden överträds i konkreta situationer. Skadeståndssanktionen torde härvid vara den enda som medger enskilda upprättelse för överträdelser som redan har inträffat. Härav följer att skadeståndet har en reparativ funktion. Ofta sammanfaller skadeståndets reparativa och preventiva funktioner – genom att den enskilde kräver ersättning för den skada som har orsakats honom eller henne tillgodoses även behovet av avskräckning. I andra fall kan, som nämnts, reparativa och preventiva intressen komma i konflikt med varandra.²⁷

2.3 Konkurrensskador

Det är motiverat att närmare redogöra för de skador som typiskt sett kan orsakas genom konkurrensbegränsningar. Begreppet ”konkurrensskada” används härvid för att beteckna sådana skador. Det bör påpekas att termen även kan användas i en snävare bemärkelse, närmast som en synonym till

²⁵ Se även Roach & Trebilcock, s. 498, som menar att ”an appropriately structured fines regime is likely to be a much more efficient form of deterrence than any other form of sanction, public or private.”

²⁶ J. Andersson, *Legala förbud*, s. 595.

²⁷ Se Wahl, s. 52 ff., som anser att preventiva skäl bör prioriteras vid sådana konflikter. Se även Roach & Trebilcock, s. 498, som anser att skadeståndet primärt bör vara ett instrument för reparation.

det amerikanska begreppet *antitrust injury*. Därvid syftar termen till att särskilja ett konkurrensbegränsande förfarandes olika ekonomiska konsekvenser från varandra, i syfte att fastställa vilka som kan anses vara skador i konkurrensrättslig mening.²⁸ I detta avsnitt betecknar begreppet ”konkurrensskada” däremot främst de ekonomiska förluster som olika aktörer drabbas av till följd av överträdelser av konkurrensreglerna, utan att något avseende fästs vid frågan om förlusten, från en eller annan utgångspunkt, bör betraktas som konkurrensrättsligt relevant eller ej.

I ekonomisk teori brukar en konkurrensbegränsnings skadeverkningar beskrivas med utgångspunkt från hur den påverkar marknaden i förhållande till s.k. perfekt konkurrens.²⁹ Ett monopol – de ekonomiska konsekvenserna är i princip desamma för alla konkurrensbegränsningar – begränsar utbudet för att kunna höja priset. Utbudsbegränsningen resulterar i allokeringssineffektivitet – dödviktsförlusten – motsvarande värdet på de resurser som inte produceras. Dödviktsförlusten betecknas emellanåt som en skada för samhället eller konsumentkollektivet.³⁰ Prishöjningen medför en förmögenhetsöverföring från konsumenterna till monopolisten. Från konsumenternas perspektiv innebär förmögenhetsöverföringen en förlust av konsumentöverskott³¹, medan den från monopolistens sida betraktas som en monopolvinst. Förlusten i konsumentöverskott och monopolvinsten är följaktligen lika stora. Utöver dödviktsförlusten och förmögenhetsöverföringen, torde monopol även resultera i dynamiska effektivitetsförluster till följd av att innovationstrycket minskar i relation till frånvaron av konkurrens.³² Slutligen medför s.k. *rent seeking* – resurser använda för att uppnå eller upprätthålla monopolen – dels att monopolisten använder monopolvinsten suboptimalt, dels att konkurrenter kan orsakas skador.³³

Redogörelsen ovan utgör endast en utgångspunkt; från juridiskt perspektiv måste konkreta skador och skadelidande identifieras. Detta illustreras lämpligen med ett exempel. Låt oss därför se på de skador som SAS/Maersk-kartellen, teoretiskt sett, skulle kunna ha medfört.³⁴ En kartell är, i princip, inget annat än två eller fler företag som gemensamt försöker uppträda som ett monopol. Dödviktsförlusten representerar den del av det förlorade konsumentöverskottet som inte överförs till kartellen; i exemplet utgörs följaktligen de skadelidande av de resenärer som p.g.a. av överpriser på flygresor tvingades ta tåget. I praktiken är dessa skadelidande omöjliga

²⁸ Se Wahl, s. 278 ff., angående begreppet *antitrust injury*. Se även avsnitt 3.4.2.

²⁹ Se t.ex. Martin, s. 29 ff.

³⁰ Wahl, s. 288. Dödviktsförlusten kan även beskrivas som den del av det förlorade konsumentöverskottet som inte övergår till producenten i form av monopolvinst.

³¹ Konsumentöverskott betecknar skillnaden mellan det värde konsumenten tillmäter produkten och dess faktiska pris.

³² OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, online: OECD <<http://www.oecd.org/daf/clp/Publications/glossary.pdf>> (2001-10-15), s. 60.

³³ Se Hovenkamp, s. 15 ff.

³⁴ Det bör understrykas att exemplet inte är något annat än ett exempel – det finns ingen som helst anknytning till verkligheten.

att identifiera; det går normalt inte att styrka att man skulle ha tagit flyget om priset varit ett annat.

Förmögenhetsöverföringen motsvarar däremot en skada hos de flygresenärer som faktiskt har betalat överpriser för sina flygresor. Två problem gör sig gällande i förhållande till dessa skadelidande. För det första utgörs de skadelidande av såväl privata flygresenärer som företag. De senare kan förväntas kompensera sig för överpriserna genom att höja priserna på sina egna produkter. Detta är i och för sig inget specifikt för konkurrensskador; alla merkostnader övervältras i slutändan på konsumenterna.³⁵ Beträffande företag som köper in flygresor för vidareförsäljning – förmedlingsföretag – torde kopplingen mellan överpriset och det pris förmedlingsföretagets kunder får betala vara ganska direkt.³⁶ Det kan därför diskuteras huruvida det är förmedlingsföretaget eller dess kunder som lider skadan.³⁷ För det andra hävdar somliga, särskilt företrädare för den s.k. Chicago-skolan, att skador som har sin grund i förmögenhetsöverföringen i själva verket inte är skador. Samhället bör förhålla sig neutralt till dessa ”skador” eftersom de motsvaras av en vinst för kartellföretagen. Istället bör samhället enbart fokusera på att motverka uppkomsten av dödviktsförluster.³⁸ En invändning mot detta resonemang är att samhället varken kan eller bör förhålla sig neutralt i frågan.³⁹ En annan invändning är att även förmögenhetsöverföringen motsvarar en effektivitetsförlust, i det att monopolvinsten (eller utsikten om densamma) ofta leder till *rent seeking*.⁴⁰

Förutom kunder och potentiella kunder är det tänkbart att även SAS och Maersks konkurrenter har drabbats av skador. Dessa skador är i så fall av en annan typ än de som drabbar kunder; konkurrenters skador varierar varken med dödviktsförlusten eller förmögenhetsöverföringen.⁴¹ T.ex. är det tänkbart att i och för sig effektiva konkurrenter utestängts från den skandinaviska flygmarknaden genom att kartellföretagen påverkat myndigheternas tillståndsgivning.⁴² Konkurrenter kan, i allmänhet, även skadas till följd av underprissättning⁴³, bojkottaktioner⁴⁴ och exklusivavtal.

³⁵ Se Roach & Trebilcock, s. 491 och 495.

³⁶ Huruvida övervältring är möjligt i praktiken beror på efterfrågeelasticiteten – dvs. hur efterfrågan varierar med priset. Övervältringsgraden kan variera mellan 0 och 100 %. Se också Thorsten Engmark, *Fler stämningar hotar SAS i Danmark*, DN 2001-12-01, som rapporterar att ett förmedlingsföretag (Danish Travel Pool) överväger att kräva SAS på skadestånd för överpriser på flygresor.

³⁷ Se J. Andersson, *Legala förbud*, s. 632 ff. och Wahl, s. 303 ff.

³⁸ Se Martin, s. 508. Det bör understrykas att de sanktionsmodeller som Chicago-skolans företrädare har utarbetat – närmast *optimal deterrence model* – trots detta, men av andra orsaker, kopplar skadeståndet till förmögenhetsöverföringen. Se avsnitt 2.4.

³⁹ Se t.ex. Hovenkamp, s. 1 och prop. 1999/2000:140, s. 61.

⁴⁰ Hovenkamp, s. 16 och OECD, *Glossary*, s. 60.

⁴¹ Wahl, s. 40.

⁴² Jfr. Hovenkamp, s. 18 ff.

⁴³ Se Hovenkamp, s. 33 ff.

⁴⁴ Se t.ex. kommissionens beslut 99/60/EC, *Pre-Insulated Pipe Cartel*, OJ L 24/84 (1999). Kartellen genomförde bl.a. bojkottaktioner mot kunderna till en konkurrent som vägrade delta i kartellen, vilket drabbade såväl konkurrenten som kunderna.

Ett problem med konkurrenter som skadelidande är att de även kan skadas till följd av tillåtna konkurrensmetoder. Ökad konkurrens är i normalfallet mer skadligt för en konkurrent än vad minskad konkurrens är. Svårigheter uppstår när skador till följd av konkurrensbegränsningar ska skiljas från skador orsakade av högre effektivitet.⁴⁵

Till följd av denna problematik har olika positioner intagits i debatten. Chicago-skolans position är att konkurrenter i princip aldrig lider några konkurrensskador. Eftersom Chicago-skolan endast betraktar dödviktsförlusten som en skada, hävdar dess företrädare att åtgärder riktade mot konkurrenter endast är relevanta i den mån de även drabbar kunderna. Exempelvis betraktas underprissättning som positivt för kunderna, eftersom den medför lägre priser. Endast om syftet med underprissättningen uppnås och konkurrenten följaktligen lämnar marknaden, uppstår skada. Denna beror då på att underprissättaren utnyttjar sin anskaffade marknadsmakt till att begränsa utbudet. Det är, enligt Chicago-skolan, således underprissättarens kunder som drabbas av skadan – inte konkurrenten.⁴⁶ Enligt ett annat synsätt bör konkurrenters skador beaktas, eftersom konkurrenter kan ingripa mot konkurrensbegränsningar i ett tidigare skede. En konkurrent som kan styrka otillåten underprissättning (*predatory intent*) kan förhindra uppkomsten av dödviktsförluster helt och hållet och utgör därför en lämpligare processförare än de kunder som drabbas först efter dödviktsförlustens uppkomst.⁴⁷ Ett tredje synsätt är att konkurrenters skador kan vara kopplade till andra effektivitetsförluster än dödviktsförlusten. Exempelvis anför Hovenkamp att en konkurrents investering i forskning och utveckling kan onyttiggöras till följd av att en kartell lyckas framtvinga en industristandard som omöjliggör att konkurrentens produkt kan marknadsföras.⁴⁸ Slutligen kan det hävdas att vissa konkurrensmetoder står i strid med konkurrensrätten, inte för att de medför effektivitetsförluster, utan för att de betraktas som otillbörliga.⁴⁹

2.4 Optimal deterrence model

I amerikansk doktrin har en s.k. *optimal deterrence model* diskuterats i relation till konkurrensrättsliga sanktioner.⁵⁰ Även Nils Wahl lägger modellen till grund för sin analys av skadeståndet i svensk och europeisk konkurrensrätt.⁵¹ Modellen, som bygger på Chicago-skolans teorier, försöker beskriva en sanktion som motverkar uppkomsten av

⁴⁵ Jfr. *predatory pricing* och *predatory innovation*. Se vidare Martin, s. 407 ff.

⁴⁶ Se t.ex. Landes, s. 668 ff.

⁴⁷ Se Wahl, s. 348 ff. och Hovenkamp, s. 35.

⁴⁸ Hovenkamp, s. 17 ff.

⁴⁹ Roach & Trebilcock, s. 496, menar att konkurrensrättsliga skadestånd bör rättfärdigas utifrån en teori om *corrective justice* som ”recognize[s] the right of innocent parties to secure compensation from those who have wronged them”.

⁵⁰ Se Landes, *passim*, för en utförlig redogörelse för modellen. Jfr. Hovenkamp, *passim*, för en utförlig kritik av modellen. Se även Roach & Trebilcock, s. 494 f.

⁵¹ Se Wahl, s. 37 ff.

dödviktsförluster utan att sanktionera s.k. effektiva lagöverträdelser. De senare beskrivs som sådana i och för sig konkurrensbegränsande åtgärder vars positiva effekter på företagets produktionseffektivitet är större än den allokeringseffektivitet som de ger upphov till.⁵² Den optimala sanktionen beräknas som (dödviktsförlusten + förmögenhetsöverföringen) multiplicerat med den inverterade upptäcktsrisken. Genom att sanktionen utformas på detta vis, kommer företag att tvingas jämföra sina privata effektivitetsvinster med de samhällsliga dödviktsförlusterna, varpå endast effektiva konkurrensbegränsningar kommer att genomföras.⁵³

Optimal deterrence model bygger som synes på att konkurrensreglerna inte är optimala materiellt sett och/eller att domstolarna inte kan tillämpa konkurrensreglerna på ett optimalt sätt.⁵⁴ Istället utformas sanktionen på ett sätt som tvingar aktörerna att ta med externa kostnader – dödviktsförlusten – i sina beslutskalkyler. Modellen är emellertid behäftad med ett antal problem:

1. Den beaktar inte alla konkurrensskador.⁵⁵
2. Den kräver i princip att sanktioner ska utgå för ineffektiva moment av förfaranden som i sin helhet kan vara antingen nettoeffektiva eller nettoineffektiva.⁵⁶
3. De skador som uppstår för enskilda skadelidande motsvarar inte det skadestånd som modellen anser vara optimalt.⁵⁷

Det kan således ifrågasättas huruvida *optimal deterrence model* verkligen beskriver optimala sanktioner i allmänhet och optimala skadestånd i synnerhet. I praktiken tillämpas modellen inte ens i amerikanska domstolar.⁵⁸ Den är också, som Wahl framhåller, i princip omöjlig att tillämpa inom ramen för det europeiska konkurrensrättssystemet. Wahl menar emellertid att modellen utgör en lämplig utgångspunkt för att definiera begreppet ”konkurrensskada” – i betydelsen *antitrust injury* – i såväl svensk som europeisk konkurrensrätt.⁵⁹ I princip innebär detta att endast de skadelidande vars skador kan kopplas till dödviktsförlusten bör

⁵² Landes, s. 653.

⁵³ Landes, s. 656 ff. Ett exempel är på sin plats. Pondera att två riskneutrala företag överväger att inleda ett samarbete som skulle strida mot konkurrensreglerna. Samarbetet skulle medföra en dödviktsförlust på 50 och en förmögenhetsöverföring på 100, samtidigt som företagen skulle göra kostnadsbesparingar på 55. Upptäcktsrisken antas vara en på två. Den optimala sanktionen är 300 $[(50+100)*2]$. Företagen räknar med att samarbetet medför en vinst på 155 $[100+55]$. Samtidigt värderar de sanktionen till hälften av dess monetära belopp p.g.a. upptäcktsrisken – dvs. 150 $[300*1/2]$. Eftersom nettovärdet av genomföra samarbetet är positivt $(155-150 = 5)$, kommer samarbetet att genomföras. Detta är också den önskvärda utgången, eftersom kostnadsbesparingen överstiger dödviktsförlusten.

⁵⁴ Roach & Trebilcock, s. 494, som citerar Frank Easterbrook: ”Those whose conduct is beneficial would be left alone. Others could be hanged.”

⁵⁵ Hovenkamp, s. 20 f. och Wahl, s. 43 ff.

⁵⁶ Landes, s. 658 ff. och Wahl, s. 274.

⁵⁷ Roach & Trebilcock, s. 494. Se även Wahl, s. 290 f.

⁵⁸ Wahl, s. 43.

⁵⁹ Wahl, s. 43 f.

anses ha lidit konkurrensskador. Dessa konkurrensskador utgör, enligt Wahls synsätt, substitutskador för dödviktsförlusten.⁶⁰ I praktiken skulle detta innebära att främst kunder kan komma ifråga som skadeståndsberättigade.⁶¹

2.5 Sammanfattning

Det finns skäl som talar för att komplettera de offentliga sanktionerna med skadestånd. Skadeståndet skapar incitament för enskilda att ingripa mot konkurrensbegränsningar och skadeståndet kan ha en avskräckande verkan på företag. Dessutom kan skadeståndet kompensera de skadelidande för de skador som konkurrensbegränsningar ger upphov till. De skadelidande utgörs framför allt av kunder; antingen för att deras skador klassificeras som substitut för dödviktsförlusten, eller också för att förmögenhetsöverföringen betraktas som negativ *per se*. Konkurrenters skadeståndsanspråk kan däremot betraktas med viss skepsis, även om det inte synes finnas skäl att helt utesluta dem från kretsen av skadeståndsberättigade. Slutligen kan det framhållas att *optimal deterrence model* verkar vara svårtillämpad i praktiken, särskilt ifråga om *skadeståndssanktioner*, och därtill mindre lämplig för konkurrensrättssystem som har fler ambitioner än att motverka uppkomsten av dödviktsförluster.

⁶⁰ Wahl, s. 288 ff.

⁶¹ Se vidare avsnitt 6.2 om begreppet konkurrensskada.

3 Amerikansk konkurrensrätt

3.1 Konkurrenslagarna

De centrala förbudsreglerna i amerikansk konkurrensrätt återfinns i *Sherman Act*⁶², som trädde i kraft 1890. Den första paragrafen stadgar att "[e]very contract, combination in the form of trust, or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce ... is hereby declared to be illegal", medan lagens andra paragraf föreskriver att "[e]very person who shall monopolize ... any part of the trade or commerce ... shall be deemed guilty of a felony". Överträdelser av båda förbuden är straffbelagda. I rättspraxis har de enligt ordalydelserna omfattande förbuden snävats in genom att vissa överträdelser betraktas som förbjudna *per se*, medan andra bedöms efter en *rule of reason*.⁶³ Vid sidan om *Sherman Act*, återfinns konkurrensregler även i *Clayton Act*, *Federal Trade Commission Act* och *Robinson-Patman Act*.⁶⁴

3.2 Skadeståndsregeln

Det amerikanska sanktionssystemet bygger, som framgått, helt på efterhandskontroll. Flera olika aktörer är involverade i övervakningen – däribland två federala myndigheter, delstaterna och enskilda aktörer. De sistnämnda driver, som nämnts, merparten av konkurrensrättsprocesserna.⁶⁵ Grunden för enskildas rätt till skadestånd återfanns från början i *Sherman Act*, men flyttades 1914 över till *Clayton Act*. Det heter att "any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore ... and shall recover threefold the damages by him sustained". Skadeståndsregeln antas vanligtvis syfta till både prevention och reparation. Under inflytande av Chicago-skolan har dock de preventiva verkningarna särskilt framhävts. Samtidigt har skadeståndsregeln kritiserats med anledning av att utsikten om tredubbla skadestånd anses bidra till alltför många skadeståndsprocesser, vilket anses kunna leda till överprevention.⁶⁶

3.3 Amerikanska egenheter

Det är på sin plats att kort redogöra för de speciella förutsättningar som gäller för skadeståndsprocesser i amerikansk rätt, eftersom de emellanåt anförs som skäl till att enskilda skadeståndsmål är så få i europeisk

⁶² 15 USC §§ 1-7.

⁶³ Jones, *Private Enforcement*, s. 10.

⁶⁴ 15 USC §§ 12-27 (1914), 15 USC §§ 41-51 (1914) och 15 USC § 13(a) (1936).

⁶⁵ Jones, *Private Enforcement*, s. 16.

⁶⁶ Jones, *Private Enforcement*, s. 80 f. Begreppet "överprevention" bör förstås mot bakgrund av det synsätt som ligger till grund för *optimal deterrence model*.

konkurrensrätt. Ofta anförs att enskildas incitament att inleda komplicerade konkurrensrättsprocesser är beroende av utsikten om tredubbel ersättning, att amerikanska advokater kan arbeta på *contingency fees*, att skadelidande kan bistås av domstol vid bevisinsamlingen (s.k. *pre-trial discovery*) och att amerikansk processrätt ger vidsträckta möjligheter till att föra grupp-talan. Vid sidan om dessa faktorer, pekar somliga även på att amerikaner är väldigt processbenägna och att USA präglas av en stark konkurrenskultur.⁶⁷ Särskilt bevisproblematiken är värd uppmärksamhet, i synnerhet som det inom EU kan vara fråga om att införskaffa bevis i ett flertal olika medlemsstater. Övriga amerikanska egenheter främjar onekligen enskildas incitament till att processa, men det har riktats kritik mot en alltför stark fokusering på dessa skillnader gentemot europeisk rätt.⁶⁸

3.4 Närmare om skadeståndets utformning

Skadeståndsregeln i *Clayton Act* är som synes väldigt omfattande – enligt dess ordalydelse kan *varje skadelidande* begära ersättning. Eftersom konkurrensskador sprider sig genom ekonomin, har det ansetts nödvändigt att snäva in skadeståndsregeln i rättspraxis. De begränsningar som har utvecklats är både av processuell och materiell karaktär, men för uppsatsens vidkommande är det främst innehållet i reglerna som är av intresse. Nedan kommer därför ett antal centrala regler att redogöras för, utan att något större avseende fästs vid huruvida de utgör processhinder eller är relevanta i den materiella bedömningen.⁶⁹

Utgångspunkten för att en person ska kunna väcka talan är att han eller hon uppfyller den amerikanska konstitutionens krav på *standing*.⁷⁰ I princip innebär detta att personen måste styrka skadans existens och orsakssammanhanget.⁷¹ Därutöver följer av *Clayton Act* att personen måste vara en ”person” i lagens mening och att han eller hon måste ha lidit skada i sin ”business or property”; inget av dessa krav innebär emellertid någon

⁶⁷ Se t.ex. Wils, s. 1704.

⁶⁸ Se Jones, *Private Enforcement*, s. 248 f. Han framhåller att frånvaron av tredubbel ersättning i betydande utsträckning kompenseras av att europeisk rätt normalt ger rätt till ränta från skadetillfället, att *contingency fees* främst var betydelsefulla i ett tidigt skede av amerikansk konkurrensrätt och att *class actions* aldrig utgjort mer än en liten del av alla konkurrensrättsprocesser.

⁶⁹ Se Wahl, s. 154, för en diskussion om *standing* i amerikansk konkurrensrätt. Det bör framhållas att det i praktiken kan vara av stort intresse huruvida en viss regel utgör processhinder eller inte, eftersom processer är tidsödande och kostsamma. Inte sällan är det dessutom ”fara i dröjsmål”.

⁷⁰ Jones, *Private Enforcement*, s. 159.

⁷¹ Jonathan M. Jacobson & Tracy Greer, *Twenty-one Years of Antitrust Injury: Down the Alley with Brunswick V. Pueblo Bowl-O-Mat*, 66 *Antitrust L.J.* 273 (1998), online: Akin, Gump, Strauss, Hauer & Feld <<http://www.akingump.com/library/publications/antitrust/pdfs/jacobson.pdf>> (2001-12-12) [referenser till internetversionens sidnumrering], s. 10.

egentlig begränsning.⁷² De ytterligare krav som har uppställts är av större principiellt intresse och redogörs därför mer utförligt för i följande avsnitt.

3.4.1 Passing-on

Passing-on, som kan översättas med ”övervältring”, åsyftar det faktum att kunderna till, exempelvis, ett kartellföretag så långt möjligt kommer att kompensera sig för kartellföretagets överpriser genom att höja priserna på sina egna produkter. Detta ger upphov till två principiella problem: 1) bör kartellföretaget gentemot den direkta kunden kunna åberopa övervältring som ett försvar? och 2) bör indirekta kunder kunna söka ersättning från kartellföretaget för den övervältrade delen av överpriset? Två omdiskuterade rättsfall har för amerikansk konkurrensrätts vidkommande besvarat frågorna.

I *Hanover Shoe*⁷³ hävdade käranden, en skotillverkare som leasade maskiner för skotillverkning av svaranden, att svaranden brutit mot monopoliseringsförbudet genom att förvägra käranden att köpa maskinerna. Till följd av detta hade käranden fått betala monopolhyra, eller överpriser, för maskinerna. Förfarandet befanns stå i strid med *Sherman Act*. Gentemot kärandens skadeståndsyrkande invände svaranden dock att käranden inte hade lidit någon skada, eftersom överpriserna hade övervältrats på kärandens kunder. Invändningen accepterades inte av *Supreme Court*, som tvärtom fastslog att den direkta kunden var berättigad till ersättning oberoende av eventuell övervältring.⁷⁴ Domstolen framhöll att det motsatta förhållandet skulle komplicera bevisningen i skadeståndsmål avsevärt. Om övervältringsförsvar accepterades gentemot direkta kunder, borde detsamma dessutom gälla i förhållande till indirekta kunder. I förlängningen skulle detta innebära att konkurrensbegränsaren skulle få behålla en del av monopolvinsten om inte slutkonsumenterna också yrkade på skadestånd, vilket ansågs vara föga sannolikt beträffande konsumenter i allmänhet och skokonsumenter i synnerhet.⁷⁵

Den motsatta situationen behandlades av *Supreme Court* i *Illinois Brick*⁷⁶. Delstaten Illinois hävdade att betongproducenter hade ingått avtal om prifixering och yrkade på ersättning för del av överpriserna som via diverse mellanled hade övervältrats på delstaten. Domstolen accepterade inte detta s.k. offensiva bruk av övervältringsargumentet. Tvärtom framhöll domstolen att *Hanover Shoe* var korrekt dömt och att övervältringsargument antingen måste accepteras i båda riktningar eller inte alls. Motsatsen skulle medföra en risk för att samma skada ersattes flerfält. Domstolen upprepade

⁷² Se Wahl, s. 154. ”Person“ inkluderar såväl fysiska som juridiska personer. ”Business” inkluderar all kommersiell verksamhet och skador beräknas normalt i termer av utebliven vinst, medan ”property” omfattar allt till vilket en äganderätt kan göras gällande och skador beräknas vanligtvis i termer av överpriser.

⁷³ *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp*, 392 U.S. 481 (1968).

⁷⁴ *Ibid.*, s. 489.

⁷⁵ *Ibid.*, s. 492 ff.

⁷⁶ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

argumenten från *Hanover Shoe* och framhöll att syftet bakom skadeståndsregeln bäst tillgodosågs genom att den direkta kunden gavs rätt att begära skadestånd för hela överpriset.⁷⁷ Indirekta kunder har följaktligen inte rätt till skadestånd. Domstolen markerade dock att undantag borde göras för det fall att den direkta kunden och den indirekta kunden hade ett *cost plus* avtal med fixerade inköpskvantiteter, eftersom överpriset under sådana omständigheter enkelt kunde spåras till den indirekta kunden.⁷⁸

Rättsfallen markerar tydligt att amerikansk konkurrensrätt prioriterar prevention framför reparation. Den lösning som rättsfallen lägger fast har varit föremål för omfattande diskussioner i amerikansk doktrin.⁷⁹ De som sympatiserar med lösningen framhåller att den maximerar konkurrensreglernas genomslagskraft och att lagtexten ger stöd för att betrakta de skadeståndsberättigade som *private attorney generals*.⁸⁰ Motståndarna framhäver skadeståndsregelns reparativa syfte och ifrågasätter, liksom dissenterna i *Illinois Brick*, preventionsargumentets styrka: "direct purchasers who act as middlemen have little incentive to sue suppliers so long as they may pass on the bulk of the illegal overcharges to the ultimate consumers."⁸¹ Det kan slutligen framhållas att många delstater reagerade på domsluten genom att instifta regler som explicit tillåter indirekta kunder att begära skadestånd enligt de delstatliga konkurrenslagarna.⁸²

3.4.2 Antitrust injury

Kravet på *antitrust injury* slogs fast 1977 i *Brunswick*⁸³. Käranden, Bowl-O-Mat, hävdade att Brunswicks uppköp av bowlinghallar utgjorde monopolisering i strid med *Section 7* i *Clayton Act*. Bowl-O-Mat yrkade på skadestånd för utebliven vinst till följd av att Brunswicks uppköp medförde att Bowl-O-Mat var tvungna att konkurrera med bowlinghallar som annars skulle ha gått i konkurs. Appellationsdomstolen konstaterade att uppköpen stred mot monopoliseringsförbudet och att Bowl-O-Mats skada var kausal till överträdelsen, varpå dom avkunnades i Bowl-O-Mats favör.

Bedömningen accepterades inte av *Supreme Court*. Ett orsakssammanhang mellan en överträdelse och en skada var inte tillräckligt för att aktualisera skadeståndsansvar. Istället lade *Supreme Court* grunden för kravet på *antitrust injury*:⁸⁴

⁷⁷ *Ibid.*, s. 720 f.

⁷⁸ *Ibid.*, s. 736.

⁷⁹ Jones, *Private Enforcement*, s. 79 f.

⁸⁰ *Illinois Brick*, s. 746 f. En *private attorney general* är i princip en enskild som, motiverad av egenintresse, agerar i allmänintresset. Se Roach & Trebilcock, s. 477 ff.

⁸¹ *Illinois Brick*, s. 749.

⁸² Jones, *Private Enforcement*, s. 180.

⁸³ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

⁸⁴ *Brunswick*, s. 489.

Plaintiffs must prove *antitrust injury*, which is to say injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes defendants' acts unlawful. The injury should reflect the anticompetitive effect either of the violation or of anticompetitive acts made possible by the violation.

Bowl-O-Mats skada hade orsakats av att Brunswicks uppköp medförde att Bowl-O-Mat utsattes för ökad konkurrens, vilket uppenbarligen inte var något konkurrenslagarna syftade till att motverka. Skadan reflekterade inte anledningen till att uppköpen stred mot monopoliseringsförbudet.

Kravet på *antitrust injury* framhålls av de flesta kommentatorer som rimligt. Jacobson & Greer anför att kravet har medfört att domstolarna, vid sidan om vem som har lidit skada, även har börjat resonera om skadans natur och dess koppling till konkurrenslagarnas ändamål. Kravet har därigenom medfört en ökad förståelse för vad som utgör konkurrensbegränsningar överhuvudtaget.⁸⁵ Det har emellertid även riktats kritik mot kravet. Enligt Jones har definitionen av *antitrust injury* blivit allt snävare över tiden, på så vis att främst skador som kan relateras till dödviktsförlusten omfattas.⁸⁶ Därigenom har framför allt konkurrenters skadeståndsanspråk kommit att misstänkliggöras, eftersom konkurrenter vanligtvis skadas även av ökad konkurrens. Jacobson & Greer betraktar denna utveckling som positiv; konkurrensrätten ska "protect competition, not competitors".⁸⁷ Andra är mindre positiva. Jones framhåller att konkurrenter ofta är lämpliga processförare p.g.a. att de har marknadskunskap, stora incitament och möjligheter att ingripa i ett tidigt skede.⁸⁸ Hovenkamp tillägger att även konkurrenter kan lida konkurrensrättsligt relevanta skador.⁸⁹

3.4.3 In pari delicto

I *Perma Life Mufflers*⁹⁰ från 1968 tog *Supreme Court* ställning till huruvida parter till själva det konkurrensbegränsande avtalet har rätt till skadestånd. Fallet är intressant både för att det illustrerar den principiella inställningen till skadeståndets funktion i amerikansk konkurrensrätt och för att det behandlar den problematik som EG-domstolen nyligen tagit ställning till i *Courage v. Crehan*.⁹¹ I *Perma Life Mufflers* var det fråga om ett vertikalt avtal mellan återförsäljare och tillverkare av ljuddämpare till bilar. Återförsäljarna yrkade på skadestånd från tillverkaren och hävdade att de skadats genom tillämpningen av avtalets (otillåtna) klausuler gällande marknadsdelning, *tying* och bruttoprissättning. Tillverkaren invände att återförsäljarna var *in pari delicto* (lika skyldiga). Domstolen slog fast att försvar byggda på *in pari delicto* inte var acceptabla och framhöll att "[t]he

⁸⁵ Jacobson & Greer, s. 9.

⁸⁶ Jones, *Private Enforcement*, s. 192.

⁸⁷ Jacobson & Greer, s. 9.

⁸⁸ Jones, *Private Enforcement*, s. 181.

⁸⁹ Hovenkamp, s. 20 f.

⁹⁰ *Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.*, 392 U.S. 134 (1968).

⁹¹ Se avsnitt 5.4.3 nedan.

plaintiff who reaps the reward of treble damages may be no less morally reprehensible than the defendant, but the law encourages his suit to further the overriding public policy in favor of competition.”⁹² Justice Fortas, som delade majoritetens slutsats, underströk dock att om parternas skuld verkligen var likvärdig, borde principen *in pari delicto* kunna åberopas som försvar.⁹³ Två domare, vilka delvis var skiljaktiga, menade tvärtom att försvar grundade på *in pari delicto* som huvudregel borde accepteras, eftersom de menade att det var ”a bizarre way to ‘further the overriding public policy goal in favor of competition’ ... to pay violators three times their losses in doing what public policy seeks to deter them from doing.”⁹⁴ Rättsfallet befäster dock skadeståndets preventiva funktion och de skadeståndsberättigades ställning som *private attorney generals*.

3.4.4 Kretsen av skadeståndsberättigade

Amerikansk konkurrensrätt innehåller inga begränsningar i rätten till skadestånd som direkt tar sikte på kategorier av skadelidande.⁹⁵ Istället bestäms kretsen av skadeståndsberättigade utifrån de regler som har redogjorts för ovan. Skadans koppling till överträdelsens negativa effekter, graden av direkthet och den skadelidandes förmåga att främja allmänintresset är härvid centrala kriterier. Graden av direkthet är relevant, inte endast för indirekta kunder, utan även mer generellt. Skador som härleds via någon annans skada är normalt inte ersättningsgilla; amerikansk konkurrensrätt strävar efter att identifiera den skadelidande som har bäst förutsättningar för att ”vindicate the public interest”.⁹⁶ Den direkt skadelidandes aktieägare, hyresvärdar, licensgivare och borgenärer kan vanligtvis inte erhålla ersättning.⁹⁷ I praktiken innebär detta att framför allt kunder, i vid mening, och konkurrenter kommer på fråga; de senare betraktas dock med viss skepsis.⁹⁸ Det bör dock understrykas att vem som helst som uppfyller de erforderliga kraven kan erhålla ersättning, vilket amerikansk rättspraxis innehåller flera exempel på.

⁹² *Perma Life Mufflers*, s. 139.

⁹³ *Perma Life Mufflers*, s. 147 (Mr. Justice Fortas, concurring in the result).

⁹⁴ *Perma Life Mufflers*, s. 154 (Mr. Justice Harlan, with whom Mr. Justice Stewart joins, concurring in part and dissenting in part).

⁹⁵ Se Wahl, s. 153.

⁹⁶ *Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983) [AGC], s. 542. Se även Jacobson & Greer, s. 10 f.

⁹⁷ Jones, *Private Enforcement*, s. 180 f. och Jacobson & Greer, s. 9. Se även Roach & Trebilcock, s. 465 f., som redogör för den s.k. Georgetown-studien. Mellan 1973 och 1983 var nedströms företag (återförsäljare, kunder, franchisetagare och licenstagare) de mest frekventa kärandena, följda av konkurrenter. Säljvägran, horisontell prisfixering, *tying* och exklusivavtal samt prisdiskriminering utgjorde, i nämnd ordning, de vanligaste grunderna.

⁹⁸ Se t.ex. *AGC*, s. 539. Både Jones, *Private Enforcement*, s. 180 f. och Hovenkamp, s. 27, framhåller att konkurrenter normalt räknas till ”antitrust’s protected classes” vid sidan om kunder/konsumenter.

4 Svensk konkurrensrätt

4.1 Konkurrenslagen

Konkurrenslagen (KL) trädde i kraft 1993. De centrala förbudsreglerna i KL motsvarar i princip artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. KL 6 § förbjuder konkurrensbegränsande samarbeten, medan KL 19 § förbjuder missbruk av dominerande ställning. Konkurrensverket (KKV) överser lagens åttlydnad. Detta sker främst genom förhandskontroll – KKV kan meddela gruppundantag (17 §), individuella undantag (8 §) och icke-ingripandebesked (20 §). Därutöver kan KKV även ålägga företag att upphöra med överträdelser av förbuden (23 §) samt föra talan om konkurrensskadeavgift vid Stockholms tingsrätt (26 §).

Utredningsarbetet som ledde fram till KL startade med att Konkurrenskommittén sammankallades 1989. Kommitténs huvudbetänkande⁹⁹ lades fram 1991, men kom inte direkt att ligga till grund för KL. Sveriges EU-ansökan bedömdes förändra förutsättningarna för lagstiftningsarbetet och en anpassning till EG-fördragets konkurrensregler ansågs vara önskvärd. Propositionen¹⁰⁰ bygger därför i första hand på en departementspromemoria¹⁰¹ från 1992. Stora delar av såväl propositionen som departementspromemorian bygger dock på det tidigare betänkandet, vilket i valda delar därför också tjänar som tolkningsunderlag för KL.

4.2 Skadeståndsreglen i KL 33 §

4.2.1 KL och civilrättsliga rättsföljder

KL är till övervägande del en offentligrättslig lagstiftning och KKV har, som framgått, huvudansvaret för lagens efterlevnad. Två lagrum kopplar dock uttryckligen civilrättsliga rättsföljder till de centrala förbudsreglerna. I 7 § föreskrivs att avtal som är förbjudna enligt 6 § är ogiltiga, medan 33 § stadgar om skadeståndsansvar vid överträdelser av 6 och 19 §. Hitintills har 33 § aldrig legat till grund för ett avgörande i svensk domstol.¹⁰²

⁹⁹ SOU 1991:59 Konkurrens för ökad välfärd.

¹⁰⁰ Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning.

¹⁰¹ Ds 1992:18 Ny konkurrenslag.

¹⁰² Ett fåtal skadeståndsmål har inletts vid Stockholms tingsrätt, men inga har hitintills avgjorts. Se Carl Wetter m.fl., *Konkurrenslagen – en handbok* (Nerenius & Santérus, Stockholm, 1999), s. 577. Det är givetvis möjligt att skadeståndsanspråk i andra fall har lett till förlikningar utanför domstol.

4.2.2 Rekvisiten i KL 33 §

33 § Om ett företag uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder förbuden i 6 eller 19 §, skall företaget ersätta den skada som därigenom uppkommer för ett annat företag eller en avtalspart.

Rätten till sådan ersättning faller bort, om talan inte väckts inom fem år från det att skadan uppkom.

Stockholms tingsrätt är alltid behörig att pröva frågor om skadestånd enligt denna paragraf.

För det första kan endast företag vara skadeståndsansvariga jämte 33 §. Företag ges i 3 § en tämligen vid definition – ”en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur.” Enligt förarbetena gäller därtill allmänna skadeståndsrättsliga principer om solidariskt ansvar.¹⁰³

För det andra innehåller 33 § ett culpaprekvisit; det är således inte fråga om strikt ansvar. Beträffande juridiska personer ska skuldrekvisitet vara uppfyllt av en person i ledande ställning inom företaget.¹⁰⁴ Det kan anmärkas att culpa inte är en förutsättning för överträdelser av förbuden som sådana. Enligt Nils Wahl bör culpakravet i 33 § tolkas restriktivt, så att skadeståndsansvaret i det närmaste blir att betrakta som strikt. I princip menar han att överträdelser av 6 och 19 § alltid är oaktsamma, om inte någon särskild ursäktande faktor spelar in.¹⁰⁵

För det tredje är det andras *skador* som ska ersättas. Detta kan tyckas självklart, men förtjänar att understrykas mot bakgrund av vad som har sagts i tidigare kapitel. Det är således inte fråga om att beräkna skadeståndet med utgångspunkt i överträdarens vinst eller den samhälleliga effektivitetsförlusten. Inte heller finns det utrymme för utdömmande av straffskadestånd motsvarande amerikansk rätts tredubbla skadestånd.

För det fjärde har endast företag och avtalsparter rätt till ersättning. Uppsatsen återkommer till kretsen av skadeståndsberättigade nedan.

För det femte innehåller paragrafen en preskriptionsregel och en forumregel. Enligt förarbetena gäller forumregeln vid sidan av de vanliga forumreglerna i 10 kap. rättegångsbalken (RB).¹⁰⁶ Skadeståndsmål handläggs följaktligen vid allmän domstol.

Slutligen tillägger förarbetena att det allmänna skadeståndsrättsliga kravet på adekvat kausalitet gäller.¹⁰⁷ Adekvanskravet innebär i princip att den

¹⁰³ Prop. 1992/93:56, s. 96.

¹⁰⁴ Prop. 1992/93:56, s. 96.

¹⁰⁵ Se Wahl, s. 212 och 218 f.

¹⁰⁶ Prop. 1992/93:56, s. 97.

¹⁰⁷ Prop. 1992/93:56, s. 96.

aktuella skadan måste ligga i farans riktning; överträdelsen måste öka sannolikheten för att just den aktuella skadan ska uppstå.¹⁰⁸

4.2.3 Skadeståndets funktion i svensk konkurrensrätt

Förarbetena framhåller att skadeståndet ”har både en reparativ och en preventiv funktion.”¹⁰⁹ Det uttalas vidare att det konkurrensrättsliga sanktionssystemet bör utformas så att det blir relativt självgående och inte görs helt beroende av KKV:s initiativ. Skadeståndet ska alltså kompensera skadelidande och skapa incitament till civilrättslig övervakning av konkurrensreglerna.¹¹⁰ Som framhållits ovan kan dock preventiva skäl och reparativa skäl tala för olika lösningar i ett specifikt fall. Nils Wahl menar härvid att preventiva skäl måste ges företräde, eftersom konkurrensreglerna främst syftar till att motverka uppkomsten av konkurrensbegränsningar.¹¹¹

Nils Wahls uppfattning kan kritiseras. För det första torde det alltid vara att föredra att skada inte uppstår, framför att skada uppstår och repareras. Detta argument gäller all skadeståndsrätt, inte bara inom konkurrensrätten. I själva verket ligger häri preventionens trumfkort: om preventionen fungerar så uppstår aldrig ett behov av reparation. Problemet är att preventionen inte fungerar riktigt så bra. I USA, där skadeståndet genom tredubblingen borde vara ett bättre preventionsinstrument, inleds fortfarande – över hundra år efter *Sherman Act's* ikraftträdande – mellan 600 och 1000 skadeståndsmål årligen.¹¹² Följaktligen innebär en ensidig prioritering av preventionen i konkreta fall att en hel del *de facto* skadelidande kommer att gå miste om reparation. Det rör sig om ett generellt skadeståndsrättsligt problem: bör rättvisa i det enskilda fallet offras till förmån för mer långsiktiga lösningar? Jag har svårt att se att ett svar på denna fråga kan utläsas ur KL:s förarbeten.

För det andra verkar 33 § beskriva ett skadestånd som är mer lämpligt som reparationsinstrument än som preventionsinstrument. Flera faktorer talar för detta: det är skador som ska ersättas, det är skadelidande som ska kompenseras och det finns ett, möjligen uttunnat, krav på culpa. Ett ur preventionssynpunkt lämpligt skadestånd borde istället ha fokuserat på skadegöraren och dennes vinst, föreskrivit strikt ansvar, samt skapat möjlighet till att justera skadeståndsbeloppet i relation till upptäcktsrisken. För det tredje förutser förarbetena att skadeståndskrav främst kommer att framställas ”i anslutning till den egentliga konkurrensrättsliga prövningen.”¹¹³ Detta verkar vara en rimlig utgångspunkt. Samtidigt kan s.k. följdprocesser inte gärna motiveras utifrån preventionshänsyn, eftersom

¹⁰⁸ Se Wetter m.fl., s. 576.

¹⁰⁹ Prop. 1992/93:56, s. 34.

¹¹⁰ Prop. 1992/93:56, s. 34.

¹¹¹ Wahl, s. 55 f.

¹¹² Jones, *Private Enforcement*, s. 79. Det bör påpekas att alla mål inte vinnas av käranden, att en del är okynnesstämningar och att åter andra kan förklaras utifrån oklarheter i rättsläget. Faktum kvarstår dock: skadeståndet avskräcker långtifrån alla.

¹¹³ SOU 1991:59, del 2, s. 289.

detta skulle innebära att förarbetena utgått ifrån att de offentliga sanktionernas avskräckande verkan var otillräcklig.

Min slutsats angående skadeståndets funktion är därför att skadeståndet har utformats som ett reparationsinstrument och att den preventiva verkan främst har betraktats som en önskvärd följd av att skadelidande gör gällande sin rätt till reparation. I konkreta fall måste preventiva och reparativa skäl vägas mot varandra, men utan att någon preferens för endera funktionen gäller.

4.2.4 Vilka skador är ersättningsgilla?

Ersättning enligt 33 § utgår, enligt förarbetena, för ren förmögenhetsskada.¹¹⁴ Termen definieras i Skadeståndslagen (SkL) 1:2 som ”sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada.” Enligt förarbetena kan framför allt skador bestående i inkomstförlust och intrång i näringsverksamhet komma på fråga.¹¹⁵ Det torde inte finnas någon skillnad mellan dessa begrepp inom ramen för konkurrensrätten.¹¹⁶ Förarbetena uttalar att skadans storlek kan vara svår att beräkna och framhåller domstolens möjlighet att uppskatta skadan till ett skäligt belopp jämte RB 35:5.¹¹⁷

Förarbetena anger inte huruvida ersättning skall utgå enligt det positiva eller negativa kontraktsintresset. I allmänhet gäller att inomobligatoriskt skadestånd ska motsvara det positiva kontraktsintresset, medan rättsläget är mindre klart beträffande utomobligatoriska förhållanden.¹¹⁸ Förvisso anger förarbetena att 33 § omfattar både inom- och utomobligatoriskt skadestånd, men detta uttalande refererar snarast till kretsen av skadeståndsberättigade.¹¹⁹ Förarbetena exemplifierar vidare 33 § med ett antal typsituationer, av vilka en tydligt markerar att återförsäljare har rätt till ersättning för utebliven vinst vid leverantörs bruttoprissättning.¹²⁰ Å ena sidan innebär detta ersättning enligt det positiva kontraktsintresset, å andra sidan är förhållandet mellan leverantör och återförsäljare inomobligatoriskt.

Wetter menar att det verkar omotiverat att skilja mellan inom- och utomobligatoriska förhållanden, eftersom det borde sakna betydelse huruvida skadan har orsakats av ett avtal eller ett annat förfarande. Istället

¹¹⁴ Prop. 1992/93:56, s. 96.

¹¹⁵ Prop. 1992/93:56, s. 96. Se även SkL 5:7.

¹¹⁶ Se Wahl, s. 365.

¹¹⁷ Wahl, s. 373 ff., redogör för två metoder för beräkning av skadans storlek. ”Före och efter metoden” jämför den skadelidandes situation före respektive efter förfarandet ifråga, medan ”jämförelsemetoden” jämför företagets situation med ett annat företags eller med samma företags situation på en annan marknad. Även om båda metoderna har sina brister, menar Wahl att den första vanligtvis är att föredra. Se även Wetter m.fl., s. 580.

¹¹⁸ Se Wetter m.fl., s. 580.

¹¹⁹ Ds 1992:18, s. 98.

¹²⁰ Prop. 1992/93:56, s. 97.

menar han att ersättning enligt det positiva kontraktsintresset bör gälla generellt.¹²¹ Även Wahl menar att eventuella avtalsrelationer bör sakna betydelse för ersättningens beräkning och framhåller istället att skadeståndet bör beräknas på ett sätt som främjar konkurrensreglernas genomslagskraft.¹²²

4.2.5 Alternativa ansvarsgrunder

I betänkandet angavs att ”ersättning [även] kan utgå enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler som gäller vid sidan av det som nu föreslås.”¹²³ Uttalandet upprepades inte i propositionen och den skadeståndsregel som kom att lagfästas i 33 § har ett vidare tillämpningsområde än den i betänkandet föreslagna. Enligt Hellner bör skadeståndsregler i speciallagstiftning tolkas motsatsvis; de skador som inte omfattas av speciallagen bör normalt inte vara ersättningsgilla.¹²⁴ En skadelidande synes följaktligen vara hänvisad till 33 §.

Även om 33 § skulle anses medge alternativa skadeståndsgrunder, så är det tveksamt om detta skulle ha någon reell betydelse. Det är förvisso tänkbart att ett konkurrensbegränsande förfarande kan orsaka sakskador, men förekomsten av sådana kan antas vara negligerbar. Gällande rena förmögenhetsskador stadgar SkL 2:4 att skadeståndsansvar förutsätter att skadan har orsakats genom en straffbelagd handling.¹²⁵ Överträdelser av KL utgör inte brott, varför SkL 2:4 inte kan utvidga skadeståndsansvaret.

Den spärregel som uppställs i SkL 2:4 är dock behäftad med undantag. För det första är paragrafen enligt SkL 1:1 inte tillämplig beträffande inomobligatoriska förhållanden. För att inomobligatoriska skadeståndsregler ska bli tillämpliga krävs det dock att adekvat kausalitet råder mellan ett avtalsbrott och den relevanta skadan – något som mer sällan torde vara fallet.¹²⁶

För det andra framhöll förarbetena till SkL 2:4 att paragrafen inte var avsedd att hindra att ett vidgat ansvar för rena förmögenhetsskador utvecklades i rättspraxis.¹²⁷ Någon sådan utveckling har hitintills inte skett. I flera andra europeiska länder är ren förmögenhetsskada ersättningsgill om den har orsakats genom ett regelbrott och den skadelidande befinner sig inom

¹²¹ Wetter m.fl., s. 580.

¹²² Wahl, s. 370 f.

¹²³ SOU 1991:59, del 2, s. 291.

¹²⁴ Hellner & Johansson, s. 71. Det kan påpekas att Hellner hänvisar till KL 33 § som ett konkret exempel på ett lagrum som bör tolkas motsatsvis.

¹²⁵ Se avsnitt 7.3 nedan gällande en eventuell kriminalisering av konkurrensrätten.

¹²⁶ Se T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 132. I avtalsrelationer uppstår konkurrensskador vanligtvis av att avtalet följs.

¹²⁷ Prop. 1972:5, s. 568.

regelns skyddsintresse.¹²⁸ Flera kommentatorer förordar en liknande lösning för svensk rätts vidkommande.¹²⁹ Som kommer att framgå nedan lade dock redan KL:s förarbeten normskyddsläran till grund för 33 §. Det torde inte finnas anledning att anta att domstolarna skulle tillämpa normskyddsläran annorlunda enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler än enligt KL 33 §.¹³⁰

4.3 Kretsen av skadeståndsberättigade

4.3.1 KL:s skyddsintresse

Förarbetena framhåller att endast den som kan sägas omfattas av lagens skyddsintresse har rätt till skadestånd. Den s.k. normskyddsläran ligger följaktligen till grund för en avgränsning av kretsen av skadeståndsberättigade. Förarbetena utför inte någon normskyddsanalys av konkurrensreglerna, utan meddelar endast att under KL:s skyddsintresse faller ”konkurrerande företag men även företag i andra eller tidigare säljled som berörs mer direkt av förfarandet.”¹³¹

Kleineman framhåller att normskyddsläran inte ger några klara och tydliga svar på vem som bör ha rätt till skadestånd. Tvärtom, normskyddsläran ”formulerar problemet och anger tillvägagångssättet för att söka efter svaret på frågan.”¹³² Därvid är man, enligt Kleineman, hänvisad till en rättspolitisk analys.¹³³ Det kan framhållas att HD i andra sammanhang har anlagt en ganska vid syn på vad som utgör ett skyddat intresse och att det torde vara tillräckligt att det aktuella intresset utgör ett av flera intressen som skyddas av regeln ifråga.¹³⁴

¹²⁸ Se t.ex. Walter Van Gerven, *Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules Before National Courts*, s. 29 f.

¹²⁹ Se Jan Kleineman, *Ren Förmögenhetsskada – särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart* (Juristförlaget, 1987), s. 292 och J. Andersson, *Legala förbud*, s. 648 ff.

¹³⁰ J. Andersson, *Legala förbud*, s. 652, menar att den ogiltighetsverkan som följer av KL 7 § är att betrakta som nullitet och därför bör kunna åberopas som en grund för skadestånd av alla som har ett rättsligt skyddsvärt intresse under KL 6 och 19 §. Därtill menar han att KL:s förarbeten tillämpar normskyddsläran felaktigt. Kontentan är att de som inte kan begära ersättning jämte KL 33 §, men som har rättsligt skyddsvärda intressen enligt en korrekt tillämpning av normskyddsläran, borde kunna stödja sig på konkurrensreglernas ogiltighetsverkan för att begära ersättning. Andersson medger att det är mindre troligt att domstolarna skulle acceptera denna tolkning.

¹³¹ Prop. 1992/93:56, s. 96.

¹³² Kleineman, s. 288.

¹³³ Kleineman, s. 302.

¹³⁴ Se NJA 1982 s. 307. Målet gällde statens ansvar för ren förmögenhetsskada enligt Skadeståndslagen 3:2. Ett företag, Mäklarbanken, tilldömdes ersättning för marknadsföringskostnader som blivit onyttiga till följd av att patentverket låtit registrera deras firmanamn i strid mot förbudet för andra än banker att använda sig av ordet ”bank”. HD menade att även om förbudets primära skyddsintresse var allmänhetens intresse av att inte bli vilseledd, så skyddade förbudet även den registreringssökande själv. Se även Ulf Bernitz, *Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare* (Nordstedts Juridik, Göteborg, 1993), s. 104 f.

En analys av vilka intressen som kan tänkas skyddas av KL 6 och 19 § bör ta sin utgångspunkt i syftet med lagen som sådan. KL 1 § stadgar att "[d]enna lag har till ändamål att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens".¹³⁵ Målstaðgandet låter sig inte omvandlas till konkreta skyddsintressen på något enkelt sätt.¹³⁶ Betänkandet var något utförligare beträffande målen med konkurrenspolitiken. Fyra olika mål sades ligga till grund för lagstiftningen: 1) effektivitetsmålet, 2) tillväxtnmålet, 3) fördelningsmålet och 4) konsumentmålet.¹³⁷ Inte heller dessa mål är särskilt tydliga, men det torde åtminstone framgå att fördelningseffekter – inte enbart effektivitetseffekter – är relevanta för den svenska konkurrenslagen.

Enligt Jan Andersson har KL fyra övergripande ändamål: 1) effektiv resursallokering, 2) produktionseffektivitet, 3) omsorg om små- och medelstora företag och 4) viss omsorg om den svagare parten i konkurrensbegränsande avtal. Därtill menar han att omsorgen om konsumenterna är ett tungt ändamål, men att det kanske endast är avsett att tillgodose indirekt.¹³⁸ Andersson konstaterar vidare att kopplingen till ogiltighet och skadestånd ger upphov till rättigheter för enskilda, vilka bör tolkas mot bakgrund av lagens ändamål. Han synes acceptera de kategorier som utpekats av förarbetena, men ställer sig samtidigt väldigt kritisk till svensk rätts inställning till konsumenters ersättningsrätt.¹³⁹

Nils Wahl menar att "en effektiv resursallokering och ett abstrakt konsumentnyttobegrepp" bör läggas till grund för tolkningen av KL:s skyddsintresse.¹⁴⁰ Därutöver menar Wahl att syftet med skadeståndssanktionen bör tillmätas stor vikt vid avgörandet av vilka intressen som är rättsligt skyddsvärda. Eftersom Wahl, som framgått, betraktar prevention som skadeståndets primära funktion, medför detta att Wahl i första hand menar att sökandet av lämpliga processförare är av vikt.¹⁴¹ Efter en genomgång av olika kategorier av skadelidande, drar Wahl slutsatsen att avgränsningar bör ske i förhållande till skadans karaktär snarare än i relation till vem som har lidit skadan. Endast "obestämda konsumentkollektiv samt anställda och andra mer indirekt berörda" borde uteslutas som sådana.¹⁴²

Nedan kommer rätten till skadestånd att diskuteras i relation till de kategorier av skadelidande som vanligtvis kan komma på fråga.

¹³⁵ En "effektiv konkurrens" råder, enligt förarbetena, "på en marknad där antalet säljare inte är för begränsat, de utbudna produkterna inte är för differentierade, företagen inte handlar i samförstånd med varandra och inga väsentliga hinder finns för nyetablering av företag." Se prop. 1992/93:56, s. 66.

¹³⁶ Se Wahl, s. 246.

¹³⁷ SOU 1991:59, del 2, s. 44 ff. Dessa måls fortsatta relevans bekräftas i prop. 1999/2000:140, s. 46 ff.

¹³⁸ J. Andersson, *Legala förbud*, s. 637.

¹³⁹ *Ibid.*, s. 648 ff. Angående konsumenter – se avsnitt 4.3.3.1 nedan.

¹⁴⁰ Wahl, s. 247.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Wahl, s. 270.

Diskussionen syftar både till att redogöra för rättsläget och till att diskutera detsamma.

4.3.2 Begreppen ”företag” och ”avtalspart”

Enligt KL 33 § är företag och avtalsparter berättigade till skadestånd. Begreppet ”företag” definieras, som nämnts, i lagen och omfattar i princip alla utom privatpersoner och myndighetsutövande offentliga organ. Begreppet ”avtalspart” är, mot bakgrund av förarbetena, mer problematiskt. Två saker står klart. Dels överlappar begreppen varandra i språklig mening – ett företag kan uppenbarligen vara en avtalspart. Dels har tredje man som inte är företag inte rätt till ersättning.¹⁴³

Problematiken beträffande avtalspartsbegreppet har främst att göra med att det är oklart vem som är avtalspart och vem som är tredje man. En möjlighet är att koppla avtalspartsbegreppet till själva det konkurrensbegränsande avtalet. Därmed skulle s.k. delaktiga avtalsparter – vertikala och/eller horisontella – omfattas, medan övriga är att betrakta som tredje män. Denna tolkning var uppenbarligen inte avsedd. Förarbetena markerar att ”[ä]ven den som inte anses som företag i lagens mening, men som träffat avtal med ett företag som deltar i ett förbjudet samarbete, kan ha rätt till ersättning”.¹⁴⁴ Det framstår därför som om avtalspartsbegreppet ska kopplas till de avtal som de delaktiga företagen sluter med utomstående. Därmed synes endast de vars skador förmedlas av någon annan än ett delaktigt företag vara att betrakta som tredje män. De typsituationer som uppräknas i förarbetena skiljer dock inte mellan delaktiga avtalsparter och andra avtalsparter. Exempelvis har återförsäljare rätt till ersättning vare sig skadan har orsakats dem genom otillåten bruttoprissättning – vilken återförsäljaren formellt sett är delaktig i – eller horisontell prissamverkan mellan leverantörerna.¹⁴⁵ En första slutsats torde följaktligen vara att såväl delaktiga som icke-delaktiga avtalsparter innefattas i avtalspartsbegreppet.

Tolkningen kompliceras emellertid av att förarbetena även försöker snäva in avtalspartsbegreppet. Det heter nämligen att icke-företag som är avtalsparter främst kan göra gällande en rätt till skadestånd ”när det förbjudna samarbetet är inriktat på en enskild avtalssituation”.¹⁴⁶ Anbudskarteller erbjuds som konkreta exempel. I betänkandet framkom dessutom att avtalspartsbegreppet främst var motiverat av att det ansågs önskvärt att stat och kommun skulle ha rätt till skadestånd, oavsett om de föll under företagsbegreppet eller inte.¹⁴⁷ En andra slutsats är därför att avtalsparter som inte är företag har en mindre vidsträckt rätt till skadestånd än andra avtalsparter. Kanske är denna kategori också de enda som egentligen berörs

¹⁴³ Se T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 134.

¹⁴⁴ Prop. 1992/93:56, s. 96.

¹⁴⁵ Prop. 1992/93:56, s. 97.

¹⁴⁶ Prop. 1992/93:56, s. 96.

¹⁴⁷ SOU 1991:59, del 2, s. 290.

av avtalspartsbegreppet, eftersom avtalsparter som även är företag torde kunna härleda en rätt till skadestånd via lagens företagsbegrepp.

4.3.3 Kunder

4.3.3.1 Konsumenter¹⁴⁸

Konsumenter är kunder som köper produkter för enskilt bruk. I de fall konsumenten är tredje man i förhållande till ett delaktigt företag, saknar konsumenten, som framgått, rätt till ersättning. Konsumenter kan även vara avtalsparter till delaktiga företag, varvid de torde ha rätt till ersättning.¹⁴⁹ Emellertid gäller detta främst när de har drabbats i en enskild avtalsituation, något som mer sällan torde vara aktuellt.¹⁵⁰ Förarbetena klargör dessutom explicit att flertalet konsumenter saknar rätt till ersättning:¹⁵¹

Obestämda kretsar av konsumenter som indirekt berörs av ett förbjudet samarbete har inte rätt till skadestånd. Även om ett syfte med lagen är att främja det totala konsumentintresset kan dessa inte anses ingå i lagens skyddsintresse med hänsyn till lagens inriktning på förhållandena inom näringslivet.

Eftersom uttalandet knappast tillför något till vad som har sagts ovan – annat än att stänga den eventuella lucka som ordet ”främst” lämnar öppen – bör det antagligen betraktas som ett förtydligande om uttalandena om avtalsparter ställning.¹⁵²

Motiveringen till att konsumenter bör sakna rätt till skadestånd är främst att KL är inriktad på näringslivets förhållanden. Det är oklart varför detta utgör ett argument mot konsumenters rätt till ersättning, särskilt som förarbetena även framhåller att konkurrensrätten – till skillnad från reglerna om illojal konkurrens – inte syftar till att reglera förhållanden mellan näringsidkare.¹⁵³ Som ett ytterligare argument anför förarbetena att det är komplicerat att ange storleken av en enskild konsumenters skada.¹⁵⁴ Inte heller detta argument är särskilt övertygande – dels hänvisas domstolarna explicit till RB 35:5, dels torde argumentet lika gärna kunna göras gällande mot andra skadelidande än konsumenter. Wahl framför ett mer plausibelt argument. Enligt honom är

¹⁴⁸ Begreppet ”konsument” ska här förstås som privatperson som agerar för enskilt bruk. Jfr. Konsumentköplagen 1 §.

¹⁴⁹ Se Wahl, s. 251 och T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 135.

¹⁵⁰ Ett exempel på när rätten till skadestånd kan vara praktiskt relevant är när en enskild konsument köper byggtjänster via anbudsförfaranden.

¹⁵¹ Prop. 1992/93:56, s. 96.

¹⁵² Det kan påpekas att uttalandet från språklig synvinkel är ganska problematiskt i sig. Dels berör det enbart ”obestämda kretsar”, vilka ändå aldrig kan ha rätt till skadestånd i svensk rätt, och dels så gäller det enbart indirekt berörda konsumenter, vilka till följd av avtalspartsbegreppet ändå saknar rätt till skadestånd.

¹⁵³ Se SOU 1991:59, s. 281 f.

¹⁵⁴ SOU 1991:59, s. 291.

skälet till att konsumenter inte har rätt till skadestånd att ”ett kollektiv där den enskilde medlemmen endast lidit en mindre skada inte utgör en särskilt lämplig processförare.”¹⁵⁵ Kostnaden för den eftersträvade preventionseffekten blir helt enkelt för hög om mängder av konsumenter måste processa för att den ska realiseras.¹⁵⁶

Mot bakgrund av att konsumentintresset ofta framhävs som ett centralt intresse i konkurrenspolitiken, kan det tyckas underligt att konsumenter fränkänns en rätt till reparation. Enligt Jan Andersson är det ”ett osedvanligt korkat tilltag av den svenska lagstiftaren” att inte tillerkänna konsumenter en skadeståndsrätt.¹⁵⁷ Han framhåller att konsumenten är den som egentligen skadas av konkurrensbegränsningar och att det även är konsumenten ”som lagstiftningen i slutändan ska skydda.”¹⁵⁸ Enligt Andersson har lagstiftaren missbrukat normskyddsläran i det att konsumenter inte ansetts tillhöra lagens skyddsintresse. Den slutsats som kan dras, enligt Andersson, är att begränsningen gentemot konsumenter är uppställd i syfte att skydda konkurrensbegränsande företag.¹⁵⁹

Slutligen kan det anmärkas att de konsumenter som drabbas av själva utbudsbegränsningen – de som inte har råd med överpriset – saknar rätt till skadestånd. Detta är förvisso ganska naturligt, eftersom konsumenterna i denna kategori knappast kan identifieras och därtill mer sällan är medvetna om sina skador. Förhållandet förtjänar dock att understrykas, då dessa konsumenters skador representerar själva dödviktsförlusten och följaktligen är de enda skador som är helt okontroversiella.

4.3.3.2 Företagskunder (”andra säljled”)

Företag ”i andra ... säljled” tillhör KL:s skyddsintresse och har följaktligen rätt till skadestånd.¹⁶⁰ Det rör sig om företag i vertikalt nedåtstigande led, som t.ex. återförsäljare, distributörer, licenstagare och diverse andra mellanled. Det bör uppmärksammas att endast icke-delaktiga företagskunder behandlas här – dvs. företag som drabbas av exempelvis horisontell prissamverkan eller en dominants säljvägran – medan delaktiga företagskunder behandlas separat nedan.

Företagskunder är ”företag” i den bemärkelse som KL 33 § använder begreppet. I utgångsläget synes det därför saknas anledning att fästa sig vid det faktum att de ofta även är avtalsparter till det konkurrensbegränsande företaget.¹⁶¹ Det är emellertid möjligt att förarbetena använder begreppet

¹⁵⁵ Wahl, s. 249 f.

¹⁵⁶ Se avsnitt 7.2 angående förslaget om grupprättegång.

¹⁵⁷ J. Andersson, *Legala förbud*, s. 652. Även Wahl, s. 249, medger att det kan finnas ett ”principiellt värde” i att tillerkänna konsumenter talerätt.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Prop. 1992/93:56, s. 96. Möjligheten för indirekta kunder att begära ersättning diskuteras mot bakgrund av både svensk rätt och EG-rätten i avsnitt 6.3.

¹⁶¹ Se dock Wahl, s. 248.

”säljled” i inskränkande bemärkelse, så att inte alla företag i nedåt- och uppåtstigande led ska anses vara inkluderade. Möjligtvis bör begreppet ”säljled” förstås på så sätt att mellanled, men inte kommersiella slutanvändare, omfattas.¹⁶² Ett argument för att fränkänna åtminstone vissa kommersiella slutanvändare rätt till skadestånd är att de i allt väsentligt kan jämföras med konsumenter. Det finns ingen relevant skillnad mellan exempelvis ett företag som köper en flygresa och en privatperson som köper en flygresa. Båda kategorierna omfattar många aktörer och borde således, i linje med Wahls argument, utgöra mindre goda processförare. Ett visst stöd för en sådan tolkning kan hämtas från betänkandet, där konsumenter endast framhålls som ett exempel på en sådan ”obestämd krets” som inte bör ha rätt till skadestånd.¹⁶³

Företag som orsakas skada i en enskild avtalssituation – exempelvis genom en anbudskartell – har uppenbarligen rätt till skadestånd oavsett att de inte kan anses ingå i säljledet. Detsamma gäller, som har framgått, andra kunder än företag.

4.3.4 Leverantörer (”tidigare säljled”)

Företag ”i ... tidigare säljled” omfattas av KL:s skyddsintresse och har således rätt till skadestånd. I förarbetena anges inköpskarteller som ett typexempel.¹⁶⁴ Bedömningen av när företag i vertikalt uppåtstigande led – i huvudsak leverantörer – har rätt till skadestånd torde följa samma principer som bedömningen av företagskunders ersättningsrätt.

4.3.5 Konkurrenter

Konkurrenter omfattas uttryckligen av KL:s skyddsintresse. Förarbetena exemplifierar med skador orsakade av ett dominerande företags exklusivavtal och säljvägran, men även skador till följd av underprissättning och bojkotter torde kunna komma på fråga.¹⁶⁵ Förarbetena kopplar konkurrenters skador till dominansmissbruk, men rimligen bör även konkurrensbegränsande samarbeten kunna medföra ersättningsgilla skador för konkurrenter.¹⁶⁶ Enligt Wahl bör i princip även potentiella konkurrenter ha rätt till skadestånd, liksom nedströms företag som konkurrerar med vertikalt integrerade företag.¹⁶⁷

¹⁶² Ett ytterligare problem är att särskilja mellanled från slutanvändare. Var går gränsen? Mellanled, i snäv mening, skulle kunna omfatta endast de företag som vidareförsäljer produkten i samma form som de köpte in den. Mellanled, i vid mening, skulle kunna innefatta även de företag som bearbetar produkten eller använder den för att bearbeta andra produkter. I det sistnämnda fallet är endast de företag som köper produkter på rena konsumentmarknader – förbrukningsartiklar, mat, möbler – uteslutna.

¹⁶³ SOU 1991:59, s. 285. Dock annorlunda i propositionen.

¹⁶⁴ Prop. 1992/93:56, s. 96 f.

¹⁶⁵ Prop. 1992/93:56, s. 96.

¹⁶⁶ Se t.ex. kommissionens beslut 99/60/EC, *Pre-Insulated Pipe Cartel*, och fotnot 44.

¹⁶⁷ Wahl, s. 260 f.

Konkurrenters skador är ganska problematiska ur konkurrensrättslig synvinkel.¹⁶⁸ För det första kan inte konkurrenters skador kopplas till dödviktsförlusten på samma sätt som kunders skador. Utifrån *optimal deterrence model* betraktas konkurrenters skador därför inte som skador i egentlig mening. Med utgångspunkt i detta synsätt, menar Wahl att konkurrenters skadeståndsanspråk möjligen bör betraktas med viss skepsis.¹⁶⁹ För det andra finns det en risk att företag inleder omotiverade skadeståndsprocesser i syfte att störa konkurrerande företag. Problemet har varit omdiskuterat i amerikansk doktrin, men är troligen av mindre vikt i Sverige p.g.a. att fördelningen av processkostnader är annorlunda här.¹⁷⁰ För det tredje kan det, även bortsett från *optimal deterrence model*, diskuteras på vilket sätt konkurrenter drabbas. En horisontell priskartell torde exempelvis aldrig i sig skada en konkurrent. Antingen drar konkurrenten fördel av den högre prisnivån eller också kapar konkurrenten åt sig marknadsandelar på kartellföretagens bekostnad.¹⁷¹ Ett annat exempel är vertikala restriktioner – t.ex. bruttoprissättning – som medför omsättningsökningar till följd av att återförsäljarna får möjlighet att erbjuda bättre service och dylikt. Konkurrenter till återförsäljarna skadas visserligen p.g.a. det konkurrensbegränsande förfarandet, men deras skador orsakas av den ökade konkurrensen – inte av bruttoprissättningen som sådan.¹⁷²

Till viss del kan problematiken gällande konkurrenters skador kopplas till frågan huruvida det är konkurrensen eller konkurrenterna som ska skyddas. Skiljelinjen mellan konkurrensrätten och reglerna om otillbörlig konkurrens är inte alldeles enkel att dra; i många rättsordningar betraktas det som ett och samma regelkomplex. Bernitz framhåller att vissa konkurrensmetoder som tidigare föll under de svenska reglerna om illojal konkurrens, numera bedöms enligt konkurrensrättens regler.¹⁷³ I förarbetena till KL framhålls att det finns nära beröringspunkter mellan regelsystemen, men samtidigt understryks att det rör sig om två skilda normsystem. Konkurrensrätten tillgodoser allmänhetens intresse av en fri konkurrens, medan reglerna om illojal konkurrens är inriktade på förhållandet mellan enskilda näringsidkare.¹⁷⁴

Sammantaget kan det konstateras att konkurrenter kan drabbas av skador som är konkurrensrättsligt relevanta. Ofta rör det sig om skador orsakade i syfte att uppnå marknadsmakt eller upprätthålla en kartell. Samtidigt kan det ofta finnas anledning att noggrant studera kopplingen mellan konkurrenters skador och konkurrensbegränsningen ifråga. Eftersom konkurrenter explicit

¹⁶⁸ Se avsnitten 2.3 och 3.4.2 ovan.

¹⁶⁹ Wahl, s. 258.

¹⁷⁰ Se Wahl, s. 258 f.

¹⁷¹ Se Wahl, s. 316 f.

¹⁷² Se Wahl, s. s. 329 f. Det kan diskuteras huruvida bruttoprissättningen under dessa förhållanden överhuvudtaget bör betecknas som en konkurrensbegränsning.

¹⁷³ Se Bernitz, s. 34, gällande bojkotter, säljvägran, prisdiskriminering och underprissättning.

¹⁷⁴ SOU 1991:59, s. 281 f.

omfattas av KL:s skyddsintresse, torde denna bedömning ske i det konkreta fallet. Den amerikanska inställningen till *antitrust injuries* torde härvid kunna ge vägledning, vilket närmare diskuteras i avsnitt 6.2.

4.3.6 Delaktiga företag

4.3.6.1 Vertikala restriktioner

Förarbetena indikerar, som nämnts, att även återförsäljare som ingått avtal om bruttoprissättning har rätt till skadestånd.¹⁷⁵ Från systematisk synvinkel saknas det anledning att anta att förhållandet är ett annat beträffande parter till andra typer av vertikala avtal. Det avgörande torde istället vara huruvida den delaktiga avtalsparten faktiskt har lidit skada eller inte.¹⁷⁶ Vanligtvis lär det vara fråga om sådana nedströms avtalsparter som befinner sig i en svagare ställning och därigenom kan påtvingas konkurrensbegränsande avtalsvillkor.

Möjligen kan jämkning av skadeståndet komma på fråga. SkL 6:1 anger att skadestånd med anledning av ren förmögenhetsskada kan jämkas i relation till graden av medvållande. Enligt Wahl talar dock skadeståndets preventiva funktion för att jämkning inte bör ske. Istället bör den delaktiga avtalspartens eventuella vinster avräknas.¹⁷⁷

4.3.6.2 Horisontella restriktioner

Företag som är delaktiga i horisontella restriktioner kan endast komma på fråga som skadeståndsberättigade om begreppet avtalspart i KL 33 § anses innefatta delaktiga avtalsparter. Horisontella avtalsparter torde vidare mer sällan lida några skador alls. Wahl menar att horisontella avtalsparter rätt till skadestånd kan tolkas in i KL 33 § och han framhåller vidare att konkurrensreglernas genomslagskraft skulle främjas av en sådan rätt.¹⁷⁸ I likhet med de skiljaktiga domarna i det amerikanska rättsfallet *Perma Life Mufflers* anser dock jag att det vore ganska underligt att tillerkänna företag skadestånd i syfte att motverka just det som företagen har gjort.¹⁷⁹ Möjligen kan den av Wahl förordade lösningen vara kontraproduktiv i förhållande till konkurrens klimatet och opinionsläget. Dessutom är det synnerligen svårt att förklara hur horisontella avtalsparter skulle kunna omfattas av KL:s skyddsintresse.

¹⁷⁵ Se avsnitt 4.3.2 och prop. 1992/93:56, s. 97.

¹⁷⁶ Det kan självfallet diskuteras såväl huruvida den vertikala restriktionen är otillåten överhuvudtaget som huruvida den delaktiga avtalsparten lider någon skada. Detta är emellertid en annan fråga.

¹⁷⁷ Se Wahl, s. 371 f.

¹⁷⁸ Se Wahl, s. 262 ff. och 372.

¹⁷⁹ Se avsnitt 3.4.3.

4.3.7 Övriga

Det finns inget större utrymme för att tolka in en rätt till skadestånd för andra än de redan nämnda. Förvisso kan även andra skadas. Anställda i ett företag som drabbas av en konkurrensbegränsning samt de anställdas fackförening är tänkbara skadelidande. Så är även det drabbade företagets aktieägare, borgenärer, licensgivare och leverantörer. Vissa av dessa kategorier saknar rätt till skadestånd eftersom de varken är företag eller avtalspart till konkurrensbegränsaren. Övriga torde vara uteslutna på den grund att deras skador utgör sådana tredjemansskador som inte är ersättningsgilla enligt svensk rätt, vilket även antyds i förarbetenas krav på ”mer direkt” skada.¹⁸⁰ Det bör understrykas att företag i senare säljled inte lider tredjemansskador. Tredjemansskador uppstår *utöver* den direkta skadan, medan företag i senare säljled snarast drabbas *istället* för det föregående säljledet. Uppsatsen återkommer till s.k. övervältring av skador i avsnitt 6.3.

4.4 Avslutande kommentarer

Den svenska konkurrenslagen innehåller en uttrycklig bestämmelse om skadestånd med anledning av överträdelse av de centrala förbudsreglerna. Kretsen av skadeståndsberättigade är, i avsaknad av rättspraxis, inte alldeles enkel att bestämma. Det står dock klart att inte alla skadelidande har rätt till skadestånd. Konsumenter är i normalfallet uteslutna. Därtill kommer att frågetecken kan resas för företagskunder som kan jämföras med konsumenter samt för horisontella avtalsparter. Tredje män som inte är företag har inte heller rätt till ersättning. Övriga skadelidande har i princip rätt till skadestånd. En annan sak är att skadan i det konkreta fallet inte nödvändigtvis kommer att betraktas som ersättningsgill, vilket uppsatsen återkommer till i avsnitten 6.2 och 6.3.

Från principiell synvinkel kan det konstateras att skadeståndsregeln i KL 33 § inte i sig synes vara anpassad till att främja konkurrensreglernas genomslag annat än indirekt. Det är fråga om att skadelidande företag och avtalsparter ska kompenseras för skador orsakade av culpösa regelöverträdelser. *Optimal deterrence model* och andra mer preventionsfokuserade teorier verkar inte ha påverkat utformningen av KL 33 §. Preventionsverkan synes istället betraktas som en konsekvens av att skadelidande gör gällande sin rätt till skadestånd. Denna preventionsverkan torde, som har framgått, vara inadekvat – dels för att skadeståndet inte justeras för upptäcktsrisken, dels för att skadans storlek inte alltid svarar mot konkurrensbegränsarens monopolvinst. Det senare gäller särskilt ifråga om konkurrenters skador. Vidare kan det diskuteras huruvida normskyddsläran är korrekt applicerad av förarbetena. De skadelidande vars skador med fog kan anses vara mest kontroversiella – konkurrenter och delaktiga

¹⁸⁰ Se Hellner & Johansson, s. 365 och 370 samt Wahl, s. 254 och 256.

avtalsparter – har uttryckligen rätt till skadestånd, medan konsumenter – som alltid drabbas i slutändan – inte anses tillhöra lagens skyddsintresse.

5 EG:s konkurrensrätt

5.1 EG:s konkurrensregler

De centrala bestämmelserna inom EG:s konkurrensrätt är artikel 81, som förbjuder konkurrensbegränsande samarbeten, och artikel 82, som förbjuder missbruk av dominerande ställning. EG-fördraget innehåller inga sanktionsregler. Kommissionens rätt att utfärda böter följer istället av artikel 15 i förordning 17/62. Artikel 81(2) föreskriver att avtal som är förbjudna också är ogiltiga. I övrigt innehåller varken EG-fördraget eller sekundärrätten några bestämmelser om civilrättsliga sanktioner. I EG-domstolens rättspraxis har det dock utvecklats långtgående regler och principer gällande bland annat skadeståndssanktionen.

5.2 Konkurrensreglernas direkta effekt

Den rättsliga grunden för enskildas möjlighet att åberopa sig på EG-rätten inför nationell domstol följer av principerna om direkt effekt och gemenskapsrättens företräde. Principen om direkt effekt slogs fast i *Van Gend en Loos* och innebär att enskilda genom EG-rätten tilldelas rättigheter, vilka kan åberopas inför nationell domstol.¹⁸¹ Av principen om gemenskapsrättens företräde, vilken slogs fast i *Costa v. ENEL*, följer att en gemenskapsregel med direkt effekt alltid har företräde framför nationell rätt.¹⁸²

För att en gemenskapsregel ska ha direkt effekt krävs att den uppfyller vissa kriterier. EG-domstolen har dock i *BRT v. SABAM* klargjort att artiklarna 81(1) och 82 till sin natur är ägnade att ha direkt effekt och därför ger upphov till rättigheter för enskilda.¹⁸³ Mot de skyldigheter som förbuden i konkurrensreglerna ställer upp svarar alltså rättigheter, vilkas innehåll torde vara att enskilda har rätt att inte utsättas för förfaranden som strider mot förbuden.

5.3 Från nationella till EG-rättsliga sanktioner

Redan det faktum att EG-rätten ger upphov till rättigheter för enskilda innebär att frågan om sanktioner eller rättsmedel uppkommer – en rättighet som inte kan genomdrivas i domstol är tämligen betydelslös. EG-domstolen har över tiden utvecklat principer för hur gemenskapsrättigheter ska skyddas. Rättsutvecklingen har primärt berört gemenskapsregler med

¹⁸¹ 26/62 *Van Gend en Loos*, [1963] ECR 1.

¹⁸² 6/64 *Costa v. ENEL*, [1964] ECR 585.

¹⁸³ 127/73 *BRT v. SABAM*, [1974] ECR 51.

vertikal direkt effekt och således medlemsstaternas skadeståndsskyldighet, men den är av stort intresse även för konkurrensrätten. Den fortsatta redogörelsen för nämnda rättsutveckling underlättas av en tänkt distinktion mellan rättigheter, rättsmedel/sanktioner och processuella regler.¹⁸⁴ Rättigheten, som följer av den direkta effekten och således är gemenskapsrättslig, kan definieras som en av lagen skyddad rättslig position. Sanktionen eller rättsmedlet är det instrument med vilket rättighetsinnehavaren kan upprätthålla sin position eller kompensera sig för kränkningar av densamma. Sanktionens utdömande sker i enlighet med processuella regler, som t.ex. preskriptionsregler, forumregler och bevisregler. Den centrala frågan i den rättsutveckling som har ägt rum har varit i vilken utsträckning som EG-rätten påverkar sanktionsreglerna och de processuella reglerna.

Utgångspunkten för rättsutvecklingen brukar tas i *Comet*, där EG-domstolen klargjorde att det i avsaknad av gemenskapsrättsliga regler var en uppgift för nationell rätt att skydda gemenskapsrättigheter.¹⁸⁵ De nationella reglerna fick dock inte försätta rättighetsinnehavaren i en sämre position än vad som skulle ha varit fallet om han eller hon hade fört en motsvarande talan baserad på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) och nationell rätt fick inte heller göra det praktiskt omöjligt att genomdriva rättigheten ifråga (effektivitetsprincipen). Några år senare förtydligade EG-domstolen i *Rewe* att EG-rätten inte krävde att nationell rätt skapade nya sanktioner i syfte att säkerställa gemenskapsrättens efterlevnad.¹⁸⁶ Gemensamt för rättsfallen var att EG-domstolen inte gjorde någon egentlig skillnad på sanktionsregler och processuella regler, samt att kraven på nationell rätt ställdes ganska lågt.

Utifrån de ovannämnda rättsfallen antogs likvärdighetsprincipen utgöra grunden för en skadeståndstalan i nationell domstol. Utvecklingen gick dock mot en starkare betoning av effektivitetsprincipen och ett krav på adekvata sanktioner. I bl.a. *Dekker* slog EG-domstolen fast att även om EG-rätten inte innehöll något krav på vilken sanktion som nationell rätt tillhandahöll, så måste den valda sanktionen vara sådan att den garanterar ett effektivt rättsskydd och har en avskräckande verkan.¹⁸⁷ I *Factortame I* klargjorde domstolen att effektivitetsprincipen kräver att nationella domstolar åsidosätter processuella regler som står i vägen för tillämpningen av en nationell sanktion.¹⁸⁸ Möjligen kan detta tolkas som att EG-rätten innehöll ett krav på skapandet av nya sanktioner; skillnaden mellan att åsidosätta processuella regler och att skapa en ny sanktion är hur som helst inte särskilt tydlig.¹⁸⁹

¹⁸⁴ Se Van Gerven, s. 2.

¹⁸⁵ 45/76 *Comet BV v. Produktschap voor Siergewassen*, [1976] ECR 2043.

¹⁸⁶ 158/80 *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen v. Hauptzollamt Kiel*, [1981] ECR 1805.

¹⁸⁷ C-177/88 *Dekker v. Stichting voor Jong Volwassenen (VJV) Plus*, [1990] ECR I-3941.

¹⁸⁸ C-213/89 *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. And Others*, [1990] ECR I-2433. Fallet gällde interimistiska åtgärder.

¹⁸⁹ Se Jones, *Private Enforcement*, s. 66.

Även om kraven på de nationella sanktionerna utökades genom *Dekker* och *Factortame I*, var det i grunden fråga om att modifiera nationell sanktionsrätt. Genom avgörandena i *Frankovich*¹⁹⁰ och *Factortame III*¹⁹¹ markerade EG-domstolen en ny inriktning. I *Frankovich* uttolkade EG-domstolen en rätt till skadestånd från "the system of the Treaty" och artikel 10, varpå den slog fast att en enskild kunde begära ersättning från staten p.g.a. att staten inte införlivat ett direktiv som skulle ha garanterat den enskilde ersättning från sin arbetsgivare vid dennes konkurs.¹⁹² Det existerade följaktligen en gemenskapsrättslig rätt till skadestånd som var oberoende av nationell rätt. I *Factortame III* bekräftade EG-domstolen att detsamma gäller när den enskilde åberopar sig på en fördragsartikel med direkt effekt. Det var inte alltid tillräckligt att gemenskapsrättigheten hade företräde framför nationell rätt, utan "the right to reparation is the necessary corollary of the direct effect of the Community provision whose breach caused the damage sustained."¹⁹³ I båda rättsfallen motiverade EG-domstolen den gemenskapsrättsliga skadeståndsrätten med att den var nödvändig för EG-rättens fulla genomslag och för skyddet av de rättigheter som enskilda erhållit genom gemenskapsrätten.¹⁹⁴

I *Frankovich* uttalar EG-domstolen att det i avsaknad av gemenskapsregler om skadestånd är med tillämpning av nationella skadeståndsregler som enskilda har att utverka sin rätt till reparation.¹⁹⁵ I *Factortame III* går EG-domstolen ett steg längre och klargör några av de centrala skadeståndsreglerna. Med utgångspunkt i artikel 288 i EG-fördraget uttalar domstolen att tre krav måste vara uppfyllda för att medlemsstater ska vara skadeståndsskyldiga: 1) den åsidosatta gemenskapsregeln måste ge upphov till enskilda rättigheter, 2) överträdelsen måste vara tillräckligt allvarlig¹⁹⁶ och 3) det måste finnas ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och skadan.¹⁹⁷ Något krav på culpa kan inte uppställas, men culpa är relevant vid bedömningen av om överträdelsen är tillräckligt allvarlig. EG-domstolen uttalar vidare att skadeståndets storlek måste motsvara den faktiska skadan och att nationell rätt inte får förvägra ersättning för utebliven vinst.¹⁹⁸ I övrigt är det upp till nationell rätt att reglera skadeståndets närmare

¹⁹⁰ C-6/90 & 9/90 *Frankovich and Bonifaci v. Italy* [Frankovich], [1991] ECR I-5357.

¹⁹¹ C-46/93 & 48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v. Germany* och *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. And Others* [Factortame III], [1996] ECR I-1029.

¹⁹² C-6/90 & 9/90 *Frankovich*, premisserna 34-37.

¹⁹³ C-46/93 & 48/93 *Factortame III*, premisserna 20-22.

¹⁹⁴ C-6/90 & 9/90 *Frankovich*, premiss 33 och C-46/93 & 48/93 *Factortame III*, premiss 20 och följande.

¹⁹⁵ C-6/90 & 9/90 *Frankovich*, premiss 4.

¹⁹⁶ Bedömningen av om överträdelsen är tillräckligt allvarlig beror bl.a. av regelns tydlighet, diskretionsutrymmet och förekomsten av culpa. Kravet i sig är främst motiverat av att lagstiftaren måste tillerkännas ett visst diskretionsutrymme.

¹⁹⁷ C-46/93 & 48/93 *Factortame III*, premiss 4.

¹⁹⁸ C-46/93 & 48/93 *Factortame III*, premiss 5.

utformning, dock under förutsättning att likvärdighets- och effektivitetsprinciperna respekteras.¹⁹⁹

5.4 Skadestånd vid överträdelser av konkurrensrätten

5.4.1 Generaladvokaten i *Banks*

I *Banks*²⁰⁰ sökte en brittisk domstol förhandsbesked på frågan huruvida en nationell domstol har skyldighet att utdöma skadestånd vid överträdelser av Kol och stålfördragets (EKSG) konkurrensregler. EG-domstolen slog fast att EKSG:s konkurrensregler inte har direkt effekt och undvek därigenom att besvara frågan. Generaladvokat Van Gerven utgick däremot från att reglerna hade direkt effekt och analyserade problematiken synnerligen ingående. Han framhöll även att bedömningen var av relevans för EG-fördragets konkurrensregler.²⁰¹

Generaladvokatens utgångspunkt var att principerna från *Frankovich* var tillämpliga även i horisontella relationer.²⁰² Han underströk att EG-domstolen i *Frankovich* hade utläst skadeståndsskyldigheten från ”the system of the Treaty” och framhöll att såväl EG-rättens fulla genomslag som skyddet av enskildas rättigheter krävde att en motsvarande rätt till reparation fanns vid överträdelser av fördragsartiklar med horisontell direkt effekt.²⁰³ Ytterligare skäl gjorde sig dessutom gällande på konkurrensrättens område. Dels ansåg generaladvokaten att en rätt till skadestånd var ett nödvändigt komplement till konkurrensreglernas direkta effekt, eftersom skadestånd är den enda sanktion som medger rättighetsinnehavarna upprättelse för kränkningar som redan har vidtagits. Dels anförde han att en rätt till skadestånd skulle medverka till att göra konkurrensreglerna mer användbara, vilket var viktigt mot bakgrund av att kommissionen uttryckligen förklarat sig beroende av de nationella domstolarnas samarbete. Generaladvokaten drog därefter slutsatsen att det fanns en direkt på EG-rätten baserad rätt till ersättning för skador orsakade genom överträdelser av gemenskapens konkurrensregler.²⁰⁴

Generaladvokaten tog sig även friheten att skissera grunderna för skadeståndsansvaret. Med utgångspunkt i artikel 288 och rättspraxis gällande medlemsstaternas skadeståndsansvar, ställde han upp tre ansvarsförutsättningar. För det första måste verklig skada kunna styrkas.

¹⁹⁹ C-46/93 & 48/93 *Factortame III*, premisserna 4-5.

²⁰⁰ C-128/92 *H.J. Banks & Co. Ltd. v. British Coal Corporation* [Banks], [1994] ECR I-1209.

²⁰¹ C-128/92 *Banks*, Generaladvokatens yttrande 1993-10-27 [Banks (AG)], premiss 36.

²⁰² Generaladvokatens yttrande kom före domen i *Factortame III*.

²⁰³ C-128/92 *Banks* (AG), premisserna 42-43. Det kan påpekas att artikel 10 EG inte kan grunda en skadeståndsskyldighet i horisontella relationer. Jfr. avsnitt 5.3 ovan.

²⁰⁴ C-128/92 *Banks* (AG), premisserna 44-45.

Rent spekulativa skador kan inte ersättas. Däremot är det inte nödvändigt för den skadelidande att exakt beloppsbestämma skadan, utan domstolen kan göra en skälighetsbedömning. Vidare har den skadelidande en skyldighet att begränsa sin skada, samtidigt som principen om obehörig vinst är relevant vid skadeståndets beräkning.²⁰⁵ För det andra måste orsakssambandet mellan överträdelsen och skadan styrkas. Det ska röra sig om en ”direct causal connection”; vilken avlägsen skada som helst är inte ersättningsgill.²⁰⁶ Förmodligen är detta krav att jämföras med det svenska adekvanskravet. För det tredje måste det påstådda förfarandets olaglighet styrkas. Kravet är uppfyllt så snart en överträdelse har påvisats – huruvida överträdelsen är culpös saknar betydelse. Inte heller kravet på tillräckligt allvarlig överträdelse är relevant, eftersom överträdelser av konkurrensreglerna alltid uppfyller detta krav.²⁰⁷

Generaladvokaten diskuterade även skadeståndets storlek. Utifrån *Mulder and Heinemann*, *Von Colson* och *Marshall II* argumenterade han för att EG-rätten innehöll ett krav på adekvat kompensation.²⁰⁸ Detta krav innebar, enligt generaladvokaten, att skadeståndet fullt ut ska motsvara skadan. I konkreta termer kan beloppstak inte accepteras, medan krav på ränta måste godtas.²⁰⁹

5.4.2 Guérin

Generaladvokatens resonemang i *Banks* är övertygande och ansluter nära till den rättspraxis som gäller utomobligatorisk skadeståndsrätt inom EG i övrigt. Det är dock oklart vilken rättskällestatus som kan tillmätas yttrandet, särskilt som EG-domstolen inte behandlade problematiken i sitt avgörande. Ett indirekt stöd för generaladvokatens ståndpunkt kan hämtas från *Guérin*, där EG-domstolen uttalar att företag som anser sig ha lidit skada till följd av konkurrensbegränsningar kan åberopa de rättigheter som artiklarna 81(1) och 82 ger upphov till inför nationell domstol.²¹⁰ Uttalandet görs dock i obiter och bör sannolikt inte läggas till grund för några mer långtgående slutsatser.²¹¹

²⁰⁵ C-128/92 *Banks* (AG), premisserna 50-51.

²⁰⁶ C-128/92 *Banks* (AG), premiss 52.

²⁰⁷ C-128/92 *Banks* (AG), premiss 53. Det kan påpekas att generaladvokaten menar att kravet på ”tillräckligt allvarlig överträdelse” är irrelevant av två skäl. Dels motiverades det främst av behovet av att ge medlemsstaternas lagstiftare ett visst diskretionsutrymme och dels bör allvarligheten främst bedömas utifrån hur pass klar och tydlig den ifrågasvarande regeln är. Konkurrensreglerna riktar sig till företag och är klara och tydliga.

²⁰⁸ Se C-37/90 *Mulder and Heinemann v. Council and Commission*, [1992] ECR 1891, premiss 26; 14/83 *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, [1983] ECR 1891, premiss 28; och C-271/92 *M. Helen Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, [1993] ECR I-4367, premisserna 30-32.

²⁰⁹ C-128/92 *Banks* (AG), premiss 54.

²¹⁰ C-282/95P *Guérin automobiles v. Commission*, [1997] ECR I-1503, premiss 39.

²¹¹ Se Wahl, s. 107.

5.4.3 Courage v. Crehan

I *Courage v. Crehan* konfronterades EG-domstolen direkt med frågan om överträdelser av konkurrensreglerna ger upphov till skadeståndsansvar. Målet gällde en tvist inför brittisk domstol mellan bryggeriet Courage och pubinnehavaren Bernard Crehan. Den senare hade hyrt en pub av IEL, ett företag som ägdes till hälften av Courage, och därvid ålagts att ingå ett standardavtal med Courage. Avtalet innehöll bl.a. en exklusiv inköpsklausul och en specificerad inköpskvantitet gällande öl. Courage stämde senare Crehan och yrkade på ersättning för obetalda ölleveranser. Crehan invände att avtalet var ogiltigt jämte artikel 81(2) samt genstämde och yrkade på skadestånd för överpriser på öl. Engelska *Court of Appeal* begärde förhandsbesked.²¹²

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att artikel 81(1) utgör en grundläggande bestämmelse vars efterföljd är nödvändig för den inre marknadens funktion. Därefter upprepade domstolen att artiklarna 81(1) och 82 har horisontell direkt effekt och därigenom ger upphov till individuella rättigheter som måste skyddas av nationella domstolar. Till följd av detta kan varje enskild, inklusive parter till konkurrensbegränsande avtal, åberopa åsidosättande av artikel 81(1).²¹³

Gällande den centrala frågan, dvs. huruvida konkurrensreglerna ger upphov till skadeståndsansvar, anmärkte EG-domstolen först att det är den nationella domstolens uppgift att säkerställa EG-rättens fulla verkan och att skydda de rättigheter som EG-rätten ger upphov till för enskilda.²¹⁴ Därefter preciserade domstolen vad detta innebar:²¹⁵

Den fulla verkan av artikel 85 i fördraget, och särskilt den ändamålsenliga verkan av det förbud som stadgas i dess första stycke, skulle kunna ifrågasättas om inte varje person kan begära ersättning för en skada som ett avtal eller ett handlande som kan begränsa eller snedvrída konkurrensen påstås ha orsakat honom.

Som en ytterligare motivering anförde domstolen att en rätt till skadestånd torde ha en avskräckande verkan och därigenom bidra till bevarandet av en effektiv konkurrens inom EU. Till följd av detta kunde det inte utan vidare uteslutas att även delaktiga avtalsparters skadeståndsanspråk hade en roll att spela.²¹⁶

²¹² Det kan anmärkas att frågan har varit uppe i *House of Lords* tidigare. Se *Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board* [1983] 3 C.M.L.R. 43. Domstolen konstaterade att en överträdelse av artikel 82 i princip gav upphov till skadeståndsansvar då den utgjorde *breach of statutory duty*, men det var inte nödvändigt att ta slutlig ställning till frågan i det målet.

²¹³ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premisserna 20-24.

²¹⁴ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premiss 25.

²¹⁵ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premiss 26.

²¹⁶ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premisserna 27-28.

EG-domstolen förde även ett resonemang om huruvida nationell rätt kan tillåtas begränsa delaktiga avtalsparters rätt till skadestånd. Utgångspunkten härvid var att nationella regler inte får strida mot likvärdighets- och effektivitetsprinciperna. Domstolen konstaterade att det enligt tidigare praxis var klarlagt att ett skadeståndsanspråk kunde påverkas av principen om obehörig vinst och principen om att ingen bör kunna dra nytta av eget rättsstridigt handlande. Den senare principen kan dock endast inverka om ”det styrkts att parten har ett betydande ansvar för snedvridningen av konkurrensen.”²¹⁷ Bedömningen av om så är fallet ska vägledas av den ekonomiska och rättsliga kontexten samt av parternas inbördes förhandlingsstyrka.²¹⁸

5.5 Skadeståndets funktion och utformning

5.5.1 Rätten till skadestånd

Mot bakgrund av rättspraxis gällande enskildas rätt till ersättning från medlemsstater har det i doktrinen förts en diskussion om huruvida konkurrensrättsliga skadestånd bör följa av likabehandlingsprincipen eller ”Frankovich-principen”.²¹⁹ Genom avgörandet i *Courage v. Crehan* tar EG-domstolen tydligt ställning för det senare alternativet. Generaladvokat Mischos yttrande svävade på målet genom att påpeka att det brittiska rättssystemet accepterar skadeståndsprocesser i allmänhet, vilket kan tolkas som att han ansåg det vara fråga om att undanröja processuella hinder för skadeståndsanspråk.²²⁰ EG-domstolen för inga sådana resonemang. Rätten till skadestånd existerar oberoende av nationell rätt; låt vara att nationella processuella regler som kan accepteras utifrån principerna om likvärdighet och effektivitet i undantagsfall kan begränsa denna rätt.²²¹

5.5.2 Skadeståndets funktion inom EG:s konkurrensrätt

5.5.2.1 Diskussionen före *Courage v. Crehan*

Diskussionen om, och i så fall hur, EG-rätten ger upphov till en rätt till skadestånd, har haft nära anknytning till diskussionen om skadeståndets funktion inom gemenskapsrätten i allmänhet och EG:s konkurrensrätt i

²¹⁷ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premisserna 29-31 och 36.

²¹⁸ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premiss 32.

²¹⁹ Se t.ex. T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 131. Se även prop. 1999/2000:140, s. 206 f., där regeringen uttryckligen väljer att inte lagreglera skadeståndsansvaret med hänvisning till att detta kan medföra ”en avvikelse från vad som senare kommer visa sig vara EG-rättens innebörd beträffande skadeståndsskyldighet.”

²²⁰ C-453/99 *Courage v. Crehan*, Generaladvokatens yttrande 2001-03-22 [*Courage (AG)*], premisserna 50 och följande. Jfr. avsnitt 5.3 och *Factortame I*.

²²¹ Det förtjänar att påpekas att EG-domstolen varken hänvisar till *Factortame III* eller *Banks* i sitt avgörande, trots att dessa fall synes vara relevanta. *Frankovich* refereras till endast i ett mer allmänt sammanhang – inte i relation till skadeståndsansvaret. Det är oklart om det finns en avsikt bakom detta.

synnerhet. Diskussionen inom doktrinen har i huvudsak förts före avgörandet i *Courage v. Crehan*, men är ändå av betydelse för en förståelse av skadeståndets roll inom EG:s konkurrensrätt. Problematiken är kopplad till hur principen om direkt effekt förhåller sig till principen om gemenskapsrättens fulla genomslag och har diskuterats under lång tid i olika sammanhang. Det finns inte utrymme för någon fördjupad analys här.²²²

Nils Wahl hävdar att de enskilda rättigheter som skapas genom principen om direkt effekt endast ska betraktas som medel för att främja gemenskapsrättens fulla genomslag; intresset av att skapa en rättsgemenskap är överordnat de enskildas intressen. Skadeståndet blir därmed ett instrument för prevention – det ska avskräcka från kränkningar av konkurrensreglerna.²²³ I förlängningen medför detta resonemang att direkt effekt inte är en tillräcklig förutsättning för rätten till skadestånd.²²⁴ Därutöver krävs, åtminstone teoretiskt sett, att skadeståndets utdömande under de konkreta omständigheterna bidrar till EG-rättens fulla genomslag.

Ett annat synsätt tar de rättigheter som principen om direkt effekt förser enskilda med på större allvar. Konkurrensreglerna betingas förvisso av allmänna policymål, men de ger även upphov till rättigheter för enskilda.²²⁵ I *Automec II* tar förstainstansrätten detta som utgångspunkt för en kompetensfördelning mellan kommissionen och nationella domstolar – den förra ska upprätthålla allmänintresset, medan de senare ska upprätthålla enskildas intressen.²²⁶ Rättighetskränkningar som redan har inträffat kan endast repareras genom skadestånd – det krävs ett tillbakaverkande rättsmedel – varför ”a right to reparation is the necessary corollary of the direct effect of a provision of Community law”.²²⁷

Luc Gyselen accepterar denna koppling mellan rättigheter och skadestånd. Utifrån *Factortame III* – nationella domstolar ska skydda enskildas rättigheter och upprätthålla gemenskapsrättens fulla genomslag – samt det faktum att EG-domstolen fastslagit att artikel 81 är en *public policy rule*, menar han dock att skadestånd även borde kunna utgå av helt policybaserade skäl. Detta har, enligt Gyselen, särskild betydelse för delaktiga avtalsparter. Även om dessa inte kan hävda några rättigheter, borde de kunna agera som

²²² Se Torbjörn Andersson, *Rättsskyddsprincipen – EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv* (Iustus förlag, Uppsala, 1997), för en utförlig behandling av problematiken.

²²³ Wahl, s. 46 ff.

²²⁴ Wahl, s. 242.

²²⁵ Se C.S. Kerse, *E.C. Antitrust Procedure* (Sweet & Maxwell, London, fjärde upplagan, 1998), s. 436 f. och J. Andersson, *Legala förbud*, s. 627 ff.

²²⁶ T-24/90 *Automec Srl v. Commission*, [1992] ECR II-2223, premiss 85. Se även C-344/98 *Masterfoods Ltd. v. HB Icecream Ltd.*, [2000] ECR I-1369, premiss 47. Kommissionen har bekräftat denna kompetensfördelning upprepade gånger. Se t.ex. *Notice on Cooperation Between National Courts and the Commission in Applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty*, OJ C 39/6 (1993), punkt 14.

²²⁷ C-46/93 och C-48/93 *Factortame III*, premiss 22. Se även C-128/92 *Banks* (AG), premiss 44 och Jones, *Private Enforcement*, s. 195.

”law enforcer[s] in the public interest”.²²⁸ Delaktiga avtalsparter borde följaktligen kunna göra anspråk på ersättning när detta främjar gemenskapsrättens fulla verkan – dvs. har en avskräckande effekt – medan de inte kan kräva reparation för rättighetskränkningar.²²⁹

5.5.2.2 Konsekvenser av *Courage v. Crehan*

Generaladvokaten i *Courage v. Crehan* verkar inta ståndpunkten att en rättighetskränkning är en förutsättning för skadestånd. Han framhåller att artikel 81 ”utöver tredje man och under mycket speciella förutsättningar, kan anses skydda en avtalspart”.²³⁰ Sådana förutsättningar råder som huvudregel endast ifråga om standardavtal, där avtalsparten befinner sig i en betydligt svagare position. Vidare menar generaladvokaten att resonemang om gemenskapsrättens fulla genomslag är irrelevanta, eftersom det inte är fråga om att ”påföra motparten en påföljd” utan enbart att ”dra konsekvenserna av den direkta effekten som artikel 81 EG har.”²³¹

EG-domstolen synes ligga närmare Gyselens resonemang. För det första kopplar domstolen inte enskildas möjligheter att åberopa artikel 81 endast till artikelns direkta effekt, utan även till artikel 81:s ställning som en ”grundläggande bestämmelse”. För det andra framhåller domstolen att det åligger nationella domstolar att skydda enskildas rättigheter *och* att säkerställa konkurrensrättens fulla verkan, varpå den trycker särskilt på gemenskapsrättens fulla verkan och skadeståndets avskräckande funktion som skäl för avtalsparter rätt till skadestånd.²³²

Min tolkning av *Courage v. Crehan* är följaktligen att EG-domstolen inte ser någon skillnad mellan att skydda rättighetsinnehavare och att säkerställa gemenskapsrättens fulla verkan. Genom att enskilda tilldöms skadestånd så erhålls både reparation och prevention. *Courage v. Crehan* kan tolkas som ett stöd för att skadestånd kan utgå även till mindre skyddsvärda skadelidande förutsatt att detta har en avskräckande verkan. Däremot synes avgörandet inte ge något stöd för att rätten till skadestånd skulle kunna inskränkas i förhållande till den direkta effektens räckvidd.

5.5.3 Kretsen av skadeståndsberättigade

Den tidigare oklarheten gällande huruvida EG-rätten innehöll en självständig rätt till skadestånd, medförde att likvärdighetsprincipen ofta

²²⁸ Luc Gyselen, *Liability of Supranational, State and Private Actors – Comment from the Point of View of EU Competition Law*, s. 13 f. och 19. Luc Gyselen är anställd vid kommissionens konkurrensdirektorat.

²²⁹ Gyselen, s. 21. Gyselen menar att den direkta effekten har en subjektiv sida (reparation av rättighetskränkningar) och en objektiv sida (upprätthållande av konkurrensreglerna). Se vidare Gyselen, s. 13 f.

²³⁰ C-453/99 *Courage* (AG), premiss 44.

²³¹ C-453/99 *Courage* (AG), premisserna 43, 56 och 58.

²³² C-453/99 *Courage v. Crehan*, premisserna 20, 23 och 25-27.

antogs utgöra grunden för möjligheten att framställa skadeståndsyrkanden. För svensk rätts vidkommande skulle detta ha inneburit att KL 33 § analogt hade varit tillämplig vid överträdelser av EG:s konkurrensregler.²³³ Kretsen av skadeståndsberättigade skulle i så fall ha begränsats enligt de svenska reglerna. Genom att *Courage v. Crehan* slagit fast att rätten till skadestånd är gemenskapsrättslig, påverkas även utformningen av skadeståndet. Som generaladvokaten i *Banks* framhåller, har detta två principiella konsekvenser. Dels blir det en fråga för EG-domstolen att klargöra den närmare utformningen av rätten till skadestånd och dels måste nationella domstolar avstå från att tillämpa nationell rätt där denna hindrar utverkandet av den gemenskapsrättsliga rätten till skadestånd.²³⁴

En konsekvens av den ovan anförda tolkningen av *Courage v. Crehan* är att kretsen av skadeståndsberättigade inte borde kunna begränsas. Kretsen av skadeståndsberättigade sammanfaller med kretsen av skadelidande. Både de som helt klart omfattas av konkurrensreglernas skyddsintresse – kunder, konsumenter och konkurrenter – och därmed är rättighetsinnehavare,²³⁵ samt de vars skadeståndsanspråk främjar konkurrensreglernas genomslag – främst delaktiga vertikala avtalsparter – kan göra gällande skadeståndsanspråk. Det finns ytterligare stöd för denna tolkning i *Courage v. Crehan*. Domstolen understryker nämligen att *varje enskild* kan åberopa åsidosättande av artikel 81 och att *varje person* bör kunna begära ersättning för konkurrensskador som drabbat honom eller henne.²³⁶ Delaktiga horisontella avtalsparter torde dock inte kunna komma på fråga, även om de undantagsvis kan lida skador. Från generaladvokatens utgångspunkter är detta uppenbart, vilket han också själv poängterar.²³⁷ Från EG-domstolens avgörande kan det utläsas från det faktum att nationell rätt får begränsa rätten till skadestånd för avtalsparter som har haft ett betydande ansvar för konkurrensbegränsningen.²³⁸

Det är möjligt att denna tolkning av *Courage v. Crehan* är alltför extensiv. En alternativ utgångspunkt för fastställandet av kretsen av skadeståndsberättigade är förordning 17/62. I artikel 3(2b) uttalas att varje fysisk eller juridisk person som kan åberopa ett berättigat intresse i saken har rätt att initiera ett kommissionsförfarande genom klagomål.²³⁹ Emellertid har kommissionen klargjort att den förbehåller sig rätten att avvisa klagomål som inte är av gemenskapsrättsligt intresse. I *Automec II* accepterade förstainstansrätten detta och framhöll att det inte är kommissionens, utan de nationella domstolarnas, uppgift att skydda enskildas intressen.²⁴⁰ Följaktligen skulle enskilda med berättigade intressen som inte är av gemenskapsintresse sakna möjlighet att tillvarata sin rätt om

²³³ Se t.ex. prop. 1999/2000:140, s. 206.

²³⁴ C-128/92 *Banks* (AG), premiss 46. Se även T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 162.

²³⁵ Se C-453/99 *Courage* (AG), premiss 38 och Van Gerven, s. 6.

²³⁶ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premisserna 24 och 26.

²³⁷ C-453/99 *Courage* (AG), premiss 41.

²³⁸ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premiss 36.

²³⁹ Det kan anmärkas att bestämmelsen även återfinns i reformförslaget artikel 7(2).

²⁴⁰ T-24/90 *Automec*, premiss 85.

de inte anses som skadeståndsberättigade inför nationell domstol. Artikel 3(2b) kan således tolkas som en grund för avgränsningen av kretsen av skadeståndsberättigade – de fysiska och juridiska personer som kan åberopa ett berättigat intresse i saken har rätt till skadestånd.²⁴¹ Det kan dock framhållas att den som har lidit skada till följd av en konkurrensbegränsning torde ha ett berättigat intresse. Torbjörn Andersson påpekar att kretsen av skadeståndsberättigade möjligen är större enligt EG-rätten än enligt svensk rätt, medan Jan Andersson menar att konsumenter sannolikt omfattas av EG-reglernas skyddsintresse.²⁴² Enligt Van Gerven framgår det tydligt av artiklarna 81 och 82 att konsumenter omfattas av reglernas skyddsintresse.²⁴³ Slutligen framhåller Jones att *locus standi* inom EG-rätten ”at least will be coextensive with the substantive reach of the competition rules”, vilket, enligt Jones, innebär att kretsen av skadeståndsberättigade är mycket större inom EU än i USA.²⁴⁴

5.6 Avslutande kommentarer

I och med *Courage v. Crehan* har den i doktrinen mest omdiskuterade frågan fått ett svar – det existerar en av nationell rätt oberoende rätt till skadestånd vid överträdelse av EG:s konkurrensregler. Den närmare utformningen av skadeståndssanktionen är långtifrån klarlagd. Det kan dock konstateras att såväl *Courage v. Crehan* som *Automec II* indikerar att kretsen av skadeståndsberättigade torde sammanfalla med kretsen av skadelidande. Helt klart är att delaktiga vertikala avtalsparter som befinner sig i en svagare ställning har rätt till skadestånd och detta snarast för att de anses kunna tillgodose intresset av konkurrensreglernas genomslag. Detta är följaktligen i linje med den amerikanska rättens inställning i *Perma Life Mufflers*; försvar baserade på *in pari delicto* accepteras inte i normalfallet. Förmodligen är detta klagande av stor vikt för skadeståndets framtid inom EG:s konkurrensrätt – delaktiga vertikala avtalsparter torde ha tillgång till relevant bevismaterial och därmed ha goda förutsättningar för att självständigt föra framgångsrika mål. En annan sak är att det kan diskuteras i vilken utsträckning vertikala restriktioner verkligen är ett problem, liksom att det kan konstateras att endast de vertikala avtalsparter som inte anser sig tjäna på restriktionen längre kommer att begära skadestånd. Beträffande ansvarsförutsättningar och beräkningen av skadeståndets storlek, finns det endast ett generaladvokatsutlåtande att stödja sig på. Det kan dock framhållas att de uttalanden som görs av generaladvokaten i *Banks* inte motsägs av *Courage v. Crehan*, liksom att senare rättspraxis angående medlemsstaternas utomobligatoriska ansvar kan tolkas som ett stöd för generaladvokatens ståndpunkter.

²⁴¹ Se T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 127 f., J. Andersson, *Legala förbud*, s. 631 f. och Jones, *Private Enforcement*, s. 187 ff.

²⁴² T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 128 och 164. J. Andersson, *Legala förbud*, s. 628 och 632 f.

²⁴³ Van Gerven, s. 6.

²⁴⁴ Jones, *Private Enforcement*, s. 191. Se dock Wahl, s. 239 ff.

6 Gemensamma frågor

6.1 Kompetensfördelningen

Sveriges och EG:s konkurrensrättssystem har hitintills präglats av offentlig övervakning och förhandskontroll.²⁴⁵ Detta har en del konsekvenser för de civilrättsliga rättsföljder som konkurrensreglerna ger upphov till.

För det första innebär systemet med förhandshandskontroll att KKV respektive kommissionen har exklusiv kompetens att meddela undantag från förbuden i KL 6 § respektive artikel 81(1).²⁴⁶ Domstolar som har att pröva skadeståndsmål kan inte tillämpa undantagsreglerna. Det står klart att om ett avtal har meddelats undantag eller faller under ett gruppundantag, så kan skadeståndsansvar inte göras gällande. Detsamma bör gälla om ett s.k. icke-ingripandebesked har meddelats, eftersom ett sådant i praktiken innebär att förfarandet inte strider mot konkurrensreglerna. Däremot torde s.k. *comfort letters* från kommissionen inte påverka skadeståndsansvaret.²⁴⁷

För det andra uppstår särskilda problem i förhållande till avtal som har notifierats, men som KKV eller kommissionen ännu ej har beslutat om, och avtal som inte har notifierats, men som i och för sig uppfyller undantagsrekvisiten. Bedömningen torde vara densamma som för avtals ogiltighet enligt KL 7 § respektive artikel 81(2) EG. Om avtalet har notifierats, bör domstolen som huvudregel vilandeförklara målet i avvaktan på beslut. Om avtalet inte har notifierats, kan undantag inte komma att meddelas och skadeståndsansvar torde i princip vara möjligt.²⁴⁸ Denna ordning kan antas ha negativa konsekvenser för enskildas incitament till att inleda skadeståndsprocesser, eftersom svaranden kan fördröja avgörandet genom att notifiera avtalet ifråga.²⁴⁹

För det tredje kan det konstateras att beslut som KKV har fattat vid efterhandskontroll och som har fastslagit överträdelser av konkurrensreglerna, inte torde ha rättskraft i efterföljande civilmål. Däremot har de självfallet en betydande bevisverkan.²⁵⁰ EG-domstolen har däremot slagit fast att en nationell domstol inte kan träffa ett avörande som strider mot ett tidigare kommissionsbeslut.²⁵¹ Såväl KKV:s som kommissionens

²⁴⁵ Förhandskontrollen kommer sannolikt att utgå inom kort – se avsnitt 7.1 nedan.

²⁴⁶ Se KL 8 §, artikel 81(3) EG samt artikel 9(1) i förordning 17/62.

²⁴⁷ Se Wahl, s. 292 ff. Särskilda frågor om retroaktiv verkan av beslut och verkan av beslut för näraliggande förfaranden är relevanta, men kan ej behandlas här.

²⁴⁸ Se Kenny Carlsson m.fl., *Konkurrenslagen – en kommentar* (Nordstedts Juridik, Stockholm, 1999), s. 142; Jones, *Private Enforcement*, s. 99 f.; *Cooperation Notice*; och C-234/89 *Delimitis v. Henninger Bräu AG*, [1991] ECR I-935.

²⁴⁹ Se Wils, s. 1703.

²⁵⁰ Se Wahl, s. 297 ff.

²⁵¹ C-344/98 *Masterfoods*, premiss 52.

beslut är dock endast av relevans gällande själva överträdelsen – övriga ansvarsförutsättningar måste prövas i skadeståndsmålet.²⁵² I sammanhanget kan det också påpekas att s.k. följdprocesser inte torde tjäna någon betydande preventiv funktion, eftersom en offentlig sanktion redan har utfärdats. Sådana följdprocesser kan antas vara vanliga i rättssystem där käranden är osäker på vad han måste styrka och särskilt i förhållande till svårbevisade horisontella karteller.

6.2 Konkurrensskada

Varken svensk rätt eller EG-rätten har haft anledning att ta ställning till den problematik som i amerikansk rätt har givit upphov till kravet på konkurrensskada (*antitrust injury*). Den begränsning som ligger i kravet på konkurrensskada är dock av betydelse för skadeståndets funktion och dess koppling till syftena bakom konkurrensrätten. Svensk och europeisk konkurrensrätt kommer troligtvis att tvingas ta ställning till problematiken om, eller när, skadeståndsprocesserna ökar i antal.

Inledningsvis bör det påpekas att kravet på konkurrensskada är något annat än förhandskontrollens undantagsregler, även om det finns paralleller mellan instituten. Undantagsreglerna appliceras på ett konkurrensbegränsande förfarande i dess helhet, för att avgöra huruvida förfarandets positiva eller negativa återverkningar överväger. Antingen godkänns förfarandet eller också godkänns det inte. Konkurrensskada, som kravet har tillämpats i amerikansk rätt, syftar till att särskilja ett konkurrensbegränsande förfarandes skadeverkningar åt. De skador som har orsakats av negativa (konkurrensbegränsande) följder utgör konkurrensskador, medan skador som följer på positiva (konkurrenshöjande) följder inte är ersättningsgilla. Drivit till sin spets innebär resonemanget att det saknar betydelse huruvida förfarandet i sin helhet är övervägande konkurrensbegränsande eller inte; de negativa följderna av förfarandet kan sanktioneras separat. En sådan lösning förordas av förespråkarna för *optimal deterrence model*.²⁵³ I praktiken tillämpas kravet på konkurrensskada endast som en begränsning gällande förfaranden som i sin helhet strider mot konkurrensrätten.²⁵⁴ Inom ett system med förhandskontroll är motsatsen omöjlig, eftersom även godkända förfaranden annars skulle grunda skadeståndsskyldighet.²⁵⁵

²⁵² Se Wahl, s. 298.

²⁵³ Se Wahl, s. 274 f.

²⁵⁴ Se Hovenkamp, s. 21.

²⁵⁵ Det kan diskuteras huruvida en tillämpning av konkurrensskadebegreppet skulle kunna komma i konflikt med myndigheternas exklusiva kompetens gällande undantagsreglerna. Formellt sett är detta inte möjligt, eftersom domen i en skadeståndsprocess inte utgör hinder för senare myndighetsingripanden eller skadeståndsanspråk från andra aktörer. Den praktiska följden av att en skada inte bedöms som en konkurrensskada kan dock ofta antas bli att det i och för sig konkurrensbegränsande förfarandet lämnas utan sanktion, särskilt mot bakgrund av myndigheternas begränsade resurser och privata aktörers hittillsvarande ovilja att framställa skadeståndsyrkanden. Därmed kan det hävdas att en tillämpning av kravet på konkurrensskada i praktiken öppnar en möjlighet för svaranden att gå fri och för

Kravet på konkurrensskada diskuteras fortsättningsvis som en begränsning av skadeståndsansvaret för förfaranden som i sin helhet utgör överträdelser av konkurrensreglerna. Som sådant kan konkurrensskada, enligt min uppfattning, rättfärdigas utifrån två olika perspektiv. För det första innebär kravet att det upprättas en spärr mot skadeståndsyrkanden som inte främjar, eller ibland rentav motverkar, konkurrensrättens huvudsyfte. Att med stöd i konkurrensrätten tillerkänna konkurrenter ersättning för skador orsakade av ökad konkurrens framstår som tämligen olämpligt. Förutsatt att konkurrensrättens syften är relativt klarlagda, vilket kan diskuteras, innebär kravet att endast legitima reparationsintressen tillgodoses. För det andra kan, och vanligen har, kravet rättfärdigats med att det motverkar överprevention. Överprevention har varit en av Chicago-skolans käpphästar – dels hävdas det utifrån *optimal deterrence model* att det finns ett intresse av att effektiva lagöverträdelser begås, dels uttrycks en oro för att tredubbel ersättning lockar alltför många till att framställa skadeståndsyrkanden.²⁵⁶ I förlängningen skulle frånvaron av kravet på konkurrensskada innebära att ”knappast någon [skulle] kunna driva näring i annat än obetydlig omfattning.”²⁵⁷

För uppsatsens vidkommande är det av intresse att kortfattat diskutera huruvida kravet på konkurrensskada är förenligt med svensk och europeisk konkurrensrätt samt huruvida det är lämpligt att kravet receptoras.

Nils Wahl diskuterar huruvida kravet på konkurrensskada kan tolkas in i kravet på *adekvat* kausalitet, men kommer fram till att så inte är fallet.²⁵⁸ Detta stämmer överens med den amerikanska rätts inställning. Den skada som Bowl-O-Mat led i *Brunswick* låg definitivt ”i farans riktning”, men ansågs likväl inte vara en konkurrensskada.²⁵⁹ Istället menar Wahl att kravet på konkurrensskada kan förstås som en konkurrensrättslig precisering av normskyddsläran.²⁶⁰ Normskyddsläran äger inte generell tillämpning i svensk skadeståndsrätt, men har ofta tillämpats just beträffande rena förmögenhetsskador.²⁶¹ KL:s förarbeten hänvisar dessutom explicit till normskyddsläran, om än i relation till kretsen av skadeståndsberättigade snarare än i relation till typen av skada.²⁶² Förmodligen kan normskyddsläran även anses utgöra en begränsande faktor vid skadeståndsansvar enligt EG:s konkurrensregler, särskilt som normskyddsläran är accepterad i flera medlemsstater.²⁶³ Sammantaget synes

domstolen att indirekt göra sådana bedömningar som annars är relevanta under undantagsreglerna. Problematiken försvinner dock om moderniseringen av övervakningssystemet realiseras – se vidare avsnitt 7.1 nedan.

²⁵⁶ Se t.ex. Hovenkamp, s. 1; Landes, s. 653; och Jacobson & Greer, s. 1 f.

²⁵⁷ Wahl, s. 403.

²⁵⁸ Wahl, s. 283 f.

²⁵⁹ Se avsnitt 3.4.2 ovan.

²⁶⁰ Se Wahl, s. 284 f.

²⁶¹ Se t.ex. NJA 1991 s. 138.

²⁶² Se avsnitt 4.3.1 ovan.

²⁶³ Se Van Gerven, s. 30. Se även T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 127.

det rimligt att anta att kravet på konkurrensskada kan göras gällande i svensk och europeisk konkurrensrätt.

Huruvida kravet på konkurrensskada även är en lämplig begränsning inom svensk rätt och gemenskapsrätten kan diskuteras. Framför allt beror det på hur begreppet konkurrensskada definieras. Med hänvisning till Chicagoskolans inflytande över amerikansk konkurrensrätt, menar Jones att definitionen av konkurrensskada kommit att snävas in mer än vad som kan accepteras av EG-rätten. Enligt amerikansk rätt definieras en skada som en konkurrensskada om den kan kopplas till det ekonomiska skälet – i princip utbudsbegränsningen – till att förfarandet ifråga är förbjudet. Jones framhåller att de europeiska konkurrensreglerna inte enbart syftar till att motverka konkurrensbegränsningar p.g.a. deras ekonomiska återverkningar, utan att även andra skäl uppbär förbuden i artiklarna 81 och 82. Som ett konkret stöd anför han att såväl artikel 3(g) som artikel 81(1) talar om att *snedvridningar* av konkurrensen ska motverkas, vid sidan om begränsningar av densamma. Detta kan inte anses motiverat av strikt ekonomiska skäl. Konkurrensskadekravet skulle därmed medföra att rätten till skadestånd skulle vara snävare än de rättigheter som artiklarna 81 och 82 ger upphov till för enskilda, vilket Jones menar vara oacceptabelt. Jones slutsats är därför att EG-rätten inte bör anamma begreppet konkurrensskada överhuvudtaget, utan istället förlita sig på ”the development of sound substantive competition law”.²⁶⁴

Nils Wahl delar inte Jones uppfattning. Han utvecklar emellertid främst sitt resonemang i relation till svensk konkurrensrätt. Wahl resonerar sig fram till en definition av konkurrensskada som påminner starkt om den amerikanska. Han menar att skadeståndets syfte är att motverka uppkomsten av allokering förluster. Inga identifierbara skadelidandes skador motsvarar emellertid allokering förlusten. Eftersom förmögenhetsöverföringen är kopplad till allokering förlusten, menar Wahl dock att förmögenhetsöverföringen kan erkännas som en ”substitutskada”. Begreppet konkurrensskada fyller därvid en funktion genom att skilja ersättningsgilla substitutskador från skador orsakade av ökad produktionseffektivitet.²⁶⁵ Den enda skada som kan klassificeras som en konkurrensskada utan att vara kopplad till allokering förlusten är, enligt Wahl, den skada som drabbar en konkurrent vid underprissättning. Skälet härför är att underprissättning annars inte skulle kunna angripas förrän konkurrenten hade drivits bort från marknaden (och då endast av de som drabbades av dominantens monopolprissättning).²⁶⁶

Enligt min uppfattning utgör kravet på konkurrensskada ett i grunden rimligt krav – det saknas anledning att ersätta enskilda för skador orsakade av ökning av konkurrensen. Däremot har Jones en poäng i att den

²⁶⁴ Jones, *Private Enforcement*, s. 192 f.

²⁶⁵ Wahl, s. 288 ff.

²⁶⁶ Wahl, s. 348 f.

amerikanska definitionen av konkurrensskada inte nödvändigtvis passar EG-rätten (eller svensk rätt). Exempelvis kan det framhållas att både svensk och europeisk konkurrensrätt torde betrakta konkurrensbegränsningars fördelningseffekter som negativa i sig.²⁶⁷ Därmed saknas det anledning att, som Wahl, tala om ”substitutskadorna” – det rör sig om rättsligt erkända faktiska skador. Nu kan det kanske spela mindre roll för de skadelidande huruvida deras skador betraktas som substitutskadorna eller verkliga skador så länge de är ersättningsgilla. För skadelidande kunder, vilka vanligtvis drabbas av dessa (substitut-)skador, torde konkurrensskadekravet därför vara mindre intressant. Det kan dock framhållas att ”skador” som består i utebliven vinst och som beräknas under antagande av att konkurrensbegränsningen kvarstår knappast utgör konkurrensskador.²⁶⁸

Av störst betydelse är kravet på konkurrensskada i relation till konkurrenters skador. Dessa kan, som nämnts, sällan kopplas till dödviktsförlusten och utgör därför inte ”substitutskadorna”. Dessutom kan konkurrenter ofta drabbas av sina konkurrenters överlägsna effektivitet, vilket inte bör ge upphov till en rätt till skadestånd. Emellertid så definieras även andra skador bort genom att definitionen av konkurrensskada kopplas till dödviktsförlusten. Exempelvis torde varken skador som konkurrenter drabbas av genom kartellers försök att upprätthålla sin marknadsstyrka eller skador orsakade av att en produkt utestängs från marknaden till följd av ett dominerande företags åtgärder vara ersättningsgilla under en snäv definition av konkurrensskada.²⁶⁹ Överhuvudtaget torde skador som är instrumentella i företags konkurrensbegränsningar – skador som uppstår till följd av förberedande eller upprätthållande åtgärder – inte kunna kopplas till dödviktsförlusten. Dessa skador är inte orsakade av ökad konkurrens, varför det inte kan anses strida mot konkurrensrättens ändamål att ersätta dem. Dessutom finns det en fördel med att ge konkurrenter rätt till skadestånd, eftersom konkurrenter normalt drabbas i ett tidigare skede än kunder. Konkurrenters skadeståndsprocesser kan därmed undanröja konkurrensbegränsningen snabbare eller åtminstone göra aktörer med sämre insyn i den relevanta marknaden uppmärksamma på konkurrensbegränsningen.²⁷⁰

²⁶⁷ Se t.ex. prop. 1999/2000:140, s. 61.

²⁶⁸ Se *Local Beauty Supply, Inc. v. Lamaur Inc.*, 787 F.2d 1197 (7:th Cir. 1986), där en distributör vars distributionsavtal hade sagts upp framställde skadeståndsyrkande. Distributören påstod att skadan utgjordes av utebliven vinst till följd av att distributören inte längre kunde konkurrera ut andra distributörer genom att sälja till ett lägre pris än det distributionsavtalet föreskrev. Domstolen avvisade yrkandet med hänvisning till att kravet på konkurrensskada inte var uppfyllt – distributörens skada var beroende av att den otillåtna bruttoprissättningen kvarstod, varför distributören egentligen drog nytta av det som konkurrenslagarna syftade till att motverka.

²⁶⁹ Se Hovenkamp, s. 21.

²⁷⁰ Se Hovenkamp, s. 33. Det kan framhållas att även konkurrenter med illegitima motiv kan fungera som ”preventionsagenter” eftersom det ur preventionshänseende är irrelevant vem som erhåller skadeståndet. I rättssystem där underprevention är ett större problem än överprevention är detta kanske inte helt ointressant.

Min slutsats är att kravet på konkurrensskada är lämpligt för att skilja konkurrensrättsligt legitima reparationskrav från sådana som närmast står i strid med konkurrensrättens ändamål. Rätten till skadestånd bör kopplas till syftena med konkurrensrätten. Däremot bör kravet inte tillämpas alltför snävt om skadeståndet skall kunna fylla en funktion i övervakningen av konkurrensreglerna.

6.3 Övervältring av överpris

Flertalet konkurrensbegränsningar innebär att företag får möjlighet att ta ut överpriser av sina kunder. Överpriser övervältras nedströms; skadan stannar sällan hos den som först betalar överpriset. På lång sikt får konsumenterna betala alla överpriser. Som har framgått ovan har amerikansk konkurrensrätt tagit ställning till problematiken med övervältring (*passing-on*).²⁷¹ Det finns anledning att diskutera hur svensk och europeisk konkurrensrätt kan komma att ställa sig till övervältring av överpriser, särskilt som problematiken ställer frågan om skadeståndets funktion på sin spets.

6.3.1 Indirekta kunders skadeståndsanspråk

I amerikansk konkurrensrätt är, som framgått, indirekta kunder förhindrade från att kräva ersättning. Direkta kunder betraktas som mer lämpliga processförare och har därför givits rätt att begära ersättning för hela överpriset. Lösningen antas främja skadeståndets preventiva funktion, men innebär samtidigt ett klart avsteg från skadeståndets reparativa funktion.

För svensk rätts vidkommande torde utgångspunkten vara att det är den faktiska skadan som ska ersättas. Detta stämmer även överens med ordalydelsen av KL 33 §.²⁷² Förarbetena uttalar förvisso att företag som berörs *mer direkt* tillhör lagens skyddsintresse, men detta kan knappast tas som inteckning för att indirekta kunder inte har rätt till ersättning.²⁷³ Tvärtom utgår flera kommentatorer från att indirekta kunder i princip har rätt till skadestånd. Enligt Torbjörn Andersson bör indirekta kunder ha rätt att kräva skadestånd direkt av konkurrensbegränsaren.²⁷⁴ Jan Andersson menar att indirekta kunder bör kunna vända sig mot såväl den direkta kunden som mot konkurrensbegränsaren, men framhåller att praktiska skäl talar för att det senare alternativet är att föredra.²⁷⁵ Nils Wahl, däremot, menar att den amerikanska lösningen är att föredra av såväl processekonomiska som preventionsbaserade skäl, varefter han argumenterar för att ett förbud mot indirekta kunders skadeståndsrätt skulle kunna tolkas in i svensk rätt. Enligt Wahl bör den generellt restriktiva

²⁷¹ Se avsnitt 3.4.1.

²⁷² ”[D]en skada som ... uppkommer för ett annat företag eller en avtalspart.”

²⁷³ Prop. 1992/93:56, s. 96. Se även Wahl, s. 252.

²⁷⁴ T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 139.

²⁷⁵ J. Andersson, *Legala förbud*, s. 632-634 och 648-649.

inställningen till tredjemansskador i svensk rätt, i kombination med konkurrensrättens behov av preventiva sanktioner, leda till att indirekta konkurrensskador betraktas som icke-ersättningsgilla tredjemansskador.²⁷⁶

Beträffande EG-rätten så är meningsskiljaktigheterna i princip desamma och rättsläget lika oklart. Jones antar att indirekta kunder inte kan förvägras en rätt till ersättning, eftersom detta skulle ”result in an intolerable disparity between the scope of the remedy and the substance of directly effective rights.”²⁷⁷ Wahl invänder att direkt effekt inte är en tillräcklig förutsättning för att enskilda ska erhålla en rätt till skadestånd och menar att begränsningar borde kunna uppställas i syfte att tillgodose EG-rättens fulla genomslag.²⁷⁸ Som synes går meningsskiljaktigheterna tillbaka på kopplingen mellan direkt effekt och rätten till skadestånd. Avgörandet i *Courage v. Crehan* använder preventionensargument för att utsträcka rätten till skadestånd, men torde i övrigt kunna tolkas som ett stöd för Jones ståndpunkt.²⁷⁹ EG-domstolen diskuterar dock inte problematiken som sådan. Vidare kan det påpekas att generaladvokat Van Gerven i *Banks* uttalade att skadeståndsansvaret inte omfattar vilka avlägsna skador som helst. Särskilt som han samtidigt menade att övervältring måste beaktas, kan detta uttalande inte tolkas som ett argument mot att indirekta kunder har rätt till reparation.²⁸⁰

6.3.2 Övervältringsförsvaret

Enligt amerikansk rätt har direkta kunder, som nämnts, rätt till ersättning för hela överpriset, oberoende av om överpriset har absorberats eller övervältrats. Konkurrensbegränsaren har följaktligen inte möjlighet att basera sitt försvar på övervältring. Därigenom antas sannolikheten öka för att konkurrensbegränsningen överhuvudtaget sanktioneras. Prevention prioriteras framför reparation. Därtill kan fogas ett processekonomiskt argument – ju färre som måste processa om det aggregerade skadeståndet och ju mindre komplicerad bevisning som krävs, desto lägre blir kostnaden för den eftersträvade preventionseffekten.

I EG-rättspraxis har problemet med övervältringsinvändningar behandlats i relation till reglerna om fri rörlighet. Det har typiskt sett rört sig om att ett företag sökt ersättning för avgifter erlagda i strid med EG-rätten, varvid medlemsstaten har invänt att företaget övervältrat avgiften på sina kunder. EG-domstolen har klargjort att gemenskapsrätten inte hindrar nationella domstolar från att tillämpa principen om obehörig vinst under sådana

²⁷⁶ Wahl, s. 251 ff. och 312 ff.

²⁷⁷ Jones, *Private Enforcement*, s. 195. Se även J. Andersson, *Legala förbud*, s. 632-634, som kommer till samma slutsats utifrån ett resonemang om konkurrensreglernas ogiltighetsverkan och skyddsändamål.

²⁷⁸ Wahl, s. 242.

²⁷⁹ Se avsnitt 5.5.2 ovan.

²⁸⁰ C-128/92 *Banks* (AG), premisserna 51-52.

omständigheter.²⁸¹ I *Courage v. Crehan* bekräftar domstolen helt kort att principen om obehörig vinst måste beaktas inom konkurrensrätten.²⁸² Även generaladvokaten i *Banks* menade att det vid skadeståndets beräkning måste tas hänsyn till ”the extent to which the damage has been passed on”.²⁸³ Principen om obehörig vinst synes därmed kräva att övervältringsförsvaret godtas. I *Société Comateb*, gällande fri rörlighet, begränsade EG-domstolen dock principens räckvidd.²⁸⁴ Domstolen klargjorde att ett övervältringsförsvaret endast kan göras gällande om svaranden kan styrka att avgiften har burits av någon annan än käranden. Dessutom slog domstolen fast att det trots styrkt övervältring inte var nödvändigt att käranden skulle göra en obehörig vinst, eftersom övervältring vanligtvis medför omsättningsförluster.²⁸⁵ Enligt Andersson medför *Société Comateb* att ”en passing-on invändning blir meningslös” i praktiken.²⁸⁶ Det återstår dock att se huruvida EG-domstolen kommer att stå fast vid denna rättspraxis när frågan ställs på sin spets inom konkurrensrätten.

För svensk rätts vidkommande utgår de flesta kommentatorer från att defensiva och offensiva övervältringsargument måste behandlas symmetriskt. De som utgår från att indirekta kunder har rätt till ersättning menar att övervältringsförsvaret måste tillåtas och vice versa. Så menar t.ex. Torbjörn Andersson att principen om obehörig vinst måste accepteras i svensk rätt för att konkurrensbegränsaren inte ska löpa risken att behöva ersätta samma skada till flera parter. Samtidigt framhåller han att hänsyn måste tas till den minskade avsättning som den direkta kunden drabbas av till följd av att han eller hon tar ut ett högre pris.²⁸⁷ Wahl, å andra sidan, baserar sin negativa inställning till indirekta kunders ersättningsrätt på att övervältringsförsvaret bör förbjudas i syfte att effektivisera sanktionssystemet. Han observerar att omsättningsförluster ersätts vid exempelvis otillåten bruttoprissättning, men anser att denna lösning inte är att förorda vid övervältringsskador. Omsättningsförlusten svarar nämligen inte direkt mot överpriset (och i förlängningen därför inte heller mot dödviktsförlusten), samtidigt som den är svår att beräkna.²⁸⁸ Istället menar Wahl att övervältringsförsvaret kan bortses ifrån om det antas att den relevanta tidpunkten för bedömningen av vem som har lidit skada är tidpunkten för själva konkurrensbegränsningen.²⁸⁹

²⁸¹ Jones, *Private Enforcement*, s. 193.

²⁸² C-453/99 *Courage v. Crehan*, premiss 30.

²⁸³ C-128/92 *Banks* (AG), premiss 51.

²⁸⁴ C-192-218/95 *Société Comateb and Others v. Directeur général des douanes et droits indirects*, [1997] ECR I-165. Se även Jones, *Private Enforcement*, s. 195 ff.

²⁸⁵ C-192-218/95 *Société Comateb*, premisserna 27 och 31-32. Omsättningsförlusten beror på att högre pris medför lägre efterfrågan. Omsättningsförlustens storlek beror däremot inte enbart på överprisets storlek, utan även på efterfrågeelasticiteten för produkten.

²⁸⁶ T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 138.

²⁸⁷ T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 139. Även J. Andersson, *Legala förbud*, s. 634 och 648-649, är av uppfattningen att varje part endast kan ersättas för absorberad del av överpriset..

²⁸⁸ Wahl, s. 310.

²⁸⁹ Wahl, s. 311.

6.3.3 Kommentarer

Betraktat isolerat synes argumenten mot att låta indirekta kunder begära ersättning vara få; endast processekonomiska skäl torde kunna anföras. Inställningen till den indirekta kundens ställning beror istället på att den direkta kunden betraktas som en bättre processförare och därför bör ges rollen som *private attorney general*, samtidigt som konkurrensbegränsaren inte bör riskera att få ersätta samma skada två eller flera gånger. Tre invändningar kan riktas mot detta resonemang. För det första kan det ifrågasättas huruvida direkta kunder verkligen är mer lämpade processförare än indirekta kunder. Enligt Jones finns det belägg för att så inte är fallet i amerikanska undersökningar, vilket han förklarar med direkta kunders ovilja att äventyra sina affärsrelationer.²⁹⁰ Wahl, däremot, hänvisar till andra källor, vilka stödjer slutsatsen att den amerikanska lösningen är den mest effektiva.²⁹¹ För det andra ifrågasätter Jones nödvändigheten av att undvika risken för att konkurrensbegränsaren får ersätta samma skada flera gånger. Han menar att konsekvenserna av dubbelersättning är mindre långtgående i avsaknad av tredubbla skadestånd och understryker dessutom det faktum att inga fall av dubbelersättning inträffade i USA mellan *Hanover Shoe* och *Illinois Brick*, trots att det var teoretiskt möjligt.²⁹² För det tredje innebär ett förbud för indirekta kunder att kräva ersättning att de som normalt drabbas av överpriset inte erhåller kompensation, varför skadeståndets reparativa funktion tydligt sätts ur spel.

Både prevention och reparation skulle främjas av en asymmetrisk lösning – dvs. av att direkta kunder gavs rätt till ersättning för hela överpriset, samtidigt som indirekta kunder tilläts stämma för den del av överpriset som hade övervältrats på dem. Därigenom skulle direkta kunders incitament att tillvarata allmänhetens intresse av fri konkurrens maximeras, samtidigt som indirekta kunder både skulle erhålla reparation och ges möjlighet att täcka de luckor som uppstår när den direkta kunden avstår från att kräva ersättning. Huvudargumentet mot en sådan lösning är, som framgått, att konkurrensbegränsaren därvid riskerar att få ersätta ett och samma överpris till kunder ur båda kategorierna. Det kan ifrågasättas hur pass stor denna risk är. Argumentet mot att tillåta övervältringsförsvar är att indirekta kunder, till följd av relativt små skador och relativt komplicerade bevissituationer, mer sällan kan förväntas inleda skadeståndprocesser. Detta framstår som rimligt. Samtidigt innebär detta att risken för dubbelersättning torde vara låg. Endast de indirekta kunder vars skador är betydande kan förväntas begära ersättning. Kanske kan en asymmetrisk lösning därför vara acceptabel, särskilt om den kombineras med en möjlighet för konkurrensbegränsaren att undvika dubbelersättning genom att styrka övervältring (på samma vis som i *Société Comateb*).

²⁹⁰ Jones, *Private Enforcement*, s. 197.

²⁹¹ Wahl, s. 312.

²⁹² Jones, *Private Enforcement*, s. 197 f. Se även avsnitt 3.4.1 ovan.

De lege lata talar allmänna skadeståndsrättsliga resonemang för att den indirekta kunden troligtvis har rätt till skadestånd, medan svensk rätt och EG-rätten möjligen skiljer sig åt i synen på tillåtligheten av övervältringsförsvar. Det återstår att se om domstolarna finner utrymme för avvikande tolkningar när skadeståndsyrkanden framställs i en konkurrensrättslig kontext.

7 De lege ferenda

Tre aktuella lagförslag har beröringspunkter med skadeståndets roll inom konkurrensrätten. De viktigaste konsekvenserna av dessa förslag behandlas kortfattat i detta kapitel.

7.1 Moderniseringen av förordning 17/62

Åtminstone sedan början av 1990-talet har kommissionen deklarerat att den avser koncentrera sig på konkurrensrättsfrågor av gemenskapsintresse.²⁹³ Genom det förslag till reform av förordning 17/62 som kommissionen presenterade för ministerrådet hösten 2000 skapas större möjligheter för nationella domstolar och konkurrensmyndigheter att delta i genomförandet av konkurrensreglerna.²⁹⁴ Förslaget innebär att notifieringsförfarandet slopas – EG övergår helt till ett sanktionssystem byggt på efterhandskontroll.²⁹⁵ Beträffande domstolarnas roll heter det i förslaget:²⁹⁶

Nationella domstolar kommer också att få en viktig och förstärkt roll i genomförandet av EG:s konkurrensregler. I motsats till de nationella myndigheterna och till kommissionen, som handlar i det allmännas intresse, är de nationella domstolarnas uppgift att skydda enskildas rättigheter. De kan bevilja skadestånd och ålägga eller förbjuda verkställandet av ett avtal. De utgör ett nödvändigt komplement till de offentliga myndigheternas verksamheter.

Det kan observeras att kommissionen markerar att konkurrensreglernas civilrättsliga rättsföljder, såsom skadestånd, primärt är avsedda att skydda enskildas rättigheter, vilket är ett argument för att prioritera reparation framför prevention vid utdömandet av skadestånd. Den mest centrala förändringen i relation till skadestandsfrågan är att nationella domstolar kommer att ges kompetens att tillämpa undantagsreglerna i artikel 81(3).²⁹⁷ Artiklarna 15 och 16 i förslaget syftar till att motverka en splittrad rättsutveckling och underlätta för domstolarna vid tillämpningen av artikel 81(3). Kommissionen (och den nationella konkurrensmyndigheten) ges rätt att på eget initiativ lämna yttranden till domstolen, i syfte att ”fästa domstolens uppmärksamhet vid frågor som har en avsevärd betydelse för en enhetlig tillämpning av gemenskapens konkurrensrätt.”²⁹⁸ Därutöver klargör

²⁹³ Se *Cooperation Notice*, punkt 13 och T-24/90 *Automec II*. Se även Kerse, s. 418.

²⁹⁴ Se *Reformförslaget*, s. 2.

²⁹⁵ Wils, s. 1682.

²⁹⁶ *Reformförslaget*, s. 7. Se även ingressen till själva förordningen, premiss 7.

²⁹⁷ *Reformförslaget*, artikel 6. Se även s. 18 f.

²⁹⁸ *Reformförslaget*, s. 24 och artikel 15(3). Det finns inte utrymme att här behandla den problematik som en sådan ordning skulle kunna ge upphov till. Se Wils, s. 1702 ff., för en utförlig diskussion om problematiken.

förslagets artikel 2 att bevisbördan för undantagsreglernas tillämplighet i skadeståndsprocesser ligger på den som åberopar artikel 81(3).

Reformen torde medföra att en del hinder för skadeståndsprocesser baserade på EG:s konkurrensregler försvinner. Svaranden kan inte längre notifiera ett avtal i syfte att förhåla en dom i skadeståndsmålet. Härigenom kan privata aktörers incitament till att inleda skadeståndsprocesser antas öka.²⁹⁹ Å andra sidan kan det anmärkas att denna problematik aldrig har varit relevant under artikel 82. Trots det har skadeståndsmålen inte anhopats. Det kan därför antas att andra faktorer än kommissionens undantagsmonopol påverkar privata aktörers incitament.³⁰⁰ Andra faktorer som spelar in är sannolikt osäkerheten angående rättsläget och bevissvårigheterna. Den förstnämnda faktorn borde vara av mindre vikt i Sverige, eftersom KL 33 § innehåller en uttrycklig rättsgrund. Bevissvårigheterna är däremot betydande, särskilt i en europeisk kontext. Privata aktörer kan inte göra några gryningsräder. Bevis kan behöva inhämtas från olika jurisdiktioner. Därtill kommer att det i avsaknad av rättspraxis är oklart vilka beviskrav som gäller. Sammantaget pekar detta, enligt min uppfattning, på att främst följdprocesser kan påräknas – trots reformförslaget och trots klargörandet i *Courage v. Crehan*. En utveckling mot ökad civilrättslig sanering av marknaden hade underlättats om reformförslaget även hade lagt fast de grundläggande reglerna för skadeståndssanktionens utformning. Detta hade även bidragit till att skapa ett enhetligt rättsskydd för enskilda och minskat de incitament till *forum shopping* som trots *Courage v. Crehan* alltjämt kvarstår.³⁰¹

7.2 Förslaget om grupprättegång

Det har påtalats ovan att den huvudsakliga anledningen till att konsumenter inte har rätt till skadestånd enligt KL 33 § torde vara att ett kollektiv där den enskilde medlemmens skada är förhållandevis ringa utgör en mindre lämplig processförare.³⁰² Argumentet kan i och för sig vändas i motsatt riktning – varför fränkänna konsumenter talerätt när de lider så små skador och möter så stora bevissvårigheter att de ändå inte kan förväntas begära ersättning? Dessa förhållanden gör sig gällande inom långt fler områden än konkurrensrätten, vilket regeringen har observerat. Konsumenters skador är ofta icke-individuellt processbara.³⁰³ För att komma till rätta med detta föreslog grupptalansutredningen redan 1995 att grupptalan skulle införas som processform i svensk rätt.³⁰⁴ Förslaget lades på is efter kritik under

²⁹⁹ Wils, s. 1703.

³⁰⁰ Se Wils, s. 1704 och Clifford A. Jones, *A New Dawn for Private Competition Law Remedies in Europe? Reflections from the USA* [Jones, *A New Dawn*], s. 3 f.

³⁰¹ Se Kerse, s. 440 f. och Van Gerven, s. 26 f. Den senare presenterar även ett förslag till en förordning om civila rättsmedel inom konkurrensrätten (Annex 2).

³⁰² Se avsnitt 4.3.3.1 ovan och Wahl, s. 249 f.

³⁰³ Catarina af Sandeberg, *Grupptalan – hot eller löfte?*, JT 2001-02 s. 474, s. 476.

³⁰⁴ SOU 1994:151.

remissbehandlingen, men en något modifierad version lämnades hösten 2001 på remiss till lagrådet.³⁰⁵

Förslaget skulle, om det lagfästs, innebära att taleformen grupptalan blir generellt tillgänglig på bl.a. civilrättens område. I förslaget 2 § heter det nämligen att "[e]n grupprättegång får avse anspråk som kan tas upp av allmän domstol enligt reglerna i rättegångsbalken om tvistemål." Detta torde inkludera anspråk baserade på KL 33 §. Förslaget motivering diskuterar inte konkurrensrättsliga skadestånd överhuvudtaget. Flera uttalanden passar dock väl in på dessa. Det heter att i avsaknad av grupptalan lämnas fältet öppet för "många små rättskränkningar" vilket bl.a. "skadar konkurrensen".³⁰⁶ Vidare skapas i frånvaro av grupptalan "en föreställning om att samhället accepterar olagliga handlingar så länge de inte är kriminaliserade och den enskilda skadan är liten."³⁰⁷ Några kommentatorer har antagit att förslaget skulle ha tillåtit flygresenärer att väcka grupptalan mot SAS med anledning av SAS/Maersk-kartellen, men ingen synes ha diskuterat det mer ingående.³⁰⁸

Det bör understrykas att de uttalanden om konsumenters talerätt som görs i förarbetena till KL verkar utesluta även grupprättegångar. Bokstavligt tolkade avser faktiskt uttalandena snarare grupper ("kretsar") än enskilda konsumenter. En sådan tolkning är dock orimlig av två skäl. För det första ter det sig underligt att förarbetena velat utesluta en taleform som inte fanns vid KL:s tillkomst. För de andra är det snarare den enskilde medlemmen i en krets än kretsen som sådan som är en olämplig processförare. Nils Wahl menar att inställningen till konsumenters talerätt möjligen hade varit annorlunda om grupptalan hade existerat, men han ställer sig ändå tveksam eftersom konsumenter ofta befinner sig för långt ifrån konkurrensbegränsningen för att kunna "notera och värdera" densamma.³⁰⁹ Enligt min uppfattning måste det dock skiljas på två situationer. Konsumenter som drabbas indirekt av en konkurrensbegränsning – dvs. konsumenter på vilka ett överpris övervältras – är varken företag eller avtalsparter och har följaktligen inte talerätt enligt KL 33 §. Konsumenter som drabbas direkt – dvs. konsumenter som handlar av konkurrensbegränsaren – befinner sig närmast konkurrensbegränsningen. Det är alltså fråga om att ge dessa konsumenter talerätt eller att inte alls skadeståndssanktionera överträdelsen. Förvisso kan det antas att även dessa konsumenter har svårt att "notera och värdera" sina skador. Däremot kan konsumenterna göras uppmärksamma på sina skador genom att

³⁰⁵ Lagrådsremiss, *Lag om grupprättegång*, 2001-11-15 [Lagrådsremissen]. Det finns inte utrymme för att diskutera för- och nackdelar med grupptalan här. Se af Sandeberg (not 298) och Ylva Lindquist, *Grupprättegång – gammalt förslag i ny kostym*, JT 2001-02 s. 466, för en utförlig genomgång av förslaget.

³⁰⁶ Lagrådsremissen, s. 181 (bilaga 1).

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ Se Hans Hellberg, *Tredje gången giltigt för grupptalan?*, Advokaten 2001:7 och Carl Michael von Quitzow, *Skadeståndsansvar för otillåtna konkurrensbegränsningar*, Advokaten 2001:8.

³⁰⁹ Wahl, s. 250.

myndigheterna ingriper mot konkurrensbegränsningen. Om skadeståndet antas tillgodose en reparativ funktion, finns det inget att invända mot att konsumenter inleder s.k. följdprocesser. Dessa torde även främja opinionsbildningen och konkurrenskulturen i Sverige och EU.

7.3 Kriminalisering av konkurrensreglerna

Kartellbekämpningsutredningens huvudbetänkande hösten 2001 avrådde från en kriminalisering av de svenska konkurrensreglerna.³¹⁰ Frågan verkar dock inte vara borttagen från agendan.³¹¹ Med anledning av den starka kopplingen mellan skadestånd och straff i svensk rätt, finns det därför anledning att kort diskutera hur en framtida kriminalisering kan komma att påverka skadeståndsregleringen i KL.³¹²

Huvudregeln i svensk skadeståndsrätt (SkL 2:4) är att ren förmögenhetsskada endast är ersättningsgill om den har orsakats genom brott. Emellertid gäller SkL inte ”om ... annat är särskilt föreskrivet” (SkL 1:1). Beträffande konkurrensskador så är annat särskilt föreskrivet i KL 33 §. Enligt Hellner bör speciallagstiftning som ålägger skadeståndsskyldighet för endast vissa typer av skador tolkas motsatsvis; KL 33 § skulle därmed exklusivt reglera skadeståndsskyldigheten för konkurrensskador.³¹³ Det kan dock antas att lagstiftaren i samband med en eventuell kriminalisering även kommer att ta ställning till skadeståndsfrågan, så att skadeståndsansvaret grundas på antingen KL 33 § eller SkL 2:4. Under antagande av att kriminaliseringen omfattar KL 6 och 19 § i deras helhet, behandlas nedan några konsekvenser av att låta SkL 2:4 styra skadeståndsskyldigheten.³¹⁴

Vid en kriminalisering av konkurrensreglerna kommer fysiska personers gärningar att straffbeläggas.³¹⁵ SkL 2:4 föreskriver att ”[d]en som vållar ren förmögenhetsskada genom brott” är skadeståndsskyldig, varför det i utgångsläget är den fysiska personen som har att ersätta konkurrensskadan. I normalfallet kommer det att röra sig om en arbetstagare hos ett företag.³¹⁶ Följaktligen aktualiseras principalansvaret i SkL 3:1. Arbetsgivaren – företaget – kommer därför att vara skadeståndsansvarig, medan

³¹⁰ Se SOU 2001:74.

³¹¹ Se t.ex. KKV, Pressmeddelande Nr. 16, 2001-10-04. KKV:s generaldirektör kommenterar utredningens slutsatser med att ”frågan uppenbarligen var för tidigt väckt” och att den troligen ”kommer att bli aktuell igen inom en inte alltför avlägsen framtid.”

³¹² Angående kopplingen mellan straff och skadestånd – se t.ex. Hellner & Johansson, s. 61 ff.

³¹³ Se Hellner & Johansson, s. 71. Hellner lyfter fram KL 33 § som ett exempel på ett lagrum som bör tolkas motsatsvis.

³¹⁴ KKV, Rapport 2000:1, s. 292, föreslår att samtliga överträdelser av KL 6 och 19 § straffsanktioneras.

³¹⁵ Se SOU 2001:74, s. 139, som diskuterar följande lydelse: ”Den som medverkar till att företag bryter mot 6 § konkurrenslagen ... döms till fängelse”.

³¹⁶ Arbetstagarbegreppet i SkL 3:1 synes vara omfattande. Se Hellner & Johansson, s. 154 ff.

arbetstagaren enligt SkL 4:1 mer sällan kan hållas ansvarig.³¹⁷ Praktiskt sett torde skillnaderna gentemot dagens reglering vara av mindre betydelse.

Kretsen av ersättningsberättigade torde inte heller påverkas av en kriminalisering. Utöver handlingens straffbarhet, förutsätter ansvar enligt SkL 2:4 att skadan faller inom straffbudets skyddsintresse.³¹⁸ Utgångspunkten för om så är fallet är huruvida den skadelidande skulle ha haft målsägandestatus i straffprocessuellt hänseende.³¹⁹ Enligt RB 20:8 är målsägande ”den, mot vilken brott är begånget”. Det är emellertid tveksamt om målsägandestatus utgör en särskilt meningsfull utgångspunkt ifråga om konkurrensrättsbrott, särskilt som det uppenbarligen inte är klarlagt vem (om någon) som kan vara målsägande. Istället torde en mer allmän normskyddsanalys behöva utföras för att klarlägga vilka skador som faller inom de straffsanktionerade konkurrensreglernas skyddsintresse. Konkurrensreglerna är dock desamma som idag och redan förarbetena till KL 33 § lade normskyddsläran till grund för avgränsningen av kretsen av skadeståndsberättigade. Det framstår därför som sannolikt att rätten till ersättning inte kommer att påverkas nämnvärt av att ansvaret grundas på SkL 2:4 istället för KL 33 §. En reservation är dock befogad. Om KL 33 § utmönstras, behöver en domstol inte längre fästa sig vid lokutionen ”ett annat företag eller en avtalspart” eller de uttalanden som görs i förarbetena till KL 33 §. Mot bakgrund av den kritik som bl.a. Jan Andersson har riktat mot förarbetenas tillämpning av normskyddsläran, är det möjligt att en domstol kommer till en annan slutsats angående konkurrensreglernas skyddsintresse.³²⁰ I så fall torde det snarast vara fråga om att kretsen av ersättningsberättigade vidgas.

Det kan även diskuteras huruvida en kriminalisering skulle kunna ha negativa konsekvenser för skadelidandes möjligheter att erhålla skadestånd. Om grunden för skadeståndsansvaret är SkL 2:4, så måste skadan ha vållats ”genom brott”. Det är inte fråga om att konkurrensbegränsaren måste ha befunnits skyldig i en straffprocess, utan brott betecknar endast en straffbelagd gärning (BrB 1:1). Däremot kan det diskuteras huruvida konkurrensrättsförbudet mot bakgrund av legalitetsprincipen kan komma att tolkas mer restriktivt, vilket i så fall skulle påverka möjligheten till att utverka ersättning.³²¹ Problematiken gäller dock snarast kriminaliseringen som sådan och kan inte diskuteras närmare här.

En annan fråga av intresse i samband med kriminalisering gäller rättskraft. I amerikansk konkurrensrätt är de centrala förbuden i *Sherman Act* straffbelagda. Fällande domar, liksom erkännanden, utgör *prima facie* bevis för överträdelsens olaglighet i en senare skadeståndsprocess mot samma svarande. I praktiken har detta samma effekt som att straffdomen skulle ha

³¹⁷ Se Hellner & Johansson, s. 251, angående uppdelningen av ansvar vid principalansvar.

³¹⁸ Hellner & Johansson, s. 68. Se även prop. 1972:5, s. 568.

³¹⁹ Hellner & Johansson, s. 83.

³²⁰ Se J. Andersson, *Legala förbud*, s. 652. Se även avsnitt 4.3.3.1 ovan.

³²¹ Jfr. J. Andersson, *Legala förbud*, s. 745 ff. Se även SOU 2001:74, s. 134.

tillerkänts rättskraft.³²² I svensk rätt gäller däremot att en straffdom endast har bevisverkan i senare civilprocesser. Detsamma torde gälla ifråga om domar om konkurrensskadeavgift enligt nuvarande ordning,³²³ varför en kriminalisering inte synes innebära någon skillnad. Det bör framhållas att en tidigare straffdom inte har bevisverkan gällande själva skadan – denna måste styrkas i skadeståndsmålet, liksom orsakssambandet och övriga ansvarsförutsättningar. I sammanhanget kan även möjligheten till kumulation av mål i RB 22:1 observeras. Det kan dock antas att ett enskilt skadeståndsanspråk ofta skulle anses medföra ”väsentliga olägenheter” och därför jämte RB 22:5 förordnas att handläggas som särskilt tvistemål.

Sammantaget är det min uppfattning att en kriminalisering av konkurrensreglerna inte skulle få särskilt långtgående konsekvenser för skadeståndsfrågan. Däremot kommer lagstiftaren att behöva ta ställning till skadeståndsfrågan i samband med en kriminalisering, vilket i sin tur kan komma att få konsekvenser för skadeståndsregleringen.

³²² Se Wahl, s. 297 och SOU 2001:74, s. 69.

³²³ Se Wahl, s. 298.

8 Avslutande kommentarer

Materialet har varit av den karaktär att analyser, kommentarer och diskussioner har presenterats fortlöpande i texten. Här ska göras ett försök att sammanfatta dem. Därvid kan det vara lämpligt att återknyta till SAS/Maersk-kartellen och försöka besvara frågan om vem som torde kunna kräva skadestånd för vad av kartellföretagen. Återigen, exemplet har ingen ambition att motsvara verkligheten och därtill tillskrivs företagen handlingar som de mig veterligen inte har begått; allt i syfte att göra exemplet mer heltäckande.

Ponera således att två flygföretag gått samman och delat upp vissa flygsträckor mellan sig för att därigenom kunna tjäna monopolvinster. Utgå först från att svensk konkurrensrätt är tillämplig. Vem drabbas av konkurrensbegränsningen? I första hand drabbas de potentiella flygresenärer som inte längre har råd att flyga. Denna kategori, om dess medlemmar alls skulle kunna identifieras, har inte rätt till skadestånd enligt KL 33 §. Istället är skyddet av deras intressen helt beroende av att andra undanröjer och motverkar konkurrensbegränsningar. I andra hand drabbas kartellföretagens faktiska kunder. Det kan vara befogat att dela in denna grupp i tre undergrupper. Privatpersoner har inte rätt till ersättning, vare sig de köper sina biljetter direkt av ett kartellföretag eller via något förmedlingsföretag. De tillhör en obestämd krets av konsumenter och betraktas av lagstiftaren inte som skyddsvärda annat än indirekt. I framtiden står denna kategoris hopp till att förslaget om grupp-talan lagfästs och befinns tillämpligt i skadeståndsmål grundade på konkurrensrättsöverträdelser. Förmedlingsföretagen – de som köper in flygresor för vidareförsäljning – utgör tveklöst ett företag i säljledet och kan därför begära ersättning enligt KL 33 §. Det är dock möjligt att kartellföretagen framgångsrikt kan invända att överpriset har övervältrats på förmedlingsföretagets kunder. Rättsläget är oklart och i doktrinen framträder olika synsätt. Det torde dock stå klart att om övervältringsinvändningen godkänns, så kan förmedlingsföretaget istället kräva ersättning för omsättningsförluster.³²⁴

Den tredje kategorin av kunder utgörs av företag som köper flygresor i syfte att låta anställda flyga i tjänsten. Enligt lagtextens ordalydelse har de rätt till skadestånd. Det kan dock hävdas att dessa företag inte skiljer sig från konsumenter i något väsentligt avseende – de är många, lider relativt små skador och utgör därför inga lämpliga processförare. Rättsläget får betecknas som oklart. Min uppfattning är att det från systematisk utgångspunkt framstår som rimligt att utesluta denna kategori, men att det från principiell utgångspunkt är att föredra att såväl denna kategori som konsumenter tillerkänns rätt till kompensation. Om det antas att de omfattas av KL:s

³²⁴ Det bör påpekas att exemplet kompliceras av att kartellföretagen antas konkurrera på både slutmarknaden och marknaden närmast ovanför, vilket rimligen borde påverka möjligheterna till övervältring.

skyddsintresse, infinner sig ett ytterligare problem för den del av företagen som har köpt sina biljetter via förmedlingsföretag. Kan dessa företag begära ersättning för den del av överpriset som har övervältrats på dem? Återigen får rättsläget betecknas som oklart. Svensk skadeståndsrätt synes stödja en rätt till ersättning, men möjligen finns det skäl för att anlägga ett annat synsätt just i konkurrensrättssammanhang. Min uppfattning är dock att indirekta kunder bör ges rätt till skadestånd ävensom direkta kunder i princip bör kunna kräva ersättning för hela överpriset. Risken för flerfaldig ersättning måste betecknas som låg och kan därutöver minskas genom bevisbörderegler och presumtioner angående omsättningsförluster. Slutligen kan det hävdas att även kunder till de företagskunder som inte säljer flygresor kan drabbas, då det kan tänkas att de direkta kunderna kompenserar sig för överpriset genom att höja priset på sina produkter, vilka dessa än är. I detta fall är kopplingen mellan konkurrensbegränsningen och skadan dock så pass indirekt att skadan, förutom att vara extremt svår att bevisa ur kausalitetssynpunkt, inte kan antas uppfylla förarbetenas krav på ”mer direkt”.

Ytterligare två kategorier av skadelidande kan komma på fråga. Konkurrenter kan drabbas av olika åtgärder som kartellföretagen vidtar i syfte att uppnå eller upprätthålla sin maktposition. Konkurrenter tillhör uttryckligen KL:s skyddsintresse och deras skador är därför i princip ersättningsgilla. Det finns dock anledning att vara uppmärksam på hur konkurrenten egentligen skadas. Begreppet ”konkurrensskada” torde fylla sin viktigaste funktion i detta sammanhang. En i och för sig effektiv konkurrent som tvingats bort från marknaden p.g.a. exempelvis (otillåten) underprissättning eller bojkottaktioner bör rimligen kunna kräva ersättning för kostnader och utebliven vinst. Däremot bör konkurrenten inte kunna beräkna sin skada utifrån att han skulle ha kunnat erbjuda lägre priser än kartellen, eftersom han i så fall skulle dra nytta av konkurrensbegränsningen. Inte heller bör en konkurrent, eller någon annan, kunna göra gällande skador som är kopplade till ett i och för sig otillåtet förfarandes konkurrensökande effekter. Slutligen är det tänkbart att ett av kartellföretagen på något sätt drabbas av en skada och stämmer sin medbrottsling. Även om det i undantagsfall skulle vara i samhällets intresse att tillåta sådana skadeståndsyrkanden, framstår de som svår försvarbara. Dels strider det mot de flesta uppfattningar om rättvisa att tilldela skadevållaren skadestånd. Dels skapas en slags *win-win* situation för kartellföretaget – antingen blir marknadsuppdelningen framgångsrik eller också kan skadeståndsanspråk göras gällande. Situationen skiljer sig för det fall att det hade varit fråga om en delaktig vertikal avtalspart. Dels synes konkurrensrätten till viss del skydda den svagare avtalsparten, även om utvecklingen har rört sig i motsatt riktning. Dels framstår vertikala avtalsparters skadeståndsanspråk som mer legitima, åtminstone när de inte har haft någon reell möjlighet att förhandla om avtalsvillkoren.

Hur skulle bedömningen skilja sig åt om de skadelidande istället baserade sina anspråk på överträdelse av EG:s konkurrensregler? Först och främst

kan det konstateras att det efter *Courage v. Crehan* står klart att det finns en direkt på EG-rätten grundad rätt till skadestånd. Det är vidare – med hänsyn till både EG-domstolens resonemang i domen och kopplingen till direkt effekt – svårt att se att gemenskapsrätten skulle begränsa rätten till skadestånd för särskilda kategorier av skadelidande. EG-domstolen uttalar att ”varje person” måste kunna begära ersättning och den som har lidit skada torde vidare ha ett berättigat intresse i förordning 17/62:s mening. Förutom kartellföretagen själva, torde därför samtliga ovannämnda kategorier i princip vara berättigade till ersättning. Därutöver synes möjligheterna till övervältringsförsvaret vara ytterst begränsade i gemenskapsrättslig rättspraxis, varför direkta kunder normalt kan göra anspråk på hela överpriset. Delaktiga avtalsparters rätt till skadestånd beror däremot på huruvida de har haft ett betydande ansvar för konkurrensbegränsningen eller inte. Därmed torde horisontella avtalsparter i praktiken vara uteslutna.

Det kan följaktligen konstateras att de formella möjligheterna till att begära skadestånd p.g.a. konkurrensrättsöverträdelser är ganska vidsträckta, om än något snävare enligt svensk rätt än enligt gemenskapsrätten. Gällande de skadelidande för vilka rättslägena skiljer sig åt – främst konsumenter – kan det dock ifrågasättas huruvida de har någon praktisk nytta av att tillerkännas rätt till skadestånd. I avsaknad av grupp-talan är det svårt att föreställa sig det.

Trots att flertalet aktörer har rätt att göra gällande skadeståndsanspråk har skadeståndet hitintills spelat en väldigt tillbakadragen roll inom konkurrensrätten. Varför? Enligt min uppfattning torde anledningarna främst stå att finna i det osäkra rättsläget, okunskap om möjligheterna och svårigheterna att införskaffa bevismaterial. Rättsläget har emellertid klarnat något genom EG-domstolens avgörande i *Courage v. Crehan*. Även moderniseringen av förordning 17/62 bidrar till att undanröja en del osäkerhetsmoment och tänkbara hinder. Båda dessa faktorer bidrar samtidigt till att väcka potentiella kärandens uppmärksamhet; kanske kan *Courage v. Crehan* utgöra ett startskott för mer civilrättslig aktivitet inom konkurrensrätten. Åtminstone torde detta vara kommissionens förhoppning – rättsfallet kommer onekligen rätt i tiden för kommissionens reformarbete. Det hade dock varit önskvärt om även skadeståndsregler hade lagts fast i den kommande förordningen. Grundläggande regler om ansvarighetsgrunder, talerätt och beloppsberäkning hade bidragit till att skapa ett mer förutsägbart rättsläge, på samma gång som de kvarstående riskerna för *forum shopping* och oenhetligt rättsskydd hade undanröjts. Slutligen är det sannolikt nödvändigt att bevisproblematiken åtgärdas, om något annat än följdprocesser ska kunna emotses i framtiden.

I frånvaro av en reglering av skadeståndsreglerna kommer rättsutvecklingen att ske genom rättspraxis. Det kan antas att även användandet av KL 33 § kommer att påverkas positivt om den civilrättsliga aktiviteten ökar inom EU. Domstolarna – framför allt EG-domstolen – kommer därvid i framtiden att tvingas ta ställning till svåra frågor om konkurrensrättens syfte,

skadeståndets funktion och förhållandet dem emellan. Civilrättens huvudsakliga funktion – att reglera förhållandet mellan enskilda parter – kommer att behöva anpassas till konkurrensrättens mer övergripande målsättningar. EG-domstolen indikerar i *Courage v. Crehan* – genom att hänvisa till artikel 81(1) som en ”grundläggande bestämmelse” – att skadeståndet mot bakgrund av konkurrensrättens ändamål kan komma att sträckas ut mer än vad som hade varit motiverat av reparationsskäl. Emellertid är skadeståndet i både svensk och europeisk konkurrensrätt utformat som ett rättsmedel för enskilda snarare än en sanktion i samhällets tjänst. Enligt min uppfattning är detta en rimlig ordning. Samhällsintresset tas bäst hand om av offentliga organ som kan anpassa sanktionerna efter de övergripande målen. Prevention administreras bäst genom att myndigheterna tilldelas mer resurser och ges tillgång till mer effektiva sanktioner. Skadeståndet kan komplettera de offentliga sanktionerna och samtidigt ha en positiv inverkan på konkurrenskulturen (konkurrensrätten är inte endast ett hinder för företag) och opinionsläget (konkurrensbegränsningarnas konkreta skadeverkningar tydliggörs). Framför allt kan dock skadeståndet kompensera de enskilda som till följd av förbjudna konkurrensbegränsningar kan drabbas av betydande ekonomiska förluster. I en rättsordning som tar konkurrensrätten på allvar bör detta inte betraktas som något sekundärt.

Litteraturförteckning

Böcker

- Andersson, Torbjörn Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler – en studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten (Iustus Förlag, Uppsala, 1999).
- Andersson, Torbjörn Rättsskyddsprincipen – EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv (Iustus Förlag, Uppsala, 1997).
- Bernitz, Ulf Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare (Norstedts Juridik, Göteborg, 1993).
- Carlsson, Kenny m.fl. Konkurrenslagen – en kommentar (Nordstedts Juridik, Stockholm, 1999).
- Hellner, Jan och Svante Johansson Skadeståndsrätt (Nordstedts Juridik, Göteborg, sjätte upplagan, 2000).
- Jones, Clifford A. Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA (Oxford University Press, New York, 1999).
- Kerse, C.S. E.C. Antitrust Procedure (Sweet & Maxwell, London, fjärde upplagan, 1998).
- Kleineman, Jan Ren förmögenhetsskada – särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart (Juristförlaget, 1987).
- Martin, Stephen Industrial Economics – Economic Analysis and Public Policy (Macmillan, New York N.Y., 1988).
- Wahl, Nils Konkurrensskada – skadeståndsansvar vid överträdelse av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen (JureCLN AB, Stockholm, 2001).
- Wetter, Carl m.fl. Konkurrenslagen – en handbok (Nerenius & Santérus, Stockholm, 1999).

Artiklar

- Andersson, Jan Legala förbud och ogiltighet – en teleologisk studie, TfR (1999) 533.
- Engmark, Thorsten Fler stämningar hotar SAS i Danmark, DN 2001-12-01.
- Gyselen, Luc Liability of Supranational, State and Private Actors – Comment from the Point of View of EU Competition Law (artikel presenterad vid *Principles of Proper Conduct for Supranational, State and Private Actors – Towards a Jus*

- Commune* vid K.U. Leuven och Universiteit Maastricht, 15-16 september 2000, online: Konkurrensdirektoratet <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2000_016_en.pdf> (2001-11-07).
- Hellberg, Hans Tredje gången gillt för grupptalan?, online: Advokaten <<http://www.advokatsamfundet.se/advokaten/adv2001/nr7/sidor/a2.asp>> (2001-12-10).
- Hovenkamp, Herbert Antitrust's Protected Classes, 88 Mich. L. Rev. (1989) 1, online: Westlaw.
- Jacobson, Jonathan M & Tracy Greer Twenty-one Years of Antitrust Injury: Down the Alley with Brunswick V. Pueblo Bowl-O-Mat, 66 Antitrust L. J. (1998) 273, online: Akin, Gump, Strauss, Hauer & Feld <<http://www.akingump.com/library/publications/antitrust/pdfs/jacobson.pdf>> (2001-12-12).
- Jones, Clifford A. A New Dawn for Private Competition Law Remedies in Europe? Reflections from the USA.*
- Landes, William M. Optimal Sanctions for Antitrust Violations, 50 U. Chi. L. Rev. (1983) 652, online: Westlaw.
- Lindquist, Ylva Grupprättegång – gammalt förslag i ny kostym, JT 2001-02 s. 466.
- Quitow, Carl Michael von Skadeståndsansvar för otillåtna konkurrensbegränsningar, Advokaten 2001:8.
- Roach, Kent och Michael J. Trebilcock Private Enforcement of Competition Laws, 34 Osgoode Hall L.J. (1997) 461.
- Sandberg, Catarina af Van Gerven, Walter Grupptalan – hot eller löfte?, JT 2001-02 s. 474. Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules Before National Courts.*
- Wiklund, Ola Stäm SAS!, Expressen 2001-08-22, s. 4.
- Wils, Wouter P.J. The Modernization of the Enforcement of Articles 81 and 82: A Legal and Economic Analysis of the Commission's Proposal for a New Council Regulation Replacing Regulation No. 17, 24 Fordham Int'l L.J. 1655, online: Westlaw.

* Dessa artiklar presenterades vid EU Competition Law and Policy Workshop i Florens 2001 och kommer att publiceras i Claus-Dieter Ehlermann och Isabela Atanasiu (red.) *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law* (Hart Publishing, Oxford/Portland Oregon). För närvarande återfinns de på hemsidan *European University Institute/Robert Schuman Centre for Advanced Studies* <[http://www.ine.it/RSC/competition2001\(papers\).html](http://www.ine.it/RSC/competition2001(papers).html)> (2001-10-25).

Offentligt tryck

Sverige

Prop. 1972:5 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till skadeståndslag m.m.

Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning.

Prop. 1999/2000:140 Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald.

SOU 1991:59 Konkurrens för ökad välfärd.

SOU 1994:151 Grupprättegång.

SOU 2001:74 Kartellbekämpning.

Ds 1992:18 Ny konkurrenslag.

Lagrådsremiss, *Lag om grupprättegång*, 15 november 2001.

EU

Notice on Cooperation Between National Courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty, OJ C 39/6 (1993).

Förslag till rådets förordning om tillämpning av artiklarna 81 och 82 i fördraget, KOM (2000) 582 slutlig.

Övrigt

”Asfaltkartell dyr för kommunerna”, Sydsvenska Dagbladet 2002-02-02.

Expressen 2001-08-22 (löpsedel).

KKV, Pressmeddelande Nr. 16, 2001-10-04.

KKV, Rapport 2000:1, *Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag*.

OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, online: OECD <<http://www.oecd.org//daf/clp/Publications/glossary.pdf>> (2001-10-15)

Rättsfallsförteckning

EU

- 26/62 *Van Gend en Loos*, [1963] ECR 1.
6/64 *Costa v. ENEL*, [1964] ECR 585.
127/73 *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SV SABAM et NV Fonior*, [1974] ECR 51.
45/76 *Comet BV v. Produktschap voor Siergewassen*, [1976] ECR 2043.
158/80 *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH v. Hauptzollamt Kiel*, [1981] ECR 1805.
14/83 *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, [1984] ECR 1891.
C-177/88 *Dekker v. Stichting voor Jong Volwassenen (VJV) Plus*, [1990] ECR I-3941.
C-213/89 *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. and Others*, [1990] ECR I-2433.
C-234/89 *Delimitis v. Henninger Bräu AG*, [1991] ECR I-935.
C-6 & 9/90 *Frankovich and Bonifaci v. Italy*, [1991] ECR I-5357.
C-37/90 *Mulder and Heinemann v. Council and Commission*, [1992] ECR I-3061.
C-271/91 *Marshall v. Southampton and South-West Area Health Authority*, [1993] ECR I-4367.
C-128/92 *H.J. Banks & Co. Ltd v. British Coal Corporation*, [1994] ECR I-1209.
C-46 & 48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v. Germany and The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and Others*, [1996] ECR I-1029.
C-192 & 218/95 *Société Comateb and Others v. Directeur général des douanes et droits indirects*, [1997] ECR I-165.
C-282/95P *Guérin automobiles v. Commission*, [1997] ECR I-1503.
C-344/98 *Masterfoods Ltd. v. HB Icecream Ltd*, [2000] ECR I-1369.
C-453/99 *Courage Ltd v. Bernard Crehan*, 2001-09-20 (ej rapporterat).
T-24/90 *Automec Srl v. Commission*, [1992] ECR II-2223.
Dec. 99/60/EC *Pre-Insulated Pipe Cartel*, OJ L 24/84 (1999).

Storbritannien

Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board [1983] 3 C.M.L.R. 43.

Sverige

NJA 1982 s. 307.

USA

Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp., 392 US 134 (1968).

Hannover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 US 481 (1968).

Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 US 477 (1977).

Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 US 720 (1977).

Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters, 459 U.S. 519 (1983).

Local Beauty Supply, Inc. v. Lamaur Inc., 787 F.2d 1197 (7:th Cir. 1986).