



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Lina Persson

Privat övervakning –
Möjligheten att föra skadeståndstalan
vid överträdelser av EG:s
konkurrensregler

Examensarbete
30 högskolepoäng

Hans Henrik Lidgard

EG- och Konkurrensrätt

HT 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte och frågeställningar	6
1.2 Metod och Material	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Disposition	9
2 BAKGRUND	11
3 EG-RÄTT	13
3.1 EG:s konkurrensrätt	13
3.2 Offentlig övervakning	14
3.3 Privat övervakning	16
3.3.1 Skadeståndets funktion	16
3.3.2 Den tidiga utvecklingen	17
3.3.2.1 Francovich-målet	18
3.3.2.2 Banks-målet	19
3.3.2.3 Brasserie de Pêcheurs-målet	20
3.3.3 Den senare utvecklingen	21
3.3.3.1 Courage-målet	21
3.3.3.2 Förordning 1/2003	23
3.3.4 Privat övervakning i medlemsländerna	25
3.3.4.1 Kompetent domstol	25
3.3.4.2 Grupptalan	26
3.3.4.3 Bevisfrågor	26
3.3.5 För- och nackdelar med privat övervakning	27
4 VITBOK OM SKADESTÅNDSTALAN VID BROTT MOT EG:S ANTITRUSTREGLER	31
4.1 Introduktion	31
4.2 Grönboken	31

4.3	Förslag i vitboken	32
4.3.1	Talan	33
4.3.2	Övervältring	33
4.3.3	Bevisning	34
4.3.4	Bindande verkan av beslut	34
4.3.5	Grupptalan	35
4.3.6	Skadeståndets omfattning	36
4.3.7	Kostnader i skadeståndsmål	36
4.3.8	Preskription	36
4.4	Ett alternativt förslag	37
4.4.1	Konsoliderat skadeståndsförfarande	37
4.5	Konklusion	38
5	AMERIKANSK ANTITRUSTRÄTT	39
5.1	Bakgrund	39
5.2	Privat övervakning	40
5.2.1	Talan	41
5.2.2	Övervältring	42
5.2.2.1	Hanover Shoe-målet	42
5.2.2.2	Illinois Brick-målet	43
5.2.3	Amerikanska särdrag	44
5.2.3.1	Grupptalan	44
5.2.3.2	Kostnader i skadeståndsmål	45
5.2.3.3	Tredubbelt skadestånd	46
5.2.3.4	Bevisning	46
5.3	Senare utveckling i rättspraxis	47
5.3.1	Empagran-målet	47
6	AVSLUTANDE KOMMENTARER	49
6.1	Analys	49
6.1.1	Behovet av privat övervakning	49
6.1.2	Tänkbara resultat av vitbokens förslag	50
6.1.3	Vad kan EU lära av amerikansk privat övervakning?	51
6.2	Slutsatser	53
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	54
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	57

Summary

The main purpose with this thesis has been to analyze what the result might be of the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, which was published in April 2008. The White paper introduces several propositions, which aims to make private enforcement of the antitrust rules a more effective complement to public enforcement. The history behind the White paper is inter alia the judgment in the *Courage*-case from the European Court of Justice (ECJ) in 2001. In the judgment the court held that private parties should have a right to damages actions in national courts when a breach of the antitrust rules is established. After the judgment the actual possibilities to carry out such a proceeding in the member states has been observed, analyzed and resulted in a Green paper in 2005 and the White paper in 2008. There exists a large diversity among the member states in this area of law. They have different systems concerning evidence, jurisdiction, locus standi and the possibility to use class actions.

The White paper proposes *full compensation to all victims* who has suffered economic damages from EC antitrust infringements. Damages actions will be facilitated by favorable prescription periods, the possibility for victims to join class actions, binding effect of decisions from public proceedings and an acceptance of a defensive and offensive use of passing-on.

I have used a traditional legal method along with an economic and comparative perspective to answer my questions at issue. To do this I have presented the relevant area of EC law and case law from the ECJ, which have lead to the White paper. I have used the USA as an example to represent a country where private enforcement today is an effective complement to public enforcement. The American antitrust law contains several characteristics particular to antitrust law. These are for example *class action*, *contingency fees* and a *discovery-system* and they exist to encourage victims to sue for damages after an antitrust infringement. The antitrust law seems to have succeeded with bringing victims to the court. Damages actions are many and the damages can amount into sums of billion dollars. In my thesis I describe these characteristics in American antitrust law and try to analyze their negative and positive aspects. The experience in the USA will be linked together with the White paper to see if the EU can learn anything when developing harmonized rules for damages actions in the field of EC antitrust.

Sammanfattning

Det huvudsakliga syftet med uppsatsen har varit att analysera möjliga resultat av kommissionens vitbok om skadeståndstalan vid överträdelser av EG:s antitrustregler som publicerades i april 2008. Vitboken föreslår ett antal punkter som ska göra den privata övervakningen av konkurrensreglerna till ett effektivt komplement till den offentliga övervakningen. Bakgrunden till vitboken är bl.a. EG-domstolens avgörande i *Courage*-målet år 2001 där domstolen fastställde att enskilda parter har rätt till konkurrensrättsligt skadestånd. Sedan dess har den faktiska möjligheten att föra skadeståndsprocesser i medlemsstaterna uppmärksammats, studerats och resulterat först i en grönbok år 2005 och nu i den aktuella vitboken. Skillnaderna inom EU är många. Medlemsstaterna har olika system för att hantera bevisfrågor, vilken domstol som har jurisdiktion över målen, vem som har talerätt och möjligheten att föra grupptalan.

Konkret innebär vitboken att *alla* som lidit ekonomisk skada av ett konkurrensbegränsande beteende ska ha rätt till ersättning för *all skada*. Skadeståndsprocessen ska underlättas genom att fördelaktiga preskriptionstider införs, käranden ges möjlighet att föra grupptalan i två olika former, tidigare offentlighetsliga beslut ska ges bindande verkan i en senare skadeståndsprocess och både offensiv och defensiv övervältring accepteras.

För att besvara mina frågeställningar har en traditionell juridisk metod använts med ett ekonomiskt och ett komparativt perspektiv som komplement. Relevant EG-rätt och rättspraxis från EG-domstolen som lett fram till vitboken har studerats för att presentera vitboken i sitt rätta sammanhang. Uppsatsen har även fokuserat på att beskriva relevant amerikansk rätt på området. USA har fått representera det land där privat övervakning idag är ett effektivt komplement till offentlig övervakning. Amerikansk antitrustövervakning innehåller ett antal incitament som ska uppmuntra käranden att föra skadeståndsprocesser. Amerikansk lagstiftning ger käranden möjlighet till *class actions*, *contingency fees*, *discovery* m.m. Det är en underdrift att påstå att amerikansk lagstiftning i det flesta fall har lyckats med incitamenten. Skadeståndsprocesser i USA är många till antalet och beloppen som döms ut kan uppgå till miljarder dollar. I uppsatsen beskriver jag särskilt de särdrag som utmärker antitrustövervakningen och undersöker vilka för- och nackdelar som finns med dem. Erfarenheter från USA kopplas samman med kommissionens vitbok för att se i vilken utsträckning EU kan dra lärdom av amerikanska erfarenheter inom privat övervakning.

Förord

Innan jag sätter punkt för min studietid i Lund vill jag tacka de som har stöttat och trott på mig genom åren. Tack till mina största supporters – min familj. Tack för all kärlek och peppning. Tack till mina vänner som gjort stressen mindre, festligheterna festligare och åren i Lund till de bästa hittills.

Slutligen vill jag även rikta ett tack till min inspirerande handledare, Hans Henrik Lidgard.

Lina Persson
Malmö, november 2008

Förkortningar

AG	Generaladvokat
Ashurst-studien	Study on the Conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition rules: Comparative and Economic Reports
Dir.	Direktiv
DOJ	United States Department of Justice (DOJ)
EG	Europeiska Gemenskapen
EG-domstolen	Europeiska gemenskapernas domstol
EG-fördraget	Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapernas tidning
EKSG	Europeiska kol- och stålgemenskapen
EU	Europeiska unionen
FTC	Federal Trade Commission
Förordning 1/2003	Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget
Förordning 17/62	Rådets förordning (EG) nr 17/62 av den 21 februari 1962 om första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86
Kommissionen	Europeiska gemenskapens kommission
Vitboken	Vitbok om Skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler

1 Inledning

Businesses and consumers in Europe lose billions of Euros each and every year as a result of companies breaking EU antitrust rules. These people have a right to compensation through an effective system that complements public enforcement, whilst avoiding excessive burdens and abuses. Our White Paper is presenting concrete measures to help ensure that this right becomes a reality, and not just a theory.¹

Överpriser, oskäliga avtalsvillkor, kopplingsavtal - överträdelserna av EG:s konkurrenslagstiftning är många och sker på bekostnad av konkurrenter, konsumenter och samhället i stort. Konkurrensbegränsande beteenden minskar effektiviteten och produktiviteten på marknaden, priset styrs inte längre av vad konsumenten är villig att betala. På en konkurrenskraftig marknad har företag incitament att utveckla nya varor och pressa priserna på existerande produkter: konkurrenter, konsumenter och samhället drar alla nytta av en marknad med effektiv konkurrens.

Beloppen som är inblandade i konkurrensmål uppgår till enorma summor. Ett exempel från Frankrike belyser väl vilken ekonomisk skada en kartell kan åstadkomma på kort tid. En kartell som pågått mellan åren 2000 och 2002 inom mobiltelefonisektorn, beräknades ha gett uppkomst till en ekonomisk skada på mellan 295 och 590 miljoner euro.² Trots att det under lång tid har varit känt vilken påverkan konkurrensbegränsande beteende har på marknaden finns det små reella möjligheter inom EU att framgångsrikt kräva företag på skadestånd för den skada som de skadelidande lidit.

Av lojalitetsprincipen i artikel 10 EG följer att medlemsländerna är skyldiga att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att de rättigheter och skyldigheter som följer av EG-rätten fullgörs. I rättspraxis från EG-domstolen slogs tidigt principen om nationell processautonomi fast. Principen innebar att det var varje medlemsstats skyldighet, och inte EU:s uppgift, att skydda en person som drabbats av en överträdelse av EG-lagstiftningen.³ Vilka påföljder som ansågs lämpliga som sanktioner för överträdelserna lämnade EG-domstolen således över till staternas egen bedömning. Efter ett antal år ansåg EG-domstolen att medlemsstaterna inte fullgjorde sin skyldighet tillräckligt och vidareutvecklade därför kraven på medlemsstaterna i sin rättspraxis.

¹ Uttalat av Neelie Kroes, direktör för kommissionens direktorat med ansvar för konkurrensfrågor. Se

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/index.html> (2008-11-14)

² Commission Staff Working Paper accompanying the White paper on damages action for breach of EU antitrust rules, Impact assessment, Bryssel den 2 april 2008, SEC (2008) 405. (COM (2008) 165 slutlig), s. 11.

³ Craig, Paul och Gráinne De Búrca, G. "EU Law: Text, Cases and Material", 2008, s. 306f

Courage-målet⁴ som kom i september 2001 innebar att EG-domstolen för första gången tog ställning i frågan om möjlighet till horisontell ersättning vid överträdelser av EG-rätten. Domstolen slog fast att enskilda parter ska ha möjlighet att begära ersättning för den skada de lidit av överträdelser av konkurrensrätten i nationella domstolar, annars skulle ändamålet med konkurrensreglerna inte uppfyllas fullt ut.⁵

*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.*⁶

En person som lidit skada har idag möjlighet att gå till nationell domstol och kräva ersättning. Dock gör avsaknaden av harmoniserade regler att möjligheten att lyckas med en sådan talan ser mycket olika ut i EU:s medlemsländer. Vilket kan leda till olika behandling av skadedrabbade beroende på vilket land som är behörigt i målet.

I USA ser bilden annorlunda ut. Där finns sedan länge en utvecklad tradition av privat övervakning av antitrustlagstiftningen.⁷ Utvecklingen i USA studeras med särskilt intresse i det här arbetet, eftersom EU har möjlighet att ta lärdom av amerikansk antitrusträtts för- och nackdelar när EU nu utvecklar harmoniserade regler för en konkurrensrättslig skadeståndstalan.

1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med min uppsats är att undersöka vad den nya vitboken som lagts fram av kommissionen innebär för aktörer på den europeiska marknaden. Jag vill undersöka vilka för- och nackdelar det finns med de olika förslagen som berörs i vitboken. Eftersom USA är föregångare på området är jag även intresserad av att jämföra förslagen med den amerikanska konkurrenslagstiftningen och hur privat övervakning sker i USA.

Den första frågan som jag inledningsvis ställde mig var om privat övervakning av EG:s konkurrensregler överhuvudtaget behövs?

- Finns det ett behov av enhetliga regler för ett konkurrensrättsligt skadestånd inom EU?

⁴ Dom den 20 september 2001 i mål C-453/99, *Courage and Crehan*, REG 2001, s. I-6297

⁵ Ibid. p. 25-28

⁶ Ibid. p. 26

⁷ Antitrust kommer från det amerikanska fenomenet trust som utvecklades under 1800-talet och industrialismens snabba framfart. En trust var en snävare form av kartell där bolag gav sitt aktieinnehav till en styrelse (board of trustees) och tillbaka fick det deltagande bolaget ett motsvarande certifikat., se Jones, A. Clifford ”*Private Enforcement of Antitrust Law: In the EU, UK and US*”, 1999, s. 7

Därefter övergår jag till kommissionens vitbok och utgår från följande frågeställningar.

- Vilka resultat förväntas av vitboken?
- Är resultaten önskvärda - av vem? Vilka aktörer gynnas och vilka aktörer missgynnas? Leder förslagen till ett mer konkurrenskraftigt EU?

För att besvara huruvida resultaten av vitboken är önskvärda är det intressant att jämföra vitboken med amerikansk antitrusträtt och vilka metoder som används i USA inom privat övervakning. Följande frågor ska därför besvaras.

- Vilka skadeståndsmöjligheter inom antitrust finns i USA?
- Finns det andra möjligheter att utforma en skadeståndstalan vid överträdelse av konkurrensrätten inom EU?

1.2 Metod och Material

Mitt arbete utgår huvudsakligen från traditionell juridisk metod. Med det begreppet avser jag en analys av rätten genom att studera lagstiftning, förarbeten (i den mån det finns), rättsfall, officiella dokument från EU och doktrin på området. För att göra uppsatsen mer nyanserad har jag valt att använda mig en komparativ metod som komplement till den traditionella juridiska metoden. För att uppsatsen inte uteslutande ska vara en beskrivning av kommissionens vitbok och antagande om framtida resultat vill jag jämföra EG-rätten med den amerikanska antitrustlagstiftningen. Den amerikanska rätten är speciellt intressant att studera eftersom den har lång tradition av konkurrensrätt – *antitrust law*. Således är min andra metod en komparativ metod som är avgränsad till att avse möjligheten att föra skadeståndstalan vid konkurrensrättsliga överträdelser.

Jag har även valt att använda ett rättsekonomiskt perspektiv för att undersöka och kritisera förslagen som lagts fram i vitboken utifrån ett cost/benefit-resonemang. Jag vill undersöka om förslagen ökar den allokativa effektiviteten på marknaden, dvs. om välståndet i samhället kan tänkas öka med de nya reglerna.⁸ I det fall jag endast hade använt mig av en traditionell juridisk metod och en komparativ metod, hade jag ansett mig vara begränsad till att endast beskriva den gällande rätten på området. Mina frågeställningar går ut på att undersöka huruvida de nya reglerna främjar välstånd i Europa, varpå ekonomi är ett ämne som kompletterar juridiken. Genom att använda mig av rättsekonomi anser jag ha en större möjlighet att kritisera vitbokens förslag i den avslutande kommentaren till uppsatsen.

⁸ Allokativ effektivitet beskriver Dahlman som den brytpunkt där utbud och efterfrågan möts. Dahlman, Christian m.fl. "Rättsekonomi: en introduktion", 2005, s. 146

Till arbetet har material från kommissionen inhämtats från EU:s officiella hemsida. Av naturliga skäl har kommissionens *Vitbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler* varit speciellt viktig, dess medföljande *Commission Staff Working Document*, och även *Green Paper Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules* har flitigt använts. Rättsfall från EG-domstolen har hämtats från domstolens officiella hemsida. Relevant juridisk litteratur i form av juridiska artiklar har hämtats från Lunds Universitetsbiblioteks databas. Böcker har inhämtats från biblioteket vid Juridiska fakulteten och via fjärrlån från andra bibliotek i landet. För att hitta information om relevant amerikansk litteratur och lagstiftning har jag använt mig av olika juridiska databaser på Internet och Juridiska fakultetens bibliotek. Jag har även valt att använda mig av utdelat material från en gästföreläsning av Sven Norberg som gavs i Lund den 17:e mars 2008. Sven Norberg har lång erfarenhet inom svenskrätt och EG:s konkurrensrätt, exempelvis som direktör för kommissionens direktorat för konkurrensfrågor under tiden för utformandet av förordning 1/2003.

Vitboken översätter *private* och *public enforcement* till privat och offentlig *tillämpning*. I uppsatsen har jag valt att sluta mig till Wahls översättning, som jag anser bättre beskriver innebörden av begreppen. Således använder jag mig istället av begreppen *privat* och *offentlig övervakning*.⁹ När jag i uppsatsen använder mig av termerna innebär privat övervakning när enskilda parter utför övervakningen av konkurrensreglerna genom att de ges möjlighet att föra civilrättslig skadeståndstalan mot överträdelser. Dess motsats utgörs av offentlig övervakning där övervakningen sköts av myndigheter.

Slutligen ska tilläggas att jag har valt att skriva mitt arbete på svenska även om mina källor huvudsakligen är skrivna på engelska. Orsaken till valet är min förhoppning om att resultatet ska bli bättre, eftersom jag har använt mig av mitt modersmål. Användningen av engelskspråkiga källor har resulterat i att jag har valt att i vissa fall inte översätta engelska juridiska termer till svenska, för att termen inte ska förlora sin korrekta innebörd.

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen utgår från att läsaren har viss baskunskap om EU och den EG-rättsliga konkurrenslagstiftningen samt till viss del om det amerikanska rättssystemet. Bakgrundskapitlet kommer därför i huvudsak att innehålla en beskrivning av problemen som är upprinnelsen till vitboken.

Utgångspunkten för arbetet har varit att analysera den möjlighet till skadeståndstalan vid överträdelser av EG-rätten som ges i vitboken, ämnet

⁹ Se *Vitbok om Skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler*, 2008, SEK (2008) 404, 405. (KOM (2008) 165 slutlig), (fortsättningsvis kallad vitboken) s. 3 och Wahl, Nils ”Konkurrensskada – Skadeståndsansvar vid överträdelser av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen”, 2000, s. 17f

är speciellt aktuellt då det bara är några månader sedan vitboken publicerades. Under fördjupningsterminerna har jag uteslutande läst kurser inom EG-rätt. Min ursprungliga tanke var att knyta ihop min utbildning genom att återvända till svensk konkurrensrätt och jämföra nationella sanktionsmöjligheter med EG-rätten. Relativt snabbt insåg jag att skillnaderna mellan hur amerikanska lagstiftare och EU har hanterat problematiken historiskt sett är väldigt stora, och dessutom mer intressanta. Jag har därför uteslutit en närmare behandling av svensk konkurrensrätt eftersom den i största mån är en avspeglning av EG-rätten. Jag har istället valt att fokusera på den amerikanska rätten för att se om EU på något sätt kan dra nytta av erfarenheter av amerikansk övervakning av antitrusträtten.

1.4 Disposition

Arbetet inleds med ett bakgrundskapitel som beskriver den problematik som finns inom EU vid skadeståndsprocesser när överträdelser av konkurrensreglerna ägt rum.

I arbetets tredje kapitel beskrivs EG:s konkurrensrätt och även i korthet hur kommissionen utför den offentliga övervakningen. Kapitlet fortsätter med att beskriva privat övervakning och vilken funktion skadestånd har inom konkurrensrätten. Ersättningsmöjligheter mellan enskilda parter erkändes inte förrän i *Courage*-målet av EG-domstolen. Innan dess har enskilda varit hänvisade att vända sig med sina krav till medlemsstaterna. I kapitlet görs en genomgång av utvecklingen i rättspraxis från EG-domstolen som lett fram till vitboken. I kapitlet görs därefter en kortare jämförelse mellan privat övervakning inom EU:s medlemsländer, och kapitlet avslutas med en inblick i den debatt som pågått kring införandet av enhetliga regler och privat övervaknings vara eller icke vara.

I följande, fjärde kapitlet, beskriver jag vitboken. Vad förslagen innebär och dess för- och nackdelar. Jag vill även redogöra för hur debatten gått kring förslagen och beskriva ett alternativt skadeståndsförfarande till vitboken.

Därefter följer ett kapitel som beskriver amerikansk antitrusträtt och särskilt särdragen vid en skadeståndstalan vid brott mot antitrustlagarna. Eftersom antitrusträtten har utvecklats under lång tid börjar jag med att beskriva historien bakom utvecklingen och fortsätter sedan med en genomgång av aktuella rättsfall och tendenser inom amerikansk privat övervakning.

Analyskapitlet har jag valt att dela upp i tre underrubriker, inledningsvis svarar jag på frågan om privat övervakning behövs överhuvudtaget. Under andra underrubriken redogör jag för de resultat jag anser vara möjliga av förslagen i vitboken. Efter att ha gått igenom EG-rätten och amerikansk rätt fortsätter jag i tredje delen med att jämföra de båda systemen, för att belysa skillnader och redogöra för orsaker som jag funnit till dessa. Uppsatsen avslutas med en avslutande kommentar där jag lägger fram mina egna

åsikter om vitboken och tankar om hur framtiden kan komma att se ut för en konkurrensrättslig skadeståndstalan i EU.

2 Bakgrund

Det har funnits mängder av karteller i Europa genom historien och de har i en del medlemstater varit välkomnade och ansetts som något som låg i samhällets intresse. Med en tradition av karteller, en motvilja till både fri konkurrens och en integrerad europeisk marknad, har konkurrenslagstiftningen kämpat i motvind i Europa.¹⁰ Möjligheten till kompensation för offer har varit att gå till domstol och få felande företag dömda, men att få ersättning från skadegöraren har varit svårt och ibland omöjligt. En studie gjord av Ashurst på uppdrag av kommissionen visar att skadeståndsmöjligheterna inom konkurrensrätten är djupt underutvecklade inom unionen och att de processuella reglerna ser väldigt olika ut mellan medlemsstaterna. Studien har identifierat positiva effekter med att införa gemensamma regler inom EU för privat övervakning i form av bättre möjligheter till skadeståndstalan. De anser att för att minska rättsosäkerheten bör en skadeståndstalan inte införas genom *soft law*. Det finns ett starkt behov av att kodifiera förslagen i någon form av legalt dokument för att skapa en större rättsäkerhet och göra reglerna tydligare.¹¹

Kommissionen pekar på flera orsaker till att en effektiv tillämpning av konkurrensreglerna i fördraget inte fungerar tillfredsställande i dagsläget. Bland annat innehåller beräkningen av ersättning inom konkurrensrätten komplicerade ekonomiska analyser som skiljer sig från andra rättsområdens beräkningsmetoder. Vidare är viktiga bevis dolda hos svaranden och fördelningen av de rättsliga kostnaderna är oförmånliga för käranden.¹² Enligt kommissionen visar sig dessa särdrag hos medlemsstaterna i form av rättsliga och processuella hinder som i sig skapar rättsosäkerhet. När käranden gör en nytto- och riskkalkyl över chansen att lyckas med sitt ersättningskrav blir resultatet ofta att risken och kostnaden är alltför hög.¹³

Historiskt sett är EU:s konkurrensregler utformade med ett preventivt syfte, för att uppnå det uttalade gemenskapssyftet om ekonomisk effektivitet. Det har sagts att den allvarligaste gärningen i Europa inte är att begränsa konkurrensen utan att hindra utvecklingen av en gemensam europeisk marknad.¹⁴ Genom att konkurrensreglerna är skapade som förbudsartiklar (art. 81 och 82 EG) ska reglerna de facto ha en avskräckande effekt. Dock

¹⁰ Exempel på europeiska länder som accepterade karteller så sent som 1950-talet är Frankrike, Tyskland och Storbritannien. Jones, A. Clifford. ”*Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and US*”, 1999, s. 23f

¹¹ Waelbroeck, Denis m.fl., ”*Study on the conditions of claims of damages in case of infringement of EC competitions rules*”. Studie gjord på uppdrag av kommissionen av Ashurst, 2004, (fortsättningsvis kallad Ashurst-studien), s. 1

¹² Commission Staff Working Paper accompanying the White paper on damages action for breach of EU antitrust rules, Impact assessment, Bryssel den 2 april 2008, SEC (2008) 405. (COM (2008) 165 slutlig), s. 11

¹³ Vitboken s. 2

¹⁴ Jones, A. Clifford, ”*Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and US*”, 1999, s. 25f

uteblir den ekonomiska effektiviteten till viss del om det inte existerar en effektiv tillämpning och övervakning av reglerna. Huruvida övervakningen av reglernas effektivitet ska vara endast offentlig, endast privat eller en blandning av de båda, har varit och är föremål för diskussion.¹⁵

¹⁵Wahl, Nils. ”Konkurrensskada – Skadeståndsansvar vid överträdelser av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen”, 2000, s. 18

3 EG-rätt

Principen om processautonomi rådde under lång tid inom EU. Det var medlemsstaternas skyldighet att se till att EG-rätten tillämpades så att individers rättigheter skyddades på ett tillfredställande sätt. Nationella domstolar ansågs bäst kunna övervaka EG-rättens tillämpning eftersom de har den bästa kunskapen om de nationella processreglerna. Då alla medlemstater inte verkställde EG-rätten i den utsträckning som EU önskade så instiftade EG-domstolen två krav på nationell lagstiftning. Den nationella processkompetensen skulle balanseras mot principerna om ekvivalens (likvärdighet)¹⁶ och praktisk möjlighet.¹⁷ Principerna innebär att EG-rätten inte får diskrimineras i jämförelse med den nationella lagstiftningen och att nationell lagstiftning inte får innehålla villkor som gör det praktiskt omöjligt för individer att utöva sina rättigheter. Domstolen var tidigt försiktig med att tvinga medlemsstaterna till att införa påföljder som inte fanns i den nationella lagstiftningen, så länge det var praktiskt möjligt för individer att utöva sina rättigheter.¹⁸

Offer för brott mot EG-rätten sökte ursprungligen ersättning från staten. Med början under senare delen av 1970-talet kom det ett antal rättsfall som klargjorde rättsläget något när individer kan erhålla ersättning för skada på grund av överträdelser av EG-rätten. I *Sagulo*-målet fastställde domstolen att en påföljd ska vara proportionerlig till överträdelsen och att påföljden inte får motverka utövandet av EU:s fundamentala rättigheter.¹⁹ Så länge påföljden är effektiv, proportionerlig och avskräckande kan den t.o.m. vara hårdare än vad som föreskrivits i EG-rätten.²⁰ Ett av de mest banbrytande rättsfallen var *Francovich*-målet där EG-domstolen för första gången fastställde att medlemsstaterna har ett skadeståndsansvar gentemot dess invånare om de bryter mot EG-rätten.

3.1 EG:s konkurrensrätt

EG:s konkurrensrätt är ett rättsområde som har drag som skiljer sig från många andra harmoniserade rättsområden. EG:s konkurrensrätt tjänar historiskt offentliga intressen. Hur passar en skadeståndstalan mellan enskilda parter in i den bilden? Kan det inte räcka att den offentliga övervakningen skärps och att man ser till att den görs så effektiv som

¹⁶ Principen om likvärdighet kan sägas innebära att de länder som föreskriver konkurrensrättsligt skadestånd i nationell konkurrensrätt även ska ge de som lidit en ekonomisk skada av överträdelser av EG-rätten en likvärdig möjlighet.

¹⁷ *Practical possibility* har översatts till praktisk möjlighet av författaren och innebär att EG:s regler ska kunnas tillämpas i praktiken, hämtat från Craig, Paul och Gráinne De Búrca, ”*EU Law; Text, Cases and Material*”, fjärde upplagan, 2008, s. 307-309

¹⁸ Mål C-158/80 *Rewe-Handelsgesellschaft Nord s. Hauptzollant Kiel* [1981] ECR 1805, p. 44

¹⁹ Mål C-8/77 *Sagulo, Brence, och Bakhouché* [1977] ECR 1495, p. 12f

²⁰ Mål C-186/98 *Nunes and de Matos* [1999] ECR I-4883, p. 14

möjligt – eller, behövs privat övervakning som komplement trots konkurrensrättens ursprungssyfte? Konkurrensreglernas syfte kan problematiseras något och ges ett vidare syfte än att uteslutande se till det offentliga intresset. Ett sätt är att dela in syftet med EG:s konkurrensregler i tre kategorier där det första syftet är att maximera välfärden för konsumenter och optimera resursfördelningen i Europa genom att höja effektiviteten på marknaden. Det andra syftet med reglerna är att de ska värna om konsumenter och mindre företag. Slutligen ska reglerna verka för att möjliggöra en effektiv gemensam europeisk marknad.²¹

De EG-rättsliga konkurrensreglerna finns i artikel 81 och 82 EG. Det finns vare sig i primär eller i sekundär lagstiftning regler som berättigar till skadestånd vid överträdelse av artikel 81 och 82. Däremot har EG-domstolen i *BRT mot SABAM* fastslagit att artiklarna 81 och 82 EG har direkt effekt och därmed kan artiklarna användas av enskilda parter i nationella domstolar.²²

Sanktioner vid överträdelser av konkurrensreglerna kan utdelas av kommissionen under rådets förordning (EG) nr 1/2003²³ och artikel 81(3), eller av nationella myndigheter eller under nationell strafflagstiftning. Målet med övervakningen av konkurrensreglerna är att det ska ha en avskräckande effekt mot potentiella skadevällare och skydda konkurrenter och konsumenter mot skador från konkurrensbegränsande beteende.

Innan möjligheten till ersättning vid konkurrensöverträdelser presenteras är det först av intresse att i korthet redogöra för den offentliga övervakningen som sker av EG:s konkurrensrätt. Det finns kritiker som hävdar att offentlig övervakning är den form av övervakning som är den mest passande formen i den europeiska rättstraditionen och att det saknas ett behov av enhetliga regler för privat övervakning.²⁴ För att förstå och bemöta kritiken följer en redogörelse av offentlig övervakning.

3.2 Offentlig övervakning

Som klargjordes i det inledande kapitlet innebär offentlig övervakning det fall då kommissionen eller nationella myndigheter sköter övervakningen av EG:s konkurrensregler. Kommissionen har länge varit huvudaktören på området och den upplevde en allt mer tilltagande arbetsbörda under den tidigare förordningen nr 17/62, som reglerade tillämpningen av

²¹ Craig, Paul och Gráinne De Búrca ”EU Law: Text, Cases and Material”, fjärde upplagan, 2008, s. 950f

²² Mål C-127/73 *BRT mot SABAM*, [1974] ECR 51 p. 15, 18

²³ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (fortsättningsvis kallad förordning 1/2003).

²⁴ Se exv. Jacob Rüggeberg och Maarten Pieter Schinkels artikel ”*Consolidating antitrust damages in Europe: A proposal for standing of in line with efficient private enforcement*”, *World Competition*, vol. 29(3), 2006.

konkurrensreglerna. I samband med ikraftträdandet av förordning 1/2003, vilken beskrivs mer i detalj under kap. 3.4.2, har kommissionen inte längre monopol på övervakningen av artikel 81 EG. Arbetsbördan förväntas minska när övervakningen decentraliseras till de enskilda medlemsstaterna. Kommissionen har numera möjlighet att inrikta sig på de allvarligaste överträdelserna och överlåta övervakning av mindre allvarliga företagsfel till nationella domstolar och myndigheter.

Förordning 1/2003 ger kommissionen olika tillvägagångssätt för att upprätthålla en effektiv övervakning av EG:s konkurrensregler. Kommissionen kan på två sätt erhålla information om överträdelser som kan initiera en process. Informationen kan komma till kommissionens kännedom genom egna utredningar eller inspektioner, eller genom att individuella klagomål skickas in till kommissionen.²⁵

I samband med en utredning kan kommissionen begära in upplysning om all nödvändig information i en begäran eller i ett beslut. I förfrågan ska kommissionen uppge på vilken rättslig grund beslutet är baserat, vilken information som efterfrågas, vilken tidfrist som gäller och att påföljd kan bli aktuell vid det fall att företaget inte samarbetar och lämnar den begärda informationen. Artikel 23 i förordningen exemplifierar i vilka situationer kommissionen kan döma företag som inte följt kraven till böter, exv. kan det ske då oriktiga eller vilseledande uppgifter har lämnats. Under artikel 24 kan kommissionen istället för böter döma ut viten per dag om beslutet inte efterföljs. Det åligger även medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och regeringar att lämna ut information till kommissionen och att assistera och samarbeta med kommissionen vid företagsinspektioner.

Arbetstagare och företagsledning kan frivilligt eller under tvång lämna upplysningar om företaget till kommissionen. Kommissionen ska endast företa utredningar på jakt efter nödvändig information. I samband med en sådan utredning kan intressekonflikter uppstå: å ena sidan har en enskild individ rätt till tystnad och å andra sidan är denna skyldig att svara på kommissionens frågor.²⁶

Vid särskilda omständigheter kan även lokaler som inte tillhör företaget bli föremål för inspektion, exempelvis anställdas eller chefers bostäder, eller lokaler på annans mark. Beslutet har då föregåtts av en mer omfattande beslutsprocess eftersom det är ett intrång av allvarligare karaktär som ska vara proportionerligt till ändamålet med inspektionen.²⁷

Vid en befarad överträdelse av konkurrensreglerna som innebär särskilt stor skada för konkurrensen kan kommissionen i brådskande fall besluta om interimistiska åtgärder.

²⁵ art. 7(1) förordning 1/2003

²⁶ Ibid. se art. 18(2), art. 18(3), art. 18(4), art. 20(4) och art. 27

²⁷ Ibid. art. 21

Artikel 8, rådets förordning (EG) nr 1/2003:

Interimistiska åtgärder

*1. I fall som är brådskande på grund av att konkurrensen riskerar att lida **allvarlig och irreparabel skada**, får kommissionen på eget initiativ och på grundval av att en överträdelse vid första påseende kan konstateras, genom beslut förordna om interimistiska åtgärder.*

2. Ett beslut enligt punkt 1 skall gälla för en bestämd tid och får förnyas i den mån detta är nödvändigt och lämpligt.

Vid en konstaterad överträdelse kan kommissionen besluta att företaget eller sammanslutningen av företag ska upphöra med det konkurrensbegränsande beteendet. Artikel 7 i förordning 1/2003 ger kommissionen befogenhet att besluta om beteendeåtgärder eller strukturella åtgärder för de aktuella företagen, där beteendeåtgärder tydligt förespråkas. Strukturella åtgärder ska endast aktualiseras i det fall det saknas beteendeåtgärder eller då de strukturella åtgärderna bedöms som mindre betungande för företaget.

Slutligen kan det nämnas att de som anses berörda av ett avgörande kan få dess laglighet prövad i EG-domstolen enligt artikel 230 EG. Konkurrenter, konsumenter och andra intresseorganisationer faller under artikel 230(4) EG och betraktas som icke-priviligerade sökanden i en sådan process. Därför är det som icke-priviligerad sökanden svårt, om inte omöjligt, att få talerätt i en process.²⁸

3.3 Privat övervakning

3.3.1 Skadeståndets funktion

Skadeståndet kan sägas ha två huvudsakliga funktioner. Den första, och mest accepterade, är en reparativ eller kompensatorisk funktion som innebär att de som lidit skada av det konkurrensbegränsande beteendet ska kompenseras för de skador de lidit. Den europeiska synen på skadestånd överensstämmer i mångt och mycket med denna syn på kompensation. Det andra syftet som skadestånd anses ha är en preventiv funktion. Skadeståndet fungerar som en avskräckande faktor på företag som överväger att företa konkurrensbegränsande beteende på marknaden. Amerikansk privat övervakning av antitruststrätten är mer inriktad på den preventiva funktionen vilket bl.a. resulterar i att stora skadestånd döms ut.²⁹

²⁸ Se vidare rättsfall beträffande kravet på "Individual concern" med start i Plaumann-testet och senare avgöranden från EG-domstolen i Jego-Quere. Mål C-25/62 *Plaumann & Co v. Commission* och mål C-263/02 P *Commission v. Jégó-Quééré* [2004] ECR I 3425.

²⁹ Jones, A. C., "Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and US", 1999, s. 179 och Vitboken s. 8f

Wahl argumenterar mot en uppdelning av skadeståndets funktion i ett preventivt och ett reparativt syfte, vilket han menar är en föråldrad syn på skadeståndet inom konkurrensrätten. Han anser att skadeståndet aldrig kan ges en renodlad preventiv funktion eftersom ”ingen idag existerande modell av skadestånd inom konkurrensrätten förmår ersätta samhället för den förlust i allokerings effektivitet som alltid blir följden av en konkurrensbegränsning”.³⁰ Inte heller den reparativa funktionen anser Wahl fungera fullt med ett konkurrensrättsligt skadestånd, alla skador blir inte ersatta.³¹ Dock utgår jag fortsättningsvis från att ett konkurrensrättsligt skadestånd generellt sett både har en reparativ och en preventiv funktion i samband med övervakning av konkurrensreglerna, även om Wahls argument i sig kan anses övertygande.

Vilken nivå på skadeståndet som krävs för att det ska producera en avskräckande effekt är svårt att spekulera i. Wahl anser att inte alla skador ska ersättas eftersom det skulle leda till en överprevention som inte gynnar samhället. Det intressanta är istället att definiera vilken konkurrensskada som är värd att ersätta. Flera synsätt är möjliga; skadeståndet kan omfatta den direkta ekonomiska skada som skadelidande lidit, eller även inkludera indirekt ekonomisk skada exv. utebliven vinst. En annan definition av konkurrensskada utgår istället från den ekonomiska effekten som det konkurrensbegränsande beteendet har skapat på marknaden.³²

Ökade incitament till skadeståndsprocesser kan leda till att konkurrensbegränsande verksamhet som myndigheter har svårigheter att upptäcka kommer fram i ljuset. Det kan även hävdas att det ökar medvetandet och stödet för konkurrensreglerna hos aktörer på marknaden.³³

3.3.2 Den tidiga utvecklingen

Någon uttrycklig rätt att föra skadeståndstalan mot överträdelser finns inte i gemenskapslagstiftningen. Istället får EG-domstolens rättspraxis analyseras för att ge en bättre förståelse för utvecklingen som lett fram till utformandet av vitboken.

Vikten av att medlemsstaterna följer effektivitetsprincipen underströks av EG-domstolen i *Factortame I*-målet. Avgörandet innebar att staterna i princip måste införa nya påföljder ifall det uppkommer nya rättsliga situationer när EG-rätten ges företräde framför nationell rätt. Avgörandet innebar att det gamla rättsfallet *Rewe-Handelsgesellschaft Nords*.

³⁰ Wahl, Nils. ”Konkurrensskada – Skadeståndsansvar vid överträdelser av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen”, 2000, s. 32

³¹ Ibid. s. 31f

³² Ibid.

³³ Rüggeberg, Jacob och Maarten Pieter Schinkel, ”Consolidating Antitrust Damages in Europe: A proposal for Standing in Line with Efficient Private Enforcement”, World Competition, vol. 29(3), 2006 s. 396

*Hauptzollamt Kiel*³⁴ som stod för motsatt inställning, revs upp. Efter ett flertal fall där hårdare krav ställdes på effektiva påföljder av medlemsstaterna så avgjorde domstolen rättsfall till de skadelidandes nackdel.

Ett viktigt rättsfall var därför *Francovich*-målet där EG-domstolen erkände att medlemsstaterna kunde hållas ansvariga som stat när de misslyckats med att tillämpa EG-rätten.

3.3.2.1 Francovich-målet

I korta drag handlade målet om Andrea Francovich som tillsammans med flera andra stämde den italienska staten för att inte ha implementerat direktiv 80/987 inom utsatt tid. Kärandena var italienska arbetstagare som varit anställda vid företag som inte betalat ut löner till sina anställda. Direktivet, som skulle ha varit implementerat innan oktober 1983, innebar att italienska staten har en skyldighet att skydda arbetare om deras arbetsgivare går i konkurs, exempelvis genom att betala ut inestående löneanspråk. Italien hade sedan tidigare fällts av EG-domstolen p.g.a. förseningen i mål *C-22/87 Kommissionen mot Italien*. Eftersom Italien inte hade implementerat direktivet krävde Francovich att italienska staten skulle betala ut den garanterade lönen eller alternativt skadestånd.

Italienska domstolen skickade frågor för tolkning av EG-fördraget till EG-domstolen för ett förhandsbesked under artikel 177 i EG-fördraget (numera artikel 234 EG). Den viktiga frågan som domstolen hade att ta ställning till var om en privatperson kan kräva staten på skadestånd i det fall då medlemsstaten har misslyckats med att implementera ett direktiv inom utsatt tid. Domstolen delade upp frågan i två delar. Först berörde domstolen artiklarna i direktivet som gällde arbetstagares rättigheter. Om de hade direkt effekt kunde det innebära att staten var skyldig att betala ut garantiersättning. I den delen svarade EG-domstolen att även om artiklarna var tillräckligt klara och ovillkorliga så har de inte direkt effekt eftersom de inte klargjorde vem som var betalningsansvarig. En privatperson kunde därför inte kräva lönegarantin baserat på artiklarnas direkta effekt.³⁵ Den andra delen, som är av mer intresse för detta arbete, är hur långt statens ersättningsansvar gentemot enskilda individer sträcker sig. Domstolen inledde med att fastställa att gemenskapens rättssystem riktar sig även till enskilda individer och ger dem så väl rättigheter som skyldigheter. Om inte individer ges en rättighet att kräva ersättning från medlemsstaten skulle fördraget förlora mycket av sin effektivitet. Därför anses rätten till ersättning som något inneboende i fördraget med hänvisning till bl.a. lojalitetsskyldigheten i artikel 5 EG-fördraget (numera artikel 10 EG);

³⁴ Mål C-158/80 *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH och Rewe-Markt Steffen mot Hauptzollamt Kiel*. I målet fastställde domstolen uttryckligen att unionen inte kräver att staterna instiftar nya påföljder för genomförandet av EG-rätten

³⁵ Mål C-6 & 9/90 *Francovich och Bonifaci mot Italien*, [1991], ECR 1991 s. 5537, p. 26f

Medlemsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av detta fördrag eller av åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner. Medlemsstaterna skall underlätta att gemenskapens uppgifter fullgörs. De skall avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås.

Rätten till ersättning är inte ovillkorlig. Domstolen ställde upp tre kriterier för att staten ska kunna hållas ansvarig. Direktivet måste (i) ge en individ rättigheter, det ska (ii) vara möjligt att identifiera innehållet i rättigheten utifrån bestämmelsen i direktivet samt att det ska (iii) finnas en kausal kedja mellan statens misslyckande och individens skada.³⁶

Fallet var det första som fastställde att medlemsstaterna har ett skadeståndsansvar, baserat på EG-rätten, gentemot privatpersoner när de misslyckats med att uppfylla EG-rätten. En ytterligare konsekvens av att skadeståndstalan kan baseras på EG-rätt kan vara att en medlemsstat som inte tillgodoser en effektiv övervakning kan hållas ansvarig under artikel 10 EG. En rad frågor uppkom i efterverkningarna av fallet. Det var fortfarande oklart om ansvaret var begränsat till arbetsrätten, om det krävdes oaktsamhet av medlemsstaten eller om ansvaret inträdde endast vid icke implementerade direktiv efter utslag i EG-domstolen.³⁷

3.3.2.2 Banks-målet

*Banks-målet*³⁸ rörde möjligheten för privatpersoner att kräva skadestånd. Till skillnad från *Francovich*, som gällde vertikal direkt effekt, handlar *Banks* om relationen mellan två privata aktörer. Detta kallas av praktiker för horisontell direkt effekt. Storbritannien skickade frågor till EG-domstolen för ett förhandsavgörande. I målet stämde kolföretaget *Banks* det före detta statliga företaget *British Coal* för konkurrensbegränsande beteende genom oskäliga royaltys i licensavtal för utvinning av kol.³⁹ Förhandsavgörandet gällde tolkning av artiklar i fördraget om Europeiska kol och stålgemenskapen (EKSG) och EG-fördraget.

EG-domstolen fick frågan om nationell domstol kan döma ut skadestånd vid överträdelse av EKSG:s konkurrensregler. Frågan lämnades obesvarad eftersom EG-domstolen ansåg att de i målet aktuella artiklarna saknade direkt effekt. Artiklarna låg inom kommissionens kompetensområde och gav inte individer några rättigheter. Således behövde EG-domstolen inte gå vidare och besvara frågan huruvida skadestånd kan dömas ut vid en överträdelse.⁴⁰ EG-domstolen tog inte ställning i den viktiga frågan om horisontell direkt effekt, men generaladvokatens yttrande är intressant eftersom det pekar på en utveckling mot horisontell direkt effekt.

³⁶ Ibid. p. 31-40

³⁷ Wahl, Nils ”Konkurrensskada – Skadeståndsansvar vid överträdelser av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen”, 2000, s. 66, 84f

³⁸ Mål C-128/92 *Banks & Co. Ltd mot The British Coal Corporation*, [1994], ECR I-1209

³⁹ Ibid. p. 7

⁴⁰ Ibid. p. 15-21

Generaladvokat Van Gerven utgår från att artiklarna har direkt effekt och att dess tolkning är betydelsefull även för EG-fördragets konkurrensregler.⁴¹ Baserat på konkurrensreglernas direkta effekt menar han att det finns en rätt till EG-rättsligt skadestånd. Han argumenterar för en horisontell direkt effekt genom att hänvisa till bl.a. paragraf 37 i *Francovich*-målet vilken säger:

[...] *it is a principle of Community law that the Member States are obliged to make good loss and damage caused to individuals by breaches of Community law for which they can be held responsible.*

Eftersom *Francovich*-doktrinen har sitt ursprung i fördragets systematik och i EU:s fundamentala principer, finns där även en ersättningsskyldighet mellan enskilda parter grundad på EG-rätten. Individer som drabbas av en överträdelse av fördraget måste ges ett fullgott skydd så att EG-rättens effektivitet upprätthålls.⁴² Vidare fortsätter generaladvokaten med att utveckla de tre grunderna för en skadeståndstalan, nämligen förekomsten av skada, den kausala kedja mellan skadan och det påstådda agerandet och huruvida agerandet är att bedöma så som olagligt.

Angående det första kriteriet ska käranden bevisa skadan med konkreta fakta, det får inte röra sig om spekulativa skador. Domstolen ska göra en skälighetsbedömning av skadan. Beräkningen av skadan ska utgå från den faktiska förlusten och i beaktande ska tas om någon övervältring har skett och om käranden har begränsat skadan i den mån det är möjligt. Kravet på en kausalkedja har inte uttryckligen definierats i EG-domstolens rättspraxis men generaladvokaten menar att det krävs en direkt kausal koppling, *direct causal connection*. Till sist anses agerandet vara olagligt när det kan konstateras att en överträdelse av konkurrensreglerna har skett. För att bedömas som olagligt krävs det inte någon form av culpa eller ”tillräckligt allvarlig” överträdelse av artiklarna. Med hänvisning till *Dekker*-målet menar generaladvokaten att konkurrensreglernas starka skyddsintresse (hindra en snedvridning av konkurrensen och konkurrensfriheten för företag) gör att de inte kan vara beroende av krav på culpa.⁴³

3.3.2.3 Brasserie de Pêcheurs-målet

Några år senare kom det förenade målet *Brasserie de Pêcheurs*⁴⁴ som klaggjorde några av de frågor som uppstått i samband med *Francovich*-målet. Målet handlade om franska ölproducenter som inte fick sälja öl i Tyskland eftersom ölen inte uppfyllde gamla tyska regler om renlighet. EG-domstolen underkände den tyska lagstiftningen eftersom den stred mot EG-

⁴¹ Generaladvokat Van Gervens yttrande, mål C-128/92 *Banks*, 1993-10-27, ECR 1994 s. I-01209, p. 36

⁴² *Ibid.* p. 40-43

⁴³ *Ibid.* p. 51ff

⁴⁴ Mål C-46/93 & 48/93 *Brasserie de Pêcheurs SA mot Tyskland, ex parte Factortame Ltd* [1996] ECR I-1029

fördraget och dess artikel om likabehandling. Ölproducenterna krävde att Tyskland skulle betala ersättning för den skada och förlust producenterna lidit då de hindrats att sälja fransk öl i Tyskland. Frågorna tysk domstol ställde till EG-domstolen för ett förhandsavgörande, var om staten kan bli ansvarig vid överträdelse av primär lagstiftning och om ansvaret är villkorat till de fall skuld kan visas.

EG-domstolen fastställde att medlemsstaternas ansvar gentemot enskilda parter även innefattar brott mot fördraget och dess artiklar med direkt effekt. För ansvar krävs även att de tre villkoren från *Francovich*-målet är uppfyllda, domstolen preciserar det andra villkoret något då överträdelsen ska vara *sufficiently serious* för ansvar. Sammanfattningsvis kan fallet sägas innebära en vidareutveckling av *Francovich*-målet. I och med *Brasserie de Pêcheurs* fastställde domstolen att ansvaret inte är begränsat till icke-implementerade direktiv utan även avser andra regler med direkt effekt. Vad gäller kravet på skuld av medlemsstaten svarade domstolen att ingen skuld behövs, utöver det att överträdelsen anses vara ”tillräckligt allvarlig”. Ersättningsansvaret kräver inte att det föregås av en fällande dom i EG-domstolen, det skulle enligt domstolen urholka EG-rättens effektivitet.⁴⁵

3.3.3 Den senare utvecklingen

Lissabon-strategin, som togs i kraft av Europarådet i mars 2000, har som policy att göra EU till den mest konkurrenskraftiga ekonomin i världen och uppnå full sysselsättning till 2010. Policyn delas in i en social och en ekonomisk dimension. Inom den ekonomiska delen ska Unionen förvandlas till en konkurrenskraftig, dynamisk och kunskapsbaserad ekonomi.⁴⁶ Agendan genomsyrar arbetet inom Unionen och även förordning nr 1/2003 som ämnar modernisera konkurrensrätten. Tillsammans med *Courage*-målet, där EG-domstolen för första gången erkände en rätt till konkurrensrättslig skadeståndstalan, har förordning nr 1/2003 inneburit en modernisering av konkurrensrätten.

3.3.3.1 Courage-målet

Courage-målet är av avsevärd betydelse för möjligheten till konkurrensrättsligt skadestånd och konkurrensreglernas horisontella direkta effekt.

Fallet rörde ölförsäljning och parterna i målet var Englands största tillverkare av öl, *Courage*, och motparten var *Crehan*, en lokal pubägare. *Courage* och ett annat företag, *Grand Metro*, ägde 50 procent var i företaget *IEL*, som hade hand om pubar runt om i England. Av *IEL* leasade *Crehan* en

⁴⁵ Ibid. p. 75-80. Vad ”*sufficiently serious*” innebär behandlade domstolen i samma mål, p. 55, där den förklarade att i det fall medlemsstaterna uttryckligen och allvarligt har bortsett från omfattning av deras bestämmanderätt så är det att anse som tillräckligt allvarligt.

⁴⁶ Craig, Paul och Gráinne De Búrca, ”*EU Law: Text, Cases and Material*”, fjärde upplagan, 2008, s. 150f

pub och till det 20-åriga leasingavtalet blev han även bunden av ett kopplingsavtal att köpa all öl under den tiden från Courage, till ett fast pris och till en fastställd kvantitet. Priset på ölen var avsevärt högre än det pris som Courage sålde öl till andra pubar i England. Det höga priset ledde till att Crehan inte kunde konkurrera med andra pubar och klarade därför inte av att betala fakturorna för ölpartierna till Courage. Courage stämde Crehan att betala 15 266 GBP varvid Crehan genstämde Courage på skadestånd för brott mot artikel 81 EG på grund av kopplingsavtalet. Engelska Court of Appeal skickade frågor för ett förhandsavgörande till EG-domstolen. Den viktiga frågan var om en part till ett olagligt avtal kan kräva skadestånd från den andra parten, något som stred mot den engelska lagstiftningen. Engelska domstolen frågade även om skyddsobjektet med konkurrenslagstiftningen var parter till avtal och inte som ett tidigare fall fastställt, endast tredje part så som konkurrenter eller konsumenter. Court of Appeal refererade även till ett amerikanskt rättsfall som gav en ekonomisk svagare part till ett konkurrensbegränsande avtal rätt till skadestånd.

Som fastställts i tidigare avgöranden började EG-domstolen med att framhålla att EG-rätten är ett eget rättssystem som ska integreras i de nationella lagstiftningarna. Inte endast staterna ska förstås som föremål för fördraget, fördraget riktar sig även till medborgarna i medlemsstaterna. Fördraget ger således individer både skyldigheter och rättigheter.⁴⁷ Domstolen fortsatte med att konstatera att artikel 81 EG har direkt effekt och att individer därför har möjlighet att stämna den som begått brott mot konkurrenslagarna i nationell domstol, även så som part till ett kontrakt som begränsar konkurrensen. I den ofta citerade paragraf 26 i avgörandet, inför EG-domstolen en möjlighet för enskilda parter att kräva skadestånd;

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.

Möjligheten att kräva skadestånd för den skada som lidits av en kontrakterande part blir aktuell eftersom EG-rätten annars inte skulle nå full effektivitet och i praktiken inte skulle kunna efterföljas effektivt. Eftersom EG-rätten saknar en sådan rättighet för parter till konkurrensbegränsande avtal att kräva skadestånd så anser EG-domstolen att det är upp till de nationella domstolarna att vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de skyldigheter som följer av fördraget uppfylls. Domstolen motsätter sig inte en rätt till skadestånd för parter till konkurrensbegränsande avtal. Vid en bedömning bör nationella domstolar speciellt se till det totala ekonomiska och rättsliga sammanhanget, om parten är i en avsevärt svagare position än den andra och om hans möjlighet att förhandla om avtalsvillkoren har varit begränsade eller inte.⁴⁸

⁴⁷ Domstolen refererar till rättsfallet C-26/62 *Van Gend & Loos*, från 1963 och stycke IIB.

⁴⁸ Mål C-453/99 *Courage and Crehan*, [2001], REG 2001 s. I-6297, p. 32-35

EG-domstolen har bekräftat vikten av privat övervakning för att EG-rätten effektivt ska upprätthållas i de senare *Munoz* och *Manfredi*-avgörandena.⁴⁹

3.3.3.2 Förordning 1/2003

Kommissionens möjligheter att döma ut böter och förelägga vite vid överträdelse reglerades tidigare av rådets förordning (EG) nr 17/62 första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86. Utformandet av förordning 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artikel 81 och 82, gjordes för att modernisera konkurrensreglerna och möta de nya krav som ställts på unionen i samband med utvidgningen av EU år 2004.⁵⁰ Genom införandet har det skett en decentralisering av övervakningen till nationella myndigheter, vilka ges samma möjligheter att övervaka EG:s konkurrensregler som kommissionen.⁵¹ Kommissionens exklusiva ställning har därmed försvunnit, och dess arbetsbörda har minskat då den löpande granskningen istället ska skötas av medlemsländerna. I arbetet för att modernisera tillämpningen av konkurrensreglerna poängteras att samarbete och informationsutbyte mellan kommissionen och medlemsländerna samt mellan varje medlemsstat, är viktigt för en effektiv övervakning.

Norberg har pekat ut de sex viktigaste förändringarna som han anser att förordning 1/2003 har inneburit.⁵²

- Det har skett en genomgripande omarbetning av rådets förordning (EG) nr 17/62, som ersätts av rådets förordning (EG) nr 1/2003
- Numera finns det ett tvång för nationella domstolar att tillämpa EG:s konkurrensregler
- Kommissionens monopol på tillämpning av artikel 81(3) har försvunnit
- Artikel 81 och 82 EG blir direkt tillämpliga för medlemsstaternas myndigheter och domstolar
- Förordningen innebär att systemet för förhandsbesked avskaffas
- Ett särskilt nätverk, *European Competition Network*, instiftas för att underlätta samarbetet mellan medlemsstaterna och kommissionen.

Woods ser ytterligare förändringar som moderniseringen leder till. Enligt honom innebär förordningen minskad byråkrati inom företag eftersom de

⁴⁹ Mål C-253/00 *Antonio Munoz y Cia, Superior Fruiticola SA v. Frumar Ltd, Redbridge Produce Marketing Ltd.*, [2002] ECR I-7289, och förenade målen C-295–298/04, *Manfredi*, [2006], REG 2006, s. I-6619

⁵⁰ Förordning 1/2003, ingressen första skälet: ”Mot bakgrund av de erfarenheter som gjorts bör emellertid denna förordning nu ersättas med lagstiftning som är anpassad till de utmaningar som marknadsintegreringen och den framtida utvidgningen av gemenskapen medför.”

⁵¹ Se *Ibid.* artiklarna 4 och 5 samt inledningen för kommissionens och nationella myndigheters behörighet.

⁵² Föreläsning av Sven Norberg ”*Some practical aspects of the procedure before the European Commission in articles 81-82 cases under Regulation 1/2003*”, Lund 17:e Mars 2008 (tillgänglig hos författaren).

slipper processen kring förhandsbeskeden; kommissionen kommer nu att ha bättre möjligheter att fokusera på de allvarligaste överträdelserna; nationella domstolar ges bättre förutsättningar att döma i konkurrensfall eftersom förordningen ger en enhetlig bedömning av konkurrensbegränsande avtal.⁵³

I artikel 23 och 24 regleras under vilka omständigheter kommissionen kan döma ut böter och vite. I artiklarna nämns inte uttryckligen någon möjlighet till civilrättsligt skadestånd. Likväl kan det läsas i ingressen, sjunde skälet, att de nationella domstolarna förslagsvis kan döma ut skadestånd.

Nationella domstolar fyller en mycket viktig funktion vid tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler. De skyddar medborgarnas rättigheter enligt gemenskapsrätten genom att avgöra tvister mellan enskilda, till exempel genom att utdöma skadestånd till dem som utsatts för överträdelser. De nationella domstolarna kompletterar i detta hänseende medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. De bör därför kunna tillämpa artiklarna 81 och 82 i fördraget fullt ut.

Förutom ovanstående citat ska även decentraliseringen av artikel 81 EG ses som ett uttryck för en positiv inställning till privat övervakning av kommissionen. Genom decentraliseringen tas ett av hindrena mot privat övervakning bort. Förhoppningen om att förordningen skulle skapa en bättre möjlighet för enskilda parter att vända sig till nationell domstol hade ännu inte infriats när Ashurst gjorde sin komparativa studie 2004. Så som kommer beskrivas ytterligare nedan beskrevs möjligheten då som djupt underutvecklad.⁵⁴

Rättsläget innan förslagen i vitboken lades fram kan sammanfattas enligt följande. Det finns enligt rättspraxis en begränsad möjlighet för individer att föra skadeståndstalan baserat på EG-rätt vid brott mot EG:s konkurrensregler. Det finns förespråkare inom kommissionen⁵⁵ och i förordning 1/2003 som menar att nationella domstolar kan applicera nationella påföljder, så som skadestånd, när EG:s konkurrensregler tillämpas nationellt. Detta indirekta sätt att föra skadeståndstalan har kritiserats i doktrin för att leda till rättslig osäkerhet.⁵⁶ Den rättsliga osäkerheten och andra problem kommer att redogöras för i följande kapitel där skillnaderna mellan medlemsstaternas övervakning av EG:s konkurrensregler belyses.

⁵³ Woods, Donnacadh, "Private Enforcement of Antitrust Rules: Modernization of the EU Rules and the Road Ahead", Loyola Consumer Law Review, vol. 16:4, 2004, s. 432f

⁵⁴ Woods, Donnacadh m.fl. "Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead", Competition Policy Newsletter, 2004:2, s. 31

⁵⁵ Kommissionen uttalade sig positivt till att nationella domstolar dömer ut skadestånd till enskilda parter i "Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget", s. 46

⁵⁶ Lidgard, Hans Henrik och Henrik Norinder, "Competition Classics, Material and Cases on European Competition Law and Practices", 2008, s. 389, 409-412, 417.

3.3.4 Privat övervakning i medlemsländerna

Historiskt sett har inte många framgångsrika skadeståndsmål prövats inom EU:s medlemsländer. Framtill dess att Ashurst publicerade sin komparativa studie på området år 2004, hade endast ett 60-tal mål prövats i domstol, varav endast 12 stycken var baserade på EG-rätt. Författarna till studien drog slutsatsen att skillnaderna mellan medlemsstaternas angreppssätt på problemet är väldigt olika och EU ansågs vara avsevärt underutvecklat inom rätten till privat övervakning i jämförelse med USA. Italien är ett dystert exempel inom EU, fram till 2004 hade ännu inget skadestånd dömts ut baserat på överträdelser av EG:s konkurrensrätt. Frankrike däremot är det land inom EU som har haft flest mål som resulterat i utdömda skadestånd. Redan 1996 dömdes Peugeot till 245 000 euro i skadestånd efter brott mot artikel 81 EG.⁵⁷ Noteras kan att bakom de låga siffrorna som Ashurst-studien visar kan det finnas ett stort mörkertal avseende de processer som förlikas utanför domstolssystemet.

Ashurst-studien pekade på ett antal problemområden där skillnader finns och lade fram förslag till kommissionen med tänkbara åtgärder.⁵⁸ Jag har valt att redogöra för tre problemområden som jag anser är intressanta bl.a. för presentationen av vitboken.

3.3.4.1 Kompetent domstol

Möjligheten till att föra en skadeståndstalan vid överträdelser av konkurrenslagstiftningen ser mycket olika ut inom EU. Det finns stora skillnader mellan länderna beträffande vilken nationell domstol som är kompetent i konkurrensrätt. Generellt har medlemsstaterna inte specialdomstolar eller särskilda regelverk för skadeståndstalan baserat på EG-rätten. På Malta och i Spanien är det i vissa mål den nationella konkurrensmyndigheten som först måste avgöra konkurrensrätt för att de senare ska tas upp i domstol, medan systemet som finns att hitta i Storbritannien är väldigt olik, där finns särskilda specialdomstolar inrättade för konkurrensrätt. Gemensamma drag inom medlemsstaterna är att konkurrensrätt sker endast i vissa domstolar – domstolar med specialiserade domare, eller med expertpaneler.⁵⁹

Studien som gjordes av Ashurst pekar på tre problem som uppstår med olika domstolssystem.

⁵⁷ Woods, Donnacadh m.fl. ”Private enforcement of Community competition law:

Modernisation and the road ahead”, EC Competition Policy Newsletter, vol. 2, 2004, s. 33

⁵⁸Waelbroeck, Denis m.fl., ”Study on the conditions of claims of damages in case of infringement of EC competition rules”. Studie gjord på uppdrag av kommissionen av Ashurst, 2004, s. 9f

⁵⁹ Ibid. s. 1f. Noteras kan även att domstolen i Storbritannien, the Competition Appeal Tribunal, instiftades 2002 och har hand om överklagande från bl.a. konkurrensmyndigheten (Office of fair trading). Domstolens beslut kan överklagas till Court of Appeals.

1. Olika domstolar i samma land kan vara kompetent forum, beroende på om målen baseras på nationell rätt eller EG-rätt.
2. Den kompetenta domstolen som dömer i målet kan sakna spetskompetens inom området.
3. Ovanstående två problem kan var för sig leda till en oönskad rättsosäkerhet för parterna i en skadeståndstalan.⁶⁰

3.3.4.2 Grupptalan

De flesta medlemsländer har varianter av kollektiv- eller grupptalan. I Belgien och Frankrike finns *representation action*, vilket innebär att en organisation för talan åt en person eller grupp, möjligheten till ersättning är i vissa fall begränsad i dessa mål. I andra länder kan en *Ombudsman* föra talan för en person eller en grupp av intressenter. Andra varianter är att talan förs i det offentliga intresse. Vidare används *assignment claims* i vissa länder i mål där den skadelidande överlåter rätten att föra talan till en oberoende organisation så som en konsument- eller annan intresseorganisation.⁶¹

Endast Sverige och Spanien har en form av grupptalan som liknar den amerikanska modellen. I Sverige kan grupptalan väljas då det anses vara det bästa processuella alternativet. Grupptalan har två former, antingen förs talan av en representant eller av myndighet. Kodifieringen av grupptalan i svensk rätt ser ut enligt följande:

*Med grupptalan avses i denna lag en talan som en kärande för som företrädare för flera personer med rättsverkningar för dem, trots att de inte är parter i målet. Grupptalan kan väckas som enskild grupptalan, organisationstalan eller offentlig grupptalan. Med gruppen avses de personer för vilka käranden för talan.*⁶²

3.3.4.3 Bevisfrågor

Gemensamt för alla medlemsstater är att för att dömas till ansvar i konkurrensfall ska följande styrkas; (i) att en överträdelse ägt rum, (ii) att en skada uppstått och (iii) att det finns en kausal kedja mellan överträdelsen och den påvisade skadan. Dock finns skillnader mellan medlemsländerna på hur starkt dessa tre element ska styrkas. De gemenskapsrättsliga reglerna för placeringen av bevisbördan som finns i förordning 1/2003, fastställer att bevisbördan i konkurrensfall ska läggas på käranden som ska uppfylla de krav som finns i artikel 81 och 82 EG.⁶³ Den särskilda svårigheten att få fram bevisning inom konkurrensrätten, vilket även uppmärksammas av kommissionen som ett stort hinder för framgångsrika skadeståndsmål, gör att reglerna om placering av bevisbördan är speciellt intressanta att reformera och harmonisera inom EU. Det gäller både vid ett fastställande av

⁶⁰ Ibid. s. 2

⁶¹ Ibid. s. 42-46

⁶² 1 § Lagen 2002:599 om Grupprättegång.

⁶³ Se Ashurst-studien. s. 52 och artikel 2 i förordning nr 1/2003.

storleken av skadan, den kausala kedjan samt att brott mot konkurrensreglerna har skett. Ashurst-studien kunde redogöra för ett antal medlemsstater som har infört bevislättnader för kändanden. Lättnaderna kan innebära att tidigare domar eller beslut från konkurrensmyndigheter ges viss betydelse eller att innehåll i offentliga dokument ses som bevisade.⁶⁴ Trots förbättrade möjligheter för kändanden, kvarstår hinder vid bevisföring i varierande grad inom EU. Editionsplikten ser mycket olik ut i de olika medlemsländerna. Den engelska rättskulturen, *common law*, märks tydligt i Storbritannien och Irland som liknar det amerikanska *discovery*-systemet.⁶⁵ Motpolen går att hitta i de länder som kräver att kändanden specifikt ska redogöra för de dokument som de önskar att svaranden ska lägga fram. Författarna till Ashurst-studien ser dessa skillnader som ett av de största problemen med att föra en skadeståndstalan inom EU. Problemet kärna ligger i att kändanden ska specificera bevisning som han/hon har mycket liten vetskap om och att det inte åligger svaranden någon editionsplikt att presentera all relevant fakta.⁶⁶

Vad gäller krav för ansvar krävs generellt inom EU-länderna i utomkontraktliga förhållanden att uppsåt eller vårdslöshet kan styrkas. Omfattningen av skadeståndet är generellt inriktat på kompensation och reparation av den lidna skadan, det finns ingen möjlighet till straffskadestånd eller avskräckande skadestånd inom EU.⁶⁷

3.3.5 För- och nackdelar med privat övervakning

Behövs privat övervakning? Frågan som ställs är relevant att besvara för att legitimera de förslag som kommissionen har publicerat i den aktuella vitboken. Det finns starka argument både för och mot privat övervakning. Det som talar för privat övervakning och enhetliga regler för skadeståndstalan är just skadeståndets funktion - det förväntas öka den avskräckande effekten på potentiella konkurrensbegränsande beteenden och att det uppfattas som rättvist att den som lidit skada också blir kompenserad. Samma argument används mot ökad privat övervakning: skadestånd i sig kan inte öka den avskräckande effekten som böter, fängelse osv. har inom den offentliga övervakningen. Privat övervakning tillför inget ytterligare med en sådan synvinkel.⁶⁸

⁶⁴ Ashurst-studien, s. 3

⁶⁵ Berrisch, Georg och Jordan, E. m.fl. "E.U. Competition and Private Actions For Damages", *Northwestern Journal of International Law & Business*, 24:585, 2004, s. 597

⁶⁶ Ashurst-studien s. 4f

⁶⁷ Ibid. s. 3

⁶⁸ Baker, I. Donald, "Revisiting History—What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend To Others?", *Loyola Consumer Law Review*, vol. 16:4, 2004, s. 383

Är privat övervakning, baserad på EG-rättsliga regler, förenligt med EG:s konkurrensrätts ursprungliga syfte? Eilsmanberger beskriver konkurrensrättens syfte:

*Its main purpose is not to govern relations between private parties but to restrict commercial freedom in the common good and that is to safeguard competition as a basic mechanism of the market economy.*⁶⁹

Det kan hävdas att den offentliga övervakningen inte till fullo har lyckats med att bekämpa konkurrenshämmande beteenden inom EU, speciellt då ex ante undersökningen har försvunnit inom EU när systemet med förhandsbesked försvann år 2004. Privat övervakning kan av den orsaken sägas fylla en betydelsefull plats för att säkerställa en effektiv tillämpning av artikel 81 och 82 EG. Där kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter saknar ekonomiska resurser för att effektivt övervaka och undersöka konkurrenshämmande beteenden inom EU ska incitament för privat övervakning införas.⁷⁰ Samtidigt framförs farhågor om att en ökad privat övervakning kan hindra en effektiv offentlig övervakning, genom att risken att bli föremål för skadeståndsanspråk kan minska incitamenten att medverka i s.k. eftergiftsprogram.⁷¹

Ett införande av skadestånd har ifrågasatts av bl.a. generaladvokat Jacobs i en tidig artikel, innan han började sitt ämbete inom EG-domstolen. Jacobs redogör för flera svagheter med privat övervakning och argumenterar mot privat övervakning av konkurrensreglerna inom EU. Han anser att nationella domstolar ska ha kompetens att döma i interimistiska mål och i mindre komplicerade mål som t.ex. har föregåtts av ett beslut från kommissionen. Slutgiltiga beslut beträffande överträdelser och påföljder ska endast kommissionen ha kompetens över.⁷²

Den samlade uppfattningen bland praktiker som kritiserar privat övervakning kan beskrivas som att nationella domstolar inte har tillräcklig kompetens för att ta sig an de komplexa juridiska problem som uppstår inom konkurrensrätten. Exempel på problem som kan uppstå är då nationell domstol har att ta ställning till delar av eller hela Europa som relevant marknad. Nationella domstolar förespås ha svårigheter att döma ut adekvat skadestånd till rätt grupp skadelidande. Enligt Jacobs är ett tecken på att problemet är accepterat att konkurrensrätten har fördelats till specialmyndigheter både i medlemsländerna och inom EU där

⁶⁹ Eilsmanberger, Thomas, "The Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: Reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action", Common Market Law Review, april 2007, vol. 44, s. 431

⁷⁰ Editorial comments, Common Market Law Review, vol. 45, 2008, s. 609

⁷¹ Se ibid. s. 610, 614 och Eilsmanberger, Thomas, "The Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: Reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action", Common Market Law Review, april 2007, Vol. 44, s. 432

⁷² Jacobs, G. Francis, "Civil enforcement of EEC Antitrust law", Michigan Law Review, 1984, vol. 82:1364, s. 1375f

kommissionen har tilldelats kompetensen. Kritiker till privat övervakning hävdar istället att mer resurser bör ges till den offentliga övervakningen.⁷³

Vidare ses återigen svårigheterna med att lägga fram tillräcklig bevisning som ett hinder till att privat övervakning kommer att utgöra ett effektivt komplement till offentlig övervakning. Trots att nationella domstolar har möjlighet att skicka frågor för tolkning till EG-domstolen, så kan EG-domstolen aldrig mer än i generella termer vägleda den nationella domstolen i ett specifikt mål. Även oklarheten kring vem som anses ha talerätt, kan leda till att flera kärande för skadeståndsprocesser samtidigt mot samma svaranden. Skillnaderna som Ashurst-studien och Jacobs visar riskerar leda till forum-shopping inom EU. Uppkomsten av forum-shopping mellan medlemsländer är en av orsakerna till att harmoniserade regler om privat övervakning är önskvärda inom EU.⁷⁴

Vanligtvis stämmer käranden svaranden i ett skadeståndsmål uteslutande för egen vinning men gynnar samtidigt offentliga intressen eftersom konkurrensen på marknaden stärks och förbättrar villkoren för aktörer och den slutliga konsumenten. Käranden i ett skadeståndsmål har ofta bättre tillgång till information om marknaden än vad offentliga myndigheter normalt sett har. Då käranden i många fall själv agerar på marknaden har käranden bättre insyn och kan fastställa bevisning med större tillförlitlighet och noggrannhet avseende en överträdelses längd, omfattning och natur. Samtidigt pekar kommissionen på att käranden även i många fall saknar kunskap om bevisnings existens.⁷⁵

Privat övervakning leder också till bättre informerade aktörer, vilket ökar risken för att överträdelser blir upptäckta. Om företagen kalkylerar in risken att bli föremål för kostsamma skadeståndsprocesser kommer risken för upptäckt att verka avskräckande från konkurrensöverträdelser. Hur mycket risken att bli upptäckt ökar är svårt att uppskatta och enligt Ashurst-studien kan inte alltför stora paralleller dras till amerikansk statistik, eftersom de har bättre ekonomiska möjligheter att utreda överträdelser.⁷⁶

Vidare ökar den avskräckande effekten när risken för kännbara sanktioner och straff ökar. Historiskt sett är summorna som döms ut i USA mycket större än de europeiska, endast 72 procent av de amerikanska beloppen döms ut i Europa vid samma slags karteller.⁷⁷ Icke desto mindre, sett till den europeiska utvecklingen så döms allt större belopp ut av kommissionen. Under 2007 har 3.3 miljarder euro i böter på grund av överträdelser av

⁷³ Se Ibid. s. 1369f och Rüggeberg, Jacob och Maarten Pieter Schinkel, ”*Consolidating Antitrust Damages in Europe: A proposal for standing in Line with Efficient Private Enforcement*”, World Competition, 2006, s. 396

⁷⁴ Ibid. s. 1370

⁷⁵ Renda, Andrea m.fl. ”*Making antitrust damages action more effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios*”, Center for European Policies Studies, Report for European Commission”, Bryssel, Rom och Rotterdam, 21 december 2007, DG Competition/2006/A3/012, s. 75 och Vitboken s. 5

⁷⁶ Ibid. 71f

⁷⁷ Ibid. s. 74 (Connor 2003, table 16)

endast artikel 81 dömts ut, vilket är en ökning med 1.5 miljarder jämfört med året innan.⁷⁸

Slutligen kan ytterligare en negativ aspekt med privat övervakning observeras. Det finns en risk att det uppförande som observeras av en kärke är svårt att tolka in under konkurrensreglerna eller att beteendet har misstolkats i något avseende. När det är en jämlik motpart på marknaden kan även bevisning strategiskt missbrukas av den parten och innebära att ogrundade stämningansökningar lämnas in till domstol. Detta ökar de administrativa kostnaderna hos myndigheter och de rättsliga kostnaderna hos motparten som blir föremål för stämningansökan.

⁷⁸ *Editorial Comments*, Common Market Law Review, vol. 45, 2008, s. 609

4 Vitbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler

4.1 Introduktion

Syftet med vitboken och kommissionens ackompanjerade arbetsdokument är att lägga fram ett detaljerat förslag om regler som förbättrar möjligheten att föra skadeståndprocesser vid brott mot EG:s konkurrensregler. Förslaget ämnar ge *alla offer* för överträdelser av konkurrensreglerna rätt till *full ersättning* för det verkliga värdet av den förlust de har lidit. Kommissionen förutspår att ett effektivare system leder till att fler offer överklagar och att fler kommer att ställas till ansvar, det överför även kostnaden för överträdelsen till den part som åstadkommit den. Den privata övervakningen genom skadeståndstalan ska endast komplettera den offentliga övervakningen och kommissionen poängterar att den är baserad på en strikt europeisk rättstradition.⁷⁹ Förslagen som publicerades i vitboken har föregåtts av en grönbok⁸⁰ som i sin tur följdes av en debatt i doktrin där många synpunkter inkom till kommissionen.

4.2 Grönboken

De förslag som vitboken innehåller har stora skillnader från grönboken som föregick vitboken och publicerades år 2005. Grönboken innehöll 34 konkreta förslag som gick ut på att en ökad privat övervakning är önskvärd. Grönboken innehöll flera alternativ av mer offensiv karaktär än den väg som kommissionen slutligen valde att gå i vitboken.

I vitboken har kommissionen inte inkluderat tredubbla skadestånd eller dubbla skadestånd i horisontella karteller alternativ som grönboken presenterade. Orsaken kan vara att sådana förslag inte hade accepterats av medlemsländerna inom EU. Konkurrensrätten i EU präglas av en kompensatorisk utgångspunkt i motsats till USA som utgår från ett preventivt och kompensatoriskt perspektiv. Tredubbla skadestånd är även nära ett straff-skadestånd, vilka är främmande i många medlemsländer där rollen att utdöma straff är förbehållen staten.⁸¹ I doktrin har grönboken möts av vissa med skepticism. Exempelvis var Eilmansberger motståndare till en

⁷⁹ Vitboken s. 3

⁸⁰ "Grönbok: Skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler", framlagt av kommissionen den 19 december 2005, KOM(2005) 672

⁸¹ Rüggeberg, Jacob och Maarten Pieter Schinkel, "Consolidating Antitrust Damages in Europe: A proposal for standing in Line with Efficient Private Enforcement", World Competition, 2006, s. 405f

skadeståndstalan vid *hard-core*-karteller eftersom det enligt honom skulle verka skadligt på offentlig övervakning då incitamentet för kartellmedlemmar att använda sig av meddelarskyddsprogram (*leniency program*) skulle minska.⁸² Endast följdförfaranden kan vara möjliga i samband med karteller, men ett sådant förfarande har inte samma värde för tillämpningen eftersom det är mål där det konkurrenshämmande beteendet redan har upptäckts och stoppats. Inom de områden som Eilmansberger benämner gråskale-områden, *grey-areas*, anser han att en skadeståndstalan har bättre möjligheter att uppfylla sin preventiva funktion. Inom det området är skadeståndstalan både möjlig och önskvärd så länge krav på proportionalitet på båda sidor i målen uppnås. Risken med att införa alltför ”kärande-vänliga” regler kan leda till missbruk av möjligheten till skadeståndstalan och en mängd substanslösa mål vilket ökar arbetsbördan för domstolarna.⁸³

I de kommentarer som kom in till kommissionen med synpunkter på grönboken kan skönjas en motvilja till ett kodifierat förslag med harmoniserade regler. Tyskland är ett exempel på medlemsstat som menar att möjligheten att föra skadeståndstalan skall lämnas till den nationella processautonomin att reglera.⁸⁴

4.3 Förslag i vitboken

Problemen som vitboken hade i uppdrag att finna lösningar på enligt den *Report and Resolution on the Commission Green Paper* som följde kommissionens grönbok var följande.⁸⁵

- Informations- och resursfördelningsasymmetri mellan käranden och svaranden.
- Avslöjande av bevisning – frågan om utlämnande av bevisning.
- Huruvida avgörande från nationella högsta instanser eller konkurrensmyndigheter ska ges bindande verkan.
- Möjlighet till kollektiv talan.
- Skadeståndet – definition och storlek.
- *Passing-on* försvar.
- Kostnads- och tidsbegränsningar.

⁸² Eilmansberger, Thomas, ”*The Green Paper on damages action for breaches of the EC Antitrust rules and beyond: Reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action.*”, *Common Market Law Review*, New York, april 2007, vol. 44:2, s. 2

⁸³ *Ibid.* s. 16f

⁸⁴ Cengiz, Firat ”*Passing on defense and indirect purchaser standing in actions for damages against the violations of competition law: What can the EC learn from US*”, CCP Working Paper 07-21, Center for Competition Policy and school of Law, University of East Anglia, 2007, s. 34

⁸⁵ Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Bryssel, 2.4.2008, SEC(2008) 405, s. 18f

4.3.1 Talan

Vilka subjekt ska ges talerätt i konkurrensrättsliga skadeståndsmål? Redan i *Manfredi*-målet⁸⁶ fastställde EG-domstolen att var och en som drabbats av en gemenskapsöverträdelse ska ha rätt att begära ersättning. I ersättningen ska även ränta innan dom kommit inkluderas. Kommissionen följer EG-domstolens praxis i vitboken. Principen innebär att en konsument som har tvingats att betala överpris för en vara eller tjänst har rätt att föra skadeståndstalan som indirekt köpare dvs. offer som saknar direkt förbindelse med den part som har begått lagöverträdelsen. Problemet som indirekta köpare möter vid en talan är att bevisa att överprissättningar har övervältrats i distributionskedjan och att bevisa hur stor skadan är. Kommissionen har löst problemet genom att föreslå en presumtion. Övervältring av överpris presumeras ha skett, och det blir istället upp till svaranden att motbevisa detta.⁸⁷ Problemet med förslaget är att konkurrensskadan har slagits ut på både direkta och indirekta köpare vilket kan resultera i att ingen av dem känner tillräckliga incitament att föra skadeståndstalan. Den ekonomiska skadan de har lidit är förhållandevis liten till den ansträngning och kostnad processen innebär. Denna nackdel har kommissionen dock löst till viss del med förslaget om införande av grupptalan, se nedan.

4.3.2 Övervältring

Övervältring är ett av de särdrag i amerikansk antitrusträtt som kommer att beskrivas mer ingående senare i uppsatsen. USA har valt att inte acceptera övervältring som försvar av svaranden men EU kan bestämma sig för att gå en annan väg om förslaget i vitboken accepteras. Genom förslagen i vitboken har kommissionen valt att acceptera övervältring eftersom alla offer som lidit skada av en överträdelse ska ha rätt till ersättning. Efter rättspraxis från EG-domstolen är valet inte alldeles oväntat.⁸⁸ Rätten att använda övervältring som försvar gör att ett företag som lidit skada inte kan få dubbel ersättning dvs. både genom att ta ut ett högre pris från sina köpare och erhålla skadestånd från lagöverträdaren. Andra sidan av övervältring är att indirekta köpare anses ha lidit skada då övervältring skett till dem från ett tidigare led i distributionskedjan. Eftersom övervältring, och speciellt den kausala kedjan mellan lagöverträdaren och den indirekte köparen är svår att visa, väljer kommissionen att underlätta bevisbördan genom att föreslå en (motbevisbar) presumtion för skada vid övervältring.⁸⁹

⁸⁶ De förenade målen C-295–298/04, *Manfredi*, [2006], REG 2006, s. I-6619

⁸⁷ a.a. s. 9

⁸⁸ Berrisch, Georg m.fl. ”*E.U. Competition and Private Actions For Damages*”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, 24:585, 2004, s. 595

⁸⁹ Vitboken, s. 8f

4.3.3 Bevisning

Ett av problemen som identifierats bakom svårigheterna att föra ersättningsanspråk inom unionen är bevisningen. Den avgörande bevisningen finns oftast hos svaranden eller är inte offentlig hos myndigheter, eller så saknar käranden helt kunskap om dess existens. Kommissionen försöker balansera vikten av att information blir tillgänglig för käranden och risken att upplysningskrav missbrukas och blir alltför betungande för svaranden. Utgångspunkten till alternativet som kommissionen har valt är hämtat från immaterialrätten och direktivet om immateriella rättigheter (Direktiv 2004/48EG). I artikel 6 i direktivet kan myndigheter tvinga motparten att lägga fram bevisning, om kärandens talan är välgrundad och uppfyller ett proportionalitetskrav. Enligt miniminormen i vitboken kan nationella domstolar tvinga parter att lägga fram bevisning i särskilda kategorier av bevisning. Särskilda krav på käranden uppställs för att domstolen ska kunna begära edition. De är bland annat (i) att käranden ska ha lagt fram all för honom känd bevisning, (ii) och att käranden visar att han har gjort vad som kan påkallas av honom för att få fram bevisning, samt (iii) att käranden har redogjort för den bevisning som är aktuell för utlämning på ett detaljerat sätt och att utlämnandet är proportionellt.⁹⁰

4.3.4 Bindande verkan av beslut

Ett förslag i vitboken är att ge beslut och domar från nationella myndigheter bindande verkan i ett följande civilrättsligt mål. En fastställd överträdelse av konkurrensreglerna innebär automatiskt att skadestånd presumeras om inte företaget kan visa att överträdelsen är ursäktlig. Om nationella beslut ges bindande verkan så minskar omfattningen av prövningen i andra medlemsstater och på EG-nivån, vilket leder till en enhetligare tillämpning och minskad arbetsbörda i medlemsstaterna. Till viss del är detta en kodifiering av EG-domstolens *Masterfoods*⁹¹-avgörande. Omständigheterna i målet var sådana att det pågick en civilrättslig talan i irländsk domstol samtidigt som käranden väckte talan hos kommissionen, vars beslut överklagades till Förstainstansrätten. Domstolen på Irland skickade frågor till EG-domstolen för ett förhandsavgörande, där de begärde klarhet i en rad processuella frågor. EG-domstolen fastlade att nationell domstol är bunden av kommissionens beslut och om nationell domstol tvekar i tillämpningen av en rättsakt från EU:s institutioner så kan ett förhandsbesked under artikel 234 EG begäras.⁹²

Förslaget i vitboken är även utformat med artikel 16(1) i förordning 1/2003 som förebild.

⁹⁰ Vitboken, s. 5

⁹¹ Mål C- 344/98, *Masterfoods Ltd mot HB Ice Cream Ltd* [2000] ECR I-11369, jämför med nedan kap. 6.2.1 där talerätt i amerikansk rätt beskrivs.

⁹² Ibid. p. 52-54

När nationella domstolar fäller avgöranden om sådana avtal, beslut eller förfaranden enligt artikel 81 eller artikel 82 i fördraget som redan är föremål för ett beslut av kommissionen **får de inte fatta beslut som strider mot det beslut som kommissionen har fattat**. De måste också undvika att fatta beslut som skulle strida mot ett beslut som övervägs av kommissionen i förfaranden som den har inlett. I detta syfte får den nationella domstolen bedöma om det är nödvändigt att vilandeförklara saken[...].

Förslaget har kritiserat för att vara alltför långtgående. Om offentligrättsliga domar och beslut ges bindande verkan i ett följande civilrättsligt mål skulle två system med skilda processuella regler kollidera. Bindande verkan av beslut indikerar även att offentlig övervakning står högre i hierarkin än privat övervakning. Något som kan sägas motsäga den roll som komplement till offentlig övervakning som privat övervakning inledningsvis ges i vitboken. Den mest önskvärda lösningen för att undvika problemet är att endast ge nationella domar och beslut stark bevisverkan i skadeståndsmål.⁹³

4.3.5 Grupptalan

Vitboken innehåller ytterligare konkreta nyheter däribland en möjlighet till *grupptalan*. En grupptalan kan ske genom en företrädartalan, då ett kvalificerat organ för talan för gruppen. Ett godkänt organ kan vara en konsument- eller branschorganisation eller ett godkänt statligt organ. I det fall att de godkända organen inte för talan i alla påkallade fall så finns ett komplement till företrädartalan. Den utgörs av kollektivtalan på frivillig väg, en variant av grupptalan där flera offer går tillsammans och uttryckligen för talan för sin gemensamma sak (*opt-in*).⁹⁴ Grupptalan ska således fungera som incitament för indirekta köpare, konsumer, att föra talan trots att den ekonomiska skada som varje käranden lidit är liten.

Ett införande av grupptalan kan kritiseras på ett flertal punkter. I det fall en kollektiv talan förs som företrädartalan kan det ifrågasättas om konsumentorganisationer eller andra intresseorganisationer är ämnade att föra civilrättsliga skadeståndsmål. Organisationerna är ofta skapade för lobby- och representationsverksamhet och platsar sämre i en roll som övervakande organ. En ytterligare faktor som spelar roll är att det handlar om stora kostnader för organisationerna. Det sistnämnda problemet kan dock avväjas genom att kostnaderna för målet skiftas över till svaranden alternativt staten. Av erfarenhet från Storbritannien så har inte konsumentorganisationer fört kollektivtalan i någon större utsträckning när de givits möjlighet i lagstiftningen.⁹⁵ Liknande erfarenheter beskriver Lidgard från Sverige där grupptalan överhuvudtaget inte har utnyttjats sedan

⁹³ Lidgard, Hans Henrik, "Konkurrensrättsligt skadestånd", s. 11 och Komninos, P. Assimaki, "Effect of Commission Decisions on private antitrust litigation: setting the story straight", Common Market Law Review, okt. 2007, s. 1426ff

⁹⁴ Vitboken s. 4

⁹⁵ Hodges, Christopher, "Competition enforcement, regulation and Civil Justice: What is the case?", Common Law Market Review, New York, vol. 43, s. 1383f

möjligheten trädde ikraft 2002. Inte heller efter 15 år med skadeståndstalan i den svenska konkurrenslagen har målen varit många i svensk domstol.⁹⁶

4.3.6 Skadeståndets omfattning

Skadeståndet ska omfatta ersättning för det *verkliga värdet av den lidna förlusten*. Detta är en kodifiering av rättspraxis från EG-domstolen som innebär att utöver den faktiska förlusten ska även uteblivna intäkter p.g.a. konkurrensöverträdelsen räknas in i skadeståndet. Genom att jämföra priset på en hypotetisk marknad med fri konkurrens med prisnivån på den drabbade marknaden räknas skadeståndet ut. Beräkningen är många gånger komplicerad och omöjlig att utföra. I vitboken har därför kommissionen lagt fram förslag för att underlätta beräkningen. Förslaget innebär att vägledande principer med beräkningsmetoder och förenklade bedömningsregler ska underlätta för de tillämpande myndigheterna.⁹⁷

4.3.7 Kostnader i skadeståndsmål

Kommissionen föreslår ingen modell för kostnadsflyttning i skadeståndsmålen. Istället förespråkar de att medlemsstaterna ska verka för att skapa förutsättningar i nationell lagstiftning så att talan väcks. Det poängteras särskilt att tak på domstolsavgifter borde införas och att fler mål borde leda till förlikning samt att parterna på ett tidigt stadium ska få beslut om rättegångskostnaderna i målet.⁹⁸

4.3.8 Preskription

Vitboken föreslår preskriptionsregler för skadeståndstalan. Preskription kan utgöra ett hinder för käranden eftersom det kan dröja lång tid efter att det konkurrensbegränsande beteendet ägt rum som han eller hon blir medveten om överträdelsen. Förslagen som kommissionen lagt fram är att preskriptionen ska vid löpande överträdelser räknas från den dag då brottet upphör, eller i alla fall inte börja innan den skadelidande rimligtvis har haft möjlighet att upptäcka skadan eller överträdelsen. Kommissionen väljer att föreslå en särskild preskriptionstid när mål pågår hos konkurrensmyndigheter. För att underlätta *follow-on*-mål och att preskriptionstiden slutar under tiden en överträdelse utreds hos myndigheten föreslår kommissionen att en preskriptionstid på minst två år börjar löpa från dagen då myndigheten har fastställt överträdelsen.⁹⁹

⁹⁶ Lidgard, Hans Henrik, ”Konkurrensrättsligt Skadestånd”, andra utkastet, 2008, s. 6

⁹⁷ Ibid. s. 7f

⁹⁸ Vitboken, s. 10

⁹⁹ Ibid. s. 9

4.4 Ett alternativt förslag

Finns det andra möjliga vägar att gå för att uppnå en mer effektiv övervakning av konkurrensrätten inom EU? Vitboken och grönboken är inriktade på att enskilda parter ges en möjlighet att föra skadeståndstalan inför nationella domstolar. Ett alternativt förslag som presenterades av Rüggeberger och Schinkel efter grönbokens publicering, är ett konsoliderat skadeståndsförfarande.

4.4.1 Konsoliderat skadeståndsförfarande

Förfarandet går ut på att samla alla subjekt som har drabbats av samma konkurrenshämmande agerande för att utföra en centraliserad bedömning och en uppskattning av det totala skadeståndet. Nationella konkurrensmyndigheter eller kommissionens konkurrensavdelning, utför en rapport som även kan användas av käranden i senare mål. Rapporten används av den nationella domstolen som vägledning vid beräkning av skadeståndets omfattning och vilka som ska anses vara de berörda parterna.¹⁰⁰ Normalt sett är det kostsamt att initiera ett första skadeståndsmål och det resulterar i att bara de som har tillräckligt med kunskap och pengar initierar processer. I det fall en konsoliderad talan införs är det kommissionen eller nationella konkurrensmyndigheter som utför de grundläggande undersökningarna efter det att en domstol har fastställt att en överträdelse har skett.

Det beräknade skadeståndet är uträknat genom en *net pass-on* metod. Enligt författarna är fördelen med en sådan rapport att domstolar i medlemsländerna, som kan vara lokala och oerfarna på området, inte behöver beräkna skadeståndet eftersom de har svårare att se komplexiteten och omfattningen av överträdelsen i ett större sammanhang.¹⁰¹ Ett problem med förfarandet är att kostnaderna läggs på den myndighet som producerar rapporten. Enligt författarna kan problemet lösas antingen genom att mer anslag tilldelas myndigheten eller genom att kostnaden inkluderas i övriga domstolskostnader. Mest fördelaktigt är enligt författarna, att lägga kostnaden på det offentliga eftersom rapporten även kommer till nytta i eventuella framtida mål och inte ska drabba de som är först med att initiera en talan.¹⁰²

Modellen minskar kostnaden för kommande skadeståndsmål eftersom det räcker för käranden att visa att han eller hon faller in under den kategori skadelidande som rapporten har pekat ut. Modellen sägs minska risken för att parallella mål pågår samtidigt och den stannar i den europeiska

¹⁰⁰ Rüggeberger, Jacob och Maarten Pieter Schinkel, ”Consolidating Antitrust Damages in Europe: A proposal for Standing in Line with Efficient Private Enforcement”, World Competition, vol. 29:3, 2006 s. 407f

¹⁰¹ Ibid., s. 411

¹⁰² Ibid. s. 412

rättstraditionen genom att inte inkludera möjligheter till grupptalan, dubbla skadestånd eller *contingency fees*, som finns i amerikansk antitrust. Så som skadestånds- och processreglerna ser ut idag inom EU där stora skillnader finns mellan länderna, kan ett konsoliderat förfarande minska risken för forum-shopping eftersom rapporten produceras centraliserat hos kommissionen och skapar därför inte fördelar mellan olika fora.¹⁰³

4.5 Konklusion

Kommissionen har valt att inte inkludera de amerikanska särdragen så som tredubbla skadestånd eller dubbla skadestånd vid horisontella karteller. Vilken form som förslagen kommer att utmynna i är ännu oklart. Troligast kommer förslagen att antingen leda till ett vägledande (icke bindande) dokument eller eventuellt lagstiftning som kodifierar EG-domstolens rättspraxis om full kompensation.¹⁰⁴

¹⁰³ Ibid. s. 417,

¹⁰⁴ *Editorial Comments*, *Common Law Market Review*, vol. 45, 2008, s. 610, och Lidgard, Hans Henrik, ”Konkurrensrättsligt Skadestånd”, andra utkastet, 2008, s. 3

5 Amerikansk Antitrusträtt

5.1 Bakgrund

Amerikansk antitrusträtt har en lång historia som kan dateras tillbaka till 1800-talet. Industrialismens snabba utveckling ledde till att trustar inom olika sektorer uppkom som en reaktion på misslyckade kartellbildningar. Trusten blev ett nytt forum för samarbete mellan bolag. Bolag i en trust överläter styret av bolaget till en gemensam ledning som sedan kan kontrollera marknaden. Traditionen av trust möttes av en stark ovilja från det amerikanska samhället som resulterade i att Sherman Act instiftades år 1888. Det var den första antitrustlagen i USA och den förbjöd varje konkurrensbegränsande avtal eller monopolsituation.¹⁰⁵ Idag finns antitrustlagstiftningen i ett flertal lagar. De centrala lagarna är Sherman Act och Clayton Act som kompletteras av Robinson-Patman Act, Wilson Tariff Act och Federal Trade Commission Act.¹⁰⁶

Sherman Act innehåller straffsanktioner och där finns bl.a. maximigränser för hur höga böter som får dömas ut. Ursprungligen var maximumbeloppet 5 000 dollar, men under senare decennier har beloppen stigit avsevärt till att 1990 uppgå till 10 000 000 dollar för företag och 350 000 dollar för privatpersoner. Högsta domstolen gjorde initialt en bokstavstolkning av sektion 1 i Sherman Act och dömde alla överträdelser som olagliga. Genom prejudikatet i *Standard Oil-målet* så ändrades detta. Domstolen anlade där ett *rule of reason*-resonemang där endast oskäligen överträdelser ansågs vara olagliga.¹⁰⁷

Clayton Act instiftades 1914 för att behandla särskilda kategorier av konkurrensbegränsande beteende; prisdiskriminering, kopplingsavtal, vilka inte tillräckligt effektivt hade övervakats under the Sherman Act. Kravet på ansvar skiljer sig även från Sherman Act, och skaparna hoppades på att den skönsmässiga bedömningen av överträdelser som uppstod efter *Standard Oil-målet* skulle minska med Clayton Act.

Ursprungligen fanns lagstödet för privat övervakning i Sherman Act, sektion 7, men det har sedan flyttats till sektion 4 i Clayton Act:

*[...] any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue for damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.*¹⁰⁸

¹⁰⁵ Sherman Act, 15 U.S.C. § 1-2

¹⁰⁶ Jones, A. Clifford, "Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and US", s.

11f

¹⁰⁷ Ibid., s. 8 ff

¹⁰⁸ Clayton Act, 15 U.S.C. § 15

En intressant aspekt i förhållande till kommissionens vitbok är att ett civilmåls- och brottmålsavgörande är *prima facie*-bevis i ett senare skadeståndsmål. Amerikansk lagstiftning är således inte så långtgående som det förslag kommissionen har föreslagit i vitboken. Vitboken föreslår som tidigare nämnts, att beslut och domar ska ha rättsverkan i en kommande civilrättslig tvist.¹⁰⁹ I USA argumenteras det att *prima facie*-bevisningen gör att företag som är föremål för prövning hos myndigheter försöker förlika i möjligaste mån. Baker menar vidare att *prima facie*-bevisning minskar bördan i ett civilrättsligt mål och effektiviserar den statliga kontrollen.¹¹⁰

I samma artikel som fastställer rätten att föra skadeståndstalan, finns också lagstöd för tredubbelt skadestånd.

*[...] and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.*¹¹¹

5.2 Privat övervakning

Efter införandet av Sherman Act tog det ett antal år innan tillämpningen övervakades på ett effektivt sätt av det privata och det offentliga. Det saknades statliga medel för myndigheter att utföra övervakningen och inte heller privat övervakning användes i någon större utsträckning. Under de första 50 åren som Sherman Act var i kraft nådde 175 stycken civilrättsliga skadeståndsmål till domstol och endast ett fåtal av dem var framgångsrika.¹¹²

Övervakningen av amerikansk rätt är skapad så att offentlig och privat övervakning ska komplettera varandra. I många fall då det offentliga har misslyckats med att fälla företag för överträdelser så har kännbara skadestånd istället dömts ut i civila skadeståndsprocesser.¹¹³ Ett exempel som väl illustrerar vilka summor som kan dömas ut i amerikanska skadeståndsprocesser är ett konkurrensfall från 2003. Målet rörde överträdelser av Sherman Act och ett tobaksbolag krävdes på tredubbelt skadestånd. Domstolen avgjorde till fördel för käranden, och bolaget tvingades att betala 1.05 miljarder dollar i skadestånd.¹¹⁴

Den offentliga övervakningen sker genom två statliga myndigheter, United States Department of Justice (DOJ) och Federal Trade Commission (FTC). DOJ är den enda myndigheten som har kompetens att övervaka

¹⁰⁹ se Clayton Act sek. 5(a) och a.a. s. 11

¹¹⁰ Baker, I. Donald, "Revisiting History—What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend To Others?", Loyola Consumer Law, 2004, s. 389

¹¹¹ Clayton Act, 15 U.S.C. § 15a

¹¹² Jones, A. Clifford, "Exporting Antitrust Court rooms to the World: Private Enforcement in a Global Market", Loyola Law Review, vol. 16:4 2004, s. 140

¹¹³ Jones, A. Clifford, "Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and US", s. 83f

¹¹⁴ *Conwood Company, L.P. v. U.S. Tobacco Co.*, 290 F.3d 769 (6e circuit, 2002)

tillämpningen av Sherman Act. Övervakningen genomförs av DOJ på en mängd olika sätt, t.ex. kan de föra tredubbel skadeståndstalan för staten och besluta om upplösning av konkurrensbegränsande sammanslutningar. Totalt står den privata övervakningen i USA för 90 procent av de federala målen och är den tredje största gruppen mål i distriktsdomstolarna.¹¹⁵

5.2.1 Talan

För att ha talerätt i antitrust-mål i USA så krävs det att käranden både har behörighet under amerikanska konstitutionen och under antitrustlagstiftningen. Konstitutionen kräver att käranden har ett tillräckligt stort intresse i avgörandets utgång. Den senare har ett ytterligare krav på att det ska finnas ett nära förhållande mellan kärandens skada och den påstådda överträdelsen av konkurrensreglerna.¹¹⁶ Genom rättspraxis har det utvecklats olika test för att uppfylla dessa krav. Ett tidigt test innebar att käranden skulle visa tillräcklig direkt skada. Exempelvis räckte det inte med att käranden var aktieägare i ett bolag, i det fallet var det bolaget som hade rätten att föra talan. Som aktieägare anses den ekonomiska skadan vara alltför indirekt, avlägsen och konsekvensartad. Testet kritiserades för att inte se till omständigheter i det specifika fallet, där det saknades nödvändig flexibilitet för att användas. Efter kritiken kom the *Targeted area*-testet genom rättsfallet, *Conference of Studio Unions v. Loew's Inc.* I det fallet ansåg distriktsdomstolen i nionde domkretsen att det räckte med att visa att käranden befann sig inom den ekonomiska kretsen som riskeras vid överträdelser av antitrustreglerna inom just den specifika sektorn. Rättsläget inom talerätten i antitrustmål utvecklades ytterligare i *Cromar*-målet. Distriktsdomstolen ställde upp ett antal kriterier som ska beaktas för att en kärande ska ges talerätt:

- Förhållandena i den för målet aktuella sektorn
- Kärandes förhållanden till den aktuella sektorn
- Vilken effekt den påstådda antitrust överträdelsen har på kärande
- Huruvida käranden är en av de tänkta fundamentala skyddsobjekten för antitrustreglerna?¹¹⁷

Rättspraxis på området såg länge olika ut i de olika distrikten i USA, olika test användes av domstolarna, och ofta på ett inkonsekvent sätt. Högsta domstolen dömde i frågan och instämde till viss del i *Cromar*-målet och menade att inget av testen var tillräckligt bra för att fungera i alla fall.¹¹⁸ Högsta domstolen använde sig av en mängd olika faktorer, några hämtade från tidigare tester i distriktsdomstolarna. Kriterierna som domstolen såg till var bl.a. skadans natur, huruvida skadan var direkt eller indirekt, om det var en rent spekulativ skada eller om det fanns ett mer direkt lidande.

¹¹⁵ a.a. s. 16

¹¹⁶ Ibid. s. 160

¹¹⁷ Ibid. s. 166

¹¹⁸ *Blue Shield of Virginia v. McCready*, 457 US 465 (1982) och i *Associate General Contractors of California v. California State Council of Carpenters*, 459 US 519 (1983)

Domstolens resonemang har av doktrinen döpts till *the Multi Factor-test* och kan sägas ha kodifierat delar av tidigare rättspraxis på området och utvidgat tolkningen något jämfört med vad som tidigare accepterats. Trots rättsfallen har talerätten inom antitrustreglerna även efter Högsta domstolens avgöranden i *McCready* och *AGC* kritiserats för att vara oförutsägbar och skapa en osäkerhet beträffande vem som har talerätt.¹¹⁹

5.2.2 Övervältring

Doktrinen om *passing-on* eller på svenska, övervältring, har två aspekter. Den kan användas som försvar av en svarande som kan hävda att käranden inte har lidit någon faktisk ekonomisk skada. Svaranden argumenterar istället att käranden har haft möjlighet att övervältra den ekonomiska skadan på nästa led i kedjan genom att exempelvis höja priset på produkten. Om övervältring accepteras är den andra konsekvensen att konsumenter, som indirekta köpare, kan få talerätt genom att hävda att den antitrust-skada som tidigare led övervältrat, har lagts på det sista ledet i kedjan, slutkonsumenten. Övervältring kan baseras på tre principer och beroende på vilken av dem som ges störst betydelse kan övervältring antingen accepteras eller inte. Den första principen innehåller argument som utgår från krav på rättvisa (justice). Alla som blir offer för konkurrensbegränsande beteende borde ha möjlighet att kräva ersättning för den skada de har lidit. Den andra principen poängterar effektivitet i övervakningen av konkurrensrätten och där direkta köpare står över indirekta och har bäst möjlighet att bevisa kausal kedjan och därmed bidra till den önskade avskräckande effekten. Slutligen den tredje principen utgår från processekonomiska element.¹²⁰

Högsta domstolen i USA har avgjort två viktiga rättsfall på området, *Hanover Shoe*¹²¹ och *Illinois Brick*¹²², vilka begränsar möjligheten att använda sig av *passing-on* i USA. USA har således valt att betona den avskräckande effekten vid övervakningen av antitrustreglerna medan vitboken mer ser till att alla individer ska ha en rätt till ersättning, den första principen.¹²³

5.2.2.1 Hanover Shoe-målet

I *Hanover Shoe* stämde en skoproducent ett skoföretag som hade monopol på marknaden för skotillverkningsmaskiner. Det konkurrensbegränsande beteendet bestod i att företaget istället för att sälja maskiner, endast leasade maskinerna för skotillverkning genom dyra långtidsavtal till Hanover Shoe.

¹¹⁹ a.a. s. 167-172

¹²⁰ Cengiz, Firat "Passing on defense and indirect purchaser standing in actions for damages against the violations of competition law: What can the EC learn from US", CCP Working Paper 07-21, Center for Competition Policy an school of Law university of East Anglia, 2007, s. 8

¹²¹ *Hanover Shoe, Inc v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481 (1968)

¹²² *Illinois Brick Co. V. Illinois*, 431 US 720 (1977)

¹²³ Jones, A. Clifford, "Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and US", 1999, s. 179 och Vitboken s. 8f

Hanover Shoe krävde hela överpriset i skadestånd. Till sitt försvar argumenterade United Shoe att Hanover Shoe hade övervältrat en del av den ekonomiska skadan på sina kunder genom att ta ut ett högre pris när skorna såldes. Domstolen underkände svarandens argument med hänvisning till att det skulle minska effektiviteten i övervakningen av konkurrensreglerna eftersom det ansågs svårt att härleda till vem överpriset hade övervältrats. Problemet skulle innebära långa komplicerade processer i domstol. De såg även ett problem i att den direkta köparen få mindre incitament att kräva skadestånd vilket innebär att svaranden som begått överträdelsen kan vinna på ett *passing-on* försvar.

Rättsfallet bekräftade även överprismetoden som beräkningsmetod för skadeståndet. Metoden innebär att överpriset är skillnaden mellan priset på en vara på en konkurrenskraftig marknad och det pris som tagits ut under den tid då det konkurrensbegränsande beteendet pågick. För att få det totala överpriset multipliceras mellanskillnaden med antal sålda enheter under den tid beteendet pågick.¹²⁴

Rättsfallet kan kritiseras för att det ger företag rätt till skadestånd som ofta har haft möjlighet att överföra skadeståndet till nästa led i produktionskedjan (s.k. *unjust enrichment*).

5.2.2.2 Illinois Brick-målet

I *Illinois Brick*-målet prövades den offensiva sidan av övervältring. Argumentet från käranden gick ut på att de hade som indirekta köpare en rätt att kräva skadestånd då de kunde visa att övervältring av skadan skett från tidigare i distributionskedjan. Fallet rörde staten Illinois och 700 lokala statliga bolag som stämde producenter av betong för prifixering. Eftersom käranden var indirekta köpare hävdade svaranden att i enlighet med *Hanover Shoe*-målet så kunde endast direkta köpare kräva skadestånd. Första instans underkände kärandens offensiva användning av övervältring. I andra instans godkände domstolen, Court of Appeal, att indirekta köpare har talerätt i skadeståndsmål enligt § 4 Clayton Act vid tolkningen av "... injured in his business or property". Talerätten godkändes i de fall köparna kunde visa att överpriset har övervältrats på dem i distributionskedjan.¹²⁵

Högsta domstolen gav fallet prövningstillstånd för att klargöra den splittrade rättspraxis som skapats i andra instanser runtom i USA. Högsta domstolen valde att inte ge indirekta köpare talerätt, i linje med *Hanover Shoe*-målet. Domstolen ansåg att eftersom svarandebolaget inte har möjlighet att använda övervältring mot skadeståndskrav från direkta köpare så kan inte indirekta köpare ges möjlighet att kräva tredubbla skadestånd. Domstolens valmöjlighet stod mellan att underkänna både en offensiv och defensiv användning av övervältring eller att ge båda sidor möjlighet att hävda

¹²⁴ Rüggeberg, Jacob och Maarten Pieter Schinkel "Consolidation Antitrust Damages in Europe: A Proposal for Standing in Line with Efficient Private Enforcement", World Competition, 29(3), 2006 s. 399f

¹²⁵ *Illinois Brick Co. V. Illinois*, 431 US 720 (1977), syllabus

övervältring. Det viktigaste var att principen används enhetligt av båda sidor. Högsta domstolen ställde sig bakom resonemanget i *Hanover Shoe* och ansåg att antitrustreglerna gynnades av att inte låta indirekta köpare föra talan. Talerätt hade bl.a. inneburit svårigheter att fastställa den ekonomiska skadan och bevisa att övervältring hade skett. Den som är närmast skadan och skadegöraren har bäst möjlighet att bevisa skadan.¹²⁶

Trots att övervältring inte accepterades generellt så öppnade domstolen upp för två situationer där indirekta köpare kan ges talerätt. Den första i förutbestämda kvantitetsavtal med överprissättning, där det inte finns samma svårighet att bestämma skadan. I det andra då den direkta köparen ägs eller kontrolleras av sin köpare, där saknas också den normala svårigheten med att bevisa övervältringen.¹²⁷

Avgörandet väckte starka känslor i USA. Många stater hade tidigare accepterat doktrinen genom rättspraxis från Court of Appeals eftersom den kompenserar de verkliga skadelidande. Domen i *Illinois Brick* resulterade i att några stater valde att införa federala lagar som gav indirekta köpare talerätt, s.k. *Illinois Brick Repealer* eller *Repealer Statutes*. Det fanns även de som var av motsatt åsikt och välkomnade avgörandet eftersom de ser antitrustreglerna ur ett perspektiv av ekonomisk effektivitet och resonerar i linje med domstolen.¹²⁸

Enligt Jones ska inte *Illinois Brick*-målet ges alltför stor betydelse eftersom prejudikatet endast har betydelse i en avgränsad typ av mål. Vid fall som inte innebär ekonomisk skada utan istället handlar om uteblivna intäkter så kvarstår de skadelidandes talerätt.¹²⁹

5.2.3 Amerikanska särdrag

En av de största skillnader mellan amerikansk och europeisk antitrusträtt är att USA har flera processuella särdrag som underlättar och ger skadelidande incitament till att föra skadeståndstalan. Trots många fördelar är särdragen omdebatterade och kritiserade av praktiker.¹³⁰

5.2.3.1 Grupptalan

Ett amerikanskt fenomen som gjort sig känt världen över är grupptalan, eller *class action*. Processformen möjliggör att skadelidande som lidit en mindre

¹²⁶ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US at 730-3

¹²⁷ Jones, A. Clifford, ”Private enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and US”, 1999, s. 179

¹²⁸ Se Ibid. s. 179 och Baker, I. Donald, ”Revisiting History—What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend To Others?”, Loyola Consumer Law Review, vol. 16:4, 2004, s. 392

¹²⁹ Ibid. s. 179

¹³⁰ Se exempelvis Baker, I Donalds artikel ”Revisiting History—What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend To Others?”, Loyola Consumer Law Review, vol. 16:4, 2004

ekonomisk skada för talan tillsammans med andra i samma eller liknande position. Skadelidande som annars inte hade fört talan får skadestånd för den skada de lidit. Om möjligheten inte hade funnits hade kostnaderna för processen gjort att det inte varit lönsamt att föra processen.

Grupptalan fungerar också som en avskräckande faktor för företag, en effekt som hela konsumentkollektivet kan ta del av.¹³¹ Efter Högsta domstolens beslut att underkänna *passing-on*, är det endast när konsumenterna är direkta köpare som de har möjlighet att föra talan.

Grupptalan kritiserar av vissa eftersom advokatkostnaderna ofta inte står i proportion med den mindre summa som varje skadelidande får i slutändan. Risken finns även att olika intressen kolliderar och mål som egentligen saknar rättslig grund avgörs genom förlikning eftersom företag vill undvika kostsamma och långdragna processer i domstol. Totalt sett utgör inte klasstalan mer än 20 procent av de civila skadeståndsmålen i USA, men desto mer anses den tillföra i avskräckande syfte.¹³²

5.2.3.2 Kostnader i skadeståndsmål

I amerikansk rätt står normalt sätt var part för sina kostnader i samband med processen, oavsett om parten vinner eller förlorar. Inom antitrusträtten är fördelningen av kostnader annorlunda. I antitrustmål bär inte kändanden kostnader för försvaret. Om han eller hon förlorar så finns ingen skyldighet att betala kostnaderna enligt en s.k. *loser-pays* princip. Dock måste en svarande som förlorar betala kändandens kostnader.¹³³

Ytterligare ett amerikanskt särdrag är *contingency fees* som innebär att det är advokaten som står risken för kostnaderna i samband med tvisten. Endast om kändanden vinner processen blir han skyldig att betala advokatkostnaderna. Ombuden tar risken eftersom de vid en eventuell vinst får rätt till en viss del av skadeståndet, en ersättning som ofta kan bli stor eftersom skadestånd i USA normalt sett är höga. Hur detta står i samklang med artikel 15 a i Clayton Act är föremål för diskussion, i lagen står nämligen att advokaten ska erhålla *skälig ersättning*.¹³⁴

¹³¹ Woods, Donnacadh, "Private Enforcement of Antitrust Rules: Modernization of the EU Rules and the Road Ahead", Loyola Consumer Law Review, vol. 16:4, 2004, s. 436

¹³² Jones, A. Clifford, "Exporting Antitrust Courtrooms to the World: Private Enforcement in a Global Market", Loyola Consumer Law Review, vol. 16:4 2004, s. 427

¹³³ Baker, I. Donald, "Revisiting History—What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend To Others?", Loyola Consumer Law Review, vol. 16:4, 2004, s. 386

¹³⁴ Woods, Donnacadh, "Private Enforcement of Antitrust Rules: Modernization of the EU Rules and the Road Ahead", Loyola Consumer Law Review, vol. 16:4, 2004, s. 436f

5.2.3.3 Tredubbelt skadestånd

Tredubbelt skadestånd fanns redan i *English Statue for Monopolies* från år 1623 och har inte det amerikanska ursprung som många tror.¹³⁵ Det var först efter *Bigelow*-målet som tredubbla skadestånd faktiskt började dömas ut i USA. En bidragande faktor var att rättsfallet till viss del klargjorde beviskravet.¹³⁶ Tredubbelt skadestånd har två syften, det ska verka avskräckande och det ska vara kompensatoriskt genom att straffa överträdelser. Ett ytterligare argument i försvar för tredubbelt skadestånd är att inte alla skadelidande väljer att föra talan och att en tredubbling av skadeståndet ungefär motsvarar det skadestånd som dömts ut om alla hade valt att föra talan. Flera kategorier är undantagna genom gruppundantag från tredubbelt skadestånd. Exempelvis är jordbruk i kooperativ, särskilda sysslor i fackförbund helt undantagna från skadestånd medan andra kategorier såsom forsknings- och utvecklingsorganisationer, är undantagna från tredubbelt men inte för enkelt skadestånd.¹³⁷

Trots att EG-rätten saknar möjlighet till tredubbelt skadestånd kan nivån på böter som döms ut inom EU ändå sägas uppgå till samma nivå som skadestånd i USA. Eftersom det inte finns någon möjlighet att döma ut ränta på skadeståndet fram till dess att dom har fallit i USA, vilket finns i EU, gör det att den faktiska skillnaden mellan beloppen i USA och EU utjämnas något.¹³⁸

5.2.3.4 Bevisning

Ett av de stora problemen med privat övervakning och kärandens möjlighet att vinna skadeståndsmål är svårigheterna att lägga fram tillräcklig bevisning. I USA är problemet löst med långtgående krav på att svaranden ska ge käranden tillgång till bevisning. Förstörelse eller undanhållande av bevis kan straffas med fängelse upp till fem år.

I civilrättsliga processer i Europa ska kärandens ombud lägga fram all bevisning som styrker talan vid målets början. Detta leder till att ett omfattande arbete görs innan processen och att käranden måste förlita sig på det material som framkommit vid den tidpunkten under processen. I USA har ombud en skyldighet att lägga fram både positiv och negativ bevisning och introducera ny bevisning under processens gång. Det amerikanska *discovery*-systemet verkar fördelaktigt vid en första anblick jämfört med

¹³⁵ Jones, A. Clifford, "Exporting Antitrust Courtrooms to the World: Private Enforcement in a Global Market", *Loyola Consumer Law Review*, vol. 16:4 2004, s. 410

¹³⁶ *Ibid.* s. 411

¹³⁷ Jones, A. Clifford, "Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and US", 1999, s. 17

¹³⁸ Woods, Donnacadh, "Private Enforcement of Antitrust Rules: Modernization of the EU Rules and the Road Ahead", *Loyola Consumer Law Review*, vol. 16:4, 2004 s 437, och Jones, A. Clifford, "Exporting Antitrust Court rooms to the World: Private Enforcement in a Global Market", *Loyola Consumer Law Review*, vol. 16:4 2004 s. 423 och Mål C-271/91, *M. Helen Marshall v. Southampton and S.W. Hampshire Area Health Auth. (Marshall II)*, 1993 E.C.R. I-4367, [1993], se speciellt paragraf 31.

situationen i Europa. Baksidan av metoden är att processer ofta blir mycket långdragna och kostsamma för parterna. Ett tydligt exempel på detta är *IBM*-målet som tog sex år innan det nådde domstolen, och ytterligare sex år innan domstolen avvisade på grund av att fallet saknade rättslig grund. Fördelen i Europa kan anses vara att processer som kommer till domstol har en bättre bevisning från start, det finns en mindre risk att ogrundade fall når domstolen.¹³⁹

5.3 Senare utveckling i rättspraxis

5.3.1 Empagran-målet

Utgången av *Empagran*-målet¹⁴⁰ hade stor betydelse för Europa och de konkurrensskador som uppstår inom EU med internationell karaktär. Målet rörde huruvida en konkurrensskada på den internationella marknaden kan bli föremål för tredubbelt skadeståndspråk i USA av en utländsk kärende. Första instansen underkände rätten medan andra instansen gav kärenden rätt att kräva skadestånd i USA. En sådan rätt hade öppnat upp dörren för europeiska skadelidande att vända sig till USA för att kräva skadestånd. De attraktiva nivåerna på skadestånd i USA hade med all säkerhet gjort att fler sökt sig till USA. För europeiska intressen hade det främst blivit aktuellt vid beteenden som har internationell effekt på handel, särskilt vid internationella karteller förutspåddes kärenden att vända sig mot USA med sina anspråk.¹⁴¹

Målet handlade om en stor internationell vitaminkartell som uppdagades under 1990-talet. Kärenden var utländska köpare av vitaminer som hävdade att producenter och distributörer hade fixerat priser på vitaminer. Skadan som var orsaken till skadeståndskravet var uteslutande utländsk. I andra instansen godkändes talan så länge de två kraven i *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* från 1982 uppfylldes. Kärenden behövde visa att beteendet hade en direkt, substantiell och förutsebar skada på den amerikanska marknaden och att konkurrensskadan även kunde resultera i nationella skadeståndprocesser.¹⁴²

I Högsta domstolens *Opinion* valde domstolen att underkänna kärendens möjlighet att föra skadeståndstalan eftersom den internationella konkurrensskadan ansågs vara helt självständig från den nationella konkurrensskadan. Värt att notera är att domstolen pekade på kärendens argument att den nationella konkurrensskadan hängde samman med den

¹³⁹ Woods, Donnacadh, "Private Enforcement of Antitrust Rules: Modernization of the EU Rules and the Road Ahead", *Loyola Consumer Law Review*, vol. 16:4, 2004, s. 438, 444, 442 och Jones, A. Clifford, "Exporting Antitrust Court rooms to the World: Private Enforcement in a Global Market", *Loyola Consumer Law Review*, vol. 16:4 2004, s. 411

¹⁴⁰ *Empagran S.A. v. F. Hoffman-LaRoche Ltd.* 509 U.S. 764 (1993)

¹⁴¹ Berrisch, Georg m.fl., "E.U. Competition and Private Actions for Damages", *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 24:3, 2004, s. 599f

¹⁴² 15 U.S.C. § 6(a) (2000)

internationella. Tyvärr valde domstolen att vare sig vidareutveckla eller besvara vilken betydelse en sådan teori om ”linked global conspiracy” kan tillmätas. Målet återvisades till andra instansen som nekade kändanden jurisdiktion i den del som baserades på teorin om länk mellan konkurrensskadorna.¹⁴³

Utlåtandet från Högsta domstolen lämnade många frågor obesvarade och rättsläget är fortfarande oklart. Att Sherman Act är tillämplig på utländskt beteende som har effekt på amerikanska marknaden är sedan tidigare fastställt. Framtiden får utvisa huruvida utländska kändanden i andra situationer kan komma att framgångsrikt föra skadeståndsprocesser i USA.¹⁴⁴

¹⁴³ Se Högsta domstolens yttrande, ”Opinion from U.S. Supreme Court in *Empagran S.A. v. F. Hoffman-LaRoche Ltd*”, 542 U.S. 155 [2004]

¹⁴⁴ Ibid. samt se även Suhr, Jeremy ”*Keeping the Door Ajar for foreign plaintiffs in global cartel cases after Empagran*”, Michigan Law Review, 2004, s. 780

6 Avslutande kommentarer

6.1 Analys

6.1.1 Behovet av privat övervakning

I arbetet har jag ställt mig frågan om privat övervakning behövs överhuvudtaget för att konkurrensreglerna mer effektivt ska övervakas? Övervakningen av konkurrensreglerna kan enkelt sägas existera för att skapa en effektiv konkurrens inom EU och att kompensera de som lidit skada av överträdelserna samt för att avskräcka potentiella överträdare. Det kan argumenteras att offentlig övervakning är det bästa sättet att sköta uppgiften och att privat övervakning inte tillför någon ytterligare avskräckande faktor. Det är tillräckligt avskräckande att drabbas av böter, riskera fängelse eller att förlora sitt arbete i det fall ett företag blir dömd för brott mot konkurrensreglerna. Istället för att utveckla harmoniserade regler för konkurrensrättsliga skadeståndsprocesser borde mer ekonomiska medel tilldelas kommissionen för en utökad offentlig övervakning.

Jag ser inte någon stor risk med att ökad privat övervakning skulle påverka eller minska effektiviteten av offentlig övervakning. Offentlig övervakning uppfattar jag som mer inriktad på prevention och tjänar mer offentliga intressen såsom samhället i stort. Privat övervakning är enligt mig huvudsakligen inriktad på kompensation av enskilda parter och tjänar således i större grad enskildas intressen. De aktörer som gynnas mest av att privat övervakning blir mer effektiv inom EU är slutkonsumenterna. Även om samhället i slutändan också drar nytta av privat övervakning och skadeståndets funktion som kompensatoriskt och preventivt, så anser jag att de båda systemen kan fungera bredvid varandra och öka en effektiv konkurrens på den gemensamma marknaden. Eftersom EU har tagit steget mot en utveckling av en effektivare privat övervakning, genom EG-domstolens rättspraxis och processen som lett fram till vitboken, anser jag det inte längre aktuellt att argumentera för en uteslutande offentlig övervakning.

Efter genomgång av utvecklingen av EG-domstolens praxis och situationen i de enskilda medlemsländerna anser jag att det går att urskilja ett behov av privat övervakning. Speciellt regler som vidareutvecklar de existerande, nationella, reglerna så att de blir klarare och mer tillgängliga för skadelidande, och då särskilt konsumenter. Det finns även ett behov av privat övervakning eftersom den offentliga övervakningen inte har tillräckligt med resurser för att uppdaga alla överträdelser. Vidare har EG-domstolen i *Courage*-målet erkänt rätten till skadestånd vid konkurrensrättsliga överträdelser. Därför behövs nu regler eller riktlinjer som ger alla lika möjlighet att föra skadeståndsprocesser och förhindrar att det uppstår forum-shopping inom EU.

6.1.2 Tänkbara resultat av vitbokens förslag

Åsikterna går isär mellan företag, medlemsstater och intresseorganisationer om hur långt en eventuell skadeståndstalan ska sträcka sig eller om det enbart ska regleras på nationell nivå av medlemsstaterna. På ena sidan finns företrädare för en mindre ingripande variant av privat övervakning, ofta företrädd av företagen själva. På andra sidan finns konsumentorganisationer och företrädare för kändanden, som stödjer sig mot USA och förespråkar en mer ingripande privat övervakning.

Förslagen i vitboken ska omvandla den rätt som EG-domstolen i sin rättspraxis har etablerat, till en reell rättighet som inte bara existerar på pappret. Flera av förslagen anser jag kommer att bidra till att fler överväger att föra en skadeståndsprocess. De aktörer som vinner mest på förslagen är konsumenterna som genom en *grupptalan* tillsammans kan minska risken med och kostnaden för processer. Att intresseorganisationer inte skulle vara tillräckligt kompetenta eller intresserade av att föra företrädartalan å konsumenters vägnar tror jag inte kommer resultera i något större problem. Skulle så vara fallet finns det möjlighet att istället föra kollektiv talan (*opt-in*).

Jag anser att det största hindret mot att lyckas vinna en talan i de olika medlemstaterna är bevisföringssvårigheter. Som det ser ut idag har kändanden svårt att exemplifiera bevis i samband med edition eftersom han eller hon ofta saknar vetskap om dess existens. Vitboken löser inte problematiken i den utsträckning som kunde önskats. Fortfarande måste kändanden exemplifiera bevisning i särskilda kategorier. Kanske blir inte privat övervakning det önskade komplementet till offentlig övervakning som vitboken hoppats på utan begränsas till att avse *follow-on*-mål, som baseras på undersökningar utförda av kommissionen eller nationella myndigheter.

Möjlighet till grupptalan ger, som jag beskrivit ovan, konsumenter incitament till att föra talan, trots det består problemet med att ha en faktisk möjlighet att bevisa sin skada. Att vitboken valde att godkänna *övervältring* har både positiva och negativa aspekter. Det positiva består i att det gynnar konsumenter som annars utesluts eftersom de oftast är indirekta köpare. Positivt är att även direkta köpare som övervältrat skadan inte vinner på det konkurrensbegränsande beteendet genom att erhålla skadestånd för en skada de övervältrat. Den negativa aspekten är att den ekonomiska skadan splittras och fördelas på en större grupp skadelidande som var för sig blir mindre benägna att föra en process. Trots de negativa aspekterna anser jag att det är ett klokt val av kommissionen. Övervältring leder till att de som faktiskt har lidit skada har en möjlighet till rättvisa genom att bli ekonomiskt kompenserade.

För att ett konkurrensrättsligt skadestånd ska ha genomslagskraft i Europa tror jag att förslagen i vitboken skulle ha varit mer långtgående än vad som har lagts fram. Editionsplikten kunde ha gjorts något mer kändande-vänlig genom exempelvis mindre krav på kändanden att exemplifiera bevis som han

eller hon kanske inte ens har vetskap om. I någon form tror jag även att dubbelt, eller eventuellt att tredubbelt skadestånd, hade varit önskvärt vid vissa former av överträdelser. Dubbelt eller tredubbelt skadestånd hade även bidragit till att privat övervakning ges en mer preventiv funktion än vad jag anser att den har idag. Samtidigt tror jag att en privat övervakning i likhet med den amerikanska modellen med svårighet hade accepterats i europeisk rättskultur.

Jag ställer mig tveksam till Rüggeberg och Schinkels förslag om ett konsoliderat skadeståndsförfarande. Först och främst måste käranden fortfarande få fastställt i domstol att en överträdelse har skett, där kvarstår svårigheterna för enskilda parter att bevisa en överträdelse av konkurrensreglerna. Vidare anser jag att förslaget har inslag av offentlig övervakning. Rapporten som ska underlätta beräkningen av skadeståndet för käranden ska göras av kommissionen eller nationella myndigheter. Enligt mig liknar produceringen av rapporten i mångt och mycket de utredningar som redan görs inom offentlig övervakning. Det konsoliderade skadeståndsförfarandet kan då ses som en vidare utveckling på *follow-on*-mål, där käranden baserar sin process på fakta som framkommit i tidigare mål eller myndighetsutredningar. Det konsoliderade förfarandet är ett intressant inlägg i debatten även om jag inte anser att det är praktiskt realiserbart eftersom det tar mycket resurser inom den offentliga övervakningen i anspråk. Utan tvekan hade rapporten även tjänat den offentliga övervakningen och resultaten kan vara av nytta för många käranden, men enligt min åsikt vägs de inte upp mot kostnaderna.

6.1.3 Vad kan EU lära av amerikansk privat övervakning?

Det amerikanska systemet genomsyras av ett flertal incitament för käranden att föra skadeståndsprocesser. Som beskrivits tidigare i arbetet har en skadelidande möjlighet att föra grupptalan, att ersättas med tredubbelt skadestånd och bistås av regler som underlättar bevisföring och som minskar kostnadsbördan för käranden. Dessa incitament, den långa historien av övervakning och den amerikanska mentaliteten gör att amerikaner anses mer benägna att föra skadeståndstalan än vad medborgare i EU:s medlemsstater är.¹⁴⁵

Trots att antalet skadeståndsprocesser är många och att en stor del resulterar i positiva utslag för käranden så har det amerikanska systemet kritiserats på ett flertal punkter. Ett problem är att företag som stäms blir utsatta för skadlig publicitet i media, detta kan missbrukas av käranden som kan nå framgång med talan trots att den är ogrundad. När unionen nu utvecklar

¹⁴⁵ Berrisch, Georg m.fl., ”*E.U. Competition and Private Actions for Damages*”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 24;3, 2004, s. 598

regler (alternativt vägledande principer) på området är det samtidigt som USA i viss mån arbetar för att minska antalet processer.¹⁴⁶

Som incitament har tredubbla skadestånd haft önskad verkan, men frågan har ställts om skillnaderna verkligen är så stora mot de skadestånd som döms ut inom unionen. I Europa döms svaranden att betala ränta vid böter från dagen då överträdelsen fastställs, något amerikansk lagstiftning saknar. Vidare ändras inställningen successivt i USA till tredubbla skadestånd och bl.a. har Högsta domstolen varnat för arbetsbördan med alltför många mål med skadeståndskrav på tredubbel ersättning. Domstolarna vill istället förmå käranden att föra skadeståndsmål med anspråk på enkel ersättning.¹⁴⁷

För att motverka att antalet *whistle-blowers* inom EU:s meddelarskyddsprogram blir färre, kan kommissionen utforma regler som minskar dessas exponering i det offentliga. En sådan lösning skulle premiera dessa företag ytterligare en gång och motverka det ursprungliga syftet med vitboken – att ge alla offer ersättning för all skada. I framtiden tror jag att vi kan komma att se skadelidande som söker sig till USA. Trots avgörandet i *Empagran*-målet är rättsläget fortfarande att betrakta som oklart på området. Eventuellt kan amerikansk rättspraxis komma att acceptera utländska konkurrensfall, när käranden kan bevisa en länk mellan den internationella och nationella konkurrensskadan. Utvecklingen kommer att följas med intresse då den är av stor betydelse för EU – konkurrensbegränsande beteende inom EU har allt som oftast en internationell dimension och en länk till USA på något sätt.

Enligt min åsikt kan EU på många sätt dra lärdom av antitrustövervakningen i USA och både dess för- och nackdelar samt de misslyckanden som skett genom åren. Utgångspunkten vid en jämförelse är att grunden för antitrusträtten i USA och EU är baserad på olika syften och helt skilda rättstraditioner. Båda systemen eftersträvar att övervakningen avskräcker från att företa potentiella överträdelser. Men som vi sett tidigare i uppsatsen är EU i högre grad inriktad på att kompensera medborgare som ur konkurrensreglernas direkta effekt härrör rättigheter som kräver skydd. Amerika är vidare baserat på en ideologi som favoriserar privat övervakning och har fostrat medborgare som oftare är benägna att stämna företag, vilket står i kontrast till den rättskultur som existerar i EU. Ur den synvinkeln kommer inte de harmoniserade förslagen som lagts fram i vitboken att öka den privata övervakningen i någon avsevärd mängd. Eftersom de amerikanska särdragen som ger käranden kostnadsincitament fortfarande saknas – eventuella kostnadsskiftningar överlämnas t.o.m. helt till medlemsstaterna – och att det i EU finns en inneboende motvilja att processa i domstol kommer det dröja innan privat övervakning ökar avsevärt.

¹⁴⁶Weber Waller, Spencer ”*The Future of Private Rights of Actions in Antitrust: A Conference Introduction*”, Loyola Consumer Law Review, vol. 16:4, s. 299

¹⁴⁷ *Calderone Enterprise Corp. V. United Artist Theatre Circuit*, 454 F 2d 1292 (2d. Cir. 1971)

Den tydligaste lärdomen som EU drar av amerikansk antitrustövervakning är att kommissionen godkänner övervältring i motsats till den amerikanska ansatsen. Väljer EU slutligen att godkänna övervältring är det viktigt att det följs av harmoniserade processuella regler som minimerar risken att processer i flera medlemsländer förs samtidigt beträffande samma konkurrensskada. Den situation som uppstod efter amerikanska högsta domstolens dom i *Illinois Brick* och de federala lagar som infördes i protest mot domen, inte är ett önskvärt scenario i EU.

6.2 Slutsatser

Vitboken har dragit lärdom av USA. Modellen i USA, innehållandes ett stort antal incitament till att föra skadeståndsprocesser, befinner sig långt från europeisk rättstradition och medvetande. Därför tror jag att kommissionen gör all rätt i att inte föreslå för stora likheter med den amerikanska övervakningen. Detta till trots. Förslagen i vitboken för inte utvecklingen avsevärt framåt och enligt min mening fortsätter rätten till konkurrensrättsligt skadestånd att vara en rättighet på pappret som få inom EU kommer att ha någon reell rätt att förverkliga. Möjligtvis kunde kommissionen ha varit lite mer vågad och lägga fram mer långtgående förslag – vår obenägenhet att processa inom EU hade kanske lett till att farhågor om anstormning av processer trots allt hade uteblivit. Dock är en stegvis utveckling av privat övervakning inom EU kanske det mest realistiska eftersom det i slutändan krävs att europeiska politiker ska godkänna förslagen.

Käll- och litteraturförteckning

EG-rättsligt material

Vitbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler, Bryssel den 2 april 2008, SEK (2008) 404, 405. (KOM (2008) 165 slutlig)

Commission Staff Working Paper accompanying the White paper on damages action for breach of EU antitrust rules, Bryssel den 2 april 2008, SEC (2008) 405. (KOM (2008) 165 slutlig)

Commission Staff Working Document, Accompanying document to the White paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Impact Assessment Report, Bryssel den 2 april 2008, SEC(2008) 405

Kommissionens Grönbok, Skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler, Bryssel den 19 december 2005, SEK (2005) 1732. (KOM (2005) 672 slutlig)

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 001

Vitbok om Modernisering av Reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, Kommissionsprogram nr 99/027, april 1999, KOM 1999 101

Rådets förordning (EG) nr 17/62 av den 21 februari 1962 om första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86, EGT L 13

Litteratur

Craig, Paul och Gráinne De Búrca, ”*EU Law: Text, Cases, Materials*”, fjärde upplagan, Oxford University Press, 2008.

Dahlman, Christian m.fl. ”*Rättsekonomi: en introduktion*”, andra upplagan, Studentlitteratur, 2005.

Jones, A. Clifford, ”*Private enforcement of Antitrust law in the EU, UK and US*”, Oxford University Press, 1999

Lidgard, Hans Henrik och Henrik Norinder, ”*Competition Classics, Material and Cases on European Competition Law and Practices*”, 2008

Renda, Andrea m.fl. ”*Making antitrust damages action more effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios*” Center for European Policies Studies, Report for European Commission, Bryssel, Rom och Rotterdam, 21 december 2007, DG Competition/2006/A3/012.

Waelbroeck, D. m.fl. ”*Study on the Conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition rules: Comparative and Economic Reports*” by Ashurst for the European Commission, DG Competition, 31e augusti 2004

Wahl, Nils ”*Konkurrensskada – skadeståndsansvar vid överträdelser av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen*”, 2000

Artiklar

Baker, I. Donald ”*Revisiting History—What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend To Others?*”, Loyola Consumer Law, vol. 16:4, 2004

Berrisch, Georg m.fl., ”*E.U. Competition and Private Actions for Damages*”, Northwestern Journal of International Law & Business, vol. 24:3, 2004

Cengiz, Firat, ”*Passing on defense and indirect purchaser standing in actions for damages against the violations of competition law: What can the EC learn from US*”, CCP Working Paper 07-21, Center for Competition Policy an school of Law University of East Anglia, 2007

Eilsmanberger, Thomas, ”*The Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: Reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action*”, Common Market Law Review, april 2007, vol. 44

Hodges, Christopher, ”*Competition enforcement, regulation and Civil Justice: What is the case?*”, Common Market Law Review, New York, vol. 43, oktober 2006

Jacobs, Francis G., ”*Civil enforcement of EEC Antitrust law*”, Michigan Law Review, vol. 82, nr 5/6, 1984

Jones, A. Clifford, ”*Exporting Antitrust Court rooms to the World: Private Enforcement in a Global Market*”, Loyola Consumer Law Review, vol. 16:4 2004

Komninos, P. Assimaki, ”*Effect of Commission Decisions on Private Antitrust Litigation: Setting the story straight*”, Common Market Law Review, okt. 2007

Lidgard, Hans Henrik, ”Konkurrenserättsligt Skadestånd”, andra utkastet, Lund, 2008 (tillgänglig hos författaren).

Rüggeberg, Jacob och Maarten Pieter Schinkel, ”Consolidating Antitrust Damages in Europe: A proposal for Standing in Line with Efficient Private Enforcement”, World Competition, vol. 29:3, 2006

Suhr, Jeremy, ”Keeping the Door Ajar for foreign plaintiffs in global cartel cases after Empagran”, Michigan Law Review, nr. 4, 2007

Weber Waller, Spencer ”The Future of Private Rights of Actions in Antitrust: A Conference Introduction”, Loyola Consumer Law Review, vol. 16:4

Woods, Donnacadh, ”Private Enforcement of Antitrust Rules: Modernization of the EU Rules and the Road Ahead”, Loyola Consumer Law Review, vol. 16:4, 2004

Woods, Donnacadh m.fl. ”Private enforcement of Community competition law: Modernisation and the road ahead”, EC Competition Policy Newsletter, Publicerad av general-direktoratet för konkurrens vid EU kommissionen, vol. 2, 2004

Lagstiftning

Fördraget om upprättande av Europeiska Gemenskapen, lydelse enligt EGT C 325, den 24 december 2002.

Sverige

SFS 2002:599 Lag om Grupprättegång

USA

Sherman Act, 15 U.S.C. 1 § (2004)

Clayton Act, 15 U.S.C. 15 § (2004)

Övrigt

Föreläsning av Sven Norberg ”Some practical aspects of the procedure before the European Commission in articles 81-82 cases under Regulation 1/2003”, Lund 17:e Mars 2008 (tillgänglig hos författaren).

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>
(senast besökt 2008-11-14)

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från EG-domstolen

C-295–298/04 *Vincenzo Manfredi och andra mot Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA och andra* [2006], REG 2006, s. I-6619

C-263/02 P *Kommissionen mot Jegó-Quéré* [2004] ECR I 3425

C-253/00 *Antonio Munoz y Cia, Superior Fruiticola SA mot Frumar Ltd, Redbridge Produce Marketing Ltd.* [2002] ECR I-7289

C-453/99 *Courage och Crehan* [2001] REG 2001, s. I-6297

C- 344/98, *Masterfoods Ltd mot HB Ice Cream Ltd* [2000] ECR I-11369

C-186/98 *Nunes and de Matos* [1999] ECR I-4883

C-46/93 & 48/93 *Brasserie de Pêcheurs SA mot Tyskland, ex parte Factortame Ltd* [1996] ECR I-1029

C-128/92 *Banks & Co. Ltd mot The British Coal Corporation* [1994] ECR-1209

C-128/92 *Banks & Co. Ltd mot The British Coal Corporation, Generaladvokat Van Gervens yttrande, 1993-10-27, ECR 1994 s. I-01209*

C-271/91 *M. Helen Marshall mot Southampton och S.W. Hampshire Area Health Auth.,* [1993] ECR I-4367

C-6 & 9/90 *Francovich och Bonifaci mot Italien* [1991] REG 1991, s. 5537

C-22/87 *Kommissionen mot Italien* [1989] ECR s. 163

C-158/80 *Rewe-Handelsgesellschaft Nords Hauptzollamt Kiel* [1981] ECR 1805

C-8/77 *Sagulo, Brence, och Bakhouché* [1977] ECR 1495

C-127/73 *BRT mot SABAM* [1974] ECR 313

C-26/62 *Van Gend & Loos* [1963] ECR 13

C-25/62 *Plaumann & Co mot Kommissionen* [1963] ECR 95

Rättsfall från USA

Empagran S.A. mot F. Hoffman-LaRoche Ltd. 509 U.S. 764 [1993]

Opinion from U.S. Supreme Court in *Empagran S.A. v. F. Hoffman-LaRoche Ltd.*, 542 U.S. 155 [2004]

Conwood Company, L.P. v. U.S. Tobacco Co., 290 F.3d 769 (6e circuit) [2002]

Associate General Contractors of California v. California State Council of Carpenters, 459 US 519 [1983]

Blue Shield of Virginia v. McCready, 457 US 465 [1982]

Illinois Brick Co. V. Illinois, 431 US 720 [1977]

Calderone Enterprise Corp. V. United Artist Theatre Circuit, 454 F 2d 1292 (2a circuit) [1971]

Hanover Shoe, Inc v. United Shoe Machinery Corp., 392 US 481 [1968]