



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Victor Sand Holmberg

En effektiv kartell-lagstiftning och företagens rätt till en rättvis rättegång

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: HT 2013

Innehållsförteckning

Summary

Sammanfattning

1	Inledning	5
1.1	Ämnet	5
1.2	Syfte och frågeställningar	6
1.3	Metod och material	7
1.4	Avgränsningar	8
1.5	Forskningsläge.....	9
2	Bakgrund	10
2.1	Den svenska utvecklingen.....	10
2.2	Syfte och skyddsintressen.....	11
3	Materiell kartell-lagstiftning i Sverige och EU.....	13
3.1	Inledning	13
3.2	Förhållandet mellan europeisk och svensk konkurrensrätt	13
3.3	Kartell-lagstiftningen	15
3.3.1	Avtalskriteriet	16
3.3.2	Samordnat förfarande och parallellt beteende.....	17
3.3.3	Konkurrensbegränsningskriteriet	18
3.3.4	Märkbarhetskriteriet	19
4	Det processuella förfarandet i Sverige och EU.....	20
4.1	Inledning	20
4.2	Myndigheter och domstolar	20
4.3	Beviskrav och bevisbörda	22
4.3.1	Bevisvärderingsprinciper i EU-rätten.....	22
4.3.2	Svenska beviskrav.....	25
5	Svensk Praxis	28
5.1	Inledning	28
5.2	Bensinkartellen (MD 2005:7)	28
5.3	Asfaltkartellen (MD 2009:11)	31
6	Analys och slutsats	35

Käll- och litteraturförteckning

Rättsfallsförteckning

Summary

There is a conflict between having an efficient cartel control and upholding companies right to a fair trial in cartel cases. Our society is characterized by a market economy in need of effective competition. Cartels, where companies cooperate in order to reduce competition, are expensive for the society and its citizens. Companies have great incentives for participating in cartels. The potential profits are large; especially in oligopoly markets where only a few suppliers offers undifferentiated products. It is easy enough for a company to establish a connection with a competitor. The illegal cooperation continues in secrecy behind closed doors. Under these circumstances the Swedish authorities must prove the existence of a cartel in court. In order to discourage companies from collaborating, the fines are severe. Consequently, the judicial procedure must meet certain standards. Cartel trails share similarities with criminal trails. It is fair to argue that the standard of proof should be high when a state authority penalizes private subjects. The question is how high the standard of proof can be before the cost of an inefficient cartel control becomes too heavy for the society?

In the year of 1993 Sweden got a new competition legislation based on EU legislation. However, the Swedish legislator chose to base the rules of the judicial procedure on traditional Swedish legislation and principles. The EU court of justice has through its established practice developed certain principles when it comes to evaluate evidence in cartel cases.

This essay will give an account of the opposing interests in cartel process. I aim to investigate the necessary prerequisites in the present cartel legislation and which standard of proof the Swedish and the EU court are using in cartel cases. Finally, the essay will analyze whether Swedish courts are free to develop its own judicial procedure in cartel trails or if it is in fact an area harmonized by EU law.

In conclusion I have found that Swedish courts are using a standard of proof that lies between what is used in criminal and civil procedures. I have also found that Swedish courts are using the principles developed by the EU court of justice in cartel cases.

Sammanfattning

Det är svårt att stifta en konkurrenslag som effektivt motverkar karteller samtidigt som den tar tillvara företagets rätt till en rättvis rättegång. Vårt samhälle är idag präglad av en marknadsekonomi som är i behov av en välfungerande konkurrens. Karteller är kostsamma för samhället och ytterst för samhällsmedborgarna. Det finns betydande incitament för företag att samarbeta konkurrensbegränsande. Vinsterna kan vara mycket höga, speciellt inom oligopolmarknader som präglas av ett fåtal aktiva aktörer vilka erbjuder odifferentierade produkter. Ett företag kan enkelt etablera en kontakt med ett annat företag via t.ex. en branschorganisation. Samarbetet sker bakom lyfta dörrar. Under dessa omständigheter ska Konkurrensverket bevisa samarbetet i domstol. För att avskräcka företag från att samarbeta konkurrensbegränsande har bötesbeloppen vid en överträdelse av konkurrenslagen satts till mycket höga nivåer. Detta bör dock medföra krav på rättegången. Kartellprocesser har stora likheter med brottmål där parterna åberopar förhör med vittnen och sakkunniga. Det kan argumenteras för att beviskraven ska ställas högt, då Konkurrensverket är en myndighet som ålägger enskilda personer betungande myndighetsbeslut. En central fråga är hur högt beviskraven kan ställas innan kostnaden för samhället blir alltför betungande?

År 1993 fick vi i Sverige en ny konkurrenslag som materiellt baserades på EU:s kartell-lagstiftning. Sverige valde dock att inte ta efter EU:s processuella regler i kartellförfaranden. EU-domstolen har genom åren tagit fram vissa bevisvärderingsprinciper i kartellmål för att komma till rätta med konflikten mellan företagets rätt till en rättvis rättegång och en effektiv konkurrenslag.

Föreliggande uppsats kommer att skildra de olika intressen som står emot varandra i ett kartellmål. Arbetet syftar till att utreda vilka rekvisit som måste uppfyllas för att en kartell ska anses bevisad, samt undersöka vilka

beviskrav som svenska och europeiska domstolar ställer upp i kartellmål. Uppsatsen kommer även att utreda i vilken utsträckning Sverige har möjlighet att utforma sin egen kartellprocess eller om området i själva verket är harmoniserat under EU-rätten.

Sammanfattningsvis har jag funnit att Marknadsdomstolen använder ett beviskrav som är ”förhållandevis högt”. Detta beviskrav ligger mellan ”bortom allt rimligt tvivel” och ”styrkt”. Vidare har jag funnit att Marknadsdomstolen, utan stöd i förarbeten, använder sig av EU-domstolens bevisvärderingsprinciper.

1 Inledning

1.1 Ämnet

På senare år har Konkurrensverket intensifierat sitt arbete med att bekämpa karteller.¹ Trots att förekomsten av karteller länge har varit välkänd, är den moderna kartellbekämpningen en förhållandevis ny företeelse i svenska domstolar. År 1993 fick vi i Sverige en ny konkurrenslag som var baserad på EU:s konkurrensrätt. Målet var att den svenska lagen materiellt skulle överensstämma med den europeiska konkurrenslagen. När det däremot kom till regler om själva förfarandet i konkurrensmål valde den svenska lagstiftaren att behålla den svenska processrätten.

Att lagstifta om ett effektivt och rättssäkert förbud mot kartellbildning erbjuder svårigheter. Det är förhållandevis enkelt för företag att samverka i en kartell. Vinsterna kan vara mycket stora. Straffen vid en fällande dom är därför hårda, bötesbeloppen ska till och med ha en avskräckande effekt. Straffens hårdhet ställer krav på rättegångsprocessen. Processen har stora likheter med brottsmål där parterna inte sällan åberopar förhör med vittnen, partsföreträdare och sakkunniga. Det kan argumenteras för att beviskraven bör ställas högt när en myndighet ålägger privata personer betungande beslut. Bevisfrågor blir avgörande i kartellmål där det kan framstå uppenbart att en kartell föreligger bara av att se på marknaden, men samtidigt finns inga bevis som visar att företagen samarbetar. Konkurrensverket får därmed en tung bevisbörda och frågan är om denna bevisbörda är alltför tung på samhällets bekostnad. EU:s domstolar har genom åren utvecklat presumtionsregler för att råda bot på denna konflikt mellan kravet på en rättvis rättegång och behovet av en effektiv konkurrenslag. Då den svenske lagstiftaren ansett att den svenska processrätten ska användas vid förfarandet i konkurrensmål, uppstår frågan vilka beviskrav och vilken bevisbörda som tillämpas i svenska domstolar i denna typ av mål.

¹ Regeringsuppdrag för KKV:s verksamhet 2009

1.2 Syfte och frågeställningar

Det existerar således en konflikt mellan företagens rätt till en rättvis rättegång och behovet av en effektiv konkurrenslag. EU-domstolen har genom sin processrätt försökt komma till rätta med problemet. Den svenska lagstiftaren valde att inte ta efter EU:s processrätt utan endast kopiera den materiella konkurrenslagstiftningen. Frågan uppstår då hur denna konflikt tar sig uttryck i Sverige.

Ett övergripande syfte med min avhandling är att belysa denna rådande konflikt. I föreliggande avhandling kommer jag att presentera de olika intressen som står emot varandra i ett kartellmål. Jag kommer att utreda vilka rekvisit som behöver uppfyllas för en fällande dom samt vilka beviskrav svenska respektive europeiska domstolar ställer upp.

Den centrala frågeställningen blir därmed:

- Hur har Sverige respektive EU hanterat konflikten mellan bolagens rätt till en rättvis rättegång och behovet av en effektiv konkurrenslagstiftning?

Svaret på denna fråga leder till en rad följdfrågor:

- Är Sveriges lösning förenlig med EU-rätten?
- Vilka beviskrav bör vi ställa upp i svenska kartellmål?
- Gör svenska domstolar en bra avvägning mellan företagens intresse av en rättvis rättegång och samhällets intresse av en effektiv konkurrenslag?

1.3 Metod och material

För att besvara mina frågeställningar kommer jag först undersöka om den svenska materiella kartell-lagstiftning är identisk med EU-rätten. Därefter ämnar jag undersöka hur de processuella reglerna i kartellmål särskiljer sig mellan europeiska och svenska myndigheter. Jag kommer att fokusera på bevisbördan och beviskraven.

I min undersökning har jag anlagt ett komparativt perspektiv. Inledningsvis kommer jag att fastställa gällande kartell-lagstiftning i Sverige och i EU. Att betrakta dessa två regelsystem som två skilda entiteter är dock inte möjligt. EU-rätten har företräde framför svensk nationell rätt på många områden inklusive konkurrensrättens.² Våra rättsordningar blir alltmer sammanflätade. Konkurrensrätten är dock inte fullständigt harmoniserad, utan EU:s konkurrensrätt gäller endast verksamheter som påverkar handel över medlemsstaternas gränser. Grundläggande för förståelsen av den svenska kartell-lagstiftningen är att förstå förhållandet mellan den svenska och den europeiska konkurrenslagen.

För att fastställa gällande rätt har jag gjort en rättsdogmatisk analys. Den rättsdogmatiska analysen går ut på att analysera de olika elementen i rättskälleläran för att fastställa gällande rätt.³ Dessa element brukar enligt svensk tradition utgöras av lag, förarbeten, praxis och doktrin.⁴ Då EU-rätten i vissa fall har företräde framför svensk rätt, påverkas hierarkin mellan våra rättskällor. Man bör hålla i minnet att ett av EU-rättens grundläggande mål är att integrera de nationella hemmamarknaderna till en gemensam marknad.⁵ Detta påverkar tolkningen av de europeiska rättskällorna. EU-domstolen tillämpar ofta en teleologisk tolkningsmetod, med integrationen av den europeiska marknaden som ledstjärna. Nationella

² Bernitz, 2011 sid. 22

³ Kleinman, (red. Korling m.fl.) 2013 sid. 26

⁴ Sandgren, 2007 sid. 37

⁵ Reicher (red. Korling m.fl.) 2013 sid. 111

tolkningsmaterial måste ibland ge vika för EU-rättsliga tolkningskällor.⁶ De europeiska rättskällorna brukar anges vara primärrätten, sekundärrätten, allmänna principer och EU-domstolens praxis.⁷

Den materiella konkurrensrätten i Sverige och EU har fastställts genom att analysera lagtext, förordningar, förarbeten samt doktrin. Doktrinen på området är mycket omfattande. Vidare har vi i Sverige avseende konkurrensrätten sedan år 1993 god tillgång till förarbeten. Jag har dessutom beaktat råd och uttalanden från framförallt EU-kommissionen och Konkurrensverket, som äger viss auktoritet på området. När det däremot kommer till beviskrav och bevisvärdering ger förarbeten och doktrin knapp vägledning. Jag har i denna del varit tvungen att göra en omfattande analys av svensk och europeisk praxis. Samtidigt som EU-domstolen genom åren skapat en massiv praxis har Marknadsdomstolen endast prövat en handfull mål där konkurrensverket yrkat på konkurrensskadeavgift sedan år 1993.

1.4 Avgränsningar

Jag vill i denna uppsats fokusera på kartellförbudet och hur företags samarbeten bevisas i ett kartellmål. När man pratar om karteller syftar man främst på horisontella samarbeten. Därav kommer inte vertikala samarbeten att behandlas i uppsatsen. Uppsatsen kommer inte heller göra något försök att definiera det mycket komplexa samhandelskriteriet. Jag kommer inte heller att utreda begreppet ”den relevanta marknaden”. Trots att jag gjort en omfattande studie av svensk praxis har jag avgränsat mig till att i uppsatsen endast analysera de två största kartellmålen i Sverige under 2000-talet, detta av två anledningar. Primärt på grund av att målen är väldigt omfattande och besvarar många processuella frågor i svenska kartellmål. Sekundärt för att jag vill ge läsaren en möjlighet att applicera den teori som presenteras i kommande kapitel på två utförligt beskrivna fall.

⁶ Reicher (red. Korling m.fl.) 2013 sid. 125

⁷ Bernitz m.fl. 2010 sid. 35 f.

1.5 Forskningsläge

Det finns en överskådlig mängd doktrin som behandlar konkurrensrätten i Sverige och Europa. Därtill tillkommer uttalanden från kommissionen, EU-domstolen samt andra myndigheter. När det däremot kommer till frågor om beviskrav och bevisbörda i svenska kartellmål är området anmärkningsvärt outforskat, trots att det är en så avgörande del av processen. Den som framför allt behandlat dessa frågor i svensk rätt är Ingeborg Simonsson. Ingeborgs doktorsavhandling vid Stockholms Universitet ”Legitimacy in EU cartel control” ska framhållas. Jag finner dock ett behov av att ämnesområdet konkurrensrätt – processrätt belyses av fler författare.

2 Bakgrund

2.1 Den svenska utvecklingen

Sverige har i en internationell jämförelse en mycket fattig tradition när det gäller att bekämpa karteller. Under 1900-talet har den svenska marknaden präglats av omfattande kartellbildningar där branschorganisationerna ofta haft en ledande roll. Från 1950-talet har den svenska rättsutvecklingen tagit små steg framåt, men inställningen var länge att kartellbildningar var en angelägenhet som skulle lösas av näringslivet självt. Staten skulle hålla sig utanför, alternativt försöka lösa konflikter genom dialog. En brytpunkt kom år 1993 i och med tillkomsten av den då nya konkurrenslagen.⁸ År 2008 gjordes en omstrukturering av konkurrenslagstiftningen som inte innebar någon stor materiell förändring. Sverige fick då sin nuvarande konkurrenslag (Konkurrenslagen (2008:579), nedan refererad till som ”KL”).⁹

Sveriges utveckling kan jämföras med USA:s, där man bekämpat karteller i domstol sedan tillkomsten av the Sherman Antitrust Act år 1890.¹⁰ EU-kommissionen har sedan 1960-talet motverkat karteller enligt bestämmelserna som ligger till grund för den svenska kartell-lagstiftningen.¹¹

Den svenska rättsutvecklingen tog främst fart på grund av vårt inträde i EU. Vi tog fram en ny konkurrenslag som materiellt var utformad med EU:s konkurrensrätt som förebild. Statens inställning till karteller ändrades i grunden och man ville nu aktivt bekämpa konkurrensbegränsande företeelser på marknaden. Man ville få fram en konkurrenslag som såg till konsumenternas intressen och som anpassade den svenska marknaden till en

⁸ Bernitz, 2011 sid. 78

⁹ Karlsson m.fl. 2009 sid. 19

¹⁰ Gölstam, 2013 sid. 32

¹¹ Simonsson, JT 2003/04 sid. 716

avreglerad konkurrens ekonomi. Förändringen var så påtaglig att den praxis som utvecklats fram till år 1993 i princip blev ointressant. Istället var det EU-domstolens praxis som blev vägledande.¹²

En mer aktiv kartellbekämpning påbörjades i Sverige år 1999 i och med målen som skulle komma att kallas Plaströrskartellen (MD 2003:2).¹³ Detta betyder att Marknadsdomstolen i princip inte har mer än ett decenniums erfarenhet av att pröva kartellmål med EU-rätten som förebild. 2000-talet har därför inneburit ett eldprov för Marknadsdomstolen, som med begränsade resurser ställts inför komplicerade kartellmål med en massiv och svårtolkad EU-praxis som förebild.¹⁴

2.2 Syfte och skyddsintressen

Konkurrenslagstiftningen syftar till att främja en effektiv konkurrens på marknaden vilket kan utläsas i 1 kap 1 § KL. Konkurrenslagen utgår från att konkurrens, där flera aktörer på marknaden erbjuder konsumenterna snarlika produkter, är något positivt. Det anses nödvändigt att aktörerna i en marknadsekonomi konkurrerar, vilket bidrar till ett ökat välstånd i samhället. Avsaknad av konkurrens antas leda till att företagen inte har några incitament till att effektivisera sina processer eller hålla nere sina kostnader. Ett centralt moment inom en effektiv konkurrens är att det råder en osäkerhet på marknaden.¹⁵ En marknadsaktör ska inte veta vilka strategier dennes konkurrenter planerar. Detta skapar en press på aktören att själv agera så effektivt som möjligt, vilket är positivt för samhället och i längden för konsumenten. Marknaden ska präglas av fri prisbildning och konkurrensen ska fungera som en prisregulator, dvs. att företagen tvingas pressa sina priser för att konsumenterna ska välja deras produkter.¹⁶

¹² Bernitz, 2011 sid. 79

¹³ Simonsson, 2005 sid. 11

¹⁴ Öberg m.fl SvJT 2006

¹⁵ Whish, 2006 sid. 20

¹⁶ Bernitz, 2011 sid. 84

Det primära skyddsintresset bakom konkurrenslagstiftningen blir därmed den ekonomiska välfärden i samhället. EU-domstolen har uttalat att syftet med konkurrenslagstiftningen är att förhindra att konkurrensen snedvrids till nackdel för allmänintresset, de enskilda företagen och konsumenterna.¹⁷ Konsumentkollektivet är alltså ett skyddsobjekt. Genom att företagen tvingas effektivisera sig och pressa sina priser, anses alla samhällsmedborgare gynnas. Konkurrenslagstiftningen syftar inte till att skydda näringsidkarna utan endast till att värna om en rättvis konkurrens. Att mindre effektiva marknadsaktörer slås ut av mer effektiva är ett naturligt resultat av en välfungerande konkurrens.¹⁸

¹⁷ Förenade målen 46/87 och 227/88, Hoechst AG mot kommissionen, REG 1989 s. 2859

¹⁸ Bernitz, 2011 sid. 85

3 Materiell kartell-lagstiftning i Sverige och EU

3.1 Inledning

Förbudet mot karteller återfinns i 2 kap 1 § KL och Art. 101 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (nedan refererad till som FEUF). Begreppet ”kartell” används inte vare sig i svensk eller europeisk rätt. Man talar istället om *konkurrensbegränsande samarbeten mellan företag*. Konkurrensbegränsande samarbeten kan ske i både horisontella och vertikala led. Anledningen till denna uppdelning är att man kan tyckas urskilja olika steg i produktionskedjan; från tillverkare till grossist till detaljist. Horisontella avtal sluts mellan näringsidkare i samma led i produktionskedjan och det är här man hittar de konkurrensbegränsande samarbeten som klassiskt benämns karteller. En kartell föreligger när företag på samma marknad samarbetar i syfte att försvaga konkurrensen, t.ex. genom att komma överens om en gemensam prissättning eller genom att dela upp marknaden.¹⁹ Lagstiftaren ser i allmänhet mildare på vertikala samarbeten.²⁰

3.2 Förhållandet mellan europeisk och svensk konkurrensrätt

För att förstå den svenska kartell-lagstiftningen är det väsentligt att förstå förhållandet mellan den svenska och europeiska konkurrensrätten. Art. 101 FEUF är direkt tillämplig i Sverige. En förutsättning för att Art. 101 FEUF ska bli tillämplig är att det rör sig om konkurrensbegränsningar som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Detta är det så kallade samhandelskriteriet. Har ett svenskt konkurrensbegränsande samarbete på

¹⁹ SOU 2006:99 sid. 126

²⁰ Bernitz, 2011 sid. 59

den svenska marknaden effekt på samhandeln över unionens gränser, så tillämpas både Sveriges och EU:s konkurrensrätt parallellt vilket stadgas i Art. 3 Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna. Det finns då ett konvergenskrav som säger att nationella myndigheter inte får tillämpa den nationella lagstiftningen vare sig strängare eller mildare än vad som stadgas i Art. 101 FEUF. Den nationella svenska rätten får alltså tillämpas vid sidan av EU-rätten men får inte leda till något annat resultat än om EU-rätten tillämpats ensamt.²¹

Det kan ifrågasättas vad det finns för mening med en parallell tillämpning då EU-rätten i slutändan ska följas oavsett. I förarbeten framhåller man att det finns ett värde av att den nationella svenska rätten ansluter sig så nära som möjligt till EU-rätten för att undvika att företag ska möta två regelverk. Man menar att rättslikheten främjas av att domstolarna prövar de två lagstiftningarna parallellt då lagarna kontinuerligt ska stämmas av mot varandra.²²

Om samarbetet däremot endast påverkar den svenska marknaden tillämpas enbart den svenska konkurrenslagen. Svenska förarbeten stadgar dock att domstolen vid tillämpning av den svenska konkurrenslagen ska låta den praxis som utvecklats av EU:s domstolar vara vägledande.²³ Målet är alltså att den svenska rätten ska uppnå materiell rättslikhet med europeisk konkurrensrätt oavsett om samhandelskriteriet är uppfyllt.²⁴ Däremot finns det skillnader när det kommer till de processuella reglerna, där det är svensk process- och förvaltningsrätt som tillämpas. Förarbeten stadgar att i processuella frågor ska svenska förarbeten, praxis och doktrin vara vägledande.²⁵

²¹ Prop. 2003/04:80 sid. 49

²² Prop. 2003/04:80 sid. 50

²³ SOU 2006:99 sid. 126

²⁴ Prop. 2007/08:135 sid. 70 och Prop. 1992/93:56 sid. 19 f.

²⁵ Prop. 2007/08:135 sid. 78

Det bör uppmärksammas att det finns ett övergripande integrationsmål av de europeiska ekonomierna i den europeiska konkurrenslagstiftningen. Bakgrunden till konvergenskravet är att man velat få fram en enhetlig konkurrenslag över hela unionen när samhandeln påverkas.²⁶ Det kan ifrågasättas om detta integrationsmål har en motsvarighet i den svenska lagstiftningen.²⁷ En central fråga är huruvida tillämpningen av den svenska konkurrensrätten kan avvika från den europeiska då samhandelskriteriet inte är uppfyllt.

3.3 Kartell-lagstiftningen

Som ovan angivet finner vi förbudet mot karteller i 2 kap 1 § KL samt Art. 101 FEUF. 2 kap 1 § KL förbjuder avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt. Det går att urskilja tre grundläggande rekvisit för att två företags agerande ska anses strida mot förbudet.

- a) *Avtalskriteriet* - Ett avtal ska föreligga mellan företagen
- b) *Konkurrensbegränsningskriteriet* - Avtalet ska ha ett konkurrensbegränsande syfte eller effekt
- c) *Märkbarhetskriteriet* - Konkurrensbegränsningen måste vara märkbar på marknaden

1 kap 6 § KL jämställer ”samordnat förfarande av företag” med ett avtal. 2 kap 1 § KL uppräknar i sitt andra stycke en rad samarbeten som är förbjudna. Här finner vi prissamarbete, samarbete som begränsar produktion, marknadsuppdelning, diskriminerande överenskommelser och kopplingsförbehåll. De tre förstnämnda samarbetena hör till de vanligaste formerna av kartellsamarbeten. Dessa tillhör den så kallade hårda kärnan i 2 kap 1 § KL på grund av att de anses särskilt allvarliga.²⁸

²⁶ Prop. 2003/04:80 sid. 46 Se även: European Commission Competition Policy 2012 sid. 1

²⁷ Karlsson m.fl. 2009 sid. 21.

²⁸ Bernitz, 2011 sid. 100

Art. 101 FEUF har samma materiella innehåll som 2 kap 1 § KL med undantag från märkbarhetskriteriet som dock utvecklats i EU-domstolens praxis (den så kallade de minimis-regeln).²⁹

Inte alla samarbeten som faller under 2 kap 1 § KL och Art. 101 FEUF är förbjudna. 2 kap 2 § KL och Art. 101.3 FEUF tillåter samarbeten som har positiva effekter i form av att de är kostnadsbesparande och effektivitetsfrämjande. Konsumenterna måste få ta del av de positiva effekterna. Samarbetet får inte vara mer omfattande än nödvändigt för att uppnå de positiva effekterna och konkurrensen får inte sättas ur spel på en väsentlig del av den relevanta marknaden. Typiska tillåtna samarbeten kan vara forskningsprojekt och vissa former av distributionssamarbeten. Det finns vidare så kallade gruppundantagsregler i 2 kap 3 – 5 §§ KL.³⁰

3.3.1 Avtalskriteriet

Vad som klassificeras som ett avtal i konkurrenslagen är långt mycket vidare än det civilrättsliga avtalet.³¹ Avgörande är att det ska föreligga en gemensam vilja mellan parterna att agera konkurrensbegränsande på marknaden. Parternas vilja utläses ur deras faktiska agerande, uttrycksformen saknar därför betydelse. Inte heller har det någon betydelse om avtalet är rättsligt bindande då konkurrensbegränsande avtal alltid är ogiltiga enligt 2 kap 6 § KL och Art. 101.2 FEUF. Juridiskt icke-bindande avtal som parterna ändå har för avsikt att fullfölja brukar benämnas ”gentlemen’s agreement”. Dessa informella uppgörelser räknas som avtal så länge det är ett troget uttryck för parternas vilja.³²

²⁹ Karlsson m.fl. 2009 sid. 174

³⁰ Gustavsson m.fl. 2010 sid. 65 f.

³¹ Bailey m.fl. 2012 sid. 99

³² Karlsson m.fl. 2009 sid. 146

3.3.2 Samordnat förfarande och parallellt beteende

Som nämnt ovan räknas även ett samordnat förfarande som ett avtal enligt 1 kap 6 § KL och Art. 101.1 FEUF. Detta vidgar det konkurrensrättsliga avtalsbegreppet avsevärt då även mycket lösa former av samarbeten förbjuds.³³ Innebörden av ett samordnat förfarande är att parterna tillämpar ett visst förfarande i samförstånd utan att ett avtal föreligger dem emellan.³⁴ Parterna byter ut de risker konkurrensen innebär mot ett praktiskt samarbete. Avgörande är om kontakter har förekommit mellan företagen som kan påverka deras beteende. Tre kriterier har utarbetats av EU-domstolen för att ett samordnat förfarande ska anses föreligga:

- a) Det föreligger ett samförstånd mellan företagen
- b) Företagen har agerat konkurrensbegränsande på marknaden
- c) Det föreligger ett orsakssamband mellan samförstånd och handlande.³⁵

Gränsdragningen mellan det tillåtna och det förbjudna dras mellan det samordnade förfarandet och det parallella uppträdandet. Parallellt uppträdande innebär att aktörer på marknaden visserligen agerar likartat, men den stora skillnaden är att varje aktör agerar på eget initiativ. Många marknader fungerar som så att ett dominant företag är prisledare och de övriga företagen följer dennes prissättning. Att företag gör efterforskningar på sina konkurrenters prissättning är inte olagligt.³⁶ Om företagen däremot utbyter information om framtida prissättningsstrategier talar vi om ett samförstånd. Parallellt uppträdande är framför allt vanligt på oligopolmarknader där det endast finns ett fåtal stora aktörer och där produkterna är i stort sett identiska, t.ex. bensinmarknaden.³⁷ Vad som blir problematiskt är att det på dessa marknader finns stora incitament för

³³ Bailey m.fl. 2012 sid. 115

³⁴ Karlsson m.fl. 2009 sid. 156

³⁵ Mål C-49/92 P, kommissionen mot ANIC Partecipazioni, REG 1999 s. I-4125

³⁶ Whish, 2006 sid. 29

³⁷ Møllgaard m.fl. 2006 sid. 105

företagen att ingå priskarteller. De potentiella vinsterna kan vara mycket stora. En studie av den amerikanska och europeiska marknaden visar att karteller leder till i genomsnitt överprissättning med 25 %.³⁸ Samtidigt är risken för att bli fälld i en domstol förhållandevis liten. Karteller verkar oftast i hemlighet och det krävs tämligen lite kontakt mellan företagen för att ändå effektivt kunna göra upp om prissättningen på marknaden.³⁹ Företagsrepresentanter kan t.ex. träffas fullt legitimt inom en branschorganisation, vilket var fallet i det så kallade Bensinkartellmålet (se 5.2). För att Konkurrensverket ska kunna få bolagen fällda i domstol krävs stark bevisning.

Det blir alltså svårt att dra gränsen mellan vad som är ett tillåtet parallellt uppträdande och vad som är ett samordnat förfarande. Gränsdragningsproblemet utmynnar ofta i praktiken till en bevisfråga, där Konkurrensverket hävdar samordnat förfarande samtidigt som företagen menar att det endast rör sig om parallellt uppträdande. Därav blir de processuella reglerna angående bevisbörda och beviskrav avgörande.

3.3.3 Konkurrensbegränsningskriteriet

Det krävs att det aktuella avtalet eller det samordnade förfarandet har antingen ett konkurrensbegränsande syfte eller en konkurrensbegränsande effekt för att falla in under förbudet i 2 kap 1 § KL eller Art. 101 FEUF.⁴⁰ EU-domstolen har sagt att om ett konkurrensbegränsande syfte har fastställts, är det inte nödvändigt att avtalet faktiskt haft en konkurrensbegränsande effekt för att det ändå ska röra sig om ett förbjudet samarbete.⁴¹ I bedömningen huruvida avtalet eller det samordnade förfarandet syftar till att vara konkurrensbegränsande utgår man inte från parternas subjektiva avsikt utan från huruvida avtalet objektivt sett framstår

³⁸ Connor m.fl. The Antitrust Bulletin, 2006

³⁹ OECD, 2003 sid. 19

⁴⁰ Prop. 1992/93 s. 72 f.

⁴¹ Förenade mål 56/64 & 58/64, Costen och Grundig mot kommissionen, REG 1966 s. 00277

som konkurrensbegränsande.⁴² Man bedömer avtalet mot bakgrund av de ekonomiska och rättsliga sammanhang som företaget verkar inom. I praktiken blir resultatet att om ett avtalsförhållande är bevisat och det rör sig om ett samarbete inom förbudets hårda kärna (se ovan 3.3) är syftet objektivt sett konkurrensbegränsande, oavsett hur företagen argumenterar.⁴³

3.3.4 Märkbarhetskriteriet

Avtalskriteriet är väldigt vidsträckt vilket har framgått ovan. Nästan alla former av avtal mellan företag begränsar i något avseende företagens handelsfrihet och därmed deras möjlighet att konkurrera. Det är därför nödvändigt att avgränsa konkurrenslagstiftningen till att endast vara tillämplig på avtal av ekonomisk betydelse. Märkbarhetskriteriet är uttryckligen angivet i 2 kap 1 § KL. Den motsvarande ”de minimis-regeln” som utvecklats i EU-domstolens praxis utesluter avtal från Art. 101 FEUF tillämpningsområde som inte påverkar konkurrensen märkbart.⁴⁴ Europeiska kommissionen har preciserat vad de anser vara så kallade bagatellavtal genom att definiera vissa tröskelvärden.⁴⁵ Sker samarbetet mellan företag som i storlek understiger dessa tröskelvärden anses samarbetena inte falla under förbudet. Bagatellundantagsreglerna gäller inte för de typer av avtal som uppräknas i förbudets hårda kärna, t.ex. prissamarbeten (se 3.3).⁴⁶ Konkurrensverket har utformat ett Allmänt råd med motsvarande bestämmelser som i EU-kommissionens skrivelse.⁴⁷

⁴² Bernitz, 2011 sid. 113

⁴³ Karlsson m.fl. 2009 sid. 175

⁴⁴ Mål 22/71, Beguelin Import Co mot S.A.G.L Import Export, REG 1971 s. 949 p. 16

⁴⁵ Kommissionens tillkännagivande för ”de minimis” reglerna 2001

⁴⁶ Gölstam, 2013 sid. 75

⁴⁷ Bagatellavtalsrådet KKVFS 2009:1

4 Det processuella förfarandet i Sverige och EU

4.1 Inledning

Den materiella konkurrenslagstiftningen i Sverige och i EU är i princip identisk vilket framgår ovan. När det däremot kommer till konkurrenslagens förfaranderegler bygger dessa på svensk processtradition. Konkurrensverket och svenska domstolar har dock låtit sig inspireras av EU:s konkurrensrätt i många avseenden. Skillnaderna i de processuella reglerna skulle dock kunna medföra olika utfall vid tillämpningen av samma materiella regler.⁴⁸

4.2 Myndigheter och domstolar

Konkurrensverket, precis som EU-kommissionen, ingriper på eget initiativ då de misstänker förekomsten av en kartell. Misstankarna kan uppkomma på grund av enskilda klagomål, massmedia eller egna undersökningar.⁴⁹

En stor skillnad mellan det europeiska och det svenska förfarandet ligger i Konkurrensverkets respektive kommissionens roll. I det europeiska systemet har kommissionen full beslutsmyndighet. Kommissionen kan besluta om att bötfälla ett företag som kommissionen anser har brutit mot förbudet i Art. 101 FEUF. Det olovliga samarbetet måste beröra samhandeln mellan EU:s stater för att kommissionen ska ha behörighet att ingripa. Ett bötfällt företag får ta ärendet till Tribunalen för att försöka få ärendet ogiltigförklarat enligt Art. 263.4 FEUF. Tribunalens dom kan överklagas till EU-domstolen som dock endast gör en laglighetsprövning. Kommissionens ställning blir därmed väldigt stark.⁵⁰

⁴⁸ Simonsson, 2010 sid. 215

⁴⁹ Bernitz, 2011 sid. 202

⁵⁰ a.a. sid. 202

Konkurrensverket får endast ålägga företag att upphöra med konkurrensbegränsande samarbeten vid vite enligt 3 kap 1 § KL. Konkurrensverket får inte likt kommissionen bötfälla företagen på eget initiativ utan måste stämma företagen i domstol. Sådana mål prövas alltid först i Stockholms tingsrätt och överklagas till Marknadsdomstolen som sista instans.⁵¹ De svenska domstolarna gör då en full materiell prövning.⁵²

Konkurrensverket kan yrka på en så kallad konkurrensskadeavgift i domstol enligt 3 kap 5 § KL. Denna typ av avgift är hämtad ifrån EU:s konkurrensrätt. Avgiften kan bli mycket hög med ett övre tak på 10 % av företagets omsättning föregående räkenskapsår. Konkurrensskadeavgiftens storlek fastställs med beaktande av hur allvarlig överträdelse som förekommit, hur länge den pågått samt övriga omständigheter i fallet.⁵³ Dolda priskarteller anses särskilt allvarliga. Vid beaktande av avgiftens storlek uttalar svenska förarbeten i likhet med EU:s konkurrensrätt att avgiften ska vara så stor att den verkar avskräckande för andra företag.⁵⁴

En nyhet i svensk rätt är att personer i ledande ställning på företag som medverkat i en kartell kan ådömas näringsförbud under en viss period, en sanktion som är tänkt att tillämpas vid grövre överträdelser.⁵⁵ Denna nyhet för kartellmålen närmare en brottmålsprocess och enligt doktrinen bör beviskraven påverkas.⁵⁶ Ännu så länge finns inget fall i Sverige där Konkurrensverket yrkat på näringsförbud.⁵⁷

Konkurrensverket har precis som kommissionen långtgående befogenheter när de utreder en misstänkt kartell.⁵⁸ Konkurrensverket kan efter ansökan i Stockholms tingsrätt få genomföra platsundersökningar hos misstänkta företag och i anställdas hem, så kallade gryningsräder, enligt 5 kap 3 – 5 §§

⁵¹ Gustavsson m.fl. 2010 sid. 318

⁵² Prop. 2007/08:135 sid. 75

⁵³ Konkurrensverkets riktlinjer för beräkning av konkurrensskadeavgiften, 2009

⁵⁴ SOU 2006:99 sid. 467 f.

⁵⁵ Prop. 2007/08:135 sid. 172

⁵⁶ Gustavsson m.fl. 2010 sid. 286

⁵⁷ Karlsson m.fl. 2009 ”Konkurrensrätt – en kommentar” sid. 257

⁵⁸ Gustavsson m.fl. 2010 sid. 263

KL. Vidare har Konkurrensverket befogenhet att kräva in uppgifter och handlingar från företag och kalla in personer till förhör enligt 5 kap 1 § KL.

Ett utmärkande element i både den svenska och den europeiska konkurrenslagstiftningen är möjligheten för företag att få eftergift av konkurrensskadeavgiften om företaget självmant avslöjar den kartell i vilken det medverkar enligt 3 kap 12 § KL.⁵⁹ På detta sätt har många karteller avslöjats.⁶⁰

Marknadsdomstolen följer främst rättegångsordningen för hovrätten enligt 8 kap 5 § KL. Konkurrens mål prövas som indispositiva tvistemål enligt 8 kap 2 § KL. Domstolen har därmed en egen utredningsskyldighet. Kartellmål är i regel mycket komplexa. Domstolen är i stort behov av ekonomisk expertis och i plenum sammanträder 3 lagfarna domare och 4 ekonomiska experter. I kartellmål är bevisfrågor och bevisvärdering avgörande och i dessa mål åberopar parterna inte sällan förhör med vittnen, partsföreträdare och sakkunniga. Målen blir därmed lika brottsmål.⁶¹ Företagen har ofta omfattande resurser att lägga på sitt försvar. Konsekvensen är att handläggningstiderna blir långa, t.ex. Asfaltkartellmålet (se 5.3), som tog 27 dagar att utreda i Marknadsdomstolen.⁶²

4.3 Beviskrav och bevisbörda

4.3.1 Bevisvärderingsprinciper i EU-rätten

Bevisbördan i kartellmål regleras i Art. 2 Förordning 1/2003. Den myndighet som gör gällande att förbudet i Art. 101 FEUF har överträtts har bevisbördan för detta påstående. Det ligger alltså på kommissionen att visa att en kartell har förekommit. Företag som vill åberopa att deras samarbete

⁵⁹ Bernitz, 2011 sid. 211

⁶⁰ OECD, 2003 sid. 20

⁶¹ SOU 2006:99 sid. 254

⁶² MD 2009:11

har en positiv effekt enligt Art. 101.3 FEUF har bevisbördan för detta påståande.⁶³

Vilket beviskrav som ska tillämpas i kartellmål regleras däremot vare sig i EU:s lagstiftning eller något svenskt förarbete. Därmed har denna fråga överlämnats till domstolarna.

Som ovan beskrivet är kartellverksamheter svåra att bevisa. Därav får de processuella reglerna angående beviskrav och bevisbördan stor betydelse i kartellmål. Så är fallet framförallt när det kommer till frågan om ett eventuellt samordnat förfarande förelegat (se 3.3.2). Företagen förnekar i regel förekomsten av ett samordnat förfarande och pekar på att det endast rör sig om ett parallellt beteende. Konkurrensverkets tillgång till konkreta bevis är oftast mager och det går sällan att bevisa exakt vad som har hänt.⁶⁴ Denna problematik kommenterades av EU-domstolen i Cementmålet.⁶⁵ Bakgrunden till Cementmålet var att ett antal europeiska cementproducenter slog sig samman för att möta exporten av billig cement från Grekland under 1980-talet. Kommissionen kunde bevisa att en rad möten hade förekommit, bland annat i Stockholm. Under mötena hade en handlingsplan noggrant dokumenterats, vilken gick ut på att företagen tillsammans skulle stoppa exporten från Grekland genom hot och samarbete. Bevisläget var mycket starkt för kommissionen i jämförelse med ett typiskt kartellmål. Trots detta påpekade domstolen att det generellt sett är mycket svårt att bevisa företags deltagande i karteller, då företagen är medvetna om att deras förfarande är olagligt och de är därför mycket försiktiga. Även om kommissionen kan frambringa vissa handlingar som visar att möten har förekommit är denna bevisning ofta fragmentarisk. Domstolen sa att det därmed blir nödvändigt att rekonstruera vissa detaljer med hjälp av slutledning. I de flesta fall kan kartellverksamhet härledas ur flera olika sammanträffanden och indicier

⁶³ Prop. 1992/93:56 sid. 91

⁶⁴ Simonsson, 2005 sid. 73

⁶⁵ Förenade mål C-204/00 – C-219/00 P. *Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen*, Rättsfallssamling 2004, s. I-00123 (Cement)

som sedda i sitt sammanhang bevisar att ett olovligt samarbete har pågått, om annan hållbar förklaring saknas.

Frågan blir då vilken vikt domstolen kan fästa vid ett parallellt beteende på marknaden, t.ex. att flera företag vidtar plötsliga och samtida prisförändringar som inte speglar normala marknadsförhållanden. I Woodpulp⁶⁶ prövades om det hade skett ett samordnat förfarande mellan producenter av pappersmassa. Kommissionen hade ingen bevisning om möten eller kontakter skett mellan företagen, utan stödde sin talan på att det rådande marknadsläget endast kunde förklaras av ett samordnat förfarande. Företagen försvarade sig med att priserna på marknaden var publika och det var naturligt att företagen anpassade sig efter varandra. EU-domstolen ansåg att det parallella beteende som förekommit kunde förklaras av andra marknadsfaktorer. I avsaknad av annan bevisning kunde inte domstolen fastställa konkurrensskadeavgift enbart på grund av onaturliga marknadsförhållanden.

EU-domstolen gjorde klart i det så kallade Polypropylenmålet⁶⁷ att ett samordnat förfarande krävde ett samförstånd mellan företagen, ett parallellt uppträdande på marknaden samt ett orsakssamband mellan dessa två rekvisit (se 3.3.2). EU-domstolen slog samtidigt fast en presumtionsregel. Om ett företag bevisas ha deltagit i någon form av samordning, t.ex. deltagit i ett möte där ett informationsutbyte bevisligen skett, och företaget dessutom agerat parallellt på marknaden, förutsätts företaget ha beakta informationen. Med andra ord presumeras orsakssambandet mellan samordning och parallellt uppträdande. Det är upp till företaget att motbevisa orsakssambandet. Att informationsutbyte kan innebära ett samordnat förfarande har bekräftats i senare praxis.⁶⁸ Presumtionen har visats sig vara mycket stark. Om ett företag får detaljerad insikt i en konkurrents affärsförhållanden så förutsätts att företagets beslutsprocess korrumpas.

⁶⁶ Förenade mål 89/85 m.fl. Åhlström Oysakeyhtiö m.fl. mot kommissionen (Woodpulp II), REG 1993, I-01307

⁶⁷ Mål C-49/92 P, ANIC Partecipazioni mot kommissionen, REG 1999 s. I-4125

⁶⁸ t.ex. Mål C-7/95 P, John Deere ltd mot kommissionen, REG 1998, s. I-3111

Oavsett hur företaget sedan agerar presumeras ett samordnat förfarande. Det behöver då inte ens föreligga ett parallellt uppträdande.⁶⁹

EU-domstolen har fastslagit en annan presumtionsregel vilken avser fall där ett konkurrensbegränsande avtal har slutits.⁷⁰ Det räcker att ett företag är närvarande vid ett möte där ett konkurrensbegränsande avtal uppkommit utan att uttryckligen ta avstånd från samarbetet för att företaget ska anses delaktigt.⁷¹ Om kommissionen kan bevisa att ett visst företag var närvarande vid ett möte där avtal om konkurrensbegränsande beteende uppkommit, ligger det på företaget att visa att det klart tog avstånd från samarbetet för att inte bryta mot Art. 101 FEUF. Företaget kan således inte försvara sig med att det endast passivt lyssnade och att det aldrig hade för avsikt att fullfölja avtalet.

4.3.2 Svenska beviskrav

Sverige och EU har samma bevisbörderegler i kartellmål. Det ligger på Konkurrensverket att bevisa att en överträdelse av 2 kap 1 § KL har skett. Att företagens samarbete skulle haft en positiv effekt och därmed varit undantagen förbudet enligt 2 kap 2 § KL ligger på företagen.⁷²

Det är oklart vilket beviskrav som ska tillämpas när svenska domstolar prövar kartellmål. Som ovan angivits är det endast svensk nationell rätt som tillämpas när ett kartellmål som inte påverkar samhandeln prövas i svensk domstol (se 3.2). Den svenska konkurrenslagen bygger på en frivillig anpassning efter EU:s materiella rätt. Det finns därför i dessa fall inte någon skyldighet att tillämpa EU-rättsliga principer om beviskrav och bevisbörda.⁷³ När en kartells verksamhet däremot påverkar samhandeln,

⁶⁹ Öberg m.fl. SvJT 2006 sid. 34 f.

⁷⁰ Bailey m.fl. 2012 sid. 105

⁷¹ Mål C-199/92 P, Hüls AG mot kommissionen, REG 1999 s. I-4287 p. 155

⁷² Prop. 1992/93:56 sid. 91

⁷³ Simonsson, 2001/02 JT sid. 558

finns det som ovan nämnt en skyldighet att nationella konkurrensmyndigheter och domstolar tillämpar Art. 101 FEUF parallellt med nationella regler.⁷⁴ Tillämpningen av den nationella konkurrensrätten får inte leda till något annat utfall än om Art. 101 FEUF hade tillämpats ensamt.⁷⁵ Principen om lojalt samarbete i Art. 4.3 EU-fördraget (FEU) stadgar en förpliktelse för medlemsstaterna att vidta alla lämpliga åtgärder som behövs för att genomföra målen i fördragen.⁷⁶ Det kan argumenteras för att detta innefattar att svenska domstolar bör anpassa sina beviskrav i kartellmål där samhandelskriteriet är uppfyllt för att främja integrationsmålet i fördraget.

Frågan kvarstår vilket beviskrav som är lämpligt när samhandelskriteriet inte är uppfyllt. Som angivet ovan prövas talan om konkurrensbrott som ett indispositivt tvistemål i allmän domstol (se 4.2). Det råder en utbredd enighet om att rättsfakta i svenska tvistemål ska styrkas.⁷⁷ Konkurrensverkets verksamhet styrs inte enbart av konkurrenslagen utan även förvaltningslagen (1986:223) och förvaltningsprocesslagen (1971:291).⁷⁸ Enligt förvaltningsrättsliga principer bör en myndighet tillse att ärendet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. När en myndighet har bevisbördan för att ålägga en enskild ett betungande beslut bör utredningsskyldigheten vara mer omfattande och beviskravet bör uppnå full bevisning.⁷⁹ Konkurrensskadeavgift klassificeras inte som en straffsanktion enligt svensk rätt utan som en offentlighetsrättslig ekonomisk sanktion.⁸⁰ Dock får inga lagar eller föreskrifter i Sverige meddelas i strid med Europakonventionen enligt 2 kap 19 § Regeringsformen (1974:152). Förarbetena till den nya konkurrenslagen säger att på grund av konkurrensskadeavgiftens stränghet och med beaktande av Europadomstolens praxis bör mål om konkurrensskadeavgift likställas med

⁷⁴ Simonsson, 2005 sid. 25

⁷⁵ MD 2005:7 sid. 39

⁷⁶ Reicher (red. Korling m.fl.) 2013

⁷⁷ Westberg 2012 sid. 377

⁷⁸ Simonsson, 2005 sid. 21

⁷⁹ Edelstam, 1995 sid. 211

⁸⁰ SOU 2006:99 sid. 246 (se även MD 2003:2 sid. 3)

en anklagelse om brott i enighet med Art. 6.1 Europakonventionen (EKMR). Detta betyder att mål om konkurrensskadeavgift måste prövas i ett två-instanssystem som den nuvarande ordningen föreskriver. Förarbetet tar dock inte ställning till om detta skulle påverka processen i övrigt, t.ex. om beviskravet skulle uppnå ”bortom rimligt tvivel”.⁸¹

Förarbetena till den nya konkurrenslagen (2008:579) anser inte att man behöver införa några förändringar i det processuella regelverket rörande kartellmål.⁸² Trots att man återkommande anmärker att bevisfrågor i mål om konkurrensskadeavgift är av stor betydelse och att bevisläget ofta är svårt, undviker man att ta ställning till hur svenska domstolar ska se till EU-domstolens bedömningsprinciper. SOU 2006:99 nämner att det är oklart vilken betydelse EU-rätten har vid tolkning av andra bestämmelser än de materiella i konkurrenslagen.⁸³ Man framhåller att rättegångsbalken är det regelverk som domstolen ska följa. SOU 2006:99 uttrycker en avhållsam ställning till specialdomstolar i allmänhet och framhåller att processuella särregleringar ska undvikas.⁸⁴ Det är anmärkningsvärt att varken SOU 2006:99 eller prop. 2007/08:135, som skrevs i efterdyningarna av Bensinkartellmålet där Marknadsdomstolen klart använde sig av EU:s bedömningsprinciper, inte nämner dessa när man behandlar det processuella regelverket. Man betonar att domstolarna i indispositiva mål har en friare ställning och att därmed har domstolen möjlighet att döma på icke åberopade rättsfaktum. För att processen fortfarande ska vara rättssäker måste domstolen, så fort denna avser att tillämpa en rättsregel som parterna inte berört, lyfta frågan inom ramen för sin processledning.⁸⁵ Förarbetena ger mycket lite vägledning hur domstolen ska göra sin bevisvärdering och lämnar därmed över frågan till rättstillämparen.

⁸¹ SOU 2006:99 sid. 247

⁸² SOU 2006:99 sid. 287

⁸³ SOU 2006:99 sid. 271

⁸⁴ SOU 2006:99 sid. 287

⁸⁵ SOU 2006:99 sid. 288

5 Svensk Praxis

5.1 Inledning

Marknadsdomstolens har i skrivande stund endast prövat en handfull kartellmål. Nedan följer rättsfallsanalyser av de två största kartellmålen i Sveriges historia. Prejudikatvärdet av dessa två mål är stort då domstolen tar ställning till många processuella frågor i kartellmål. Övrig Marknadsdomstolspraxis av intresse är Plaströrskartellen (MD 2003:2), Assistanskåren (MD 2007:23) och Volvohandlarna (MD 2008:12).

5.2 Bensinkartellen (MD 2005:7)

Den 21 februari 2005 meddelade Marknadsdomstolen dom i det så kallade Bensinkartellmålet. I målet tog Marknadsdomstolen både ställning till beviskravet i kartellmål samt tillämpligheten av EU-domstolens bedömningsprinciper i svenska domstolar.

Bakgrunden i målet var att företrädare för Sveriges fem största bensinbolag⁸⁶ träffades vid ett flertal tillfällen under 1999 med det officiella syftet att diskutera olika miljöprojekt. Det visade sig dock att mötena främst handlat om att genomföra en gemensam rabattsanering. Inom bensinbranschen är det främsta konkurrensmedlet rabatter till kunderna, då det officiella bensinpriset, det så kallade stolppriset, generellt ligger på samma nivå hos samtliga konkurrenter. Rabatterna har en tendens att bli större över tiden och det ligger i alla bensinbolags intresse att få dessa sänkta. Den som först sänker sina rabatter kommer att förlora många kunder till konkurrenterna. Konkurrensverket anförde att bolaget brutit mot förbudet i 2 kap 1 § KL genom att avtala om eller samordna en rabattsänkning.

⁸⁶ Statoil, Preem, OKQ8, Hydro, Shell

Marknadsdomstolen uttalade i målet att en konkurrensskadeavgift är att betrakta som en offentligrättslig sanktion. Det ligger på Konkurrensverket att lägga fram en tydlig utredning som visar att KL har överträtts. Domstolen konstaterade att beviskravet är ”förhållandevis högt”.⁸⁷ Vidare påpekade domstolen att avsikten med KL var att så långt som möjligt nå materiell rättslikhet med EG:s konkurrensregler. Om samhandelskriteriet är uppfyllt finns det krav på att Art. 101 FEUF ska tillämpas. Domstolen konstaterade dock att samhandelskriteriet inte var uppfyllt.⁸⁸ Domstolen påpekade att förarbeten till KL framhåller värdet av att den nationella rätten följer EG-rätten även då endast nationella regler ska tillämpas.

Bolagen medgav i varierande omfattning att deras företrädare deltagit i möten med konkurrenter och att frågan om rabattsanering hade kommit på tal. Det var ostridigt att bolagen den 1 november 1999 simultant sänkt stolppriserna samt följande dagar genomfört en rabattsanering. Företagen hade alltså agerat parallellt. Samtliga bolag förnekade att avtal eller samordnat förfarande hade förekommit och menade istället att det var tal om ett rationellt parallellt uppträdande på marknaden.

Marknadsdomstolen ansåg inte att konkurrensverket lyckats visa att företagen ingått ett konkurrensbegränsande avtal. Därmed blev frågan om företagen ändå uppfyllde avtalskriteriet genom att ha ingått i ett samordnat förfarande. Det var avgörande att fastställa vad som egentligen förekommit på mötena. Konkurrensverket framförde både skriftlig bevisning i form av handskrivna anteckningar från mötena samt e-postmeddelanden. Innehållet i anteckningarna var mycket besvärande för bolagen. Ett exempel är *”Preem verkar ha svårt att klara av rabattsaneringen. Där det är decentraliserat”* och *”det behövs en trigger som går ut och sänker”*.⁸⁹ Vidare kunde Konkurrensverket visa på frekvent telefonkontakt mellan bolagen dagarna innan den kollektiva rabattsaneringen. Anteckningarna ihop med övrig bevisning kunde därmed läggas till grund för att konstatera att det under

⁸⁷ MD 2005:7 sid. 16

⁸⁸ MD 2005:7 sid. 40

⁸⁹ MD 2005:7 sid. 25

mötena hade förekommit utbyte av information som varit av betydelse för att kunna genomföra en samordnad rabattsanering. Därmed förelåg både ett samförstånd mellan företagen och ett efterföljande parallellt beteende. I enighet med de principer som utvecklats i EU-domstolens praxis presumerade Marknadsdomstolen att det förelåg ett orsakssamband mellan informationsutbytet och efterföljande parallella marknadsbeteende.

Företagen gjorde gällande att Marknadsdomstolen inte kunde använda de bevispresumtioner som utvecklats av EU-domstolen, då dessa skulle vara främmande för svensk rätt. Domstolen resonerade att om svenska domstolar inte skulle acceptera EU-rättens bevispresumtioner skulle utgången i kartellmål i många fall bli helt beroende av om man tillämpade Art. 101 FEUF eller 2 kap 1 § KL. Detta, menade domstolen, stod inte i överensstämmelse med KL:s syfte att materiellt överensstämma med EU-rätten.⁹⁰ Vidare argumenterade domstolen att bevisbördans placering inte hör till någon formell rätt som är skild från den materiella rätten. Visserligen finns det allmänna principer om bevisbördans placering inom svensk processrätt, men det som bestämmer bevisbördans placering i det enskilda fallet är den materiella rättens utformning. Att svenska förarbeten stadgar att Konkurrensverket har bevisbördan när denne yrkar konkurrensskadeavgift hindrar inte domstolen att använda EU-rättens bevispresumtioner. Även inom EU-rätten har kommissionen hela bevisbördan. Endast när Konkurrensverket eller kommissionen lagt fram tillräckligt stark bevisning får motparten möjlighet att lägga fram motbevisning. Från sitt resonemang drog Marknadsdomstolen slutsatsen att EU-rättens bevispresumtioner kan användas i kartellmål oavsett om förfarandet är att bedöma enligt Art. 101 FEUF eller enligt 2 kap 1 § KL.

Marknadsdomstolen ansåg att bolagen inte kunde motbevisa orsakssambandet och därmed ansågs ett samordnat förfarande föreligga. Avtalskriteriet var därmed uppfyllt.

⁹⁰ MD 2005:7 sid. 30

Då det samordnade förfarandet bevisat handlade om att samordna sina rabatter som var ett form av prissamarbete drog domstolen slutsatsen att syftet objektivt sett var konkurrensbegränsande på ett märkbart sätt. Konkurrensbegränsningskriteriet samt märkbarhetskriteriet var därmed också uppfyllda. Därav kränkte bolagens agerade förbudet i 2 kap 1 § KL.

Marknadsdomstolen förpliktade bolagen att betala 112 miljoner kr i konkurrensskadeavgift.

5.3 Asfaltkartellen (MD 2009:11)

Den 28 maj 2009 meddelade Marknadsdomstolen domen i det så kallade Asfaltkartellmålet. I domen tog Marknadsdomstolen ställning till om kartellmål är att anse som brottsmål och om det ska påverka beviskravet. Domstolen kommenterade även EU-rättens inflytande på det processuella förfarandet i svenska kartellmål.

Asfaltkartellen är fram till idag den största och mest välorganiserade kartell som fällts i svensk domstol. Bakgrunden i målet var att elva företag inom asfaltsbelägningsbranschen mellan 1998 och 2001 kommit överens om priser och delat upp marknaden vid statliga och kommunala upphandlingar. Företagen var mycket dominerande och stod för 80 % av utbudet av asfaltsentreprenad på svenska marknaden.⁹¹ Tingsrätten ansåg att det hade förelegat en asfaltkartell och därmed dömt ut 500 miljoner kr i konkurrensskadeavgift.⁹² Sex bolag överklagade tingsrättens dom till Marknadsdomstolen.⁹³ Samarbetet hade pågått inom en så kallad anbudskartell där bolagen kommit överens om vem som skulle vinna en upphandling, varpå de övriga bolagen hade lagt sina anbud till överpris för

⁹¹ MD 2009:11 sid. 105

⁹² T 5467-03

⁹³ NCC AB, Peab Asfalt AB, Peab Asfalt Syd AB, Peab Sverige AB, Svensk Väg AB samt Sandahls Grus och Asfalt AB. Övriga fällda bolag avstod från att överklaga, däribland Skanska och Vägverket.

att ge sken av att det förekom konkurrens på marknaden. Företagen som inte blev tilldelade upphandlingen komparerades med så kallade ”P-pengar”.

Marknadsdomstolen inledde sina domskäl med att utreda hur domstolen skulle se på beviskrav, bevisbörda och bevisvärdering. Bolagen pekade på att konkurrensskadeavgift anses vara en straffrättslig sanktion enligt Europakonventionens praxis. Därav måste de nationella domstolarna garantera en standard motsvarande brottmål. Beviskravet borde enligt bolagen vara ”bortom allt rimligt tvivel”.⁹⁴ Marknadsdomstolen konstaterade inledningsvis att de svenska förarbetena till KL stadgar att EU-rätten ska ge vägledning vid tolkning av konkurrenslagets materiella bestämmelser. EU-domstolens uttalanden spelar mindre roll när det kommer till förfaranderegler i en kartellprocess. Vägledning ska då främst hämtas från svenska rättskällor. Detta hindrade dock inte Marknadsdomstolen från att hämta viss vägledning från EU-rätten i frågor om beviskrav och bevisvärdering. Domstolen konstaterade först och främst att det låg på Konkurrensverket att så långt som det är rimligt lägga fram bevis som visar att överträdelse har skett. Att Europadomstolen ansett att ett förfarande om konkurrensskadeavgift är att bedöma som en anklagelse om brott betyder inte att samma beviskrav som gäller i brottmål måste gälla i kartellmål. Denna bedömning vann stöd i EU-rätten enligt Marknadsdomstolen.⁹⁵ Marknadsdomstolen hänvisade till MD 2005:7 där man sagt att beviskravet är ”förhållandevis högt” i kartellmål.

Marknadsdomstolen konstaterade vidare att principen om fri bevisprövning tillämpas i Sverige såväl som i Europa. Marknadsdomstolen redogjorde för hur de europeiska domstolarna sett på bevisvärderingen i kartellmål. Man konstaterade att förekomsten av konkurrensbegränsande samarbeten och avtal i många fall måste härledas ur ett antal sammanträffande och indicier

⁹⁴ MD 2009:11 sid. 18

⁹⁵ MD 2009:11 sid. 20, Marknadsdomstolen hänvisade till Förstainstansens dom 8 juli 2008 mål T-53/03, BPB mot kommissionen, p. 61 – 64

som, när de betraktas tillsammans, kan utgöra bevis för att överträdelse av konkurrensreglerna har skett när annan hållbar förklaring saknas.⁹⁶

Därefter utredde domstolen huruvida avtalskriteriet kunde anses uppfyllt utifrån Konkurrensverkets bevisning. Bevisningen baserades främst på ett vittne som var före detta anställd på NCC. Vittnet hade varit arbetschef på NCC och direkt involverad i kontakten med de andra bolagen. Vittnet kunde utförligt berätta om hur bolagen mycket frekvent hade träffats för att avtala om hur kommande upphandlingar skulle fördelas och hur de övriga bolagen komparerades med ”P-pengar”. Överföringen av pengar skedde genom att bolagen fakturerade varandra för arbeten som aldrig utfördes, så kallade ”luftfakturer”. Bolagen hade samarbetat för att hålla upp prisnivån på asfalt i Sverige. Vittnet uppgav att i de fall då bolagen inte kunnat komma överens inför en anbudsgivning kunde priset på asfalt sjunka med uppåt 40 %.⁹⁷ Bolagen hade vidare samarbetat för att stänga ute nya aktörer på marknaden. Vittnets utsagor kunde stödjas av andra vittnen, av dokumentation från möten och konferenslokalsbokningar. Konkurrensverket kunde även visa upp ett stort antal fakturer som vid en närmare granskning inte kunde anses rimliga.

Marknadsdomstolen kunde sammanfattningsvis konstatera att bolagen hade träffat ett antal överenskommelser som i konkurrensrättslig mening är att hänföra till avtal. Avtalskriteriet var därmed uppfyllt. Marknadsdomstolen fastställde att en anbudskartell objektivt sett har ett konkurrensbegränsande syfte på ett märkbart sätt. Konkurrensbegränsningskriteriet samt märkbarhetskriteriet var därmed också uppfyllda.

I fallet ansågs samarbetet vara så pass omfattande att det påverkande handeln mellan EU:s stater. Därmed blev Art. 101 FEUF tillämplig. Domstolen konstaterade att bedömningen som gjorts enligt 2 kap 1 § KL överensstämde med vad som föreskrevs av Art. 101 FEUF.

⁹⁶ MD 2009:11 sid. 24

⁹⁷ MD 2009:11 sid. 94

Marknadsdomstolen kom sammanfattningsvis fram till att fem bolag gjort sig skyldiga till allvarliga överträdelser av 2 kap 1 § KL och Art. 101 FEUF och utdömde en konkurrenskadeavgift på 277 miljoner kr.

6 Analys och slutsats

Som jag skrev i inledningen existerar en konflikt mellan att ha en konkurrenslag som effektivt bekämpar karteller och samtidigt ta till vara bolagens rätt till en rättvis rättegång.

Konkurrenslagstiftningen syftar till att upprätthålla en effektiv konkurrens i samhället. Lagstiftaren anser att hela samhället gynnas av en välfungerande konkurrens där företagen måste anstränga sig att vara bättre än konkurrenterna. Inga överpriser kommer att existera på en marknad präglad av en välfungerande konkurrens. Om överpris råder på marknaden, kommer något företag se möjligheten att sänka sina priser och därmed öka sin marknadsandel. Företagen kommer ständigt ha incitament att sänka sina priser för att roffa åt sig kunder tills dess att företagen går på knäna och då kommer endast det effektivaste företaget att överleva. Den ideala marknaden är hård men rättvis. Om verkligheten ser ut så här kan ifrågasättas, men modellen visar ändå på ett önskat tillstånd där i slutändan samhällets medborgare gynnas.

När företagen samarbetar kan de istället komma överens om ett marknadspris. Samhället kommer att betala mer än vad som krävs för företagets produkter och pengarna går direkt till företagen. Ineffektiva företag kommer att överleva med hjälp av konstgjord andning och nya effektiva aktörer riskerar att utestängas från marknaden. I asfaltkartellen angav vittnen att priset på asfalt kunde sjunka med 40 % om bolagen inte kom överens inför en upphandling. Konkurrensverket menade att samarbetet påbörjades år 1993 och fortgick fram till år 2001. I asfaltkartellen samarbetade bland annat Skanska och NCC. Öresundsförbindelsen byggdes av ett entreprenörkonsortium och kostade omkring 21 miljarder danska kronor.⁹⁸ I konsortiet ingick Skanska och NCC.⁹⁹ Det ska här inte påstås att

⁹⁸ Nationalencyklopedins internetbaserade uppslagsverk

⁹⁹ NCC:s och Skanskas hemsida

Öresundsbron byggdes under inflytandet av en kartell, då insynen i projektet förmodligen var en annan än i de projekt som var aktuella i MD 2009:11, men det får en att tänka.

Behovet av en effektiv konkurrenslag kan inte överdrivas. Konkurrensverket måste kunna utreda och få gehör för sina yrkanden när en kartell föreligger. Bevisbördan bör vila på Konkurrensverket men beviskravet kan visa sig alltför tungt. Företag involverade i en kartell vet att samarbete är förbjudet. De vet att samarbete måste ske bakom lykta dörrar. Företagsrepresentanterna bör ha förstått att dokumentation och skriftlig kontakt ska minimeras. Företagen har goda möjligheter att träffas under utåt sett legitima former. Att samarbeta inom en branschorganisation är inte ovanligt för att t.ex. utveckla standardkontrakt inom branschen. Företagsrepresentanter träffas under arbetsmarknadsdagar, på konferenser, på golfklubben, på klassträffar etc. Det bör rimligtvis vara mycket enkelt för företagen att etablera kontakt med en konkurrent och upprätthålla ett informationsutbyte. De potentiella vinsterna är som ovan angivet mycket stora. Konkurrensverket ska under dessa omständigheter bevisa att företagen haft en gemensam vilja att samarbeta konkurrensbegränsande på marknaden. Ett onaturligt parallellt marknadsbeteende räcker inte, vilket framkommit i Woodpulp. MD 2005:7 och MD 2009:11 visar att en fällande dom i bevishänseende kräver antingen mycket suspekt dokumentation från möten som bolagen medger har förekommit eller att ett mycket väl insatt vittne framträder vars vittnesmål stöds av annan bevisning.

Det finns dock faktorer som talar för ett högt beviskrav. Konkurrensverket är en myndighet som i kartellmål ålägger en enskild ett betungande myndighetsbeslut. Måhända att vissa finner det svårt att likställa en enskild person med företag som Statoil eller Skanska men dessa är ändå enskilda gentemot en statlig myndighet. Inom förvaltningsrätten talas det om att en myndighet måste uppnå full bevisning för att ålägga en enskild ett betungande beslut. Man kan fråga sig om detta beviskrav inte främst motiveras av den ojämna ställning en enskild medborgare har mot en stor

statlig myndighet. Bolagen i MD 2005:7 och MD 2009:11 förfogar troligen över större resurser än Konkurrensverket. Samtidigt kan kartellmål även involvera mindre bolag som t.ex. lokala Volvohandlare i Skåne (MD 2008:12). När staten ålägger en enskild ett betungande beslut, även när det endast rör sig om böter, krävs höga beviskrav för att upprätthålla rättssäkerheten i samhället. Det handlar om en maktindelning mellan verkställande och dömande makt. Det måste existera kontrollmekanismer för att den verkställande makten inte ska bli för mäktig. Man ska komma ihåg att Konkurrensverket förfogar över maktmedel som inte tillkommer enskilda, främst möjligheten att genomföra gryningsräder.

Svenska förarbeten stadgar att en talan om konkurrensskadeavgift är så pass ingripande att det kan likställas med en talan i brottmål enligt Art. 6 EKMR. Frågan bör ställas om detta innebär att det existerar en stark oskyldighetspresumtion fram tills dess att Konkurrensverket har bevisat motsatsen. Marknadsdomstolen stadgade i MD 2009:11, med hänvisning till EU-rätten, att man inte behöver tillämpa ett beviskrav som uppgår till ”bevisning bortom rimligt tvivel”. Detta är nog tur. Skulle domstolarna tillämpa ett så högt beviskrav hade inte många karteller fällts i Sverige. Företagen kan alltid peka på att deras beteende är en naturlig anpassning efter sina konkurrenter. Konkurrensverket skulle sällan kunna bevisa bortom rimligt tvivel att företagen avtalat om att samverka konkurrensbegränsande.

Vid fastställande av vilket beviskrav som är tillbörligt i kartellmål bör man se till vilka sanktioner som den enskilde riskerar vid en fällande dom. Företagen riskerar ett stort bötesbelopp, uppemot 10 % av företagets årsomsättning, samt försämrat renommé. Denna sanktion är i jämförelse med t.ex. fängelsestraff för en privatperson inte påtagligt betungande, vilket skulle motivera ett lägre beviskrav. Däremot finns det även risk för att ledande personer åläggs näringsförbud. Att beröva en person dess levebröd är ett stort ingrepp i den enskildes liv. En sådan betungande sanktion skulle motivera ett mycket högre beviskrav för Konkurrensverket. Det finns ännu så länge ingen praxis där Konkurrensverket yrkat på näringsförbud, så det är

svårt att säga hur domstolarna skulle resonera. Det något oprecisa svar man kommer fram till är att beviskraven i kartellmål bör vara någonstans mitt emellan ”styrkt” och ”bortom allt rimligt tvivel”. Marknadsdomstolen satte ord på det i MD 2005:7 då de sa att beviskravet var ”förhållandevis högt”.

EU-domstolen har försökt komma till rätta med konflikten genom att utveckla bevisvärderingsprinciper. Inom EU-rätten har kommissionen i och för sig ett högt beviskrav. Men då kommissionen väl har lyckats bevisa att ett informationsutbyte har ägt rum samt att företagen agerat parallellt på marknaden, presumeras ett orsakssamband mellan informationsutbytet och företagens agerande. Vidare, om kommissionen kan bevisa att ett möte har ägt rum och att ett konkurrensbegränsande avtal kommit till stånd på detta möte, så presumeras alla närvarande vid mötet ha varit delaktiga i kartellen. Bakgrunden till dessa presumtioners existens hittar man i Cementmålet, där domstolen pekade på bevisvärigheterna i kartellmål. Man stadgade i samma mål att domstolen måste vara fri att dra vissa egna slutsatser utifrån en spretig bevisning om omständigheterna i fallet sedda i sin helhet pekar mot att en kartell föreligger. Man talar om indicier. Domstolen måste enligt min mening vara fri att utifrån olika komprometterande omständigheter lägga ihop ett och ett och fälla bolag för kartellsamarbete. Det blir dock en svår balansgång för domaren som ska upprätthålla rättssäkerheten och samtidigt inte ska vara godtrogen för företagens invändningar. I slutändan tycker jag det kan ifrågasättas varför konkurrenter ska träffas överhuvudtaget. Om de väl träffas i legitima syften bör det ligga på företagen att visa att ett otillåtet samarbete inte förelegat.

År 1993 kopierade Sverige EU:s materiella konkurrensrätt, och vi fick därmed överensstämmande förbud mot karteller. Ett uttalat syfte med vår konkurrenslag är att vi ska uppnå materiell likställdhet med EU-rätten. Hur man ska tolka detta syfte kan diskuteras. Är syftet att våra lagar på papperet är desamma, dvs. att samma rekvisit som stadgas i Art. 101 FEUF återfinnes i 2 kap 1 § KL? I så fall är syftet uppfyllt. Eller går syftet längre än så? Är syftet att vi ska ha samma utgång i ett kartellmål i Sverige som om det

prövats i EU-domstolen. Då skulle det innebära att Sverige även så långt som möjligt ska följa EU-domstolens processuella regler. Vad som talar emot att syftet skulle sträcka sig så långt är att förfarandet i EU respektive Sverige skiljer sig åt väsentligt, framför allt när man ser till Konkurrensverkets respektive kommissionens ställning. Sveriges anpassning till EU:s konkurrensrätt är ett frivilligt åtagande. Så länge ett otillåtet samarbete inte berör samhandeln är vi fria att använda vilka regler vi vill. Det är endast när samhandelskriteriet är uppfyllt som det finns ett krav på parallell tillämpning av Art. 101 FEUF och 2 kap 1 § KL. När samhandelskriteriet är uppfyllt bör det inte finnas någon tvekan om att även EU-domstolens bedömningsprinciper ska användas i svenska domstolar. Kravet som stadgas i Art. 3 Förordning 1/2003 säger att ett konkurrensbegränsande samarbete inte ska bedömas vare sig mildare eller hårdare än i Art. 101 FEUF. Vid den parallella tillämpningen är det som ovan angivet en chimär att den nationella rätten skulle ha någon betydelse. I slutändan ska Art. 101 FEUF ändå tillämpas. Då funktionsfördraget har ett integrationsfrämjande syfte, bör detta tolkas som att såväl materiellt, som vad gäller bevisbörda och beviskrav, ska rättstillämpningen vara enhetlig inom unionen i kartellmål.

När samhandelskriteriet inte är uppfyllt är vi i Sverige fria att göra som vi vill. Svenska förarbeten, som primärt ska vara vägledande, ger domstolen väldigt lite att gå på. Prop. 2007/08:135 framhåller att rättegångsbalken är det regelverk som ska användas vilket skulle innebära svenska processuella principer. I både MD 2005:7 och MD 2009:11 har dock Marknadsdomstolen konstaterat att de EU-rättsliga principerna är tillämpliga i svensk rätt. Marknadsdomstolen har således börjat använda EU:s processuella principer utan stöd i förarbeten. Man kan fråga sig om svenska domstolar har tagit på sig en lagstiftande roll genom att utforma sina egna processregler. Förarbetena erkänner visserligen Marknadsdomstolens något friare roll då konkurrensmål är indispositiva. Oavsett tycker jag Marknadsdomstolen gör helt rätt i att tillämpa EU:s principer. Regler om bevisbördans placering, beviskrav och bedömningsprinciper är så förknippade med den materiella

kartell-lagstiftningen, som i grunden är europeisk, att det inte går att använda det ena utan det andra. Självklart bör domstolen i sin processledning uppmärksamma parterna på att domstolen kommer att använda sig av EU-domstolens bedömningsprinciper när detta blir aktuellt.

Att ha olika beviskrav och bevisbörderegler beroende på om Art. 101 FEUF och 2 kap 1 § KL tillämpades skulle få väldigt besynnerliga konsekvenser. Om företagets samarbete endast skulle beröra den svenska marknaden skulle svenska processuella principer användas. Vi skulle då tillämpa ett beviskrav som i enighet med MD 2005:7 var ”förhållandevis högt”. Bevisbördan skulle placeras enligt svenska processuella principer och inga av EU-domstolens presumtionsregler skulle tillämpas. Om däremot samarbetet var så pass omfattande att samhandeln inom EU påverkades skulle det finnas ett krav på parallell tillämpning av Art. 101 FEUF och 2 kap 1 § KL. EU-domstolens bedömningsprinciper skulle då användas. Utfallet i målet skulle bli annorlunda beroende på hur omfattande kartellen är. Kartellen skulle därmed bli svårare att avslöja om samarbetet endast rör den svenska marknaden. Företagen skulle inför en process möta delvis olika regelverk. Parterna skulle få problem att utforma sin talan, då huruvida samhandelskriteriet är uppfyllt avgörs av domstolen när processen väl har påbörjats.

Den svenska lösningen på den ovan beskrivna konflikten har från lagstiftarens sida varit att lämna över frågan till domstolen. Marknadsdomstolen i sin tur har låtit sig inspireras av EU-domstolens processrätt vad gäller bevisvärderingen i kartellmål. Marknadsdomstolens har förfarit korrekt enligt min mening. I grund och botten är det en fråga om förutsägbarhet. Konkurrensverket, såväl som företagen, måste inför en process veta vilka beviskrav och vilka bevisvärderingsprinciper som domstolen kommer att tillämpa. En enhetlig användning av bevisvärderingsprinciperna bör användas i svenska kartellmål oavsett om samhandelskriteriet är uppfyllt.

Käll- och litteraturförteckning

Offentliga tryck

Proposition 1992/93:56. Ny konkurrenslagstiftning

Proposition 2003/04:80. Moderniserad konkurrensövervakning

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

SOU 2006:99. En ny konkurrenslag

Litteratur

Bailey, David & Whish, Richard ”*Competition Law*” 7:de upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2012
(Citeras: Bailey m.fl. 2012)

Bernitz, Ulf ”*Svensk och europeisk marknadsrätt 1*” 3:de upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2011
(Citeras: Bernitz, 2011)

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders ”*Europarättens grunder*” 4:de upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2010
(Citeras: Bernitz m.fl. 2010)

Edelstam, Gunilla ”*Förvaltningsmyndigheters utredningsskyldighet – en rättssäkerhetsstudie*” Fritzes, Stockholm, 1995
(Citeras: Edelstam, 1995)

Gustafsson, Leif & Westin, Jacob ”*Svensk konkurrensrätt*” 3:de upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2010
(Citeras: Gustafsson m.fl. 2010)

Gölstam, Carl Martin ”*Konkurrensrättens grunder*” Iustus förlag, Uppsala, 2013
(Citeras: Gölstam, 2013)

Karlsson, Johan. Wetter, Carl. Östman, Marie ”*Konkurrensrätt – en kommentar*” Thomson Reuters, Stockholm, 2009
(Citeras: Karlsson m.fl. 2009)

Kleinman, Jan ”*Rättsdogmatisk metod*” i ”*Juridisk Metodlära*” (red.: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro) Studentlitteratur, Lund, 2013
(Citeras: Kleinman (red. Korling m.fl.) 2013)

Reicher, Jane ”*EU-rättslig metod*” i ”*Juridisk metodlära*” (red.: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro) Studentlitteratur, Lund, 2013
(Citeras: Reicher (red. Korling m.fl.) 2013)

Sandgren, Claes ”*Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*” 2:a upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007
(Citeras: Sandgren, 2007)

Simonsson, Ingeborg ”*Legitimacy of cartel control*” Hart Publishing, Portland, OR, USA, 2010
(Citeras: Simonsson, 2010)

Simonsson, Ingeborg, ”*Konkurrensverkets domstolsprocesser 1993-2004 – en utvärdering*” Konkurrensverkets utforskningsserie, Stockholm, 2005:2
(Citeras: Simonsson, 2005)

Westberg, Peter ”*Civilrättsskippling*” Nordstedts Juridik, Stockholm, 2012
(Citeras: Westberg, 2012)

Artiklar

Møllgaard, Peter & Overgaard, Per Baltzer ”*Transparency and competition policy*” i ”*The pros and cons of informations sharing*” (red.: Bergman, Mats) Konkurrensverket, 2006
(Citeras: Møllgaard m.fl., 2006)

Simonsson, Ingeborg ”*Bevisbörda och beviskrav i kartellmål*” Juridisk Tidskrift, Nr. 3 2001/02, sid. 556
(Citeras: Simonsson, JT 2001/02)

Simonsson, Ingeborg ”*Modifiering av den fria bevisföringen vid officialprövning av EG-rättsliga frågor*” Juridisk Tidskrift, Nr. 3 2003/04, sid. 716
(Citeras: Simonsson, JT 2003/04)

Simonsson, Ingeborg. Öberg, Ulf ”*Bensinkartelldomen MD 2005:7 – fördragsstridig tillämpning av EG:s konkurrensrätt*”, SvJT 2006, sid. 34
(Citeras: Öberg m.fl. SvJT 2006)

Connor, John. Lande, Robert ”*The size of cartel overcharges: Implications för US and EU fining policies*” The Antitrust Bulletin, 2006
(Citeras: Connor m.fl. The Antitrust Bulletin, 2006)

Whish, Richard ”*Information agreements*” i ”*The pros and cons of informations sharing*” (red.: Bergman, Mats) Konkurrensverket, 2006
(Citeras: Whish, 2006)

Internetkällor

Nationalencyklopedins internetbaserade uppslagsverk:

<http://www.ne.se/rep/modosam-vag-till-oresundsforbindelsen> (2014-01-03)

NCC:s hemsida:

<http://www.ncc.se/sv/Projekt-och-koncept/Projekt/Oresundstunneln/> (2014-01-05)

Skanskas hemsida:

<http://www.skanska.se/sv/kampanjer/125/oresundsbron/> (2014-01-03)

Övrigt

Europeiska kommissionen, *Report from the commission on Competition Policy 2012*, SWD(2013) 257 Final. 07.05.2013

Finns tillgänglig på:

http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html

(Citeras: European Commission Competition Policy 2012)

Europeiska kommissionen, *Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (de minimis)*, EGT 2001/C 368/07, 22.12.2001.

Finns tillgänglig på:

[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001XC122\(03\):EN:NOT](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001XC122(03):EN:NOT)

(Citeras: Kommissionens tillkännagivande för ”de minimis” reglerna 2001)

Konkurrensverket, *Konkurrensverkets allmänna råd om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579)*, Konkurrensverkets författningssamling (KKVFS) 2009:1, 15.01.2009.

Finns tillgänglig på:

http://www.kkv.se/upload/Filer/Konkurrens/KKVFS_2009-1.pdf

(Citeras: Bagatellavtalsrådet KKVFS 2009:1)

Konkurrensverket, *Metod för att fastställa konkurrensskadeavgift*, Dnr 394/2009, 19.11.2009.

Finns tillgänglig på:

http://www.kkv.se/upload/Filer/Konkurrens/faststalla_konkurrensskadeavgift.pdf

(Citeras: Konkurrensverkets riktlinjer för beräkning av konkurrensskadeavgiften, 2009)

Näringsdepartementet, *Regleringsbrev för budgetåret 2009 avseende Konkurrensverket inom utgiftsområde 24 Näringsliv*, Regeringsbeslut 2008-12-11.

Finns tillgänglig på: http://konkurrensverket.se/t/Page___5944.aspx
(Citeras: Regeringsuppdrag för KKV:s verksamhet 2009)

OECD, *"Hard Core Cartels, Recent Progress and Challenges Ahead"*
OECD Publications, Paris, Frankrike, 2003

Finns tillgänglig på:

[http://www.oecd.org/regreform/sectors/reportsbythecompetitioncommittee.h
tm](http://www.oecd.org/regreform/sectors/reportsbythecompetitioncommittee.htm)

(Citeras: OECD, 2003)

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Mål T-53/03, *BPB mot kommissionen*, REG 2008 s. II-01333

Förenade mål C-204/00 – C-219/00 P. *Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen*, REG 2004, s. I-00123

Mål C-7/95 P. *John Deere ltd mot kommissionen*, REG 1998, s. I-3111

Mål C-49/92 P. *ANIC Partecipazioni mot kommissionen*, REG 1999, s. I-4125

Mål C-199/92 P. *Hüls AG mot kommissionen*, REG 1999, I-4287

Förenade målen C-46/87 och C-227/88, *Hoechst AG m.fl. mot kommissionen*, REG 1989 s. 2859

Förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 och C-129/85. *Åhlström Oysakeyhtiö m.fl. mot kommissionen (Woodpulp II)*, REG 1993, I-01307

Förenade målen 56/64 och 58/64, *Établissements Consten S.A.R.L. och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Europeiska ekonomiska gemenskapens kommission*, REG 1966 s. 00277

Mål 22/71, *Beguelin Import Co mot S.A.G.L Import Export*, Begäran om förhandsavgörande, REG 1971, s. 949

Marknadsdomstolen

MD 2009:11 (Asfältskartellen)

MD 2008:12 (Volvohandlarna)

MD 2007:23 (Assistanskåren)

MD 2005:7 (Bensinkartellen)

MD 2003:2 (Plaströrskartellen)

Tingsrätt

Mål nr T 5467-03 Stockholms tingsrätt