



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Otto Andersson

Privat övervakning av EU:s antitrustregler genom kollektiv prövning

Kan den privata övervakningen på ett effektivt sätt säkerställa ersättning för små spridda konkurrensskador?

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Jörgen Hettne

Termin för examen: HT14

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Metod	8
1.3.1 EU-rättslig metod	8
1.3.2 Utblick USA och EU:s medlemsstater	9
1.3.3 Ekonomisk metod	10
1.4 Disposition och material	10
1.5 Forskningsläget	12
1.6 Avgränsningar	12
1.7 Terminologi	13
2 EU:S ANTITRUSTREGLER OCH DESS INVERKAN PÅ NATIONELL RÄTT	15
2.1 Målen med fördragets antitrustregler	15
2.1.1 Allmänt	15
2.1.2 Skyddssyften i 101 FEUF	15
2.1.3 Skyddssyften i 102 FEUF	16
2.1.4 Sammanfattning	17
2.2 Direkt effekt och företräde	18
2.2.1 Fördragets direkta effekt	18
2.2.2 Processuell autonomi och inga nya former för talan	20
2.2.3 Effektivitetsprincipen	21
2.2.4 Rätten till ett effektivt domstolsskydd	23
2.2.5 Rätten till skadestånd	25
3 EKONOMISKA INCITAMENT	27
3.1 Allmänt	27
3.2 Kostnader	28

3.2.1	Allmänt om rättegångskostnader	28
3.2.2	Kärandesidans sammansättning	28
3.2.3	Kostnader för företrädare	29
3.2.4	Fördelning av rättegångskostnader	30
3.3	Ersättning	31
3.4	Sannolikhet	32
3.5	Speciella problem med kollektiv prövning: Blackmail settlements	32
4	MOT EN ENHETLIG REGLERING FÖR RÄTT TILL SKADESTÅND	33
4.1	EU-rättsliga förarbeten	33
4.1.1	Grönbok 2005	33
4.1.2	Vitbok 2008	34
4.1.3	Arbetsdokumnet 2011	35
4.2	Rekommendation 2013	36
4.2.1	Allmänt	36
4.2.2	Prövningstillstånd	37
4.2.3	Företrädare	37
4.2.4	Finansiering	37
4.2.5	Identifiering av gruppmedlemmar	38
4.2.6	Ersättning	38
4.2.7	Kommentarer	38
5	RÄTTSLÄGET I EU IDAG OCH DIREKTIV 2014	39
5.1	Tillgång till bevis	39
5.1.1	Allmänt	39
5.1.2	Något om eftergiftsprogram	40
5.1.3	Förhållandet mellan eftergiftsprogram och rätten att söka skadestånd	41
5.1.4	Handlingar hos EU:s institutioner	43
5.2	Finansiering	44
5.2.1	Allmänt	44
5.2.2	Begränsning av principen om att förloraren betalar enligt EKMR	44
5.3	Indirekta skadelidnas talerätt	45
5.3.1	Övervältring	45
5.3.2	Umbrella Pricing	46
5.4	Direktiv 2014	46
5.4.1	Allmänt	46
5.4.2	Skadestånd	47
5.4.3	Bevisning	47
5.4.4	Indirekta köparens talerätt	49
5.4.5	Övrigt	49
5.4.6	Kommentarer	49
6	UTBLICK USA	50
6.1	Prövningstillstånd	50

6.2	Finansiering	52
6.3	Skadestånd	52
7	DISKUSSION OM KOLLEKTIV PRÖVNING	53
7.1	Former för kollektiv prövning	53
7.1.1	Allmänt	53
7.1.2	Testfall	53
7.1.3	Företrädartalan	53
7.2	Opt-in eller opt-out	55
7.2.1	Allmänt	55
7.2.2	Opt-in	55
7.2.3	Opt-out	56
7.2.4	En hybrid modell?	58
7.3	Finansiering	59
7.3.1	Allmänt	59
7.3.2	Riskavtal	59
7.3.3	Tredjepartsfinansiärer	60
7.3.4	Rättegångsförsäkringar	61
7.3.5	Konsumentfonder	61
8	SAMMANFATTANDE ANALYS	63
8.1	Upplägg för analysen	63
8.2	Motiven bakom Courage	63
8.3	Kollektiv prövning och det EU-rättsliga ramverket	64
8.3.1	Allmänt	64
8.3.2	Talerätt	65
8.3.3	Bevisning	65
8.3.4	Ersättning	69
8.4	En effektivt EU-rättsligt reglering för kollektiv prövning?	70
8.4.1	Allmänt	70
8.4.2	Företrädare	71
8.4.3	Identifiering av skadelidna	72
8.4.4	Prövningstillstånd	74
8.4.5	Finansiering	74
8.4.6	Sammanfattning av frågan	75
8.5	Slutkommentar	76
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	78
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	87

Summary

By interpretation of the antitrust rules in the EU primary law the ECJ has determined that any person who has suffered loss due to a breach of those rules have the right to seek damages. For a long time it was up to the member states to make sure that this right was sufficiently protected. In 2005 the EU legislator began a harmonization initiative for this right. In the preparatory acts it was deemed that consumers are unable to obtain redress for small and scattered damages. The main problem lies in the lack of economic incentives to initiate such claims. In the preparatory works and the doctrine a regulation for collective redress has been put forward as the solution to the problem. In 2013 the anticipated regulation took the form of a recommendation instead. However, very recently a directive has been adopted on the right to seek damages for breach of the EU antitrust rules. The directive should be incorporated before 2017.

I have mainly had two goals with this paper. The first goal was to establish the rationale behind the right to seek damages for breach of the EU antitrust rules. In doing so I would then be able to discuss what the purpose for enabling consumers to seek compensation for small and scattered damages are. The second purpose was to determine how a regulation of the right to damages or collective redress would fit into the legislative framework of the EU. I did this in order to discuss if it is possible to create an effective regulation for collective redress at EU level within such a framework.

One important conclusion that I make in this paper is that the main goal of compensating consumers who have suffered small and scattered damages following breach of EU antitrust rules is to maintain the efficiency of those rules. In turn, this means that the primary goal for enabling consumers to seek damages through collective redress is not to compensate the consumers. Instead the main goal is to be able to hold companies in breach of the antitrust rules fully accountable for all harm they have caused. Thus, when considering a regulation of collective redress, this purpose should be accounted for.

Furthermore I have identified that there is a tension between the right to damages and the possibility for national authorities to discover, prevent and penalize those in breach of EU competition law through so called leniency programs. The purpose of leniency programs is to discover cartels by granting immunity to cartel members provided that certain conditions have been met. While interpreting primary law the ECJ has held that to categorically deny access to files that have been handed in to authorities due to such programs is forbidden. With the new directive the EU legislators have wished to limit ECJ rulings. My conclusion is that the directive cannot do so since the directive constitutes secondary and therefore cannot limit primary law.

In the end my findings suggest that it is possible to create an efficient regulation for collective redress within the legislative framework of the EU. On the other hand it seems like political obstacles exist for doing so.

Sammanfattning

Genom att tolka primärrätten har EU-domstolen fastställt att varje person som drabbats av skada till följd av företags överträdelser av EU:s antitrustregler (s.k. konkurrensskada) har en rätt att söka ersättning för sådan skada. Utformningen av hur rätten ska säkerställas har länge legat på EU:s medlemsländers bord. Under 2005 tog EU-lagstiftaren de första initiativen till att skapa ett harmoniserat regelverk för rätten att söka ersättning för konkurrensskador. I EU-rättsliga förarbeten konstaterades då att konsumenter inom EU inte har någon möjlighet att söka ersättning för små spridda konkurrensskador p.g.a. bristande ekonomiska incitament. För att göra det möjligt för konsumenter att söka ersättning för sådana skador har det i EU:s förarbeten och av doktrin föreslagits att en gemensam reglering om kollektiv prövning ska upprättas. Regleringen uteblev och i dess ställe tillkom 2013 en rekommendation. Ett direktiv om rätten att söka ersättning för konkurrensskador har nyligen antagits. Direktivet ska vara införlivat före 2017.

Mina syften med detta arbete har framförallt varit två. Först har jag ämnat utröna vad syftet med rätten att söka ersättning för konkurrensskador är, för att sedan diskutera vad syftet med att möjliggöra för konsumenter att söka ersättning för små spridda konkurrensskador kan vara. Därutöver har jag haft avsikten att undersöka hur en reglering av rätten att söka skadestånd eller kollektiv prövning förhåller sig till det EU-rättsliga ramverket, för att för att kunna identifiera om det är möjligt att skapa en effektiv reglering för kollektiv prövning på EU-nivå inom detta ramverk.

En viktig slutsats som görs i arbetet är att syftet med att möjliggöra för konsumenter att erhålla ersättning för små spridda konkurrensskador är upprätthålla effekten av EU:s antitrustregler. Detta betyder att syftet i första hand inte är att kompensera skadedrabbade utan snarare att överträdare av antitrustreglerna ska kunna hållas fullständigt ansvariga för skador som de orsakat. En reglering om kollektiv prövning bör ta fasta på detta syfte.

Vidare har identifierats att det råder en motsättning mellan rätten att söka ersättning för konkurrensskador och myndigheters möjlighet att upptäcka, förhindra och bötfälla överträdare av konkurrensreglerna med så kallade eftergiftsprogram. Eftergiftsprogrammen syftar till att upptäcka karteller genom att under vissa förutsättningar erbjuda kartelldeltagare immunitet från sanktionsavgifter. EU-domstolen har framhållit att det inte är förenligt med rätten att söka ersättning för konkurrensskador att kategoriskt neka tillgång till handlingar som inkommit i enlighet med sådana program. EU-lagstiftaren försöker genom det nya direktivet upphäva EU-domstolens förbud – Min slutsats är här att direktivet inte kan upphäva förbudet eftersom sekundärrätt inte får begränsa primärrätt.

Oberoende av förbudet anser jag att det inom det EU-rättsliga ramverket finns goda förutsättningar för att skapa en effektiv reglering för kollektiv prövning. Däremot verkar det finnas politiska hinder mot att göra så.

Förord

Ni är många som förtjänar mitt tack för att ha bidragit till en lustfylld och intressant studietid i Lund. Till er säger jag följaktligen: Tack! Några personer har haft en så framträdande roll för tillkomsten av detta arbete att ett särskilt tack riktas måste till dem:

Tack till min handledare Jörgen Hettne för att du har kommit med viktiga synpunkter och kommentarer på arbetet.

Tack till mina föräldrar för att ni alltid har stått bakom mina beslut.

Tack till Andrea Berk för att du förgyllt min tillvaro och för att du korrekturläst mitt arbete.

Tack till Alexander ”Allr” Dahlman för ohämmad vänskap och för att du korrekturläst mitt arbete.

Här vill jag också passa på att skriva några rader om tillkomsten av detta arbete.

Folk påstår att det till en början kan vara trögt att skriva ett examensarbete men att det går lättare när examensarbetet börjat leva sitt eget liv – sådana påståenden är fullkomligt trams! I början av processen kanske du inte skriver så mycket men du äger mod, styrka och förhoppning.

Till en början märks det knappt. Du spenderar en extra halvtimme med arbetet genom att pyssla om det lite och bearbeta dess spretiga och ovårdade språk – det hjälplösa arbetet kan ju inte rå för det. När arbetet är lite ledset och oroligt kanske du skummar igenom några extra artiklar innan du låter arbetet vila för kvällen: Så att du kan trösta och förvissa arbetet om att det inte finns något motstridigt praxis under sängen. Sedan går det snabbt. Självständigt och utan invit sällskapar arbetet dig till träningspass, till biosalonger och som en ovälkommen extragäst till middagsbjudningar. Det en gång tama och bräckliga arbetet har växt sig modigt, starkt och förhoppningsfullt.

Men det är ändå lögnaktigt att påstå att examensarbeten skaffar sig egna liv; examensarbeten är fullständigt tillfreds med att snylta på sina författares liv.

Lund, 25 mars 2015
Otto Andersson

Förkortningar

ECJ	Court of Justice of the European Union
ECLI	European Case Law Identifier
EESK	Europeiska ekonomiska och sociala kommittén
EKMR	Europeiska konventionen för mänskliga rättigheter
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
Europadomstolen	Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
F.3d	Federal Reporter, Third Series
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure
GD	Generaldirektoratet
Kommissionen	Europeiska kommissionen
LBK	Lovbekendtgørelse
RB	Rättegångsbalk
S.Ct	Supreme Court Reporter
SMF	Små och medelstora företag
Stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
SFS	Svensk författningssamling
USA	Amerikas förenta stater
US Supreme Court	Supreme Court of the United States

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Inom EU pågår en diskussion om hur förhållandet mellan offentlig övervakning (public enforcement)¹ och privat övervakning (private enforcement)² av konkurrensregler bör regleras. Mer specifikt förs kanske diskussionen om hur den privata övervakningen kan få ökat genomslag.³

Offentlig övervakning har inom EU:s konkurrensrätt länge varit betydligt viktigare än privat övervakning.⁴ Fram tills förordning 1/2003 trädde ikraft hade kommissionen i princip exklusiv kompetens att utföra den offentliga övervakningen.⁵

Kommissionen har under lång tid önskat öka den privata övervakningen, dels för att avlasta kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna, dels för att öka effektiviteten i tillämpningen av konkurrensbestämmelserna och därmed deras avskräckande effekt.⁶

I fallet *Courage* fastställdes att varje person (såväl fysisk som juridisk) har rätt att grunda en skadeståndstalan direkt på de EU-rättsliga artiklarna 101.1 och 102 FEUF. EU-domstolen påminde även om att artiklarna äger horisontell direkt effekt mellan enskilda och att medlemsländerna är skyldiga att skydda de rättigheter som skapas genom artiklarna.⁷ Rätten konfirmerades och förtydligades något i fallet *Manfredi*.⁸

¹ Med offentlig övervakning menas i detta arbete att tillämpningen av artiklarna 101 och 102 FEUF (tillsammans med nationella motsvarigheter) sker på initiativ av nationella konkurrensmyndigheter eller kommissionen.

² Med privat övervakning menas i detta arbete att tillämpningen av artiklarna 101 och 102 FEUF (tillsammans med nationella motsvarigheter) sker på initiativ av privata aktörer genom att söka civilrättsliga påföljder vid en nationell domstol.

³ Rodger (red.) (2014), s. 4.

⁴ Whish and Bailey (2012), s. 295 f.

⁵ Rodger (red.) (2014), s. 5.

⁶ Whish and Bailey (2012), s. 295 f; Se vidare: Notice on cooperation between national courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty, EUT 1993 C 39 s. 5 (se särskilt p. 4, 6 och 11) och Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82, EUT L 1 s. 1 (se särskilt ingressen p. 1, 3 och 7).

⁷ Mål C-453/99, *Courage och Crehan* [2001], p. 23 och 36. Fallet refereras utförligare *supra* kap. 2.1.3.

⁸ Förenade målen C-295/04 till C-298/04, *Manfredi* [2006]. Fallet refereras utförligare *supra* kap. 2.1.3.

I kommissionens Grönbok 2005⁹ och efterföljande Vitbok 2008¹⁰ uppställde kommissionen en rad frågor över hur rätten att bli kompenserad skada liden till följd av överträdelser av antitrustreglerna (s.k. konkurrensskada) på ett effektivt sätt kunde realiserats av EU-rätten. I både Grönbok 2005 och Vitbok 2008 uppmärksammades att det finns svårigheter eller omöjliga hinder för konsumenter (och SMF) att få ersättning för små spridda konkurrensskador.¹¹

Med små spridda konkurrensskador menas i detta arbete en konkurrensskada som har drabbat två eller fler personer (fysiska eller juridiska) till följd av en och samma händelse. Skadan som drabbat enskilda utgör i sig inga större belopp men sammantaget kan skadan vara omfattande.

För att öka konsumenters möjlighet att söka ersättning för små spridda konkurrensskador har det i Grönbok 2005, Vitbok 2008 och Arbetsdokument 2011 framförts förslag om att införa en reglering för kollektiv prövning inom EU.¹²

Förarbetena resulterade både i, rekommendation från kommissionen om gemensamma principer för kollektiv prövning av ansökningar om förbuds-föreläggande och av ersättningsanspråk vid åsidosättande av rättigheter som garanteras enligt unionsrätten (Rekommendation 2013),¹³ och direktiv 2014/104/EU om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrens-rättsliga bestämmelser (Direktiv 2014).¹⁴

I en studie sammanfattad av Rodger 2014 om privat övervakning i konkurrensfall inom EU¹⁵ framgår det att 3.2 % av den privata övervakningen kan tillskrivas individuella konsumenter, medan endast 0.4 % (5 st) kon-

⁹ Grönbok – Skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler, KOM(2005) 672 slutlig (Härefter: Grönbok (2005)).

¹⁰ Vitbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler, KOM(2008) 165 slutlig (Härefter: Vitbok (2008)).

¹¹ Se bl.a: Grönbok (2005), s. 9; Vitbok (2008), s. 4 och Tzakas i Legal Issues of Economic Integration (2014), s. 229.

¹² Grönbok (2005), s. 6; Vitbok (2008), s. 9 och Arbetsdokument från kommissionens avdelningar offentligt samråd: Mot en enhetlig EU-strategi för kollektiv prövning, SEK(2011) 173 (härefter: Arbetsdokument (2011)), p. 6.

¹³ Kommissionens rekommendation 2013/396 av den 11 juni 2013 om gemensamma principer för kollektiv prövning av ansökningar om förbuds-föreläggande och av ersättningsanspråk vid åsidosättande av rättigheter som garanteras enligt unionsrätten, EUT L 201 s. 60 (Härefter: Rekommendation (2013)).

¹⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104 av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska Unionens konkurrensrättsliga bestämmelser, EUT L 349 s. 1. (Härefter: Direktiv (2014)).

¹⁵ Rodger (red.) s. 8, 12, 86, 88 ff och 104; Studien gäller för perioden 1 maj 1999 till 1 maj 2012 för alla stater (exkluderat Tyskland) som var eller blev medlemmar i EU under perioden. För Tyskland gäller studien perioden 1 januari 2004 till 31 december 2009. Studien hade som mål att kartlägga alla konkurrensfall framför nationella domstolar (baserat på 101 eller 102 FEUF (eller dess nationella motsvarigheter)) och inkluderar mål som söker andra åtgärder än skadestånd (t.ex. intermistiska åtgärder).

kurrensmål drivits av två eller flera konsumenter tillsammans (t.ex. genom kollektiv prövning).¹⁶

I motsats till inom EU utgör den privata övervakningen ett betydande inslag i USA:s rättsordning.¹⁷ Ungefär 90 % av konkurrensfallen initieras i USA av privata aktörer.¹⁸

1.2 Syfte och frågeställning

Denna studie har sin grund i Rekommendation 2013 och Direktiv 2014 som båda tillkommit i kölvattnet av *Courage*. Syftet med detta arbete är tvåfaldigt. Först ämnar jag klargöra vad syftet med att kunna söka ersättning för konkurrensskada är. Därefter avser jag utröna hur och om detta syfte kan uppfyllas helt eller delvis genom kollektiv prövning. Den första frågan jag tänker besvara är:

1) *Vilka är det/de underliggande motiv/motiven bakom rätten som uttrycktes i Courage?*

För att kunna göra en rättvis bedömning av hur detta syfte kan uppnås med kollektiv prövning måste jag ta hänsyn till den EU-rätt som antingen begränsar eller främjar rätten att söka ersättning för konkurrensskada. Min andra fråga är därför:

2a) *Vilket är det EU-rättsliga ramverket som rätten att söka ersättning för konkurrensskada och kollektiv prövning har att förhålla sig till?*

2b) *Uppstår det några intressekonflikter mellan ramverket och rätten att söka ersättning för konkurrensskada eller kollektiv prövning?*

Svårigheten eller kanske det ogynnsamma klimatet för konsumenter att initiera en skadeståndstalan då dessa drabbats av små spridda konkurrensskador har vid flera tillfällen benämnts *rationell apati*.¹⁹ Motsatsen till rationell apati är rättegångsmissbruk eller excessivt processande. Med bekymrade blickar riktade mot USA:s system för kollektiv prövning har EU-lagstiftaren och ett antal medlemsstater uttryckt en oro för att ett liknande

¹⁶ Rodger (red.) (2014) s. 162.

¹⁷ Rodger (red.) (2014) s. 3 ff.

¹⁸ Se officiell statistik från USA på

<http://www.albany.edu/sourcebook/ind/ANTITRUST.ind.html> (Hämtad 2015-01-12)

¹⁹ Rapport från Center of European Policy Studies, Erasmus University Rotterdam och Luiss Guido Carli, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 2007, (Härefter: Rapport från Center of European Policy Studies m.fl. (2007)), s. 277. Tillgänglig:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf (Hämtad 2015-02-03)

system ska växa fram i EU.²⁰ Excessivt processande och rättegångsmissbruk kan leda till den avskräckande effekten blir så stor att den avskräcker även från lagligt beteende vilket skadar konkurrensen (*over-deterrence*).²¹ Den sista frågan jag ämnar utröna är därför:

3) *Går det att skapa ett effektivt EU-rättsligt regelverk för kollektiv prövning som samtidigt undviker rättegångsmissbruk och excessivt processande inom det EU-rättsliga ramverket?*

Min utgångspunkt är att förklara hur olika regleringar påverkar konsumenters incitament till att bli del av en kollektiv prövning, för att därefter diskutera hur en kollektiv prövning kan regleras effektivt. Ibland görs hänvisningar till andra parter perspektiv när detta kan belysa problem med att t.ex. skapa ett allt för effektivt system för kollektiv prövning (vilket kan skada konkurrensen). Frågeställningarna kommer att besvaras både utifrån ett *de lege lata*- och ett *de lege ferenda*-perspektiv.

1.3 Metod

1.3.1 EU-rättslig metod

Arbetet utförs främst med rättsdogmatisk metod. Då det nästan uteslutande är EU-rätt som analyseras i arbetet förhåller jag mig till den EU-rättsliga normhierarkin. Centralt att observera är att allmänna rättsprinciper utgör primärkällor samt att EU-domstolen är det organ som framtolkar dessa principer.²²

EU-domstolens rättspraxis är avgörande för EU-rätten varför det är av betydelse att beakta vilka tolkningsmetoder EU-domstolen använder sig av. I korthet nämns de tolkningsmetoder som är av störst betydelse för denna framställning.

Eftersom stora delar av EU-rätten är inkomplett hänvisar EU-domstolen gärna till fördraget eller allmänna rättsprinciper i sin tolkning. Fortsatt drar EU-domstolen ofta analogislut när de allmänna rättsprinciperna kan användas för att sammanbinda EU:s olika rättsområden (då *mutatis mutandis*). Där EU-rätten är diffus tenderar EU-domstolen att använda sig av teleologisk tolkning. Vid en sådan tolkning tar EU-domstolen ofta hjälp av fördraget eller de allmänna principerna. Slutligen kan nämnas att EU-domstolen sällan drar slutsatser *e contrario*.²³

²⁰ Commission staff working paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404 (härefter: Arbetsdokument till Vtöbok (2008)), p. 29.

²¹ Commission staff working document Accompanying document to the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules – Impact Assessment, SEC(2008) 405, s. 23 f.

²² Hettne och O. Eriksson (red.) (2011), s. 40 ff.

²³ Hettne och O. Eriksson (red.) (2011), s. 158 ff.

Vidare kan EU-domstolen anlägga en komparativ metod. Eftersom det inte finns någon enhetlighet inom EU av hur kollektiv prövning regleras²⁴ kan en komparativ metod fylla två syften i anslutning till denna framställning: i) EU-domstolen kan finna att en reglering väl överensstämmer med nationell rätt i EU:s medlemsländer och därefter införa regeln i EU-rätten. Detta förutsätter emellertid att det inte existerar allt för stort motstånd mot en sådan lösning från medlemsländerna. ii) EU-domstolen kan hävda att de inte är bundna av någon specifik lösning eftersom det råder betydande skillnad mellan medlemsstaterna.²⁵

Då doktrin tillmätts något mindre vikt inom EU-rätten än i den svenska rätten används doktrin främst för att framföra idéströmningar inom EU samt för att kritisera respektive argumentera för rådande och föreslagna EU-rättsliga normer.²⁶

Förarbeten tillmätts en något mindre vikt inom EU än vad en svensk jurist är van vid. På senare tid har förarbeten inom EU fått en ökande betydelse. I detta arbete framställs grönböcker och en vitbok med tillhörande arbetsdokument. EU-domstolen har inte uttalat vilken ställning sådana förarbeten har i EU-rätten, men generaladvokater, medlemsstater och kommissionen har hänvisat till sådana arbeten i sina ställningstaganden.²⁷

Enligt artikel 6.3 FEU ingår EKMR i EU-rätten som allmänna principer men det förutsätter att EU ansluter sig till EKMR, något som inte gjorts ännu (art. 6.2 FEU).²⁸ EU-domstolen använder sig ändå av EKMR som stöd när den utarbetar allmänna rättsprinciper. Alla medlemsstater inom EU har ratificerat EKMR. Att EU inte är medlem i EKMR kan innebära att Europadomstolen och EU-domstolen utfärdar motstridiga domslut.²⁹

1.3.2 Utblick USA och EU:s medlemsstater

En kortfattad och begränsad utblick kommer att göras till amerikansk rätt vad gäller kollektiv prövning. Syftet med en sådan utblick är att öka förståelsen för hur kollektiv prövning kan regleras och vilka effekter detta kan medföra.³⁰

I USA:s rättsordning är USA:s högsta domstols (US Supreme Court) domar bindande för alla federala domstolar. De 13 federala appellationsdomstolarnas domar är endast bindande för de federala domstolarna i appellationsdomstolens krets. Detta kan i sällsynta fall innebära att en appellationsdomstol utfärdar ett beslut som står i strid med tidigare beslut fattat av en annan

²⁴ Rekommendation (2013), ingressen p. 12.

²⁵ Bergström och Hettne (2014), s. 388 f.

²⁶ Hettne och O. Eriksson (red.) (2011), s. 120 ff.

²⁷ Bergström och Hettne (2014), s. 56 och 59 ff.

²⁸ Se vidare yttrande 2/13 från domstolen (plenum) av den 18 december 2014 (särskilt p. 258): Där EU-domstolen hävdade att ett föreslaget anslutningsavtal inte var förenligt med bl.a. art. 6.2. FEU eftersom anslutningsavtalet inte säkerställde unionens särdrag och autonomi.

²⁹ Bergström och Hettne (2014), s. 172 f och 184 ff.

³⁰ Bogdan (2003), s. 28 f.

appellationsdomstol. Om sådana konflikter uppstår är det vanligt att US Supreme Court löser konflikten.³¹

Valet av USA för rättslig utblick motiveras huvudsakligen på två grunder. För det första är USA både konkurrensrättens och den kollektiva prövningens ursprungsland. För det andra sker privat övervakning av konkurrensregler i stor utsträckning i USA.

Vid utblicken är jag medveten om att regleringen i USA kan syfta till att uppnå ett mål som är skilt från det mål som EU ämnar uppnå med liknande reglering. Därtill kan underliggande faktorer i EU:s rättsordning medföra att en liknande reglering i EU inte nödvändigtvis får samma effekt som den har i USA.³²

Främst i de delar det saknas övergripande EU-reglering kommer även vissa av de löningar som finns hos EU:s medlemsländer (eller rättssystem med liknande rättstraditioner)³³ att belysas.

1.3.3 Ekonomisk metod

Grundläggande ekonomisk teori kommer att användas för att förklara hur olika regler påverkar konsumenters incitament till att initiera domstolsprövning.³⁴

En begränsning av den ekonomiska teorin är att skadeståndssökande inte endast motiveras av ekonomiska intressen. Andra intressen (så som att 'sätta dit' stora företag som har agerat omoraliskt) kan också ha motiverande eller avskräckande effekt. Hviid och Peysner argumenterar för att de ekonomiska incitamenten har stor betydelse i konkurrensrätten eftersom drivkrafter så som personlig integritet, personlig säkerhet eller personligt rykte inte står på spel.³⁵

Användandet av den ekonomiska teorin motiveras med att de ekonomiska incitamenten är lättidentifierade och att lagstiftning är ett lämpligt instrument för att förändra ekonomiska incitament. Vidare tenderar EU-lagstiftaren och EU-domstolen att använda ekonomiska argument inom konkurrensrätten.³⁶

1.4 Disposition och material

I kapitel 2 görs en utredning av syftet med EU:s antitrustregler. Därefter följer en beskrivning av vad den direkta effekten innebär och hur denna förhåller sig till den processuella autonomin, effektivitetsprincipen och rätten till ett effektivt domstolsskydd. Det material jag använt i kapitel 2 är främst praxis

³¹ Jones (1999), s. 20 ff.

³² Bogdan (2003), s. 52 ff.

³³ I detta fall Norge

³⁴ Hettne och O. Eriksson (red.), s. 122 ff.

³⁵ Hviid och Peysner i Rodger (red.) (2014), s. 210 ff.

³⁶ Ex.: Mål C-557/12, *Kone m.fl.* [2014], som refereras *supra* kap. 5.3.2.

från EU-domstolen. För överblick och kommentarer på rättsläget har doktrin även använts, då främst: Craig och De Búrca (2011), Bergström och Hettne (2014), Manzini i Cortese (red.) (2014), Milutinović (2010) och Whish och Bailey (2011).

I kapitel 3 beskrivs genom grundläggande ekonomisk teori vilka ekonomiska faktorer som påverkar konsumenters val att initiera domstolsförfarande. Kapitlet har skrivits särskilt med beaktande av kollektiv prövning och konkurrensskador. För att skriva detta kapitel har ett standardverk inom ekonomi (Perloff (2009)) använts för grundläggande förståelse. Därtill har ett antal artiklar mer specifikt inriktade på privat övervakning av konkurrensrätt använts, främst: Hviid och Peysner i Rodger (red.) (2014) och Ulen i Backhaus m.fl. (red.) (2012).

I kapitel 4 skildras förarbeten till Rekommendation 2013 och Direktiv 2014 för att klargöra mål och hinder med regleringarna. Därefter följer en redogörelse över Rekommendation 2013. Det material som använts för att skriva kapitlet har företrädesvis varit Rekommendation 2013 och EU-rättsliga förarbeten så som Grönbok 2004, Vitbok 2008 och Arbetsdokument 2011. I kapitlet yttras vissa kommentarer ur relevant doktrin på Rekommendation 2013.

I kapitel 5 utreds det EU-rättsliga ramverket som en EU-rättslig reglering om kollektiv prövning idag har att förhålla sig till. Framförallt belyses tre viktiga områden: bevisning, finansiering och talerätt. Därpå görs en redogörelse av centrala bestämmelser i Direktiv 2014 med fokus på bevisning och talerätt. I slutet av kapitlet presenteras några synpunkter på Direktiv 2014. Det material som använts till kapitlet har främst varit EU-domstolens praxis tillsammans med vissa bindande och icke-bindande EU-instrument samt Direktiv 2014.

I kapitel 6 ges en överblick av USA:s rättssystem beträffande kollektiv prövning. Fokus ligger i kapitlet på domstolarnas initiala prövningstillstånd. För att skaffa bakgrundsinformation om USA:s reglering har i första hand doktrin använts: Andreangelis bidrag i Rodger (red.) (2014) har varit av stor vikt för min förståelse. I övrigt baseras kapitlet främst på amerikansk lag och praxis.

I kapitel 7 utreds några av den kollektiva prövningens centrala frågor som hittills förblivit oreglerade: form för kollektiv prövning, identifiering av gruppmedlemmar till kollektiv prövning samt finansiering av talan behandlas här. Kapitlet är till sin natur något spekulativt. På området finns inget standardverk varför jag i stor mån har använt mig av rapporter från och till EU samt juridiska artiklar. Av de artiklar och rapporter som har varit av störst betydelse återfinns: Riley och Peysner i *European Law Review* (2006), Rapport från Katholieke Universiteit Leuven (2007), Benöhr i *Journal of Consumer Policy* (2013), Hodges i Rodger (red.) (2014) och Tzakas i *Legal Issues of Economic Integration* (2014).

Slutligen försöker jag sammanfatta materialet och besvara mina frågeställningar i kapitel 8.

1.5 Forskningsläget

Den kollektiva prövningen inom konkurrensrätten eller mer generellt den privata övervakningen av antitrustregler, är ett ämne som debatteras flitigt inom EU idag. Flera medlemsstater har nyligen reformerat sina regleringar vad gäller kollektiv prövning (däribland Danmark, Nederländerna och Sverige) eller är i bevåg att göra så (England).

I skrivande stund finns det inget verk som på ett bra samlat sätt redogör för kollektiv prövning av EU:s antitrustregler. Den främsta anledningen till detta är att det saknas heltäckande bindande reglering på området. Däremot finns en uppsjö av doktrin som företar komparativa studier för kollektiv prövning och det produceras månatligen flera artiklar på området.

Med EU:s 28 medlemsländer och över 500 miljoner invånare har det, oaktat min språkliga begränsning till engelska och svenska, varit omöjligt för mig att tillgodogöra mig all doktrin. Ett visst urval har behövt göras. Urvalet har skett på två grunder där jag försökt få med: i) den mest aktuella doktrinen och ii) den mest relevanta doktrinen (de arbeten som främst refererats till).

Det är mot denna forskningsbakgrund mitt arbete ska förstås. Avsaknaden av fulltäckande EU-rättslig reglering har i vissa delar gett uppsatsen något av en övergripande karaktär, vilket gett utrymme för diskussion och argumentation.

För att hitta material till uppsatsen har jag främst använt hänvisningar i redan funnet material, Juridicums bibliotek, kommissionens hemsida,³⁷ Lunds universitets databaser på internet (så som Libris, Lovisa, LUBsearch och Westlaw), och tidskriften *European Current Law*.

1.6 Avgränsningar

För den som skadas eller påverkas av konkurrensbegränsande beteenden finns det andra möjligheter att begränsa denna påverkan än att söka monetär kompensation, exempelvis genom intermistiska åtgärder eller nullitet.³⁸ Då dessa åtgärder inte avhjälper redan inträffad skada och på grund av arbetets storlek faller sådana åtgärder utanför framställningens ramar.

Effektiva sätt att söka monetär ersättning kan finnas utanför domstolars ramar (t.ex. genom medling eller förlikning). Sådana frivilliga lösningar föredras ofta av båda parter bl.a. beroende på att de kan innebära kostnads-

³⁷ Kommissionen, 2014 *Antitrust*, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html (Hämtad 2015-02-15)

³⁸ See Rodger (red.) (2014), s. 8 och 124.

minskningar och tidsvinster. Frivilliga tvistlösningsmetoder är emellertid beroende av att det finns ett underliggande tvingande tvistlösningssystem. Utformningen av frivilliga tvistlösningsmetoder kommer därför att lämnas utanför arbetet. Med detta sagt kommer dock det tvingande tvistlösningssystemets påverkan över parternas vilja att förlikas förklaras något.³⁹

Då detta arbete syftar till att undersöka konsumenters möjligheter att söka monetär ersättning vid små spridda konkurrensskador lämnas de problem som större privata aktörer kan drabbas av utanför arbetet. Även små och medelstora företag (SMF) kommer att lämnas utanför framställningen även om flera av problemen som tas upp i arbetet likväl kan gälla denna grupp. Detta då vissa viktiga skillnader ändå kan utrönas (ex. möjligheter för SMF att erhålla ersättning för utebliven vinst).

Enskilda medlemsländers regleringar över kollektiv prövning omfattas inte av uppsatsen. Snarare försöker arbetet presentera ett helhetsgrepp över rättsläget inom EU. Ibland kommer hänvisning till nationella regelsystem göras eftersom sådana kan vara betydande där det saknas reglering på EU-nivå.

1.7 Terminologi

I detta arbete har jag valt att uteslutande benämna konceptet att två eller flera personers rättsliga intresse gemensamt prövas av en företrädare i domstol för *kollektiv prövning*. Terminologin används eftersom det är den terminologi som används i Rekommendation 2013. Andra termer för samma företeelse kan vara grupptalan eller grupprättegång (i engelskan används bl.a. collective redress (främst inom EU) eller class action (främst i USA)).

Som kommer att framgå i arbetet finns det en rad olika alternativ till hur kollektiv prövning regleras med beaktande av t.ex. företrädare, identifiering av gruppmedlemmar eller hur talan kan finansieras – samtliga av dessa regleringsalternativ kommer att benämnas kollektiv prövning.

Undantaget från benämningen av kollektiv prövning är regleringar där två eller fler personers rättsliga intresse gemensamt prövas av domstol och samtliga parter behåller sina individuella rätter att fritt disponera över processen.⁴⁰

De personer som ämnar få sin talan prövad genom kollektiv prövning men inte utgör en drivande part i målet benämns *gruppmedlemmar*.

I framställningen definieras *konsument* som en slutanvändare av en produkt eller tjänst vars huvudsakliga intresse med produkten eller tjänsten inte är kommersiellt.

³⁹ Se Arbetsdokument till Vitbok (2008), p. 44.

⁴⁰ Ex.: SFS 1942:740, 14 kap. RB.

Termen *antitrustregler* alternativt *antitrustbestämmelser* kommer att användas för artiklarna 101 och 102 FEUF och deras nationella motsvarigheter. Huvudregeln i arbetet är att jag inte gör skillnad på EU-rättsliga och nationella antitrustregler. När jag gör skillnad på EU-rättsliga och nationella antitrustregler kommer detta att framgå tydligt i texten. I kapitel 6 används terminologin uteslutande om de amerikanska konkurrensrättsliga förbudsreglerna.

För enkelhets skull hänvisar jag i texten uteslutande till artiklar så som de är placerade i fördragen idag. Detta oberoende av om jag hänvisar till nyare eller äldre rättsfall, kommentarer eller förordningar etc..

De svenska språkversionerna av EU-domstolens praxis använder beteckningarna *effektivt rättsskydd* och *effektivt domstolsskydd* synonymt. Den senare benämningen förekommer främst i de mer aktuella domsluten varför jag benämner principen *effektivt domstolsskydd*.

2 EU:s antitrustregler och dess inverkan på nationell rätt

2.1 Målen med fördragets antitrustregler

2.1.1 Allmänt

Doktrinen är idag relativt överens om att skyddet av konsumenters välfärd är ett av de primära målen med EU:s konkurrenslagstiftning.⁴¹ Det kan här påpekas att skyddsobjekten för EU:s konkurrenslagstiftning har förändrats över tid.⁴²

2.1.2 Skyddssyften i 101 FEUF

Artikel 101.1 förbjuder konkurrensbegränsande överenskommelser mellan företag. Första stycket av artikel 101 FEUF karaktäriseras av distributiva syften, enligt Manzini kan vissa av de värden som artikel 101 FEUF är tänkt att skydda direkt utläsas ur artikeln. Han menar att punkterna 101.1(a-c) förbjuder sådana avtal som syftar till att ge företag ökade inkomster på bekostnad av konsumenter om kostnader inte beror på förbättrad service eller kvalitet på tjänster eller varor. Vidare menar Manzini att punkterna 101.1(d-e) förbjuder avtal där företag gör ökade intäkter från sina handelspartners utan att dessa handelspartners åtnjuter förbättrad service eller kvalitet på tjänster eller varor.⁴³

Avsikten med det undantag från artikel 101.1 som ges av 101.3 är inte dock inte enkelt att utläsa.⁴⁴ I fallet *Metro I* framgick det att skyddet för en effektiv konkurrens inom EU kan förenas med skyddet av andra intressen. Då det är nödvändigt för skyddet av andra legitima mål kan en begränsning av konkurrensen tillåtas, dock inte i väsentlig mån.⁴⁵

För att undantaget i punkt 101.3 ska vara tillämpligt måste fyra kriterium uppfyllas:

i) I första stycket av 101.3 framgår att en begränsning av konkurrensen kan göras om beteendet ökar den ekonomiska effektiviteten d.v.s. främjar produktionen eller distributionen av varor, tekniskt eller ekonomisk utveckling. Enligt fallet *Consten Grundig* måste dessa ekonomiska förbättringar kompensera för de konkurrensbegränsningar som beteendet medför.⁴⁶

⁴¹ Se bl.a.: Craig och De Búrca (2011), s. 959 f; Manzini i Cortese (red.) (2014), s. 33; Whish och Bailey (2009), s. 19 ff.

⁴² Craig och De Búrca (2011), s. 960.

⁴³ Manzini i Cortese (red.) (2014), s. 23 f.

⁴⁴ Manzini i Cortese (red.) (2014), s. 24.

⁴⁵ Mål C-26/76, *Metro mot kommissionen* [1977], p. 21.

⁴⁶ Förenade målen 56 och 58/64 *Consten och Grundig mot kommissionen* [1966], s. 296.

ii) Att konsumenterna tillförsäkras en skälig del av vinsten. Kommissionen klargör här att för att undantaget ska vara tillämpligt får konsumenter som sämst lämnas skadelösa (neutrala) av avtalet. Endast ett ökat välstånd i samhället som helhet är alltså inte tillräckligt.⁴⁷

iii) Av 101.3(a) framgår att avtalet inte får gå utöver det som är nödvändigt för att uppnå effektivitetsvinster.

iv) Slutligen stadgas det i punkten 101.3(b) att konkurrensen inte i väsentlig mån får sättas ur spel. Nämnvärt är att i Kommissionens riktlinjer framgår det att det yttersta syftet med denna punkt är att skydda konkurrensprocess-en för att säkerställa att kortsiktiga effektivitetsvinster inte leder till effektivitetsminskningar på lång sikt (i form av t.ex. minskad innovation eller högre priser).⁴⁸ Bestämmelsen syftar således främst inte till att skydda konkurrenterna i sig – Ett sådant skydd är endast sekundärt.⁴⁹

Utöver de skyddsintressen som framkommit ovan utgör också marknadsintegration ett skyddsintresse för artikel 101 FEUF. Detta framgick bl.a. från *GlaxoSmithKlein*.⁵⁰

2.1.3 Skyddssyften i 102 FEUF

Artikel 102 FEUF förbjuder företag att missbruka sin dominerande ställning. Att vara dominerande utgör i sig inget missbruk. Manzini gör en liknande skyddsanalys av artikel 102:s punkter som han gjorde för punkterna i artikel 101.1. Han menar att skyddssyftet i 102 (a-b) motsvarar skyddssyftet i 101.1(a-c) och punkterna 102(c-d) äger samma skyddssyfte som punkterna 101.1(d-e).⁵¹

Någon motsvarighet av skyddet för ekonomisk effektivitet som stadgas i artikel 101.3 finns inte utskrivet i artikel 102. Genom EU-domstolens tolkning och utveckling av rättsläget har däremot skyddssyftena i artikel 102 allt mer kommit att motsvara de skyddssyften som finns i 101.3.⁵²

I *United Brands* talade EU-domstolen om att ett dominant företag kan ha rätt att vägra leverera varor till en handelspartner då: i) Det dominerande företagets kommersiella intressen är attackerade och mothandlingen utgör rimliga steg för att skydda det dominerande företagets kommersiella intressen, ii) syftet med handlingen inte är att stärka och missbruka det dominer-

⁴⁷ Meddelande från kommissionen – Tillkännagivande – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, EUT 2004 C 101 s. 97, p. 85.

⁴⁸ Meddelande från kommissionen – Tillkännagivande – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, EUT 2004 C 101 s. 97, p. 105.

⁴⁹ Manzini i Cortese (red.) (2014), s. 25.

⁵⁰ Förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, *GlaxoSmithKlein Services m.fl. mot kommissionen m.fl.* [2009], p. 61.

⁵¹ Manzini i Cortese (red.) (2014), s. 25; Se också *infra* kap. 2.1.2.

⁵² Manzini i Cortese (red.) (2014), s. 26.

ande företagens samt iii) att handlingen är proportionerlig till attacken med tanke på bl.a. företagens ekonomiska storlek. Rekvisiten är kommutativa.⁵³

EU-domstolen meddelade i målet *AKZO* att dominerande företag endast får konkurrera ut övriga konkurrenter med handlingar som baserar sig på prestationer.⁵⁴ Det är t.ex. lovligt för företag att nyttja kvantitetsrabatter när dessa motsvarar en ökad effektivitet hos det dominerande företaget. Lojalitetsrabatter är däremot olovliga eftersom dessa inte motsvarar en ökad effektivitet.⁵⁵

Ytterligare tydliggörande av skyddet för ekonomisk effektivitet gjordes i målet *British Airways* där EU-domstolen uppställde fyra kriterier för att tillåta konkurrenshämmande handlingar i syfte att nå ökad ekonomisk effektivitet: i) De ekonomiska förbättringarna måste kompensera för de konkurrensbegränsningar förfarandet medför, ii) konsumenterna ska dra nytta av den ökade ekonomiska effektiviteten, iii) det ska finnas ett samband mellan den konkurrensbegränsande handlingen och effektivitetsvinsterna samt iv) att handlingen inte får gå utöver det som är nödvändigt för att uppnå effektivitetsvinster.⁵⁶

Listan kompletterades med en femte punkt av fallet *Post Danmark* där EU-domstolen bestämde att företag inte får undanröja de flesta eller alla källor till konkurrens.⁵⁷ Syftet med att bevara konkurrensprocessen är i slutändan att skydda konsumenter mot ex. högre priser eller sämre kvalitet på längre sikt.⁵⁸ I *Post Danmark* konfirmerades också kommissionens riktlinjer om att syftet med artikel 102 inte är att skydda mindre effektiva konkurrenter.⁵⁹

Artikel 102 har också till syfte att skydda marknadsintegrationen, detta har fastställts bl.a. i målet *Sot. Lélos kai Sia* där EU-domstolen dessutom påpekade att avskärmningar av nationella marknaderna leder till att konsumenter förlorar den nytta som uppkommer i en konkurrensutsatt marknad.⁶⁰

2.1.4 Sammanfattning

I och med för ovan redogjorda rättsfall kan analysen göras att de skydds-syften som finns i artiklarna 101 och 102 FEUF bör bedömas lika. Konsu-

⁵³ Mål C-27/76, *United Brands mot kommissionen* [1978], p. 189-190.

⁵⁴ Mål C-62/86, *AKZO mot kommissionen* [1991], p. 70.

⁵⁵ Se Mål C-85/76 *Hoffmann-LA Roche mot kommissionen* [1979], p. 90 och Mål T-203/01, *Michelin mot kommissionen* [2003], p. 58.

⁵⁶ Mål C-95/04, *British Airways mot kommissionen* [2007], p. 86.

⁵⁷ Mål C-209/10, *Post Danmark* [2012], p. 42.

⁵⁸ Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT 2009 C 45 s. 7, p. 19.

⁵⁹ Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT 2009 C 45 s. 7, p. 19; Mål C-209/10 *Post Danmark* [2012], p. 21.

⁶⁰ Förenade målen C-468/06 till C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia* [2008], p. 66.

menters välfärd och konkurrensprocessen är överordnade mål, så länge dessa inte skadas är även ekonomisk effektivitet ett mål som kan begränsa konkurrensen till viss mån.⁶¹ Skyddet för konkurrenter får stå tillbaka till förmån för ekonomisk effektivitet. Slutligen ska påpekas att marknadsintegration är ett grundläggande mål för antitrustlagstiftningen.⁶²

2.2 Direkt effekt och företräde

2.2.1 Fördragets direkta effekt

Den direkta effekten av EU:s antitrustregler är vad som gett upphov till rätten att söka skadestånd för konkurrensskada. Detta avsnitt är viktigt för att förklara dels hur rätten uppkom, men också för att tydliggöra vilka krav som EU-rätten ställer på medlemsländer när dessa ska tillvarata rätter som uppkommer ur den direkta effekten. För detta arbete är effektivitetsprincipen och rätten till ett effektivt domstolsskydd av avgörande betydelse för en djupare förståelse av hur den privata övervakningen och kollektiv prövning kan och bör regleras.

Utgångspunkten för EU-rätt är att enskilda tillerkänns rättigheter genom FEU och FEUF utan att medlemsstater behöver ta något initiativ till att implementera EU-rätten i den nationella ordningen. Dessa rättigheter kan tillvaratas vid domstol genom den direkta effekten.⁶³

Definitionen av direkt effekt är något debatterad och kan enligt Craig och De Búrca delas upp i två kategorier: en extensiv och en restriktiv tolkning. Det är inte meningsfullt för detta arbete att utvärdera sådana skillnader varför jag i arbetet kommer utgå från den restriktiva tolkningen – att direkt effekt innebär att en EU-rättslig bestämmelse kan skapa rättigheter för enskilda som kan åberopas inför nationella domstolar.⁶⁴

Direkt effekt härrör från fallet *Van Gend & Loos*: EU-domstolen konstaterade i målet att enskildas möjlighet att tillvarata sina egna rättigheter utgör ett effektivt komplement till den övervakning som medlemsstaterna och kommissionen kan utföra under (nuvarande) artiklarna 258 och 259 FEUF.⁶⁵

En artikel i fördraget äger direkt effekt då den är ämnad att tilldela rättigheter till individer samt att den är tillräckligt klar, preciserad och ovillkorlig.⁶⁶

”En unionsrättslig bestämmelse är ovillkorlig när den medför en skyldighet som inte är förenad med något villkor eller när

⁶¹ Craig och De Búrca, (2011), s. 1043.

⁶² Manzini i Cortese (red.) (2014), s. 33; För argument om att marknadsintegration kan strida mot konsumenters intressen se Buttigieg (2009) s. 47 ff.

⁶³ Craig och De Búrca (2011), s. 181.

⁶⁴ Craig och De Búrca (2011), s. 181 f; För liknande definition se Mål C-453/99, *Courage och Crehan* [2001], p. 19.

⁶⁵ Mål C-26/62, *Vand Gend & Loos* [1963], s. 167 f.

⁶⁶ Craig och De Búrca (2011), s. 188.

den, för att kunna verkställas eller medföra verkningar, inte är beroende av att vare sig unionsinstitutionerna eller medlemsstaterna antar någon rättsakt. En bestämmelse är [...] tillräckligt preciserad för att kunna åberopas av en enskild och tillämpas av en domstol när det genom bestämmelsen på ett klart sätt föreskrivs en skyldighet.”⁶⁷

Villkoret att en artikel ska vara ovillkorlig modifierades något i fallet *Impact*. Domstolen framförde att en artikel är ovillkorlig oavsett om artikeln stadgar att tillämpningen av artikeln ska utformas i samråd med arbetsmarknadens parter.⁶⁸

EU-domstolen klargjorde i målet *Reyners* att det var ovidkommande huruvida EU-lagstiftaren (i detta fall europiska rådet) hade underlåtit att skapa ett direktiv eller skapat direktiv som inte tillfullo säkerställde etableringsfrihetens likabehandlingsprincip så som stadgas i fördraget (art. 18.1 och 49 FEUF). Då artiklarna i fördraget ägde direkt effekt kunde enskilda förlita sig på fördraget för att säkerställa dessa rättigheter.⁶⁹ Förhållandet mellan fördragsartiklars direkta effekt och sekundärrättens rättsverkningar förtydligades ytterligare i *Defrenne II*. Kommissionen hade i fallet antagit ett direktiv som syftade till att säkerställa tillämpningen av principen om lika lön (art. 157 FEUF). I enlighet med direktivet medgavs medlemsstater en längre tidsfrist för att införa regleringar för att säkerställa fördragsartikelns tillämpning än vad som stadgades i fördragsartikeln. EU-domstolen poängterade att ett direktiv varken kan begränsa verkan av en fördragsartikel eller ändra tidpunkten för dess rättskraft.⁷⁰ Utfästelsen i *Defrenne II* kan sägas vara ett uttryck för grundläggande konstitutionella principer.

Det fastställdes i målet *BRT* att artiklarna 101 och 102 FEUF till sin natur äger horisontell direkt effekt: Artiklarna skapar rättigheter och skyldigheter mellan enskilda som de nationella domstolarna ska tillvarata.⁷¹

Milutinović menar att det åtminstone finns två fundamentala aspekter av den direkta effekten. Först möjliggör den en ökad efterlevnad av EU-rätten (till följd av ökat upptäckande och processande av överträdelse). Den legitimerar också EU-rättens genomslag av rättsligt skydd på nationell nivå (då den skapar substantiella rättigheter för individer som medlemsstaterna måste skydda).⁷²

⁶⁷ Mål C-194/08, *Gassmayr* [2010], p. 45; se också: Förenade målen C-246/94 till C-249/94, *Cooperativa Agricola Zootechnica S. Antonio m.fl. mot Amministrazione delle Finanze dello Stato* [1996], p. 18-19.

⁶⁸ Mål C-268/06 *Impact* [2008], p. 65-67.

⁶⁹ Mål C-2/74, *Reyners mot Belgien* [1974], p. 29-30.

⁷⁰ Mål C-43/75, *Defrenne mot SABENA* [1975], p. 53, 56 och 60.

⁷¹ Mål C-127/73, *BRT mot SABAM* [1974], p. 16-17; se också Craig och De Búrca (2011), s. 189.

⁷² Milutinović (2010), s. 50.

2.2.2 Processuell autonomi och inga nya former för talan

Bergström och Hettne menar att principen om den processuella autonomin är ett uttryck för att det inte finns någon allmän kompetens för EU att lagstifta på det processuella området. De framhåller att EU endast kan tillerkännas kompetens att lagstifta på det processuella området om de processuella reglerna är ett nödvändigt komplement i en rättsakt för att kunna genomföra de materiella rättigheter och/eller skyldigheter som rättsakten medför.⁷³

Milotinović menar å andra sidan att den processuella autonomin numera endast betyder att i fall där det inte existerar tillämplig EU-lagstiftning är det upp till nationell lagstiftning att fylla dessa luckor. Som stöd för sin slutsats hänvisar Milutinović dels till EU-domstolens yttrande⁷⁴ samt ett antal rättsakter⁷⁵ som reglerar processrätten.⁷⁶

Oberoende av dessa två uppfattningar (som angår hur EU:s kompetens på det processrättsliga området ska förstås) kan konstateras att EU-lagstiftaren ännu inte har genomfört någon omfattande lagstiftning på processrättens område. Hur EU-rättens efterlevnad ändå säkerställs i brist på EU-rättsliga bestämmelser uttrycktes av EU-domstolen i *Rewe-Zentralfinanz*.⁷⁷

”I avsaknad av [EU-]rättsliga bestämmelser på detta område tillkommer det därför varje medlemsstat att i sin nationella rättsordning utse de behöriga domstolarna och fastställa rättegångsreglerna för sådan talan som är avsedd att säkerställa skyddet av de rättigheter som skapas för de enskilda genom [EU-]rättens direkta effekt, varvid förutsätts att dessa regler inte får vara mindre gynnsamma än de som gäller för liknande talan av nationell karaktär.”⁷⁸

Redan av ovanstående stycke kan utläsas att den processuella autonomin är underkastad den s.k. *likvärdighetsprincipen*. Vidare i fallet utvecklar också domstolen den s.k. *effektivitetsprincipen* som en begränsning av den processuella autonomin d.v.s. att de nationella regelverken inte får göra det praktiskt omöjligt att utnyttja de rättigheter som uppkommer genom EU-

⁷³ Bergström och Hettne (2014), s. 425 ff; se även Rapport från GD för EU-intern politik – avdelning A, *Collective Redress in antitrust*, 2012 (härefter: Rapport från GD för EU-intern politik (2012)), s. 46 f.

Tillgänglig:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/475120/IPOL-ECON_ET\(2012\)475120_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/475120/IPOL-ECON_ET(2012)475120_EN.pdf) (Hämtad 2015-02-10)

⁷⁴ Yttrande 1/94 från domstolen av den 15 november 1994, p. 104.

⁷⁵ Däribland: Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 861/2007 av den 11 juli 2007 om inrättande av ett europeiskt småmålsförfarande, EUT L 199 s. 1.

⁷⁶ Milutinović (2010), s. 306 ff.

⁷⁷ Mål C-33/76, *Rewe mot Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976].

⁷⁸ Mål C-33/76, *Rewe mot Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976], p. 5.

rätten. EU-domstolen härledde i detta fall effektivitetsprincipen ur skyldigheten för lojalt samarbete (artikel 4.3 FEU).⁷⁹

I fallet *Rewe-handelgesellschaft* hävdade EU-domstolen att medlemsstaterna inte ska behöva införa nya rättsmedel för att säkerställa EU-rätten.⁸⁰ Som framgår nedan har betydelsen av detta ställningstagande blivit kraftigt begränsat.

2.2.3 Effektivitetsprincipen

Enligt artikel 19.1 FEU stadgas att medlemsländer ska erbjuda de rättsmedel som krävs för att säkerställa ett effektivt rättsligt skydd.⁸¹ Artikelns infördes först med ikraftträdandet av Lissabonfördraget 2009 varför äldre rättsfall inte hänvisar till artikeln. Som framgått ovan använder EU-domstolen även artikel 4.3 FEU som rättslig grund för effektivitetsprincipen.

EU-domstolen fastställde i *Simmenthal* att de nationella domstolarna har en skyldighet att säkerställa rättigheter som uppkommer ur EU-rätten.⁸² Nationella domstolar har därför en skyldighet att åsidosätta nationella regler som hindrar en effektiv tillämpning av EU-rätten. Varje nationell regel som hindrar nationella domstolar från att göra det som krävs för att i detta syfte åsidosätta nationell lagstiftning är EU-rättsstridig.⁸³

Principen återanvändes i fallet *Factortame* där EU-domstolen menade att en nationell regel som hindrade att intermistiska åtgärder vidtogs mot den brittiska kronan var EU-rättsstridigt och inte fick tillämpas av nationell domstol. Detta eftersom en tillämpning av regeln skulle hindra en effektiv tillämpning av EU-rätten. Resultatet av *Factortame* blev att ett rättsmedel som inte tidigare var tillämpligt mot den brittiska kronan nu blev det. Utgången i fallet ses som ett avsteg från den regel som togs fram av EU-domstolen i *Rewe-handelgesellschaft*.⁸⁴

Effektivitetsprincipen utvecklades vidare i *San Giorgio* där EU-domstolen tillade att nationella regler varken får göra det praktiskt omöjligt eller *orimligt svårt* att utnyttja de rättigheter som skapas genom EU-rätten. Domstolen slog även fast att effektivitetsprincipen gäller oaktat om likvärdighetsprincipen är uppfylld eller ej.⁸⁵

⁷⁹ Mål C-33/76, *Rewe mot Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976], p. 5.

⁸⁰ Mål C-158/80 *Rewe mot Hauptzollamt Kiel* [1981], p. 44.

⁸¹ Jfr här den svenska versionen med den engelska versionen. Den svenska versionen nämner endast möjligheter till överklagande medan den engelska versionen talar om det effektiva domstolskyddet "Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law".

⁸² Mål C-106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal* [1978], p. 15.

⁸³ Mål C-106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal* [1978], p. 21-22.

⁸⁴ Mål C-213/89, *The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame* [1990], p. 21; Se Craig (2012), s. 705 f.

⁸⁵ Mål C-199/82 *Amministrazione delle finanze dello Stato mot San Giorgio* [1983], p. 14 och 17.

Ytterligare utveckling av effektivitetsprincipen gjordes i målen *Peterbroeck* och *van Schijndel*. EU-domstolen framlade att bestämmelser som kan strida mot effektivitetsprincipen måste bedömas i sin helhet mot bakgrund av den aktuella nationella rättsordningen som sådan och rättsordningens underliggande principer. Som exempel på vad som kan tas i beaktande vid en sådan bedömning uppgav domstolen rätten till försvar, rättssäkerhet och förfarandets riktiga förlopp (*proper conduct of procedure*).⁸⁶

I fallet *Peterbroeck* (mellan en enskild och den belgiska staten) menade EU-domstolen att en regel om att en appellationsdomstol *ex officio* inte kunde bedöma huruvida en nationell regel var förenlig med EU-rätten inte uppfyllde effektivitetsprincipens krav. I målet förelåg vissa speciella omständigheter: Dels var appellationsdomstolen att betrakta som första instans enligt 267 FEUF, dels fanns det ingen senare instans som tilläts att bedöma regelns förenlighet med EU-rätten *ex officio* och dels hade domstolen varit förhindrade från att själv åberopa grunden eftersom fristen för att åberopa nya grunder hade gått ut innan muntliga förhandlingar inletts.⁸⁷

Det motsatta domslutet togs av EU-domstolen i målet *Van Schijndel* (dispositivt tvistemål mellan två enskilda). EU-domstolen behandlade i målet dispositionsprincipens förhållande till tvingande EU-rätt (bl.a. art. 101 och 102 FEUF) och kom i målet fram till att dispositionsprincipen ägde företräde. I sin intresseavvägning fastställde domstolen att dispositionsprincipen är gemensam för majoriteten av medlemsländer och att dispositionsprincipen bl.a. skyddar rätten till försvar.⁸⁸

Bergström och Hettne beskriver det som att EU-domstolen jämför vikten av nationella reglers syfte och vikten av att dessa upprätthållas mot betydelsen över att EU-rätten efterlevs. De drar bl.a. slutsatsen att EU-domstolen är mer restriktiv i sin användning av effektivitetsprincipen för att åsidosätta nationella regler då de nationella reglerna är ett uttryck för allmänna rättsgrundsatser gemensamt för flera medlemsländer.⁸⁹

Craig menar att det är uppenbart att rättigheter kräver effektiva rättsmedel. Det påpekas av Craig att nationella domstolar är dåligt anpassade till att på ett systematiskt sätt försöka harmonisera EU:s processuella tomrum. Att EU-domstolen däremot kontrollerar huruvida regler från enskilda medlemsländer är förenliga med EU-rätten tycker Craig är motiverat. Detta trots att EU-domstolens nuvarande förhållningssätt av att väga intresset av nationella

⁸⁶ Mål C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie mot Belgien* [1995], p. 14 och Förenade målen C-430/93 och C-431/93, *Jeroen van Schijndel och Johannes Nicolaas Cornells van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* [1995], p. 19; För liknande intresseavvägning av EU-domstolen även Mål C-453/00 *Kühne & Heitz* [2004] och Mål C-234/04, *Kapferer* [2006].

⁸⁷ Mål C-312/93 *Peterbroeck Van Campenhout & Cie mot Belgien* [1995], p. 18-21.

⁸⁸ Förenade målen C-430/93 och C-431/93, *Jeroen van Schijndel och Johannes Nicolaas Cornells van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* [1995], p. 12 och 21-22.

⁸⁹ Bergström och Hettne (2014), s. 430 ff.

regler mot vikten av ett effektivt genomslag för EU-rätten i sig innebär en viss osäkerhet av tillämpningen. Fortsatt anser Craig att införandet av artikel 19.1 i FEU kan leda till att EU-domstolen får ökat mandat att ifrågasätta om nationella regler uppfyller effektivitetsprincipens krav.⁹⁰

2.2.4 Rätten till ett effektivt domstolsskydd

Rätten till ett effektivt domstolsskydd uttrycks i artiklarna 6.1 och 13 EKMR, samt artikel 47.1 i stadgan. Enligt EU-domstolen utgör rätten till effektivt domstolsskydd en allmän princip i EU:s medlemsländer och har sin grund i medlemsstaters konstitutionella traditioner.⁹¹ Hur förhållandet mellan principerna om likvärdighet och effektivitet förhåller sig till principen om effektivt domstolsskydd är något oklart. Enligt EU-domstolens praxis kan principen både tolkas som en underkategori av likvärdighets- och effektivitetsprincipen men också som en fristående princip.⁹² För denna framställning är det tämligen ointressant hur principen bör kategoriseras – dess innebörd är desto viktigare.

Första gången EU-domstolen hänvisade till rätten till ett effektivt domstolsskydd var i målet *Von Colson*. Det framfördes av EU-domstolen att fullgörandet av ett direktiv inte krävde en specifik sanktionsmöjlighet. Däremot ställde domstolen krav på att den valda sanktionsmöjligheten skulle möjliggöra ett effektivt rättsskydd samt ha en avskräckande effekt för den som överträtt direktivet.⁹³

EU-domstolen menade i *Heylens* att då personer erhåller grundläggande rättigheter med stöd i fördraget måste personerna under bästa möjliga villkor kunna tillvarata dessa rättigheter inför domstol. EU-domstolen krävde därför att ett beslut taget av en myndighet som inskränkte rätten till fri rörlighet för arbetstagare (art. 45 FEUF) både skulle motiveras av beslutsfattaren samt att det skulle finnas möjlighet till att pröva beslutets giltighet inför domstol.⁹⁴

Avgörandet *Verholen* tydliggjorde att det är den nationella lagstiftningen som har att avgöra enskildas legala ställning och rättsliga intresse över att få en fråga prövad. Trots detta är den nationella lagstiftningen underkastad *både* principerna om likvärdighet och effektivitet samt kravet om effektivt domstolsskydd.⁹⁵

Enligt fallet *Marshall II* som behandlade en överträdelse av ett EU-rättsligt icke-diskrimineringsdirektiv måste EU-rättens skyddsobjekt ha tillgång till ett effektivt domstolsskydd. Domstolsskyddet ska ha en avskräckande effekt

⁹⁰ Craig (2012), s. 725 ff.

⁹¹ Se bl.a.: Mål C-432/05, *Unibet* [2007], p. 37; C-268/06 *Impact* [2008] p. 43 och Förenade målen C-317/08 till C-320/08, *Alassini m.fl.* [2010], p. 61.

⁹² Jfr: C-268/06 *Impact* [2008]; Förenade målen C-317/08 till C-320/08, *Alassini m.fl.* [2010] och Mål C-279/09, *DEB* [2010].

⁹³ Mål C-14/83, *Von Colson och Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen* [1984], p. 23.

⁹⁴ Mål C-222/86 *Unectef mot Heylens* [1987], p. 14-17.

⁹⁵ Förenade målen C-87/90 till C-89/90, *Verholen m.fl. mot Sociale Verzekeringsbank Amsterdam* [1991], p. 24.

på överträdaren av EU-rätten. Om den nationella lagstiftaren väljer att möjliggöra någon form av ekonomisk ersättning för att uppnå det effektiva domstolskyddet måste den ekonomiska ersättningen motsvara full ersättning för den uppkomna skadan.⁹⁶

Ställningstagandet om inga nya former för talan återupprepades av EU-domstolen i fallet *Unibet*. EU-domstolens efterföljande resonemang i domslutet klargjorde dock att denna princip är underkastad effektivitets- och likvärdighetsprinciperna samt rätten till ett effektivt domstolsskydd.⁹⁷ I målet menade EU-domstolen att principen om ett effektivt domstolsskydd inte var beroende av att det fanns ett fristående förfarande för att avgöra huruvida en nationell regel var förenlig med EU-rätten eller ej. Det var tillräckligt om detta gick att pröva genom andra typer av förfaranden.⁹⁸

Det konstaterades i *Alassini* att rätten till domstolsskydd inte är en absolut rättighet och att den kan inskränkas när inskränkningarna är menade att tillgodose ett allmänintresse, allmänintresset blir uppfyllt och inskränkningarna inte är oproportionerliga eller oacceptabla. I *Alassini* hade det nationella regelverket till syfte att införa snabbare och billigare reglering för vissa typer av tvister samt att minska domstolarnas arbetsbörda. Dessa intressen ansågs som legitima.⁹⁹

I fallet *DEB* hade EU-domstolen att ta ställning till huruvida det var förenligt med principen om effektivt domstolsskydd att begränsa rättshjälpsmöjligheter till fysiska personer. Fallet grundades i att företaget DEB ämnade söka skadestånd från Tyskland, för att Tyskland inte i tid införlivat ett direktiv som stadgade att företag skulle beredas tillgång till nationella gasnät utan diskriminering.¹⁰⁰

För att få tillgång till domstolsprövning krävde den nationella regleringen i målet dels att personen var biträdd av advokat, dels att personen erlade säkerhet för rättegångskostnader. EU-domstolen klargjorde att det inte var uteslutet för juridiska personer att åberopa rättshjälp. Bedömningen huruvida den juridiska personen i målet hade ett legitimt intresse av rättshjälp var för den nationella domstolen att avgöra. Vid en sådan intresseavvägning kunde den nationella domstolen beakta:

”[...] föremålet för talan, huruvida det föreligger rimliga utsikter att kändanden når framgång med sin talan, den betydelse som talan har för kändanden, huruvida de materiella och processuella rättsreglerna är komplicerade samt kändandens förmåga att effektivt försvara sin sak.”¹⁰¹

⁹⁶ Mål C-271/91, *Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* [1993], p. 24 och 26.

⁹⁷ Mål C-432/05, *Unibet* [2007], p. 40-43.

⁹⁸ Mål C-432/05, *Unibet* [2007], p. 65.

⁹⁹ Förenade målen C-317/08 till C-320/08, *Alassini m.fl.* [2010], p. 63-65.

¹⁰⁰ Mål C-279/09, *DEB* [2010], p. 15.

¹⁰¹ Mål C-279/09, *DEB* [2010], p. 61.

Vidare kunde den nationella domstolen beakta DEB:s möjligheter att framskaffa ekonomiska resurser för sin talan.¹⁰²

2.2.5 Rätten till skadestånd

I fallet *Courage* fastslogs för första gången att enskilda har rätt att kräva skadestånd från andra enskilda som överträtt EU:s antitrustregler. Målet grundade sig i att Crehan som drev en pub hyrde en lokal för detta ändamål från företaget IEL. Hyreskontraktet var förenat med en skyldighet för Crehan att endast köpa öl från ölleverantören Courage och då till vissa förutbestämda priser och med krav om att köpa vissa kvantiteter. IEL använde sig av standardavtal för alla sina hyresgäster där det exklusiva avtalet med Courage inte var förhandlingsbart. 1993 väckte Courage en talan mot Crehan för att Crehan inte betalade somliga ölleveranser. Crehan hävdade i sin tur att exklusivitetsavtalet stred mot artikel 101.1 FEUF, dessutom väckte Crehan genkärsmål och yrkade om skadestånd.¹⁰³

EU-domstolen hävdade åter att medlemsländer har en skyldighet att säkerställa de rättigheter som uppkommer ur EU-rätten samt att:¹⁰⁴

”Den fulla verkan av artikel [101] i [FEUF], och särskilt den ändamålsenliga verkan av det förbud som stadgas i dess första stycke [min kursivering], skulle kunna ifrågasättas om inte varje person kan begära ersättning för en skada som ett avtal eller ett handlande som kan begränsa eller snedvrider konkurrensen påstås ha orsakat honom.”¹⁰⁵

EU-domstolen menade dessutom att en sådan rätt till skadestånd förstärker EU:s antitrustbestämmelser och leder till en större avskräckningseffekt för avtal/handlingar som snedvrider konkurrensen.¹⁰⁶

När det kom till själva utformandet av skadeståndet menade domstolen i *Courage* att det var upp till varje medlemsstat att utforma regler i enlighet med den processuella autonomi. En substantiell regel som lades ned av domstolen i fallet är att person kan fräntas rätten att söka skadestånd om det visar sig att denne haft ett betydande ansvar för tillkomsten av det konkurrensbegränsande avtalet. Dessutom påminde EU-domstolen, med hänvisning till äldre praxis, att det inte är oförenligt med EU-rätten att vidta sådana åtgärder som syftar till att hindra skadedrabbade ifrån att göra obehörig vinst.¹⁰⁷

¹⁰² Mål C-279/09, *DEB* [2010], p. 59-62.

¹⁰³ Mål C-453/99, *Courage och Crehan* [2001], p. 3-6.

¹⁰⁴ Mål C-453/99, *Courage och Crehan* [2001], p. 25.

¹⁰⁵ Mål C-453/99, *Courage och Crehan* [2001], p. 26.

¹⁰⁶ Mål C-453/99, *Courage och Crehan* [2001], p. 27.

¹⁰⁷ Mål C-453/99, *Courage och Crehan* [2001], p. 29-31.

EU-domstolen förtydligade i *Manfredi* rätten till skadestånd som härrör från artiklarna 101.1 och 102 FEUF. Bl.a. hävdade domstolen i målet att varje enskild har rätt att initiera en skadeståndstalan med grunderna i EU:s konkurrensregler när det föreligger ett orsakssamband mellan den lidna skadan och det konkurrensbegränsande avtalet/handlingen. Hur bedömningen för orsakssambandet ska ske lämnades till de nationella rättsordningarna att avgöra.¹⁰⁸

Det framfördes av EU-domstolen i *Manfredi* återigen att rätten till skadestånd äger en avskräckande effekt på konkurrensbegränsande beteenden. Domstolen fastställde vidare att för att skadeståndet ska uppfylla effektivitetsprincipen krävs det att eventuellt skadestånd har möjlighet att ersätta faktisk skada (*damnum emergens*), utebliven vinst (*lucrum cessans*) och ränta.¹⁰⁹ Det kan här noteras att EU-domstolen tillåter sanktionsliknande skadestånd, så länge dessa uppfyller kraven på likvärdighet och effektivitet.¹¹⁰

¹⁰⁸ Förenade målen C-295/04 till C-298/04, *Manfredi* [2006], p. 61 och 64.

¹⁰⁹ Förenade målen C-295/04 till C-298/04, *Manfredi* [2006], p. 95.

¹¹⁰ Förenade målen C-295/04 till C-298/04, *Manfredi* [2006], p. 92.

3 Ekonomiska Incitament

3.1 Allmänt

Enligt arbetets avgränsningar lämnas den som drabbats av konkurrensskada med två alternativ, antingen kan den skadedrabbade aktivt söka ersättning för skadan inför domstol eller så kan den skadedrabbade förhålla sig passiv till ersättningsmöjligheten. Detta kapitel syftar till att förklara vilka faktorer som påverkar ekonomiskt rationella individer att agera eller inte om de blivit drabbade av konkurrensskada.

Att söka ersättning framför en domstol kan liknas vid ett spel för den skadeståndssökande. Om den skadesökande är *riskneutral* och kostnaden för att delta i spelet är lika med eller mindre än det *förväntade värdet* av spelet kommer den skadesökande att delta i spelet.¹¹¹

Det förväntade värdet (FV) är ersättningsbeloppets storlek (E) minus rättegångskostnader vid vinst (Rv) gånger sannolikheten att den sökande vinner målet (Sv)¹¹² minus rättegångskostnader vid förlust (Rf) gånger sannolikheten att den sökande förlorar målet (Sf). Detta ställas upp i en ekvation som:¹¹³

- $$FV = (Sv * E - Rv) - (Sf * Rf)$$

Enskilda tenderar att vara *riskaverta*, vilket betyder att de är villiga att betala ett pris för att undvika risk (s.k. *riskpremium*). Detta betyder att enskilda kan föredra att inte söka ersättning trots att det förväntade värdet är lika med eller något högre än kostnaden för att söka ersättning framför domstol.¹¹⁴

Den ekonomiska risken för att delta i processen kan benämnas *varians*. Variansen räknas ut av skillnaden mellan det förväntade värdet och värdet av möjliga utfall (vinst eller förlust) samt sannolikheten för dessa utfall. Givet att det förväntade värdet hålls konstant kan det konstateras att – ju större skillnad det är mellan de olika möjliga utfallen desto större är risken för att processa. Variansen kan räknas ut genom:¹¹⁵

- $$\text{Varians} = (Sv * ((E - Rv) - FV))^2 + (Sf * ((Rf) - FV))^2$$

¹¹¹ Perloff (2009), s. 582.

¹¹² Eftersom det endast finns två ömsesidigt uteslutande utfall är sannolikheten för vinst = 1 - sannolikheten för förlust. Se vidare Perloff (2009), s. 574 f.

¹¹³ Perloff (2009), s. 575: Möjligheten finns också att sökande äger framgång i delar av målet. För enkelhetens skull har detta alternativ uteslutits.

¹¹⁴ Perloff (2009), s. 579 ff.

¹¹⁵ Perloff (2009), s. 576.

Antalet individer som är beredda att processa mot påstådda överträdare av antitrustreglerna är beroende av dels hur högt det förväntade värdet av att processa är, dels vilken ekonomisk risk ett processande innebär.

3.2 Kostnader

3.2.1 Allmänt om rättegångskostnader

Inom ekonomisk teori finn det två olika typer av kostnader. Den första typen är direkta kostnader dessa kostnader är exempelvis prislappen för rättegångsförfarandet.¹¹⁶

Den andra typen av kostnad kallas för *alternativkostnad*. Alternativkostanden är värdet av en resurs vid bästa möjliga alternativa användning.¹¹⁷ Det tar tid att processa, tid som hade kunnat användas till andra intäktsbringande handlingar (både för käranden själv samt de som käranden anställer). Alternativkostnaden varierar från individ till individ: En nyutexaminerad jurist bör till exempel ha en lägre alternativkostnad än en erfaren advokat. Oavsett är alternativkostnaden alltid direkt relaterad till tid: Ju längre tid ett rättegångsförfarande tar desto högre blir alternativkostnaden. Skyndsamma rättegångsförfaranden sänker alltså priset för rättegångsprocessen.¹¹⁸

3.2.2 Kärandesidans sammansättning

Ett sätt att minska kostnader för att processa är om flera kan dela på rättegångskostnaderna utan att ersättningsstorleken minskas, detta enligt principen *economies of scale*. Kollektiv prövning är ett bra exempel på hur käranden kan dela sina kostnader. Det är inte givet att alla kostnader är möjliga att dela genom kollektiv prövning men eftersom det vanligen krävs att vissa sakomständigheter eller rättsfaktum ska vara gemensamma eller liknande för att en talan ska hållas genom kollektiv prövning kan det antas att vissa kostnader går att dela.¹¹⁹

Det kan här vara av intresse att förklara vilka som kan utgöra en del av den kollektiva prövningen. Åtminstone tidigare har det varit debatterat om övervältringsargumentet (*passing on*) ska tillåtas inom konkurrensrätten eller inte. Idag torde det vara givet att övervältringsargumentet ska tillåtas.¹²⁰

Övervältring betyder att en kostnad eller skada kan överföras från den ursprungligt drabbade parten till en part i senare led. Ett exempel på övervältring kan vara att kartelldeltagare (A) säljer sin vara (X) till återförsäljaren (Å). I och med kartellen har priset på X olovligen höjts med Y kr. När Å

¹¹⁶ Perloff (2009), s. 183.

¹¹⁷ Perloff (2009), s. 183.

¹¹⁸ Hviid och Peysner i Rodger (red.) (2014), s. 203.

¹¹⁹ Ulen i Backhaus m.fl. (red.) (2012), s. 77 och Hviid och Peysner i Rodger (red.) (2014), s. 203.

¹²⁰ Grönbok (2005), s. 8; Se vidare kap. 5.3 *supra*; För en djupare analys av övervältringens ekonomiska följder se: Hellwig i Basedow (red.) (2007), s. 121 ff.

sedan ska sälja vara X vidare till konsumenten (K) har Å höjt det ursprungliga priset på X med Y kr. Den olovliga prishöjningen har alltså övervälrats från Å till K. Övervälringsargumentet kan således användas antingen av K (för att hävda sig ha blivit drabbad av konkurrensskada från A) eller av A (för att hävda att konkurrensskadan inte drabbat Å).

Hur kollektiv prövning påverkar kärandes incitament till att processa kan förklaras med några förenklade exempel. I exemplen nedan förmodas att alla kostnader anses delbara samt att *alla* rättegångskostnader ersätts av den förlorande parten. I dessa exempel har företag A:s delaktighet i en kartell medfört en prishöjning på personbilar med 1000 kr/bil, denna kostnadsökning har drabbat 7 000 personer. Kostnaden för att föra talan mot A i domstol beräknas till 1 000 000 kr och sannolikheten för vinst är 80 %.

I det första exemplet finns ingen kollektiv prövning att tillgå: Det förväntade värdet av att processa mot A är då -199 200 kr¹²¹. I detta läge det finns inget ekonomiskt incitament att inleda en process mot A.

I det andra exemplet finns kollektiv prövning att tillgå och samtliga skadelidna ansluter sig till den kollektiva prövningen: Det förväntade värdet av att processa mot A är i detta exempel totalt 5 400 000 kr¹²² och det individuella förväntade värdet är ca 770 kr¹²³. I detta läge finns det ekonomiska incitament att inleda en process mot A.¹²⁴

Att kollektiv prövning leder till minskade kostnader kan resultera i att kärandesidan ges möjlighet att öka andra kostnader för t.ex. bevisframtagning eller juridisk representation. Detta kan i sin tur påverka sannolikheten för vinst.¹²⁵

3.2.3 Kostnader för företrädare

Ett sätt att ändra kostnader för processen är att använda resultatbaserade advokatarvoden. Resultatbaserade advokatarvoden går till på så vis att det juridiska ombudet och käranden kommer överens om att det juridiska ombudet endast erhåller liten eller ingen ersättning då kärande förlorar målet. I gengäld kräver det juridiska ombudet större ersättning om kärande når framgång i målet. Avgiften för framgång kan antingen konstrueras så att det juridiska ombudet får del av det skadestånd som erhålls s.k. *contingency fee arrangements* (härefter: riskavtal)¹²⁶ eller genom att det juridiska ombudet höjer priset på sin normaltaxa med viss procent s.k. *success fee* (härefter: vinstavgift).¹²⁷ Det är inte självklart att resultatbaserade advokatarvoden

¹²¹ Genom beräkningen: $((0.8 * 1000 - (0.2 * 1\,000\,000))$

¹²² Genom beräkningen: $((0.8 * 1000 * 7000) - (0.2 * 1\,000\,000))$

¹²³ $(5\,400\,000 / 7\,000)$

¹²⁴ Ulen i Backhaus m.fl. (red.) (2012), s. 80 f.

¹²⁵ Ulen i Backhaus m.fl. (red.) (2012), s. 78.

¹²⁶ Vanligt förekommande i USA.

¹²⁷ Vanligt förekommande i England.

minskar kostnaden för att processa.¹²⁸ Kostnaden minskar däremot för käreande vid eventuell förlust varför käreanden får en minskad ekonomisk risk.¹²⁹

Ett stort problem är att den som företräder käreandesidan inte alltid delar intressen med käreandesidan. Företrädaren är ute efter att maximera sin egen vinst vilket inte behöver sammanfalla med att maximera käreandegruppens vinst. De två olika sätten att avlöna juridiska ombud (baserat på nedlagd tid eller erhållet skadestånd) medför två skilda intressekonflikter.¹³⁰

Då ombud avlönas baserat på den tid ombudet lägger på processen skapar detta incitament för ombudet att spendera så mycket tid som möjligt med processen. Detta kan öka kostnaderna för både käreande- och svarandesidan.¹³¹

Med riskavtal får ombud incitament att så snart som möjligt nå förlikning med svaranden för en så stor summa som möjligt. Detta utgör problem om den förlikta summan är lägre än käreandesidans förväntade värde. Vid en sådan förlikning minskar värdet för käreandesidan samtidigt som kostnaden för svarandesidan minskar. Ulen nämner även att s.k. *sweetheart settlements* kan förekomma: Att svaranden och ombudet förlikas om att betala hög ersättning till ombudet men låg ersättning till käreandesidan.¹³²

3.2.4 Fördelning av rättegångskostnader

Av stor men något svårdefinierad betydelse för parter är incitament att processa är hur fördelningen av rättegångskostnader är konstruerad. Nedan förklaras hur tre olika kostnadsfördelningsmekanismer (förloraren betalar, var och en står för sina rättegångskostnader och ensidig förflyttning av rättegångskostnader (*one-way fee-shifting*)) påverkar parter ekonomiska incitament.¹³³

Inom EU är huvudregeln för rättegångsförfarande att förloraren betalar. Detta behöver dock inte vara samma sak som att alla kostnader betalas av förloraren. Principen kan vara begränsad med pristak där det inte är möjligt att bli ersatt för kostnader som överstiger pristaket. Dessutom kan kostnader för exempelvis expertutlåtanden och domstolsavgifter hamna utanför regeln. För att illustrera hur principen om att förloraren betalar påverkar de ekonomiska incitamenten hos olika parter utgår jag ifrån att alla kostnader betalas av förloraren.¹³⁴

¹²⁸ Om arvodet höjs i motsvarande mån vid vinst som det minskar vid förlust (kompenserat för sannolikheten av vinst/förlust) är kostnaden fortfarande den samma för att delta i spelet.

¹²⁹ Perloff (2009), s. 576 f.

¹³⁰ Ulen i Backhaus m.fl. (red.) (2012), s. 82 f.

¹³¹ Ulen i Backhaus m.fl. (red.) (2012), s. 83.

¹³² Ulen i Backhaus m.fl. (red.) (2012), s. 83 f.

¹³³ Rapport från Center of European Policy Studies m.fl. (2007), s. 176 ff.

¹³⁴ Hviid och Peysner i Rodger (red.) (2014), s. 202.

Generellt leder principen om att förloraren betalar till att parterna investerar mer i rättegången varför principen medför ökade rättegångskostnader. Med principen om att förloraren betalar blir effekten av att vinna eller förlora större än vad den skulle varit om parterna stått för sina egna rättegångskostnader vilket betyder att variansen ökar. Ju mer förvissad en part är över att vinna ett mål desto mer kan parten spendera i rättegångskostnader eftersom sådana kostnader blir noll vid eventuell vinst.¹³⁵

Principen om att förloraren betalar medför också att mål med låg sannolikhet för vinst mer sällan initieras, detta då kostnaden vid förlust blir större och därmed blir den förväntade vinsten lägre. Vidare medför principen att mål med hög sannolikhet för vinst oftare initieras eftersom det förväntade värdet av dessa blir högre; storleken på eventuell ersättning får mindre betydelse med principen om att förloraren betalar.¹³⁶

Det omvända gäller för en regel där parterna står för sina egna rättegångskostnader: rättegångskostnader blir lägre, fler mål initieras, sannolikheten för vinst spelar mindre roll och storleken på eventuell ersättning spelar större roll.¹³⁷

En ensidig förflyttning av rättegångskostnader brukar konstrueras så att om kärandesidan vinner måste svarandesidan stå för kärandesidans kostnader, i det fall svarandesidan vinner står parterna däremot för sina egna rättegångskostnader. En ensidig förflyttning av rättegångskostnader leder till att kärandesidan kan investera mer i rättegången, att risken för att processa blir lägre för kärandesidan och att kostnader för svarandesidan ökar. Således får en regel om ensidig förflyttning av rättegångskostnader till följd att antalet mål som initieras ökar (även mål med låg sannolikhet för vinst) och att svarandesidans rättegångskostnader ökar.¹³⁸

3.3 Ersättning

Det förväntade värdet av att initiera ett mål är också beroende av hur storleken på ersättning (skadeståndet) utformas. Ett sätt att öka storleken på ersättningen är att erbjuda trefaldiga eller dubbla skadestånd, d.v.s. den skadelidnas möjliga ersättning blir större än den faktiska skadan.¹³⁹

¹³⁵ Rapport från Center of European Policy Studies m.fl. (2007), s. 178.

¹³⁶ Rapport från Center of European Policy Studies m.fl. (2007), s. 178 och 181.

¹³⁷ Rapport från Center of European Policy Studies m.fl. (2007), s. 178 och 181.

¹³⁸ Rapport från Center of European Policy Studies m.fl. (2007), s. 181 ff.

¹³⁹ Hviid och Peysner i Rodger (red.) (2014), s. 203 f.

En annan viktig faktor för ersättningens storlek är tid – ersättningens värde krymper i förhållande till tid.¹⁴⁰ Ett sätt att kompensera för värdeminskningen är att utge ränta på ersättningen.¹⁴¹

3.4 Sannolikhet

Sannolikheten för vinst beror bl.a. på följande: sakomständigheterna, förmågan att fastställa dessa sakomständigheter under rådande beviskrav, kvalitet på riktlinjer, praxis, de juridiska ombudens kompetens samt domstolens skicklighet.¹⁴²

Vidare är sannolikheten sammankopplad till kändandesidans förmåga att fastställa sakomständigheterna till nivå X (i enlighet med beviskraven) samt om domstolen menar att kändanden fastställt sakomständigheterna till nivå X. Omvänd bevisbörda ökar troligtvis sannolikheten för att kändandesidan vinner målet. Det kan dock vara svårt för kändandesidan att fastställa vilken förmåga svarandesidan har att omkullkasta den omvända bevisbördan. Även kostnader kan påverkas av en omvänd bevisbörda detta beroende av vilken part som billigast kan framskaffa bevisning.¹⁴³

3.5 Speciella problem med kollektiv prövning: Blackmail settlements

Ett speciellt problem som kan uppkomma i och med kollektiv prövning är s.k. *blackmail settlements*: att svarandesidan utpressas till förlikning med kändandesidan trots att kändandesidan saknar ett välgrundat anspråk. Att svarandesidan ändå väljer att förlikas beror på en rad faktorer som ökar svarandesidans ekonomiska risker och kostnader för att processa. Risken för blackmail settlements blir mer påtaglig då principen om att förloraren betalar inte används. Om vi återanvänder exemplet från ovan men istället antar att sannolikheten för kändandesidan att vinna målet nu endast är 1 % men antalet påstått skadelidna är 700 000 blir As förväntade kostnad av att processa -701 000 kr.¹⁴⁴ Detta betyder att A har ekonomiska incitament att förlikas med kändandesidan för < 7 010 000 kr även om kändandesidan har ett högst tvivelaktigt fall.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Ett löfte om att erhålla Y kr om n år är mindre värt än att erhålla Y kr idag: att få Y kr om n år värderas till den summa som växer till Y kr med n års ränta: detta enligt den s.k. nuvärdesprincipen. Nuvärdet kan räknas ut genom formeln $X = Y/(1 + r)^n$, där X visar nuvärdet av Y kr om n år och r är räntesatsen; Se vidare Fregert och Joung (2010), s. 83 ff.

¹⁴¹ Hviid och Peysner i Rodger (red.) (2014), s. 204.

¹⁴² Hviid och Peysner i Rodger (red.) (2014), s. 205.

¹⁴³ Hviid och Peysner i Rodger (red.) (2014), s. 205.

¹⁴⁴ Genom beräkningen: $(-0.01 * ((70\ 000 * 1000) + 1\ 000\ 000))$

¹⁴⁵ Ulen i Backhaus m.fl. (red.) (2012), s. 86 f.

4 Mot en enhetlig reglering för rätt till skadestånd

4.1 EU-rättsliga förarbeten

4.1.1 Grönbok 2005

I kommissionens Grönbok 2005 identifierades hinder för att väcka en effektiv skadeståndstalan för konkurrensskador. Vidare ställde Grönbok 2005 frågor hur och om dessa hinder borde undanröjas. Kommissionen hävdade i Grönbok 2005 att det fanns flera skäl till att skapa ett enklare skadeståndsförfarande för konkurrensskador: att det blir lättare för företag och konsumenter att få ersättning för konkurrensskador, att det leder till färre överträdelse av antitrustreglerna och att den avskräckande effekten av antitrustreglerna stärks.¹⁴⁶

I Grönbok 2005 konstaterades det att trots att EU-rätten krävde ett effektivt system för att erhålla ersättning för konkurrensskador befann sig samtliga medlemsstater i ett stadium av ”total underutveckling”.¹⁴⁷ Grönbok 2005 ämnade kartlägga rättsliga och ekonomiska hinder för att söka ersättning för konkurrensskada. Kartläggningen tog hänsyn till både *följdförfaranden* och *fristående förfaranden*. Med *följdförfaranden* avses förfaranden där det tidigare blivit fastställt av en konkurrensmyndighet/domstol att det skett en överträdelse av antitrustreglerna. Med *fristående förfaranden* avses förfaranden där det saknas fastställelse av konkurrensmyndighet om att det skett en överträdelse av antitrustreglerna.¹⁴⁸

Frågeställningarna som framfördes i Grönbok 2005 inkluderade bl.a.:

- Hur parter skulle kunna få tillgång till bevismaterial¹⁴⁹
- hur skadeståndet borde utformas,¹⁵⁰
- om övervältring ska tillåtas som försvar och hur regler för övervältring i sådana fall ska formuleras,¹⁵¹
- hur konsumenters rättigheter bättre skulle kunna tillvaratas med kollektiv prövning och hur en sådan kollektiv prövning skulle kunna utformas,¹⁵²
- om det skulle krävas några regler för att minska kärandes ekonomiska risker av att inleda ett rättegångsförfarande,¹⁵³

¹⁴⁶ Grönbok (2005), s. 3 f.

¹⁴⁷ Grönbok (2005), s. 4.

¹⁴⁸ Milutinović (2010), s. 77 och Grönbok (2005), s. 4.

¹⁴⁹ Grönbok (2005), s. 5.

¹⁵⁰ Grönbok (2005), s. 7.

¹⁵¹ Grönbok (2005), s. 8.

¹⁵² Grönbok (2005), s. 9.

¹⁵³ Grönbok (2005), s. 9.

- hur förhållandet mellan privat och offentlig övervakning bör regleras, särskilt i förhållande till eftergiftsprogram.¹⁵⁴

4.1.2 Vitbok 2008

Grönbok 2005 fick mycket respons¹⁵⁵ och Europaparlamentet gav kommissionen grönt ljus för att fortsätta sin utredning. Detta resulterade i Vitbok 2008.¹⁵⁶

Det tydliggjordes i Vitbok 2008 att en reglering gällande privat övervakning av antitrustreglerna skulle ha sina rötter i en europeisk rättstradition och rättskultur. Det var inte meningen att en sådan möjlighet att söka ersättning för konkurrensskador skulle överta den offentliga övervakningens starka roll i tillsynen av antitrustreglerna. En reglering av privat övervakning skulle snarare fungera som ett komplement till den offentliga övervakningen.¹⁵⁷

Vitbok 2008:s förslag syftade i synnerhet till att *alla offer* för konkurrensskador på ett effektivt sätt skulle kunna söka och erhålla ersättning. Kommissionen tolkade domslutet *Manfredi* som att även indirekta köpare hade rätt till att söka ersättning.¹⁵⁸

För att konsumenter effektivt ska kunna söka ersättning för små spridda konkurrensskador föreslogs det i Vitbok 2008 dels att det skulle införas mekanismer för företrädsartalan, dels att en reglering för kollektiv prövning skulle innehålla en s.k. *Opt-in-modell*.¹⁵⁹ Opt-in-modellen innebär att skadelidna själva genom någon form av registrering måste bekräfta att de vill vara en del av den grupp som företräds genom en kollektiv prövning.¹⁶⁰ Den andra tänkbara lösningen för kollektiv prövning är en s.k. *opt-out-modell*. Opt-out-modellen innebär att alla skadelidna som inte aktivt motsatt sig detta blir del av den grupp som företräds av en kollektiv prövning. Opt-out-modellen kan innebära att även gruppmedlemmar som inte blivit varse om rättegången blir bundna av domslutet.¹⁶¹

¹⁵⁴ Grönbok (2005), s. 10 f.

¹⁵⁵ De offentliga svaren kan hittas på:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/green_paper_comments.html

(Hämtad 2015-02-18)

¹⁵⁶ Europaparlamentets svar kan hittas på:

<http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?id=537836> (Hämtad 2015-

02-18)

¹⁵⁷ Vitbok (2008), s. 3 f.

¹⁵⁸ Vitbok (2008), s. 3.

¹⁵⁹ Vitbok (2008), s. 4.

¹⁶⁰ Rapport från The Study Centre for Consumer Law – Centre for European Economic Law Katholieke Universiteit Leuven, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceeding*, (2007)

(Härefter: Rapport från Katholieke Universiteit Leuven (2007)), p. 400.

Tillgänglig:

http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf

(Hämtad 2015-01-14)

¹⁶¹ Rapport från GD för EU-intern politik (2012), s. 65; Jfr artikel 23(c)(3)(B) FRCP och Rapport från Katholieke Universiteit Leuven (2007), p. 420.

I ett medföljande arbetsdokument hävdade kommissionen att majoriteten av de förslag som lades fram i Vitbok 2008 krävde någon form av bindande EU-instrument för att önskad effekt skulle kunna uppnås. Ett fåtal av förslagen menade kommissionen kunde uppnås med icke-bindande EU-instrument (*Soft law*). Enligt dokumentet skulle ett bindande instrument vara det lämpligaste för att införa ett system för kollektiv prövning.¹⁶²

4.1.3 Arbetsdokumnet 2011

Kommissionen inledde ett offentligt samråd mot en enhetlig EU-strategi för kollektiv prövning 2011. Därmed skildes ambitionen om att skapa ett effektivt system för att söka ersättning för konkurrensskada något från ambitionen om att skapa en EU-rättslig reglering för kollektiv prövning.¹⁶³

Hodges ger tre möjliga orsaker till att kollektiv prövning helt exkluderas från det instrument som skulle reglera möjligheten till ersättning för konkurrensskada. För det första menar han att det var tidsbrist som förorsakade exkluderandet: För att snabbt skapa ett bindande instrument om möjligheterna att söka ersättning för konkurrensskada krävdes det ett relativt okontroversiellt lagförslag – Frågan om kollektiv prövning var inte okontroversiell. För det andra ville GD konkurrens upphäva verkningarna av domen *Pfleiderer* så snart som möjligt för att säkerställa effektiviteten av eftergiftsprogrammen.¹⁶⁴ För det tredje fanns det inget stöd i Europeiska unionens råd för att lagstifta om kollektiv prövning.¹⁶⁵

Syftet med att införa ett EU-rättsligt system för kollektiv prövning uppgavs fortsatt vara att antitrustreglerna skulle kunna tillämpas effektivt. Kommissionen uttalade i Arbetsdokument 2011 att de rättigheter som inte går att praktiskt tillämpa saknar värde.¹⁶⁶

I Arbetsdokument 2011 påpekades vidare att kollektiv prövning för ersättningsanspråk inte är ett nytt fenomen inom EU. Däremot menade kommissionen att det inom EU inte finns någon konvergens över hur kollektiv prövning regleras. Istället existerar en myriad av olika regleringsalternativ för kollektiv prövning. Kommissionen framförde att en sådan rättslig mångfald får följderna att EU-medborgares rättigheter får olika genomslag beroende på i vilket land EU-medborgaren vistas.¹⁶⁷

¹⁶² Arbetsdokument till Vitbok (2008), p. 319-322.

¹⁶³ Se Arbetsdokument (2011).

¹⁶⁴ Se *supra* kap. 5.1 och 5.4.

¹⁶⁵ Hodges i *Journal of Consumer Policy* (2014), s. 74 f.; se också: Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell lagstiftning för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser, COM(2013) 404 final (härefter: Förslag till Direktiv (2014)), s. 3.

¹⁶⁶ Arbetsdokument (2011), p. 1.

¹⁶⁷ Arbetsdokument (2011), p. 9-10.

Det framfördes i Arbetsdokument 2011 att kommissionen m.fl. inte vill införa ett system för kollektiv prövning som uppmuntrar till rättegångsmissbruk. USA:s system för kollektiv prövning har ofta utpekats som ett system som bidrar till ett osunt rättegångsklimat. Det hävdas att det är flera olika faktorer i kombination som ger upphov till detta osunda rättegångsklimat. Bland dessa faktorer framhålls ofta: möjlighet till straffskadestånd (*treble damages*), att privata aktörer kan representera den skadelidna gruppen, opt-out-modellen, resultatberoende advokatarvoden med riskavtal samt generösa regler för bevisupptagning innan domstolsförhandlingar (*pre-trial discovery*).¹⁶⁸

För att undvika sådana incitament till rättegångsmissbruk föreslogs det i Arbetsdokument 2011 att lämpliga skyddsmekanismer borde införas.¹⁶⁹ Europaparlamentet listade följande skyddsmekanismer som det ansåg vara nödvändiga vid införandet av ett horisontellt EU-instrument för kollektiv prövning:

- att endast opt-in-modellen tillåts,
- att det krävs att behörig domstol ger prövningstillstånd för kollektiv prövning,
- att lämplig företrädare utses,
- att sanktionsliknande skadestånd undviks,
- att resultatbaserade advokatarvoden förbjuds,
- att bevisupptagningsregler liknande dem i USA inte tillåts,
- att principen om att förloraren betalar efterlevs och
- att tredjepartsfinansiärer inte får möjlighet att erhålla del av utdömt skadestånd.¹⁷⁰

I Arbetsdokument 2011 framförde kommissionen vikten av att upprätthålla en rimlig balans mellan effektiv tillgång till domstolsprövning och skyddsmekanismer mot rättegångsmissbruk. Kommissionen menade att det i vissa svåra fall kan vara upp till domstolarna att avgöra hur en sådan balans ska uppnås.¹⁷¹

4.2 Rekommendation 2013¹⁷²

4.2.1 Allmänt

Med stöd i artikel 292 FEUF resulterade det offentliga samrådet i den icke-bindande Rekommendation 2013. Syftet med Rekommendation 2013 är att förbättra möjligheter till rättslig prövning, förhindra olagligt beteende och att

¹⁶⁸ Arbetsdokument (2011), p. 21; se även: European Parliament resolution of 2 February 2012 on 'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress', (2011/2089(INI)), (2011/2089(INI)), p. 2.

¹⁶⁹ Arbetsdokument (2011), p. 22.

¹⁷⁰ European Parliament resolution of 2 February 2012 on 'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress', (2011/2089(INI)), p. 20.

¹⁷¹ Arbetsdokument (2011), p. 26.

¹⁷² Där inget annat anges baseras detta kapitel på Rekommendation (2013).

möjliggöra att enskilda som drabbats av skada i masskadesituationer kan erhålla ersättning då skadan orsakats av överträdelser av rättigheter som EU-rätten ger dem. Samtidigt syftar Rekommendation 2013 till att säkerställa att situationer av rättegångsmissbruk undviks (art. 1).

GD för EU-intern politik anser att det främsta syftet med att inför kollektiv prövning för konkurrensskador är kompensera de som drabbats av konkurrensskador och samtidigt undvika att ogrundade mål initieras.¹⁷³ Hodges menar å andra sidan att två mål kan säkerställas med kollektiv prövning. Det första är att reglerna ska efterlevas. Det andra är att de som blivit drabbade av skada ska erhålla ersättning.¹⁷⁴

Enligt punkt 26 i ingressen av Rekommendation 2013 bör kommissionen inom 4 år efter rekommendationens publikation¹⁷⁵ göra en bedömning huruvida målen med Rekommendation 2013 blivit uppfyllda eller om det krävs ytterligare åtgärder för att uppfylla målen.

4.2.2 Prövningstillstånd

I artiklarna 8-9 framhålls att nationella domstolar i ett tidigt skede av uppkommen tvist ska avgöra huruvida kriterier för att inleda kollektiv prövning har blivit uppfyllda eller inte. Vilka dessa kriterier är eller hur de ska utformas presenteras inte.

4.2.3 Företrädare

Artiklarna 4-7 berör företrädaretalan. En företrädare bör inte ha vinstintresse och representanten bör ha tillräcklig kompetens och tillräckliga ekonomiska resurser för att driva målet (art. 4). Medlemsländerna bör se till att en talan genom företrädare endast kan väckas av representanter som bemyndigats i enlighet med artikel 4 eller företrädare som bemyndigats *ad hoc* att föra talan (art. 6). Vidare öppnar Rekommendation 2013 för att offentliga myndigheter kan agera företrädare (art. 7)

4.2.4 Finansiering

Principen om att förloraren betalar bör upprätthållas. Undantag kan göras i nationell lagstiftning (art. 13).

Angående finansiering av talan bör det finnas en skyldighet för käranden att redovisa varifrån käranden erhållit medlen för att finansiera talan (art. 14). Om talan finansieras med hjälp av tredjepart bör det inte finnas en intressekonflikt mellan finansiären, de ersättningsökande samt eventuell företrädare (art. 15.a). Tredjepartsfinansiärer bör vara förbjudna att försöka påverka kärandesidans processuella beslut (art.16.a). De bör även vara förbjudna att finansiera en kollektiv prövning mot en svarande som konkurrerar med

¹⁷³ Rapport från GD för EU-intern politik (2012), s. 12

¹⁷⁴ Hodges (2008), s. 222

¹⁷⁵ Rekommendationen publicerades 2013-07-26.

finansiären eller som finansiären är beroende av (art. 16.b). Resultatbaserade ersättningskrav borde inte vara tillåtna för tredjepartsfinansiärer om inte ett sådant finansieringssystem blivit reglerat för att säkerställa parternas intressen (art. 23).

Resultatberoende eller andra typer av advokatarvoden bör inte utformas på så sätt att de skapar incitament att initiera talan med ogrundade anspråk. Om medlemsstater tillåter resultatberoende advokatarvoden bör dessa utformas med hänsyn till att skadelidna har rätt till full ersättning (art. 29-30).

4.2.5 Identifiering av gruppmedlemmar

Som utgångspunkt bör medlemsländer förlita sig på opt-in-modellen. Rekommendationen anser att opt-out-modellen får användas om användandet motiveras med sund rättskipning (art. 21). Enskilda bör både kunna lämna och ansluta sig till den företrädda gruppen när som helst innan dom i målet förkunnats (art. 22-23).

4.2.6 Ersättning

Överkompenserande skadestånd (särskilt i form av sanktionsliknande skadestånd) bör förbjudas (art. 31).

4.2.7 Kommentarer

Av de skyddsmekanismer som föreslås i Rekommendation 2013 är det endast det föreslagna förbudet om straffskadestånd som inte uttryckligen kan frångås. Hodges menar att det finns för många möjligheter att frångå skyddsmekanismerna och att skyddsmekanismerna är för vagt formulerade. Sammantaget tror han detta kommer leda till olika regleringar av kollektiv prövning inom EU:s medlemsländer.¹⁷⁶

Vanikiotis hävdar att trots att EU har tagit steg för att genomföra kollektiv prövning så leder förslaget om en opt-in-modell till att det är mindre troligt att någon större revolution, vad gäller användandet av kollektiv prövning inom EU, kommer att ske.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Hodges i *Journal of Consumer Policy* (2014), s. 78 f och 87.

¹⁷⁷ Vanikiotis i *Fordham International Law Journal* (2014), s. 1680 f.

5 Rättsläget i EU idag och Direktiv 2014

5.1 Tillgång till bevis

5.1.1 Allmänt

För att bevisa en överträdelse av konkurrensrätten eller för att bevisa konkurrensskada så krävs det en omfattande bevisning och en kostsam analys av fakta och ekonomiska omständigheter. Civila anspråk i konkurrensrätten är dessutom präglade av en betydande informationsasymmetri. Detta betyder att svarandesidan kan ha tillgång till omfattande kunskap och bevisning om överträdelsen och skadan medan kändandesidan till stora delar saknar detta.¹⁷⁸

Regler om bevisupptagning är inom EU idag primärt reglerat på nationell nivå. Tre instrument har dock viss betydelse för bevisupptagning i konkurrensrätten: Förordning 1049/2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar,¹⁷⁹ förordning (EG) nr 2003/1 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101] och [102] i fördraget¹⁸⁰ samt förordning (EG) nr 773/2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna [101] och [102] i [EU]-fördraget.¹⁸¹

Förordning 1049/2001 ämnar att ge allmänheten tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar så långt som är möjligt (art. 1(a)). Artikel 4 i förordningen påför berörda institutioner en skyldighet att vägra lämna ut handlingar i vissa fall: Av relevans för den privata övervakningen av antitrustregler är särskilt artiklarna 4.1(a) och 4.2 första och tredje strecksatsen.

Artikel 4.1(a) stadgar att en handling inte ska lämnas ut då det skulle undergräva skyddet för allmänna intressen så som EU:s eller nationella staters ekonomiska politik.

I artikel 4.2 stadgas att institutionerna är hindrade från att lämna ut sådana handlingar som undergräver skyddet för bl.a. juridiska eller fysiska personers affärsintressen, rättsliga förfaranden samt pågående utredningar. Då en utlämning motiveras med ett övervägande allmänintresse får utlämning ändå ske.

¹⁷⁸ Direktiv (2014), ingressen p. 14-15.

¹⁷⁹ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar, EUT L 145 s. 43.

¹⁸⁰ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EUT L 1 s. 1.

¹⁸¹ Kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, EUT L 123 s. 18.

Användbarheten av förordning 1049/2001 för att begära ut handlingar i konkurrensärenden blev kraftigt beskuret efter målet *EnBW* från 2014.¹⁸²

I förordning 1/2003 tillerkänns nationella domstolar möjlighet att begära ut upplysningar från kommissionen när den nationella domstolen tillämpar EU:s antitrustregler (art. 15.1).

Av artikel 15.1 i förordning 773/2004 framgår att kommissionen vid ärende av tillämpning av antitrustreglerna har en skyldighet att på begäran lämna ut handlingar till de parter som omfattats av kommissionens meddelande om invändningar. Denna skyldighet är föremål för vissa undantag (se exempelvis art.16.1).

5.1.2 Något om eftergiftsprogram

Ett eftergiftsprogram fungerar vanligen genom att det erbjuder det första företaget som tipsar om pågående kartellverksamhet immunitet från sådan böter som utdöms till följd av olovlig konkurrensbegränsande verksamhet. För att ett företag ska beviljas immunitet krävs i regel att kommissionen (eller nationell konkurrensmyndighet) utan tipset inte hade haft möjlighet att utreda kartellen. Ett företag som initierat en kartell eller haft en framträdande roll i kartellverksamheten är oftast diskvalificerat från att bli tilldelat immunitet.¹⁸³

Förutom att företag kan erbjudas immunitet, kan de företag som i ett senare skede av utredningen hjälper kommissionen (eller nationell konkurrensmyndighet) med dess utredning beviljas nedsättning av böter.¹⁸⁴

Företag som beviljats immunitet från eller nedsättning av böter i enlighet med ett eftergiftsprogram medges i dagsläget inget skydd från civilrättsliga anspråk.¹⁸⁵

Av de beslut om kartellöverträdelser kommissionen fattade under perioden 2007-2010 hade ungefär 75 % av utredningarna initierats p.g.a. kommissionens eftergiftsprogram.¹⁸⁶ Att eftergiftsprogram utgör en viktig komponent av den offentliga övervakningen inom EU råder det knappast något

¹⁸² Mål C-365/12 P, *Kommissionen mot EnBW* [2014], målet refereras *supra* i kap. 5.1.4.

¹⁸³ Se Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, EUT 2006 C 298 s. 15, kap III (se särskilt artiklarna 8, 11 och 13).

¹⁸⁴ Se Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, EUT 2006 C 298 s. 15, kap iv.

¹⁸⁵ Se Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, EUT 2006 C 298 s. 15, artikel 39.

¹⁸⁶ Whish och Bailey (2012), s. 280; Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, EUT C 298 s. 15.

tvivel om.¹⁸⁷ År 2012 hade 25 av EU:s medlemsstater ett nationellt eftergiftsprogram.¹⁸⁸

5.1.3 Förhållandet mellan eftergiftsprogram och rätten att söka skadestånd

I målet *Pfleiderer* behandlade EU-domstolen förhållandet mellan skyddet för handlingar i nationella eftergiftsprogram och rätten till ersättning enligt antitrustreglerna.

Efter att den tyska konkurrensmyndigheten (Bundeskartellamt) beslutat om att förelägga företag och personer med böter enligt 101 FEUF begärde bolaget *Pfleiderer* tillgång till de handlingar Bundeskartellamt använt i sanktionsförfarandet. *Pfleiderer* avsåg att med dessa handlingar förbereda en skadeståndstalan. Bundeskartellamt översände vissa av handlingarna i sanktionsförfarandet till *Pfleiderer* medan vissa av handlingarna inte översändes (inkluderat bland dessa handlingar fanns handlingar som lämnats in frivilligt till det nationella eftergiftsprogrammet). *Pfleiderer* begärde därför åter ut handlingarna från sanktionsförfarandet varpå Bundeskartellamt delvis avslag ansökan. Detta resulterade åter i att *Pfleiderer* inte fick tillgång till ovan nämnda handlingar.¹⁸⁹

Den fråga som hänsköts till EU-domstolen enligt artikel 267 FEUF var huruvida regler och principer för samverkan på konkurrensområdet förbjöd nationella myndigheter att bereda en tredje part tillgång till vissa handlingar. Detta givet att tredje parten begär ut handlingarna i syfte att förbereda civilrättsliga anspråk för konkurrensskada och handlingarna inlämnats frivilligt i enlighet med ett nationellt eftergiftsprogram.¹⁹⁰

EU-domstolen konstaterade att det är av allmänintresse att säkerställa en effektiv tillämpning av EU-rätten och fortsatte med att klargöra att det inte finns några gemensamma regler för eftergiftsprogram inom EU förutom vissa icke-bindande harmoniseringsinstrument.¹⁹¹ Därefter fastslog EU-domstolen att eftergiftsprogram utgör effektiva verktyg för att upptäcka och förhindra olovliga konkurrensbegränsande beteenden. Det konstaterades också att effektiviteten av dessa program kan äventyras om handlingar som härrör till eftergiftsprogrammen tillåts utlämnas till tredje parter som ämnar inleda civilrättsliga förfaranden.¹⁹²

Därefter återupprepade EU-domstolen att antitrustreglerna medger en rätt att söka skadestånd för de som drabbats av konkurrensskada. Denna rätt stärker

¹⁸⁷ Mål C-360/09, *Pfleiderer* [2011], p. 25; Mål C-536/11, *Donau Chemie m.fl.* [2013], p. 42; Se också Riley och Peysner i *European Law Review* (2006), s. 752.

¹⁸⁸ Kommissionen, 2014, *European Competition Network*.

<http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html> (Hämtad 2015-02-08)

¹⁸⁹ Mål C-360/09, *Pfleiderer* [2011], p. 9-13.

¹⁹⁰ Mål C-360/09, *Pfleiderer* [2011], p. 18.

¹⁹¹ Mål C-360/09, *Pfleiderer* [2011], p. 19, 20-22.

¹⁹² Mål C-360/09, *Pfleiderer* [2011], p. 25-26.

dessutom effekten av antitrustreglerna samt har en avskräckande effekt på konkurrensbegränsande beteenden.¹⁹³

Slutligen fastställde EU-domstolen att nationella regler om tillgång till handlingar som lämnats in i enlighet eftergiftsprogram är underkastad både likabehandlingsprincipen och effektivitetsprincipen (särskilt i förhållande till rätten att erhålla skadestånd för konkurrensskador). Vikten av att bereda tillgång till handlingarna inlämnade i enlighet med nationella eftergiftsprogram ska vägas mot vikten av att skydda sådana handlingar. Det är upp till nationella domstolar att företa en sådana bedömning i varje enskilt fall.¹⁹⁴

Ytterligare utveckling av sambandet mellan skyddet av handlingar hos konkurrensmyndigheter som lämnats in i enlighet med nationella eftergiftsprogram och rätten till skadestånd enligt antitrustreglerna gjordes i fallet *Donau Chemie*.

EU-domstolen underkände i målet en österrikisk regel som stadgade att handlingar i konkurrensfall endast lämnades ut till tredje parter under ett visst villkor. Detta villkor var att alla parter som deltog i det konkurrensfall som handlingarna avsåg gett sitt samtycke till att lämna ut dessa handlingar. Handlingar som berördes av den österrikiska regeln var t.ex. sådana handlingar som lämnats in i enlighet med ett nationellt eftergiftsprogram.¹⁹⁵

Det påpekas av EU-domstolen i målet att både regler som kategoriskt medger tillgång till handlingar och regler som kategoriskt nekar tillgång till handlingar kan påverka en effektiv tillämpning av antitrustreglerna. En avvägning av parternas intressen måste kunna företas av nationella domstolar i varje enskilt fall.¹⁹⁶

Vid en avvägning om handlingar ska lämnas ut eller inte måste den nationella domstolen bedöma intresset av att den sökande bereds tillgång till handlingar. Dessutom ska den nationella domstolen beakta vilka faktiska skador ett utlämnande av handlingarna kan ha på allmänintresset eller personers legitima intressen. Att en nationell domstol nekar tillgång till handlingar hos en konkurrensmyndighet endast genom att hänvisa till risken för att allmänintresset skadas utgör inte en tillräcklig intresseavvägning.¹⁹⁷

Varken i *Pfleiderer* eller *Donau Chemie* gav EU-domstolen några närmare indikationer på vilka faktorer som nationella domstolar har att beakta vid en intresseavvägning.¹⁹⁸

¹⁹³ Mål C-360/09, *Pfleiderer* [2011], p. 28-29.

¹⁹⁴ Mål C-360/09, *Pfleiderer* [2011], p. 30-31.

¹⁹⁵ Mål C-536/11, *Donau Chemie m.fl.* [2013], p. 49.

¹⁹⁶ Mål C-536/11, *Donau Chemie m.fl.* [2013], p. 31 och 34.

¹⁹⁷ Mål C-536/11, *Donau Chemie m.fl.* [2013], p. 44-46.

¹⁹⁸ Singh i *European Competition Law Review* (2014), s. 114.

5.1.4 Handlingar hos EU:s institutioner

I *EnBW* framhöll EU-domstolen att syftena med förordningarna 1/2003 och 773/2004 är annorlunda från syftet med förordning 1049/2001. De två förstnämnda förordningarna syftar bl.a. till att ge parter sekretess i ärenden om antitrustreglerna medan förordning 1049/2001 syftar till att bereda allmänheten största möjliga tillgång till handlingar hos de berörda EU-institutionerna. Eftersom det inte är reglerat hur dessa förordningar ska förhålla sig till varandra ska de tillämpas på ett sådant sätt att tillämpningen blir förenlig med tillämpningen av de andra förordningarna.¹⁹⁹

EU-domstolen godkände i målet kommissionens presumtiva regler om att inte lämna ut sådana handlingar som förekommer i pågående ärenden avseende EU:s antitrustregler: Ett utlämnande kan undergräva både skyddet för företags affärsintressen och skyddet för pågående utredning. Då kommissionen använder sig av en sådan presumtionsregel är den inte skyldig att utföra en individuell prövning för hur var och en av de handlingar som begärts ut påverkar ovan nämnda intressen.²⁰⁰

Vidare stadgade EU-domstolen att:

”Målet att skapa ett effektivt skydd för en kändes rätt till ersättning innebär inte att samtliga handlingar i ett förfarande enligt artikel [101 FEUF] måste lämnas ut till känden därför att vederbörande har för avsikt att väcka talan om skadestånd. Det är nämligen föga troligt att denna skadeståndstalan måste grunda sig på samtliga omständigheter i ärendet avseende detta förfarande[.]”²⁰¹

Det räcker inte med allmänt hållna motiveringar om rätten att söka skadestånd för den som drabbats av konkurrensskada för att bryta kommissionens presumtion. För att bryta presumtionen måste den som avser söka skadestånd visa att denna behöver ha tillgång till en eller flera specifika handling hos kommissionen för att ö.h. kunna söka skadestånd. Domstolen gjorde en analogitolkning av punkterna 30 och 34 i *Donau Chemie*.²⁰²

Om presumtionen bryts ska kommissionen företa en individuell avvägning mellan de olika intressena. Vid en sådan avvägning kan kommissionen komma fram till att rätten att söka skadestånd utgör ett sådant övervägande allmänintresse att kommissionen inte är förhindrad att lämna ut handlingar enligt artikel 4 i förordning 1049/2001.²⁰³

Med en hänvisning till punkterna 32 och 44 i *Donau Chemie* menade EU-domstolen att den part i målet som sökte handlingar från kommissionen aldrig

¹⁹⁹ Mål C-365/12 P, *Kommissionen mot EnBW* [2014], p. 83-84.

²⁰⁰ Mål C-365/12 P, *Kommissionen mot EnBW* [2014], p. 93.

²⁰¹ Mål C-365/12 P, *Kommissionen mot EnBW* [2014], p. 106.

²⁰² Mål C-365/12 P, *Kommissionen mot EnBW* [2014], p. 107-108.

²⁰³ Mål C-365/12 P, *Kommissionen mot EnBW* [2014], p. 117.

visat att den behövde tillgång till handlingar hos kommissionen för att initiera ett civilt skadeståndsanspråk. Parten hade inte heller visat att den inte kunde få tillgång till bevisning på annat håll varför kommissionens presumtion i fallet inte bröts.²⁰⁴

5.2 Finansiering

5.2.1 Allmänt

Det finns få EU-rättsliga regleringar vad gäller finansiering av rättegångsförfarande. Enligt EKMR art. 6.3(c) har medlemsländer ett krav på sig att erbjuda någon form av rättshjälp till de som blivit anklagade för brott. Det finns också ett direktiv om förbättring av möjligheterna till rättslig prövning i gränsöverskridande tvister genom fastställande av gemensamma minimiregler för rättshjälp i sådana tvister.²⁰⁵

År 2012 fanns det i samtliga medlemsländer någon form av rättshjälp att tillgå för de som saknar medel att uppträda i domstol. Rättshjälp ses som en otillräcklig finansieringsform vad gäller kollektiv prövning, detta främst av tre skäl: i) Det är inte troligt att alla som drabbats av skada kvalificerar för rättshjälp, ii) det finns ingen garanti för att rättshjälpen täcker svarandesidans kostnader och iii) konkurrens mål är komplexa till sin natur, rättshjälp ges ofta av professionella utan att ombuden erhåller ersättning för detta; det kan ifrågasättas om systemet erbjuder tillräcklig kompetens för att hantera konkurrens mål.²⁰⁶

Det finns även ett direktiv om samordning av lagar och andra författningar angående försäkringar. Direktivet reglerar rättegångsförsäkringar i artiklarna 198-205. Av intresse kan vara artikel 201 som stadgar att försäkringstagaren har rätt att utse eget juridiskt ombud.²⁰⁷

5.2.2 Begränsning av principen om att förloraren betalar enligt EKMR

I målet *MGN limited v The united Kingdom* fastställde Europadomstolen att en reglering i Storbritannien som stadgade att resultatbaserade advokatarvoden med vinstavgift var ersättningsgilla under principen om att förloraren betalar inte var förenlig med rätten till åsiktsfrihet i artikel 10 EKMR.²⁰⁸

²⁰⁴ Mål C-365/12 P, *Kommissionen mot EnBW* [2014], p. 132.

²⁰⁵ Rådets direktiv 2002/8/EG av den 27 januari 2003 om förbättring av möjligheterna till rättslig prövning i gränsöverskridande tvister genom fastställande av gemensamma minimiregler för rättshjälp i sådana tvister, EUT L 26 s. 41.

²⁰⁶ Rapport från GD för EU-intern politik (2012), s. 71.

²⁰⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/138/EG av den 25 november 2009 om upptagande och utövande av försäkrings- och återförsäkringsverksamhet (Solvens II), L 335 s. 1.

²⁰⁸ *MGN limited v the United Kingdom* [2011], Målnummer: 39401/04, p. 219-220.

Europadomstolen konstaterade i målet att en reglering som tillät att vinstavgifter ingick under principen om att förloraren betalar utgjorde en inskränkning av rätten till åsiktsfrihet (art. 10.1 EKMR).²⁰⁹ Denna rätt kan inskränkas genom lag om det syftar till att skydda ett legitimt intresse och det anses nödvändigt i ett demokratiskt samhälle (art. 10.2 EKMR). I fallet blev det konstaterat att regleringen i Storbritannien skett genom lag samt att inskränkningen syftade till att skydda ett legitimt intresse (att skapa ett effektivt domstolsskydd (art. 6 EKMR)).²¹⁰

Däremot hävdade domstolen att inskränkningen inte var nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Europadomstolen hänvisade bl.a. till en nationell rapport om de brittiska resultatbaserade advokatarvodena och vinstavgiftsreglerna. Rapporten påvisade bl.a. att det fanns fyra inneboende defekter med den dåvarande brittiska regleringen: i) Att regleringen inte ställde några krav på den som ämnade använda sig av vinstavgiften, ii) att regleringen saknade incitament för det juridiska ombudet att begränsa sina kostnader, iii) att systemet ökade risken för *black mail settlements* samt iv) att istället för att regleringen beredde den stora massan tillgång till ett effektivt domstolsskydd uppmuntrade den juridiska ombud till att endast agera ombud i mål med stor sannolikhet för vinst.²¹¹

5.3 Indirekta skadelidnas talerätt

5.3.1 Övervältring

Det saknas inom konkurrensrätten bestämmelser huruvida övervältringsargumentet ska tillåtas eller inte. Praxis om övervältringsargumentet finns på skatterättens område varifrån det troligen är möjligt att göra analogislut:

Om en skatt felaktigt påförts medborgare ska denna skatt som huvudregel återbetalas till den som erlagt den felaktiga skatten. Enligt EU-domstolens praxis finns ett undantag till denna regel. Undantaget blir tillämpligt när det kan fastställas att personen (fysisk eller juridisk) som felaktigt påförts skatt har övervältrat hela eller delar av kostnaden för skatten på annan. Om den felaktigt påförda skattesumman skulle återbetalas till sådan person skulle personen göra en obehörig vinst. Nationella myndigheter kan därför underlåta att återbetala skatt om det belopp som en övervältring blivit fastställt till.²¹²

Undantaget ska tolkas restriktivt och med hänsyn till att en övervältring till köpare i senare led inte behöver innebära att alla kostnader för skatten fullt kompenseras skattebetalaren. Det ska därför i varje enskilt fall göras en ekonomisk analys om hur skatten och eventuell övervältring av skatten påverkat skattebetalaren. En nationell regel som generellt nekar återbetalning

²⁰⁹ *MGN limited v the United Kingdom* [2011], Målnummer: 39401/04, p. 192.

²¹⁰ *MGN limited v the United Kingdom* [2011], Målnummer: 39401/04, p. 194 och 196-197.

²¹¹ *MGN limited v the United Kingdom* [2011], Målnummer: 39401/04, p. 206-210.

²¹² Mål C-147/01, *Weber's Wine World m.fl.* [2003], p. 93-94.

av felaktigt påförd skatt då skattebetalaren påfört skattebeloppet på sina varor är därför oförenlig med EU-rätten.²¹³

5.3.2 Umbrella Pricing

I det nyligen avgjorda fallet *Kone* bedömdes i vilken utsträckning kartell-deltagare kunde hållas ansvariga för skada som indirekt uppkommit från kartellverksamheten. Det rörde sig i fallet om en nationell regel som ovillkorligen frantog kartell-deltagare ansvar från s.k. *umbrella pricing* ansågs vara förenlig med EU-rätten eller inte.²¹⁴

Umbrella pricing ska förstås som att då en kartell till följd av sin aktivitet ökar priserna på en marknad kan detta medföra att konkurrenter till kartellen utnyttjar marknadens onormala prisnivå och också höjer sina priser. De priser som konkurrenter sätter med beaktande av kartellverksamheten ska vara högre än de priser konkurrenterna hade tillämpat vid normala konkurrensförhållanden. Oberoende av om konkurrenters prishöjningsbeslut är självständiga (lovliga) är dessa beslut ett resultat av att en kartell olovligt snedvridit konkurrensen på marknaden. Följaktligen är det inte endast kunder till kartellen som drabbas av konkurrensskada utan även kunder till de företag som använt umbrella pricing.²¹⁵

EU-domstolen menade att om rätten att begära ersättning för konkurrensskada görs beroende av att det föreligger ett direkt orsakssamband mellan den skadelidna och skadevällaren skulle den fulla verkan av 101 FEUF försvagas. EU-domstolen fastställde därför att de som drabbats av konkurrensskada till följd av umbrella pricing har rätt att söka skadestånd från kartelldeltagarna givet två villkor. Det första villkoret är att möjligheten att självständiga marknadsaktörer skulle utnyttja umbrella pricing fanns. Denna möjlighet ska bedömas med beaktande av marknadens beskaffenhet och situationens särdrag. Det andra villkoret är att kartelldeltagarna inte kunde bortse från dessa beskaffenheter och särdrag. En nationell regel som ovillkorligen hindrar de som till följd av umbrella pricing blivit drabbade av konkurrensskada från att söka ersättning är oförenlig med EU-rätten.²¹⁶

5.4 Direktiv 2014²¹⁷

5.4.1 Allmänt

Direktiv 2014 publicerades i EUT den 5 december 2014 med dubbel rättslig grund i artiklarna 103 och 114 FEUF. Senast den 27 december 2016 ska direktivet vara införlivat i nationell rätt (art. 21).

²¹³ Mål C-147/01, *Weber's Wine World m.fl.* [2003], p. 95, 100 och 102.

²¹⁴ Mål C-557/12, *Kone m.fl.* [2014].

²¹⁵ Mål C-557/12, *Kone m.fl.* [2014], p. 29.

²¹⁶ Mål C-557/12, *Kone m.fl.* [2014], p. 33-34 och 37.

²¹⁷ Där inget annat anges baseras detta kapitel på Direktiv (2014).

Punkt 10 i ingressen meddelar att direktivet endast bör vara tillämpligt på nationella antitrustregler när dessa ska tillämpas parallellt med EU:s antitrustregler. Vidare ska det finnas ett inslag av gränsöverskridande påverkan såsom kriteriet tolkas enligt EU:s antitrustregler.

Enligt punkt 13 i ingressen behöver medlemsländer inte införa mekanismer för kollektiv prövning för att direktivet ska införlivas korrekt.

Direktiv 2014 har främst två mål. Det första är att varje person som lidit konkurrensskada effektivt ska kunna utnyttja sin rätt att begära full ersättning från överträdaren/överträdarna. Det andra är att säkerställa en sund och effektiv konkurrens på EU:s inre marknad genom att skapa ett likvärdigt skydd i hela EU för dem som drabbats av konkurrensskada (art. 1). I ingressen till direktivet framkommer att anledningen till att kunna söka ersättning för konkurrensskada är att säkerställa den fulla effekten av antitrustreglerna (se särskilt punkt 1 och 2).²¹⁸

I kommissionen meddelande om beräkning av konkurrensskada framförs en något annorlunda syn på den privata övervakningens syfte. Där hävdas att den privata övervaknings primära syfte är att kompensera de som drabbats av konkurrensskada och i andra hand säkerställa efterlevnad av konkurrensreglerna.²¹⁹

5.4.2 Skadestånd

I artikel 3.1 stadgas att alla som drabbats av konkurrensskada ska ha rätt att begära och erhålla full ersättning för skadan. Full ersättning i direktiv 2014 syftar till att återställa skadedrabbade sådant ekonomiskt tillstånd de befunnit sig i om konkurrensvidrig överträdelse aldrig ägt rum. Detta har resulterat i att skadestånd ska omfatta faktisk skada, utebliven vinst samt ränta (art. 3.2). Skadeståndet får dock inte medföra att den skadelidna gör en obehörig vinst till följd av straffskadestånd, dubbelt skadestånd eller annan typ av skadestånd (art. 3.3).

5.4.3 Bevisning

Nationella domstolar ska kunna förelägga svarande eller tredjepart med editionsplikt av relevant bevisning för en skadeståndstalan. För att kärke ska få tillgång till bevisning krävs att käreandes styrker rimligheten av sitt skadeståndsanspråk med en utförlig motivering och presenterar den fakta som det är rimligt att käreanden har tillgång till. Likaså ska domstolen kunna förelägga käreanden eller tredjepart med editionsplikt på svarandes begäran (art. 5.1). Rättigheter och skyldigheter enligt förordning nr 1206/2001 påverkas inte av denna punkt.

²¹⁸ Jfr Förslag till Direktiv (2014), s. 4 f.

²¹⁹ Meddelande från kommissionen om beräkning av skada vid skadeståndstalan vid brott mot artikel 101 eller 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUT 2013 C 167/07 s. 19, p. 2

Bevisningen som ska lämnas ut ska definieras så snävt och exakt som möjligt givet omständigheterna (art. 5.2). Vid beslut gällande vilken bevisning som ska utlämnas ska nationella domstolar företa en proportionalitetsbedömning. Proportionalitetsbedömningar ska göras med avseende till alla parter legitima intressen och ska då särskilt beakta bl.a.: den ansökande partens intresse av att få tillgång till bevisning, kostnader för att lämna ut bevisning samt om bevisningen innehåller hemliga uppgifter (art. 5.3).

Handlingar som finns i en ärendeakt hos konkurrensmyndighet ska endast lämnas ut om bevisningen inte finns hos part eller tredje part (art. 6.10). Viss bevisning som förekommer i konkurrensmyndighets ärendeakt får endast bli föremål för editionsplikt efter det att konkurrensmyndigheten avslutat sitt förfarande (art. 6.5). Vidare stadgar direktivet att en domstol aldrig får ålägga part eller tredje part att lämna ut förlikningsinlagor eller sådana handlingar som inkommit i enlighet med ett eftergiftsprogram (art. 6.6). Artikel 6 påverkar inte tillämpningen av förordning nr 1049/2001 (art. 6.2).

Sådan bevisning som avses i artikel 6.6 som en fysisk eller juridisk person erhållit, enbart genom tillgång till konkurrensmyndighets ärendeakt, ska antingen inte godkännas eller på annat sätt skyddas av nationella domstolar (art. 7.1). Detta för att säkerställa de begränsningar som finns avseende bevisutlämning enligt artikel 6. Detsamma gäller för sådan bevisning som föreskrivs i artikel 6.5 tills dess att konkurrensmyndighet avslutat sitt förfarande (art. 7.2).

Nationella domstolar ska kunna förelägga parter, tredje parter samt deras juridiska ombud med sanktioner om dessa: i) vägrar lämna ut bevisning, ii) förstör relevant bevisning, iii) inte skyddar hemlig information eller iv) använder sådan bevisning som är begränsad enligt direktivet (art. 8.1). Sanktionerna ska vara proportionerliga, effektiva och avskräckande (art. 8.2).

Då en nationell konkurrensmyndighet (eller appellationsdomstol) fastställt att en överträdelse av antitrustreglerna ägt rum, ska denna fastställelse ses som ett obestridbart rättsfaktum när en skadeståndstalan väcks vid nationell domstol (art. 9.1). Om en sådan fastställelse har gjorts av nationell konkurrensmyndighet (eller överprövningsdomstol) annat än i den medlemsstat där skadeståndstalan väcks, ska fastställelsen åtminstone utgöra ett *prima facie*-bevis för att överträdelse har skett (art. 9.2).²²⁰

I de fall det är praktiskt omöjligt eller orimligt svårt för skadelidna att beräkna skadeståndets storlek, ska nationella domstolar vara behöriga att uppskatta storleken på skadan (art. 17.1). Överträdelse i form av kartellverksamhet ska presumeras medföra skada (art. 17.2).

²²⁰ Jfr verkan av ett beslut från kommissionen C-344/98, *Masterfoods mot HB*, [2000], p. 60.

5.4.4 Indirekta köpares talerätt

Både indirekta köpare och svarande har rätt att använda sig av övervältringsargumentet (art. 12-14). En indirekt köpare ska anses ha fått skada övervältrad på sig när det är bevisat att: i) svaranden överträtt antitrustreglerna, ii) överträdelsen har medfört prishöjning på överträdarens direkta kunder och iii) den indirekta köparen har handlat sådana varor eller tjänster som påverkats av prishöjningen från den direkta köparen (art. 14.2).

5.4.5 Övrigt

Om fler än ett företag överträtt antitrustreglerna är företagen solidariskt ansvariga för konkurrensskadan gentemot skadeståndssökande (art. 11.1). Företag som beviljats immunitet från sanktionsavgifter i enlighet med nationella eftergiftsprogram är endast ansvarigt för de kunder som drabbats direkt eller indirekt av företaget. Undantaget gäller under förutsättningen att övriga skadelidna har möjlighet att erhålla full ersättning från de andra företagen som varit delaktiga i överträdelsen (art. 11.4).

5.4.6 Kommentarer

Bentley och Henry anser att förbudet i artikel 6.6 skapar klarhet i rättsläget om när nationella myndigheter kan lämna ut handlingar som ingetts i enlighet med eftergiftsprogram. De hävdar att den avvägningsprincip som utarbetades i domarna *Pfleiderer* och *Donau Chemie* inte blir tillämplig på sådana handlingar.²²¹ Domarna *Pfleiderer* och *Donau Chemie* hänvisade båda till att det, i avsaknad av tvingande EU-rätt, är upp till de nationella medlemsstaterna att säkerställa EU-rättens direkta effekt.²²² Eftersom Direktiv 2014 utgör tvingande EU-rätt menar Vandenborre och Goetz att direktivet inte motsätter sig domarna utan endast skapar ett läge där det nu finns tvingande EU-rätt.²²³ En mer skeptisk hållning framförs av Hummer och Cywinski, som anser att det är oklart huruvida sekundärrätt kan upphäva verkningarna av de båda domarna eftersom domstolen tolkade primärrätt. Vidare framför de att endast osäkerheten över vilket skydd handlingar ges kan leda till att färre kartelldeltagare använder eftergiftsprogrammen.²²⁴

Singh tar inte någon ställning till hur direktivet förhåller sig till domarna. Han noterar dock att EU-domstolen och kommissionen har kommit på kollisionskurs vad gäller hur intressekonflikten mellan rätten till skadestånd och skydd för eftergiftsprogram ska prioriteras. Singh kommenterar att eftergiftsprogram är väsentliga för att upptäcka kartellverksamhet, och därför också för att skadedrabbade ska kunna initiera följdföranden.²²⁵

²²¹ Bentley och Henry i *World Competition* (2014) (2014), s. 281 f.

²²² Se: Mål C-360/09, *Pfleiderer* [2011], p. 23 och Mål C-536/11, *Donau Chemie m.fl.* [2013], p. 25.

²²³ Vandenborre och Goetz i *Journal of European Competition Law & Practice* (2014), s. 649 f.

²²⁴ Hummer och Cywinski i *Global Competition Litigation Review* (2014), s. 117 f.

²²⁵ Singh i *European Competition Law Review* (2014), s. 122 f.

6 Utblick USA

6.1 Prövningstillstånd

De amerikanska reglerna för kollektiv prövning är stadfästa i Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) artikel 23. För att ett mål ska tas upp som en kollektiv prövning i USA måste en domstol först godkänna att talan förs genom kollektiv prövning. Enligt 23(a) krävs det att fyra rekvisit är uppfyllda: (1) gruppen ska vara så talrik att en sammanslagning av fallen inte är möjligt, (2) det ska finnas gemensamma sak- och eller/rättsfrågor, (3) anspråket eller försvaret ska vara karakteristiskt för gruppen, samt att (4) företrädaren på ett lämpligt sätt kan skydda gruppens intressen.

Kollektiv prövning är att se som ett undantag till huvudregeln om att tvistemål sker mellan två enskilda parter. Den part som ansökt om att föra talan genom kollektiv prövning ska visa att kraven för att göra så är uppfyllda.²²⁶

Rekvisitet om gemensamma sak- och/eller rättsfrågor utvecklades av US Supreme Court i *Wal-Mart v. Dukes*. För att kriteriet ska vara uppfyllt, ska målet grunda sig på ett gemensamt påstående. Påståendet ska vara av en sådan karaktär att om påståendet fastställs eller vederläggs, ska detta påverka samtliga gruppmedlemmars anspråk.²²⁷

I målet *American Medical Systems* elaborerade den federala appellationsdomstolen (6th Circuit of the Court of Appeals) om skillnaden mellan rekvisiten för att talan ska vara karakteristisk för gruppen, och att företrädaren ska anses lämplig. För att en talan ska anses karakteristisk för gruppen krävs att två kriterier blivit infriade: i) att den som för talan grundar sitt anspråk på samma handling som drabbat övriga gruppmedlemmar, och ii) att anspråket mot den påstådda skadevållaren grundar sig på samma rättsliga argumentation. Vidare påtalade domstolen att då anspråket är karakteristiskt för gruppen, har den käre som driver processen samma incitament som övriga gruppmedlemmar. Därför föreligger det ingen risk för intressekonflikt mellan den käre som driver processen, och gruppmedlemmarna. För att en företrädare ska uppfylla kravet på lämplighet ska företrädaren dels ha tillräcklig kompetens för att driva målet effektivt, dels inte ha några intressekonflikter gentemot den käre som driver processen eller övriga gruppmedlemmar.²²⁸

Beroende av vad parterna söker för typ av rättsverkning med förfarandet finns tre typer av kollektiv prövning under artikel 23 FRCP: icke-monetär avhjälpning (23(b)(1)), interimistiska åtgärder (23(b)(2)) eller monetär avhjälpning (23(b)(3)).

²²⁶ *Wal-Mart Stores, Inc., v. Dukes et al.* 131 S.Ct. 2541 (2011), s. 2550 f.

²²⁷ *Wal-Mart Stores, Inc., v. Dukes et al.* 131 S.Ct. 2541 (2011), s. 2551.

²²⁸ *In re American Medical Systems, Inc.* 75 F.3d 1069 (1996), s. 1082 f.

För att en talan ska godkännas under 23(b)(3) FRCP krävs att ytterligare två rekvisit uppfylls: att intresset av att klargöra de gemensamma sak- och/eller rättsfrågorna är övervägande i förhållande till något annat individuellt intresse och att den valda formen för talan är överlägsen andra former för talan.²²⁹

Dessa båda rekvisiten ska bedömas av domstolen genom noggrann granskning och mot bakgrund av den icke uttömmande listan i 23(b)(3) som stadgar att domstolen har att beakta: (A) gruppmedlemmars intresse av att individuellt kontrollera förfarandet, (B) om den aktuella tvisten redan är föremål för prövning av eller mot någon gruppmedlem, (C) önskvärdheten i att föra talan vid det specificerade forumet samt (D) vilka förväntade svårigheter administrering av en kollektiv prövning innebär.

US Supreme Court menade i *AmChem* att syftet med 23(b)(3) FRCP är att öka effektiviteten vad gäller bl.a. tid och kostnader för ett förfarande samt att främja enhetliga beslut utan detta medför oönskade resultat eller leder till orättvisa i processen. Vidare påtalade domstolen att själva kärnan i kollektiv prövning är att lösa problemet med att vissa anspråk är så små att dessa inte motiverar enskilda att föra talan.²³⁰

Den federala appellationsdomstolen (1st Circuit of the Court of Appeals) tolkade i konkurrensrättsmålet *In Re: New Motor Vehicles* rekvisitet om övervägande intresse. Domstolen menade att i tvister om antitrustöverträdelser, ska rekvisitet inte anses vara uppfyllt om överträdelserna och följderna av överträdelserna inte kan bli styrkta med gemensam bevisning. I fallet ämnade domstolen inte göra en undersökning av bevisningen i sig. Det domstolen ville komma fram till var huruvida det fanns någon möjlighet att kärandes anspråk kunde styrkas med gemensam bevisning.²³¹

När en domstol har att avgöra om en ansökan uppfyller rekvisiten för kollektiv prövning i artikel 23 FRCP, ska den göra en rigorös analys av fallet i fråga. I *Wal-Mart v. Dukes* medgav domstolen att en sådan rigorös analys kan innebära att domstolar redan på prövningstillståndets initiala stadium måste göra en genomgång av sakfrågor i fallet.²³²

Det har enligt amerikansk rätt inte alltid erfordrats en rigorös undersökning för att fastställa om en talan får prövas genom kollektiv prövning eller inte.²³³ Syftet med att utföra en sådan grundlig undersökning är främst att undvika opportunistisk användning av kollektiv prövning. Dessutom ämnar kontrollen säkerställa att partsautonomin endast blir begränsad i de fall detta motiveras med övervägande allmänintressen.²³⁴

²²⁹ *Amchem Products, Inc. v. Windsor* 117 S.Ct. 2231 (1997), s. 2246.

²³⁰ *Amchem Products, Inc. v. Windsor* 117 S.Ct. 2231 (1997), s. 2246.

²³¹ *In re New Motor Vehicles Canadian Export Antitrust Litigation* 522 F.3d 6 (2008), s. 20 och 29.

²³² *Wal-Mart Stores, Inc., v. Dukes et al.* 131 S.Ct. 2541 (2011), s. 2551 f; se även *In re New Motor Vehicles Canadian Export Antitrust Litigation* 522 F.3d 6 (2008), s. 26.

²³³ Se generellt Andreangeli i Rodger (red.) (2014), s. 232 ff.

²³⁴ Andreangeli i Rodger (red.) (2014), s. 247.

6.2 Finansiering

I USA används främst resultatbaserade advokatarvoden med riskavtal men möjlighet finns också att avtala om timtaxa. Hur stor del av ersättningen som en advokat har rätt att erhålla under riskavtal är ofta reglerat på delstatsnivå. I talan genom kollektiv prövning ska domstolen bedöma arvodets storlek (art. 23(h) FRCP).²³⁵ Vid kollektiv prövning används i USA en ensidig förflyttning av rättegångskostnader.²³⁶

En Amerikansk studie från 2003, som baserar sig på 1120 fall mellan 1990-2003 visar att vid användning av riskavtal tillfaller i genomsnitt 18.4 % av ersättningsbeloppet det juridiska ombudet och 81.6 % de skadedrabbade.²³⁷

Hur talan finansieras har varit föremål för utveckling i USA och idag förekommer att företag agerar tredjepartsfinansiärer. Dessa tredjepartsfinansiärer verkar mindre benägna att investera i kollektiva prövningar eftersom kollektiva prövningar upplevs mer komplexa än andra investeringsalternativ.²³⁸

6.3 Skadestånd

Enligt Clayton Act ska den som har blivit drabbad av konkurrensskada erhålla en ersättning som är tre gånger större än den uppkomna skadan (15 U.S.C. § 15(a)). Om domstolen så beslutar kan den skadelidna också få ränta på sina skador, givet att inget av rekvisiten i 15 U.S.C. § 15(a)(1-3) har uppfyllts – punkterna behandlar i princip tillfällen där käranden processat vårdslöst, eller medvetet förlängt processen. Skadeståndet är i USA menat att både ha en avskräckande samt kompenserande effekt.²³⁹

Det trefaldiga skadeståndet bör ses i förhållande till att övervärtringsargumentet inte tillåts i USA.²⁴⁰

²³⁵ Benhör i *Journal of Consumer Policy* (2012), s. 105; Hodges, Christopher, Peysner, John och Nurse, Angus, *Litigation Funding: Status and Issues – Research Report*, 2012 (härefter: Rapport från Hodges m.fl. (2012)), s. 43 f.

Tillgänglig: <http://www.csls.ox.ac.uk/documents/ReportonLitigationFunding.pdf> (Hämtad 2015-01-25)

²³⁶ 15 U.S.C § 15(a).

²³⁷ Vanikiotis i *Fordham International Law Journal*, (2014), s. 1651 OBS! Studien tar inte hänsyn till om kollektiv prövning användes eller inte.

²³⁸ Rapport från Hodges m.fl. (2012), s. 44 ff.

²³⁹ *Illinois Brick co. v. Illinois*, 97 S.Ct. 2061 (1977), s. 2061.

²⁴⁰ Se: *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery, Crop.*, 88 S.Ct. 2224 (1968), s. 2231 f.; *Illinois Brick co. v. Illinois*, 97 S.Ct. 2061 (1977), s. 2075 f.

7 Diskussion om kollektiv prövning

7.1 Former för kollektiv prövning

7.1.1 Allmänt

Som tidigare uppmärksammats finns det stora skillnader i hur kollektiv prövning regleras i olika medlemsländer. En av dessa betydande skillnader är formen för kollektiv prövning. Endast två former för kollektiv prövning kommer att diskuteras nedan, detta för att övriga former omöjligt kan säkerställa ersättning för små spridda konkurrensskador.²⁴¹

7.1.2 Testfall

Testfall (eng. *Test case*) är ett fall som skapar bindande effekt över flera liknande fall (fall som har en eller flera sak- och/eller rättsfrågor gemensamt med testfallet). De liknande fallen blir inte per automatik bundna av testfallet varför de anspråksägare som önskar bli bundna av testfallet måste registrera sina fall eller på annat sätt meddela sin önskan över att dessa ska bli bundna av testfallet. Två inneboende svagheter finns vad gäller testfalls möjlighet att hantera små spridda konkurrensskador. Den första svagheten gäller osannolikheten att en kärende väljer att initiera ett testfall då det innebär stora ekonomiska risker men små ekonomiska incitament för kärenden. Den andra svagheten är att om testfall väljs som form för talan kan svaranden välja att investera väldigt stora summor i det enskilda målet för att på så vis avskräcka övriga med liknande fall.²⁴²

7.1.3 Företrädartalan

I kollektiv prövning med företrädare representeras den skadelidna gruppen av någon som driver fallet. Företrädaren kan vara offentligt organ (ombudsman), konsumentorganisation, kärende med sitt juridiska ombud eller privatperson. Som framkommit genom undersökningen av amerikansk rätt kan vissa krav ställas på företrädaren. Vid en företrädartalan kan skadeståndet antingen tilldelas de enskilda gruppmedlemmarna eller företrädaren. Alla

²⁴¹ Se Stradler i Basedow (2007), s. 201 f.

²⁴² Rapport från GD för Hälso- och konsumentfrågor, *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union Final Report Part I: Main Report* (härefter: Rapport från GD för Hälso- och konsumentfrågor (2008)), s. 29 Tillgänglig: http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf (Hämtad 2015-02-07); Benöhr i *Journal of Consumer Policy* (2013), s. 91; Nagy i *Columbia Journal of European Law* (2013), s. 477 f.

gruppmedlemmar blir bundna av domstolsbeslutet vid en företräddartalan. Hur gruppmedlemmarna identifieras förklaras närmare nästa kapitel.²⁴³

Hodges har framfört åsikter om att EU inte har en helhetsbild vad gäller syftet med privat övervakning och kollektiv prövning; enligt honom är det huvudsakliga syftet med privat övervakning inom EU att kompensera dem som drabbats av konkurrensskador. Han menar att skadelidna kan kompenseras både billigare och effektivare om offentliga organ utrustas med befogenheter att säkerställa skadestånd för skadedrabbade.²⁴⁴ Om ett sådant offentligt organ även skulle utrustas med befogenhet att påföra avgifter för konkurrensöverträdelser, skulle detta enligt Hodges innebära snabbare och effektivare förfaranden vad gäller både privat och offentlig övervakning. Vidare påstår han att ifall organet därutöver är behörigt att medge avgiftsnedsättningar då överträdaren t.ex. erkänner skuld och godtar civilrättsliga påföljder, kan compensationen till skadedrabbade ske än effektivare.²⁴⁵

Argumentet att offentliga organ endast bör undersöka, verkställa och avskräcka inom konkurrensrätt bemöts av Hodges. Han framför att handläggningen av konkurrensfall kräver mindre tid med ett sådant organ som är beskrivet ovan. Konkurrensöverträdarna ges starkare ekonomiska incitament att erkänna skuld och civilrättsligt ansvar eftersom detta kan medföra: nedsättning av sanktionsavgifter, att företaget når slutgiltighet i ansvarsfrågan (s.k. *global peace*), och att företag kan undvika solidariskt ansvar för andra som drabbats av konkurrensskada än företagets direkta kunder.²⁴⁶ Vidare framhäver Hodges att då det är offentliga organ som ska tillgodose att konsumenter blir ersatta för konkurrensskador uppstår inga problem med intressekonflikter.²⁴⁷

Liknande argument förs fram av Litwin och Feder som även poängterar vinsten i att det offentliga organet redan har tillgodogjort sig kunskap om överträdelsen. Därför behöver organet inte skaffa sig sådan kunskap ånyo.²⁴⁸

Fairgrieve och Howells har en något annorlunda ståndpunkt. De anser att det är idealistiskt att tro att offentliga organ kan ansvara för att alla skadedrabbade erhåller full ersättning. Författarna hävdar dock inte att offentliga organ inte bör utrustas med kompetens att inhämta skadestånd. De menar endast att sådana offentliga organ åtminstone behöver kompletteras med privata alternativ.²⁴⁹

²⁴³ Rapport från GD för hälso- och konsumentfrågor (2008), s. 28 f; se *supra* kap. 7.3.

²⁴⁴ Hodges i Journal of Consumer Policy (2014), s. 84 f och 88 f.

²⁴⁵ Hodges i Rodger (Red.) (2014), s. 272.

²⁴⁶ Hodges i Rodger (Red.) (2014), s. 275; Se: Direktiv (2014) artikel 11.4.

²⁴⁷ Hodges (2008), s. 231.

²⁴⁸ Litwin och Feder i The Law and Economics of Class Action (2014), s. 234

²⁴⁹ Fairgrieve och Howells i International and Comparative Law Quarterly (2009), s. 407 f.

7.2 Opt-in eller opt-out

7.2.1 Allmänt

En annan viktig skillnad i regleringen av kollektiv prövning ligger i om medlemsländerna har valt en opt-in- eller opt-out-modell för att identifiera ersättningssökande.²⁵⁰ Valet mellan en opt-in- eller opt-out-lösning beskrivs som en av de viktigaste i frågan om att skapa ett effektivt system för kollektiv prövning.²⁵¹

7.2.2 Opt-in

Vid en opt-in-modell skickas ett meddelande ut till potentiellt ersättningsberättigade personer efter det att företrädaren²⁵² har inlett rättegångsförfarandet. De meddelade måste då aktivt registrera sig som deltagare i talan innan dess att fristen för att göra så har löpt ut.²⁵³ Bl.a. Sverige använder sig av en opt-in-modell vid kollektiv prövning.²⁵⁴

Fördelarna med en opt-in-modell är framförallt att modellen inte innebär någon risk för att personer som saknar vetskap om processen och/eller saknar avsikt att bli bunden av processen inte blir bundna av det domslut den kollektiva prövningen medför – Dispositionsprincipen förblir oinskränkt.²⁵⁵ Dessutom är det enklare för svarandesidan att få vetskap om hur många gruppmedlemmar det är som söker ersättning.²⁵⁶

Nackdelar med opt-in-modellen är att det kan föreligga diverse spärrar för enskilda att ansluta sig som gruppmedlem. Dessa spärrar kan vara av ekonomisk, social eller psykologisk karaktär. Företrädesvis i de fall där den förväntade ersättningen är låg kan de ekonomiska incitamenten visa sig otillräckliga för att förmå skadelidna att lägga ned tid och/eller resurser på att registrera sig som gruppmedlem.²⁵⁷

Med en opt-in-modell kan det finnas svårigheter att identifiera alla skadelidna. Detta gäller särskilt om registreringsfristen konstrueras på ett sådant sätt att den löper ut innan käranden fått tillgång till relevant bevisning för att identifiera de potentiellt skadelidna personerna.²⁵⁸

²⁵⁰ Rapport från Katholieke Universiteit Leuven (2007), p. 400; Rapport från GD för EU-intern politik (2012), s. 65.

²⁵¹ Se bl.a.: Rapport från GD för EU-intern politik (2012), s. 65; Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Inrättande av ett system för grupptalan och dess roll inom ramen för gemenskapens konsumentlagstiftning”, EUT 2008 C 162 s. 1, s. 12 f; Tzakas i *Legal Issues of Economic Integration* (2014), s. 234.

²⁵² Se *infra* kap. 7.1.

²⁵³ Rapport från Katholieke Universiteit Leuven (2007), p. 400.

²⁵⁴ 14 § Lag om grupprättegång (2002:599).

²⁵⁵ Rapport från Katholieke Universiteit Leuven (2007), p. 401; se också Tzakas i *Common Market Law Review* (2011), s. 1135.

²⁵⁶ Rapport från Katholieke Universiteit Leuven (2007), p. 401.

²⁵⁷ Rapport från GD för EU-intern politik (2012), s. 66.

²⁵⁸ Rapport från Katholieke Universiteit Leuven (2007), p. 401.

Ovanstående problem kan båda resultera i att antalet gruppmedlemmar i den kollektiva prövningen riskerar bli få. Få gruppmedlemmar leder till ytterligare problem. Risken ökar för att svaranden inte blir fullständigt ansvarig för de eventuella skador som denne orsakat p.g.a. att samtliga skadelidna inte anslutit sig gruppen. Vidare uppnår inte svaranden global peace: Om endast ett fåtal skadelidna väljer att bli gruppmedlemmar finns betydande risker för att svaranden behöver processa vid senare tillfälle i ännu en kollektiv prövning eller mot individuella anspråk.²⁵⁹

Det engelska fallet *Replica Football Shirts* har ofta hänvisats till i syfte att illustrera bristerna med en opt-in-modell. I fallet hade Englands nationella konkurrensmyndighet fastställt att ett företag både överträtt antitrustreglerna och påfört en olovlig prishöjning på fotbollströjor. Efter konkurrensmyndighetens fastställelse beslöt Englands konsumentorganisation *Which?* att söka skadestånd för de som drabbats av kartellens prishöjning. Parterna förliktes om att konsumer som kunde bevisa att de köpt tröjor från bolaget (genom kvitto, kreditkortsräkningar eller fotografier) skulle erhålla 20 GBP om de blev gruppmedlemmar i *Which?*:s talan. Utöver möjligheten att bli gruppmedlem kunde konsumenter direkt gå till en återförsäljare av fotbollströjorna för att erhålla 10 GBP om de kunde visa kvitto. *Which?* hade förmodat att runt 2 miljoner individer hade drabbats av den illegala prishöjning, i slutändan var det endast 600 enskilda som valde att bli del av *Which?*:s talan.²⁶⁰

7.2.3 Opt-out

Fördelarna med opt-out-modellen är att den genom sin natur resulterar i att en större del av skadelidna blir deltagare i processen.²⁶¹ Problemen relaterade till få gruppmedlemmar eller svårigheter att identifiera skadelidna existerar inte med opt-out-modellen. Vidare medför opt-out-modellen att svaranden kan hållas fullständigt ansvarig för eventuell orsakad skada (vilket leder till att fler skadelidna blir kompenserade samt en större avskräckningseffekt) och att möjligheten för svaranden att uppnå global peace blir större.²⁶²

Opt-out-modellen beskrivs till följd av dess inkluderande karaktär som betydligt mer kompetent att hantera små spridda konkurrensskador än opt-in-modellen.²⁶³ Det bör påpekas att beroende av hur kollektiv prövning regleras kan en opt-out-modell innebära att de skadelidna måste ta vissa aktiva steg

²⁵⁹ Rapport från Katholieke Universiteit Leuven (2007), p. 401; Rapport från GD för EU-intern politik (2012), s. 66

²⁶⁰ Hodges (2008), s. 24 ff; Rapport från GD för EU-intern politik (2012), s.36; Hviid och Peyssner i Rodger (red.) (2014), s. 213.

²⁶¹ Andelen som väljer att avregistrera sig som gruppmedlemmar med en opt-out-lösning har enligt olika länders statistik varierat mellan 40 % till nära 0 %. Mulheron i *Columbia Journal of European Law* (2009), s. 432 f.

²⁶² Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Inrättande av ett system för grupp-talan och dess roll inom ramen för gemenskapens konsumentlagstiftning”, EUT 2008 C 162 s. 1, s. 14.

²⁶³ Micklitz och Stadler i *European Business Law Review* (2006), s. 1495 och Tzakas i *Legal Issues of Economic Integration* (2014), s. 235.

för att erhålla ersättning (såsom att leta upp kvitton för att bevisa sig del av gruppen).²⁶⁴

Till de svagheter som finns med opt-out-modellen hör osäkerheten över huruvida den är förenlig med konstitutionella principer så som rätten till en rättvis rättegång (Art. 6.1 EKMR) och dispositionsprincipen.²⁶⁵ Rapporten från Katholieke Universiteit Leuven bemöter dock detta argument genom att påpeka att rätten för enskilda att föra talan många gånger enbart är teoretisk, då majoriteten av gruppmedlemmarna vid t.ex. små spridda konkurrensskador aldrig hade initierat en talan. Dessutom framför rapporten att det inte föreligger något hinder för att konstruera en opt-out-modell där gruppmedlemmar tillåts lämna gruppen efter det att domstolen förklarar hur den tänker döma.²⁶⁶ Med hänvisning till EU-domstolens uttalande *obiter dictum* i *Eschig* menar Tzakas att EU-domstolen torde tillåta opt-out-modellen så länge som det finns tillräckliga möjligheter för skadelidna att bestämma sig för att inte bli bundna av domslutet.²⁶⁷

Det påpekas av Hodges att opt-out-system kan vara svårförenliga med principen om att förloraren betalar. Han anser att det strider mot konstitutionella principer att en part som inte godkänt att bli gruppmedlem i en talan kan åläggas att betala juridiska kostnader.²⁶⁸

Vidare problem som framhålls med opt-out-lösningen är risken för excessivt processande av ogrundade mål eftersom förtjänsten av att driva ett mål kan vara relaterat till antalet gruppmedlemmar.²⁶⁹ Med slutsatser från utvecklingen av det amerikanska rättssystemet tycker Andreangeli att oron för rättegångsmissbruk är överdriven – hon menar att problemet kan avhjälpas genom att ge den behöriga domstolen kompetens att avvisa uppenbart ogrundade mål, att kontrollera att företrädaren som driver processen har tillräckliga medel, samt att kontrollera att det inte föreligger någon intressekonflikt mellan företrädaren och gruppmedlemmarna.²⁷⁰

Hodges ifrågasätter om ett initialt godkännande av målets meriter är tillräckligt för att hindra ogrundade mål. Han hävdar att en kontroll endast förmår avgöra om målet saknar eller äger rättslig grund *prima faice*. Istället finner Hodges att lösningen på problemet är att alla förlikningar mellan parterna i efterhand ska behöva godkännas av domstol.²⁷¹

²⁶⁴ Mulheron i *Columbia Journal of European Law* (2009), s. 431; se också kap. 7.1.2.

²⁶⁵ Micklitz och Stadler i *European Business Law Review* (2006), s. 1499.

²⁶⁶ Rapport från Katholieke Universiteit Leuven (2007), p. 403; Jones i *Legal Issues of Economic Intergration* (2014) s. 301 f.

²⁶⁷ Tzakas i *Legal Issues of Economic Integration* (2014), s. 235; "Även om man antog att nya omständigheter på medlemsstatsnivå kunde komma att medföra en mångdubbling av förfaranden som syftar till att på ett kollektivt sätt skydda intressena hos en grupp personer, skulle inte sådana omständigheter, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, begränsa rättsskyddsförsäkrades rätt att medverka eller att inte medverka i ett visst förfarande och vid behov anlita ett ombud." Mål C-199/08, *Eschig* [2009], p. 64.

²⁶⁸ Hodges (2008), s. 127.

²⁶⁹ Rapport från GD för EU-intern politik (2012), s. 66.

²⁷⁰ Andreangeli i Rodger (red.) (2014), s. 247 ff.

²⁷¹ Hodges (2008), s. 119 f.

Litwin och Feder framhåller att opt-out-modellen innebär att det blir svårare (för att inte säga omöjligt) för gruppmedlemmarna att kontrollera sitt juridiska ombud.²⁷²

Enligt Tzakas riskerar alla lösningar med kollektiv prövning som inte innehåller någon möjlighet att föra talan genom opt-out-modellen att misslyckas vad gäller deras möjligheter att kompensera för små spridda konkurrensskador.²⁷³

7.2.4 En hybrid modell?

I doktrin har en hybrid modell innehållande både en opt-in- och en opt-out-modell ofta framhållits som den mest önskvärda lösningen. Lösningen föreslås utformas på ett sådant sätt att opt-out-modellen blir ett komplement till opt-in-modellen. Opt-out-modellen ska kunna användas i fall av små spridda konkurrensskador, när de ekonomiska incitamenten inte är tillräckligt stora för att enskilda kan förväntas lägga ner tid och resurser på att registrera sig som gruppmedlemmar.²⁷⁴

EESK flaggar för att en sådan modell kan innebära att det uppkommer kostsamma och tidskrävande tvister om gränsdragningen för när talan ska föras genom en opt-in- eller opt-out-modell.²⁷⁵

I Norge, där en hybrid modell tillämpas, kan en företrädare använda sig av opt-out-modellen först efter att rätten godkänt ett sådant förfarande. Talan genom opt-out-modellen är förbehållen sådana fall då det kan antas att den begärda summan är så liten att en majoritet av anspråken annars inte skulle bli föremål för individuell talan. Därutöver ska fallet inte antas väcka frågor som kräver individuellt handläggande. Oberoende av om domstolen godkänner en opt-out- eller opt-in-talan, måste alla potentiella gruppmedlemmar meddelas om förfarandet, vad som krävs för att registreras/avregistreras samt troliga kostnader och möjligt ersättningsbelopp.²⁷⁶

²⁷² Litwin och Feder i *The Law and Economics of Class Action* (2014), s. 223 f.

²⁷³ Tzakas i *Legal Issues of Economic Integration* (2014), s. 235 f.

²⁷⁴ Se bl.a: Lindblom, Per Hendrik, *National Report: Group Litigation in Sweden*, (2007-06-06), Oxford Conference on the Globalization of Class Actions, 12-14 december 2007 (härefter: Lindblom (2007)), s. 37, tillgänglig: <http://globalclassactions.stanford.edu> (Hämtad 2015-01-05); Mulheron i *Columbia Journal of European Law* (2009), s. 431; Buccirosi och Carpagnano i *Journal of European Competition Law & Practice* (2012), s. 15; Rapport från GD för EU-intern politik (2012), s. 66 och Jones i *Legal Issues of Economic Intergration* (2014) s. 302.

²⁷⁵ Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Inrättande av ett system för grupptalan och dess roll inom ramen för gemenskapens konsumentlagstiftning”, EUT 2008 C 162 s. 1, s. 15.

²⁷⁶ Gaudet i *European Competition Law Review* (2009), s. 112; 35 kap. 5-7§§ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (LOV-2005-06-17-90).

Liknande lösning finns att hitta i Danmark. En betydande skillnad är att det endast är offentliga myndigheter som har rätt att företräda gruppen vid en opt-out-talan.²⁷⁷

7.3 Finansiering

7.3.1 Allmänt

Av stor vikt för en fungerande reglering av kollektiv prövning är hur rättsgången finansieras. Som påtalats finns det inom EU idag ingen övergripande reglering för hur finansiering av kollektiv prövning får eller ska ske. Nedan kommer i korthet presenteras olika tänkbara lösningar för finansiering av kollektiv prövning.²⁷⁸

7.3.2 Riskavtal

Riskavtal innebär ofta att den finansiella risken för att föra talan överförs på det juridiska ombudet. Förutom att erbjuda tillgång till domstol för de som saknar ekonomiska medel kan riskavtal medföra att färre ogrundade mål tas upp till rätten. I mål där det är möjligt att erhålla stora ersättningsbelopp (vare sig det rör sig om stora individuella belopp eller det sammanlagda värdet av flera mindre ersättningsbelopp) fungerar riskavtal väl. Principen om att förloraren betalar gör det mindre attraktivt för juridiska ombud att ingå riskavtal.²⁷⁹ Historiskt har det funnits en stor politisk ovilja mot att införa riskavtal inom de kontinentaleuropeiska och nordiska rättssystemen – vissa undantag förekommer dock.²⁸⁰

Buccirossi och Carpagnano framför att det är mer fördelaktigt att den finansiella bördan påförs det juridiska ombudet än gruppmedlemmar. Ombudet kan bättre uppskatta risker och meriter med ett fall än konsumenter. Vidare kan de juridiska ombuden lättare sprida sina ekonomiska risker (t.ex. genom att driva flera olika fall).²⁸¹

Ytterligare en fördel med riskavtal framförs av Benöhr som menar att de ekonomiska incitamenten som skapas för juridiska ombud motiverar de juridiska ombuden till att lägga ned mer tid och resurser på målet. Detta kan därtill innebära att de juridiska ombudens kompetens på området ökar.²⁸²

²⁷⁷ Gaudet i *European Competition Law Review* (2009), s. 113 f; §254(c).3.stk.2 Retsplejeloven (LBK nr 1308 af (2014-12-09)).

²⁷⁸ Arbetsdokument till Vitbok (2008), p. 264; Rapport från GD för EU-intern politik – avdelning A, *Collective Redress in antitrust*, (2012), s. 70.

²⁷⁹ Benöhr i *Journal of Consumer Policy* (2013), s. 105.

²⁸⁰ Riley och Peysner i *European Law Review* (2006), s. 752; Rapport från Katholieke Universiteit Leuven (2007) p. 437; se 38-41 §§ i Lag om grupprättegång (2002:599).

²⁸¹ Buccirossi och Carpagnano i *Journal of European Competition Law & Practice* (2012), s. 11.

²⁸² Benöhr i *Journal of Consumer Policy* (2013), s. 105.

Det påstås att en stor nackdel med riskavtal är att för stor del av utdömt skadestånd tillfaller juridiska ombud istället för skadedrabbade. Riley och Peysner menar att problemet kan avhjälpas genom att lagstifta en maximigräns för riskavtalen och föreslår en gräns på runt 10 % av det belopp som utdöms av domstol.²⁸³

Effektiviteten av kollektiv prövning och risken för att den ska resultera i rättegångsmissbruk är direkt kopplade till varandra. Nagy menar att en maximigräns för riskavtal bör konstrueras så att den marginella nyttan av att ha kollektiv prövning är lika med den marginella kostnaden av rättegångsmissbruk.²⁸⁴

7.3.3 Tredjepartsfinansiärer

Med tredjepartsfinansiärer förstås sådana finansiärer som saknar direkt intresse av sakfrågorna i ett förfarande; för tredjepartsfinansiärerna är rättegången endast att se som en finansiell investering. Affärsmodellen sker generellt genom en risk- och kostnadsanalys. Utbetalning till finansiärerna sker ofta med avtal liknande riskavtal.²⁸⁵

Enligt en intervju med fem stora finansiärer i England brukar finansiärernas krav på kärke vara att erhålla runt 20-40 % av det utdömda beloppet. Finansiärerna investerar vanligen endast i fall där sannolikheten för vinst inte är lägre än 60 % och den möjliga ersättningen till kärke befinner sig i storleksordningen runt 1 miljon GBP.²⁸⁶

Det framkom i samma intervju att finansiärerna kan vara intresserade av att finansiera kollektiva prövningar. Men de framför vissa betänkligheter med beaktande av att det kan vara svårt att räkna ut risk och möjlig ersättning. Speciellt svårt att räkna ut möjlig ersättningsnivå blir det när gruppmedlemmar har långtgående möjligheter att lämna eller ansluta till gruppen innan förlikning skett eller dom fallit.²⁸⁷

Kommissionen menade i sitt meddelande till Europaparlamentet att tredjepartsfinansiärer kunde vara ett lämpligt alternativ för att finansiera kollektiv prövning. En finansiering av tredjepartsfinansiärer ansågs kunna ske genom ett transparent och lämpligt regelverk som inte skapade incitament till rättegångsmissbruk.²⁸⁸

²⁸³ Riley och Peysner i *European Law Review* (2006), s. 752 ff.

²⁸⁴ Nagy i *Columbia Journal of European Law* (2013), s. 498.

²⁸⁵ Rapport från Hodges m.fl. (2012), s. 100; Benöhr i *Journal of Consumer Policy* (2013), s. 106.

²⁸⁶ Rapport från Hodges m.fl. (2012), s. 69 och 73.

²⁸⁷ Rapport från Hodges m.fl. (2012), s. 72.

²⁸⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – "Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress", COM(2013) 401/2

7.3.4 Rättegångsförsäkringar

Rättegångskostnader kan finansieras via rättegångsförsäkringar. Försäkringsgivare kan erbjuda försäkring antingen före eller efter att konkurrensskadan skett. Fördelen med försäkringar som säljs innan skada uppkommit ”*before-the-event insurance*” (härefter: BTE-försäkring) är att de ofta är billiga. BTE-försäkringar existerar främst inom de medlemsländer där det är lätt att uppskatta hur mycket ett rättegångsförfarande kommer att kosta (t.ex. Tyskland). Om en kärande företräder gruppmedlemmarna i en kollektiv prövning utsätts ofta kärande för omfattande finansiella risker. Sådana stora finansiella risker kan vara exkluderade från försäkringarna, varför Benöhr, Reiley och Peysner menar att försäkringarna är mindre lämpade för kollektiv prövning.²⁸⁹

I England är det vanligt med s.k. ”*after-the-event insurance*” (härefter: ATE-försäkring). Dessa innebär att skadeliden skaffar sig en rättegångsförsäkring efter det att hen blivit drabbad av skadan. I England ingår dessa försäkringar i sådana rättegångskostnader som ska betalas av förloraren. ATE-försäkringarna betalas ofta efter det att domen har fallit varför ATE-försäkringar inte innebär några initiala kostnader.²⁹⁰ Det är oklart om Europadomstolen skulle godkänna en konstruktion där ATE-försäkringar ingår i sådana kostnader som den förlorande parten har att betala under principen om att förloraren betalar.²⁹¹

7.3.5 Konsumentfonder

Konsumentfonder är icke-vinstdrivande offentliga fonder som erbjuder finansiering till konsumenter för olika typer av talan. Konsumentfonder finns att hitta bl.a. i Hong Kong och Kanada. Själva fondernas verksamhet kan finansieras med antingen offentliga eller privata medel. Fondernas konstruktion skiljer sig från fond till fond men den generella idén är att kärandes eller den som företräder kärandens kostnader blir ersatta av fonden.²⁹² Fonderna har inte blivit utredda i någon vidare mån i europeisk doktrin varför många väsentliga frågor är obesvarade, t.ex. hur de ska styras, hur ansökan till fonderna ska hanteras eller vilken roll de ska ha i en rättegång.²⁹³

I Kanada (Québec) finns det en speciell fond för kollektiv prövning. Fonden finansieras i princip genom riskavtal där fonden vanligen erhåller 2-10 % av det utdömda beloppet.²⁹⁴ Där kollektiv prövning annars inte hade varit möjlig

²⁸⁹ Riley och Peysner i *European Law Review* (2006), s. 752; Rapport från Hodges m.fl., (2012), s. 39 f, Benöhr i *Journal of Consumer Policy* (2013), s. 106.

²⁹⁰ Benöhr i *Journal of Consumer Policy* (2013), s. 105 f; se även ; Rapport från Hodges m.fl., (2012), s. 18 ff.

²⁹¹ Se *MGN limited v the United Kingdom* [2011], Målnummer: 39401/04, p. 198 och art. 10 EKMR.

²⁹² Benöhr i *Journal of Consumer Policy* (2013), s. 106 f.

²⁹³ Buccirosi och Carpagnano i *Journal of European Competition Law & Practice* (2012), s. 12.

²⁹⁴ I fall då kärande vinner målet men inte alla ersättningsberättigade ger sig till känna (vid kollektiv prövning med opt-out-lösning) tar fonden de skadeståndsbelopp som ingen gör anspråk på.

ersätter fonden kostnader för rättegångskostnader, juridiskt ombud och experthjälp. Fonden täcker inte svarandesidans kostnader som kärandesidan kan tvingas betala under principen om att förloraren betalar: I Québec är dessa kostnader dock väldigt begränsade.²⁹⁵ Vidare fungerar fonden som en central hubb för information rörande kollektiva prövningar.²⁹⁶

Reiley och Peysner ser nyttan av riskavtal men föredrar ett införande av en Europeisk konsumentfond. De menar att en fördel med fonden jämfört med riskavtal är att fonden inte behöver medföra större förändringar i medlemsstaternas processrättsliga regleringar.²⁹⁷

²⁹⁵ Enligt Reiley och Peysner 1000-3000 \$ [det framgår inte i artikeln om det rör sig om USD eller CAD].

²⁹⁶ Riley och Peysner i *European Law Review* (2006) s. 757 f; Benöhr i *Journal of Consumer Policy* (2013), s. 107.

²⁹⁷ Riley och Peysner i *European Law Review* (2006), s. 760 f.

8 Sammanfattande analys

8.1 Upplägg för analysen

Utgångspunkten i denna analys är att besvara de frågor som ställts upp i kapitel 1. Frågorna och svaren går naturligt något in i varandra varför en lika tydlig uppdelning av frågorna som gjorts i kapitel 1 inte fullt ut har kunnat genomföras i analysen.

8.2 Motiven bakom Courage

I detta kapitel besvaras min första frågeställning: Vilka är det/de underliggande motiv/motiven bakom rätten som uttrycktes i Courage?

Det har konstaterats att antitrustreglernas primära syften är att främja konsumenters välfärd och konkurrensprocessen. Som framkommit av begränsningar i ändamålet att öka den ekonomiska effektiviteten i bl.a. *Post Danmark* så är den långsiktiga nyttan för konsumenterna viktigare än den kortsiktiga nyttan (se kap. 2.1).

Rätten att söka skadestånd för konkurrensskador har sin grund i den direkta effekten av EU:s antitrustregler. Medlemsstater måste tillvarata rättigheterna som antitrustreglerna ger upphov till enligt den direkta effekten och effektivitetsprincipen. Vidare ska medlemsstaterna erbjuda ett effektivt domstolskydd för samma rättigheter (se kap. 2.2.1).

Enligt *Courage* skulle effektiviteten av de mål antitrustreglerna syftar till att skydda undergrävas (då särskilt förbudsreglerna) om inte varje person som drabbats av konkurrensskada hade rätt att söka ersättning för skadan.

I Förslag till Direktiv 2014 anas en antydning till att det distributiva syftet är det primära syftet. Men att skadeståndets yttersta mål skulle vara distributivt framgår inte sedan i det färdiga Direktiv 2014. Där står det istället i ingressen att det huvudsakliga syftet med att möjliggöra för alla som blivit drabbade av konkurrensskada att söka ersättning för skadan är att säkerställa antitrustreglernas fulla effekt.

Uppfattningen om vad syftet med EU:s antitrustregler är kan sägas vara något spridd. Somliga har hävdad att det huvudsakliga syftet med privat övervakning i Europa är att kompensera de som drabbats av skada, medan andra anser att efterlevnad av konkurrensreglerna utgör det huvudsakliga målet. Det främst förekommande förslaget på vad syftena med privat övervakning är både att säkerställa antitrustreglernas fulla effekt och kompensera skadedrabbade.

För att kunna få ett tillfredställande svar på vad syftet med privat övervakning är bör vi enligt min uppfattning gå tillbaka till normhierarkin. Därför kan vi ställa de syften som uttrycks i praxis (som tolkar primärkällor) och Direktiv 2014 (sekundärkälla) mot (vissa) förarbeten, ett meddelande samt doktrin. Det primära syftet med privat övervakning inom EU bör således bli tämligen uppenbart: att säkerställa antitrustreglernas effekt. Därefter har den privata övervakningen som ett sekundärt mål att kompensera de skadedrabbade. Om dessa mål skulle strida mot varandra bör följaktligen säkerställandet av antitrustreglernas effekt tillerkännas större vikt.²⁹⁸

Eftersom syftet med rätten att söka skadestånd i konkurrenssituationer primärt är att säkerställa antitrustreglernas effektivitet och sekundärt att ersätta skadedrabbade, kan vi sluta oss till att syftet med att kunna använda kollektiv prövning i antitrustmål således bör ha samma mål.

Därför måste också konsumenters möjlighet att bli ersatta för små spridda konkurrensskador bli bedömt utifrån detta syfte. Resultatet av detta blir att en reglering av kollektiv prövning för att ersätta små spridda konkurrensskador varken får medföra en överdrivet avskräckande effekt eller misslyckas med att uppnå en tillräckligt avskräckande effekt.

Med det illustrerande exemplet i fallet *Replica Football Shirts* kan det vidare anföras att möjligheten att söka skadestånd för små spridda konkurrensskador snarare är en angelägenhet för att skapa en sund konkurrens än för att främja skadedrabbade konsumenters intresse av att erhålla ersättning (se kap. 7.2.2).

En utformning av kollektiv prövning i antitrustärenden bör således i första hand baseras på ekonomiska grunder för hur säkerställandet av EU:s antitrustregler kan ske på bästa sätt. Därför bör det göras en proportionalitetsbedömning för vilka summor som kollektiv prövning ska möjliggöra konkurrensskadedrabbade att söka ersättning för skadorna, och möjligtvis också för hur stor del av skadeståndet som tilldelas de skadedrabbade. Proportionalitetsbedömningen bör vidare göras utifrån hur stor den totala ekonomiska skadan är framför hur stor skada som uppkommit på individnivå.

8.3 Kollektiv prövning och det EU-rättsliga ramverket

8.3.1 Allmänt

Under detta kapitel besvaras frågorna: i) Vilket är det EU-rättsliga ramverket som rätten att söka ersättning för konkurrensskada och kollektiv prövning har att förhålla sig till? och ii) Uppstår det några intressekonflikter mellan ramverket och rätten att söka ersättning för konkurrensskada eller kollektiv prövning?

²⁹⁸ Se *Supra* kap. 8.4.2.

De tidigare reglerade områden som rätten att söka ersättning för konkurrensskada och en eventuell reglering av kollektiv prövning främst måste förhålla sig till är följande: bevisregler, ersättningsregler samt regler om talerätt. Samtliga av dessa områden måste uppfylla kraven enligt effektivitetsprincipen och rätten till ett effektivt domstolskydd.

Jag har funnit att det finns intressekonflikter mellan å ena sidan rätten till ersättning för konkurrensskada och bevisregler, och å andra sidan rätten till ersättning för konkurrensskada och ersättningsregler. Dessa intressekonflikter kommer att utvecklas under respektive område.

8.3.2 Talerätt

Enligt *Courage* och *Manfredi* ska varje person (fysisk och juridisk) som drabbats av konkurrensskada ha rätt att söka ersättning för skadan framför domstol. Detta omfattande ställningstagande kan ses som bekräftat av målet *Kone*, där det fastställdes att de som drabbats av konkurrensskada genom umbrella pricing har rätt att söka ersättning från överträdarna (se kap. 5.3.2). För att överträdare ska hållas ansvariga för skador p.g.a. umbrella pricing förutsätts: i) att möjligheten att självständiga marknadsaktörer skulle utnyttja umbrella pricing fanns och ii) att kartelldeltagarna inte kunde bortse från denna möjlighet.

Det finns ingenting i EU-domstolens praxis som tyder på att de som drabbats av konkurrensskada genom övervältring inte medges talerätt. Istället kan vi finna indicier för motsatsen genom bl.a. en analogitolkning av *Weber's Wine World*. Kommissionen har genom Direktiv (2014) också uppfattat det som om att de som drabbats av övervältrad konkurrensskada har talerätt (art. 12). Ett ytterligare argument för att övervältringsargumentet bör tillåtas är att ifall övervältringsargumentet inte tillåts skulle överträdare av EU:s antitrustregler inte hållas fullständigt ansvariga för skadorna som de orsakat.

8.3.3 Bevisning

Ett motstridigt intresse till rätten att söka full ersättning för konkurrensskada är intresset av att utföra offentlig övervakning genom eftergiftsprogram. Denna konflikt har uppmärksammats av såväl EU-domstolen som av kommissionen och i doktrin.

Om sådana handlingar som lämnats in i enlighet med eftergiftsprogram på ett enkelt sätt kan begäras ut av de som söker ersättning för konkurrensskada, kan detta öka möjligheten för skadedrabbade att bevisa skadan. Samtidigt blir incitamenten för kartelldeltagare att lämna in handlingar till programmen lägre, eftersom deras förväntade vinst av att använda sig av eftergiftsprogram minskar om deras skadeståndsansvar enklare kan bevisas. Detta kan i sin tur minska effektiviteten av eftergiftsprogrammen och därmed den offentliga övervakningen av antitrustreglerna.

Som framkommit både från statistik och från EU-domstolens ställnings- tagande, utgör eftergiftsprogrammen idag ett viktigt instrument för att upp- täcka, förhindra och avskräcka karteller. Vidare kan påpekas att vissa följd- förfaranden mot kartellverksamhet ibland är helt beroende av att eftergifts- programmen har använts.

Varje gång handlingar som inkommit till nationell konkurrensmyndighet till följd av eftergiftsprogram begärs ut ska behörig konkurrensmyndighet göra en intresseavvägning. Denna intresseavvägning ska beakta de intressen som skyddas av att handlingarna inte lämnas ut i förhållande till intresset av att någon som ämnar initiera en talan om konkurrensskadestånd med hjälp av handlingarna bereds tillgång till dessa (se kap. 5.1).

EU-domstolen har inte fastställt några precisa kriterier för intresseavväg- ningen vilket enligt doktrin har medfört att det råder en osäkerhet om vilket skydd som faktisk ges handlingar som lämnas i enlighet med eftergifts- program. Denna osäkerhet kan skada eftergiftsprogrammens effektivitet.

Kommissionen har velat ge ökat skydd till handlingarna på bekostnad av den privata övervakningen. I Direktiv 2014 stadgas det inte endast om ett förbud för att lämna ut sådana handlingar för konkurrensmyndigheter, utan det stadgas dessutom att sådana handlingar inte ska godtas som bevisning (art.6).

Vad som här uppstått är en konflikt mellan hur EU-domstolen har tolkat primärkällorna mot vad kommissionen (med stöd av Europaparlamentet och rådet) med hjälp av sekundärkällor lagstiftat om. Olika förslag på hur kon- flikten ska lösas har presenterats i doktrin. Så som Vandendorre och Goetz hävdar togs domsluten i avsaknad av tvingande EU-rätt på området. Att så skedde behöver emellertid inte betyda att förbudet i Direktiv 2014 är förenlig med primärrätten.

Frågan är i detta fall om sekundärrätten kan begränsa primärrätten eller inte. Primärrätten äger företräde framför sekundärrätten och kan därför inte begränsas utav denna, en sådan slutsats stöds av fallet *Defrenne II* (se kap. 2.2.1). EU-rätten är en konstitutionell ordning där primärrätten, så som den tolkas av EU-domstolen, äger företräde framför sekundärrätten.

Alternativt bör en analogitolkning kunna göras från effektivitetsprincipens förhållande mellan nationell rätt och EU-rätt, till förhållandet mellan EU:s primär- och sekundärrätt. D.v.s. sekundärrätten får inte göra det praktiskt omöjligt eller orimligt svårt att tillämpa primärrätten. Likt under nationell rätt bör också den intresseavvägning som togs fram i *Peterbroeck* och *van Schijndel* tillämpas för att avgöra om en begränsning av primärrätten är rimlig eller inte (se kap. 2.2.3).

Vid en sådan intresseavvägning är det svårt att anföra att rättsläget förändras så väsentligt med Direktiv 2014 att primärrätten nu skulle tillåta ett totalför- bud mot att lämna ut handlingar som inkommit i enlighet med eftergifts-

program. Av intresse att nämna är också att EU-domstolen i fallen inte uttryckligen företog ett sådant test som gjordes i *Alassini*.

Det verkar alltså under alla förhållanden orimligt att sekundärrätten kan, utan att detta uttryckligen stadgas i primärrätten, begränsa primärrätten – oavsett om EU-domstolen kommer att använda sig av en sådan analogitolkning av effektivitetsprincipen för att avgöra huruvida förbudet är förenligt med primärrätten eller ej.

Slutsatsen av detta blir att den intresseavvägning som tagits fram i *Pfleiderer* och *Donau Chemie* fortfarande bör vara tillämplig. Det uttryckliga förbud mot att lämna ut handlingar som inkommit i enlighet med eftergiftsprogram i Direktiv 2014, bör därför lämnas utan hänsyn när medlemsstaterna ska införliva direktivet.

Det ska här påminnas om att EU-domstolen har påpekat att det inte är troligt att någon som söker ersättning för konkurrensskada behöver grunda sin talan på samtliga handlingar hos en konkurrensmyndighet. Det är således inte säkert att en skadeståndstalan behöver grundas på handlingar som inkommit till ett eftergiftsprogram.

Hur konflikten *borde* avgöras är en annan fråga. Svaret är beroende av om eftergiftsprogram eller privat övervakning bäst säkerställer effekten av EU:s antitrustregler samt hur främjandet av den ena av dessa påverkar effektiviteten av den andra (och vice versa). Något säkert svar på frågan kan inte lämnas av mig då det inte finns tillräckligt med information om sådana förhållanden. Däremot har det i arbetet framkommit vissa indikationer på att eftergiftsprogrammen utgör ett betydande medel för att säkerställa EU:s antitrustregler, likaså har det framförts vissa indikationer på att den privata övervakningen ännu inte är av större betydelse för dito. Tesen har vidare presenterats att utlämning av handlingar påverkar eftergiftsprogram negativt och att den privata övervakningen i de flesta fall inte är beroende av handlingar från eftergiftsprogram (se kap 1.1 och 5.1).

Indikationerna pekar mot slutsatsen att eftergiftsprogrammen egentligen borde skyddas när skyddet för eftergiftsprogram ställs mot effektiviteten av den privata övervakningen. Det är möjligt att förutsättningarna för slutsatsen kan förändras i framtiden.²⁹⁹

Eftersom sekundärrätten inte kan begränsa primärrätten är det däremot inte troligt att ett fullständigt skydd för eftergiftsprogram kan skapas. En någorlunda tillfredställande lösning på problemet skulle kunna vara att införa en sådan presumtiv regel som kommissionen hade mot att lämna ut handlingar i ett pågående konkurrensärende i fallet *EnBW* (se kap. 5.1.4).

²⁹⁹ Kanske får den privata övervakningen en sådan betydelse i framtiden att den blir viktigare för säkerställandet av EU:s antitrustregler än eftergiftsprogram (det finns dock i nuläget ingen politisk ambition för att så ska ske).

Regeln skulle kunna utformas på så sätt att nationella konkurrensmyndigheter endast blir skyldiga att företa en individuell intresseavvägning för de olika intressena om den part som söker tillgång till handlingar uppfyller de tre kumulativa kraven på att:

- i) Parten ska specificera vilka handlingar som ska lämnas ut (bedömningen för hur specifik ansökningsen ska vara bör göras i enlighet med art. 5.1 Direktiv 2014),
- ii) parten ska visa att handlingarna gör det möjligt för parten att initiera en skadeståndstalan för konkurrensskador och
- iii) parten visar att den inte på annat sätt kunnat erhålla bevisning som skulle möjliggöra en skadeståndstalan.

Att det i målen *EnBW* och *Donau Chemie* rörde sig om skilda institutioner bör inte tillmätas större vikt eftersom båda typer av institutioner syftar till att upprätthålla antitrustreglernas effekt. Hänvisningarna av EU-domstolen i *EnBW* till *Donau Chemie* verkar antyda att *Donau Chemie* inte hindrar nationella konkurrensmyndigheter från att införa presumtiva regler mot att lämna ut handlingar som lämnats in till nationella eftergiftsprogram.

En skillnad som inte kan bortses ifrån är att kommissionen enligt förordning 1049/2001 närmast är skyldig att inte lämna ut handlingar i pågående konkurrensärenden. Liknande EU-rättsliga regler om hur nationella konkurrensmyndigheter ska hantera handlingar finns inte. Betydande olikheter kan därför uppstå om hur frågan hanteras i olika medlemsstater så länge det inte införs något gemensamt instrument för hur handlingar ska hanteras.

Vidare kan hävdas att domarna *Pfleiderer* och *Donau Chemie* är ett uttryck av EU-domstolens önskan att öka den privata övervakningen av antitrustreglerna, även om detta riskerar att inverka negativt på den offentliga övervakningen. Kommissionens ståndpunkt verkar snarare vara att risken för att den privata övervakningen ska inverka negativt på den offentliga övervakningen måste elimineras.

Direktiv 2014 medför inte endast begränsningar från att få tillgång till bevisning utan möjliggör också tillgång till bevisning. Detta eftersom direktivet kräver att nationella domstolar ska kunna ålägga parter och tredjeparter med editionsplikt för sådana handlingar som inte omfattas av förbuden i artikel 6. De omfattande möjligheterna att erhålla bevisning kan något avhjälpa den informationsasymmetri som finns i mellan svarande- och kändesidan i konkurrensfall.

Med direktivet införs även vissa bevislättnader för kändesidan. Om nationell konkurrensmyndighet fastställt beslut om överträdelse av konkurrensregler, ska detta vara obestriddbart i det land där fastställelsen skett. Oavsett om det är bevisat att överträdelse skett, måste kändesidan både bevisa att den blivit drabbad av konkurrensskada och storleken på denna skada. Enligt vad som stadgas i Direktiv 2014 ska kartellverksamheter presumeras medföra skada. Därtill ska nationella domstolar kunna uppskatta

skadan när det är praktiskt omöjligt eller orimligt svårt för de skadedrabbade att uppskatta skadan (se kap. 5.4).

Således kan kärandesidan i vissa fall slippa bevisa: att överträdelse av konkurrensregler skett, att detta medfört en prisökning, och hur stor denna prisökning varit. Det kan då vara tillräckligt för kärandesidan att bevisa att kärandesidan köpt tjänst eller vara som härrör från kartellverksamheten för att erhålla skadestånd. Oberoende av om kärandesidan tillerkänns en sådan långtgående frihet från bevisning eller ej, medför Direktiv 2014 troligtvis att sannolikheten för att kärandesidan når framgång i konkurrens mål ökar (se kap. 3.4).

8.3.4 Ersättning

I *Manfredi* framkom att alla som söker ersättning för konkurrensskador måste ha rätt att begära ersättning för faktisk skada, utebliven vinst och ränta.

Artikel 30 i Rekommendation 2013 föreslår att en reglering där de juridiska ombuden är avlönade i enlighet med riskavtal ska utformas med beaktande av att de skadedrabbade har rätt till full ersättning. En mer långtgående formulering finns i Direktiv 2014:s artikel 3 enligt vilken konkurrensskadedrabbade ska ha rätt att begära och få full ersättning för den skada som uppkommit.

Det kan här anas en liten men inte obetydlig diskrepans i hur EU-domstolen och EU-lagstiftaren tolkar rätten att söka ersättning för konkurrensskada. Där EU-domstolen talar om en *rätt att begära full ersättning* talar Direktiv 2014 om *en rätt att begära och få full ersättning*.³⁰⁰

På ytan kan det verka som att tillägget om rätten till att begära och erhålla full ersättning är fullt förenligt med det mindre långtgående kravet om att alla ska ha rätt att begära full ersättning. En intressekonflikt kan emellertid uppkomma vad gäller vilka finansieringsformer som tillåts under de olika rätterna. Under rätten att begära och erhålla full ersättning borde riskavtal (eller liknande finansieringsformer) inte tillåtas eftersom del av vinsten går till annan än den/de skadelidna.

Konflikten har en möjlig lösning i att ålägga förlorande part i konkurrens mål att betala kostnaderna för riskavtalet under principen om att förloraren betalar. Detta skulle medföra att om riskavtalet sattes till 20 %, skulle en överträdare av konkurrensrätten vid förlust betala belopp om 120 % för de skador överträdaren orsakat. En sådan lösning förefaller dock väldigt drastisk och dessutom borde den inte vara förenlig Europadomstolens praxis i målet *MGN Limited v the United Kingdom* (se kap 5.2.2).

³⁰⁰ Jag har här jämfört den svenska språkversionen med den engelska språkversionen: Konflikten tycks inte kunna lösas på semantisk väg.

Om rätten att söka ersättning istället fastställs enligt EU-domstolens mer restriktiva tolkning, bör denna rätt inte vara oförenlig med användandet av riskavtal. Vidare har framkommit att en användning av riskavtal tenderar att öka antal fall som initieras vid domstol, varför finansieringsformen borde vara lämplig för att säkerställa antitrustreglernas fulla effekt.

Vilken utav rätterna bör då medlemsstater förhålla sig till? Frågans svar är återigen beroende av om rätten att söka och erhålla full ersättning utgör en begränsning av primärrätten. Alternativt kan en analogitolkning som gjordes ovan likväl vara tillämplig här.

Det ska här anföras att riskavtal inte behöver vara en nödvändighet för att uppfylla kraven på effektivitetsprincipen eller rätten till ett effektivt domstolsskydd. I detta avseende ska det påminnas om att vissa finansieringsformer som fungerar väl för en individuell talan kan fungera mindre väl för en kollektiv prövning (ex. rättshjälp eller rättegångsförsäkringar).

Rätten att söka och erhålla full ersättning *kan* utgöra en begränsning av antitrustreglernas verkan i nationella rättssystem där det vore omöjligt eller orimligt svårt för enskilda eller grupper att söka ersättning för konkurrensskada utan en finansieringsform liknande riskavtal. Följaktligen bör sådana medlemsländer inte beakta kravet om att skadedrabbade har rätt att erhålla full ersättning när dessa införlivar Direktiv 2014.

I Direktiv 2014 stadgas också om förbud för andra former av skadestånd än det som angivits i direktivet. Rekommendation 2013 förespråkade förbud för straffskadestånd. Åter uppstår frågan om förbuden begränsar primärrätten. Denna gång är svaret på frågan troligen ”nej”.

I *Manfredi* öppnade EU-domstolen för att sanktionsliknande skadestånd kunde användas utöver den rätt till skadestånd som stadgades i domslutet. Om sanktionsliknande skadestånd vore ett krav för att inte undergräva EU:s antitrustregler borde detta framkommit i *Manfredi* (se kap. 2.1.3).

8.4 En effektivt EU-rättsligt reglering för kollektiv prövning?

8.4.1 Allmänt

Min sista fråga är: Går det att skapa ett effektivt EU-rättsligt regelverk för kollektiv prövning som samtidigt undviker rättegångsmissbruk och excessivt processande inom det EU-rättsliga ramverket? För att besvara denna sista fråga görs återigen en uppdelning av svaren på olika områden. Detta kapitel fokuserar på företrädare, identifiering av skadelidna, prövningstillstånd och finansiering.

8.4.2 Företrädare

Företrädartalan är den enda formen av privat övervakning som på ett effektivt sätt kan förmå små spridda konkurrensskador att bli ersatta av den som orsakat dem. I Rekommendation 2013 föreslås att företrädare som bemyndigas att driva en kollektiv prövning ska sakna vinstintresse, ha tillräckliga ekonomiska resurser och juridisk kompetens. Rekommendation 2013 utsluter inte att ad hoc bemyndiga privata aktörer att driva en företrädartalan eller att offentliga myndigheter bemyndigas.

Det borde inte medföra några större problem att tillåta privata aktörer med vinstintresse att driva en kollektiv prövning; lämpliga kontroller kan införas för att säkerställa att företrädaren har tillräcklig kompetens, saknar motstridiga intressen och besitter tillräckliga ekonomiska resurser. Anledningen till att säkerställa företrädarens ekonomiska medel är främst att minska risken för blackmail settlements (se kap. 3.5).

Om företrädarens ekonomiska tillräcklighet inte säkerställs kan detta bl.a. innebära att företrädaren eventuellt inte kan ersätta svarandesidans kostnader under principen om att förloraren betalar. Detta betyder att svarandesidans ekonomiska risk för att processa om konkurrensskador blir större. Om företrädaren saknar ekonomiska resurser innebär detta vidare att företrädarens ekonomiska risk med att driva en kollektiv prövning närmar sig noll. Sammantaget ökar dessa diskrepanser i ekonomisk risk incitamenten för parterna att ingå i (för svarandesidan) ogynnsamma förlikningar.

Som framkommit i doktrin finns det olika möjligheter att konstruera en företrädartalan. I praktiken kan den konstrueras på så sätt att den privata övervakningen övergår i offentlig övervakning exempelvis genom att skapa ett offentligt organ enligt Hodges regi.

Hodges anser att offentlig övervakning genom ett organ som både är behörigt att utöva offentlig och privat övervakning både är billigare och snabbare än privat övervakning. Letwin och Feder har dessutom bidragit med att konstatera att organet för med sig fördelen att viss bevisning inte behöver framskaffas två gånger.

Att offentliga organ är bättre lämpade att ersätta konsumenter för små spridda konkurrensskador är fullt möjligt. Lite mer specifik kritik mot ett sådant organ än den kritik som framfördes av Fairgraive och Howells kan dock presenteras.

Hodges offentliga organ bör rimligen bygga på premissen att det offentliga organet ska vara behörigt att hålla ett företag ansvarigt för all konkurrensskada detta företag orsakat. Givet att både de som drabbats av konkurrensskada till följd av övervältring (vilket jag argumenterat för är högst troligt) och att de som blivit skadade till följd av umbrella pricing har rätt att bli ersatta, kan antalet individer som är ersättningsberättigade vara åtskilliga. Här tror jag i motsats till Hodges att denna mängd skadedrabbade som har rätt till ersättning kan medföra en enorm arbetsbörda för det offentliga organet.

Vidare uppkommer det frågor om det offentliga organet har missat att leta upp en skadedrabbad grupp: Hur ska denna grupps möjlighet och rätt till ersättning då försäkras?

Det är heller inte helt otroligt att det kan uppkomma problem med finansiering av det offentliga organet. I ett stundom krisdrabbat Europa kan det tänkas att full finansiell prioritet inte ges till offentliga organ för att säkerställa att konkurrensskadedrabbade blir ersatta.

Fortsatt kan korruption utgöra problem. Det kan finnas stora ekonomiska incitament både för överträdaren av konkurrensrätten och därför också företrädare för det offentliga organet att komma överens. De skulle exempelvis kunna komma överens om att det inte hittades tillräckligt med bevisning för att styrka att en viss grupp blivit drabbad av konkurrensskadan.

Det är fullt möjligt att inga utav dessa problem realiserar, men det föreligger en inte helt obetydlig risk för att något av problem kan förekomma. Därför kan det vara av intresse att låta privata aktörer säkerställa rätten till ersättning för små spridda konkurrensskador. Privata aktörer kan fungera som ett komplement till offentliga organ eller vice versa.

8.4.3 Identifiering av skadelidna

Med en företrädaretalan uppkommer även frågan hur gruppmedlemmarna till den kollektiva prövningen ska identifieras: de alternativ som finns är identifiering genom en opt-in-modell, en opt-out-modell eller en hybrid av båda modellerna. I valet sluter jag mig till den stora massan och förespråkar en hybrid modell.

Opt-in-modellen bör utgöra huvudregeln för kollektiv prövning, men en talan med opt-out-modellen bör tillåtas om anspråken i sig är så små att dessa inte kan förväntas motivera skadedrabbade som lidit skada att aktivt registrera sig som gruppmedlemmar. Likt i Norge bör det vara upp till behörig domstol att avgöra om opt-in- eller opt-out-modellen ska användas. Att sätta en definitiv beloppsgräns för när opt-out-modellen ska tillåtas kan vara mindre lämpligt, särskilt om man i början av talan inte kan avgöra den precisa storleken på skadan.

Det kanske främsta argumentet mot att tillåta en opt-out-modell är att modellen kan vara oförenlig med konstitutionella principer som rätten till rättegång och dispositionsprincipen.

Tzakas argument om att EU-domstolen borde tillåta en opt-out lösning så länge som gruppmedlemmarna på ett rimligt sätt meddelats om talan, bör inte tillmätas allt för stor vikt eftersom han argumenterar e contrario utifrån EU-domstolens obiter dictum-uttalande i *Eschig*. Möjligtvis kan domstolens uttalande användas för följande påstående: För att EU-domstolen ska

godkänna en opt-out-modell, ställer EU-domstolen åtminstone vissa minimikrav om att gruppmedlemmarna ska meddelas.

Det konstaterades i *Alassini* att rätten till rättegång inte är någon absolut rättighet och att den får inskränkas när det främjar ett allmänintresse, då allmänintresset uppnås samt då inskränkningarna inte är oproportionerliga. Enligt *Pfleiderer* ligger det i allmänintresset säkerställa en effektiv tillämpning av EU-rätten. I de fall det med en opt-in-modell inte är möjligt att erhålla ersättning för små spridda konkurrensskador finns det ingen anledning till att förmoda att kraven i *Alassini* inte skulle vara uppfyllda (se kap. 2.2.3).

Som påpekas av rapporten från Katholieke Universiteit Leuven och i doktrin är en rätt till rättegång endast illusorisk om rättens innehavare ändå inte utnyttjar den p.g.a. bristande ekonomiska incitament. Återigen bör påpekas att gruppmedlemmarna främst har ekonomiska intressen (en annorlunda bedömning hade kanske gjorts inom exempelvis miljörätten).

Vilket tidigare framhållits bör problemen med företrädares skilda intressen lösas med prövningstillstånd. Att även införa ett krav för att alla förlikningar mellan parterna måste godkännas av domstol för att äga giltighet är likaså en god idé. Detta skulle minska risken både för blackmail settlements och sweetheart deals (se kap. 3.2.5 och 3.5).

Hodges framför att opt-out-modellen på juridisk grund kan vara oförenlig med finansiering av talan genom exempelvis tredjepartsfinansiärer. Problemet ligger i att gruppmedlemmar som inte godkännt att deras talan förs genom kollektiv prövning inte kan hållas ansvariga för kostnader som uppkommer från den talan.

Lösningen på detta problem bör finnas i att företrädaren (åtminstone vid en opt-out-talan) blir fullkomligt ansvarig för alla kärandesidans kostnader. Oberoende av om företrädaren är en privat aktör (med eller utan vinstintresse) eller ett offentligt organ, ska företrädaren sedan kunna bestämma hur talan ska finansieras. Att företrädaren då t.ex. väljer att finansiera talan genom en tredjepartsfinansiär borde vara oproblematiskt – så länge som tredjepartsfinansiären varken har intressekonflikter med kärandesidan eller svarandesidan.

Ännu en gång kan det påminnas om att huvudsaken med rätten till skadestånd inte är att ge ersättning till de skadedrabbade utan säkerställa effekten av antitrustreglerna. För att någon ska företa privat övervakning är det därför inte orimligt att privata aktörer erhåller ekonomiska incitament för att göra så. Incitamenten kan skapas exempelvis genom riskavtal. Hur stor del av ersättningen som får erhållas av företrädaren, kan begränsas i lag så länge begränsningen inte medför att det blir praktiskt omöjligt eller orimligt svårt att erhålla ersättning för små spridda konkurrensskador.

Riley och Peysner föreslår att riskavtal ska begränsas till max 10 % av det erhållna skadeståndet. Enligt statistik är det i USA vanligt att riskavtalen utgör runt 20 % av den erhållna summan.

Jag framhåller i enlighet med Nagy att gränsen bör bestämmas utifrån var målen med privat övervakning bäst säkerställs d.v.s. gränsen ska varken skapa otillräckliga incitament för privat övervakning eller skapa incitament till opportunistisk beteende. Det är troligt att en sådan optimal gräns varierar mellan medlemsstaterna.

Vad gäller gränsdragningsproblematiken som EESK uppmärksammat, skulle den med lätthet kunna undvikas om behörig domstol ges visst handlingsutrymme när den ska bedöma om talan ska föras genom en opt-in- eller opt-out-modell.

8.4.4 Prövningstillstånd

Som tidigare påpekat är de förslag om prövningstillstånd i rekommendation 2013 knappast utförliga. För att skapa effektiva regler för prövningstillstånd anser jag likt Andreangeli att reglerna kan och bör utformas i likhet med den omfattande undersökningsplikt som tillkommit i USA.

Särskilt två av de krav som utarbetats under amerikansk rätt kan vara av betydelse för att minska opportunistisk användning av kollektiv prövning. Det första är att företrädaren ska vara lämplig. Förutom de krav som uppställs på kompetens och avsaknad av intressekonflikt, menar jag (som tidigare påpekats) att ett tredje krav bör ställas på företrädaren: att denne ska ha tillräckliga ekonomiska resurser för att ersätta svarandesidan vid eventuell förlust.

Det andra kravet som kan ses som särskilt viktigt är kravet på att kollektiv prövning ska anses vara den form av talan, som på bästa sätt tillgodoser kärandesidans anspråk. Jag har redan diskuterat hur ett sådant krav skulle säkerställa kraven som togs fram i *Alassini* (se kap. 8.5.3).

8.4.5 Finansiering

Eftersom varken rättshjälp eller rättegångsförsäkringar kan ses som lämpliga former för att finansiera kollektiv prövning är de tre finansieringsalternativ som återstår konsumentfonder, riskavtal eller tredjepartsfinansiärer. Finansieringsformerna ska inte på något sätt ses som ömsesidigt uteslutande utan snarare som komplementära till varandra.

I nuläget kan det ifrågasättas om tredjepartsfinansiärer är ett gångbart alternativ till att finansiera kollektiv prövning. De kan kräva 20-40 % av den totala ersättning och att det totala utdömda beloppet ska vara högt, dessutom brukar tredjepartsfinansiärer endast finansiera talan när sannolikhet för vinst är hög. Ytterligare har de större tredjepartsfinansiärerna i England framfört betänkligheter att finansiera kollektiv prövning dels p.g.a. av dess

komplikerade karaktär, dels p.g.a. att det kan vara svårt att beräkna den totala ersättning när det är osäkert hur många gruppmedlemmarna är.

Att införa en EU-konsumentfond enligt Riley och Peysners förslag verkar däremot intressant – särskilt med tanke på den politiska ovilja som fortfarande verkar finnas inom EU mot riskavtal. Dessutom behöver en sådan konsumentfond inte i någon större utsträckning påverka medlemsstaternas processrättsliga regleringar.

I brist på en EU-konsumentfond eller EU-rättsliga regler för riskavtal bör det lämnas upp till varje medlemsstat att avgöra hur en kollektiv prövning för små spridda konkurrensskador ska finansieras. Möjlighet till finansiering måste ses mot bakgrund av effektivitetsprincipen och rätten till effektivt domstolsskydd. Vid en bedömning om nationella regler garanterar rätten till ett effektivt domstolsskydd, har nationella domstolar att ta hänsyn till bl.a. kärandens syfte med att få sin sak prövad samt möjligheter att skaffa fram finansiering för talan.

Återigen ska en proportionalitetsbedömning företas mellan vikten av att säkerställa antitrustreglernas effekt, och kostnaden för att erbjuda en finansieringsform för att göra så. Vidare kan anföras att det kanske i första hand inte är konsumenters brist på resurser som avgör att de inte väljer att initiera en talan till följd av små spridda konkurrensskador. Anledningen synes snarare vara att de är ovilliga att göra så p.g.a. bristande ekonomiska incitament. Detta innebär att det är oklart hurvida rätten till ett effektivt domstolsskydd kräver en finansieringsform som motverkar konsumenters rationella apati (se kap. 2.2.4 och speciellt *DEB*).

Vidare kan påpekas att principen om att förloraren betalar har en stark ställning inom EU. Det finns varken någon vilja bland politiker eller doktrin att förändra principen. Som framkommit gör utgör principen om att förloraren betalar att mål med liten sannolikhet för framgång mer sällan initieras (se kap. 3.2.4).

8.4.6 Sammanfattning av frågan

Samtliga personer som drabbats av konkurrensskada har talerätt varför det finns potential för att många led av skadedrabbade ingår som gruppmedlemmar i en kollektiv prövning. I och med Direktiv 2014 får kärandesidan relativt goda möjligheter att framskaffa bevisning och att kärandesidan får vissa bevislättnader (särskilt vid följdförfaranden). En opt-out-modell bör under angivna förutsättningar vara förenlig med EU-rätten. Vidare utgör EU-rätten inget hinder för att medlemsstaterna tillåter företrädare med vinstintresse att driva en kollektiv prövning. I det kortsiktiga perspektivet skyntas ingen EU-rättslig reglering för finansiering av kollektiv prövning men det bör vara förenligt med EU-rätten att finansiera talan med riskavtal (eller dyl.).

Till de skyddsmekanismer som finns inom EU för att undvika excessivt processande eller rättegångsmissbruk hör förbud mot straffskadestånd och principen om att förloraren betalar. Om kollektiv prövning regleras på EU-nivå är det inte orimligt att tänka sig att ett prövningstillstånd införs som bl.a. kontrollerar att företrädaren har tillräckliga ekonomiska resurser och att opt-out-modellen endast används när detta anses nödvändigt. Vid förlikningar bör det finnas krav på att en domstol ska godkänna förlikningsavtalet.

Sammantaget får dessa faktorer mig att tro att det EU-rättsliga ramverket erbjuder goda förutsättningar för att skapa en effektiv EU-rättslig reglering om kollektiv prövning, utan att regleringen leder till rättegångsmissbruk eller excessivt processande. Det verkar däremot som att det finns politiska hinder mot att införa ett effektivt system för kollektiv prövning (se kap. 4.1.3 och 4.2).

8.5 Slutkommentar

Slutligen ska också en kommentar fällas över frågan *om* EU bör införa en gemensam reglering för kollektiv prövning för att säkerställa antitrustreglernas fulla effekt. Frågans svar måste hittas i den privata övervakningens syfte varpå genmälet blir ”Det beror på ...”.

I nuläget finns inga tillfredställande studier: i) om hur stor samhällskostnaden är för små spridda konkurrensskador, ii) om hur stor del av denna kostnad som skulle kunna förhindras med införandet av en effektiv gemensam reglering för kollektiv prövning, iii) om vad kostnaden är för att införa en sådan reglering, och iv) om det finns andra mer effektiva lösningar (så som Hodges offentliga organ) för att uppnå syftet. Innan dessa frågor är besvarade är det omöjligt att avgöra om det är motiverat att införa effektiva mekanismer för kollektiv prövning av konkurrensskador.³⁰¹

Härvidlag ska framhållas att för att skapa en likvärdig konkurrenssituation inom den inre marknaden kan det vara av betydelse att skapa likvärdiga möjligheter att hålla företag ansvariga för små spridda konkurrensskador inom EU: oavsett om så sker genom offentlig eller privat övervakning.

Det ska inte helt uteslutas att EU-domstolen på egen hand fortsätter att harmonisera den privata övervakningen. EU-domstolen skulle kunna kräva, med stöd i effektivitetsprincipen och rätten till ett effektivt domstolsskydd, en effektiv reglering av kollektiv prövning från medlemsstaterna. Enligt Direktiv 2014 behöver medlemsstater inte införa regleringar för kollektiv prövning för att säkerställa en effektiv tillämpning av antitrustreglerna. Ett sådant ställningstagande i direktivet utesluter inte att EU-domstolen kan finna att primärrätten fordrar det.

I nuläget ter sig en sådan judiciell utveckling av området däremot inte trolig bl.a. mot bakgrund av att EU-domstolen endast i undantagsfall har krävt att

³⁰¹ För liknande resonemang se Hodges i Rodger (red.) (2014), s. 257 f.

medlemsländer måste införa specifika regleringar för att uppfylla de krav som effektivitetsprincipen eller rätten till ett effektivt domstolsskydd medför. Vidare skulle det vara än mer otroligt att EU-domstolen krävde en reglering för kollektiv prövning med en opt-out-modell. Som skäl kan särskilt anföras den intresseavvägning som ska göras enligt *Peterbroeck* och *van Schijndel* och att opt-out-modellens förenlighet med konstitutionella principer åtminstone är ifrågasatt. Troligare är istället att EU-domstolen endast underkänner en nationell reglering som inte uppfyller kraven på effektivitetsprincipen eller rätten till effektivt domstolsskydd, och sedan låter medlemsstaten utforma en sådan reglering.

Käll- och litteraturförteckning

Rättsakter

EU:s rättsakter

Förordningar, direktiv och rekommendationer

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar, EUT L 145 s. 43.

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82, EUT L 1 s.1.

Rådets direktiv 2002/8/EG av den 27 januari 2003 om förbättring av möjligheterna till rättslig prövning i gränsöverskridande tvister genom fastställande av gemensamma minimiregler för rättshjälp i sådana tvister, EUT L 26 s. 41.

Kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, EUT L 123 s. 18.

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 861/2007 av den 11 juli 2007 om inrättande av ett europeiskt småmålsförfarande, EUT L 199 s. 1.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/138/EG av den 25 november 2009 om upptagande och utövande av försäkrings- och återförsäkringsverksamhet (Solvens II), L 335 s. 1.

Kommissionens rekommendation 2013/396 av den 11 juni 2013 om gemensamma principer för kollektiv prövning av ansökningar om förbudsföreläggande och av ersättningsanspråk vid åsidosättande av rättigheter som garanteras enligt unionsrätten, EUT L 201 s. 60.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104 av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadestånds talan enligt nationell rätt för överträdelse av medlemsstaternas och Europeiska Unionens konkurrensrättsliga bestämmelser, EUT L 349 s. 1.

Meddelanden och Yttranden

Notice on cooperation between national courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty, EUT 1993 C 39 s. 5.

Meddelande från kommissionen – Tillkännagivande – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, EUT 2004 C 101 s. 97.

Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, EUT 2006 C 298 s. 15.

Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Inrättande av ett system för grupptalan och dess roll inom ramen för gemenskapens konsumentlagstiftning”, EUT 2008 C 162 s. 1.

Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT 2009 C 45 s. 7.

Meddelande från kommissionen om beräkning av skada vid skadeståndstalan vid brott mot artikel 101 eller 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUT 2013 C 167 s. 19.

Offentliga tryck

Grönbok – Skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler, KOM(2005) 672 slutlig.
(Citeras: Grönbok (2005))

Vitbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler, KOM(2008) 165 slutlig.
(Citeras: Vitbok (2008))

Commission staff working paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404.
(Citeras: Arbetsdokument till Vitbok (2008))

Commission staff working document Accompanying document to the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules – Impact Assessment, SEC(2008) 405.

European Parliament resolution of 2 February 2012 on ‘Towards a Coherent European Approach to Collective Redress’, (2011/2089(INI)).

Arbetsdokument från kommissionens avdelningar offentligt samråd: Mot en enhetlig EU-strategi för kollektiv prövning, SEK(2011) 173.
(Citeras: Arbetsdokument (2011))

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – "Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress", COM(2013) 401/2.

Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell lagstiftning för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser, COM(2013) 404 final.

(Citeras: Förslag till Direktiv (2014))

Rapporter

Rapport från The Study Centre for Consumer Law – Centre for European Economic Law Katholieke Universiteit Leuven, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceeding*, Leuven, 2007-01-17 .

Tillgänglig:

http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf (Hämtad 2015-01-14)

(Citeras: Rapport från Katholieke Universiteit Leuven (2007))

Rapport från Center of European Policy Studies, Erasmus University Rotterdam och Luiss Guido Carli, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, Bryssel, Rom och Rotterdam, 2007-12-21.

Tillgänglig:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf (Hämtad 2015-02-03)

(Citeras: Rapport från Center of European Policy Studies m.fl. (2007))

Rapport från GD för Hälso- och konsumentfrågor, *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union Final Report Part I: Main Report*, Berlin, 2008-08-26.

Tillgänglig:

http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/finalreportevaluationstudy-part1-final2008-11-26.pdf (Hämtad 2015-02-07)

(Citeras: Rapport från GD för Hälso- och konsumentfrågor (2008))

Rapport från GD för EU-intern politik – avdelning A, *Collective Redress in antitrust*, Bryssel, juni 2012.

Tillgänglig:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/475120/IPOL-ECON_ET\(2012\)475120_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/475120/IPOL-ECON_ET(2012)475120_EN.pdf) (Hämtad 2015-02-10)

(Citeras: Rapport från GD för EU-intern politik (2012))

Amerikanska rättsakter

Clayton Act, 15 U.S.C. §§ 12-27 enacted October 15, 1914.

FRCP, enacted 1938.

Danska rättsakter

Retsplejeloven LBK nr 1308 af 09/12/2014.

Norska rättsakter

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister LOV-2005-06-17-90.

Svenska rättsakter

Rättegångsbalk SFS 1994:740.

Lag om grupprättegång SFS 2002:599.

Litteratur

Artiklar

Benöhr, Iris, *Consumer Dispute Resolution after the Lisbon Treaty*, Journal of Consumer Policy, Volym: 36, Nummer: 1, mars 2013, s. 87-110.
(Citeras: Benöhr i Journal of Consumer Policy (2013))

Bentley, Philip QC. och Henry, David, *Antitrust Damages Actions: Obtaining Probative Evidence in the Hands of Another Party*, World Competition Volym: 37 Nummer: 3, 2014, s. 271–292.
(Citeras: Bentley och Henry i World Competition (2014))

Buccirossi, Paolo och Carpagnano Michele, *Is it Time for the European Union to Legislate in the Field of Collective Redress in Antitrust (and how)?*, Journal of European Competition Law & Practice, Volym: 4 Nummer: 1, februari 2013, s. 3-15.
(Citeras: Buccirossi och Carpagnano i Journal of European Competition Law & Practice (2013))

Fairgrieve, Duncan och Howells Geraint, *Geraint, Collective Redress Procedures — European Debates*, International and Comparative Law Quarterly, Volym: 58, april 2009, s. 379-409.
(Citeras: Fairgrieve och Howells i International and Comparative Law Quarterly (2009))

Gaudet, Robert, *Turning a blind eye: the Commission's rejection of opt-out class actions overlooks Swedish, Norwegian, Danish and Dutch experience*, European Competition Law Review, Volym: 30 Nummer: 3, 2009, s. 107-117.
(Citeras: Gaudet i European Competition Law Review (2009))

Hodges, Christopher, *Collective Redress: A Breakthrough or a Damp Sqibb?*, Journal of Consumer Policy, Volym: 37 Nummer: 1, Mars 2014, s. 67-89.
(Citeras: Hodges i Journal of Consumer Policy (2014))

Hummer, Christina och Cywinski, Milosz, *ECJ's judgments in "EnBW" and "Donau Chemie" and the unresolved problems of access to the file*, Global Competition Litigation Review, Volym: 7 Nummer: 2, 2014, s. 115-118.
(Citeras: Hummer och Cywinski i Global Competition Law Review (2014))

Jones, Graham, *Collective Redress in the European Union: Reflections from a national Judge*, Legal Issues of Economic Integration, Volym: 41 Nummer: 3, Augusti 2014, s. 289-304.
(Citeras: Jones i Legal Issues of Economic Integration (2014))

Micklitz, Hans-W. och Stadler, Astrid, *The Development of Collective Legal Actions in Europe, Especially in German Civil Procedure*, European Business Law Review, Volym: 17 Nummer: 5, 2006, s. 1473-1503.
(Citeras: Micklitz och Stadler i European Business Law Review (2006))

Mulheron, Rachael, *The Case for an Opt-out Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis*, Columbia Journal of European Law, Volym: 15 Nummer: 3, 2009, s. 409-453.
(Citeras: Mulheron i Columbia Journal of European Law (2009))

Nagy, Csongor István, *Comparative Collective Redress from a Law and Economics Perspective: Without Risk There Is No Reward!*, Columbia Journal of European Law, Volym: 19, Nummer: 3, 2013, s. 469-498.
(Citeras: Nagy i Columbia Journal of European Law (2013))

Riley, Alan och Peysner, John, *Damages in EC antitrust actions: who pays the piper?*, European Law Review, Volym: 31 Nummer: 2, oktober 2006, s. 748-761.
(Citeras: Riley och Peysner i European Law Review (2006))

Singh, Amit Kumar, *Pfleiderer: Assessing its Impact on the Effectiveness of the European leniency Programme*, European Competition Law Review, Volym: 35 Nummer: 3, 2014, s. 110-124.
(Citeras: Singh i European Competition Law Review (2014))

Tzakas, Dimitrios-Panagiotis L., *Effective Collective Redress in Antitrust and Consumer Protection Matters: a Panacea or a Chimera?*, Common Market Law Review, Volym: 48 Nummer: 4, 2011, s. 1125-1174.
(Citeras: Tzakas i Common Market Law Review (2011))

Collective Redress in the Field of EU Competition Law: The Need for an EU Remedy and the Impact of the Recent Commission Recommendation, Legal Issues of Economic Integration, Volym: 41 Nummer: 3, 2014, s. 225-242.
(Citeras: Tzakas i Legal Issues of Economic Integration (2014))

Vandenborre, Ingrid och Goetz Thorsten, *EU Competition Law Procedural Issues*, Journal of European Competition Law & Practice, Volym: 5 Nummer: 9, 2014, s. 648-655.
(Citeras: Vandenborre och Goetz i Journal of European Competition Law & Practice (2014))

Vanikiotis, Maria Teresa, *Private Antitrust Enforcement and Tentative Steps Toward Collective Redress in Europe and the United Kingdom*, Fordham International Law Journal, Volym: 37 Nummer: 5, 2014, s. 1639-1681.

Böcker och antologier

Andreangeli, Arianna, *A View from across the Atlantic: Recent Developments in the Case-Law of the US Federal Courts on Class Certification in Antitrust Cases*. I Rodger, Barry (red.), *Competition law comparative private enforcement and collective redress across the EU*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, s. 223-253.
(International competition law series, 56)
(Citeras: Andreangeli i Rodger (red.) (2014))

Bergström, Carl Fredrik och Hettne, Jörgen, *Introduktion till EU-rätten*, 1:a uppl., Studentlitteratur, Lund, 2014.
(Citeras: Bergström och Hettne (2014))

Bogdan, Michael, *Komparativ Rättskunskap*, 2:a uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2003.
(Citeras: Bogdan (2003))

Buttigieg, Eugène, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest — A Comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
(International competition law series, 55)
(Citeras: Buttigieg (2009))

Craig, Paul, *EU Administrative Law*, 2:a uppl., Oxford University Press, New York, 2012.
(Citeras: Craig (2012))

Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law, – Text, Cases, and Materials*, 5:e uppl., Oxford University Press, New York, 2011.
(Citeras: Craig och De Búrca (2011))

Fregert, Klas och Joung, Lars, *Makroekonomi – Teori, politik och institutioner*, 3:e uppl., Studentlitteratur, Lund, 2010.
(Citeras; Fregert och Joung (2010))

Hellwig, Martin, *Private Damage Claim and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases – An Economist's Perspective*. I Basedow, Jürgen (red.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007, s. 121-160.
(International competition law series, 25)
(Citeras: Stürner i Basedow (red.) (2007))

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2:a omarb. uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2011.
(Citeras: Hettne och O. Eriksson (red.) (2011))

Hodges, Christopher, *The reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems — A New Framework for Collective Redress in Europe*, Hart Publishing, Portland, 2008.

(Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, vol. 8)
(Citeras: Hodges (2008))

Fast, Effective and Low Cost Redress: How Do Public and Private Enforcement and ADR Compare?. I Rodger, Barry (red.), *Competition law comparative private enforcement and collective redress across the EU*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, s. 255-289.

(International competition law series, 56)

(Citeras: Hodges i Rodger (red.) (2014))

Hviid, Morten och Peysner, John, *Comparing Economic Incentives across EU member States*. I Rodger, Barry (red.), *Competition law comparative private enforcement and collective redress across the EU*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, s. 195-222.

(International competition law series, 56)

(Citeras: Hviid och Peysner i Rodger (red.) (2014))

Jones, Clifford A., *Private Enforcement of antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford University Press, New York, 1999.

(Citeras: Jones (1999))

Manzini, Pietro, *The Goals of EU Competition Law*. I Cortese, Bernardo (red.), *Between Public and Private Enforcement*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, s. 21-33.

(International competition law series, 25)

(Citeras: Manzini i Cortese (red.) (2014))

Milutinović, Veljko, *The 'Right to Damages' under EU Competition Law: from Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010.

(European Monograph Series, 73)

(Citeras: Milutinović (2010))

Perloff, Jeffery M., *Microeconomics*, 5e: uppl., Pearson/Addison Wesley, Boston, 2009.

(Citeras: Perloff (2009))

Rodger, Barry (red.), *Competition law comparative private enforcement and collective redress across the EU*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014.

(International competition law series, 56)

(Citeras: Rodger (red.) (2014))

Stradler, Astrid, *Collective Action as an Efficient Means for the Enforcement of European Competition Law*,. I Basedow, Jürgen (red.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007, s. 195-214.

(International competition law series, 25)

(Citeras: Stürner i Basedow (red.) (2007))

Ulen, Thomas S., *The economics of class action*. I Backhaus, Jürgen G.; Cassone, Alberto och Ramello, B. Giovanni (red.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe — Lessons from America*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, s. 75-98.
(New Horizons in Law and Economics)
(Citeras: Ulen i Backhaus m.fl. (red.) (2012))

Whish, Richard och Bailey, David, *Competition Law*, sjunde uppl., Oxford University Press, New York, 2012.
(Citeras: Whish och Bailey (2012))

Elektroniska resurser och rapporter

Hodges, Christopher, Peysner, John och Nurse, Angus, *Litigation Funding: Status and Issues – Research Report*, januari 2012.

Tillgänglig:

<http://www.csls.ox.ac.uk/documents/ReportonLitigationFunding.pdf>

(Hämtad 2015-01-25)

(Citeras: Rapport från Hodges m.fl. (2012))

Lindblom, Per Hendrik, *National Report: Group Litigation in Sweden*, (2007-06-06), Oxford Conference on the Globalization of Class Actions, 12-14 december 2007.

Tillgänglig: <http://globalclassactions.stanford.edu> (Hämtad 2015-01-05)

Litwin, Ethan E. och Feder, Morgan J. *European collective redress: Lessons learned from the U.S. experience*. I Langenfeld, James. (red.), *The law and economics of class actions [Elektronisk resurs]*, Emerald, Bingley, 2014.

(Citeras: Litwin och Feder i *The Law and Economics of Class Action* (2014))

Webbsidor

Kommissionen, 2012, *Comments on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*.

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/green_paper_comments.html (Hämtad 2015-02-18)

University at Albany, 2013, *Antitrust*.

<http://www.albany.edu/sourcebook/ind/ANTITRUST.ind.html> (Hämtad 2015-01-12)

Kommissionen, 2014, *European Competition Network*.

<http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html> (Hämtad 2015-02-08)

Kommissionen, 2014, *Antitrust*.

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html (Hämtad 2015-02-15)

Europaparlamentet, 2015, *Competition: damages actions for breach of the EC antitrust rules. Green paper.*

[http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2006/2207\(INI\)&l=EN](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2006/2207(INI)&l=EN) (Hämtad 2015-02-18)

Rättsfallsförteckning

EU

Mål från EU-domstolen och Tribunalen

Mål C-26/62, *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mot Nederländska skatteförvaltningen*, 1963, ECLI:EU:C:1963:1.

Förenade målen 56 och 58-64, *Établissements Consten S.à.R.L. och Grundig-Verkaufs-GmbH mot kommissionen*, 1966, ECLI:EU:C:1966:41.

Mål C-127/73, *Belgische Radio en Televisie och société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs mot SV SABAM och NV Fonior.*, 1974, ECLI:EU:C:1974:25.

Mål C-2/74, *Jean Reyners mot Belgien*, 1974, ECLI:EU:C:1974:68

Mål C-43/75, *Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, 1975, ECLI:EU:C:1976:56.

Mål C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG och Rewe-Zentral AG mot Landwirtschaftskammer für das Saarland*, 1976, ECLI:EU:C:1976:188.

Mål C-26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mot kommissionen*, 1977, ECLI:EU:C:1977:167.

Mål C-27/76, *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen*, 1978, ECLI:EU:C:1978:22.

Mål C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal SpA*, 1978, ECLI:EU:C:1978:49.

Mål C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG mot kommissionen*, 1979, ECLI:EU:C:1979:36.

Mål C-158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH och Rewe-Markt Steffen mot Hauptzollamt Kiel*, 1981, ECLI:EU:C:1981:163.

Mål C-199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot SpA San Giorgio*, 1983, ECLI:EU:C:1983:318.

Mål C-14/83, *Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen*, 1984, ECLI:EU:C:1984:153.

Mål C-222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) mot Georges Heylens m.fl.*, 1987, ECLI:EU:-C:1987:442.

Mål C-213/89, *The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et al*, 1990, ECLI:EU:C:1990:257.

Mål C-62/86, *AKZO Chemie BV mot kommissionen*, 1991, ECLI:EU:C:1991:286.

Förenade målen C-87/90 till C-89/90, *A. Verholen m.fl. mot Sociale Verzekeringsbank Amsterdam*, 1991, ECLI:EU:C:1991:314.

Mål C-271/91, *M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, 1993, ECLI:EU:C:1993:335.

Mål C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS mot Belgien*, 1995, ECLI:EU:C:1995:437.

Förenade målen C-430/93 och C-431/93, *Jeroen van Schijndel och Johannes Nicolaas Cornells van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiot-herapeuten*, 1995, ECLI:EU:C:1995:441.

Förenade målen C-246/94 till C-249/94, *Cooperativa Agricola Zootechnica S. Antonio m.fl. mot Amministrazione delle finanze dello Stato*, 1996, ECLI:EU:C:1996:329.

Mål C-344/98, *Masterfoods Ltd mot HB Ice Cream Ltd*, 2002, ECLI:EU:C:2000:689.

Mål C-453/99, *Courage Ltd mot Bernard Crehan och Bernard Crehan mot Courage Ltd m.fl.*, 2001, ECLI:EU:C:2001:465.

Mål T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin mot kommissionen*, 2003, ECLI:EU:T:2003:250.

Mål C-147/01, *Weber's Wine World Handels-GmbH m.fl. mot Abgabenberufungskommission Wien*, 2003, ECLI:EU:C:2003:533.

Mål C-453/00, *Kühne & Heitz NV mot Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, 2004, ECLI:EU:C:2004:17.

Mål C-234/04, *Rosmarie Kapferer mot Schlank & Schick GmbH*, 2006, ECLI:EU:C:2006:178.

Förenade målen C-295/04 till C-298/04, *Vincenzo Manfredi m.fl. mot Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA m.fl.*, 2006, ECLI:EU:C:2006:461.

Mål C-432/05, *Unibet (London) Ltd and Unibet (International) Ltd mot Justitiekanslern*, 2007, ECLI:EU:C:2007:163.

Mål C-95/04 P, *British Airways plc mot kommissionen*, 2007, ECLI:EU:C:2007:166.

Mål C-268/06, *Impact mot Minister for Agriculture and Food m.fl.*, 2008, ECLI:EU:C:2008:223.

Förenade målen C-468/06 till C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE m.fl. mot GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proïonton*, 2008, ECLI:EU:C:2008:504.

Mål C-199/08, *Erhard Eschig mot UNIQA Sachversicherung AG*, 2009, ECLI:EU:C:2009:538.

Förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited m.fl. mot kommissionen m.fl.*, 2009, ECLI:EU:C:2009:610.

Förenade målen C-317/08 till C-320/08, *Rosalba Alassini m.fl. v Telecom Italia SpA m.fl.*, 2010, ECLI:EU:C:2010:146.

Mål C-194/08, *Susanne Gassmayr mot Bundesminister für Wissenschaft und Forschung*, 2010, ECLI:EU:C:2010:386.

Mål C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH mot Tyskland*, 2010, ECLI:EU:C:2010:811.

Mål C-360/09, *Pfleiderer AG mot Bundeskartellamt*, 2011, ECLI:EU:C:2011:389.

Mål C-209/10, *Post Danmark A/S mot Konkurrenserådet*, 2012, ECLI:EU:C:2012:172.

Mål C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde mot Donau Chemie AG m.fl.*, 2013, ECLI:EU:C:2013:366.

Mål C-365/12 P, *Kommissionen mot EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, 2014, ECLI:EU:C:2014:112.

Mål C-557/12, *Kone AG m.fl. mot ÖBB-Infrastruktur AG*, 2014, ECLI:EU:C:2014:1317.

Yttranden från EU-domstolen

Yttrande 1/94 enligt artikel 228.6 i EG-Fördraget "Gemenskapens behörighet att ingå internationella avtal om tjänster och skydd av immaterialrätter — förfarande enligt artikel 228.6 i EG-fördraget", ECLI:EU:C:1994:384.

Yttrande 2/13 enligt artikel 218.11 FEUF - Utkast till internationellt avtal - Unionens anslutning till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna - Utkastets förenlighet med EU- och EUF-fördragen, ECLI:EU:C:2014:2454.

Europadomstolen

MGN limited v The united Kingdom, Målnummer: 39401/04, (2011-01-18).

USA

US Supreme Court

Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery, Crop., 88 S.Ct. 2224 (1968).

Illinois Brick co. v. Illinois, 97 S.Ct. 2061 (1977).

Amchem Products, Inc. v. Windsor 117 S.Ct. 2231 (1997).

Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes et al. 131 S.Ct. 2541 (2011).

Federal Courts of Appeal

In re American Medical Systems, Inc, 75 F.3d 1069, Sixth Circuit (1996).

In re New Motor Vehicles Canadian Export Antitrust Litigation 522 F.3d 6, First Circuit (2008).