



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Elias Karlsson

Avtalsrekvisitets innebörd vid ensidiga ageranden

- Med fokus på beviskravet samt rättsfrågor

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Peter Westberg

Termin för examen: Period 1 HT 2016

Innehåll

Summary.....	1
Sammanfattning	3
Förkortningar	5
1 Inledning	6
1.1 Syfte, ändamål och frågeställningar	7
1.2 Avgränsning.....	8
1.3 Disposition	9
1.4 Metod och material	9
1.5 Forskningsläge.....	11
2 Introduktion till konkurrensrätten	12
2.1 Allmänt om EU:s konkurrensrätt.....	12
2.2 Allmänt om svensk konkurrensrätt	14
2.3 Den gemensamma förbudsregeln	14
2.4 Avtalsrekvisitet i förbudsregeln	16
2.1.1 Avtalsbegreppet i förbudsregeln	17
2.1.2 Det samordnade förfarandet.....	18
2.1.3 Parallellt beteende	19
2.5 Avslutande kommentar	20
3 Beviskravet för avtalsrekvisitet	22
3.1 Inledande kommentar	22
3.1.1 Den rättsliga innebörden av bevisbördan och beviskravet	23
3.1.2 Hur bestäms nivån på beviskravet.....	25
3.2 Svensk praxis – beviskravet för avtalsrekvisitet	27
3.1.3 MD 2005:7 – Bensinkartellen	27
3.1.4 MD 2009:11 – NCC m.fl	28
3.3 Krav på utredningens robusthet	28
3.4 Analys av MD:s praxis	31
4 EU-rättens påverkan på nationell processrätt	32
4.1 Effekten av samhandelskriteriet och principen om processuell autonomi	32
4.2 Den oskrivna rättens påverkan på ett nationellt beviskrav	34
4.3 Övriga anmärkningar angående beviskravet	36
4.4 Eturas-fallet - förhandsavgörande.....	37
4.1.1 Oskuldspresumtionen.....	38
4.1.2 Effektivitetsprincipen	40
4.5 Analys av bedömningspunkterna	41
5 Ensidiga ageranden – avtalsrekvisitet	43
5.1 Inledande kommentar	43
5.2 Ensidigt utlämnande av strategisk information	43
5.1.1 Ett mål angående ensidigt utlämnande av prissättningsplaner	45
5.1.2 Två mål angående orsakspresumtionen.....	46
5.1.3 Två mål angående parallellt beteende	46
5.1.4 Analys av ensidigt utlämnande av strategisk information.....	47
5.3 Ensidigt agerande i ett selektivt distributionssystem	48
5.1.5 Bayern-fallet	49

5.1.6	Volkswagen II-fallet	50
5.1.7	Analys av ensidiga ageranden i ett selektivt distributionssystem	51
6	Analys.....	53
6.1	Den första frågeställningen.....	53
6.2	Den andra frågeställningen.....	55
6.3	Den tredje frågeställningen	57
	Käll- och litteraturförteckning	60

Summary

Competition within the European union is regulated through a system of competition rules, with the purpose of creating and maintaining an efficient market, the function of the inner market and the consumer welfare. The prohibition rule – see art. 101 TEUF and 2:1 KL – constitutes together an essential tool that ought to be used to break up unwarranted collaborations between two or more undertakings, which are harmful to the above-mentioned purposes. The applicability of the prohibition rule requires the commission or other competition authority to prove invoked facts of a case that initially shows that an agreement between two or more undertakings exists. In order fulfil the evidentiary requirement regarding the agreement requisite; the authorities need to prove the existence of either an agreement or a concerted practice. The agreement requisite within the scope of competition catches collaborations between two or more undertakings that displays a concurrence of will to act together toward a common goal, on the inner market. Notable is that certain, seen outward, unilateral conduct can be defined as just seemingly unilateral, where an agreement in some cases can be established.

The more comprehensive goal with this essay is to create a more foreseeable application of 2:1 KL. To concretize the evidentiary requirement required regarding the facts of a case which, if being proved, establish an agreement or a concerted practice, especially regarding certain types of unilateral conduct, is a way to fulfil this essays more comprehensive goal. Therefore, the focus of this essay is to gather up all the aspects that is included and which affects the evidentiary requirement regarding the agreement requisite, but also to gather up all the factors that will affect the Swedish, national, courts when the case is about a unilateral disclosure of strategic information or a unilateral implemented policy in a selective distribution system. In this regard, it is about to precise what legal conditions that invoked and proved facts of a case need to consist of, in the hope of making the agreement requisite applicable. Two important questions arise in relation to this which is first to what extent EU-law should affect a Swedish, national, evidentiary requirement for the existence of an agreement and second if the evidentiary requirement, as seen today, is foreseeable.

The principle of procedural autonomy will affect the evidentiary requirement regarding the agreement requisite, no matter if Swedish or EU competition rules are applied. It will mean that procedural aspects regarding the evidentiary requirement will be guided and established mainly through Swedish law. EU-based aspects regarding an evidentiary requirement should with benefit, and after careful consideration, be considering by the Swedish courts in this sense. Therefore, this essay establishes on one hand that the function of the rule, consequence-theory and presumption of innocence are aspects that leads to an acutely evidentiary requirement in regards to the agreement requisite. Also, on the other hand, it is established that principle of effectiveness and the function of the rule can be used to lower the evidentiary requirement regarding the same requisite. In a sense, the evidentiary requirement needs to be well balanced, where above mentioned aspects need to be taken into consideration.

The evidentiary requirement for establishing an agreement or a concerted practice between two or more undertakings is set down in Swedish praxis as *relatively high*, which in my opinion makes sense. To use such a relative term for an evidentiary requirement presumes – on the other hand – that the legislator or the courts in detail goes through every aspect that influences the evidentiary requirement in question, which has not been done and which creates an unforeseeable evidentiary requirement regarding the agreement requisite.

In relation to a unilateral disclosure of strategic information; the presumption of cause – the undertakings presume to take disclosed strategic information into consideration – and a parallel behaviour will be important aspects in the proceedings. In relation to a unilateral implemented policy in a selective distribution system the concurrence of will is central. The concurrence of will can be established by the commission or other competition authorities if they can prove an explicit or tacit consent. In this regard, it is essential to look whether an invitation from one party has been accepted by another, or if the parties share a common intention to act together toward a common goal.

The evidentiary requirement for the agreement requisite – regarding the mentioned unilateral conducts – is not foreseeable and will most likely stay that way. The commission or other competition authority cannot create an exhaustive list of conducts that fulfil the evidentiary requirement for the agreement requisite in this sense, or to define the evidentiary requirement to a level where undertakings are full aware of its range. To create a somewhat more foreseeable evidentiary requirement, for Sweden, the legislator together with the Swedish courts could in a more detailed manner analyse all the aspects affecting the agreement requisite. Also, pinpoint to what extent EU-based aspects should be respected in this regard.

Sammanfattning

Konkurrensen inom EU är reglerad genom konkurrensrätten i syfte att skapa och upprätthålla en effektiv marknad, den inre marknadens funktion samt välfärden för konsumenten. Förbudsregeln – se art. 101 FEUF och 2:1 KL – utgör tillsammans ett centralt verktyg som ska användas av kommissionen eller annan konkurrensmyndighet för att bryta upp otillåtna samarbeten mellan två eller fler företag, vilka är skadliga för de ovan nämnda syftena. Att tillämpa förbudsregeln förutsätter att kommissionen eller annan konkurrensmyndighet lyckas bevisa återopade sakomständigheter som i första hand gör avtalsrekvisitet uppfyllt. Avtalsrekvisitet träffar samordningar, avtal och samordnat förfarande, mellan två eller fler företag som uppvisar en gemensam vilja att agera tillsammans mot ett gemensamt ändamål, på den inre marknaden. Noterbart är att vissa utåt sett ensidiga ageranden i förlängningen definierats som enbart skenbara ensidiga ageranden, där avtalsrekvisitet i vissa fall anses vara uppfyllt.

Framställningens övergripande syfte är att skapa en mer förutsägbar tillämpning av 2:1 KL. För att uppnå syftet med framställningen analyseras beviskravet beträffande sakförhållanden vilka, om bevisade, uppfyller det abstrakta rättsfaktumet som är avtalsrekvisitet. Preciseringsen sker primärt i förhållande till vissa typer av ensidiga ageranden. Vidare har framställningen ett fokus på att ringa in vilka ytterligare faktorer som bör påverka de svenska domstolarnas bedömning, när det handlar om ensidigt utlämnande av strategisk information samt ensidigt implementerade policys i ett selektivt distributionssystem. I det sammanhanget handlar det om att precisera vilka juridiska kriterier som återopade och bevisade sakomständigheter måste ge uttryck för, i förhoppning om att uppfylla avtalsrekvisitet. Två viktiga frågor i sammanhanget är i vilken utsträckning EU-rätten bör påverka ett svenskt, nationellt, beviskrav samt om beviskravet är förutsägbart.

Principen om processuell autonomi medför att nivån på beviskravet, oaktat om det är Sveriges eller EU:s konkurrensrätt som tillämpas, primärt får finna vägledning från svensk rätt. Min uppfattning är att EU-rättsliga bedömningspunkter med fördel, och efter noggranna överväganden, bör beaktas av svenska domstolar. Framställningen konstaterar att bedömningspunkterna som bör påverka beviskravet i en strängare riktning är robusthetskravet, lagregelns funktion, konsekvensteorin och oskuldspresumtionen. De bedömningspunkter som bör påverka beviskravet i en mildare riktning är effektivitetsprincipen och lagregelns funktion. Beviskravet är enligt svensk praxis *förhållandevis högt*, vilket enligt egen uppfattning framstår som en rimlig formulering. Att tillämpa ett så pass relativt begrepp för att beskriva ett beviskrav förutsätter däremot att lagstiftaren eller rättstillämparen ensamt alternativt tillsammans utförligt går igenom vilka bedömningspunkter som påverkar beviskravet. En utförlig genomgång har inte gjorts vilket påverkar förutsägbarheten angående beviskravet negativt.

Vad beträffar ensidigt utlämnande av strategisk information blir presumptionen angående orsakssambandet – företagen presumeras ta hänsyn till utlämnade strategiska uppgifter – och ett parallellt beteende viktiga inslag i bedömningen. Vad beträffar ensidigt implementerade policys i ett selektivt distributionssystem blir den gemensamma

viljan avgörande. Den styrks genom att kommissionen eller annan konkurrensmyndighet bevisar sakomständigheter som visar på förekomsten av dels en inbjudan att samarbeta och dels ett uttryckligt eller underförstått samtycke till denna inbjudan. Av vikt blir att fastslå huruvida ena aktören lämnat en inbjudan som accepterats av annan aktör eller om aktörerna delar en gemensam intention att agera tillsammans mot ett gemensamt ändamål.

Beviskravet för sakförhållandet som påstås uppfylla avtalsrekvisitet är i sin helhet och speciellt i förhållande till ensidiga ageranden oförutsägbart och kommer troligtvis förbli det. Det går inte göra en uttömmande lista angående vilka sakförhållande som uppfyller avtalsrekvisitet eller att precisera beviskravet till en nivå där aktörerna är fullt medvetna kring dess räckvidd. För att skapa en något större förutsägbarhet, för svensk del, angående det aktuella beviskravet hade antingen lagstiftaren eller rättstillämparen ensamt eller tillsammans på ett mer utförligt vis kunnat analysera de bedömningspunkter som påverkar beviskravet. Därutöver hade även domstolarna på ett tydligare sätt kunnat konstatera i vilken utsträckning som EU-rättsliga bedömningspunkter bör inverka på strängheten angående samma beviskrav.

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om funktionen av den Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FL	Förvaltningslag (1986:223)
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
KKV	Konkurrensverk
KL	Konkurrenslag (2008:579)
MD	Marknadsdomstol
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
Rättighetsstadgan	EU:s stadga för mänskliga rättigheter
SOU	Statens offentliga utredning
TFEU	Treaty on the functioning of the European Union
TR	Tingsrätt
Tribunal	Europeiska unionens tribunal

1 Inledning

Inom den kommersialiserade världen är konkurrens en form av tävling, där tävlingsmomentet är en sammandrabbning mellan företag, och vinsten kunder och affärer. Om tävlingen sker på lika villkor medför det positiva effekter i form av en sund och effektiv konkurrens. En sådan konkurrens medför bl.a. lägre priser, bredare valmöjligheter för konsumenten och andra vinster, som t.ex. snabbare utveckling av nya, och bättre produkter. När företag samarbetar i syfte att exempelvis fixera priserna på en specifik produkt eller dela upp marknaden mellan sig, skapas en osund och snedvriden konkurrens där vissa företag får ett orättvist försprång i tävlingen. Detta riskerar att medföra negativa konsekvenser för konsumenten i form av oskäligt höga priser och ett krympande urval av produkter.¹

Spelplanen för den nu beskrivna tävlingen är huvudsakligen *den inre marknaden*², som i doktrin på området beskrivs som unionens viktigaste tillgång. Genom ett skapande och upprätthållande av ett sunt och effektivt konkurrensrättsligt regelsystem, skapas förutsättningar för den inre marknaden att blomstra.³ Ett annat ändamål med det konkurrensrättsliga regelsystemet är att skydda konsumenten, genom att konsumenten får tillgång till tjänster och varor till ett acceptabelt pris och till skäliga villkor. Det konkurrensrättsliga regelsystemet avser således att stävja en central problematik som består i att företag – ensamt eller tillsammans med andra företag – tävlar på otillåtna sätt, vilket snedvrider konkurrensen.⁴

Inom konkurrensen på den inre marknaden accepteras vissa former av samordningar mellan företag, med anledning av att dessa ibland medför positiva effekter för såväl den inre marknaden som konsumenten. Ett exempel på en sådan samordning är när mindre företag gemensamt stärker sin konkurrenskraft i förhållande till ett större företag. En sådan situation skapar förutsättningar för de mindre aktörerna att tillsammans åstadkomma en bättre konkurrensbild på *den relevanta marknaden*⁵, vilket skapar fler jobb och en sundare prisbild. Något som däremot inte är tillåtet är konkurrensbegränsande samarbeten. Ett exempel på ett konkurrensbegränsande samarbete är när företag gemensamt bestämmer ett försäljningspris på en specifik produkt. Ett sådant samarbete försvårar för nya aktörer att etablera sig på marknaden och riskerar att skapa en orimligt hög prisbild för konsumenten.⁶

Konkurrensen på den inre marknaden regleras genom konkurrensrätten, som syftar till att ersätta en helt fri konkurrens med en *effektiv konkurrens*⁷. I förhoppning om att kunna upprätthålla en effektiv konkurrens på den inre marknaden krävs ett regelverk som främjar konkurrens till fördel för konsumenten, företagets självständiga

¹ Jones och Sufrin (2016) s. 37 ff.; Whish och Bailey (2015) s. 5–7.

² Med den inre marknaden menas primärt de fyra friheterna som består av fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital inom unionen; jmf Bernitz (2011) s. 24.

³ Whish och Bailey (2015) s. 53.

⁴ Whish och Bailey (2015) s. 1–3 och 19 f.

⁵ Begreppet den relevanta marknaden används primärt vid en bestämning av marknadsmakt och blir därav viktig i förhållande till beteenden av aktörer med en dominerande ställning. Den relevanta marknaden innehåller såväl en produktmarknad som en geografisk marknad, se konkurrensverkets ordlista; jmf Westin (2007) s. 123.

⁶ Prop. 1999/2000:140 s. 78 f.

⁷ En effektiv konkurrens påstås effektivisera samhällets nyttjande av resurser och vara till fördel för konsumenten, se Karlsson och Östman (2014) s. 9.

agerande på marknaden, samt hela den inre marknaden.⁸ Vid avsaknad av ett sådant regelverk – d.v.s. att det råder en helt fri konkurrens – hade aktörer sannolikt utnyttjat situationen för egoistiska ändamål. Det konkurrensrättsliga regelverket håller aktörerna på marknaden i schack, vilket skapar dynamik och tillväxt i ekonomin.⁹

En central regel inom konkurrensrätten är *förbudsregeln*¹⁰. Rättsregeln är ett verktyg som kommissionen och andra konkurrensmyndigheter kan använda, för att bryta upp vissa otillåtna samarbeten och samordningar mellan aktörer på den inre marknaden. Exempelvis kan regeln nyttjas för att bötfälla företag som tillsammans delat upp marknadsandelar mellan sig eller tillsammans upprättat en prissättningsplan. Överträdelser av förbudsregeln är, och har genom historien varit, det mest skadliga beteendet för konkurrensen.¹¹ En intressant aspekt av förbudsregeln är att utåt sett ensidiga ageranden från ett företag, under vissa förutsättningar, anses uppfylla rättsregelns *avtalsrekvisit*¹², som annars enbart träffar samordningar mellan två eller fler företag. Den här framställningen avser att analysera *beviskravet*¹³ för sådana ageranden som påstås rättsligen rymmas under avtalsrekvisitet och därutöver även ytterligare problematisera beviskravet i förhållande till två typer av ensidiga ageranden.¹⁴

I den bästa av världar finns det alltid ett avtal att luta sig tillbaka på, som påvisar aktörernas gemensamma avsikt och åtaganden på marknaden. Ofta råder säkerligen dock motsatsen, dvs. att aktörer i tyst samförstånd kommer överens om ett enhetligt beteende som sätter riskerna med konkurrensen ur spel. Det blir av förklarliga skäl svårt för kommissionen eller annan konkurrensmyndighet att exempelvis bevisa förekomsten av ett skenbart ensidigt agerande som i förlängningen uppfyller avtalsrekvisitet. En analys av förbudsregelns avtalsrekvisit och dess beviskrav med fokus på vissa ensidiga ageranden kan motiveras ur två perspektiv. För det första (1) har företag som träffas av förbudsregeln ett intresse av att veta med vilken bevisning till art och omfattning som det blir bevisat – ett sådant ensidigt agerande som juridiskt uppfyller avtalsrekvisitet. För det andra (2) har kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter intresse av att få klarlagt under vilka premisser det är möjligt att ingripa mot ensidiga ageranden.

1.1 Syfte, ändamål och frågeställningar

Det övergripande syftet med framställningen är att bidra till en mer förutsägbar tillämpning av den svenska förbudsregeln i 2:1 KL. För att uppfylla syftet analyseras

⁸ Prop. 2007/08:135 s. 66 f; Westin (2007) s. 18 f; Steiner och Woods (2014) s 648 ff.

⁹ Zeteo, lagkommentar till 1:1 KL.

¹⁰ Framställningen behandlar såväl artikel 101 FEUF som 2:1 KL som är identiska till sitt materiella innehåll och därav benämns båda som förbudsregeln; jmf. Bernitz (2011) s. 63; Förbudsregeln lyder enligt följande; ”Sådana avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt är förbjudna, om inte annat följer av denna lag”, se 2:1 KL; se även avsnitt 2.3 för en närmare förklaring av förbudsregeln.

¹¹ Schütze (2015) s. 688.

¹² För att uppfylla avtalsrekvisitet krävs det i korthet att två eller fler företag – tillsammans – har kommit överens om att agera tillsammans mot ett gemensamt mål på marknaden. Rekvisitet syftar att träffa den bakomliggande överenskommelsen om samverkan; se vidare i avsnitt 2.4.

¹³ Beviskravet definieras i framställningen ibland som avtalsrekvisitets beviskrav alternativt beviskravet för avtalsrekvisitet och måste särskiljas från de rättsliga kriterier som bevisade sakförhållanden rättsligen måste innehålla, för att uppfylla avtalsrekvisitet. Båda frågorna utgör rättsfrågor, men som trots det måste hållas separata från varandra.

¹⁴ Jones och Sufin (2016) s. 146; Westin (2007) s. 38 f.

beviskravet angående styrkandet av sakomständigheter som påstås göra avtalsrekvisitet tillämpligt på såväl gemenskapsrättslig nivå som svensk nationell nivå. Detta i anledning av att den svenska förbudsregeln är en direkt följd av och materiellt identisk med – EU:s förbudsregel.

Framställningen problematiserar beviskravet i förhållande till ensidiga ageranden, och mer konkret till ensidigt utlämnande av strategisk information, samt ensidigt framtagna policys i ett selektivt distributionssystem. Utöver de *bedömningspunkter*¹⁵ som direkt påverkar beviskravet, så måste i det här avseendet även övriga juridiska kriterier analyseras, vilka påverkar tillämpligheten av avtalsrekvisitet. Vad som även måste analyseras är den svenska process- och konkurrensrätten, i syfte att fastställa de sista bedömningspunkterna som kan relateras till ett beviskrav för sakförhållanden som påstås göra avtalsrekvisitet uppfyllt. Endast när allt det här har gjorts, kan det övergripande syftet med framställningen anses fullgjort. För att ytterligare klargöra syftet med den här framställningen uppställs följande tre frågeställningar.

- *Vilka bedömningspunkter ingår i beviskravet beträffande sakförhållanden som rättsligen påstås uppfylla avtalsrekvisitet på EU- samt svensk nationell nivå?*
- *Under vilka förutsättningar kan de i framställningen presenterade ensidiga agerandena uppfylla avtalsrekvisitet?*
- *Är beviskravet angående avtalsrekvisitet tillräckligt förutsägbart?*

1.2 Avgränsning

Avtalsrekvisitet innefattar avtal, beslut av företagssammanslutningar samt samordnade förfaranden. Beslut av företagssammanslutningar behandlas inte i den här framställningen, vilket betyder att en avgränsning görs i det här avseendet. Avtalsbegreppet och det samordnade förfarandet är de mest problematiska aspekterna av avtalsrekvisitet, varför den här avgränsningen är motiverad.

Den här framställningen syftar enbart till att analysera beviskravet för avtalsrekvisitet i artikel 101 FEUF och 2:1 KL, förbudsregeln, med ett ytterligare fokus på vissa specifika ensidiga ageranden från företag. Det är mer precist den svenska versionen av förbudsregeln som framställningen avser att slutligen förhålla sig till. Detta innebär en avgränsning i bemärkelsen att beviskravet för art. 101 FEUF utesluts från de presenterade frågeställningarna.

Det finns väldigt många typer av samarbeten som träffas av avtalsrekvisitet och att göra en uttömmande lista är inget som framställningen är ämnad att göra. Framställningen fokuserar istället på att analysera dels ensidiga ageranden i selektiva distributionssystem, dels ensidigt utlämnande av strategisk information vid möten. Det innebär att många andra typer av samarbeten inte kommer att behandlas.

Det hade förvisso varit mycket intressant att genomföra en komparativ studie, där beviskravet analyseras i förhållande till domstolar i andra länder. En sådan studie

¹⁵ Begreppet *bedömningspunkter* utgör i framställningen ett samlingsbegrepp för faktorer som bör vägas mot varandra för att bestämma nivån på beviskravet och dess stränghet.

har dock avgränsats av utrymmesskäl. Därav fokuserar framställningen enbart på att analysera beviskravet för avtalsrekvisitet på svensk och unionsrättslig nivå.

Slutligen kan noteras att framställningen fokuserar på att analysera kommissionens, eller i Sverige KKV:s, skyldighet att i ett initialt läge presentera en utredning och ett bevismaterial som tar sig över tröskeln för beviskravet. Det här betyder att en analys angående motbevisning samt övriga undantag från avtalsrekvisitets tillämplighet lämnas utanför framställningen, primärt av utrymmesskäl.

1.3 Disposition

Det inledande avsnittet, kapitel 2, avser att ge läsaren en grundläggande förståelse för EU:s och Sveriges konkurrensrätt. I samma kapitel presenteras förbudsregeln och regelns tillämplighet på såväl vertikala som horisontella samarbeten mellan aktörer på marknaden. Slutligen behandlar kapitlet avtalsrekvisitets olika beståndsdelar, vilket inbegriper en genomgång av avtalsbegreppet, det samordnade förfarandet och slutligen även det parallella beteendet.

Det tredje avsnittet, kapitel 3, behandlar beviskravet och bevisbördan. Först ges en grundläggande förståelse för begreppsparet och därefter problematiseras begreppsparets funktion inom ramen för det konkurrensrättsliga domstolsförfarandet. Därefter analyseras svensk processrätt och praxis från MD, där avtalsrekvisitet varit uppe för prövning. I det här kapitlet handlar det om att precisera bedömningspunkter för att kunna ringa in beviskravet för avtalsrekvisitet i 2:1 KL. Vidare innehåller kapitlet en analys om utredningens robusthet och om ett sådant påverkar beviskravet för avtalsrekvisitet.

Uppsatsens kapitel 4 behandlar EU-rättens påverkan på ett svenskt beviskrav. Kapitlet behandlar samhandelskriteriet, och vidare förs en argumentering kring varför etablerade bedömningspunkter angående beviskravet för avtalsrekvisitet inom praxis på EU-nivå med fördel bör beaktas av svenska domstolar, oaktat samhandelskriteriets tillämplighet. I samma kapitel analyseras ett förhandsavgörande från 2016 där EU-behandlar beviskravet för avtalsrekvisitet.

I avsnittet därefter, kapitel 5, introduceras ensidiga åtgärder som under vissa förutsättningar uppfyller avtalsrekvisitet. Kapitlet ger läsaren en grundläggande förståelse för under vilka förutsättningar, och av vilken anledning, ensidiga ågeranden träffas av avtalsrekvisitet. I det här kapitlet behandlas även praxis från tribunalen och EU-domstolen med fokus på nu nämnda ågeranden.

Det sista avsnittet, kapitel 6, avser att besvara de uppställda frågeställningarna och att slutligt uppnå det övergripande syftet med framställningen.

1.4 Metod och material

Det övergripande syftet med uppsatsen är att försöka bidra till en mer förutsägbar tillämpning av den svenska förbudsregeln. För att uppnå syftet fokuserar framställningen på att hitta de bedömningspunkter som kan relateras till beviskravet för avtalsrekvisitet. Av den här anledningen används i framställningen en rättskällanalytisk, *rättsdogmatisk*, och även till viss mån en *EU-rättslig* metod.

Den rättsdogmatiska metoden innebär att rättskällorna rättsregler, praxis från domstolar, förarbeten från lagstiftaren och doktrin på området måste analyseras. I korthet kan den rättsdogmatiska metoden – i det här sammanhanget – sammanfattas som att den består av en rekonstruktion av ett rättssystem.¹⁶ Nu nämnda rättskällor används i framställningen för att besvara framställningen tre uppställda frågeställningar.

Rättskällorna har ett internt hierarkiskt förhållningssätt till varandra. Utgångspunkten för den rättsdogmatiska metoden bör vara lagtexten. Utöver lagtext bör primärt rättspraxis och förarbeten användas för att besvara ett juridiskt uppställt problem. Slutligen kan doktrin med fördel nyttjas för att på ett sunt sätt utreda rättsläget och eventuella oklarheter.¹⁷ Det förefaller naturligt att börja med den rättskälla som står högst upp i hierarkin, vilket är svensk lagtext.¹⁸ Den svenska konkurrenslagen, KL¹⁹, bör vara startskottet för den här framställningen. Det är avtalsrekvisitetet i 2:1 KL som måste analyseras på djupet i förhoppning om att kunna uppnå syftet med uppsatsen.

Förarbeten²⁰ som har anknytning till konkurrenslagen används även frekvent i syfte att utreda rättsläget kring beviskravet för avtalsrekvisitetet. Den här rättskällan används även för att utreda de mer grundläggande aspekterna av avtalsrekvisitetet och svensk konkurrensrätt som helhet. Rättspraxis från Stockholms tingsrätt, TR, och Marknadsdomstolen, MD, blir avgörande för framställningen. För svenskt vidkommande har avtalsrekvisitetet inte behandlats i praxis i särskilt stor omfattning; men de centrala målen som tagit upp och förhåller sig till ett beviskrav för konkurrensrättsliga ärenden behandlas i framställningen.

Slutligen behandlar uppsatsen en del av den rika flora av doktrin som finns på konkurrensrättens område. För svensk del behandlar uppsatsen t.ex. *Konkurrensrätten – en handbok*. I syfte att fördjupa uppsatsens resonemang och belysa olika uppfattningar berörs även andra svenska författares verk.²¹ Det är även en nödvändighet att behandla EU-rättsliga verk och det finns många omfattande sådana på konkurrensrättens område. Exempelvis används *Competition law, European Union law of competition* och *EU competition law* frekvent, men även på en EU-rättslig nivå har jag försökt variera mig och nyttjat så många olika verk och författare som möjligt.²²

Med anledning av att EU-rätten är vital på konkurrensrättens område används även till viss mån en *EU-rättslig* metod. EU:s säregna juridiska system kräver vid ett försök att hantera dess rättskällor – ett eget tillvägagångssätt.²³ Den svenska konkurrensrätten är en direkt följd av EU:s implementering av ett unionsrättsligt konkurrensrättsligt regelsystem, och den svenska förbudsregeln är materiellt identisk med EU:s version av densamma. Huruvida EU:s eller Sveriges konkurrensrätt ska tillämpas avgörs av samhandelskriteriet. Att utreda det beviskrav som kan relateras till den

¹⁶ Kleinman (2013) s. 8; Jareborg (2004) s. 4 ff.

¹⁷ Peczenik (1995) s. 35 f.

¹⁸ Kleinman (2013) s. 28 och 32.

¹⁹ Konkurrenslag (2008:579).

²⁰ Se käll- och litteraturförteckning för fullständig hänvisning.

²¹ Se käll- och litteraturförteckning för fullständig hänvisning.

²² Se käll- och litteraturförteckning för fullständig hänvisning.

²³ Reichel (2013) s. 109; Hettne (2011) s. 40 ff. och 158 ff.

svenska förbudsregeln förutsätter att EU-rätten på området behandlas ingående. Praxis från gemenskapsdomstolarna, tribunalen och EU-domstolen kommer därför att behandlas genomgående i framställningen.

Vid sidan av lagstiftning och praxis på EU-rättslig nivå kommer tillkännagivanden från kommissionen att analyseras i den här framställningen. Det är tillkännagivanden som berör tillämpningen av förbudsregeln på horisontella och vertikala avtal. Nu nämnda tillkännagivanden är inte juridiskt bindande för någon aktör att följa, men som rimligtvis med fördel nyttjas av praktiker i sin rådgivning.²⁴

1.5 Forskningsläge

Doktrin inom konkurrensrättens område – på såväl ett nationellt som på ett EU-rättsligt plan – behandlar förbudsregeln genomgående med fokus på de materiella aspekterna av regeln. Beviskravet, d.v.s. den processuella sidan av förbudsregeln, behandlas ingående i förevarande framställning och har tidigare endast sparsamt behandlats inom den juridiska doktrinen på såväl svensk som EU-rättslig nivå. För den här processuella frågan bör rimligen forskningsläget fortfarande definieras som oklart.

Framför allt är EU-rättens förhållningssätt till de nationella medlemsstaternas processrätt en oklarhet som har behandlats skvalt inom samtliga rättskällor. Simonsson behandlar dess relation i artikeln *bevisbörda och beviskrav i kartellmål*²⁵, och studenter runt om i landet har försökt sig på att analysera strängheten i det beviskrav som kan relateras till sakomständigheter som rättsligen påstås uppfylla avtalsrekvisitet.²⁶ Rättsläget i det här avseendet måste definieras som oklart och därav är mer forskning på området till fördel för samtliga aktörer.

²⁴ Reichel (2013) s. 128; se Bastidas (2011) som analyserar värdet av tillkännagivanden och riktlinjer från kommissionen.

²⁵ Se käll- och litteraturlista för fullständig hänvisning.

²⁶ Se exempelvis Victor Sand Holmberg och sin kandidatuppsats, *”En effektiv kartell-lagstiftning och företagens rätt till en rättvis rättegång”*, HT 2013 vid Lunds universitet.

2 Introduktion till konkurrensrätten

2.1 Allmänt om EU:s konkurrensrätt

Den gemenskrätsrättsliga konkurrensrätten regleras i två fördrag, FEU²⁷, som bl.a. innehåller kompetensregler för hela EU, och FEUF²⁸ som innehåller detaljregleringar, exempelvis förbudsregeln. Tillsammans syftar nämnda fördrag bl.a. till att eliminera hinder för den fria rörligheten av varor, tjänster, personer och kapital inom unionen. Genom att få bort dessa hinder skapas och upprätthålls i förlängningen såväl en effektiv konkurrens som den inre marknads funktion. Konkurrensrätten måste ses i en vid kontext, d.v.s. tillsammans med syftet och ändamålen i FEU och FEUF. Ett centralt ändamål med gemenskapen är att förena medlemsstaternas marknader till en enda fungerande marknad inom unionen. Detta är även fastslaget av praxis där EU-domstolen har konstaterat att konkurrensreglerna är så pass väsentliga, att utan dem hade flera aspekter i fördragen – däribland den inre marknaden – varit meningslösa.²⁹

Det konkurrensrättsliga regelverket inom EU är tänkt att undanröja hinder som annars skulle stå i vägen för integrationen av den inre marknaden, även om det inte uttrycks explicit i något av fördragen. EU-domstolen har tillsammans med författare i doktrin konstaterat att konkurrensreglerna inte enbart skyddar intressen för konkurrenter och konsumenter. Reglerna skyddar även strukturen på marknaden och då i förlängningen även konkurrensen som helhet inom den inre marknaden. Det ska även noteras att EU:s konkurrensregler är uppbyggda kring tanken att en effektiv konkurrens är samhällets bästa verktyg i förhoppningen att skapa en effektiv allokering av samhällets resurser.³⁰

EU ska enligt artikel 3(3) FEU utveckla en inre marknad. Vidare fastslås det i artikel 3(1)(b) FEUF att EU har *exklusiv befogenhet*³¹ att fastställa de konkurrensregler som anses nödvändiga för skapandet och upprätthållandet av en fungerande inre marknad, samt att verka för att konkurrensen inte hämmas. Slutligen fastslås det i såväl doktrin som i protokoll nr 27³² för den inre marknaden och konkurrens, att EU ska inkludera ett system inom ramen för den inre marknaden som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids. Det är i ljuset av ovan nämnda artiklar och protokoll som EU har framtagit och implementerat artikel 101 FEUF, förbudsregeln.³³

²⁷ Fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUT 2012/C 326/01.

²⁸ Fördraget om funktionen av den Europeiska unionen, EUT 2010 C 83/47.

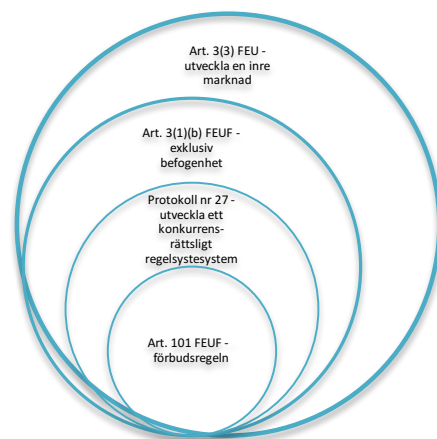
²⁹ Kerse och Kahn (2012) s. 9; Jones och Sufrin (2016) s. 93; Bellamy och Child (2013) s. 7 f; C 6/72 Continental punkt 23–26.

³⁰ Westin (2007) s. 18 f; Bellamy och Child (2013) s. 7 f; Steiner och Woods (2014) s. 648; Schütze (2015) s. 687; Jones och Sufrin (2016) s. 34 f; Bellamy och Child (2013) s. 7 f; Förordning 1/2003 punkt 9 i ingressen; Jmf även C-8/08 T-mobile punkt 27.

³¹ Med exklusiv befogenhet menas att unionen har möjlighet att lagstifta och anta rättsliga bindande akter inom ett rättsområde.

³² Protokoll 27 är fogat till FEUF; se Fördraget om funktionen av den Europeiska unionen, EUT 2010 C 83/47.

³³ Jones och Sufrin (2016) s. 31 ff.; Faull och Nikpay (2014) s. 183 f; Westin (2007) s. 18; Reinisch (2012) s. 170; Steiner och Woods (2014) s. 648; Whish och Bailey (2015) s. 52 f; Bellamy och Child (2013) s. 7.



Kommissionen är den förvaltande myndigheten och det organ som ser till att konkurrensreglerna inom EU efterlevs. Kommissionen har befogenhet att starta undersökningar och att döma ut böter med anledning av överträdelse av regelverket.³⁴ EU-rättens rättskällor indelas i *skrivna* och *oskrivna* rätt. De grundläggande fördragen FEU och FEUF är skrivna primärrätt, medan praxis från EU-domstolen utgör del av den oskrivna rätten. Konkurrensrätten inom unionen bygger huvudsakligen på förbudsprincipen i artikel 101 FEUF, och missbruksprincipen i artikel 102 FEUF. Reglerna har utvecklats till att utgöra det grundläggande konkurrensrättsliga systemet i Europa.³⁵

EU-fördragens artiklar är allmänt hållna – bortsett från eventuella undantagsregler – och därför blir praxis från EU-domstolen en central rättskälla vid tolkning och tillämpning av förbudsregeln. Varje beslut fattat av kommissionen kan bli föremål för prövning av tribunalen som första instans och EU-domstolen som sista instans. Idag finns det en omfattande EU-rättslig praxis på konkurrensrättens område som ska vara vägledande för såväl de gemenskapsrättsliga domstolarna som de nationella domstolarna vid tolkning och tillämpning av EU:s konkurrensrätt.³⁶

Vid sidan av fördragsbestämmelserna och praxis finns ett system av regler som träffar konkurrensrätten. Reglerna har primärt samlats i konkurrensförordningen 1/2003, vilken ska användas som en tillämpningsförfordning.³⁷ Därutöver arbetar kommissionen kontinuerligt fram nya tillkännagivanden. Dessa är inte sällan baserade på EU-rättslig praxis. I nämnda tillkännagivanden förklarar kommissionen hur organet hade hanterat och bedömt en specifik konkurrensrättslig fråga – t.ex. under vilka premisser som ett ensidigt utlämnande av strategisk information kan omfattas av förbudsregeln. Domstolar är inte rättsligt förpliktigade att följa kommissionens tillkännagivanden men däremot används tillkännagivandena frekvent av advokater i sin rådgivning

³⁴ Westin (2007) s. 26; Steiner och Woods (2014) s. 653 f.

³⁵ Westin (2007) s. 29 f; Bernitz (2011) s. 63; Reinisch (2012) s. 170; Steiner och Woods (2014) s. 649.

³⁶ Artikel 263 FEUF; Bernitz (2011) s. 68; Gustafsson m.fl. (2004) s. 23; Reinisch (2012) s. 170 f; Steiner och Woods (2014) s. 655; Hettne (2011) s. 158 f.

³⁷ EU:s konkurrensregler hade inte fungerat i praktiken om det inte finns administrativa regler som skapar förutsättningar för kommissionen att administrera konkurrensreglerna och därav antogs tillämpningsförfordningen, se Westin (2007) s. 163 f; Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av 16 dec. 2002 om tillämpningen av konkurrensreglerna.

mot klienter, vilket motiverar att de analyseras i framställningen.³⁸ Slutligen måste unionsrättens grundläggande rättsprinciper beaktas vid tillämpning av konkurrensrättsreglerna.³⁹

2.2 Allmänt om svensk konkurrensrätt

EU:s konkurrensrätt syftar – vilket noterats – till att skapa en effektiv konkurrens som gynnar integrationen för hela den inre marknaden, samtidigt som den skyddar konsumenten. Den svenska, nationella, konkurrensrätten syftar primärt till att motverka och undanröja hinder för en effektiv konkurrens.⁴⁰ Den svenska konkurrensrätten präglas av ett dubbelt rättssystem där såväl EU:s konkurrensrätt som svensk, nationell, konkurrensrätt kan bli föremål för tolkning och tillämpning i de svenska domstolarna. Det är även fastslaget att den svenska konkurrensrätten bör tolkas i ljuset och mot bakgrund av EU:s konkurrensrätt och EU-domstolens praxis. Det innebär att den svenska konkurrensrätten ska tillämpas tillsammans med och på ett liknande sätt som, EU:s konkurrensregler i syfte att främja en enhetlig tolkning och tillämpning av konkurrensrätten inom unionen.⁴¹

I Sverige består det konkurrensrättsliga regelverket, utöver vad som gäller enligt unionsrätten, primärt av KL. Den första upplagan av lagen utkom 1993 i samband med Sveriges tillträde till EU och blev utformad med EU:s regelverk som förebild.⁴² Efter viss tid ansågs lagen vara svåröverskådlig och då skapades 2008 års KL som gäller än idag.⁴³ Myndigheten som ska ansvara för genomdrivandet av KL med avseende på förvaltandet, administrationen och tillämpningen är konkurrensverket. KKV har möjlighet att starta undersökningar angående misstänkta överträdelser av konkurrenslagen. Myndigheten får däremot inte, till motsats från kommissionen, på eget bevåg utfärda böter för överträdelser av konkurrenslagen. KKV kan istället förelägga viten om att upphöra med överträdelser, som dock omedelbart kan överklagas till domstol.⁴⁴

2.3 Den gemensamma förbudsregeln

Den här framställningen syftar enbart till att analysera det beviskrav som träffar sakförhållanden, vilka påstås göra avtalsrekvisitet i artikel 101 FEUF och 2:1 KL, förbudsregeln, tillämpligt med ett ytterligare fokus på vissa specifika ensidiga ageranden från företag. Det är mer precist den svenska versionen av förbudsregeln som framställningen avser att slutligen förhålla sig till.

Såväl EU:s som Sveriges konkurrensrätt förbjuder vissa typer av samordningar och samarbeten mellan två eller fler företag.⁴⁵ Nedan följer en citering av såväl den EU-rättsliga som den svenska formuleringen av avtalsrekvisitet i förbudsregeln. För svensk

³⁸ Bernitz (2011) s. 68; Karlsson och Östman (2014) s. 9; Gustafsson (2004) m.fl. s. 23; Steiner och Woods (2014) s. 649; Prop. 2007/08:135 s. 68; Hettne (2011) s. 47.

³⁹ Bernitz (2011) s. 68.

⁴⁰ SOU 2006:99 s. 119 f; Prop. 2009/10:236 s. 7; se även 1:1 KL ”Denna lag har till ändamål att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens [...]”.

⁴¹ Bernitz (2011) s. 70; Whish och Bailey (2015) s. 77 f; Prop. 2007/08:135 s. 181; Prop. 2003/04:80 s. 50 f; jmf även art. 16 I F 1/2003.

⁴² Prop. 2004/04:80 s. 23.

⁴³ Bernitz (2011) s. 79 f.

⁴⁴ Bernitz (2011) s. 201 f; Prop. 2009:10:236 s. 8.

⁴⁵ Reinisch (2012) s. 171; Simonsson (2001/02) s. 556.

del citeras även 1:6 KL som ger uttryck för vad som innefattas i begreppet avtal. Citeringen nedan återger endast de bitar i lagtexten som är av relevans för den här framställningen.

Art. 101 FEUF

*“All agreements between undertakings, [...] and concerted practices [...]”*⁴⁶

2:1 KL

*“Sådana avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden [...]”*⁴⁷

1:6 KL

*“Det som i lagen sägs om avtal ska tillämpas även på [...] 2. samordnade förfaranden av företag.”*⁴⁸

Artikel 101 FEUF och 2:1 KL utgör tillsammans basen för en bred och materiellt identisk förbudsregel som bl.a. träffar de klassiska kartellerna, där företag tillsammans avgör priser för produkter och tjänster.⁴⁹ Bestämmelsen träffar såväl vertikala samarbeten som horisontella samarbeten; nedan följer en genomgång av vad som menas med respektive typ av samarbete.⁵⁰

Det *vertikala avtalet* beskrivs i gruppundantagsförordningen⁵¹ som ett samarbete mellan flera företag som, separata från varandra, är verksamma i olika led i produktions- eller distributionskedjan. Samarbetet kan exempelvis reglera villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa produkter eller tjänster.⁵² Ett vertikalt samarbete kan exempelvis bestå i att en tillverkare samarbetar med en återförsäljare, vilka tillhör olika produktions- eller handelsled, i ett försök att hämma konkurrensen.⁵³ Den här typen av samarbete anses normalt vara något mindre känsliga ur konkurrenshänseende än de horisontella avtalen.⁵⁴ Ett centralt syfte med förbudsregeln är att förmå företag att inte använda vertikala avtal till att begränsa eller snedvrída konkurrensen. Konkurrensmyndigheter måste bedöma huruvida vissa vertikala avtal kan hämma den effektiva konkurrensen i ett led för att uppnå det mer övergripande målet, som är att skapa en integrerad, välfungerande, inre marknad.⁵⁵

Ett selektivt distributionsavtal mellan en tillverkare och dennes återförsäljare, och ensidiga ageranden däri, är ett exempel på ett vertikalt avtal som under vissa förutsättningar uppfyller avtalsrekvisitet. Distribution betyder kortfattat att en produkt förflyttar sig mellan flera led, d.v.s. från det att produkten lämnar tillverkaren tills dess att den når konsumenten. Avtal som faller inom ramen för ett distributionsled är alltså att

⁴⁶ Art. 101(1) FEUF.

⁴⁷ 2:1 KL.

⁴⁸ 1:6 KL.

⁴⁹ Simonsson och Öberg (2006) s. 23.

⁵⁰ Zeteo och Karnov, lagkommentar till 2:1 KL; prop. 2003/04:80 s. 24.

⁵¹ Aktörer kan försöka anpassa sina avtal till reglerna som uppställs i gruppundantagsförordningen. På det här sättet kan företag undvika att falla inom ramen för förbudsregelns tillämpningsområde, se Westin (2007) s. 68 f; Kommissionens förordning nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101(3) i fördraget om europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden.

⁵² Artikel 1.1 a Gruppundantagsförordningen; Riktlinjer, vertikala samarbeten (2010) punkt 24.

⁵³ Reinisch (2012) s. 172; Gustafsson m.fl. (2004) s. 71.

⁵⁴ Gustafsson m.fl. (2004) s. 71.

⁵⁵ Riktlinjer, vertikala samarbeten (2010) punkt 7.

definiera som en vertikal samordning mellan två eller fler företag.⁵⁶ Ett selektivt distributionssystem betyder att en aktör åtar sig att enbart sälja en produkt till vissa utvalda aktörer som uppfyller vissa i förväg bestämda kriterier.⁵⁷

Av intresse för den här framställningen är ensidigt implementerade policys i ett selektivt distributionssystem.⁵⁸ Det kan t.ex. handla om att en tillverkare på egen hand avgör priset för en produkt, som återförsäljarna till systemet sedan väljer att följa. Den här typen av ageranden framstår utåt sett som ett ensidigt agerande. Dock så har det bedömts kunna utgöra ett avtal som uppfyller avtalsrekvisitet.

Det *horisontella avtalet* innebär att två eller fler företag, vilka är aktiva inom samma handels- eller produktionsled och oftast på samma marknad, kommer överens om att positionera sig och agera på marknaden på ett liknande sätt. Vanligtvis består dessa konkurrensbegränsande samarbeten av att fixera ett bestämt pris för en produkt eller att dela upp marknaden mellan sig.⁵⁹ Ett horisontellt avtal som består i att företag som tillhör samma produktionslinje koordinerar sitt agerande tillsammans, i syfte att begränsa konkurrensen på olika sätt, utgör ett överskridande av förbudsregeln.⁶⁰ Därutöver kan ett horisontellt avtal bestå av ett samarbete mellan företag som är verksamma på samma produktmarknad men på en annan geografisk marknad. Det betyder att även samarbeten där företag inte är direkta konkurrenter omfattas av det horisontella avtalets räckvidd.⁶¹

Horisontella avtal mellan företag kan också resultera i ekonomiska fördelar som bl.a. kan bestå i att dela risker, spara kostnader, samla know-how och förbättra produktkvalitet.⁶² I praktiken kan ett ensidigt utlämnande av strategisk information i förlängningen definieras som en horisontell samverkan mellan företag, som uppfyller avtalsrekvisitet.⁶³

2.4 Avtalsrekvisitet i förbudsregeln

Det första momentet i bedömningen angående huruvida förbudsregeln är tillämplig eller inte handlar om att kunna fastställa en samverkan mellan olika självständiga aktörer, som med ett annat ord benämns avtalsrekvisitet.⁶⁴ Avtalskriteriet i förbudsregeln kan inte uppfyllas genom att påvisa helt ensidiga ageranden från företag, utan förutsätter existerandet av ett samarbete, en samverkan eller en samordning mellan två eller flera aktörer på marknaden.⁶⁵ En förutsättning för att förbudsregeln ska anses tillämplig på ett otillåtet samarbete mellan företag är att flera rekvisit är uppfyllda.⁶⁶ Det första rekvisitet, som är föremål för granskning i den här framställningen, är just det s.k. avtalsrekvisitet. I ett första led krävs det alltså för förbudsregelns tillämplighet, att en konkurrensmyndighet inför en domstol kan bevisa att det förekommit ett avtal, eller

⁵⁶ Westin (2007) s. 87; Steiner och Woods (2014) s. 671 f och 673 f.

⁵⁷ Faull och Nikpay (2014) s. 1429 f; se vidare i avsnitt 5.2.

⁵⁸ se vidare i avsnitt 5.2.

⁵⁹ Steiner och Woods (2014) s. 671 f och 673 f; Riktlinjer, horisontella samarbetsavtal (2011) punkt 2.

⁶⁰ Reinisch (2012) s. 172.

⁶¹ Riktlinjer, horisontella samarbetsavtal (2011) punkt 1 och 2.

⁶² Ibid.

⁶³ Se avsnitt 5.2.

⁶⁴ Prop. 2009/10:236 s. 9; Karnov, lagkommentar 1:6 KL.

⁶⁵ Jones och Sufriin (2016) s. 140.

⁶⁶ Se artikel 101 FEUF och 2:1 KL; Schütze (2015) s. 693 f.

ett samordnat förfarande mellan två eller fler företag, som har ett konkurrensbegränsande syfte.⁶⁷ Nedan följer de rättsliga kriterier som sakförhållanden på verklighetsplanet måste innehålla, för att uppfylla avtalsrekvisitet.

Det är fastslaget att avtalsrekvisitet, i sin helhet, måste förstås mot bakgrund av konceptet med förbudsregeln, som i grund och botten vill förmå företag att bestämma sina placeringar och övriga agerande på marknaden självständigt.⁶⁸ Avtalsrekvisitet ska tolkas konformt inom hela gemenskapen och noterbart är att det spelar mindre roll att ett samarbete företag emellan antingen definieras som ett avtal alternativt ett samordnat förfarande. Avtalsbegreppet och det samordnade förfarandet överlappar i många fall varandra och är avsedda att träffa samarbeten vilka är likartade men som skiljer sig från varandra genom deras intensitet och till formen för hur samarbetet uttrycks. Det centrala för avtalsrekvisitets uppfyllande är istället att först måla upp aktuella sakomständigheter i fallet för att därefter presentera bevisning som hänför sig till omständigheter som påvisar förekomsten av en samordning eller ett samarbete mellan företag, som även har påverkat respektive företags positionering och/eller agerande på den relevanta marknaden. Det är avtalsrekvisitet som avskiljer faktiska ensidiga ageranden från ett företags sida och gemensamma, skenbart ensidiga, ageranden på marknaden.⁶⁹

Avtalsrekvisitet innehåller inte en uttömmande lista över vilka överenskommelser som förhindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen. Det är därför inte enbart de klassiska kartellerna angående prisfixering som träffas av avtalsrekvisitet utan även en stor mängd varierande avtal och samordningar.⁷⁰

2.1.1 Avtalsbegreppet i förbudsregeln

Den bärande idén bakom förbudsregelns avtalsbegrepp är att det kan konstateras en subjektiv gemensam vilja, *a concurrence of wills*, mellan åtminstone två aktörer på marknaden. Begreppet tar sikte på den bakomliggande samordningen mellan två eller fler aktörer. Det kan t.ex. tänkas att det finns en gemensam vilja mellan två parter att implementera en ny policy tillsammans, eller att sträva efter ett annat bestämt gemensamt ändamål.⁷¹ Begreppet avtal inom ramen för förbudsregeln ska inte sammanblandas med den civilrättsliga motsvarigheten till ett avtal. Anledningen till detta är att avtalsbegreppet inom ramen för konkurrensrätten ska ges en vidsträckt innebörd. Det är inte någon nödvändighet att överenskommelsen utgör ett civilrättsligt, verkställbart avtal. Även andra lösare former av samarbeten och rekommendationer omfattas av avtalsbegreppet. Det kan röra sig om såväl formella som informella, muntliga och skriftliga, avtal. Det räcker därmed att påvisa att det föreligger en gemensam vilja som ger uttryck för parternas ömsesidiga intentioner – formen för avtalet saknar betydelse.⁷²

⁶⁷ Zeteo, lagkommentar till 1:6 KL; Bellamy och Child (2013) s. 99; prop. 2003/04:80 s. 23 f; prop. 2007/08:117 s. 71; MD 2003:2.

⁶⁸ Bellamy och Child (2013) s. 113 f; Jones och Sufrin (2016) s. 140; C-48/69.

⁶⁹ Karnov, lagkommentar till 1:6 KL; Faull och Nikpay (2014) s. 225 f; Jones och Sufrin (2016) s. 140; Bellamy och Child (2013) s. 100; Karlsson och Östman (2014) s. 177 f; Whish och Bailey (2015) s. 106; C-8/08 T-mobile punkt 23.

⁷⁰ Khan och Kerse (2012) s. 10.

⁷¹ Bellamy och Child (2013) s. 100; Karlsson och Östman (2014) s. 180 f; Jones och Sufrin (2016) s. 141; Faull och Nikpay (2014) s. 204.

⁷² Jones och Sufrin (2016) s. 141; Bernitz (2011) s. 102 f; Reinisch (2012) s. 171 f; prop. 2003/04:80 s. 23 f; Whish och Bailey (2015) s. 103; Faull och Nikpay (2014) s. 204; Schütze (2015) s. 693.

En typ av överenskommelser som inte är juridiskt bindande, men som ändå uppfyller de rättsliga kriterierna för att utgöra ett konkurrensrättsligt avtal, är ett s.k. *gentlemen's agreement*. I en gentlemen's agreement förväntas parterna agera på visst sätt, som dock, i strikt juridisk mening, inte utgör ett civilrättsligt, verkställbart avtal. Det räcker således att två eller fler aktörer på marknaden binder sig till varandra på ett moraliskt plan för att avtalsbegreppet ska anses vara uppfyllt. Även tysta eller underförstådda överenskommelser omfattas av avtalsbegreppet.⁷³

Om läsaren föreställer sig först att ett företag, A, uppmanar ett konkurrerande företag, B, att agera på visst sätt. Vidare, i ett andra steg, att företaget B samtycker och accepterar uppmaningen från företaget A. Troligtvis räcker det i den nu beskrivna situationen att det går att bevisa att ett underförstått samtycke lämnats från företaget som mottagit uppmaningen, d.v.s. från företag B för att avtalsrekvisitet ska anses vara uppfyllt. Ett avtal som uppfyller kraven för avtalsbegreppet kan komma till uttryck inte bara genom formellt bindande muntliga eller skriftliga överenskommelser. Sannolikt omfattas även ett arrangemang mellan företag där ena företaget frivilligt, gentemot det andra företaget, åtar sig att begränsa sin frihet att agera på marknaden. Därmed kan även vissa ensidiga ageranden potentiellt omfattas av det konkurrensrättsliga avtalsbegreppet.⁷⁴

Det är omöjligt att sammanställa en fullständig lista på typer av avtal och samarbeten mellan företag som omfattas av det konkurrensrättsliga avtalsbegreppet. Vad som däremot kan tänkas utgöra ett avtal i detta hänseende är bl.a. legalt bindande kontrakt, varumärkesavtal, förlikningar, gentlemen's agreements och andra enklare överenskommelser. Ett protokoll som reflekterar en genuin överensstämmelse av viljor mellan aktörerna i fråga konstituerar även det ett avtal som uppfyller avtalsrekvisitet. Slutligen kan flera avtal ses som ett enda långvarigt avtal, därutöver kan även standardavtal uppfylla avtalsrekvisitet.⁷⁵

2.1.2 Det samordnade förfarandet

Det krävs inte ett avtal, för att uppfylla avtalsrekvisitet. Läsaren kan föreställa sig att två företag samordnar sig, men samtidigt att denna samordning inte är att likställa med ett konkurrensrättsligt avtal. I ett sådant hypotetiskt scenario kan avtalsrekvisitet fortfarande anses vara uppfyllt, nämligen om kommissionen eller annan har förmågan att framföra bevisning som styrker att det under en period förekommit ett samordnat förfarande mellan två eller fler företag.⁷⁶ Det samordnade förfarandet är något mer diffust än det konkurrensrättsliga avtalsbegreppet. Begreppet är dock avgörande för avtalsrekvisitets omfång, då det utgör den yttersta gräns som fastställer hela förbudsregelns räckvidd.⁷⁷ De gemenskapsrättsliga domstolarna har varit påtagligt försiktiga i att definiera exakt vad som utgör, och vad som inte utgör, ett samordnat förfarande.⁷⁸

⁷³ Jones och Sufrin (2016) s. 141; Bernitz (2011) s. 103; Bellamy och Child (2013) s. 101; Westin (2007) s. 37; prop. 1992/93:56 s. 71; T-41/96 Bayern punkt 67–69; T-53/03 BPB punkt 82.

⁷⁴ Zeteo, lagkommentar till 2:1 KL; Westin (2007) s. 38 f; prop. 2009/10:236 s. 8.

⁷⁵ Whish och Bailey (2015) s. 104 f.

⁷⁶ Bellamy och Child (2013) s. 100; Faull och Nikpay (2014) s. 218; Alison och Surin (2016) s. 153.

⁷⁷ Bellamy och Child (2013) s. 113; Schütze (2015) s. 693.

⁷⁸ Whish och Bailey (2015) s. 118.

Att styrka ett samordnat förfarande är oftast problematiskt, särskilt med anledning av att aktörer på marknaden av förklarliga anledningar har en benägenhet att hålla tyst angående förekomsten av ett samordnat förfarande.⁷⁹ Det är svårt att avgöra vilka informella samordningar, mellan företag som uppfyller beviskravet för att utgöra ett samordnat förfarande. En anledning till svårigheten är att karteller säkerligen gör allt i sin makt för att förstöra eller dölja bevisning som styrker ett samordnat förfarande; t.ex. mejl, fax och övrig korrespondens mellan involverade aktörer.⁸⁰

Det handlar alltså om att företag genom samordning, men utan att ha uppnått stadiet av att utgöra ett konkurrensrättsligt avtal, avsiktligt tillåter ett praktiskt samarbete företagen emellan eliminera de risker som en annars effektiv konkurrens hade medfört. Det krävs inte att en plan verkligen har utarbetats, utan det samordnade förfarandet måste förstås mot grundtanken bakom fördragets konkurrensregler. Grundtanken består av att samtliga aktiva företag på marknaden, självständigt, ska avgöra den riktning som företaget har för avsikt att följa på den inre marknaden och genom vilka villkor de avser att erbjuda sina kunder. Genom att upprätthålla nu nämnda grundtanke främjas en effektiv konkurrens som får den inre marknaden att växa sig stark.⁸¹

Det samordnade förfarandet kan definieras som: en samverkan mellan företag i mer lösliga former än ett avtal, där samförståndet inte behöver komma till uttryck genom muntliga eller skriftliga förklaringar. Det krävs däremot att direkta eller indirekta kontakter mellan företagen förekommit.⁸²

Ett samordnat förfarande förekommer när *tre förutsättningar* är för handen. Först (1) krävs det att direkta, eller indirekta, kontakter förekommit mellan två eller fler konkurrenter. Nu nämnda kontakter ska därutöver ha till syfte eller resultat att bygga upp konkurrensförhållanden som inte motsvarar normala konkurrensförhållanden på den relevanta marknaden. Den andra (2) förutsättningen består i att företagens beteende på marknaden måste återspegla de direkta eller indirekta kontakterna parterna emellan. För det tredje (3) krävs det ett orsakssamband mellan kontakterna och beteendet på marknaden.⁸³

Varje ekonomisk aktör ska bestämma sin egen politik som denne vill tillämpa på marknaden, i vissa fall har aktörerna dock en rätt att anpassa sig till sina konkurrenters konstaterade eller förväntade beteende. Företag får inte genom ett samordnat förfarande föra direkta eller indirekta samtal med varandra som i slutändan kan påverka konkurrenternas beteende på marknaden.⁸⁴

2.1.3 Parallellt beteende

Ett avtal – samt samordnat förfarande – kan bestå i flera olika former av gemensamma ageranden, och därmed blir gränsdragningen gentemot ett parallellt beteende ytterst

⁷⁹ Bernitz (2011) s. 108; Westin (2007) s. 41; Simonsson (2010) s. 131 ff.

⁸⁰ Whish och Bailey (2015) s. 117; Bernitz (2011) s. 106; jmf C-49/92 Anic.

⁸¹ Khan och Kerse (2012) s. 11; Faull och Nikpay (2014) s. 219; Karlsson och Östman (2014) s. 194 f; Simonsson och Öberg (2006) s. 32; Riktlinjer, horisontella samarbetsavtal (2011) punkt 60; C-8/08 T-Mobile punkt 26 och 32; C-199/92 Hüls punkt 158.

⁸² Jones och Sufirin (2016) s. 153; Bernitz (2011) s. 105 f; Reinisch (2012) s. 173 f; Westin (2007) s. 40 f; Prop. 2007/08:135 s. 71; Prop. 1992/93:56 s. 21; prop. 2003/04:80 s. 23 f.

⁸³ Riktlinjer, horisontella samarbetsavtal (2011) punkt 61; Faull och Nikpay (2014) s. 220; Karlsson och Östman (2014) s. 194; Bellamy och Child (2013) s. 113 ff.

⁸⁴ C-199/92 Hüls punkt 158–160; T-53/03 BPB punkt 81.

svår att göra. I korthet innebär begreppet parallellt beteende att ett företag, helt på grundval av sin egen bedömning, agerar snarlikt andra konkurrerande företag i exempelvis prissättningsfrågor, utan att det för den sakens skull existerar någon form av bakomliggande samordning med någon av dessa andra, konkurrerande, företag. Detta är särskilt vanligt på en monopolistisk marknad, som styrs av endast ett fåtal aktörer.⁸⁵

Det är svårt att göra en gränsdragning mellan ett s.k. parallellt beteende som inte uppfyller avtalskriteriet, och ett likartat beteende, exempelvis orsakat av en kartell, som definitivt uppfyller avtalsrekvisitet. Att dra en gräns kring vad som utgör ett otillåtet samordnat förfarande och vad som utgör ett tillåtet sådant är inte helt oproblematiskt.⁸⁶ Ett parallellt beteende från två eller flera företag måste separeras från avtalsrekvisitet, då fenomenet inte ska likställas med ett avtal eller ett samordnat förfarande. Ett parallellt beteende från två eller fler företag kan tänkas föreligga när ett företag, med anledning av en specifik produkts beskaffenhet eller övriga omständigheter agerar snarlikt ett annat företag, trots att aktörernas marknadspolicy bestäms helt individuellt.⁸⁷ Insamlad data kan ibland avgöra om ett beteende är en konsekvens av ett samordnat förfarande eller bara en följd av marknadens i sig.⁸⁸

För en utomstående kan det vara svårt att skilja det ena från det andra, eftersom att företagen i båda fallen uppträder på ett likartat sätt. Den huvudsakliga skillnaden är att ett parallellt beteende är en följd av att aktörer på marknaden reagerar utefter signaler från marknaden, och inte till en följd av direkta eller indirekta kontakter aktörer emellan.⁸⁹ Noterbart är redan nu att uppvisandet av ett parallellt beteende ensamt kan men sällan utgör tillräcklig bevisning för att uppfylla avtalsrekvisitet. Trots att ett sådant beteende sällan ensamt uppfyller avtalsrekvisitet åberopas parallella beteenden ibland som indicium på att det existerar ett avtal, alternativt ett samordnat förfarande, mellan två eller fler företag.⁹⁰

2.5 Avslutande kommentar

För att kunna bevisa förekomsten av ett konkurrensbegränsande avtal eller samordnat förfarande, och i förlängningen uppfylla avtalsrekvisitet, måste kommissionen eller annan konkurrensmyndighet lägga fram bevisning som styrker ett sakförhållande, vilken konstituerar att det förekommit ett avtal eller ett samordnat förfarande mellan två eller fler företag. Om myndigheten lyckas med detta är avtalsrekvisitet, det första momentet i förbudsregeln, uppfyllt.

Frågan huruvida det existerar ett avtal eller ett samordnat förfarande utgör en bevisfråga där det för kommissionens del handlar om att föra bevisning till stöd för åberopade sakförhållanden som uppnår en viss grad av styrka. Den huvudsakliga problematiken består av att företag som t.ex. arrangerar sig som en kartell eller vidtar andra former av konkurrensbegränsande beteende sällan gör det i det öppna. Det är i regel

⁸⁵ Bernitz (2011) s. 107 f.

⁸⁶ Whish och Bailey (2015) s. 117; Simonsson och Öberg (2006) s. 24.

⁸⁷ Gustafsson m.fl. (2004) s. 59 f; Westin (2007) s. 41; Jones och Suftrin (2016) s. 161.

⁸⁸ Jones och Suftrin (2016) s. 161.

⁸⁹ Karlsson och Östman (2014) s. 198 f.

⁹⁰ Reinisch (2012) s. 173 f; Schütze (2015) s. 698; prop. 2003/04:80 s. 23 f; ett parallellt beteende kan ensamt bevisa ett samordnat förfarande, om en föregående samordning utgör den enda sannolika förklaringen till det likartade beteendet, se Karlsson och Östman (2014) s. 198 f.

bakom stängda dörrar som planerna smids och samarbetet fortskrider – varför avtalsrekvisitets beviskrav är viktigt att analysera.⁹¹ Som noterats kan även ensidiga ageranden, i såväl vertikala som horisontella avtal, uppfylla avtalsrekvisitet. Det här medför ytterligare svårigheter för att precisera ett konkret beviskrav. Det hela blir inte mindre problematiskt av att parallella beteenden ofta är lovliga i sig, även fast de i många delar påminner om ett avtal, alternativt ett samordnat förfarande som faller under förbudsregeln.

Nästföljande avsnitt i framställningen avser att ge läsaren en grundläggande förståelse för begreppsparen bevisbörda och beviskrav, och dess relation till konkurrensrätten. Därefter analyseras svensk praxis i förhållande till avtalsrekvisitets beviskrav, i syfte att konkretisera bedömningspunkter som påverkar nivån på beviskravet för avtalskriteriet.

⁹¹ Jones och Suftrin (2016) s. 140 f; T-53/03, BPB punkt 64.

3 Beviskravet för avtalsrekvisitet

3.1 Inledande kommentar

Framställningen avser att ringa in vilka bedömningspunkter som ingår i ett beviskrav beträffande sakförhållanden som rättsligen påstås uppfylla avtalsrekvisitet. Alltså till vilken grad av styrka som kommissionen eller annan konkurrensmyndighet måste bevisa åberopade sakförhållanden i en process som berör avtalsrekvisitet. Därutöver är det av vikt att utreda vilka juridiska kriterier som åberopade och bevisade sakförhållanden måste ge uttryck för, i syfte att uppfylla avtalsrekvisitet, se avsnitt 2 i dess helhet. Det här avsnittet avser därför att presentera svensk processrätt, förklara innebörden av bevisbördan och beviskrav och redogöra för distinktionen mellan sakförhållanden och rättsfrågor. Detta för att skapa en förståelse för vad bevisbördan och beviskravet relaterar till.

Under en rättegång i Sverige förekommer, som huvudregel, inga regler som begränsar parternas möjligheter att åberopa vissa typer av bevisning, i enlighet med principen om fri bevisföring.⁹² Nära besläktad med principen om fri bevisföring är principen om fri bevisprövning. Den fria bevisprövningens princip innebär att det står domstolen fritt att värdera bevisningens värde i varje enskilt mål. De båda principerna återfinns i 35:1 RB. Den fria bevisvärderingen innebär att domstolen måste göra en noggrann och samvetsgrann prövning av allt som förekommit i målet efter att båda parter lagt fram sin bevisning, och därefter avgöra vad som är bevisat i målet. Det är under domstolens bevisvärdering, när all bevisning i målet har lagts fram, som domstolen utifrån bevisningen i målet drar slutsatser om alla sakförhållanden som åberopats är bevisade eller inte.⁹³ Exempelvis måste domstolen i sin bevisvärdering slutligt ta ställning till om en part lyckats bevisa att person X befann sig på plats Y vid ett visst tillfälle.

Domstolen får inte på något vis värdera bevisning godtyckligt utan måste göra en samvetsgrann och objektiv bedömning av bevisningen.⁹⁴ I stort sätt är alla bevismedel tillåtna, och domstolen behöver inte förhålla sig till några *legala* bevisregler som styr bevisprövningen.⁹⁵ Modellen med fri bevisföring och fri bevisprövning anses vara en lämplig modell för att främja en effektiv och rättssäker process.⁹⁶

Innan framställningen övergår till att ringa in de bedömningspunkter som ett beviskrav för sakförhållanden som rättsligen påstås uppfylla avtalsrekvisitet bör förhålla sig till, är det fördelaktigt att ge läsaren en förståelse för vad begreppsparet bevisbördan och beviskrav rent juridiskt betyder. Som vi kommer att se nedan arbetar beviskravet och bevisbördan ihop och besvarar frågan vem som ska bevisa ett sakförhållande och till vilken grad det sakförhållandet ska bevisas.

⁹² Det finns vissa undantag som en domstol kan nyttja för att i vissa fall avvisa bevisning, jmf 35:7 RB.

⁹³ Ekelöf m.fl. (2009) s. 17 f, 25 f och 34; Se även Nordh (2009) s. 13 f; se nästföljande avsnitt för en genomgång av sakförhållanden, d.v.s., konkreta rättsfaktum, och deras rättsliga innebörd.

⁹⁴ Ekelöf m.fl. (2009) s. 160 ff.

⁹⁵ Nordh (2009) s. 13.

⁹⁶ Nordh (2009) s. 25.

3.1.1 Den rättsliga innebörden av bevisbördan och beviskravet

En fråga som måste besvaras i alla mål är vem av parterna som ska bära risken för att vissa sakförhållanden, s.k. konkreta rättsfakta, i det specifika målet inte kan klarläggas fullt ut – *bevisbördan*. D.v.s., vem ska bevisa att person X befann sig på plats Y vid ett visst tillfälle. När bevisningen i ett mål inte når upp till ett etablerat beviskrav, avgör bevisbördans placering vem av parterna som drabbas av att domstolen inte kan fastställa de faktiska omständigheterna på grundval av bevisningen. Den som bär bevisbördan drabbas alltså av nackdelen att de inte lyckats frambringa tillräckligt stark bevisning för att ett visst sakförhållande råder. I vilken utsträckning domstolen kan tillåtas vara osäker avgörs genom regler och principer om beviskrav och bevisbörda.⁹⁷

Domstolen får *inte*, när osäkerhet råder angående sakförhållandena, avstå från att döma utan den måste bestämma vem av parterna som vinner, respektive förlorar målet. Parten som ålagts bevisbördan, och som misslyckas att presteras bevisning som tar sig över beviskravets tröskel, får då bära risken för att domstolen inte grundar sin dom på det sätt som görs gällande.⁹⁸

I konkurrensrättsliga mål åvilar bevisbördan på kommissionen eller annan konkurrensmyndighet som måste presteras tillräckligt starka bevisfakta till stöd för åberopade konkreta rättsfakta för att ta sig över tröskeln som beviskravet för avtalsrekvisitet ger uttryck för.⁹⁹ Bevisbörde- och beviskravsreglerna syftar till att lösa situationen där det råder osäkerhet angående vissa fakta i målet, vilket betyder att reglerna tar sikte på sakomständigheter, sakfrågor. Sakfrågan syftar till att fastställa fakta med hjälp av den fria bevisvärderingen.¹⁰⁰ Reglerna angående bevisbörda och beviskrav träffar alltså omständigheter som går att bevisa – t.ex. var person X på plats Y? – vilket betyder att det handlar om situationer som kan inträffa i verkligheten.¹⁰¹

Begreppet avtalsrekvisitet, eller avtalskriteriet, har utvecklats inom doktrin och är att anse som ett av flera ”gömda rekvisit” i förbudsregeln som inte uttrycks explicit i lagtexten. Avtalsrekvisitet definieras rent processrättsligt som ett *abstrakt rättsfaktum*, d.v.s. ett rättsligt kriterium, eftersom att avtalsrekvisitet utgör ett av flera nödvändiga delmoment i förbudsregeln.¹⁰²

Efter ovan anförda kan det konstateras att kommissionen eller annan konkurrensmyndighet måste åberopa *faktiska omständigheter* – sakförhållanden på verklighetsplanet – som är av omedelbar betydelse för det abstrakta rättsfaktumet, avtalsrekvisitet. En faktisk omständighet på verklighetsplanet kallas processrättsligt ett *konkret rättsfaktum*. Reglerna kring bevisbörda och beviskrav träffar alltså dessa nu nämnda konkreta rätts-

⁹⁷ Nordh (2012) s. 781 f.; Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor (1987) s. 20.

⁹⁸ Westberg (2013) s. 371; Ekelöf m.fl. (2009) s. 78 f.; Nordh (2012) s. 781.

⁹⁹ Jones och Sufriin (2016) s. 115; Faull och Nikpay (2014) s. 98 f.; Se även Art. 2 och punkt 5 i ingressen F 1/2003 som stadgar att bevisbördan åvilar kommissionen, men säger ingenting om vilket beviskrav som gäller.

¹⁰⁰ Heuman (2005) s. 94; Westberg (2013) s. 376; Lindell (1987) s. 18; Nordh (2011) s. 22; Angående kommissionens eller annan konkurrensmyndighets bevisbörda, se Jones och Sufriin (2016) s. 115; Faull och Nikpay (2014) s. 98 f.; T-348/08 Aragonesas punkt 90.

¹⁰¹ Nordh (2011) s. 28.

¹⁰² För en redogörelse angående begreppen *konkret* respektive *abstrakt* rättsfaktum, se Heuman (2005) s. 95; Westberg (2013) s. 327 f.; Nordh (2009) s. 14 f.; Nordh (2011) s. 21; ett annat abstrakt rättsfaktum, inom ramen för förbudsregeln, är konkurrensbegränsningskriteriet som även den måste vara uppfylld.

fakta och ingenting annat. Exempelvis kan ett sakförhållande på verklighetsplanet bestå av att företag A och B på ett möte har ingått ett avtal med varandra som avser prissättning för en specifik produkt. Den nu beskrivna faktiska omständigheten är av omedelbar betydelse för det abstrakta rättsfaktumet som är avtalsrekvisitet. Det abstrakta rättsfaktumet i avtalskriteriet är att det finns ett avtal eller ett samordnat förfarande. Den slutliga rättsföljden är möjligheten att bötfälla företag och förbjuda fortsatt samarbete pga. förbudsregelns tillämplighet.¹⁰³

Det räcker inte för kommissionen eller annan konkurrensmyndighet att enbart åberopa konkreta rättsfakta som motsvarar ett abstrakt rättsfaktum. Det krävs även att t.ex. kommissionen kan presentera bevisning som stödjer åberopade konkreta rättsfakta. Det räcker alltså inte att säga ”företag A och B har ingått ett avtal som har en konkurrensbegränsande effekt, vilket stämmer överens med det abstrakta rättsfaktumet” för att rättsföljden ska inträda.¹⁰⁴

För att exemplifiera krävs det att kommissionen eller annan för att rättsföljden ska inträda åberopar vittnen, anteckningar, ekonomiska utredningar, händelseförlopp, företagens faktiska ageranden och avtal o.s.v. som stödjer ett åberopat sakförhållande. Ett annat sätt att uttrycka nu anförda är att kommissionen eller annan måste stödja sina åberopade konkreta rättsfakta med olika typer av *bevisfakta*. Ett bevisfaktum är en faktisk omständighet som avser att styrka ett konkret rättsfaktum. Bevisfaktumet är därmed av indirekt betydelse för det abstrakta rättsfaktumet och i förlängningen rättsföljden. Det är med ledning av åberopade bevisfakta och andra allmänna erfarenhets-satser som domstolen fattar ett slutgiltigt beslut. Domstolen drar slutsatser om sannolikheten för huruvida ett visst konkret rättsfaktum föreligger eller inte, om det når upp till beviskravet, vilket om rättsfaktumet anses föreligga, leder till nästa fråga som består av huruvida det abstrakta rättsfaktumet avtalsrekvisitet är uppfyllt eller inte.¹⁰⁵

Om kommissionen eller annan konkurrensmyndighet drar företag inför domstol angående en misstänkt överträdelse av t.ex. förbudsregeln måste sakförhållanden åberopas, vilka myndigheten anser uppfyller avtalsrekvisitet. De åberopade sakförhållanden måste sedan kompletteras med bevisfakta, till stöd för att sakförhållandena faktiskt inträffat. I ett första (1) led i processen måste domstolen besvara frågan huruvida ett konkret rättsfaktum uppfyller avtalsrekvisitets beviskrav – om det åberopade sakförhållandet föreligger eller inte. I ett andra (2) led, d.v.s. om domstolen finner att det konkreta rättsfaktumet föreligger i första ledet, måste domstolen ta ställning till om det bevisade sakförhållandet är tillräckligt för att uppfylla det abstrakta rättsfaktumet, d.v.s. avtalskriteriet. Det första ledet träffas av regler angående bevisbörda och beviskrav, medan det andra ledet är en rättsfråga som faller inom ramen för *iura novit curia* som parterna inte direkt kan styra över.¹⁰⁶ I det andra ledet av domstolens bedömning subsumeras de åberopade och bevisade fastställda sakförhållanden under en materiell rättsregel och dess rekvisit.¹⁰⁷

¹⁰³ För en redogörelse angående begreppen *konkret* respektive *abstrakt* rättsfaktum, se Heuman (2005) s. 95; Westberg (2013) s. 327 f; Nordh (2009) s. 14 f; Nordh (2011) s. 21.

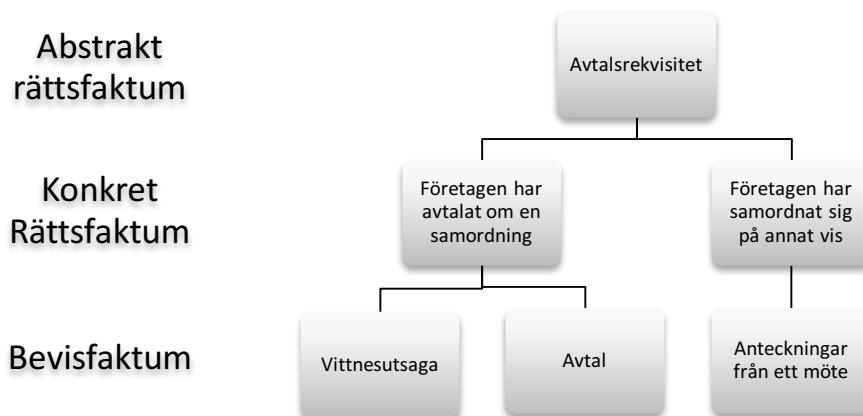
¹⁰⁴ För en diskussion kring bevisfaktum, se Heuman (2005) s. 95; Nordh (2009) s. 14 f; Nordh (2011) s. 21.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Nordh (2009) s. 23; Zeteo, lagkommentar till 35:1 RB.

¹⁰⁷ Lindell (1987) s. 22.

För att förstå innebörden av beviskravet för styrkandet av sakförhållanden som i förlängningen avser att göra avtalsrekvisitet uppfyllt så är det av vikt att förstå dels vad beviskravet och bevisbördan betyder dels vilka rättsliga överväganden som ingår i själva rättsfrågan – avtalsrekvisitet. Modellen nedan kan användas i ett pedagogiskt syfte att förstå begreppen rättsfaktum, abstrakt rättsfaktum och bevisfaktum.



Nu vet vi att bevisbördan och beviskravet träffar fakta som hänt på verklighetsplanet. Beviskravet åsyftar att lösa situationen när det råder osäkerhet om sakförhållanden, konkreta rättsfakta, i ett specifikt mål. Nu kan framställningen därför övergå till att analysera hur pass osäker en domstol får tillåtas vara, specifikt i ett mål som behandlar avtalsrekvisitet.

3.1.2 Hur bestäms nivån på beviskravet

Vilken grad av sannolikhet som krävs för att bevisbördan ska anses fullgjord beror på ett antal faktorer och benämns mer konkret beviskravet. Beviskravets höjd bestäms efter överväganden av flera olika förhållanden och är ett uttryck för hur stark bevisning en part måste lägga fram inför domstolen för att parten ska ha ansetts ha fullgjort sin bevisbörda.¹⁰⁸ Nivån på beviskravet kan uttryckas på många olika sätt för olika måltyper. Exempelvis är beviskravet i brottmål *ställt utom rimligt tvivel*, vilket, i jämförelse med tvistemålets *styrkt/bevisat*, är ett strängare beviskrav. Inom straffrätten måste en avvägning göras mellan intresset av att undvika att en oskyldig döms, och intresset av en fungerande brottsbekämpning. För att undvika att oskyldiga personer döms för brott är det motiverat med ett högt ställt beviskrav.¹⁰⁹

För att avgöra nivån på ett beviskrav i relation till en specifik typ av mål och i relation till ett specifikt abstrakt rättsfaktum – t.ex. avtalsrekvisitet – måste en rad faktorer vägas mot varandra. I vissa fall preciseras beviskravet i förarbeten, praxis och doktrin, men i många andra fall lämnas frågan obesvarad. Nedan följer en redogörelse för faktorer som kan vägas in i bedömningen; särskilt när vägledning saknas från såväl lagstiftaren som rättstillämparen angående nivån på beviskravet. Oavsett om det finns en närmare bestämning av beviskravet – t.ex. styrkt – krävs det att innehållet i den-

¹⁰⁸ Såväl bevisbörda som beviskravet kan ses som en enhet som dikterar vem som ska framlägga bevisning och med vilken grad av sannolikhet en omständighet ska bevisas, se Nordh (2011) s. 16 f och 31; Karlsson och Östman (2014) s. 1177; Nordh (2011) s. 31; Ekelöf m.fl. (2009) s. 81.

¹⁰⁹ Karlsson och Östman (2014) s. 1178; Nordh (2011) s. 31, 37 och 39 f.

samma närmare preciseras. Den här preciseringen utgör en tolkningsfråga, som framför allt är nödvändig i mål där det råder stor osäkerhet kring om beviskravet är uppfyllt eller inte. Vidare för att skapa en förutsägbarhet kring under vilken eller vilka förutsättningar som beviskravet bör anses vara uppfyllt.¹¹⁰

En viss *lagregels funktion* kan, åtminstone i dispositiva tvistemål, beaktas när ett beviskrav för en specifik måltyp analyseras. I enlighet med den specifika lagregelns funktion måste en avvägning mellan motstående intressen beaktas, vilket i förlängningen kan komma att påverka nivån på beviskravet.¹¹¹ Vid avgörande av vilket beviskrav som ska tillämpas för en specifik typ av mål, t.ex. konkurrens mål, bör rimligen samtliga funktioner med den specifika regeln avspeglas i bedömningen. På ett generellt plan försöker lagstiftaren ofta tillgodose olika syften och ändamål med en lagregel, vilket kan komma att påverka beviskravets stränghet.¹¹²

Konkurrensrättsliga ärenden ska behandlas som administrativa och indispositiva mål – som har straffrättsliga inslag.¹¹³ Förbudsregeln inom konkurrensrätten är vidare en offentligrättslig – tvingande – rättsregel vars ändamål är att skydda konsumenten, upprätthålla en sund och effektiv konkurrens, samt skapa goda förutsättningar för den inre marknaden. Syftet med förbudsregeln bör anses vara att förmå företag att undvika samarbeten som får negativa effekter på ovan nämnda ändamål. Ett högt beviskrav torde minska risken för att misstänka skadliga ageranden felaktigt stoppas och att det som förbjuds verkligen är sådana som bör stoppas. Därför motiverar lagregelns administrativa, indispositiva och straffrättsliga karaktär, ett högt ställt beviskrav. Å andra sidan motiverar konsumentskyddet, upprätthållandet av den effektiva konkurrensen samt den inre marknads funktion, ett lägre beviskrav eftersom dessa utgör viktiga skyddsintressen inom hela gemenskapen.¹¹⁴

En annan tvistemålsrättslig teori som kan nyttjas för att avgöra nivån för ett specifikt beviskrav är *konsekvensteorin*. Teorin innebär i korthet att beviskravet bör vara högt när olägenheterna av en oriktig dom för en part starkt överstiger de negativa effekterna av en oriktig dom för motparten.¹¹⁵ I konkurrens mål överväger konsekvenserna av en oriktig dom, enligt min uppfattning, för företagen på marknaden de olägenheter en oriktig dom medför för det allmänna som företräds av KKV som motpart i processen (och i förlängningen konsumenten). Företagen riskerar bl.a. höga böter och ett försämrat rykte medan allmänintresset får bära de negativa konsekvenserna av att ett skadligt agerande inte kunde stoppas pga. bristande bevisning. Oavsett vad betonar nu nämnda vikten av ett välbalanserat beviskrav, som varken för högt eller för lågt.

Vid starten av varje nytt konkurrensärende kan domstolen sägas utgå från en fiktiv startsannolikhet som bör likställas med utgångspunkten att de misstänka aktörerna ska bedömas vara oskyldiga till motsatsen bevisas. Domstolen kan sägas utgå från den oskuldspresumtion som härletts från straffrätten till konkurrensrättens område. Därefter måste kommissionen eller annan prestera bevisfakta till stöd för sina åberopade

¹¹⁰ Lindell (1987) s. 17.

¹¹¹ Heuman (2005) s. 68; Se även föregående avsnittet och de två motstående intressena i brottmål.

¹¹² Heuman (2005) s. 70 f.

¹¹³ Se avsnitt 3.3 angående det faktum att konkurrensärenden behandlas som indispositiva mål.

¹¹⁴ Se avsnitt 2 i framställningen angående syftet med konkurrensrätten.

¹¹⁵ Heuman (2005) s. 90.

konkreta rättsfakta för att uppfylla avtalsrekvisitet. Bevisfakta hjälper till att ”flytta” sannolikheten för åberopade konkreta rättsfakta från startpunkten till en slutpunkt, som innebär att beviskravet är uppfyllt.¹¹⁶

Intressant för den här framställningen är nivån på beviskravet i konkurrensrättsmål där avtalsrekvisitet är uppe för bedömning. Av intresse är att först ringa in bedömningspunkter som påverkar beviskravet för att därefter avgöra om kravet är förutsägbart och om det handlar om ett högt eller lågt ställt beviskrav.

3.2 Svensk praxis – beviskravet för avtalsrekvisitet

Nedan följer en analys av praxis på svensk, nationell, nivå som berör beviskravet angående sakförhållanden som påstås uppfylla avtalsrekvisitet. Framställningen kommer enbart beröra det som domstolen anfört berörande beviskravet, varför annan information som t.ex. bakgrund till fallet och själva utgången i målet inte berörs. Konkret handlar det nu om att försöka precisera beviskravet och dess bedömningspunkter – angående sakförhållanden som i förlängningen ska medföra att avtalsrekvisitet är uppfyllt. För att uppnå framställningens övergripande syfte är det en nödvändighet att analysera svensk praxis som berör beviskravet i detta avseendet.

3.1.3 MD 2005:7 – Bensinkartellen

MD anförde i domen att konkurrensskadeavgiften utgör en offentlighetsrättslig ekonomisk sanktion, vilket innebär att om en sådan ska dömas ut krävs det att KKV lägger fram en utredning som tydligt visar att konkurrenslagen överträtts på det sätt som verket gjort gällande.¹¹⁷ I samband med det här fastslog domstolen även att beviskravet i konkurrensrättsmål är *förhållandevis högt*.¹¹⁸ Domstolen tillade även att avtalsrekvisitet är den första förutsättningen för förbudsregelns tillämplighet och att KKV därför – i ett första skede – måste bevisa att det förekommit ett avtal alternativt ett samordnat förfarande mellan företagen i fråga.

MD anförde härnäst att EU-rättsliga bedömningspunkter ska påverka den svenska domstolen berörande frågor som är uppe för prövning i det aktuella målet och även i situationen där nationell rätt tillämpas ensamt. Det fanns enligt MD ett värde med att följa EU-rätten på området vad beträffar nationella förfaranderegler.¹¹⁹ Om EU-rättsliga bedömningspunkter av formella skäl inte skulle nyttjas hade den materiella utgången – enligt domstolen – i många förfaranden komma att bli beroende av om förfarandet träffas av art. 101 FEUF eller 2:1 KL, vilket står i direkt strid med KL. Därför talar starka skäl för att domstolens tolkning av avtalsrekvisitet bör ske på samma sätt, oaktat om prövningen sker i MD eller i EU-domstolen och oavsett vilket regelverk som tillämpas. Domstolen anförde även att nyttjandet av bevispresumtioner inte är

¹¹⁶ Dahlman (2016) s. 51 och 55 f; Oskuldspresumtionen, som är tillämplig i konkurrensrättsliga mål, preciseras närmare i framställningens avsnitt 3.5; Zeteo, lagkommentar till 35:1 RB; Lambertz (2009) s. 5.

¹¹⁷ Se även MD 2003:2 och MD 2008:12 för liknande resonemang kring det faktum att KKV måste presentera en tydlig utredning, som visar att KL överträtts på det sätt som KKV gör gällande.

¹¹⁸ Se även prop. 1992/93:56 s. 91 och MD 2008:12 angående definitionen av beviskravet såsom *förhållandevis högt*.

¹¹⁹ Se även prop. 2003/04:80 s. 50.

främmande för svensk rätt och i målet tillämpades en *bevispresumtion*¹²⁰, vilket slutligen ledde till att MD kom fram till slutsatsen att det förekommit ett samordnat förfarande.

3.1.4 MD 2009:11 – NCC m.fl

De misstänkta aktörerna argumenterade för att beviskravet ska tolkas utifrån oskuldspresumtionen, vilket skulle innebära att tvivel, oklarheter och otydligheter ska värderas särskilt och räknas de anklagade till godo vid domstolens bevisvärdering. Bolagen hävdade även att det framgår av förarbetsuttalanden och EU-rättslig praxis att konkurrensskadeavgift är en straffrättslig sanktion där de nationella domstolarna måste garantera en standard motsvarande den i brottmål.

Domstolen konstaterade i domskälen att regler om bevisning återfinns i 35 kapitlet RB, där principerna om fri bevisprövning och fri bevisvärdering slås fast. Därefter anförde domstolen att EU-rätten ska vara vägledande vid tolkning och tillämpning av förbudsregeln. Däremot förklarade domstolen att EU-domstolens samt kommissionens uttalande har mindre betydelse när det handlar om frågor som berör själva förfarandet. I det avseendet får istället vägledning primärt finnas i svenska förarbeten, praxis och doktrin.¹²¹ Domstolen medgav dock att detta inte hindrar att det vid tillämpning av nationella regler kan hämtas vägledning från EU-rätten, även i frågor som berör beviskrav och bevisbörda under förutsättningen att sådana existerar.

Domstolen anförde – angående beviskravet – att förarbetena till nya konkurrenslagen talar för påståendet att en konkurrensskadeavgift är att anse som en anklagelse om brott, där EKMR:s oskuldspresumtion är tillämplig.¹²² Däremot ska inte samma beviskrav i brottmål tillämpas i mål angående konkurrensskadeavgift där MD menade att det även är något som vinner stöd av EU-rättslig praxis. Slutligen anför domstolen att beviskravet har benämnts som *förhållandervis högt* i konkurrensrättsliga mål.

Intressant i det här fallet är att parterna i målet argumenterade kring vilket beviskrav som faktiskt ska tillämpas för förbudsregelns tillämplighet i sin helhet. Domstolen fastslog att även om konkurrensrättsliga mål faller inom ramen för artikel 6 EKMR, så är inte beviskravet densamma i sådana mål som i rena brottmål. Det här bör tala för att beviskravet beträffande sakförhållanden som anses göra avtalsrekvisitet tillämpligt i svenska domstolar är lägre än ställt utom rimligt tvivel. Där stannade dock domstolens resonemang, men den hänvisade till tidigare svensk praxis som har benämnt beviskravet för konkurrensrättsliga mål såsom ett *förhållandervis högt* ställt beviskrav.

3.3 Krav på utredningens robusthet

Samtliga svenska domar som analyserats eller hänvisats till som berör frågor angående ett konkurrensrättsligt beviskrav har i domskälen berört KKV:s utredning, och att den måste vara tydlig. Vid en inte så tydlig utredning ska företagen – potentiellt – frias från

¹²⁰ Domstolen i målet menade att bevispresumtionen träffar orsakssambandet, i bedömningen om det förekommit ett samordnat förfarande eller inte. Domstolen anförde att så länge inte motsatsen bevisats av företagen, måste det antas att företagen som deltagit i möten med ett uppenbart konkurrensbegränsande syfte, tar hänsyn till uppgifterna som lämnats till varandra när de därefter bestämmer sitt beteende på marknaden. För att bryta presumtionen krävdes det enligt domstolen ett tydligt avstånds-tagande, se domskälen i MD 2005:7.

¹²¹ Se även prop. 2007/08:135 s. 77 f.

¹²² Se även prop. 2007/08:135 s. 84.

anklagelsen om överträdelse av konkurrensreglerna. Det här menar jag är ett tecken på att domstolarna ställer ett krav på utredningens *robusthet*.¹²³ På ett EU-rättsligt plan ställs det även krav, enligt omsorgsprincipen, på att kommissionen opartiskt och noggrant undersöker relevanta fakta och andra rättsliga faktorer i varje nytt ett enskilt fall, vilket också framstår som ett krav angående utredningens robusthet.¹²⁴ Tribunalen och EU-domstolen har i olika mål slagit fast att domstolen ska, om tvivel angående en överträdelse existerar, inte fastställa den överträdelse som kommissionen försöker bevisa. Tvivel angående kommissionens utredning och bevisning ska alltså gynna de misstänka företagen, vilket betyder att kommissionen måste utföra en noggrann utredning och därefter presentera tillräckligt precis och konsekvent bevismaterial till stöd för den påstådda överträdelsens förekommande.¹²⁵

Enligt svensk processrätt och inom straffrättens område ska domstolen se till att dels eventuella osäkerheter i utredningen, dels att sakomständigheterna i ett specifikt mål blir tillräckligt utredda. Om det finns luckor i utredningen av målet, och om dessa skapar en stor osäkerhet hos domstolen så bör den i vissa fall ogilla åtalet med anledning av brister i målets utredning. Bevisläget för en fällande dom kräver att bevisläget är robust, i en mening som innebär att det inte skall finnas anledning att misstänka att bevisläget hade förändrats om sakomständigheter i målet utreddes ytterligare. Robustheten i ett mål kan sammanfattas som hur pass känslig den bakomliggande utredningen anses vara för ny information.¹²⁶

Om en omfattande utredning vidtagits av KKV, är det ju inte särskilt troligt att ytterligare utredning hade förändrat bevisläget. När utredningen däremot är bristfällig i bemärkelsen att vara känslig för ny bevisning så hade ytterligare efterforskning kunnat leda till att utgången i målet förändrats. Robusthetskravet är viktigare i brottmål än i tvistemål där parterna som huvudregel självmant svarar för hela utredningen. Angående brottmål och indispositiva tvistemål så är domstolen ansvarig för en större del av utredningsansvaret, vilket betyder att bristande sådan bör få större konsekvens för utgången av målet.¹²⁷ Konkurrensärenden handläggs, enligt praxis och förarbeten, sedan en tid tillbaka såsom indispositiva tvistemål, varför robustheten rimligen på något vis bör påverka domstolens bevisvärdering och det tillämpliga beviskravet.¹²⁸

En central fråga, som har behandlats i MD¹²⁹ och i en artikel¹³⁰, är vad som inträffar om det uppstår brister i konkurrensmyndighetens utredning vid ett konkurrensrättsligt domstolsförfarande. Fallet i fråga handlar om att ett företag agerat i en dominerande ställning – 2:7 KL – men vad som anförs i domskälen angående beviskravet torde kunna användas som vägledning även för ett beviskrav som kan relateras till avtalskriteriet i förbudsregeln.¹³¹ Vad som inträffar vid brister i KKV:s utredning avgörs enligt

¹²³ Se även T-10057-14 KKV mot Alfa s. 70 där det i domskälen konstaterades att KKV måste lägga fram en utredning som är robust. Att utredningen är robust menade tingsrätten betyda att det inte hittas ytterligare utredning som kunnat påverka bevisvärdet. Viktigt att notera är att begreppet robust användes i domskälen, vilket stärker argumenteringen kring att domstolen uppställer ett robusthetskrav; för liknande resonemang, se MD 2013:5 punkt 165.

¹²⁴ Hettne (2011) s. 91 f.

¹²⁵ T-348/08 Aragonesas punkt 93 och 95; C-89/85 Ahlström m.fl. punkt 127.

¹²⁶ Se Dahlmans (2016) s. 99 f; NJA 1986 s. 821; Ekelöf m.fl. (2009) s. 187 ff.; SOU 2013:17 s. 222 ff.

¹²⁷ Ekelöf m.fl. (2009) s. 187.

¹²⁸ MD 2013:5 punkt 160; MD 2009:11; SOU 1991:59; prop. 1992/93:56 s. 36.

¹²⁹ MD 2013:5.

¹³⁰ Henriksson JT 2/13 s. 45.

¹³¹ Se MD 2002:21 där KKV:s talan ogillades då den framlagda utredningen i olika avseenden ansågs vara otillräcklig.

författaren troligtvis vid beaktande av konkurrensmålets karaktär och de sanktioner som är tillgängliga och av reglerna om bevisbördans placering.¹³² Det kan konstateras att det ställs höga krav på bevisningens styrka i konkurrensrättsliga mål där beviskravet i svenska domstolar har beskrivits som *förhållandevis högt*. Det har ansetts åvila konkurrensverket att så långt det är rimligt framlägga en utredning berörande de förhållanden som i det enskilda fallet bör inverka på avgiftens storlek. Eventuella brister i utredningen torde därför drabba myndigheten, snarare än företagen som anklagas för överträdelsen.¹³³

Författaren av artikeln slår även fast att domstolen preciserat beviskravet till att innehålla oskuldspresumtionen och att hänsyn ska tas till faktumet att KKV har effektiva utredningsbefogenheter.¹³⁴ Av den här anledningen ställer MD mycket höga krav på att utredningen är fullgod och att brister i den ska gå ut över myndigheten, när sådana brister hade kunnat undvikas.¹³⁵

Slutligen kan även noteras att KKV:s verksamhet träffas av såväl FL¹³⁶ som FPL¹³⁷ då KKV är en myndighet som kontrollerar enskilda inom konkurrensrättens område. En myndighet som KKV bör, i enlighet med förvaltningsrättsliga principer, tillse att ett specifikt konkurrensärende blir så pass utrett som ärendets beskaffenhet kräver. När KVV även ålagts bevisbördan när den ska fatta ett betungande beslut för enskild bör utredningsskyldigheten, robusthetskravet, vara mer omfattande och beviskravet bör i dessa fall uppnå full bevisning.¹³⁸

I svensk doktrin är det något oklart huruvida bristande robusthet i utredningen är ett utredningskrav, vid sidan av beviskravet eller om robusthetskravet ingår i beviskravet och bevisvärderingen. Ekelöf menar att bristande robusthet inte ska påverka bevisvärdet och att det därigenom uppkommer dels ett utredningskrav, dels ett beviskrav. En annan uppfattning är att bristande robusthet ska påverka bevisvärdet av den samlade bevisningen.¹³⁹ Om man tolkar robusthetskravet som ett beviskrav får det följden att under förutsättningen att bevisningen i ett konkurrensmål inte är robust, så når sannolikheten för åberopat sakförhållande inte upp till beviskravet. När man istället tolkar robusthetskravet som ett separat krav, vid sidan av beviskravet uppstår två krav som måste vara uppfyllda för att avtalsrekvisitet ska vara uppfyllt. Då måste utredningen vara tillfredsställande, det måste vara robust och samtidigt måste beviskravet, givet målets utredning, uppfylla beviskravet.¹⁴⁰

¹³² Henriksson JT 2/13 s. 52 f.

¹³³ Henriksson JT 2/13 s. 52 f.

¹³⁴ Kommissionen har långtgående möjligheter att inhämta uppgifter från företag. Antingen kan myndigheten besluta om en enkel begäran av upplysningar eller så beslutar myndigheten att utföra en platsinspektion, en s.k. gryningsråd hos ett specifikt företag i syfte att påträffa handlingar som styrker en överträdelse av konkurrensrätten; se bl.a. Westin (2007) s. 168 ff.

¹³⁵ Henriksson HT 2/13 s. 52 f.

¹³⁶ Förvaltningslag (1986:223).

¹³⁷ Förvaltningsprocesslag (1971:291).

¹³⁸ Edelstam (1995) s. 211; Givetvis är det oklart vad exakt full bevisning innebär, men ger ändå en indikation på att utredningsskyldigheten är vittgående. Det som anförts i detta avsnitt kan användas som argumentet att beviskravet för avtalsrekvisitet innehåller ett robusthetskrav, och min egen uppfattning är att så är fallet.

¹³⁹ Henriksson JT 2/13 s. 53; Ekelöf m.fl. (2009) s. 187 ff.

¹⁴⁰ Dahlman s. 99 f.

3.4 Analys av MD:s praxis

De mål, i MD, som försökt konkretisera ned beviskravet vad avser sakförhållanden, konkreta rättsfakta, som rättsligen påstås uppfylla avtalsrekvisitet, det abstrakta rättsfaktumet, till ett specifikt begreppspar har redogjort att beviskravet för avtalsrekvisitet är *förhållandevis högt*. Det här betyder att en konkret benämning av beviskravet existerar, och vad som kvarstår är därför att analysera vilka bedömningspunkter som primärt ska beaktas i marginalfallen, där stor osäkerhet råder angående huruvida beviskravet i ett mål anses vara uppfyllt eller inte.

Svensk praxis erkänner tillämpligheten av oskuldspresumtionen i konkurrensrätt, men däremot anser domstolen inte att beviskravet är lika högt som i brottmål. MD uppställer även ett krav på att den utredning som KKV lägger till grund för sin bedömning tydligt visar att konkurrensrätten överträtts på det sätt som KKV antyder, vilket ger uttryck för ett slags robusthetskrav på KKV:s föregående utredning. Det som nu anförts antyder att beviskravet är högt ställt i konkurrensrätt där avtalskriteriet är uppe för bedömning. Ordalydelsen av förhållandevis högt tillsammans med det faktum att oskuldspresumtionen och robusthetskravet har berörts i svensk praxis, stärker denna inställning.

Det finns tendenser från MD:s praxis som antyder att vägledning angående förfarandefrågor, som t.ex. nivån på beviskravet, bör hämtas från EU-rätten. Den fria bevisföringen och den fria bevisprövningen, vilka präglar svensk processrätt förhindrar inte ett beaktande av EU-rättsliga bedömningspunkter angående beviskravet. Exempelvis har MD slagit fast att EU-etablerade bevispresumtioner och att ett konkurrensrättsligt avtal kan härledas från sammanträffanden och indicier, kan och bör användas utan att strida mot principerna. Av stort intresse är just att de svenska domstolarna ger starka indikationer på att vägledning vad beträffar förfarandefrågor som beviskrav bör hämtas från EU-rätten.

Det här betyder att framställningen nu måste övergå till att analysera just detta, för att avgöra om och i så fall vilka bedömningspunkter som bör påverka strängheten av ett svenskt, nationellt, beviskrav i det här avseendet.

4 EU-rättens påverkan på nationell processrätt

4.1 Effekten av samhandelskriteriet och principen om processuell autonomi

Samhandelskriteriet utgör en beteckning för ett behörighetskriterium, som i slutändan besvarar frågan vilket konkurrensrättsligt regelsystem som ska tillämpas på ett specifikt avtal, eller en samordning mellan företag. Samhandelskriteriet avgör med andra ord när EU:s förbudsregel, alternativt en nationell förbudsregel, är tillämplig på avtal och samordningar företag emellan. I korthet handlar behörighetskriteriet om att utreda huruvida en samordning eller ett samarbete mellan aktörer direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, påverkar marknaden mellan medlemsstaterna – den inre marknaden.¹⁴¹

När samhandelskriteriet är uppfyllt är den nationella domstolen förpliktad att tillämpa EU:s förbudsregel. Om t.ex. ett avtal istället endast potentiellt påverkar handeln inom gemenskapen, kan den nationella förbudsregeln tillämpas parallellt med EU:s förbudsregel.¹⁴² Slutligen, när ett avtal eller en samordning mellan företag inte ens potentiellt kan påverka handeln mellan medlemsstaterna, så kan den nationella förbudsregeln tillämpas ensamt eftersom samhandelskriteriet då inte är uppfyllt. Samhandelskriteriet ska tolkas och tillämpas utefter dess syfte, som är att den gemenskapsrättsliga förbudsregeln ska omfatta alla avtal och förfaranden som kan utgöra ett hot mot den fria handeln mellan medlemsstaterna. Därutöver måste hotet mot den fria handeln arta sig på ett sätt som kan skada förverkligandet av den inre marknaden.¹⁴³

Den svenska förbudsregeln ska efterlikna EU:s konkurrensregler – primärt på ett materiellt plan – och därför framstår det initialt som att EU-rätten som helhet bör få ett stort genomslag, oavsett vilken förbudsregel som är tillämplig i det specifika fallet.¹⁴⁴ En viktig hållpunkt är däremot att det som huvudregel saknas process- och sanktionsbestämmelser inom EU-rätten. Den nationella medlemsstaten ska därför som utgångspunkt tillämpa nationella processregler i mål som grundar sig på EU-rätt.¹⁴⁵

I ett materiellt avseende ska EU:s konkurrensrätt följaktligen starkt påverka den nationella motsvarigheten. Det som är intressant för den här framställningen är om, och i sådana fall i vilken utsträckning, som EU-rätten ska påverka nationella regler angående förfarande- och processuella frågor, vilket i dagsläget framstår som oklart.¹⁴⁶

Följaktligen måste en distinktion från den materiella rätten göras gentemot övriga frågor som behandlar själva förvaltningsförfarandet, rättegångsordningen och påföljderna. I de här frågorna ska svensk rätt tillämpas i enlighet med något som benämns

¹⁴¹ Schütze (2015) s. 699.

¹⁴² Prop. 2010/11:59 s. 15; Bellamy och Child (2013) s. 63 f; Faull och Nikpay (2014) s. 101 ff; Se även art. 3 i förordning 1/2003. Den nationella konkurrensmyndigheten och den nationella domstolen har en skyldighet att tillämpa art. 101 FEUF när t.ex. 2:1 KL tillämpas på avtal och förfaranden som kan påverka konkurrensen mellan medlemsstaterna inom EU.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ SOU 2006:99 s. 126; Prop. 1992/93: 56 s. 21.

¹⁴⁵ Hettne (2011) s. 194 f.

¹⁴⁶ Se avsnitt 2 som slår fast att EU:s och Sveriges förbudsregel i stora drag är materiellt identiska.

*principen om processuell autonomi*¹⁴⁷. Några av unionsrättens allmänna rättsprinciper, tillsammans med vissa andra bedömningspunkter som etablerats inom ramen för EU-rätten, måste dock fortfarande respekteras. Som vi kommer att se nedan i avsnitt 4.4, begränsar effektivitetsprincipen och oskuldspresumtionen medlemsstaternas möjlighet att helt utan restriktioner och på helt eget bevåg etablera ett beviskrav. EU-rätten är, och bör vara, en förebild på ett processuellt plan, men det saknas en harmonisering av nationell processrätt inom gemenskapen. Därmed ska vägledning avseende förfarandefrågor i konkurrensrättsliga mål som avser bevisvärdering och beviskrav, primärt hämtas från svenska förarbeten, praxis och doktrin.¹⁴⁸

När samhandelskriteriet *inte* är uppfyllt framstår det i dagsläget initialt som att EU-rätten inte påverkar ett nationellt beviskrav. Istället avgörs beviskravet av nationella processregler och i scenariot framstår EU:s konkurrensregler överhuvudtaget inte som tillämpliga. Om samhandelskriteriet *är* uppfyllt så är frågor angående bevisvärdering och beviskrav fortfarande, som utgångspunkt, en fråga för den nationella rätten, vilket även gäller i situationer då regelverken ska tillämpas parallellt med varandra. De nationella, processrättsliga reglerna, måste däremot alltid vara förenliga med EU-rättens allmänna principer, och får primärt inte undergräva en effektiv tillämpning av EU:s konkurrensregler.¹⁴⁹

Vid den första implementeringen av EU:s konkurrensrätt i Sverige konstaterades i förarbetena till lagen att ledning angående tolkning och tillämpning av svensk konkurrensrätt bör hämtas från EU-domstolens praxis vid tillämpningen av en ny svensk konkurrenslag. Däremot var det enligt utredaren av vikt att anpassa den svenska konkurrenslagen till de, stundtals, särskilda förhållandena som gällde i Sverige.¹⁵⁰ Såväl KKV som MD har tagit ovan anförda i beaktning, och hämtat vägledning från EU-rätten i hög utsträckning. Ett viktigt argument för att den svenska, nationella konkurrensrätten, bör efterlikna EU:s konkurrensrätt i hög utsträckning, är att företagen ska undslippa att behöva möta två regelverk. Därutöver främjar en sådan ordning en enhetlig tolkning och tillämpning av konkurrensreglerna.¹⁵¹

I ett förarbete till den nya KL¹⁵² framstår det som att utredaren menar att lagen även fortsättningsvis *inte* bör innehålla eller kompletteras med aspekter avseende processuella regler om tolkning och tillämpning av konkurrensrätten.¹⁵³ Bevisläget i mål om konkurrensskadeavgift ansågs av utredaren vara problematisk, men trots det tog utredningen inte ställning till hur MD skulle förhålla sig till de gemenskapsrättsliga domstolarnas bedömningspunkter vad beträffar frågor om bevisvärdering och beviskrav. Från den svenska lagstiftarens sida är det fortfarande oklart vilken betydelse EU-rätten har för tolkning och tillämpning av processuella aspekter, oaktat om det är EU:s

¹⁴⁷ Se F 1/2003 i preambeln p. 5 ”Denna förordning påverkar varken nationella regler om bevisvärde eller den skyldighet som konkurrensmyndigheter och domstolar i medlemsstaterna har att fastställa sakförhållanden i ett fall, förutsatt att sådana bestämmelser och skyldigheter är förenliga med gemenskapsrättens allmänna principer”; jmf även Scordamaglia (2013) s. 274 ff.

¹⁴⁸ Bernitz (2011) s. 71; Karlsson och Östman (2014) s. 19–21; prop. 2007/08:135 s. 70 och 77 f; prop. 1992/93:56 s. 19 f och 21; prop. 2003/04:80 s. 23; se punkt 5 i ingressen till förordning 1/2003; Scordamaglia (2013) s. 274.

¹⁴⁹ Simonsson (2001/02) s. 556; Karlsson och Östman (2014) S. 1178; p 5 i ingressen till förordning nr 1/2003; Tingsrättens dom 2012-02-24, KKV mot Scandorama.

¹⁵⁰ Prop. 1992/93 s. 16 ff.

¹⁵¹ Prop. 2003/04:80 s. 50 f.

¹⁵² Konkurrenslag (2008:579).

¹⁵³ SOU 2006:99 s. 287.

konkurrensrätt eller svensk konkurrensrätt som ska tolkas och tillämpas.¹⁵⁴ På det stora hela lämnas frågan angående EU-rättens inflytande på nationella processuella regler angående beviskrav och bevisvärdering obesvarad i förarbetet.¹⁵⁵

4.2 Den oskrivna rättens påverkan på ett nationellt beviskrav

Av vad som går att utläsa i doktrin, förarbeten och praxis framstår det som att vägledning för tolkning och tillämpning av svensk konkurrensrätt med fördel kan hämtas från EU-rätten i frågor som berör bevisvärdering och beviskrav, och detta troligtvis oaktat samhandelskriteriets uppfyllande.¹⁵⁶ Det kan därför argumenteras för att svensk rätt bör hitta vägledning från EU:s oskrivna rätt avseende bevisvärdering och beviskrav – oavsett om EU:s konkurrensrätt eller Sveriges konkurrensrätt är föremål för tolkning och tillämpning.¹⁵⁷

Det första argumentet jag vill belysa följer av lojalitetsförpliktelsen i artikel 4(3) i FEU, som ger uttryck för att den nationella medlemsstaten har en skyldighet att vidta nödvändiga åtgärder i syfte att säkerställa att de skyldigheter som följer av fördragen fullgörs. Därutöver uppställs i artikeln en skyldighet för medlemsstaten att avstå från åtgärder som potentiellt kan riskera att unionens mål inte uppnås. I korthet handlar det om att den nationella medlemsstaten ska säkerställa EU-rättens effektiva genomslag.¹⁵⁸ Vidare kan i detta sammanhanget även nämnas att det övergripande syftet med tillämpningsförfordningens bestämmelser inom konkurrensrättens område är att skapa likvärdiga marknadsförhållanden inom hela EU.¹⁵⁹

Ett av unionens mål är att skapa och upprätthålla en fungerande inre marknad – jfr avsnitt 2 – och genom den här singulära marknaden inom gemenskapen skapas de likvärdiga marknadsförhållandena. Enligt min uppfattning är detta enklare att uppnå om varje enskild medlemsstat tillämpar samma bedömningspunkter angående samtliga aspekter av förbudsregeln, oaktat samhandelskriteriets tillämplighet. Om samtliga nationella medlemsstater tillämpar olika beviskrav – beaktar olika bedömningspunkter vid en etablering av ett beviskrav som kan relateras till avtalsrekvisitet – försvårar det integrationen av den inre marknaden och då även i förlängningen skapandet av likvärdiga marknadsförhållanden. Ageranden från aktörer kan i en sådan situation tillåtas i ett medlemsland samtidigt som samma agerande definieras som otillåtet i ett annat, i anledning av att länderna tillämpar olika beviskrav i konkurrensärenden. Tribunalens och EU-domstolens etablerade bedömningspunkter angående beviskravet för sakomständigheter som påstås inrymmas under avtalsrekvisitet bör till följd av lojalitetsplikten i art. 4(3) samt strävandet efter likvärdiga marknadsförhållanden inom gemenskapen vara vägledande även för de svenska, nationella, domstolarna.

¹⁵⁴ SOU 2006:99 s. 287.

¹⁵⁵ SOU 2006:99 s. 288.

¹⁵⁶ Karlsson och Östman (2014) S. 1179 f; se även 35 kap RB; MD 2009:11; Prop. 1992/93 s. 16 ff.

¹⁵⁷ Se bl.a. MD 2009:11 angående möjligheten att använda EU-rätten även på det processuella planet.

¹⁵⁸ Hettne (2011) s. 82 f.

¹⁵⁹ Karlsson och Östman (2014) s. 63 f; förordning 1/2003 punkt 8 i ingressen.

Det andra (2) argumentet följer primärt av det som anförts i såväl förarbeten som i svensk praxis på området; att vägledning från EU-domstolen bör med fördel beaktas vid tolkning och tillämpning av den svenska konkurrensrätten. Anledningen till inställningen är att förhindra företag från att bli tvungna att bemöta två regelsystem, samt att främja en enhetlig tolkning av konkurrensrätten inom gemenskapen.¹⁶⁰ Vidare tillämpas såväl EU:s konkurrensrätt som svensk konkurrensrätt i vissa situationer parallellt med varandra, vilket torde innebära att samhandelskriteriet inte begränsar EU-rättens tillämpning särskilt mycket. Det vore besynnerligt att i en sådan situation tillämpa ett beviskrav där EU:s bedömningspunkter inte beaktas överhuvudtaget.¹⁶¹ Inom ramen för EU:s konkurrenslagstiftning finns ett övergripande integrationsmål, *konvergenskravet*, som syftar till att skapa en enhetlig konkurrenslag i hela unionen, som också stärker min inställning.¹⁶² Vidare kan även nämnas att det fastslagits i praxis från MD att en tillämpning av den svenska konkurrensrätten inte får leda till ett annat utfall än om EU:s förbudsregel tillämpats.¹⁶³ Det som nu anförts talar i riktning för att ett svenskt, nationellt beviskrav, bör se till bedömningspunkter som etablerats inom ramen för EU-rättslig praxis.

Vidare kan med fördel noteras vad den svenska regeringen poängterade i samband med implementeringen av den nya KL. Nämligen att Sverige strävar efter att den nationella konkurrensrätten efterliknar EU:s konkurrensrätt, även där svensk rätt tillämpas ensamt med anledning av att företag ska undslippa att möta två regelverk. Regeringen anser att lösningen är ett lämpligt sätt att hantera konkurrensfrågor på i syfte att bäst främja en enhetlig tolkning och tillämpning av konkurrensreglerna. För att upprätthålla en nu beskriven ordning krävs det att såväl lagstiftaren som rättstillämparen uppmärksammar EU-rätten även i vissa processuella frågor.¹⁶⁴

Slutligen anförde Simonsson i en artikel¹⁶⁵ att det kan påstås att det, i syfte att uppnå en materiell rättslikhet med EU-rätten, krävs att svenska domstolar följer tribunalens och EU-domstolens rättstillämpning i beviskravsfrågor. Det här skulle enligt författaren bäst överensstämja med den materiella förbudsregelns ändamål.¹⁶⁶ Artikelförfattaren klargjorde att det saknas vägledning i KL och dess förarbeten om vilket beviskrav som gäller för konkurrensmål i Sverige. Däremot finns det omfattande praxis angående beviskrav och presumptionsregler inom EU-rätten, och en import av denna praxis kan enligt författaren endast göras efter noggranna överväganden.¹⁶⁷ Simonsson var i artikeln av åsikten att större avvikelser från EU-rättslig praxis bör undvikas, eftersom det hade inneburit avsevärda skillnader i utgången av konkurrensrättsliga mål beroende på om viss överträdelse bedöms enligt KL eller FEUF.¹⁶⁸

¹⁶⁰ Jmf med vad som anförts i avsnitt 5.1.1.

¹⁶¹ Prop. 2010/11:59 s. 15; se även punkt 22 I ingressen till F 1/2003. Det påtalas där att i syfte att garantera en enhetlig tillämpning av gemenskapens konkurrensregler, krävs det i ett system med parallell behörighet att man undviker motstridiga beslut.

¹⁶² Prop. 2003/04:80 s. 46; Prop. 2007/08:135 s. 181; Art. 3.12 F 1/2003; European competition policy (2012) s. 2 ff.; Karlsson m.fl. (2009) s. 21 f; Faull och Nikpay (2014) s. 104.

¹⁶³ MD 2005:7 s. 39.

¹⁶⁴ Prop. 2007/08:135 s. 181; Prop. 2003/04:80 s. 50 f.

¹⁶⁵ Simonsson (2001/02).

¹⁶⁶ Simonsson (2001/02) s. 558; Ekelöf m.fl. (2009) s. 86.

¹⁶⁷ Simonsson (2001/02) s. 577.

¹⁶⁸ Ibid.

Att i en svensk domstol exempelvis använda *styrket* som beviskrav när Sveriges förbudsregel tillämpas och *förhållandevis högt* när Sveriges och EU:s förbudsregel tillämpas parallellt och slutligen *ställt utom rimligt tvivel* när EU:s förbudsregel tillämpas – vore underligt. Framför allt när förbudsreglerna till sitt materiella innehåll är identiskt och vid beaktande av att man åsyftar att skapa ett enhetligt konkurrensrättsligt regelsystem inom hela gemenskapen där företag ska, oaktat samhandelskriteriets uppfyllande, kunna undvika att behöva möta två separata regelverk.

4.3 Övriga anmärkningar angående beviskravet

Att framföra ett eller flera bevisfakta i ett domstolsförfarande är i slutändan ett sätt att försöka övertyga domaren om en viss specifik ståndpunkt angående konkreta rättsfakta i ett specifikt mål. Beroende av situationen kan i vissa fall ett enda bevisfaktum vara tillräckligt för att övertyga domaren, medan det i andra situationer krävs ett flertal framförda bevisfakta för att uppnå samma resultat.¹⁶⁹ Ovan anförda illustrerar att det är svårt att exakt definiera bevisvärdet för diverse olika sakomständigheter som i förlängningen innebär att avtalsrekvisitet är uppfyllt. Bedömningen är beroende av de faktiska sakomständigheterna i varje enskilt fall, där det avgörande testet är huruvida kommissionen eller annan konkurrensmyndighet presterar tillräckligt övertygande bevisfakta i relation till konkreta rättsfakta, som syftar till att uppfylla avtalsrekvisitet.¹⁷⁰ Domstolen måste ofta förlita sig på sparsam bevisning för att avgöra om det existerat ett avtal eller ett samordnat förfarande som uppnår avtalsrekvisitet. Anledningen är att aktörer på marknaden aktivt försöker eliminera bevismedel som hade bevisat t.ex. en aktiv kartell, av uppenbara anledningar.¹⁷¹

Beviskravet för avtalsrekvisitet är däremot konstant, oberoende om det handlar om att bevisa ett horisontellt eller ett vertikalt avtal. Ett konkurrensrättsligt avtal kan anses förekomma trots att en part blivit tvingad in i ett avtal och ett konkurrensrättsligt avtal kan även anses föreligga även om det aldrig implementerats.¹⁷² Beviskravet för förbudsregeln varierar även mellan medlemsstaterna och avgörande är var någonstans som förfarandet äger rum.¹⁷³

På ett EU-rättsligt plan måste kommissionen införskaffa tillräckligt exakt och konsekvent bevismaterial till stöd för en påstådd överträdelse. Vilket bevismaterial som anses vara exakt och konsekvent är däremot oklart. Vid tvivel angående huruvida kommissionen framfört en tillräckligt precis utredning med tillhörande bevisning, så ska domstolen komma till slutsatsen att kommissionen inte uppfyllt beviskravet för styrkandet av en överträdelse.¹⁷⁴ I gemenskapsrättslig praxis samt i doktrin har det även konstaterats att överträdelser kan styrkas med ett antal sammanträffanden och

¹⁶⁹ Faull och Nikpay (2014) s. 1237.

¹⁷⁰ Faull och Nikpay (2014) s. 1236.

¹⁷¹ Faull och Nikpay (2014) s. 1237 f; Se även C-407/08 P Knauf Gips mot kommissionen (2010) ECR I-6375 punkt 49.

¹⁷² Karlsson och Östman (2014) s. 183; Whish och Bailey (2015) s. 105; Bellamy och Child (2013) s. 107; C-260/09 Activision Blizzard punkt 71.

¹⁷³ Jones och Sufrin (2016) s. 115; Nazzini (2004) s. 108 ff.; Faull och Nikpay (2014) s. 98 f.

¹⁷⁴ Faull och Nikpay (2014) s. 99 f; Bellamy och Child (2013) s. 100 f; Jones och Sufrin (2016) s. 115; T-348/08 Aragonesas punkt 92–95; Gemenskapsdomstolarna har konkretiserat ned beviskravet till "the requisite legal standard" och vad som mer precis åsyftas med denna formulering är oklart. Scordamaglia (2013) s. 260 ff.

indicier vilka tillsammans, i frånvaro av andra godtagbara förklaringar, kan konstituera tillräcklig bevisning av en överträdelse av konkurrensreglerna.¹⁷⁵

En annan viktig aspekt att återigen belysa är det som betonades i avsnitt 2.4. Beviskravet för avtalsrekvisitet betyder inte att en konkurrensmyndighet måste styrka att det förekommit antingen ett avtal eller ett samordnat förfarande för *bela* överträdelsen. Om exempelvis en kartell har deltagit i såväl ett avtal som ett samordnat förfarande under en längre period så behöver inte kommissionen eller annan visa att *båda* begreppen är uppfyllda; det räcker att styrka att det förekommit ett avtal, alternativt ett samordnat förfarande, för hela perioden. I grund och botten handlar det om att efterforskningsarbetet inte borde bestå i att avgöra huruvida ett samarbete skett i avtalsform eller i ett samordnat förfarande, utan istället att hitta partnerskap med otillåtna syften.¹⁷⁶

4.4 Eturas-fallet - förhandsavgörande

EU-domstolen behandlade avtalsrekvisitet i ett förhandsavgörande¹⁷⁷ som slutligt avgjordes under 2016. I domskälen presenterades bedömningspunkter, som ska påverka beviskravet på EU-rättslig nivå, men som även efter omsorgsfullt övervägande och efter egen uppfattning, med fördel kan vara vägledande även för de svenska domstolarna. Detta oaktat vilka konkurrensregler som i slutändan blir föremål för tolkning och tillämpning.

Det nationella målet handlade om att en resebyrå, Eturas, vid en tidpunkt tagit fram en programvara vid namn E-TURAS. Programvaran utgjordes av ett system som även kunde användas av andra resebyråer för att hantera kundernas bokningar av resor online. Via systemet kunde resebyråer saluföra resor via sina webbplatser, varvid bokningarna presenterades på ett enhetligt sätt. De resebyråer som nyttjade E-TURAS fick även tillgång till ett enskilt mejlkonto.¹⁷⁸ I målet var det ostridigt att direktören för Eturas, vid en tidpunkt, skickade ut ett mejl till samtliga resebyråer via E-TURAS. I mejlet framgick att resebyråerna uppmanades att kommentera en potentiell sänkning av rabatterna på resor från 4 % till ett spann mellan 0 % och 3 %. En kort tid därefter skickade administratören för E-TURAS, via den interna mejltjänsten, ut ett meddelande till i vart fall två av de berörda resebyråerna där meddelandet gav uttryck för Eturas intentioner att sätta ett tak på rabattsatserna i systemet mellan just 0 % och 3 %. Om inte resebyråerna justerade sina rabattsatser intill ett visst datum, skulle systemet automatiskt justera rabatterna åt dem. Justeringen implementerades och många av resebyråerna meddelade på sina hemsidor att de lämnade 3 % rabatt på sina resor.¹⁷⁹

Den nationella konkurrensmyndigheten ansåg att beviskravet för sakomständigheter som rättsligen påstås inrymmas under avtalsrekvisitet var uppfyllt. Det som låg till grund för bedömningen bestod endast av en *presumption* att de berörda resebyråerna

¹⁷⁵ Faull och Nikpay (2014) s. 100; Bellamy och Child (2013) s. 117 f; T-348/08 Aragonseas punkt 96 f; T-53/03, BPB punkt 61, 62 och 64.

¹⁷⁶ Whish och Bailey (2015) s. 106 f; C-238/05 Asnef-Equifax punkt 31 och 32.

¹⁷⁷ C-74/14 Eturas.

¹⁷⁸ Punkt 5–8 i målet.

¹⁷⁹ Punkt 9–12 i domen.

hade läst eller borde ha läst det meddelande som skickades ut via E-TURAS. Därutöver presumerades att resebyråerna borde ha förstått samtliga konsekvenser av innehållet i beslutet att begränsa rabatterna på de resor som salufördes. Frågan som hänsköts till EU-domstolen var huruvida presumptionen som konkurrensrådet gjort, var tillräckligt för att styrka ett sakförhållande som rättsligen påstås utgöra ett samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF.¹⁸⁰

Domstolen poängterade att det saknas regler på EU-nivå som påverkar nationella regler om bevisvärde och beviskrav. Däremot kommenterade domstolen att nationella bestämmelser i det här avseendet måste vara förenliga med gemenskapsrättens allmänna principer och övrig integrerad EU-rätt.¹⁸¹

Frågan huruvida presumptionen, meddelandeutskicket, i sig kan utgöra tillräcklig bevisning för att uppfylla beviskravet skulle enligt domstolen besvaras med stöd av den nationella processrätten.¹⁸² EU-domstolen konstaterade dock att samtliga omständigheter som domstolen tagit del av ska beaktas, och påverka beviskravet, samt bevisvärderingen. Huruvida presumptionen i målet utgör tillräcklig bevisning för att uppnå beviskravet för åberopat sakförhållande som rättsligen påstås göra avtalsrekvisitet tillämpligt är alltså en fråga som berör bevisvärdering och beviskrav. Det innebär att det är upp till nationell rätt – inom ramen för *principen om processuell autonomi* – att besvara den frågan. Av vikt är att den nationella rätten hela tiden måste beakta *likvärdighetsprincipen*, *effektivitetsprincipen* och *oskuldspresumtionen*.¹⁸³

Jag anser mig kunna utläsa en skyldighet för den nationella domstolen att förhålla sig till vissa bedömningspunkter som ska påverka nivån på beviskravet, på ett nationellt plan. I det här avseendet handlar det om att den nationella domstolen måste beakta och upprätthålla likvärdighetsprincipen, effektivitetsprincipen, oskuldspresumtionen samt vissa andra etablerade bedömningspunkter. Likvärdighetsprincipen¹⁸⁴ kommer inte behandlas vidare i den här framställningen då principen inte har någon effekt på det som framställningen avser att analysera. Vad beträffar principen om processuell autonomi så har den presenterats i ett tidigare skede av framställningen, se avsnitt 4.1 och tillhörande fotnoter.

4.1.1 Oskuldspresumtionen

I förhandsavgörandet anmärktes att oskuldspresumtionen är tillämplig inom ramen för ett konkurrensrättsligt förfarande som behandlar avtalsrekvisitet, vilket även slagits fast i förarbeten.¹⁸⁵ Ett konkurrensrättsligt ärende i domstolsprocessen är att definiera som ett administrativt förfarande med straffrättsliga inslag. Konkurrensskadeavgiften och andra negativa konsekvenser som uppstår för företag vid överträdelse av konkurrensrättsliga regler är bakgrunden till att dessa ärenden i viss mån även behandlas som straffrättsliga.¹⁸⁶

¹⁸⁰ Punkt 25 och 26 i domen.

¹⁸¹ Punkt 3 och 4 i domen; se även art. 2 och skäl 5 i rådets förordning 1/2003.

¹⁸² P. 29–31 i domen.

¹⁸³ P. 34 och 38 i domen.

¹⁸⁴ Likvärdighetsprincipen utgör ett diskrimineringsförbud, som däremot inte skapat någon större problematik vad beträffar ett beviskrav i konkurrensrättsliga sammanhang. Därför lämnas den här principen utan att närmare analyseras; jmf Scordamaglia (2013) s. 275.

¹⁸⁵ SOU 2006:99 s. 243–247.

¹⁸⁶ Jones och Sufrin (2016) s. 115.

Oskuldspresumtionen, vilken återfinns i artikel 48.1 i rättighetsstadgan och i artikel 6 EKMR, är tillämplig på straffrättsliga förfaranden.¹⁸⁷ Oskuldspresumtionen är tillämplig i administrativa bötesförfaranden, såsom när kommissionen beslutar att dela ut konkurrensskadeavgift till ett eller fler företag i anledning av överträdelse av förbudsregeln. Ärenden som berör konkurrensskadeavgift är en offentligrättslig sanktion som i många fall är *väldigt* kännbar för företagen. De här ärendena innefattar en anklagelse om brott, varför oskuldspresumtionen måste vara tillämplig.¹⁸⁸ Mål angående exempelvis konkurrensskadeavgift ska däremot inte behandlas som ett brottmål inom den hårda kärnan – t.ex. mord 3:1 BrB – utan det viktiga att utreda är i vilken utsträckning som oskuldspresumtionen är tillämplig i konkurrensrättsliga mål.¹⁸⁹

Det här innebär att kommissionen måste presentera tillräckligt precis och sammanhängande bevisning för att en överträdelse av exempelvis förbudsregeln skett. Om det uppstår tveksamheter i förfarandet så måste dessa tveksamheter gynna företagen vilken talan riktar sig mot. Med andra ord så innebär oskuldspresumtionen att EU-domstolen *inte* får komma till slutsatsen att kommissionen, genom att bevisa vissa sakomständigheter, gör avtalsrekvisitet tillämpligt, om det fortfarande finns tveksamheter i målet.¹⁹⁰

Helene Andersson behandlade – i en artikel – oskuldspresumtionens förhållande till rätten till en rättvis rättegång och det konkurrensrättsliga domstolsförfarandet, i vilken hon analyserade ett mål inför EFTA-domstolen.¹⁹¹ Andersson anmärkte i artikeln att oskuldspresumtionen inom straffrätten bör översättas till *”ställt utom rimligt tvivel”* och frågan som måste besvaras var således, enligt författaren, hur oskuldspresumtionen bäst kan definieras vid tillämpning av t.ex. förbudsregeln.¹⁹²

Andersson förklarade att ett konkurrensrättsligt förfarande inte handlar om ett förfarande som tillhör den *hårda kärnan* inom straffrätten. Sedan en tid tillbaka är det konkurrensrättsliga förfarandet att se som ett administrativt förfarande, någonstans precis bakom den hårda kärnan inom straffrätten. Beviskravet för avtalsrekvisitet inom konkurrensrättens område är därför i relation till oskuldspresumtionen *inte* det samma som ställt utom rimligt tvivel. Konkurrensmyndigheterna kan däremot inte helt förlita sig på skönsmässiga bedömningar vid utfärdande av böter i anledning av överträdelser av konkurrensrätten, vilket Andersson menade beror på att det ofta handlar om komplexa ekonomiska bedömningar.¹⁹³ Vad författaren menar med komplexa ekonomiska bedömningar förklarades inte i artikeln, men kan tänkas bestå i att domstolen måste se till att konkurrensmyndigheten har gjort ett gediget förarbete.

Det var enligt Andersson istället nödvändigt för domstolen att kunna fastslå, att de slutsatser som kommissionen eller annan kommit fram till stöds av konkreta fakta

¹⁸⁷ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna; EU:s stadga för mänskliga rättigheter, OJ 2007 C303/1; Bellamy och Child (2013) s. 5; Presumtionen ska tillämpas extensivt och är exempelvis tillämplig när kommissionen beslutar att utföra en oannonserad inspektion – gryningsråd.

¹⁸⁸ Steiner och Woods (2014) s. 167 f; Henriksson JT 2/13 s. 50 f; SOU 2006:99 s. 247; Prop. 2007/08:135 s. 84 och 107; T-348/08 Aragonesas punkt 94; C-199/92 Hüls punkt 149 f; Jmf T-112/98 Mannesmannröhren punkt 60.

¹⁸⁹ Khan och Kerse (2012) s. 108–112.

¹⁹⁰ Jones och Sufrin (2016) s. 115.

¹⁹¹ Andersson (2012); Mål E-15/10 Posten Norge.

¹⁹² Andersson (2012) s. 486.

¹⁹³ Andersson (2012) s. 486 ff.

i det aktuella målet. Oskuldspresumtionen i ett konkurrensrättsligt förfarande, kan enligt artikelförfattaren, översättas till att den är uppfylld – så länge domstolen kommer till konklusionen att konkurrensmyndighetens slutsatser i målet stöds av den fakta som presenterats.¹⁹⁴

4.1.2 Effektivitetsprincipen

Principen om processuell autonomi innebär att medlemsstaten får utforma självständiga processuella regler vid tillämpning av EU-rätten. Medlemsstaten måste dock, vid skapande av processregler som nyttjas när EU-rätten tillämpas, upprätthålla och beakta effektivitetsprincipen. Genom att analysera räckvidden av effektivitetsprincipen kan vi sedan försöka dra slutsatser angående minimikrav beträffande ett beviskrav där avtalsrekvisitet är uppe för bedömning.¹⁹⁵

Medlemsstaternas nationella domstolar får i enlighet med effektivitetsprincipen inte undergräva en effektiv tillämpning av unionsrätten, eller göra det orimligt svårt eller rentav omöjligt att genomdriva konkurrensrätten.¹⁹⁶ Effektivitetsprincipen innebär även att bevisning för att en överträdelse har skett inte behöver bestå enbart av direkt bevisning – även objektiva och samstämmiga indicier är tillräckligt för att uppnå beviskravet för avtalsrekvisitet.¹⁹⁷ Ett för högt beviskrav i det här avseendet omöjliggör eller försvårar avsevärt genomdrivandet av EU:s konkurrensregler, vilket i sin tur strider mot effektivitetsprincipen. Ett viktigt syfte med konkurrensrätten är att den faktiskt går att genomdriva. Om beviskravet är för högt ställt kommer kommissionen eller annan konkurrensmyndighet sällan kunna beivra överträdelser av regelverket, vilket försvårar upprätthållandet av bl.a. en effektiv konkurrens och den inre marknadens funktion.¹⁹⁸ Det har i praxis hos gemenskapsdomstolarna fastslagits att begränsningar i nationell rätt inte får innebära att EU-rätten på samma område blir omöjlig eller orimligt svår att genomdriva.¹⁹⁹

Effektivitetsprincipen ska förhålla sig till principen om processuell autonomi och är primärt aktuell då EU:s konkurrensregler tillämpas. Däremot torde samma synsätt enligt min uppfattning kunna appliceras även då svenska konkurrensrätten tillämpas.

Att beakta en form effektivitetsprincip när den svenska förbudsregeln är tillämplig skapar bättre förutsättningar för berörda aktörer att erhålla relevant kunskap om avtalsrekvisitets beviskrav – oaktat om det är EU:s eller svensk konkurrensrätt som tillämpas.²⁰⁰ Det är ofta svårt när uppgifter står mot varandra att presentera bevisfakta som innebär att det inte råder något som helst tvivel om uppgifternas korrekthet. Det innebär att ett beviskrav sällan kan kräva *full visshet* angående verklighetsförhållandena, eftersom många rättsligt grundade mål då aldrig hade blivit tillgodosedda.²⁰¹

¹⁹⁴ Andersson (2012) s. 480.

¹⁹⁵ Hettne (2011) s. 195; Scordamaglia (2013) s. 275 f.

¹⁹⁶ C-74/14 Eturas punkt 36 och 37; Bellamy och Child (2013) s. 1208; Scordamaglia (2013) s. 276 ff.

¹⁹⁷ C-74/14 Eturas punkt 37; C-634/13 Total Marketing punkt 26.

¹⁹⁸ Faull och Nikpay (2014) s. 98 f.

¹⁹⁹ Schütze (2015) s. 408; C-78/98, Shirley Preston se bl.a. punkt 41 och 43–49.

²⁰⁰ Eget resonemang.

²⁰¹ Nordh (2012) s. 782.

Ett beviskrav inom konkurrensrätten, likt andra indispositiva, offentlighetsrättsliga och tvingande regler, måste präglas av likvärdighet och effektivitet. Det krävs att beviskravet i sådana mål är högt, men inte så pass högt att de blir omöjliga, eller orimligt svåra, att genomdriva. På så vis måste beviskravet sättas till en rimlig nivå i syfte att skapa en effektiv rättsregel. Exempelvis hade beviskravet i brottmål – ställt utom rimligt tvivel – istället kunnat uttryckas som att det måste vara *ställt utom alla tvivel*. Detta hade i sådana fall inneburit att beviskravet i extremt många fall aldrig hade ansetts vara uppnått, vilket i förlängningen hade gjort brottsbekämpningen och straffrätten helt verkningslös. Med ett så högt beviskrav skulle ytterst få personer fällas och bestraffas för straffbelagda gärningar.²⁰² Min inställning är därför att en form av effektivitetsprincip även bör beaktas när ett svenskt beviskrav för avtalsrekvisitet analyseras. En sådan effektivitetsprincip ska i *rimlig* utsträckning påverka strängheten för beviskravet – primärt och som motpol till oskuldspresumtionen – i en lindrande riktning.

4.5 Analys av bedömningspunkterna

Avsaknaden av ett gemensamt, harmoniserat, beviskrav på konkurrensrättens område och mer konkret förbudsregeln och avtalsrekvisitet är något som inverkar negativt på överensstämmelsen och legitimiteten av EU:s konkurrensrätt. Däremot, trots tillämpligheten av principen om processuell autonomi, behöver inte beviskravet vara inkonsekvent i anledning av två begränsningar som utgörs av *effektivitetsprincipen* och *oskuldspresumtionen*.²⁰³

Min egen uppfattning är att fördelarna av att beakta EU-rätten på området så långt möjligt, överväger nackdelarna som ett frångående i samma avseende innebär. Enligt min mening saknar det betydelse om det är EU:s förbudsregel eller den svenska nationella förbudsregeln som ska tillämpas. Under förutsättningen att svensk processrätt inte förhindrar att vissa EU-rättsliga bedömningspunkter om bevisvärdering och beviskrav beaktas, så bör de svenska domstolarna med fördel beakta dessa vid sin bedömning av nivån på beviskravet.

Noterbart är att ett beviskrav alltid måste vara välbalanserat; en rad faktorer bör inverka på beviskravets stränghet. Å ena sidan måste reglernas effektiva genomslag beaktas, och ju lägre beviskrav som används desto lättare blir det för kommissionen eller annan konkurrensmyndighet att beivra överträdelser. Å andra sidan, primärt i anledning av oskuldspresumtionens tillämplighet, hade ett för lågt beviskrav stridit mot grundläggande mänskliga rättigheter.²⁰⁴

Exempelvis kan lagregelns funktion och konsekvensteori användas, och problematiseras, i syfte att skapa ett välbalanserat beviskrav för avtalskriteriet – även om teorierna främst användas inom ramen för svenska, dispositiva tvistemål. De två viktigaste bedömningspunkterna som bör påverka strängheten i beviskravet är däremot

²⁰² Lambertz (2009) s. 3; jmf Diesen (2015) s. 137; Ekelöf m.fl. (2009) s. 150.

²⁰³ Scordamaglia (2013) s. 282.

²⁰⁴ Scordamaglia (2013) s. 259.

enligt min mening oskuldspresumtionen och effektivitetsprincipen. Här står två intressen mot varandra, det är två motpoler som i motsatt riktning till varandra påverkar beviskravet.

Det första (1) intresset, oskuldspresumtionen, innebär att konkurrensrätten ska behandlas som ett administrativt straffrättsligt förfarande, där beviskravet måste vara högt. Ett högt beviskrav i den här bemärkelsen motiveras av att det går att utfärda konkurrensskadeavgift vid överträdelser av konkurrensrätten, samt det stigma som en anklagelse om överträdelser av konkurrensrätten medför.

Det andra (2) motstående intresset, effektivitetsprincipen, innebär att konkurrensrätten i sin helhet har ett stort inflytande för integrationen av hela den inre marknaden. Om beviskravet är för högt ställt, kan företag på ett för enkelt sätt undgå sanktioner för beteenden som är skadliga för integrationen av den inre marknaden, den effektiva konkurrensen och även slutkonsumenten.

Beviskravet vad beträffar konkreta rättsfakta som påstås uppfylla avtalsrekvisitet måste sättas högt med anledning av det första intresset, oskuldspresumtionen, men får heller inte sättas allt för högt med anledning av det andra intresset, effektivitetsprincipen. Enligt min uppfattning bör beviskravet för konkreta rättsfakta – som i förlängningen ska uppfylla det abstrakta rättsfaktumet avtalsrekvisitet – ligga närmare *styrket* än *ställt utom rimligt tvivel*. Det som hittills framförts i framställningen anser jag tyda på att beviskravet för avtalsrekvisitet måste vara *relativt högt*. För egen del anser jag det vara svårt att balansera lagregelns funktion, konsekvensteorin, oskuldspresumtionen och effektivitetsprincipen, för att i förlängningen konkretisera ned beviskravet till ett specifikt begrepp. Vid beaktande av de bedömningspunkter som nu berörts nöjer jag mig således med att mycket talar för att beviskravet för avtalsrekvisitet måste vara relativt högt, men definitivt lägre än straffrättens beviskrav som är ställt utom rimligt tvivel.

Det som nu hittills behandlats är bedömningspunkter som bör relateras till beviskravet för avtalsrekvisitet, vad avser styrkandet av konkreta rättsfakta, sakförhållanden på verklighetsplanet. Av vikt primärt för kommissionen och andra konkurrensmyndigheter är att veta exakt vilka juridiska kriterier som åberopade och bevisade sakförhållanden måste innehålla, se förbudsregelns materiella innehåll i avsnitt 2. Det kan t.ex. handla om att ett bevisat sakförhållande måste innehålla aspekter som visar på en gemensam vilja att agera tillsammans, mot ett gemensamt mål på den inre marknaden.

Nästa kapitel handlar om att analysera ensidiga ageranden i förhållande till beviskravet. Mer specifikt handlar kapitlet om att analysera vilka materiella aspekter som ett åberopat och bevisat sakförhållande på verklighetsplanet måste ge uttryck för, i förhoppning om att uppfylla avtalsrekvisitet även på två typer av ensidiga ageranden.

5 Ensidiga ageranden – avtalsrekvisitet

5.1 Inledande kommentar

Avtalsrekvisit är uppfyllt genom samarbeten mellan två eller flera företag och faktiska ensidiga ageranden faller således utanför förbudsregelns tillämpningsområde. Undantagsvis träffar däremot avtalsrekvisitet vissa skenbart ensidiga ageranden där gränsdragningen mellan faktiskt ensidiga ageranden och blott skenbara sådana är svårhanterlig.²⁰⁵ Av vikt blir att utreda vilka ytterligare aspekter avtalsrekvisitet måste förhållas till, i syfte att klargöra under vilka förutsättningar som ensidiga ageranden uppfyller avtalsrekvisitet. Mer konkret handlar kapitlet om att analysera under vilka rättsliga förutsättningar som ensidiga ageranden uppfyller avtalsrekvisitet.

När t.ex. en till synes, utåt sett, ensidig åtgärd kan ses som en förlängning av ett existerande avtalsförhållande så kan denna åtgärd utgöra ett otillåtet avtal eller samordnat förfarande.²⁰⁶ Kommissionen har i mål inför tribunalen och EU-domstolen argumenterat för att utåt sett ensidiga ageranden istället utgör ett samarbete eller en samordning mellan flera parter. Det ensidiga agerandet har i dessa fall bedömts utgöra en konsekvens och en följd av det kontraktuella förhållandet mellan parterna i fråga, där avtalsrekvisitet ansetts vara uppfyllt.²⁰⁷

5.2 Ensidigt utlämnande av strategisk information

Att en part ensamt utlämnar information – t.ex. angående prissättningen på en produkt – på ett möte med andra konkurrenter framstår som ett faktiskt ensidigt agerande. Hur andra deltagande aktörer på ett möte ska kunna stävja eller förhindra vad en annan aktör yttrar, är en svår fråga att besvara. Trots detta kan en sådan situation uppfylla avtalsrekvisitet.²⁰⁸

Aktörer på marknaden är i behov av viss information från sina konkurrenter, och genom ett tillåtet informationsutbyte gynnas såväl konsumenten som företagen. Konsumenten kan fatta ett korrekt beslut baserat på ett fullgott informationsunderlag, medan företagen på ett effektivt sätt kan positionera sig på marknaden. Ett informationsutbyte konkurrenter emellan är däremot alltid en risk, vilket kan leda till en otillåten samverkan som uppfyller avtalsrekvisitet.²⁰⁹ Ett exklusivt informationsutbyte mellan direkt konkurrerande aktörer men där inte alla konkurrenter får delta, kan sätta alla icke deltagande konkurrenter i ett betydande underläge ur ett konkurrensrättsligt perspektiv jämfört med de deltagande aktörerna. Därutöver kan ett informationsutbyte aktörer emellan skapa förutsägbara förväntningar beträffande osäkerhetsfrågor – t.ex.

²⁰⁵ Schütze (2015) s. 695.

²⁰⁶ Khan och Kerse (2012) s. 12 f; Karlsson och Östman (2014) s. 179; Prop. 1992/93:56 s. 71 f.

²⁰⁷ Jmf. Alison och Sufrin (2016) s. 147; se även nästkommande avsnitt av framställningen där praxis från tribunalen och EU-domstolen analyseras.

²⁰⁸ Eget resonemang; se även T-1/89 Rhône bl.a. punkt 43 och 44 och förenade målen T-202/98, T-204/98 och T-207/98 som behandlar just mottagande och utlämnande av information vid möten.

²⁰⁹ Whish (2006) s. 11; Riktlinjer, horisontella samarbetsavtal (2011) punkt 57 och 58; Bellamy och Child (2013) s. 348 f.

prissättning på en produkt – på marknaden, vilket potentiellt kan vara konkurrensbegränsande.²¹⁰

Varje aktör ska som utgångspunkt positionera sig på marknaden självständigt – aktörerna ska inte koordinera sitt beteende med andra. Ett ensidigt utlämnande av information anses kunna eliminera den normala konkurrensen mellan företag – där huvudregeln åsidosätts – och därigenom uppfylla avtalsrekvisitet.²¹¹ En problematisk aspekt är att avgöra vid vilka tillfällen ett informationsutlämnande mynnar ut i en *underförstådd samordning* mellan flera företag.²¹² För att sammanfatta problematiken kan sägas att ett ensidigt informationsutlämnande från en konkurrent till andra direkta konkurrenter, horisontell samverkan, på samma relevanta marknad kan bli föremål för granskning av en konkurrensmyndighet. Granskningen får ske endast under förutsättningen att själva informationsutlämnandet bedöms utgöra ett avtal eller samordnat förfarande.²¹³

Vad som alltså inte får förekomma är direkta eller indirekta kontakter mellan konkurrenter som syftar till, eller resulterar i, att skapa konkurrensförhållanden som avviker från det normala. När ett informationsutbyte sker i bemärkelsen att ett ensamt företag utlämnar viss information till konkurrenter, kan detta ensidiga informationsutlämnande därför potentiellt uppfylla avtalsrekvisitet. En nödvändighet är att det specifika informationsutlämnandet minskar den strategiska osäkerheten på marknaden och underlättar samverkan mellan de involverade aktörerna. Det krävs att informationen som överlämnas från en konkurrent till annan konkurrent är av *strategisk art*. Exempelvis utgör information angående priser, produktionskostnader, säljvolym och uppdelning av marknaden information av strategisk art i den här bemärkelsen. Vanligtvis bedöms utlämnande av annars konfidentiella uppgifter som information av strategisk art.²¹⁴

Det krävs vidare att mottagaren av den strategiska informationen även *accepterar* densamma. Formen för utlämnandet av den strategiska informationen kan vara många, bl.a. brev, e-post, telefonsamtal och möten. Om ett enda företag vid ett möte avslöjar strategisk information om sin framtida affärspolicy beträffande prissättning för sina konkurrenter, minskar den strategiska osäkerheten om den relevanta marknadens framtida funktion för alla på mötet. Avslöjandet ökar risken för att konkurrensen försvagas och att en samverkan mellan aktörerna uppkommer. I praktiken räcker det förmodligen att som konkurrerande aktör delta i ett möte där en annan aktör utlämnar sina prissättningsplaner för en produkt och att därefter vara fortsatt aktiv på marknaden. I ett sånt läge presumeras det mottagande företaget att ha accepterat informationen och anpassat sitt marknadsbeteende i enlighet med densamma.²¹⁵

²¹⁰ Riktlinjer, horisontella samarbetsavtal (2011) p. 66 och 70.

²¹¹ Whish (2006) s. 19 ff.

²¹² Whish (2006) s. 21 f.

²¹³ Riktlinjer, horisontella samarbetsavtal (2011) punkt 60; se även art. 17 i F 1/2003. Under förutsättningen att omständigheter tyder på att konkurrensen på den inre marknaden kan vara begränsad eller snedvriden, får kommissionen t.ex. vidta en utredning av en särskild typ av avtal.

²¹⁴ Riktlinjer, horisontella samarbetsavtal (2011) avtal punkt 61 och 73; Whish (2006) s. 11 f och 31; C-7/95 P John Deere punkt 87–89.

²¹⁵ Riktlinjer, horisontella samarbetsavtal (2011) punkt 61 och 62; C-8/08 T-mobile punkt 35, 54 och 59; C-199/92 Hüls punkt 162; C-49/92 Anic punkt 121; Alison och Sufrin (2016) s. 157 f.

När en aktör får tillgång till information angående en konkurrents affärsförhållanden, påverkas aktörens beslutsfattande. Dennes framtida affärsbeslut kommer oundvikligen, i viss utsträckning, påverkas av informationen. Därav föreligger det en stark presumtion för att informationsutlämnandet påverkar aktörens efterföljande beteende på marknaden. I det här avseendet räcker det att antingen avslöja eller ta emot upplysningar angående konkurrenters framtida beteende på marknaden för att avtalsrekvisitet ska anses uppfyllt²¹⁶ I en situation där konkurrerande företag inte explicit kommer överens om exempelvis en prisfixering, kan ett utlämnande av känslig information eliminera risken som konkurrensen medför med ett praktiskt samarbete.²¹⁷ Det är inte en nödvändighet att företagen kommer överens om att utbyta prisinformation. Ett påvisande av ett ensidigt utlämnande av strategisk information på ett möte konkurrenter emellan kan i sig vara tillräckligt för att beviskravet angående sakförhållanden som rättsligen påstås inrymmas under avtalsrekvisitet ska anses uppfyllt.²¹⁸

5.1.1 Ett mål angående ensidigt utlämnande av prissättningsplaner

I målet²¹⁹ anordnades en rad möten mellan konkurrenter på en oligopolmarknad, där ett av företagen kontinuerligt utlämnade sina framtida prissättningsplaner för de andra deltagande företagen.²²⁰ Frågan som domstolen hade att besvara var huruvida mötena hade ett konkurrensbegränsande syfte.²²¹ Domstolen uttalade att prissättningen som de övriga aktörerna avsåg att tillämpa på marknaden utgjorde den huvudsakliga stimulansen för konkurrensen.²²² Domstolen kom i målet till slutsatsen att mötena förekommit i syfte att begränsa konkurrensen via en samordnad prisstrategi. Detta trots att det handlade om att en aktör ensamt utlämnat sin prisstrategi på möten med andra konkurrenter.²²³

Anledningen till att ett ensamt utlämnande av prissättningsplaner kan uppfylla kriterierna för ett samordnat förfarande var enligt domstolen att det inte krävs att en verklig prissättningsplan arbetats fram. Grundtanken är att varje ekonomisk aktör självständigt ska avgöra vilken strategi denne avser att använda sig av på den gemensamma marknaden.²²⁴ Kravet på självständighet fråntar inte parterna möjligheten att själva anpassa sig till sina konkurrenters faktiska eller förväntade beteende. Däremot fråntar kravet på självständighet alla direkta eller indirekta kontakter mellan aktörer, vars syfte eller resultat är att påverka befintliga eller potentiella konkurrenters beteende på marknaden. Enligt domstolen stod det klart att företaget – i målet – som utlämnat sina prissättningsplaner gjorde det i syfte att samordna sitt beteende med andra konkurrenter på marknaden. Avtalsrekvisitet bedömdes alltså vara uppfyllt.²²⁵

²¹⁶ Simonsson och Öberg (2006) s. 34 f; T-202/98 punkt 67; Karlsson och Östman (2014) 197 f; Whish och Bailey (2015) s. 118 f.

²¹⁷ Alison och Sufrin (2016) s. 156.

²¹⁸ Alison och Sufrin (2016) s. 158.

²¹⁹ Förenade målen T-202/98, T-204/98 och T-207/98 British Sugars.

²²⁰ Punkt 10, 11 och 46 i domen.

²²¹ Punkt 43 i domen.

²²² Punkt 46 i domen.

²²³ Punkt 53 och 54 i domen.

²²⁴ Punkt 55 i domen.

²²⁵ Punkt 56 och 57 i domen.

5.1.2 Två mål angående orsakspresumtionen

Domstolen konstaterade i det första målet²²⁶ att begreppet samordnat förfarande – utöver en etablering av ett samförstånd – förutsätter ett beteende på marknaden som svarar mot samförståndet samt ett orsakssamband mellan dessa. Vidare anförde domstolen att om flera företag deltar i ett samordnat förfarande och därefter är fortsatt aktiva på marknaden, antas företagen ta hänsyn till på mötet utlämnade uppgifter. Med andra ord antas det i en nu beskriven situation att företagen tagit uppgifterna i beaktning vid en senare positionering på marknaden.²²⁷

Domstolen slog i målet fast att orsakssambandet antas vara uppfyllt om företag som deltagit i ett samordnat förfarande därefter är fortsatt aktiva på marknaden. Domstolen presenterade därmed en form av *orsakspresumtion*, utan att för den delen använda begreppet ”presumtion”. Att delta i ett möte där strategisk information utlämnas från en part, antas därmed accepterats av motparten och även påverkat dennes positionering på marknaden i enlighet med fallet, förutsatt att parterna efter mötet är fortsatt aktiva på marknaden.

Den viktiga frågan som hänsköts till EU-domstolen i det *andra* fallet²²⁸ var huruvida samma orsakspresumtion som ovan var tillämplig även under förutsättningen att det handlade om en engångsföreteelse eller om presumtionen endast gäller i de fall då samordningen har ägt rum med regelbundenhet under en lång period.²²⁹ Domstolen ansåg att orsakssambandspresumtionen inte endast aktualiseras när aktörer träffats regelbundet, utan konstaterade att presumtionen med nödvändighet måste tolkas så att den är *starkare* när företagen samordnar sitt beteende regelbundet under en lång period.²³⁰

Där det handlar om ett enda möte som syftat till att harmonisera aktörernas beteende angående en specifik aspekt, så kan det räcka med en enda kontakt för att företagen i fråga ska uppnå sitt konkurrensbegränsande syfte.²³¹ Under förutsättningen att ett företag har deltagit i en sådan typ av samordning och därefter fortsatt är aktiva på den relevanta marknaden, framstår presumtionen om orsakssamband mellan företagens samordning och dess beteende på marknaden som tillämplig. Detta kan enligt domstolen gälla även under förutsättningen att samordningen endast har sin grund i ett enda möte mellan de berörda företagen.²³² Den här presumtionen om orsakssamband utgör en integrerad del av EU:s konkurrensrätt vilket medför att en nationell domstol är förpliktigad att tillämpa presumtionen.²³³

5.1.3 Två mål angående parallellt beteende

Vad beträffar användande av ett parallellt beteende som bevisning klagjorde domstolen i det *första* målet²³⁴ att en avgörande fråga är huruvida det påstådda parallella beteendet, med hänsyn till en rad faktorer såsom produktens art, företagets storlek och

²²⁶ C-49/92 Anic.

²²⁷ Punkt 4 i sammanfattningen av domen.

²²⁸ C-8/08 T-mobile.

²²⁹ Punkt 22 i domen.

²³⁰ Punkt 58 i domen.

²³¹ Punkt 60 i domen.

²³² Punkt 62 i domen.

²³³ Punkt 51–53 i domen.

²³⁴ C-89/85 Ahlström och andra.

antal, samt marknadsvolymen, inte kan förklaras på annat sätt än genom samordning.²³⁵ Ett parallellt beteende kan enbart anses utgöra tillräcklig bevisning för ett samordnat förfarande om den specifika samordningen är den enda rimliga förklaringen till företagets beteende på marknaden.²³⁶ Med andra ord räcker oftast inte enbart ett påvisande av ett parallellt beteende i bevishänsyn, för att styrka ett samordnat förfarande. Det krävs även ett utslutande av andra faktorer som kan ha medfört ett parallellt beteende på marknaden.

Domstolen anförde i domskälen till det *andra* målet²³⁷ att, även om ett parallellt beteende i sig inte kan likställas med ett samordnat förfarande, så kan det i bevishänsyn utgöra ett starkt indicium för ett sånt beteende, se även avsnitt 2 i framställningen. Framför allt då det parallella beteendet med hänsyn till produktens beskaffenhet, företagets storlek och antal, samt omfattningen av marknaden i fråga, leder till avtalsvillkor som inte är normala på marknaden. Domstolen vidareutvecklade att det även är ett starkt indicium om ett parallellt beteende möjliggör en prisstabilitet på en högre nivå än den som vanligtvis föreligger om det råder en effektiv konkurrens. Domstolen konstaterade vidare att, huruvida det föreligger ett samordnat förfarande eller inte, kan endast bedömas korrekt om de indicier som åberopas inte ses isolerade, utan beaktas i sin helhet.²³⁸

5.1.4 Analys av ensidigt utlämnande av strategisk information

Det kan nu konstateras att ensidigt utlämnande av strategisk information kan utgöra ett samordnat förfarande mellan flera företag. Det ovan anförda visar på vilka typer av sakförhållanden som kommissionen eller annan konkurrensmyndighet bör fokusera på i sin bevisföring, i förhoppning som att beivra ensidigt utlämnande av strategisk information. Mer konkret åsyftar det ovan behandlade till att konkretisera vilka rättsliga kriterier som bevisade sakförhållande måste innehålla, för att i förlängningen kunna uppfylla avtalskriteriet.

Om kommissionen eller annan åberopar och lyckas bevisa sakomständigheter som visar att det förekommit ett möte mellan konkurrenter där strategisk information, t.ex. prissättningsplaner, utlämnats och där aktörerna därefter varit fortsatt aktiva på marknaden, bör rimligen orsakspresumtionen tillämpas. I ett sådant scenario får företagen anses ha accepterat informationen, vilket innebär att beviskravet och bevisbördan anses uppfylld på ett relativt tidigt plan. Det här innebär en bevislättning för kommissionen och annan konkurrensmyndighet och innebär en omvänd bevisbördan där de misstänkta företagen måste presentera motbevisning för att de inte agerat i ett samordnat förfarande. Om orsakspresumtionen kombineras med påvisande av ett parallellt beteende som saknar annan förklaring, så talar mycket i riktning för att avtalsrekvisitet är uppfyllt på de bevisade sakomständigheterna.

²³⁵ Punkt 72 i domen.

²³⁶ Punkt 3 i domen.

²³⁷ C-48/69 Imperial chemical industries Ltd.

²³⁸ Punkt 68 i domen.

5.3 Ensidigt agerande i ett selektivt distributionssystem

Ett selektivt distributionssystem lämpar sig väl för tillverkare, alternativt distributörer, som vill begränsa antalet auktoriserade återförsäljare genom att ställa upp etablerade urvalskriterier.²³⁹ En tillverkares beslut att i ett sådant system, t.ex., förbjuda återförsäljare att parallellimportera varor till andra länder, kan initialt framstå som ett faktiskt ensidigt agerande. De deltagande aktörerna till ett selektivt distributionssystem får förutsättas att ha kommit överens om att agera i enlighet med ett bakomliggande kontrakt. Om tillverkaren i systemet sedan, efter kontraktssigneringen, ensidigt inför och implementerar en ny policy till kontraktet, kan den policyn anses utgöra en utökning av aktörernas samarbete, vilket i sin tur kan medföra att avtalsrekvisitet är uppfyllt. Trots att policyn införs helt ensidigt av en part, kan den alltså utgöra ett uttryck för samtliga deltagande aktörers gemensamma vilja att agera tillsammans mot ett gemensamt mål på marknaden.²⁴⁰

Vertikala avtal mellan företag faller inte inom ramen för avtalsrekvisitet när det enbart handlar om ett faktisk ensidigt agerande från ett företag. Här krävs det dock att viss försiktighet iaktas för att utröna om agerandet faktiskt är ensidigt, eller om det endast handlar om ett skenbart ensidigt agerande. Att uppfylla avtalsrekvisitet förutsätter, vilket noterats ovan i avsnitt 2, att parterna uttryckt en gemensam vilja att uppträda på ett bestämt sätt mot ett gemensamt mål på marknaden. Om det inte existerar ett uttryckligt, konkret avtal, som ger uttryck för parternas gemensamma vilja, åligger det kommissionen eller annan konkurrensmyndighet att påvisa att exempelvis en tillverkares ensidiga policy i ett selektivt distributionssystem erhållit motpartens uttryckliga eller underförstådda samtycke.²⁴¹

Som utgångspunkt finns det två sätt att styrka att en tillverkares ensidiga policy erhållit samtycke från deltagande återförsäljare i ett selektivt distributionssystem. Det första sättet består i att kommissionen eller annan konkurrensmyndighet försöker styrka existerandet av ett uttryckligt samtycke som är en följd av de befogenheter som parterna gett varandra i ett avtal som utarbetats i förväg. Om ett befintligt avtal ger ena parten möjligheten att i framtiden kunna skapa en ensidig policy, så binder den nya policyn även det andra, icke-policyskapande, företaget. I det här scenariot kan det i vissa fall fastslås att den icke-policyskapande parten samtyckt till den nya policyn, även om implementeringen av densamma är ett ensidigt agerande. Aktuell konkurrensmyndighet kan även göra ett försök i att styrka förekomsten av ett underförstått samtycke. För att lyckas med det kan konkurrensmyndigheten exempelvis försöka styrka att en part på något vis tvingar motparten till samarbete i syfte att genomföra en ensidig policy, t.ex. att motparten accepterar ett förbud, en ensidig policy, mot parallellimport, genom att i praktiken avstå från att just parallellimportera. Det handlar i så fall om att styrka ett underförstått samtycke från motparten.²⁴²

²³⁹ Westin (2007) s. 97; Ett selektivt distributionssystem finns återgivet ovan i avsnitt 2.

²⁴⁰ Bellamy och Child (2013) s. 103.

²⁴¹ Riktlinjer, vertikala samarbeten (2010) punkt 25 a; Bellamy och Child (2013) s. 103; Faull och Nikpay (2014) s. 212 ff.; T-53/03, BPB punkt 80.

²⁴² C-74/04 P, Kommissionen mot Volkswagen AG; Bellamy och Child (2013) s. 103; Alison och Sufrin (2016) s. 146; Steiner och Woods (2014) s. 660 f; C-107/82; C-25/84.

I enlighet med ovan anförda kan en ensidigt införd policy i ett selektivt distributionssystem under vissa förutsättningar utgöra ett konkurrensrättsligt avtal. Det beror på att det är möjligt att påvisa en gemensam vilja att agera mot ett gemensamt mål via dels en inbjudan och dels ett uttryckligt eller underförstått samtycke. I relationen mellan en tillverkare och dennes återförsäljare kan det underförstått framstå som att enbart de aktörer som uppfyller vissa av tillverkarens specifika krav ska få sälja tillverkarens produkter. Sådana specifikationskrav kan vara förenliga med konkurrensrätten, om tillverkaren tillämpar förfarandet konsekvent, objektivt och det är öppet för alla återförsäljare som uppfyller kraven. Det kan stundtals, med framgång, hävdas att tillträde till systemet baseras på parternas acceptering av tillverkarens konkurrensbegränsande policy. När en återförsäljare som vill inträda i systemet får avslag utgör det en effekt av de avtalsrelationer som finns mellan tillverkaren och de återförsäljare som redan har tillgång till systemet, och inte en effekt av ett till synes ensidigt agerande från tillverkarens sida. Det selektiva distributionssystemet, avtalsrelationen mellan tillverkaren och dennes återförsäljare, träffas då av avtalsrekvisitet.²⁴³

5.1.5 Bayern-fallet

Domstolen fastslog i målet²⁴⁴ att faktiskt ensidiga ageranden inte omfattas av avtalsrekvisitet. Om det däremot går att styrka att parterna har en gemensam vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt, så kan avtalsrekvisitet också träffa vissa ensidiga ageranden. Det svåra, enligt domstolen, var att göra en distinktion mellan verkligt ensidiga ageranden och enbart skenbara sådana.²⁴⁵

Koncernen Bayern, tillsammans med dennes återförsäljare, stod i fallet anklagade för att gemensamt försökt förhindra parallellimport av Bayerns produkter till andra länder. Kommissionen bedömde att Bayerns ensidiga strategi för att uppnå målet utgjorde en förlängning – ett tillägg alternativt en utökning – av det kontraktuella förhållandet som existerade mellan Bayern och sina återförsäljare. Domstolen gick i fallet på Bayerns argumentationslinje, vilket innebar att domstolen i slutändan ogillade kommissionens talan. Genom att analysera den av kommissionen presenterade bevisningen kunde domstolen konstatera att Bayernkoncernen inte hade för avsikt att styra beteendet av individuella återförsäljare eller bestämma var den slutliga destinationen av produkterna skulle hamna. I andra hand fastslog domstolen att återförsäljarna aktivt försökt att få ytterligare läkemedel levererade till sig i syfte att kunna parallellimportera till andra länder, trots de ensidiga agerandena från Bayerns sida. Domstolen kom därför i målet fram till slutsatsen att kommissionen inte lyckats styrka att det förelåg en *gemensam* vilja att agera tillsammans på marknaden – det fanns inget uttryckligt eller underförstått samtycke från återförsäljarna och parterna saknade därutöver en gemensam intention – vilket innebar att avtalsrekvisitet inte var uppfyllt.

Två viktiga och utslagsgivande faktorer i målet var att Bayern inte var i behov av assistans från återförsäljarna för att begränsa en parallellimport, och därför lämnades i fallet dels ingen inbjudan från Bayerns sida och dels inget samtycke från återförsäljarna,

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ T-41/96 Bayern.

²⁴⁵ Punkt 66–71 i domen.

vilket utgjorde en viktig faktor kring varför domstolen ansåg att avtalsrekvisitet inte var uppfyllt.²⁴⁶ Den centrala frågan gällde huruvida återförsäljarna tillsammans med Bayern delade intentionen att förhindra parallellimport. Det var inte fallet, eftersom att återförsäljarna aktivt försökte parallellimportera Bayerns produkter, även efter den senares försök i att förhindra parallellimporten. Med andra ord saknades en gemensam intention mellan parterna att agera tillsammans mot ett gemensamt mål.²⁴⁷ Utgången i det här målet har medfört vissa svårigheter för kommissionen att bevisa förekomsten av ett avtal i senare tillkomna fall.²⁴⁸

5.1.6 Volkswagen II-fallet

Domstolen²⁴⁹ anförde i domskälen att vissa ensidiga åtgärder från en tillverkares sida, inom ramen för pågående affärsförbindelser med återförsäljare, kan utgöra ett avtal i den mening som avtalsrekvisitet åsyftar. Domstolen förklarade att avgörande blir att kunna särskilja verkligt ensidiga ageranden och enbart skenbart ensidigt agerande.²⁵⁰

Vidare tillade domstolen att kommissionens syn på avtalsrekvisitet i det här hänseendet är felaktigt. Kommissionen bedömde att enbart deltagandet i det selektiva distributionssystemet utgjorde ett samtycke. Domstolen förklarade att förvisso – i undantagssituationer – kan en utveckling av ett avtal ibland ha accepterats i förväg. Däremot kan inte en otillåten utveckling av ett avtal ha ansetts accepterats i förväg, vid tidpunkten för och genom undertecknandet av ett lagligt distributionsavtal.²⁵¹ Det krävs att kravet på en samstämmig vilja styrks på annat sätt än nu beskrivet.²⁵² Kommissionen lyckades alltså inte, enligt domstolens mening, att styrka förekomsten av ett konkurrensrättsligt avtal som uppfyller avtalsrekvisitet.²⁵³

I såväl det ovan analyserade Bayern-fallet som detta fallet ansåg domstolen att kommissionen argumenterade för att mindre styrka än tidigare ska krävas i den presenterade bevisningen angående sakförhållanden som rättsligen påstår ge uttryck för att ensidiga ageranden i selektiva distributionssystem uppfyller avtalsrekvisitet. För att uppfylla avtalsrekvisitet anförde domstolen att det inte är tillräckligt att enbart bevisa deltagandet i ett selektivt distributionssystem. Deltagandet i sig binder inte upp parten för framtida förändringar och ensidiga policys i kontraktförhållandet. Kommissionen eller annan måste utöver själva deltagandet, styrka att det föreligger en gemensam vilja mellan aktörerna i fråga genom att påvisa en inbjudan och ett lämnat – uttryckligen eller underförstått – samtycke. I det aktuella fallet lyckades kommissionen inte presentera tillräckligt utredning och bevisning som uppfyllde avtalsrekvisitet.

²⁴⁶ Se även Faull och Nikpay (2014) s. 214 f.

²⁴⁷ Se även Faull och Nikpay (2014) s. 215.

²⁴⁸ Se exempelvis T-368/00 para 78–89.

²⁴⁹ T-208/01; C-74/04.

²⁵⁰ Punkt 34 och 35 i domen.

²⁵¹ Punkt 44 och 45 i domen.

²⁵² Punkt 46 i domen.

²⁵³ Punkt 59 i domen.

5.1.7 Analys av ensidiga ageranden i ett selektivt distributionssystem

Vad beträffar styrkandet av ett skenbart ensidigt agerande som uppfyller avtalsrekvisitet, kan följande slutligen noteras. Kommissionen eller annan konkurrensmyndighet måste åberopa och bevisa konkreta rättsfakta som visar att det föreligger *en gemensam vilja* mellan anklagade aktörer, likt för alla avtal, att agera på ett likartat sätt på marknaden. Det handlar exempelvis om att kunna bevisa sakomständigheter som visar att en slags *inbjudan* att agera tillsammans, mot ett gemensamt mål, överlämnats från en part till motpart där den senare avger en slags accept att agera i enlighet med inbjudan. Vad beträffar ett selektivt distributionssystem så måste den ensidigt implementerade policyn föregåtts av en nu beskriven inbjudan från tillverkaren där sedan återförsäljarna på något vis accepterat införlivandet och konsekvenserna av samma inbjudan. Detta liknar situationen där ett anbud och en accept lämnats, men avtalsrekvisitet träffar mer lösliga former av samarbeten vilket etablerades i avsnitt 2. Den viktiga frågan i det här avsnittet är att utreda vad sakomständigheter, konkreta rättsfakta, behöver ge uttryck för rent rättsligt i syfte att visa ett en utåt sätt implementerad ensidig policy i ett selektivt distributionssystem är ett uttryck för en samordning mellan två eller fler företag.

Enligt gemenskapsrättslig praxis på området är inte deltagandet i ett selektivt distributionssystem tillräckligt för att styrka ens ett underförstått samtycke, utan det krävs att samtycket bevisas på annat sätt.²⁵⁴

Om en tillverkares ensidigt implementerade policy utgör en inbjudan så måste återförsäljarnas accept på något vis styrkas. Den lägsta gränsen för den här accepten utgörs av att återförsäljaren lämnar sitt underförstådda samtycke. En central fråga är att utreda om en inbjudan från tillverkaren lämnats, som syftar till att fullgöra ett mål där konkurrensen snedvrids och där denna inbjudan underförstått accepteras av återförsäljaren. Inbjudan kan härledas från parternas respektive beteenden.²⁵⁵ Vid bedömningen kring huruvida en inbjudan och ett underförstått samtycke lämnats är en viktig fråga om tillverkaren är i behov av återförsäljarens assistans för att uppfylla ett konkurrensbegränsande mål. Om ett aktivt samarbete mellan tillverkaren och återförsäljaren krävs för att målet ska uppnås, är det troligtvis lättare att hävda att det förekommit såväl en inbjudan som ett underförstått samtycke, än i situationen att tillverkaren ensamt kan uppnå målet.²⁵⁶

Om bevisade sakomständigheter inte visar att en inbjudan tillsammans med underförstått samtycke lämnats så kan en ensidigt framtagna policy i ett selektivt distributionssystem fortfarande uppfylla avtalsrekvisitet. Nämligen om sakomständigheterna visar att en samordning föreligger i bemärkelsen att återförsäljaren och tillverkaren delat intention.²⁵⁷ Vid bedömningen angående huruvida en inbjudan har lämnats och accepterats eller om parterna delar samma intention så blir parternas faktiska beteende en viktig faktor i sammanhanget, vilket fallen ovan bevittnar om.²⁵⁸

²⁵⁴ Faull och Nikpay (2014) s. 212.

²⁵⁵ Faull och Nikpay (2014) s. 214.

²⁵⁶ Faull och Nikpay (2014) s. 214 f.

²⁵⁷ Faull och Nikpay (2014) s. 215.

²⁵⁸ Ibid.

En domstol måste således analysera huruvida bevisade konkreta rättsfakta juridiskt konstituerar en gemensam vilja mellan aktörerna i fråga att agera på marknaden på ett likartat sätt. Den gemensamma viljan påvisas genom att härleda de bevisade sakomständigheterna till ett uttryckligt eller underförstått samtycke, accept, från återförsäljaren som möter en inbjudan, anbud, från tillverkarens sida, vilket leder till att det uppstått ett konkurrensrättsligt avtal. Om det inte går kan parternas faktiska beteende visa att de ändå delar intentionen att agera mot ett gemensamt mål på marknaden, vilket också kan innebära att det annars ensidiga agerandet uppfyller avtalsrekvisitet.

6 Analys

Framställningens övergripande syfte är att bidra till en mer förutsägbar tillämpning av 2:1 KL. För att uppnå syftet har framställningen genomgående försökt precisera ett beviskrav för styrkandet av sakförhållanden där avtalsrekvisitet är uppe för bedömning. Beviskravet i det här avseendet är i dagsläget inte särskilt förutsägbart och svårtillämpat för inblandade aktörer, varför det övergripande syftet uppfylls om en korrekt precisering kan göras. Nedan besvaras de i inledningen presenterade frågeställningarna.

6.1 Den första frågeställningen

Den första frågeställningen avser att ringa in vilka bedömningspunkter som ingår i det beviskrav som träffar sakförhållanden som påstås göra avtalsrekvisitet uppfyllt. Frågeställningen lyder enligt följande:

- *Vilka bedömningspunkter ingår i beviskravet beträffande sakförhållanden som rättsligen påstås uppfylla avtalsrekvisitet på EU- samt svensk nationell nivå?*

Först kan åter noteras att avtalsrekvisitet är ett abstrakt rättsfaktum som ingår i förbudsregeln. När kommissionen eller annan konkurrensmyndighet försöker fälla två eller fler företag för överträdelse av förbudsregeln krävs det först att konkreta rättsfakta, sakförhållanden, åberopas och bevisas med stöd av tillhörande bevisfakta, bevisning, som innebär att beviskravet, förhållandevis högt, anses vara uppfyllt. Nivån på beviskravet får därför en avgörande effekt på den utredning och bevisning som presenteras i målet; vad som krävs för att ett sakförhållande anses bevisat eller inte. Om ett sakförhållande anses uppnå beviskravet i ett enskilt fall, måste domstolen därefter besvara frågan om samma sakförhållande även uppfyller samtliga juridiska kriterier som ingår i avtalsrekvisitet. De bevisade sakomständigheterna subsumeras i ett sådant läge till rekvisiten förbudsregeln. Exempelvis blir då en avgörande fråga huruvida det styrkta sakförhållandet uppfyller kravet för att utgöra ett konkurrensrättsligt avtal, där det existerar en gemensam vilja att agera tillsammans, mot ett gemensamt konkurrenshämmande ändamål.

Vad ett konkret beviskrav – t.ex. styrkt – innehåller för överväganden och bedömningspunkter är en rättsfråga. Genom tolkning av en rad aspekter kan de nedan etablerade bedömningspunkterna anses innefattas i beviskravet som berör uppfyllandet av avtalsrekvisitets.

Min inställning är att ett svenskt beviskrav i det här avseendet bör, i rimlig utsträckning och efter noggranna överväganden, finna vägledning av EU-rättsliga bedömningspunkter, trots tillämpligheten av principen om processuell autonomi. Svensk praxis ger en indikation på att även i situationen där svensk konkurrensrätt tillämpas ensamt, så bör EU-rätten användas som ett vägledande instrument. Ur praxis kan det även utläsas att om EU-rättsliga bedömningspunkter inte används i detta avseende, så kan den materiella utgången i mål som berör avtalskriteriet bli olika, beroende av om art. 101 FEUF eller 2:1 tillämpas. En sådan lösning skulle strida mot ändamålet med konkurrensrätten. Ett viktigt argument i sammanhanget är att ett centralt ändamål med

EU:s konkurrensrätt är att skapa ett enhetligt system av konkurrensregler inom hela unionen, vilket enligt mig förutsätter att beviskravet läggs på en rimlig och snarlik nivå inom hela gemenskapen.

Vad beträffar beviskravsfrågor i svenska – dispositiva – tvistemål kan *lagregelns funktion* och *konsekvensteorin* användas för att avgöra nivån på det beviskrav som ska gälla för en specifik målgrupp. Lagregelns funktion motiverar ett inte allt för högt beviskrav med anledning av att det konkurrensrättsliga regelsystemet måste vara möjligt att genomdriva. Däremot motiverar konkurrensrättens däremot tvingande, straffrättsliga och indispositiva karaktär, också enligt lagregelns funktion, ett högt beviskrav för annars hade kommissionen eller annan konkurrensmyndighet godtyckligt kunnat bötfälla företag med anledning av överträdelse av konkurrensrätten. Vidare anser jag att konsekvensteorin öppnar upp för att beviskravet måste sättas högt med anledning av att konsekvenserna för en oriktig fällande dom är värre för företag än vad en oriktig friande dom innebär för företag och som därefter får bedriva en konkurrensskadlig verksamhet. Oavsett vad krävs det att beviskravet är välbalanserat, där en helhetsbedömning måste påverka tolkningen angående nivån på beviskravet.

En central bedömningspunkt, som påverkar beviskravet, är *oskuldspresumtionen* som härletts från EU-rätten och straffrätten. Presumtionen innebär att beviskravet för avtalsrekvisitet måste sättas högt, men inte så högt att beviskravet är ställt utom rimligt tvivel. Om oskuldspresumtionen innebär att beviskravet går i en skärpande riktning, innebär den EU-rättsliga *effektivitetsprincipen* att beviskravet inte får sättas allt för högt. Min inställning är att en svensk domstol bör beakta någon form av effektivitetsprincip även vid tillämpning av svensk konkurrensrätt, vilket även kan motiveras vid beaktande av lagregelns funktion. Hela det konkurrensrättsliga regelsystemet hade varit verkningsslöst om inte lagreglerna inom systemet är effektiva, vilket motiverar ett inte allt för högt beviskrav.

Utöver ett beaktande av oskuldspresumtionen och en form av effektivitetsprincip går det att skönja ett utredningskrav från MD:s praxis. Av EU-rättslig praxis och i enlighet med *omsorgsprincipen* kan det även där skönjas att ett utredningskrav uppställs på kommissionens föregående utredning. Det här kan sammanfattas som att det uppställs ett *robusthetskrav* på den utredning som föregått anklagelsen om överträdelse av förbudsregeln. Om utredningen är känslig för nytt material som borde ha beaktats, kvarstår tvivel och då bör domstolen snarare frikänna snarare än att fälla de misstänkta företagen.

Avslutningsvis och i enlighet med ovan anförda kan noteras att vad som rimligen bör påverka beviskravet i *skärpande riktning* är alltså oskuldspresumtionen, robusthetskravet, konsekvensteorin samt i viss mån även lagregelns funktion. Vad som däremot bör påverka beviskravet i *mildrande riktning* är någon form av effektivitetsprincip samt även lagregelns funktion i bemärkelsen att konkurrensreglerna är avsedda att skapa och upprätthålla viktiga egenskaper inom EU såsom en effektiv konkurrens och den inre marknaden.

De svenska domstolarna har formulerat beviskravet som *förhållandevis högt* och jag kan acceptera valet av formulering med beaktande av ovan behandlade bedömnings-

punkter. En rimlig slutsats är att beviskravet i fråga, i förhållande till dessa bedömningspunkter, måste vara välbalanserat och relativt högt. Att använda ett precist begrepp som ska ge uttryck för ett konstant beviskrav är svårt när så många faktorer ska vägas mot varandra. Min tanke är att beviskravet framstår som någonting som liknar ett relativt högt beviskrav. Det viktiga är kanske inte heller att kunna fastslå i exakta ordalag vad beviskravet är, utan istället att förklara vilka bedömningspunkter som domstolen tar i beaktning när denne resonerar kring frågor angående bevisbörda och beviskrav i konkurrensrättsliga ärenden. Vad som därför saknas är att en svensk domstol – i domskälen – på ett utförligt vis förklarar vilka bedömningspunkter och faktorer som faktiskt ingår i beviskravet som är förhållandevis högt.

6.2 Den andra frågeställningen

Nu har bedömningspunkterna, som bör påverka nivån på beviskravet, ringats in och preciserats. Den andra frågeställningen handlar om att utreda under vilka förutsättningar som två typer av ensidiga ageranden uppfyller avtalsrekvisitet. Mer konkret handlar den här frågeställningen om vad bevisade sakomständigheter rent juridiskt måste ge uttryck för, i förhoppning om att domstolen ska anse att avtalsrekvisitet är uppfyllt vad avser två typer av ensidiga åtgärder. Den andra frågeställningen som ska besvaras är:

- *Under vilka förutsättningar kan de i framställningen presenterade ensidiga agerandena uppfylla avtalsrekvisitet?*

Att slå fast vilka faktorer som juridiskt måste vara för handen för att ett åberopat och bevisat sakförhållande som involverar ett ensidigt agerande ska omfattas av avtalsrekvisitet, är en rättsfråga. Först måste sakförhållanden bevisas och därefter måste de bevisade sakförhållandena uppfylla samtliga juridiska kriterier, som uppfyller avtalsrekvisitet. Det är domstolen som i slutändan avgör vilka kriterier som ingår i rättsfrågan och om sakförhållandet uppfyller dessa ytterligare förutsättningar – inom ramen för *iura novit curia*. Framställningen har fördjupat sig i och analyserat två typer av ensidiga ageranden, som utåt sett inte bör träffas av avtalsrekvisitet, men som efter en närmare undersökning mycket väl kan falla inom ramen för dess tillämpningsområde. Den första (1) typen av ensidiga ageranden som analyserats är ensidigt utlämnande av strategisk information på t.ex. ett möte i ett horisontellt samarbete. Den andra (2) typen består av ensidigt implementerande av nya policys i ett selektivt distributionssystem i ett vertikalt samarbete.

Vad beträffar ensidigt utlämnande av strategisk information kan följande konstateras. En orsakspresumtion – angående samordningen och det efterföljande beteendet – kan i vissa fall tillämpas. Detta under förutsättningen att kommissionen eller annan konkurrensmyndighet kan framföra bevisfakta som styrker ett sakförhållande som ger uttryck för att det förekommit ett möte mellan flera aktörer, där strategisk information utlämnats från minst en part och där aktörerna efter mötet är fortsatt aktiva på marknaden. Här frångås det annars gällande beviskravet och här åstadkoms en bevislättning genom skapandet av en form av bevisbörderegulering som brukar benämnas presumtion.

Om orsakspresumtionen är tillämplig anses bevisbördan och beviskravet för avtalsrekvisitet vara fullgjord då det bedöms att det förekommit ett samordnat förfarande mellan två eller fler parter.

I det här scenariot utgås det ifrån att aktörerna inte kan undgå att beakta utlämnad information när aktörerna sedan ska positionera sig på marknaden. På något vis anses det att informationen inte kan glömmas bort, och att den kommer att ge visst inflytande på parternas agerande, medvetet eller omedvetet. I grund och botten måste det styrkas att aktören som mottagit den strategiska informationen också accepterat densamma, som ger uttryck för en underförstådd samordning. Om bevisade sakomständigheter medför att en domstol anser att nu nämnda orsakspresumtion och ett parallellt beteende är tillämpliga så talar det starkt för att det abstrakta rättsfaktumet som utgör avtalsrekvisitet är uppfyllt.

Vad beträffar ensidigt implementerade policys i ett selektivt distributionssystem kan följande noteras. Det är fastslaget i praxis sedan länge att det krävs ett påvisande av *en gemensam vilja* att agera tillsammans mot ett gemensamt mål på marknaden, för att denna typ av ensidigt agerande ska kunna falla inom ramen för avtalsrekvisitets tillämpningsområde. En viktig fråga är exakt hur den gemensamma viljan styrks. Det handlar ju om att en aktör, t.ex. en tillverkare, ensidigt inför en ny policy som återförsäljarna i systemet blir förpliktigade till att följa, som en del av en kontraktuell relation. Det räcker ytterst sällan att enbart påvisa det blotta deltagandet i ett selektivt distributionssystem, för att uppfylla avtalsrekvisitet, vilket även slagits fast i praxis. Kommissionen eller annan måste även kunna påvisa att återförsäljarna i systemet *uttryckligen* eller *underförstått* samtyckt till den införda policyn av tillverkaren.

I den här bedömningen kan många faktorer vägas in för att avgöra om ett samtycke lämnats. Parternas faktiska ageranden kan spela en avgörande roll i samtyckesfrågan. I Bayern-fallet försökte återförsäljarna att aktivt kringgå en ensidigt implementerad policy från Bayern som syftade till att förbjuda parallellimport. I slutändan försökte alltså återförsäljarna ändå att parallellimportera Bayerns produkter till andra länder, trots den ensidiga policyn, vilket var en avgörande faktor när domstolen kom till slutsatsen att det inte hade förekommit någon form av samordning som uppfyllde avtalsrekvisitet.

En viktig aspekt att fokusera på är om en inbjudan lämnats och om denna inbjudan har accepterats av motparten. Det handlar om att utreda om tillverkaren kan implementera en ny ensidig policy på egen hand, eller om det krävs hjälp från en återförsäljare. Om hjälp krävs, kan det antyda att återförsäljaren accepterat en inbjudan om att samarbeta i ett visst avseende. Om hjälp från återförsäljarna inte är en nödvändighet för implementeringen av den ensidiga policyn, är det svårare att bevisa att en accept att agera i samförstånd har lämnats. I övrigt måste samtliga omständigheter som kan kopplas till den specifika situationen beaktas och analyseras för att avgöra huruvida en återförsäljare uttryckligen eller underförstått accepterat en inbjudan från en tillverkare att samarbeta genom en ensidigt införd policy i ett selektivt distributionssystem.

Även om en inbjudan saknas, kan en gemensam vilja ändå styrkas på ett annat sätt. Det handlar om att kommissionen eller annan konkurrensmyndighet måste framföra stöd för att misstänka parter delar samma intention. I Bayern-fallet saknades det en gemensam intention att agera tillsammans för ett gemensamt ändamål. Det kunde inte

slås fast att återförsäljarna och Bayern hade den gemensamma intentionen att förhindra parallellimport av produkten till andra länder. Återförsäljarnas faktiska ageranden talar istället i motsatt riktning. Viktigt att notera att det är endast i undantagsfall som enbart deltagandet i ett selektivt distributionssystem innebär att det föreligger en gemensam vilja, utan det krävs oftast någonting ytterligare.

När det handlar om (1) mål där ett misstänkt företag ensidigt utlämnat strategisk information på ett möte med andra konkurrenter, så kommer orsakspresumtionen och förslagsvis ett parallellt beteende vara två viktiga inslag i en konkurrensrättslig domstolsprocess. Det torde räcka för kommissionen eller annan att först uppnå beviskravet angående förekomsten av sakomständigheter som visar att ett möte ägt rum mellan konkurrenter, där strategisk information utlämnats från en aktör, där sedan aktörerna är aktiva på marknaden därefter. Om det bevisade sakförhållandet visar nu nämnda talar mycket för att samtliga juridiska kriterier som uppfyller avtalsrekvisitet är för handen.

När det handlar om (2) mål där ett misstänkt företag implementerat en ensidig policy i ett selektivt distributionssystem så måste kommissionen eller annan att uppnå beviskravet angående förekomsten av sakomständigheter som visar att det finns en gemensam vilja mellan aktörerna i systemet att agera tillsammans. Detta sker genom att de bevisade sakomständigheterna visar att det förekommit ett uttryckligt eller underförstått samtycke från återförsäljarna. Genom att titta på aktörernas faktiska ageranden och övriga omständigheter kan detta styrkas genom att se över om en inbjudan lämnats och accepterats eller om parterna delar samma intention.

6.3 Den tredje frågeställningen

Nu har två av framställningens tre frågeställningar besvarats, vilket betyder att samtliga bedömningspunkter kring beviskravet slagits fast. Därutöver har framställningen konstaterat vilka ytterligare aspekter som en domstol måste förhålla sig till, när mål angående vissa typer av ensidiga ageranden är uppe för bedömning. Den sista frågan handlar om att besvara om beviskravet i dagsläget är förutsägbart, eller om det i dagsläget är svårt för såväl företagen som för kommissionen eller annan konkurrensmyndighet att förutse vad beviskravet faktiskt ger uttryck för. Den sista frågeställningen som ska besvaras lyder enligt följande:

- *Är beviskravet angående avtalsrekvisitet tillräckligt förutsägbart?*

Att den svenska lagstiftaren och rättstillämparen inte har besvarat frågan om och i vilken utsträckning som svenska domstolar ska beakta EU-rättsliga bedömningspunkter, vilka rimligen bör inverka på strängheten angående beviskravet för påstådda sakförhållanden som anses uppfylla avtalsrekvisitet – på ett tillfredsställande sätt – anser jag vara problematiskt. Den här problematiken blir uppenbart svårare att förhålla sig till när svensk praxis och svenska förarbeten ger en indikation på att vägledning vad beträffar beviskravet i konkurrensärenden kan hämtas från EU-rätten – även där svensk rätt tillämpas ensamt – samt att exempelvis oskuldspresumtionen och vissa EU-rättsliga bevispresumtioner är tillämpliga i konkurrensfall.

Slutsatsen av detta bör rimligen vara att vissa EU-rättsliga bedömningspunkter ska inverka på beviskravet, men frågan som kvarstår är vilka och varför. Det är svårt att avgöra om och därefter i vilken utsträckning de svenska domstolarna kan och bör finna vägledning från EU-rätten när det handlar om att precisera ett beviskrav i det här avseendet. Förutsägbarheten måste anses vara låg där det utan tvekan går att bli mer tydlig från såväl lagstiftarens som rättstillämparens håll. Utan svårighet hade lagstiftaren alternativt rättstillämparen ensamt eller tillsammans kunnat sätta ned foten och konstatera om och i så fall vilka EU-rättsliga bedömningspunkter som påverkar det svenska, nationella, beviskravet.

För svensk del benämns beviskravet som *förhållandevis högt* utan att en grundlig problematisering av de ovan anförda utförts, vilket innebär att det inte är helt lätt att ringa in vilka rättsfakta som t.ex. vid ensidiga ageranden kan skapa sådana avtalsliknande arrangemang som gör avtalarekvisitet uppfyllt. Att precisera ett beviskrav till något som rakt igenom är relativt, kräver samtidigt en förklaring angående vilka bedömningspunkter som inverkat på valet av begreppsparet i fråga. Förslagsvis hade en domstol kunnat göra en punktlista angående vilka bedömningspunkter som i dagsläget inverkar på nivån för beviskravet och därefter ingående analyserat varför och i vilken utsträckning de gör det.²⁵⁹ För närvarande är det oklart vad beviskravet förhållandevis högt påverkats av för slags bedömningspunkter, vilket såklart påverkar förutsägbarheten för hela förbudsregeln i negativ bemärkelse.

Vad beträffar ensidiga ageranden som kan uppfylla avtalsrekvisitet så har inte några sådana behandlats i MD:s praxis vid tidpunkten för den här framställningen. Det betyder att framställningen har belyst rättsliga kriterier som åberopade och bevisade sakförhållanden måste ge uttryck för, i syfte att uppfylla avtalsrekvisitet. Framställningen har med andra ord försökt belysa vilka rättsfakta som är tillräckliga, för att avtalsrekvisitet ska kunna uppfyllas genom vissa typer av ensidiga ageranden. Det är i dagsläget svårt att avgöra vilka åberopade och sedermera bevisade rättsfakta som visar på att en inbjudan till samarbete och att ett uttryckligt eller det underförstått samtycke lämnats i det selektiva distributionssystemet. Vidare är det även svårt att avgöra under vilka förutsättningar som ett bevisat sakförhållande visar att ett ensidigt utlämnande av strategisk information förekommit, som uppfyller avtalsrekvisitet. Förutsägbarheten är därför, av förklarliga skäl, låg med anledning av avsaknaden av såna här mål på ett svenskt, nationellt, plan.

Den sista frågeställningen måste besvaras genom att konstatera att beviskravet vad beträffar sakförhållanden som påstås kunna uppfylla avtalsrekvisitet såväl i sin helhet som vad beträffar de i framställningen behandlade ensidiga ageranden, är oförutsägbart i dagsläget. Beviskravet – primärt med avseende på ensidiga ageranden – kommer däremot även fortsättningsvis att vara oförutsägbart, med anledning av att det inte kommer gå att göra en uttömmande lista angående vilka ageranden som träffas av avtalsrekvisitet. För att kunna stävja samordningar mellan företag som är skadliga för konkurrensen så måste den här frågan lämnas öppen. Vad beträffar ensidiga ageranden

²⁵⁹ Jmf exempelvis NJA 2015 s. 702 p. 17 och framåt. Domstolen var väldigt utförlig i sitt sätt att beskriva hur bevisvärderingen i målet gått till. Domstolar som handskas med konkurrens mål hade med enkelhet kunnat göra på liknande sätt, för att skapa en högre grad av förutsägbarhet kring exempelvis 2:1 KL.

stärks detta med anledning av att ensidiga ageranden primärt bör träffas av bestämmelsen angående dominerande ställning, 2:7 KL, och inte förbudsregeln. Gränsdragningen mellan faktiskt ensidiga ageranden och enbart skenbara sådana kommer med andra ord att förbli svår. Den här framställningen har behandlat två typer av ensidiga ageranden som trots detta kan fall inom ramen för förbudsregeln, vilket förhoppningsvis skapat en, om något begränsad, större förutsägbar tillämpning av 2:1 KL.

Oförutsägbarheten som omgärdar beviskravet är, som nämnts, hög och hade kunnat avhjälpas betänkligt. Framför allt om lagstiftaren och rättstillämparen separat eller tillsammans konkretiserat ned, på ett utförligt vis, vilka bedömningspunkter som ingår i beviskravet, varför och i vilken utsträckning. Osäkerheten kring vilka bedömningspunkter som påverkar nivån på beviskravet och varför, måste i dagsläget bedömas skapa ett oförutsägbart beviskrav. Användandet av beviskravet förhållandevis högt, kräver en mer utförlig analys kring vilka bakomliggande faktorer som varit avgörande för domstolen när den valt detta begreppspar. Det som presenterats i den här framställningen har förhoppningsvis skapat en bild kring vilka bedömningspunkter som kan relateras till beviskravet där avtalsrekvisitet är uppe för bedömning och då även konkretiserat vad åberopade och bevisade sakomständigheter måste ge uttryck för. Framställningen bör även ha bidragit till att ringa in vad en domstol måste relatera bevisade sakförhållanden till.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt. 1, Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*, 3. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011 – Hänvisad som Bernitz (2011).

Dahlman Christian, *Beviskraft – Metod för bevisvärdering i brottmål*, 2016 – Hänvisad som Dahlman (2016).

Diesen, Christian, *Bevis. 10, Bevisprövning i brottmål*, 2. [rev. och utök.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015 – hänvisad som Diesen (2015).

Edelstam, Gunilla, *Förvaltningsmyndigheters utredningsskyldighet: en rättssäkerhetsstudie = Obligation of administrative authorities to perform investigations: a legal security study*, 1. uppl., Fritze, Diss. Lund: Univ., Stockholm, 1995 – Hänvisad som Edelstam (1995).

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Heuman, Lars, *Rättegång. H. 4, 7.*, omarb. och rev. uppl., Norstedt, Stockholm, 2009 – Hänvisad som Ekelöf m fl (2009).

Faull, Jonathan, Nikpay, Ali och Taylor, Deirdre (red.), *Faull och Nikpay: the EU law of competition*, 3. ed., Oxford University Press, Oxford, 2014 – hänvisad som Faull och Nikpay (2014).

Gustafsson, Leif (red.), *Svensk konkurrensrätt*, 2. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2004 – Hänvisad som Gustafsson m fl (2004).

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011 – Hänvisad som Hettne (2011).

Heuman, Lars, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2005 – Hänvisad som Heuman (2005).

Jones, Alison och Sufrin, Brenda, *EU competition law: text, cases, and materials*, 6. ed., Oxford University Press, Oxford, 2016 – Hänvisad som Jones och Sufrin (2016).

Karlsson, Johan. Wetter, Carl. Östman, Marie, *Konkurrensrätt – En kommentar* Thomson Reuters, Stockholm, 2009 – Hänvisad som Karlsson m fl (2009).

Karlsson, Johan och Östman, Marie, *Konkurrensrätt: en handbok*, 5., [rev.] uppl., Karnov, Stockholm, 2014 – Hänvisad som Karlsson och Östman (2014).

Khan, Nicholas och Kerse, Christopher Stephen, *Kerse och Kahn on EU antitrust procedure*, 6. ed., Sweet och Maxwell, London, 2012 – Hänvisad som Khan och Kerse (2012).

- Kleineman, Jan: *Juridisk metodlära* (red.: Korling, Fredric; Zamboni, Mauro, Studentlitteratur, Lund 2013 – Hänvisas som Kleineman (2013).
- Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor: en studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*, Iustus, Diss. Uppsala: Univ., Uppsala, 1987 – Hänvisad som Lindell (1987).
- Nordh, Roberth, *Bevisrätt A: allmänna bevisfrågor: om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Iustus, Uppsala, 2009 – Hänvisad som Nordh (2009).
- Nordh, Roberth, *Bevisrätt B: bevisbörda och beviskrav*, Iustus, Uppsala, 2011 – Hänvisad som Nordh (2011).
- Nazzini, Renato, *Concurrent proceedings in competition law: procedure, evidence and remedies*, Oxford University Press, Oxford, 2004 – Hänvisad som Nazzini (2004).
- Peczenik, Aleksander: *Juridikens teori och metod*, Fritze, Stockholm 1995 – Hänvisad som (1995).
- Reichel, Jane: *Juridisk metodlära* (red.: Korling, Fredric; Zamboni, Mauro), Studentlitteratur, Lund 2013 – Hänvisad som Reichel (2013).
- Reinisch, August, *Essentials of EU law*, 2. ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2012 – Hänvisad som Reinisch (2012).
- Rose, Vivien, Bailey, David, Bellamy, Christopher W. och Child, Graham D. (red.), *European Union law of competition*, 7. ed., Oxford Univ. Press, Oxford, 2013 – Hänvisad som Bellamy och Child (2013).
- Simonsson, Ingeborg, *Legitimacy in EU cartel control*, Hart, Oxford, 2010 – hänvisad som Simonsson (2010).
- Schütze, Rober, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015 – hänvisad som Schütze (2015)
- Westin, Jacob, *Europeisk konkurrensrätt*, Studentlitteratur, Lund, 2007 – Hänvisad som Westin (2007).
- Westberg, Peter, *Civilrättskipning*, 2., rev. och utök. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013 – Hänvisad som Westberg (2013).
- Woods, Lorna, Watson, Philippa och Steiner, Josephine, *Steiner och Woods EU law*, 12. ed., Oxford Univ. Press, Oxford [u.a.], 2014 – hänvisad som Steiner och Woods (2014).
- Whish, Richard och Bailey, David, *Competition law*, 8. ed., Oxford University Press, Oxford, 2015 – Hänvisad Whish och Bailey (2015).

Artiklar

Bastidas Venegas Vladimir, *Tillkännagivanden och riktlinjer inom EU:s konkurrensrätt*, EUT 2011 nr. 4 – Hänvisad som Bastidas (2011)

Jareborg Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 8 – Hänvisad som Jareborg (2004).

Lambertz Göran, *Kvalitetssäkring av bevisprövningen i brottmål*, SvJT 2009 s. 3 – hänvisad som Lambertz (2009)

Nordh Robert, *Bevisbörda och beviskrav i twistemål*, SvJT 2012 s. 781 – hänvisad som Nordh (2012).

Andersson Helene, *Rätten till en rättvis rättegång i konkurrensrätt – nu också en fråga för EFTA-domstolen*, ERT 2012 nr. 3 – Hänvisad som Andersson (2012).

Simonsson Ingeborg, *Bevisbörda och beviskrav i kartellmål*, JT 2001/02 Nr. 3 – Hänvisad som Simonsson (2001)

Simonsson, Ingeborg, Öberg Ulf, *Bensinkartell domen MD 2005:7 – Fördragstridig tillämpning av EG:s konkurrensrätt*, SvJT 2006 s. 23 – Hänvisad som Simonsson och Öberg (2006)

Henriksson Lars, *Marginalklämning som missbruk av marknadsdominans – en analys av MD:s avgörande i TeliaSonera-målet*, Ny Juridik 2:13 s. 45 – Hänvisad som Henriksson NJ 2:13.

Offentligt tryck

Sverige

Propositioner

Proposition 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning

Proposition 1999/2000:140 Konkurrensolitik för förnyelse och mångfald

Proposition 2003/04:80 Moderniserad konkurrensövervakning

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

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

Proposition 2009:10:236 Vertikala konkurrensbegränsande avtal

Proposition 2010/11:59 Horisontella konkurrensbegränsningar

Utredningsbetänkanden

SOU 1991:59 – Konkurrens för ökad välfärd

SOU 2006:99 – En ny konkurrenslag

SOU 2013:17 - Brottmålsprocessen

Internet

Whish, Richard, ”*information agreements*” i ”*The pros and cons of information sharing*” (red.: Bergman) Konkurrensverket, 2006, (besökt 2016-10-11), <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/research/the-pros-and-cons-of-information-sharing.pdf> – Hänvisad som Whish (2006)

<http://www.konkurrensverket.se/konkurrens/ordlista/#R> (besökt 2016-14-11) – Hänvisad som Konkurrensverkets ordlista.

Zeteo Internet, Konkurrenslag (2008:579) (besökt 2016-06-09) – Hänvisad som Zeteo, lagkommentar.

Karnov Internet, Konkurrenslag (2008:579) (besökt 2016-05-09) – Hänvisad som Karnov, lagkommentar.

Europeiska unionen

Report from the commission, Report on Competition Policy 2012,, http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2012/part1_en.pdf (besökt 2016-11-10) - hänvisad som European competition policy (2012).

Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT 2011/C 11/01 <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/konkurrens/pm/kommissionens-riktlinjer-om-horisontella-samarbetsavtal.pdf> – Hänvisad som Riktlinjer, horisontella samarbetsavtal (2011)

Riktlinjer om vertikala begränsningar, EUT 2010/C 130/01 <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/konkurrens/pm/kommissionens-riktlinjer-om-vertikala-begransningar.pdf> – Hänvisad som Riktlinjer, vertikala begränsningar (2010)

Kapitel 6: The Rules of Evidence in EU Cartel Proceedings and Fundamental Rights, av Andreas Scordamaglia-Tousis, EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights, International Competition Law Series, Volume 54 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013). <http://www.kluwercompetitionlaw.com.ludwig.lub.lu.se/document/KLI-Scordamaglia-Ch06?title=EU%20Cartel%20Enforcement%3A%20Reconciling%20Effective%20Public%20Enforcement%20with%20Fundamental%20Rights> – Hänvisad som Scordamaglia (2013).

Rättsfallsförteckning

Europeiska unionen

Tribunalen

T-1/89 *Rhone-Poulenc SA mot Europeiska kommissionen* EU:T:1991:56

T-41/96 *Bayer AG mot Europeiska Kommissionen* EU:T:2000:242

T-112/98 *Mannesmannröhren-Werke AG mot Europeiska kommissionen* EU:T:2001:6

T-202/98, T-204/98 och T-207/98 *Tate och Lyle, British Sugar plc och Napier Brown och CO. Ltd mot Europeiska kommissionen* EU:T:2001:185

T-368/00 *General Motors Nederland BV och Opel Nederland BV mot Europeiska kommissionen* EU:T:2003:275

T-208/01 *Volkswagen AG mot Europeiska kommissionen* EU:T:2003:326

T-53/03 *BPB plc mot Europeiska kommissionen* EU:T:2008:254

EU-domstolen

C-48/69 *Imperial chemical industries Ltd. mot Europeiska kommissionen* EU:C:1972:70

C 6/72 *Europemballage Corporation och Continental Can mot Europeiska Kommissionen*
EU:C:1973:22

C-40/72 *Suiker, Schroeder KG* EU:C:1973:1

C-89/85 *A. Ablström Osakeyhtiö och andra mot den Europeiska kommissionen* eu:c:1993:120

C-49/92 P, *Anic Partecipazioni SpA mot Europeiska kommissionen* EU:C:1999:356

C-199/92 P *Hüls AG mot Europeiska kommissionen* EU:C:1999:358

C-7/95 P *John Deere Ltd mot Europeiska kommissionen* EU:C:1998:256

C-78/98 *Shirley Preston m fl* EU:C:1999:410

C-238/05 *Asnef-Equifax* EU:C:2006:734

C-8/08 *T-mobile Netherlands* EU:C:2009:343

C-260/09 P *Activision Blizzard Germany GmbH mot Europeiska kommissionen*
EU:C:2011:62

C-634/13 P *Total Marketing Services SA mot Europeiska kommissionen* EU:C:2015:614

C-74/14 *"Eturas" UAB m fl* EU:C:2016:42

Sverige

Marknadsdomstolen

Marknadsdomstolens dom 2003:2 den 2003-01-24, Dnr A 1/02 – Uonor.

Marknadsdomstolens dom 2008:12 den 2008-09-12, Dnr A 3/06 – Bilia.

Marknadsdomstolens dom 2005:7 den 2005-02-22, Dnr A 2/03 – Bensinkartellen.

Marknadsdomstolens dom 2009:11 den 2009-05-28, Dnr A 2/07 – Asfaltkartellen.

Marknadsdomstolens dom 2013:5 den 2013-04-12, Dnr A 8/11 – TeliaSonera.

Marknadsdomstolens dom 2002:21 den 2002-09-04, Dnr A 1/01 – AGA Gas.

Stockholms tingsrätt

Stockholms tingsrätts dom T 19974–10 KKV-/- Scandorama AB m fl den 2012-02-24.

Stockholms tingsrätts dom T 10057-14 KKV-/- Alfa Quality Moving AB 2016-05-16.

Högsta domstolen

NJA 1986 s. 821

NJA 2015 s. 702

Övrigt

EFTA-domstolen

Mål E-15/10, Posten Norge AS mot EFTA Surveillance Authority. EFTA-domstolens dom av den 18 april 2012.