

Skadestånd som sanktion mot karteller

Konkurrensverkets A4-serie

Konkurrensverket juli 2002
Utredare: jur.kand. Martin Levinsohn, och
professor Hans Henrik Lidgard
ISSN-nr 1650-8181

Innehållsförteckning

Förkortningar	8
1 Inledning	9
2 Konkurrensskador och sanktionssystemet	11
2.1 Sanktionssystemet	11
2.2 Skadeståndets funktioner	13
2.3 Konkurrensskador	15
2.4 Optimal deterrence model	18
3 Amerikansk konkurrensrätt	21
3.1 Konkurrenslagarna	21
3.2 Skadeståndsregeln	21
3.3 Amerikanska egenheter	22
3.4 Närmare om skadeståndets utformning	22
3.4.1 Passing-on	23
3.4.2 Antitrust injury	25
3.4.3 In pari delicto	26
3.4.4 Kretsen av skadeståndsberättigade	27
4 Svensk konkurrensrätt	29
4.1 Konkurrenslagen	29
4.2 Skadeståndsregeln i 33 § KL	29
4.2.1 KL och civilrättsliga rättsföljder	29
4.2.2 Rekvisiten i 33 § KL	30
4.2.3 Skadeståndets funktion i svensk konkurrensrätt	32
4.2.4 Vilka skador är ersättningsgilla?	33
4.2.5 Alternativa ansvarsgrunder	35
4.3 Kretsen av skadeståndsberättigade	36
4.3.1 KL:s skyddsintresse	36
4.3.2 Begreppen ”företag” och ”avtalspart”	38
4.3.3 Kunder	39
4.3.4 Leverantörer (”tidigare säljled”)	43
4.3.5 Konkurrenter	43

4.3.6	Delaktiga företag	46
4.3.7	Övriga	47
5	EG:s konkurrensrätt	48
5.1	EG:s konkurrensregler	48
5.2	Skadestånd vid överträdelser av konkurrensrätten	48
5.2.1	Generaladvokaten i <i>Banks</i>	49
5.2.2	Guérin	51
5.2.3	Courage v. Crehan	51
5.3	Skadeståndets funktion och utformning	53
5.3.1	Rätten till skadestånd	53
5.3.2	Skadeståndets funktion inom EG:s konkurrensrätt	53
5.3.3	Kretsen av skadeståndsberättigade	56
6	Europeiska principer för skadeståndets utformning	60
6.1	Kompetensfördelningen	60
6.2	Konkurrensskada	61
6.3	Övervältring av överpris	66
6.3.1	Indirekta kunders skadeståndsanspråk	67
6.3.2	Övervältringsförsvar	68
6.3.3	Asymmetrisk lösning	70
7	Skadestånd och kartellbekämpning	72
7.1	Både kunder och konkurrenter kan öka trycket	72
7.1.1	Kunderna	72
7.1.2	Konkurrenterna	77
7.1.3	Skadeståndsberäkningen ett problem	79
7.2	Skadeståndets roll i sanktionssystemet	79
7.2.1	Skadeståndsmål kommer att vara följdprocesser	79
7.2.2	Skadestånd som komplement till offentliga sanktioner	81
7.2.3	Ökat användande av skadeståndet – problem och möjligheter	82
7.2.4	Åtgärder som kan främja användandet av skadeståndet	83

7.3 Skadeståndet – mer rättsmedel än sanktion	84
Litteraturförteckning	86
Rättsfallsförteckning	91

Förkortningar

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

1 Inledning

Karteller betraktades under förra delen av 1900-talet som ett positivt inslag i den svenska ekonomin. Statens ambition var inte att undanröja kartellbildningar eller att motverka deras uppkomst. Istället uppmuntrades näringslivets aktörer att träffa överenskommelser om pris och utbud. Inställningen till karteller har efterhand förändrats. Genom ikraftträdandet av den nuvarande svenska konkurrenslagen markerades tydligt att kartellbildningar ska bekämpas. Konkurrensverket, med den nyinrättade konkurrensskadeavgiften som främsta vapen, tilldelades huvudansvaret för kartellbekämpningen.

Under 1990-talet har kartellbekämpningen kommit att inta en alltmer central plats i konkurrensövervakningen. Konkurrensmyndigheterna i såväl Sverige som övriga Europa har ägnat de verkligt skadliga pris- och marknadsuppdelningskartellerna ökad uppmärksamhet. Bötessummorna, eller konkurrensskadeavgifterna, har successivt blivit allt större. För närvarande innehar vitaminkartellen rekordet efter att kartellföretagen tillsammans ålades att betala drygt 850 miljoner euro i böter i november 2001. Trots att mer resurser läggs på kartellbekämpning och trots att bötesbeloppen skjutit i höjden, upptäcks ständigt nya kartellbildningar. I Sverige kan Konkurrensverkets utredningar av bensin- och asfaltkartellerna nämnas, medan EU-kommissionen under 2001 fattade beslut i inte mindre än 10 kartellärenden.¹

Det framstår som om höga böter och konkurrensskadeavgifter inte har en tillräckligt avskräckande verkan på en del av näringslivets aktörer. Diskussionen har därför kommit att inriktas på konkurrensrättens sanktionssystem. Å ena sidan har åtgärder satts in för att öka chansen för att kartellföretag upptäcks; genom att utlova nedsättning av konkurrensskadeavgiften ska inblandade företag ges incitament att medverka till kartellers upptäckt och lagföring. Å andra sidan har kraftigare sanktioner diskuterats, framför allt i termer av en kriminalisering av de svenska konkurrensrättsförbudet.

¹ KKV, Ansökan om stämning 2000-06-29 (bensinkartell); KKV, Konkurrensnytt 2002:2; och EU-kommissionen, "Commission Adopts Eight New Decisions Imposing Fines on Hard-Core Cartels", *Competition Policy Newsletter* 2002:1, s. 29.

Ett hitintills outnyttjat sanktionsinstrument i den svenska konkurrenslagen är skadeståndet – en sanktion som i kartellbekämpningens ursprungsland USA intar en dominerande roll. I detta arbete har vi för avsikt att studera skadeståndets utformning och funktion i svensk och europeisk konkurrensrätt med utgångspunkt från hur det kan bidra till en effektivare kartellbekämpning.

2 Konkurrensskador och sanktionssystemet

2.1 Sanktionssystemet

De centrala reglerna inom konkurrensrätten är förbudsregler. Olika former av konkurrensbegränsande samarbeten och förfaranden är förbjudna. För att konkurrensreglernas syften ska kunna förverkligas, krävs att förbuden respekteras inom näringslivet. Det är tänkbart att detta kan uppnås endast genom att reglerna existerar; reglerna kan antas ha en viss moralbildande och handlingsdirigerande verkan just genom att vara lagfästa. I praktiken krävs dock ett sanktionssystem.²

Konkurrensrättens sanktionssystem kan utformas efter endera av två modeller. Antingen förlitar lagstiftaren sig på efterhandskontroll (*ex post enforcement*) eller också utnyttjas ett system med förhandskontroll (*ex ante enforcement*).³ Kombinationer är givetvis också möjliga. Det europeiska sanktionssystemet har hitintills byggt på en kombination av förhandskontroll (artikel 81 EG, 6 § KL) och efterhandskontroll (artiklarna 81 och 82 EG, 6 och 19 §§ KL), medan det amerikanska sanktionssystemet uteslutande använder efterhandskontroll.

En annan distinktion fokuserar på aktören eller aktörerna som administrerar kontrollen. Antingen övervakas konkurrensreglerna av myndigheter (*public enforcement*) eller också förlitar sig lagstiftaren på privata aktörer (*private enforcement*).⁴ Myndighetsövervakning utgör ett centralt inslag i det europeiska sanktionssystemet, medan privat – eller civilrättslig – övervakning hitintills har spelat

² Termen "sanktionssystem" används som en sammanfattande beteckning för olika metoder för att övervaka reglernas efterlevnad; den är avsedd att motsvara engelskans "enforcement system".

³ Wouter P.J. Wils, *The Modernization of the Enforcement of Articles 81 and 82 – A Legal and Economic Analysis of the Commission's Proposal for A New Council Regulation Replacing Regulation No. 17*, 24 Fordham Int'l. L.J. 1655 (2001), online: Westlaw, s. 1660 ff.

⁴ Kent Roach & Michael J. Trebilcock, *Private Enforcement of Competition Laws*, 34 Osgoode Hall L.J. 461 (1996), s. 471 ff.

en underordnad roll.⁵ Såväl EG:s konkurrensregler (artikel 81.2) som den svenska konkurrenslagen (7 och 33 §§ KL) innehåller dock uttryckliga stadganden om konkurrensreglernas civilrättsliga återverkningar. I det amerikanska sanktionssystemet har privat övervakning däremot utgjort ett sedan länge dominerande inslag; sedan början av 1970-talet har civilrättsliga mål utgjort mellan 90 och 95 % av alla ingripanden.⁶

Det kan diskuteras vilken som är den mest lämpliga kombinationen av förhandskontroll och efterhandskontroll, liksom av privat och offentlig kontroll. Generellt kan det framhållas att efterhandskontroll är att föredra framför förhandskontroll om rättsläget är klart och upptäcktsrisken är hög.⁷ Av större intresse i föreliggande sammanhang är emellertid de respektive för- och nackdelarna med privat och offentlig övervakning. Under antagande att det grundläggande syftet med konkurrensreglerna är av allmän eller samhällelig karaktär, kan det möjligen framstå som om offentlig övervakning är att föredra.⁸

Konkurrensmyndigheter övervakar konkurrensreglernas efterlevnad och har tillgång till expertkunnande, effektiva metoder för bevisinsamling och kan bedöma en regelöverträdelse mot bakgrund av dess inverkan på allmänintresset. Privat övervakning kan komplettera myndigheternas övervakning, vilket är särskilt viktigt om myndigheterna har begränsade resurser till sitt förfogande. Enskilda kan också, till följd av specifik marknadskunskap, vara bättre på att upptäcka och lagföra vissa former av överträdelser. Vidare kan privat övervakning fungera som en kontroll av att myndigheternas ansträngningar verkligen inriktas på rätt konkurrensbegränsningar; övervakningsmonopol kan liksom marknadsmonopol vara av ondo. Slutligen kan civilrättsliga mål, till skillnad från offentliga

⁵ Wils, s. 1703.

⁶ Roach & Trebilcock, s. 465 f.

⁷ Wils, s. 1664 f.

⁸ Roach & Trebilcock, s. 472, anför: Private actors, in many cases, may lack the desire, resources, or expertise to enforce public laws. Those that do possess these qualifications may seek to appropriate the enforcement powers and remedies ordinarily available only to public officials in order to advance their own strategic ends..

ingripanden, kompensera enskilda skadelidande och korrigera rättighetskränkningar.⁹

2.2 Skadeståndets funktioner

Skadeståndssanktionen utgör ett inslag av privat efterhandskontroll. Skadeståndet kan i konkurrensrättsliga sammanhang fylla tre huvudfunktioner:

1. Det skapar incitament för enskilda att ingripa mot konkurrensbegränsningar;
2. Det bidrar till att avskräcka företag från att överträda förbuden; och
3. Det kompenserar enskilda skadelidande för de skador som specifika överträdelser ger upphov till.

Konkurrensreglerna är i första hand avsedda att skydda allmänna eller samhällliga intressen. Jan Andersson betecknar dessa intressen konkurrensreglernas ändamål.¹⁰ Genom att konkurrensreglerna kopplas till civilrättsliga rättsföljder, framgår att de även syftar till att skydda enskilda intressen.¹¹ Enligt Jan Andersson är det därvidlag mer lämpligt att tala om konkurrensreglernas skyddsändamål.¹² Normalt sammanfaller ändamålen och skyddsändamålen, men det är tänkbart att en spänning mellan dem kan uppstå i ett konkret fall. Utan att gå närmare in på vilka konkurrensreglernas ändamål är, kan det framhållas att skadeståndet bidrar till uppnåendet av ändamålen genom att förse enskilda aktörer med incitament att ingripa mot konkurrensbegränsningar.¹³

⁹ Roach & Trebilcock, avsnitt III, särskilt s. 488 f.

¹⁰ Jan Andersson, *Legala förbud och ogiltighet – en teleologisk studie*, TFR (1999) 533 [J. Andersson, *Legala förbud*], s. 595 och 626 ff.

¹¹ Jfr. Torbjörn Andersson, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler – en studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten* (Iustus förlag, Göteborg, 1999) [T. Andersson, *Dispositionsprincipen*], s. 148 f.

¹² J. Andersson, *Legala förbud*, s. 595 och 626 ff.

¹³ Se Nils Wahl, *Konkurrensskada – skadeståndsansvar vid överträdelse av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen* (JureCLN AB, Stockholm, 2001), s. 29 f.

Av ännu större betydelse är att skadeståndsansvaret kan ha en avskräckande inverkan. Det finns olika idéer om hur skadeståndets s.k. allmänpreventiva verkan fungerar; moralbildning, utpekandet av skyldiga och kopplingen till ”badwill” har framhållits som tänkbara förklaringar.¹⁴ Inom skadeståndsrätten i allmänhet, och konkurrensrätten i synnerhet, har dock rättsekonomiska teorier om allmänprevention kommit att inta en särställning.¹⁵

Den generella utgångspunkten för rättsekonomiska teorier om prevention är att sanktionen, eller skadeståndet, minst måste uppgå till den vinst som företaget förväntar sig uppnå genom att överträda förbudet. Företag som överträder förbuden inom konkurrensrätten förväntar sig normalt att göra s.k. monopolvinster¹⁶; vinster som överstiger vad som skulle ha varit möjligt att uppnå på en konkurrensutsatt marknad. Utgångspunkten är därför att sanktionen minst måste motsvara monopolvinsten för att ha någon avskräckande inverkan på företagets handlingsmönster. Alla överträdelser upptäcks dock inte. Om ett riskneutralt företag uppskattar upptäcktsrisken till mindre än ett, kommer en sanktion som motsvarar monopolvinsten inte att avhålla företaget från att genomföra handlingen ifråga. Teoretiskt sett bör sanktionen, eller skadeståndet, därför justeras för upptäcktsrisken, på så vis att monopolvinsten multipliceras med den inverterade upptäcktsrisken.¹⁷

Det bör understrykas att skadeståndets incitamentskapande och preventiva funktioner samverkar – skadeståndet ger privata aktörer incitament att agera och risken för skadeståndsskyldighet verkar avskräckande på företag. Två kommentarer bör dock göras i detta sammanhang. För det första kan det observeras att preventions-effekten är beroende av att företaget inte kan påräkna någon monopolvinst; sanktionen måste motsvara hela monopolvinsten. Detta

¹⁴ Se Jan Hellner & Svante Johansson, *Skadeståndsrätt* (Nordstedts Juridik, Göteborg, sjätte upplagan, 2000), s. 40 ff., för en allmän diskussion om skadeståndets preventionsverkan.

¹⁵ Se t.ex. Wahl, s. 35 ff; William M. Landes, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, 50 U. Chi. L. Rev. 652 (1983), online: Westlaw; och Herbert Hovenkamp, *Antitrust's Protected Classes*, 88 Mich. L. Rev. 1 (1989), online: Westlaw.

¹⁶ ”Monopolvinst” används genomgående i en vid bemärkelse – begreppet åsyftar den vinstökning företag påräknar vid konkurrensbegränsningar. I praktiken är det sällan fråga om monopolvinster i egentlig mening, eftersom karteller och enskilda företag sällan uppnår monopolstatus. Den ”monopolvinst” som kan uppnås står med andra ord i relation till den marknadsstyrka som kartellen eller företaget har.

¹⁷ Stephen Martin, *Industrial Economics – Economic Analysis and Public Policy* (Macmillan, New York N.Y., 1988), s. 495.

förefaller vara ett argument för att offentliga sanktioner är mer lämpade som preventionsinstrument; till skillnad från skadestånd kan offentliga sanktioner beräknas utifrån hela monopolvinsten.¹⁸ För det andra kan det konstateras att det inte är nödvändigt att faktiska skadelidande erhåller ersättning för faktiska skador för att skadeståndets preventionsverkan ska realiseras. Det är istället skadvällaren och dennes vinst som står i centrum. Från denna utgångspunkt kan det därför, i vissa fall, vara motiverat att fördela rätten till skadestånd efter andra kriterier än liden skada, för att på så sätt förstärka incitamenten till ingripande och i förlängningen därmed även den preventiva effekten.

Konkurrensreglerna antas även att skydda enskilda från att utsättas för handlande som står i strid med de förbud som har uppställts.¹⁹ Med andra ord ger reglerna upphov till rättigheter för enskilda. Detta tydliggörs just genom att förbuden är kopplade till civilrättsliga rättsföljder såsom ogiltighet och skadestånd. De civilrättsliga rättsföljderna ska både förstärka reglernas genomslagskraft och korrigera de rättsförluster som enskilda lider genom att förbuden överträds. Skadeståndet är det enda rättsmedel som medger enskilda upprättelse för överträdelser som redan har inträffat. Härav följer att skadeståndet har en reparativ funktion. Ofta sammanfaller skadeståndets reparativa och preventiva funktioner – genom att den enskilde kräver ersättning för den skada som har orsakats tillgodoses även behovet av avskräckning. I andra fall kan, som nämnts, reparativa och preventiva intressen komma i konflikt med varandra.²⁰

2.3 Konkurrensskador

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

¹⁸ Se även Roach & Trebilcock, s. 498, som menar att ”an appropriately structured fines regime is likely to be a much more efficient form of deterrence than any other form of sanction, public or private.”

¹⁹ J. Andersson, *Legala förbud*, s. 595.

²⁰ Se Wahl, s. 52 ff., som anser att preventiva skäl bör prioriteras vid sådana konflikter. Se även Roach & Trebilcock, s. 498, som anser att skadeståndet primärt bör vara ett instrument för reparation.

antitrust injury. Därvid syftar termen till att särskilja ett konkurrensbegränsande förfarandes olika ekonomiska konsekvenser från varandra, i syfte att fastställa vilka som kan anses vara skador i konkurrensrättslig mening.²¹ I detta avsnitt betecknar begreppet ”konkurrensskada” däremot främst de ekonomiska förluster som olika aktörer drabbas av till följd av överträdelser av konkurrensreglerna, utan att något avseende fästs vid frågan om förlusten, från en eller annan utgångspunkt, bör betraktas som konkurrensrättsligt relevant eller ej.

I ekonomisk teori brukar en konkurrensbegränsnings skadeverkningar beskrivas med utgångspunkt från hur den påverkar marknaden i förhållande till s.k. perfekt konkurrens.²² En kartell begränsar utbudet för att kunna höja priset. Utbudsbegränsningen resulterar i allokeringseffektivitet – dödviktsförlusten – motsvarande värdet på de resurser som inte produceras. Dödviktsförlusten betecknas emellanåt som en skada för samhället eller konsumentkollektivet.²³ Prishöjningen medför en förmögenhetsöverföring från konsumenterna till kartellen. Från konsumenternas perspektiv innebär förmögenhetsöverföringen en förlust av konsumentöverskott²⁴, medan den från kartellens sida betraktas som en monopolvinst. Förlusten i konsumentöverskott och monopolvinsten är följaktligen lika stora. Utöver dödviktsförlusten och förmögenhetsöverföringen, torde karteller även resultera i dynamiska effektivitetsförluster till följd av att innovationstrycket minskar i relation till frånvaron av konkurrens.²⁵ Slutligen medför s.k. *rent seeking* – resurser använda för att uppnå eller upprätthålla kartellen – dels att kartellföretagen använder monopolvinsten suboptimalt, dels att konkurrenter kan orsakas skador.²⁶

Redogörelsen ovan utgör endast en utgångspunkt; från juridiskt perspektiv måste konkreta skador och skadelidande identifieras.

²¹ Se Wahl, s. 278 ff., angående begreppet *antitrust injury*. Se även avsnitt 3.4.2.

²² Se t.ex. Martin, s. 29 ff.

²³ Wahl, s. 288. Dödviktsförlusten kan även beskrivas som den del av det förlorade konsumentöverskottet som inte övergår till producenten i form av monopolvinst.

²⁴ Konsumentöverskott betecknar skillnaden mellan det värde konsumenten tillmäter produkten och dess faktiska pris.

²⁵ OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, online: OECD <<http://www.oecd.org/daf/clp/Publications/glossary.pdf>> (2001-10-15), s. 60.

²⁶ Se Hovenkamp, s. 15 ff.

Detta illustreras lämpligen med exempel. Låt oss därför se på de skador som SAS/Maersk-kartellen, teoretiskt sett, skulle kunna ha medfört.²⁷ Dödviktsförlusten representerar den del av det förlorade konsumentöverskottet som inte överförs till kartellen; i exemplet utgörs följaktligen de skadelidande av de resenärer som p.g.a. av överpriser på flygresor tvingades ta tåget. I praktiken är dessa skadelidande omöjliga att identifiera; det går normalt inte att styrka att man skulle ha tagit flyget om priset varit ett annat.

Förmögenhetsöverföringen motsvarar däremot en skada hos de flygresenärer som faktiskt har betalat överpriser för sina flygresor. Två problem gör sig gällande i förhållande till dessa skadelidande. För det första utgörs de skadelidande av såväl privata flygresenärer som företag. De senare kan förväntas kompensera sig för överpriserna genom att höja priserna på sina egna produkter. Detta är i och för sig inget specifikt för konkurrensskador; alla merkostnader övervältras i slutändan på konsumenterna.²⁸ Beträffande företag som köper in flygresor för vidareförsäljning – förmedlingsföretag – torde kopplingen mellan överpriset och det pris förmedlingsföretagets kunder får betala vara ganska direkt.²⁹ Det kan därför diskuteras huruvida det är förmedlingsföretaget eller dess kunder som lider skadan.³⁰ För det andra hävdar somliga, särskilt företrädare för den s.k. Chicago-skolan, att skador som har sin grund i förmögenhetsöverföringen i själva verket inte är skador. Samhället bör förhålla sig neutralt till dessa ”skador” eftersom de motsvaras av en vinst för kartellföretagen. Istället bör samhället enbart fokusera på att motverka uppkomsten av dödviktsförluster.³¹ En invändning mot detta resonemang är att samhället varken kan eller bör förhålla sig neutralt i frågan.³² En annan invändning är att även förmögenhetsöver-

²⁷ Det bör understrykas att exemplet är teoretiskt; SAS och Maersk befanns skyldiga till marknadsuppdelning med potentiella prisökningar som följd.

²⁸ Se Roach & Trebilcock, s. 491 och 495.

²⁹ Huruvida övervältring är möjligt i praktiken beror på efterfrågeelasticiteten – dvs. hur efterfrågan varierar med priset. Övervältringsgraden kan variera mellan 0 och 100 %.

³⁰ Se J. Andersson, *Legala förbud*, s. 632 ff. och Wahl, s. 303 ff.

³¹ Se Martin, s. 508. Det bör understrykas att de sanktionsmodeller som Chicago-skolans företrädare har utarbetat – närmast *optimal deterrence model* – trots detta, men av andra orsaker, kopplar skadeståndet till förmögenhetsöverföringen. Se avsnitt 2.4.

³² Se t.ex. Hovenkamp, s. 1 och prop. 1999/2000:140, s. 61.

föringen motsvarar en effektivitetsförlust, i det att monopolvinsten (eller utsikten om densamma) ofta leder till *rent seeking*.³³

Förutom kunder och potentiella kunder är det tänkbart att även en kartells konkurrenter kan drabbas av skador. Dessa skador är i så fall av en annan typ än de som drabbar kunder; konkurrenters skador varierar varken med dödviktsförlusten eller förmögenhetsöverföringen.³⁴ Med andra ord är det inte själva kartellen som medför att konkurrenter skadas, utan åtgärder som kartellföretagen vidtar för att eliminera eller tvinga med utomstående konkurrenter.³⁵ Sådana åtgärder kan exempelvis bestå i bojkottaktioner mot gemensamma kunder eller leverantörer, underprissättning och exklusivavtal.³⁶ Även otillbörlig påverkan av myndigheters tillståndsgivning eller branschorganisationers beslut om omotiverade standardiseringsnormer kan främja en kartells fortlevnad på utomstående konkurrenters bekostnad.³⁷ Ett problem med konkurrenter som skadelidande är att de även kan skadas till följd av tillåtna konkurrensmetoder. Ökad konkurrens är i normalfallet mer skadligt för en konkurrent än vad minskad konkurrens är. Svårigheter uppstår när skador till följd av konkurrensbegränsningar ska skiljas från skador orsakade av högre effektivitet.³⁸

2.4 Optimal deterrence model

I amerikansk doktrin har en s.k. *optimal deterrence model* diskuterats i relation till konkurrensrättsliga sanktioner.³⁹ Även Nils Wahl lägger modellen till grund för sin analys av skadeståndet i svensk och europeisk konkurrensrätt.⁴⁰ Modellen, som bygger på Chicago-skolans teorier, försöker beskriva en sanktion, som motverkar upp-

³³ Hovenkamp, s. 16 och OECD, *Glossary*, s. 60.

³⁴ Wahl, s. 40.

³⁵ Se t.ex. kommissionens beslut (1999/60/EG) *Kartellen för fjärrvärmerör*, EGT (1999) L 24/1 och 94/815/EC, *Cement*, OJ L 343/1 (1994).

³⁶ Se t.ex. Hovenkamp, s. 33 ff.

³⁷ Se t.ex. Hovenkamp, s. 17 ff.

³⁸ Jfr. problematiken med *predatory pricing* och *predatory innovation*. Se vidare Martin, s. 407 ff.

³⁹ Se Landes, *passim*, för en utförlig redogörelse för modellen. Jfr. Hovenkamp, *passim*, för en utförlig kritik av modellen. Se även Roach & Trebilcock, s. 494 f.

⁴⁰ Se Wahl, s. 37 ff.

komsten av dödviktsförluster utan att sanktionera s.k. effektiva lagöverträdelser. De senare beskrivs som sådana i och för sig konkurrensbegränsande åtgärder vars positiva effekter på företagets produktionseffektivitet är större än den allokeringsineffektivitet som de ger upphov till.⁴¹ Den optimala sanktionen beräknas som (dödviktsförlusten + förmögenhetsöverföringen) multiplicerat med den inverterade upptäcktsrisken. Genom att sanktionen utformas på detta vis, kommer företag att tvingas jämföra sina privata effektivitetsvinster med de samhällliga dödviktsförlusterna, varpå endast effektiva konkurrensbegränsningar kommer att genomföras.⁴²

Optimal deterrence model bygger som synes på att konkurrensreglerna inte är optimala materiellt sett och/eller att domstolarna inte kan tillämpa konkurrensreglerna på ett optimalt sätt.⁴³ Istället utformas sanktionen på ett sätt som tvingar aktörerna att ta med externa kostnader – dödviktsförlusten – i sina beslutskalkyler. Modellen är emellertid behäftad med ett antal problem:

1. Den beaktar inte alla konkurrensskador;⁴⁴
2. Den kräver i princip att sanktioner ska utgå för ineffektiva moment av förfaranden som i sin helhet kan vara antingen nettoeffektiva eller nettoineffektiva;⁴⁵ och
3. De skador som uppstår för enskilda skadelidande motsvarar inte det skadestånd som modellen anser vara optimalt.⁴⁶

⁴¹ Landes, s. 653.

⁴² Landes, s. 656 ff. Ett exempel är på sin plats. Pondera att två riskneutrala företag överväger att inleda ett samarbete som skulle strida mot konkurrensreglerna. Samarbetet skulle medföra en dödviktsförlust på 50 och en förmögenhetsöverföring på 100, samtidigt som företagen skulle göra kostnadsbesparingar på 55. Upptäcktsrisken antas vara en på två. Den optimala sanktionen är 300 $[(50+100)*2]$. Företagen räknar med att samarbetet medför en vinst på 155 $[100+55]$. Samtidigt värderar de sanktionen till hälften av dess monetära belopp p.g.a. upptäcktsrisken – dvs. 150 $[300*1/2]$. Eftersom nettovärdet av genomföra samarbetet är positivt $(155-150 = 5)$, kommer samarbetet att genomföras. Detta är också den önskvärda utgången, eftersom kostnadsbesparingen överstiger dödviktsförlusten.

⁴³ Roach & Trebilcock, s. 494, som citerar Frank Easterbrook: "Those whose conduct is beneficial would be left alone. Others could be hanged."

⁴⁴ Hovenkamp, s. 20 f. och Wahl, s. 43 ff.

⁴⁵ Landes, s. 658 ff. och Wahl, s. 274.

⁴⁶ Roach & Trebilcock, s. 494. Se även Wahl, s. 290 f.

Det kan således ifrågasättas huruvida *optimal deterrence model* verkligen beskriver optimala sanktioner i allmänhet och optimala skadestånd i synnerhet. I praktiken tillämpas modellen inte ens i amerikanska domstolar.⁴⁷ Den är också, som Wahl framhåller, i princip omöjlig att tillämpa inom ramen för det europeiska konkurrensrättssystemet. Wahl menar emellertid att modellen utgör en lämplig utgångspunkt för att definiera begreppet ”konkurrensskada” – i betydelsen *antitrust injury* – i såväl svensk som europeisk konkurrensrätt.⁴⁸ I princip innebär detta att endast de skadelidande vars skador kan kopplas till dödviktsförlusten bör anses ha lidit konkurrensskador. Dessa konkurrensskador utgör, enligt Wahls synsätt, substitutskador för dödviktsförlusten.⁴⁹ I praktiken skulle detta innebära att främst kunder kan komma ifråga som skadeståndsberättigade.⁵⁰

⁴⁷ Wahl, s. 43.

⁴⁸ Wahl, s. 43 f.

⁴⁹ Wahl, s. 288 ff.

⁵⁰ Se vidare avsnitt 6.2 om begreppet konkurrensskada.

3 Amerikansk konkurrensrätt

3.1 Konkurrenslagarna

De centrala förbudsreglerna i amerikansk konkurrensrätt återfinns i *Sherman Act*⁵¹, som trädde i kraft 1890. Den första paragrafen stadgar att "[e]very contract, combination in the form of trust, or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce ... is hereby declared to be illegal", medan lagens andra paragraf föreskriver att "[e]very person who shall monopolize ... any part of the trade or commerce ... shall be deemed guilty of a felony". Överträdelser av båda förbuden är straffbelagda. I rättspraxis har de enligt ordalydelseerna omfattande förbuden snävats in genom att vissa överträdelser betraktas som förbjudna *per se*, medan andra bedöms efter en *rule of reason*.⁵² Vid sidan om *Sherman Act*, återfinns konkurrensregler även i *Clayton Act*, *Federal Trade Commission Act* och *Robinson-Patman Act*.⁵³

3.2 Skadeståndsregeln

Det amerikanska sanktionssystemet bygger helt på efterhandskontroll. Flera olika aktörer är involverade i övervakningen – däribland två federala myndigheter, delstaterna och enskilda aktörer. De sistnämnda driver merparten av konkurrensrättsprocesserna.⁵⁴ Grunden för enskildas rätt till skadestånd återfanns från början i *Sherman Act*, men flyttades 1914 över till *Clayton Act*. Det heter att "any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore ... and shall recover threefold the damages by him sustained". Skadeståndsregeln antas vanligtvis syfta till både prevention och reparation. Under inflytande av Chicago-skolan har dock de preventiva verkningarna särskilt framhävts. Samtidigt har skadestånds-

⁵¹ 15 USC §§ 1-7.

⁵² Clifford A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA* (Oxford University Press, New York, 1999) [Jones, *Private Enforcement*], s. 10.

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

⁵⁴ Jones, *Private Enforcement*, s. 16.

regeln kritiserats med anledning av att utsikten om tredubbla skadestånd anses bidra till alltför många skadeståndsprocesser, vilket anses kunna leda till överprevention.⁵⁵

3.3 Amerikanska egenheter

Det är på sin plats att kort redogöra för de speciella förutsättningar som gäller för skadeståndsprocesser i amerikansk rätt, eftersom de emellanåt anförs som skäl till att enskilda skadeståndsmål är så få i europeisk konkurrensrätt. Ofta anförs att enskildas incitament att inleda komplicerade konkurrensrättsprocesser är beroende av utsikten till tredubbel ersättning, att amerikanska advokater kan arbeta på *contingency fees*, att bevisinsamlingen underlättas av s.k. *pre-trial discovery* och att amerikansk processrätt ger vidsträcktta möjligheter till att föra grupptalan. Dessutom anses amerikaner vara särskilt processbenägna och USA präglas av en stark konkurrens-kultur.⁵⁶ Egenheterna ger onekligen enskilda incitament att agera, även om effekten inte ska överdrivas.⁵⁷

3.4 Närmare om skadeståndets utformning

Skadeståndsregeln i *Clayton Act* är omfattande och enligt dess ordalydelse kan *varje skadelidande* begära ersättning. Eftersom konkurrensskador sprider sig genom ekonomin, har det ansetts nödvändigt att snäva in skadeståndsregeln i rättspraxis. Begränsningarna är både av processuell och materiell karaktär, men det är främst innehållet i reglerna som är av intresse oavsett om de utgör processhinder eller är relevanta i den materiella bedömningen.⁵⁸

⁵⁵ Jones, *Private Enforcement*, s. 80 f. Begreppet ”överprevention” bör förstås mot bakgrund av det synsätt som ligger till grund för *optimal deterrence model*.

⁵⁶ Se t.ex. Wils, s. 1704.

⁵⁷ Se Jones, *Private Enforcement*, s. 248 f. Han framhåller att frånvaron av tredubbel ersättning i betydande utsträckning kompenseras av att europeisk rätt normalt ger rätt till ränta från skadetillfället, att *contingency fees* främst var betydelsefulla i ett tidigt skede av amerikansk konkurrensrätt och att *class actions* aldrig utgjort mer än en liten del av alla konkurrensrättsprocesser.

⁵⁸ Se Wahl, s. 154, för en diskussion om *standing* i amerikansk konkurrensrätt. Det bör framhållas att det i praktiken kan vara av stort intresse huruvida en viss regel utgör processhinder eller inte, eftersom processer är tidsödande och kostsamma. Inte sällan är det dessutom ”fara i dröjsmål”.

Utgångspunkten för att en person ska kunna väcka talan är att han eller hon uppfyller den amerikanska konstitutionens krav på talerätt (*standing*).⁵⁹ Av *Clayton Act* följer vidare att personen måste vara en ”person” i lagens mening och att han eller hon måste ha lidit skada i sin ”business or property”; inget av dessa krav innebär emellertid någon egentlig begränsning.⁶⁰ I princip måste käranden kunna styrka skadans existens och orsakssammanhanget.⁶¹ De ytterligare krav som har uppställts är av större principiellt intresse och behandlas därför utförligt i följande avsnitt.

3.4.1 Passing-on

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

I *Hanover Shoe*⁶² hävdade käranden, en skotillverkare som leasade maskiner för skotillverkning av svaranden, att svaranden brutit mot monopoliseringsförbudet genom att förvägra käranden att köpa maskinerna. Till följd av detta hade käranden fått betala monopolhyra, eller överpriser, för maskinerna. Förfarandet befanns stå i strid med *Sherman Act*. Gentemot kärandens skadeståndsyrkande invände svaranden dock att käranden inte hade lidit någon skada, eftersom överpriserna hade övervältrats på kärandens kunder. Invändningen accepterades inte av *Supreme Court*, som tvärtom

⁵⁹ Jones, *Private Enforcement*, s. 159.

⁶⁰ Se Wahl, s. 154. ”Person“ inkluderar såväl fysiska som juridiska personer. ”Business” inkluderar all kommersiell verksamhet och skador beräknas normalt i termer av utebliven vinst, medan ”property” omfattar allt till vilket en äganderätt kan göras gällande och skador beräknas vanligtvis i termer av överpriser.

⁶¹ Jonathan M. Jacobson & Tracy Greer, *Twenty-one Years of Antitrust Injury: Down the Alley with Brunswick V. Pueblo Bowl-O-Mat*, 66 *Antitrust L.J.* 273 (1998), online: Akin, Gump, Strauss, Hauer & Feld <<http://www.akingump.com/library/publications/antitrust/pdfs/jacobson.pdf>> (2001-12-12) [referenser till internetversionens sidnumrering], s. 10.

⁶² *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

fastslog att den direkta kunden var berättigad till ersättning oberoende av eventuell övervältring.⁶³ Domstolen framhöll att det motsatta förhållandet skulle komplicera bevisningen i skadeståndsmål. Om övervältringsförsvaret accepterades gentemot direkta kunder, borde detsamma dessutom gälla i förhållande till indirekta kunder. I förlängningen skulle detta innebära att konkurrensbegränsaren skulle få behålla en del av monopolvinsten om inte slutkonsumenterna också yrkade på skadestånd, vilket ansågs vara föga sannolikt beträffande konsumenter i allmänhet och skokonsumenter i synnerhet.⁶⁴

Den motsatta situationen behandlades av *Supreme Court* i *Illinois Brick*⁶⁵. Delstaten Illinois hävdade att betongproducenter samverkade i en priskartell och yrkade på ersättning för del av överpriserna, som via diverse mellanled hade övervältrats på delstaten. Domstolen accepterade inte detta s.k. offensiva bruk av övervältringsargumentet. Tvärtom framhöll domstolen att *Hanover Shoe* var korrekt dömt och att övervältringsargumentet antingen måste accepteras i båda riktningar eller inte alls. Motsatsen skulle medföra en risk för att samma skada ersattes flerfald. Domstolen upprepade argumenten från *Hanover Shoe* och framhöll att syftet bakom skadeståndsregeln bäst tillgodosågs genom att den direkta kunden gavs rätt att begära skadestånd för hela överpriset.⁶⁶ Indirekta kunder har följaktligen inte rätt till skadestånd. Domstolen markerade dock att undantag borde göras för det fall att den direkta kunden och den indirekta kunden hade ett *cost plus* avtal med fixerade inköpskvantiteter, eftersom överpriset under sådana omständigheter enkelt kunde spåras till den indirekta kunden.⁶⁷

Rättsfallen markerar tydligt att amerikansk konkurrensrätt prioriterar prevention framför reparation. Den lösning som rättsfallen lägger fast har varit föremål för omfattande diskussioner i amerikansk doktrin.⁶⁸ De som sympatiserar med lösningen framhåller att den maximerar konkurrensreglernas genomslagskraft och att lagtexten

⁶³ *Ibid.*, s. 489.

⁶⁴ *Ibid.*, s. 492 ff.

⁶⁵ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

⁶⁶ *Ibid.*, s. 720 f.

⁶⁷ *Ibid.*, s. 736.

⁶⁸ Jones, *Private Enforcement*, s. 79 f.

ger stöd för att betrakta de skadeståndsberättigade som *private attorney generals*.⁶⁹ Motståndarna framhåller skadeståndsregelns reparatoriska syfte och ifrågasätter, liksom dissenterna i *Illinois Brick*, preventionsargumentets styrka: “direct purchasers who act as middlemen have little incentive to sue suppliers so long as they may pass on the bulk of the illegal overcharges to the ultimate consumers.”⁷⁰ Det kan slutligen framhållas att många delstater reagerade på domsluten genom att instifta regler som explicit tillåter indirekta kunder att begära skadestånd enligt de delstatliga konkurrenslagarna.⁷¹

3.4.2 Antitrust injury

Kravet på *antitrust injury* slogs fast 1977 i *Brunswick*⁷². Käranden, Bowl-O-Mat, hävdade att Brunswicks uppköp av bowlinghallar utgjorde monopolisering i strid med *Section 7* i *Clayton Act*. Bowl-O-Mat yrkade på skadestånd för utebliven vinst till följd av att Brunswicks uppköp medförde att Bowl-O-Mat var tvungna att konkurrera med bowlinghallar som annars skulle ha gått i konkurs. Appellationsdomstolen konstaterade att uppköpen stred mot monopoliseringsförbudet och att Bowl-O-Mats skada var kausal till överträdelsen.

Bedömningen accepterades inte av *Supreme Court*. Ett orsakssammanhang mellan en överträdelse och en skada var inte tillräckligt för att aktualisera skadeståndsansvar. Istället krävde *Supreme Court* ”*antitrust injury*”:⁷³

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

⁶⁹ *Illinois Brick*, s. 746 f. En *private attorney general* är i princip en enskild som, motiverad av egenintresse, agerar i allmänintresset. Se Roach & Trebilcock, s. 477 ff.

⁷⁰ *Illinois Brick*, s. 749.

⁷¹ Jones, *Private Enforcement*, s. 180.

⁷² *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

⁷³ *Brunswick*, s. 489.

Brunswicks uppköp medförde att Bowl-O-Mat utsattes för ökad konkurrens, vilket uppenbarligen inte var något konkurrenslagarna syftade till att motverka. Att uppköpen stred mot monopoliseringsförbudet innebar inte att karendens skada skulle kompenseras.

Kravet på *antitrust injury* framhålls av de flesta kommentatorer som rimligt. Jacobson & Greer anför att kravet har medfört att domstolarna, vid sidan om vem som har lidit skada, även har börjat resonera om skadans natur och dess koppling till konkurrenslagarnas ändamål. Kravet har medfört en ökad förståelse för vad som utgör skadliga konkurrensbegränsningar.⁷⁴ Det har emellertid även riktats kritik mot kravet. Enligt Jones har definitionen av *antitrust injury* blivit allt snävare över tiden, på så vis att främst skador som kan relateras till dödviktsförlusten omfattas.⁷⁵ Därigenom har framför allt konkurrenters skadeståndsanspråk kommit att misstänkliggöras, eftersom konkurrenter vanligtvis skadas även av ökad konkurrens. Jacobson & Greer betraktar denna utveckling som positiv; konkurrensrätten ska ”protect competition, not competitors”.⁷⁶ Andra är mindre positiva. Jones framhåller att konkurrenter ofta är lämpliga processförare p.g.a. att de har marknadskunskap, stora incitament och möjligheter att ingripa i ett tidigt skede.⁷⁷ Hovenkamp tillägger att även konkurrenter kan lida konkurrensrättsligt relevanta skador.⁷⁸

3.4.3 In pari delicto

I *Perma Life Mufflers*⁷⁹ från 1968 tog *Supreme Court* ställning till huruvida parter till själva det konkurrensbegränsande avtalet har rätt till skadestånd. Fallet är intressant både för att det illustrerar den principiella inställningen till skadeståndets funktion i amerikansk konkurrensrätt och för att det behandlar den problematik som

⁷⁴ Jacobson & Greer, s. 9.

⁷⁵ Jones, *Private Enforcement*, s. 192.

⁷⁶ Jacobson & Greer, s. 9.

⁷⁷ Jones, *Private Enforcement*, s. 181.

⁷⁸ Hovenkamp, s. 20 f.

⁷⁹ *Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.*, 392 U.S. 134 (1968).

EG-domstolen nyligen tagit ställning till i *Courage v. Crehan*.⁸⁰ *Perma Life Mufflers* gällde ett vertikalt avtal mellan återförsäljare och tillverkare av ljuddämpare till bilar. Återförsäljarna yrkade på skadestånd från tillverkaren och hävdade att de skadats genom tillämpningen av avtalets (otillåtna) klausuler gällande marknadsdelning, kopplingsförbehåll (*tying*) och bruttoprissättning. Tillverkaren invände att återförsäljarna var *in pari delicto* (lika skyldiga). Domstolen slog fast att försvar byggda på *in pari delicto* inte var acceptabla och framhöll att “[t]he plaintiff who reaps the reward of treble damages may be no less morally reprehensible than the defendant, but the law encourages his suit to further the overriding public policy in favor of competition.”⁸¹ Justice Fortas, som delade majoritetens slutsats, underströk dock att om parternas skuld verkligen var likvärdig, borde principen *in pari delicto* kunna åberopas som försvar.⁸² Två domare, vilka delvis var skiljaktiga, menade tvärtom att försvar grundade på *in pari delicto* som huvudregel borde accepteras, eftersom de menade att det var ”a bizarre way to ’further the overriding public policy goal in favor of competition’ ... to pay violators three times their losses in doing what public policy seeks to deter them from doing.”⁸³ Rättsfallet befäster dock skadeståndets preventiva funktion och de skadeståndsberättigades ställning som *private attorney generals*.

3.4.4 Kretsen av skadeståndsberättigade

Amerikansk konkurrensrätt innehåller inga begränsningar i rätten till skadestånd som direkt tar sikte på kategorier av skadelidande.⁸⁴ Istället bestäms kretsen av skadeståndsberättigade utifrån regler som tar sikte på skadans koppling till överträdelsens negativa effekter (*antitrust injury*) och relationen mellan skadevällaren och den skadelidande. Relationen mellan aktörerna är inte enbart av intresse vid övervältringssituationer, utan även på ett mer generellt plan. Skador som härleds via någon annans skada är normalt inte

⁸⁰ C-453/99 *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*, [2001] ECR I-6297. Se även avsnitt 5.2.3 nedan.

⁸¹ *Perma Life Mufflers*, s. 139.

⁸² *Perma Life Mufflers*, s. 147 (Mr. Justice Fortas, concurring in the result).

⁸³ *Perma Life Mufflers*, s. 154 (Mr. Justice Harlan, with whom Mr. Justice Stewart joins, concurring in part and dissenting in part).

⁸⁴ Se Wahl, s. 153.

ersättningsgilla utan amerikansk konkurrensrätt strävar efter att identifiera den skadelidande som har bäst förutsättningar att ”vindicate the public interest”.⁸⁵ Den direkt skadelidandes aktieägare, hyresvärdar, licensgivare och borgenärer kan vanligtvis inte erhålla ersättning.⁸⁶ Båda de parametrar som amerikansk rätt fäster vikt vid kan sägas vara uttryck för den amerikanska rättens sökande efter processförare som har förmåga att främja allmänintresset. I praktiken innebär detta att framför allt kunder, i vid mening, och konkurrenter kommer på fråga; de senare betraktas dock med viss skepsis.⁸⁷ Det bör dock understrykas att vem som helst som uppfyller de erforderliga kraven kan erhålla ersättning, vilket amerikansk rättspraxis innehåller flera exempel på.

⁸⁵ *Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983) [*AGC*], s. 542. Se även Jacobson & Greer, s. 10 f.

⁸⁶ Jones, *Private Enforcement*, s. 180 f. och Jacobson & Greer, s. 9. Se även Roach & Trebilcock, s. 465 f., som redogör för den s.k. Georgetown-studien. Mellan 1973 och 1983 var nedströms företag (återförsäljare, kunder, franchisetagare och licenstagare) de mest frekventa kändena, följda av konkurrenter. Säljvägran, horisontell prisfixering, *tying* och exklusivavtal samt prisdiskriminering utgjorde, i nämnd ordning, de vanligaste grunderna.

⁸⁷ Se t.ex. *AGC*, s. 539. Både Jones, *Private Enforcement*, s. 180 f. och Hovenkamp, s. 27, framhåller att konkurrenter normalt räknas till ”antitrust’s protected classes” vid sidan om kunder/konsumenter.

4 Svensk konkurrensrätt

4.1 Konkurrenslagen

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

Utredningsarbetet som ledde fram till KL startade med att Konkurrenskommittén sammankallades 1989. Kommitténs huvudbetänkande⁸⁸ lades fram 1991, men kom inte direkt att ligga till grund för KL. Sveriges EU-ansökan bedömdes förändra förutsättningarna för lagstiftningsarbetet och en anpassning till EG-fördragets konkurrensregler ansågs vara önskvärd. Propositionen⁸⁹ bygger därför i första hand på en departementspromemoria⁹⁰ från 1992. Stora delar av såväl propositionen som departementspromemorian bygger dock på det tidigare betänkandet, vilket i valda delar därför också tjänar som tolkningsunderlag för KL.

4.2 Skadeståndsregeln i 33 § KL

4.2.1 KL och civilrättsliga rättsföljder

KL är till övervägande del en offentligrättslig lagstiftning och KKV har huvudansvaret för lagens efterlevnad. Två lagrum kopplar dock

⁸⁸ SOU 1991:59 Konkurrens för ökad välfärd.

⁸⁹ Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning.

⁹⁰ Ds 1992:18 Ny konkurrenslag.

uttryckligen civilrättsliga rättsföljder till de centrala förbudsreglerna. I 7 § föreskrivs att avtal som är förbjudna enligt 6 § är ogiltiga, medan 33 § stadgar om skadeståndsansvar vid överträdelser av 6 och 19 §. Hitintills har 33 § KL veterligen aldrig legat till grund för ett avgörande i svensk domstol. Ett fåtal mål har dock anhängiggjorts.⁹¹

4.3.3 Rekvisiten i 33 § KL

33 § Om ett företag uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder förbuden i 6 eller 19 §, skall företaget ersätta den skada som därigenom uppkommer för ett annat företag eller en avtalspart. Rätten till sådan ersättning faller bort, om talan inte väckts inom fem år från det att skadan uppkom. Stockholms tingsrätt är alltid behörig att pröva frågor om skadestånd enligt denna paragraf.

För det första kan endast företag vara skadeståndsansvariga jämte 33 §. Företag ges i 3 § en tämligen vid definition – ”en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur.” Vid överträdelser av 6 § KL deltar per definition mer än ett företag. Enligt förarbetena gäller därvid allmänna skadeståndsrättsliga principer om solidariskt ansvar.⁹²

För det andra innehåller 33 § ett culpaprekvisit; det är således inte fråga om strikt ansvar. Beträffande juridiska personer ska skuldrekvisitet vara uppfyllt av en person i ledande ställning inom företaget.⁹³ Det kan anmärkas att culpa inte är en förutsättning för

⁹¹ Se t.ex. T 8-17228-99 *Powerpipe Holding AB ./. ABB Asea Brown Boveri Ltd*, där Powerpipe yrkat att Stockholms tingsrätt ska ålägga ABB att betala 355 miljoner i skadestånd för skador som uppstått i samband med den s.k. fjärrvärmerörskartellen. Powerpipe baserar sin talan på såväl 33 § KL som EG:s konkurrensregler. Se även T 8-1093-98 *BK Tåg AB ./. Statens Järnvägar*, där BK Tåg yrkade på cirka 30 miljoner i skadestånd för missbruk av dominerande ställning (parterna förliktes utom rätta efter det att Marknadsdomstolen fastställit Tingsrättens dom i vilken SJ ålades en konkurrensskadeavgift på 8 miljoner kronor. Se MD 2000:2, *Statens Järnvägar ./. Konkurrensverket*). Även T 8-738-96 *CityMail Sweden AB ./. Posten Sverige AB*, där CityMail yrkade på 68 miljoner i skadestånd för missbruk av dominerande ställning, återkallades efter förlikning utom rätta.

⁹² Prop. 1992/93:56, s. 96.

⁹³ Prop. 1992/93:56, s. 96. Se Wetter, Carl m.fl., *Konkurrenslagen – en handbok* (Nerenius & Santérus, Stockholm, 1999), s. 578, som är kritiska till kravet på att culpa måste konstateras hos en person i ledande ställning.

överträdelser av förbuden som sådana, men väl för utdömandet av konkurrensskadeavgift. Enligt Nils Wahl bör culpakravet i 33 § tolkas restriktivt, så att skadeståndsansvaret i det närmaste blir att betrakta som strikt. I princip menar han att överträdelser av 6 och 19 § alltid är oaktsamma, om inte någon särskild ursäktande faktor spelar in.⁹⁴ Rättspraxis gällande konkurrensskadeavgifter synes ge stöd för att culpakravet inte ställs särskilt högt.⁹⁵

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

För det fjärde har endast företag och avtalsparter rätt till ersättning. Kretsen av skadeståndsberättigade behandlas nedan.

För det femte innehåller paragrafen en preskriptionsregel och en forumregel. Enligt förarbetena gäller forumregeln vid sidan av de vanliga forumreglerna i 10 kap. rättegångsbalken (RB).⁹⁶ Skadeståndsmål handläggs följaktligen vid allmän domstol.

Slutligen tillägger förarbetena att det allmänna skadeståndsrättsliga kravet på adekvat kausalitet gäller.⁹⁷ Adekvanskravet innebär i princip att den aktuella skadan måste ligga i farans riktning; överträdelsen måste öka sannolikheten för att just den aktuella skadan ska uppstå.⁹⁸

⁹⁴ Se Wahl, s. 223.

⁹⁵ Se t.ex. MD 2000 :2, *Statens Järnvägar ./. Konkurrensverket*, där Marknadsdomstolen uttalade: ”För att konstatera att överträdelsen skett uppsåtligt är det (...) tillräckligt att det visas att SJ inte kunde ha varit omedvetet om att det påtalade förfarandet begränsade konkurrensen.”

⁹⁶ Prop. 1992/93:56, s. 97.

⁹⁷ Prop. 1992/93:56, s. 96.

⁹⁸ Se Wetter m.fl., s. 576.

4.2.3 Skadeståndets funktion i svensk konkurrensrätt

Förarbetena framhåller att skadeståndet ”har både en reparativ och en preventiv funktion.”⁹⁹ Det uttalas vidare att det konkurrensrättsliga sanktionssystemet bör utformas så att det blir relativt självgående och inte görs helt beroende av KKV:s initiativ. Skadeståndet ska alltså kompensera skadelidande och skapa incitament till civilrättslig övervakning av konkurrensreglerna.¹⁰⁰ Som framhållits ovan kan dock preventiva skäl och reparativa skäl tala för olika lösningar i ett specifikt fall. Nils Wahl menar härvid att preventiva skäl måste ges företräde, eftersom konkurrensreglerna främst syftar till att motverka uppkomsten av konkurrensbegränsningar.¹⁰¹

Nils Wahls uppfattning kan diskuteras. För det första torde det alltid vara att föredra att skada inte uppstår, framför att skada uppstår och repareras. Detta argument gäller all skadeståndsrätt, inte bara inom konkurrensrätten. I själva verket ligger häri preventionens trumfkort: om preventionen fungerar så uppstår aldrig ett behov av reparation. Problemet är att skadeståndets preventionsverkan inte är fullt så effektiv i verkligheten. I USA, där skadeståndet genom tredubblingen borde vara ett bättre preventionsinstrument, inleds fortfarande – över hundra år efter *Sherman Act*'s ikraftträdande – mellan 600 och 1000 skadeståndsmål årligen.¹⁰² Följaktligen innebär en ensidig prioritering av preventionen i konkreta fall att en del *de facto* skadelidande kommer att gå miste om adekvat reparation. Det rör sig om ett generellt skadeståndsrättsligt problem: bör rättvisa i det enskilda fallet offras till förmån för mer långsiktiga lösningar? Vi har svårt att se att ett svar på denna fråga kan utläsas ur KL:s förarbeten. För det andra verkar 33 § beskriva ett skadestånd, som är mer lämpligt som reparationsinstrument än som preventionsinstrument. För detta talar att skadorna ska ersättas, skadelidande ska kompenseras och ett, möjligen uttunnat, krav på culpa. Ett ur preventionssynpunkt lämpligt skadestånd borde istället ha fokuserat på skadegöraren och dennes vinst, föreskrivit strikt ansvar, samt skapat

⁹⁹ Prop. 1992/93:56, s. 34.

¹⁰⁰ Prop. 1992/93:56, s. 34.

¹⁰¹ Wahl, s. 55 f.

¹⁰² Jones, *Private Enforcement*, s. 79. Det bör påpekas att alla mål inte vinns av käranden, att en del är okynnesstämningar och att åter andra kan förklaras utifrån oklarheter i rättsläget. Faktum kvarstår dock: skadeståndet avskräcker långtifrån alla.

möjlighet till att justera skadeståndsbeloppet i relation till upptäcktsrisken.

Det finns emellertid faktorer som gör att förarbetenas uttalande om ett skadestånd som verkar såväl reparativt som preventivt framstår som rimligt. Till skillnad från den amerikanska konkurrensrättens sanktionssystem, bygger svensk konkurrensrätt på att KKV utreder och för talan mot otillåtna konkurrensbegränsningar. I förarbetena till KL förutses att skadeståndskrav främst kommer att framställas ”i anslutning till den egentliga konkurrensrättsliga prövningen.”¹⁰³ Detta verkar vara en rimlig utgångspunkt, särskilt ifråga om karteller. Följaktligen är det inte av avgörande vikt att skadestånd enligt 33 § KL utgör en optimal sanktion ur avskräckningssynpunkt; istället bör skadeståndet fungera som ett komplement till de offentliga sanktionerna. De civila skadeståndsprocesser som kan komma att följa på KKV:s ingripanden behöver inte inriktas på att eliminera kartellens monopolvinst – detta sker vid det offentliga ingripandet – utan kan istället fokuseras på att utdöma adekvat kompensation till de skadelidande. Samtidigt torde skadeståndets utdömande, och kanske särskilt den process som leder fram dit, ha en avsevärd preventiv funktion genom att kartellen åter genomlysas i offentligheten.

Vår slutsats angående skadeståndets funktion är därför att skadeståndet har utformats som ett reparationsinstrument och att den preventiva verkan främst har betraktats som en önskvärd följd av att skadelidande gör gällande sin rätt till reparation.

4.2.4 Vilka skador är ersättningsgilla?

Enligt förarbetena till 33 § utgår ersättning för ren förmögenhets-skada.¹⁰⁴ Termen definieras i Skadeståndslagen (SkL) 1:2 som ”sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada.” Enligt förarbetena kan framför allt skador bestående i inkomstförlust och intrång i näringsverksamhet komma på fråga.¹⁰⁵ Begreppen torde tolkas på samma sätt

¹⁰³ SOU 1991:59, del 2, s. 289.

¹⁰⁴ Prop. 1992/93:56, s. 96.

¹⁰⁵ Prop. 1992/93:56, s. 96. Se även SkL 5:7.

vid en prövning enligt konkurrenslagen.¹⁰⁶ Förarbetena uttalar att skadans storlek kan vara svår att beräkna och framhåller domstolens möjlighet att uppskatta skadan till ett skäligt belopp jämte RB 35:5.¹⁰⁷

Förarbetena anger inte huruvida ersättning skall utgå enligt det positiva eller negativa kontraktsintresset. I allmänhet gäller att inomobligatoriskt skadestånd ska motsvara det positiva kontraktsintresset, medan rättsläget är mindre klart beträffande utomobligatoriska förhållanden.¹⁰⁸ Förvisso anger förarbetena att 33 § omfattar både inom- och utomobligatoriskt skadestånd, men detta uttalande refererar snarast till kretsen av skadeståndsberättigade.¹⁰⁹ Förarbetena exemplifierar vidare 33 § med ett antal typsituationer, av vilka en tydligt markerar att återförsäljare har rätt till ersättning för utbliven vinst vid leverantörs bruttoprissättning.¹¹⁰ Å ena sidan innebär detta ersättning enligt det positiva kontraktsintresset, å andra sidan är förhållandet mellan leverantör och återförsäljare inomobligatoriskt.

Wetter menar att det verkar omotiverat att skilja mellan inom- och utomobligatoriska förhållanden, eftersom det borde sakna betydelse huruvida skadan har orsakats av ett avtal eller ett annat förfarande. Istället menar han att ersättning enligt det positiva kontraktsintresset bör gälla generellt.¹¹¹ Även Wahl menar att eventuella avtalsrelationer bör sakna betydelse för ersättningens beräkning och framhåller istället att skadeståndet bör beräknas på ett sätt som främjar konkurrensreglernas genomslagskraft.¹¹²

¹⁰⁶ Se Wahl, s. 365.

¹⁰⁷ Wahl, s. 373 ff., redogör för två metoder för beräkning av skadans storlek. "Före och efter metoden" jämför den skadelidandes situation före respektive efter förfarandet ifråga, medan "jämförelsemetoden" jämför företagets situation med ett annat företags eller med samma företags situation på en annan marknad. Även om båda metoderna har sina brister, menar Wahl att den första vanligtvis är att föredra. Se även Wetter m.fl., s. 580.

¹⁰⁸ Se Wetter m.fl., s. 580.

¹⁰⁹ Ds 1992:18, s. 98.

¹¹⁰ Prop. 1992/93:56, s. 97.

¹¹¹ Wetter m.fl., s. 580.

¹¹² Wahl, s. 370 f.

4.2.5 Alternativa ansvarsgrunder

I betänkandet angavs att ”ersättning [även] kan utgå enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler som gäller vid sidan av det som nu föreslås.”¹¹³ Uttalandet upprepades inte i propositionen och den skadeståndsregel som kom att lagfästas i 33 § har ett vidare tillämpningsområde än den i betänkandet föreslagna. Enligt Hellner bör skadeståndsregler i speciallagstiftning tolkas motsatsvis; de skador som inte omfattas av speciallagen bör normalt inte vara ersättningsgilla.¹¹⁴ En skadelidande synes följaktligen vara hänvisad till 33 §.

Även om 33 § skulle anses medge alternativa skadeståndsgrunder, är det tveksamt om detta har en reell betydelse. Det är förvisso tänkbart att ett konkurrensbegränsande förfarande kan orsaka saksador, men förekomsten av sådana kan antas vara negligerbar. Gällande rena förmögenhetsskador stadgar SkL 2:4 att skadeståndsansvar förutsätter att skadan har orsakats genom en straffbelagd handling. Överträdelser av KL utgör inte brott, varför SkL 2:4 inte kan utvidga skadeståndsansvaret.¹¹⁵

Den spärregel som uppställs i SkL 2:4 är dock behäftad med undantag. För det första är paragrafen enligt SkL 1:1 inte tillämplig beträffande inomobligatoriska förhållanden. För att inomobligatoriska skadeståndsregler ska bli tillämpliga krävs det dock att adekvat kausalitet råder mellan ett avtalsbrott och den relevanta skadan – något som mer sällan torde vara fallet.¹¹⁶

För det andra framhöll förarbetena till SkL 2:4 att paragrafen inte var avsedd att hindra att ett vidgat ansvar för rena förmögenhetsskador utvecklades i rättspraxis.¹¹⁷ Någon sådan utveckling har hitintills inte skett. I flera andra europeiska länder är ren förmögenhetsskada ersättningsgill om den har orsakats genom ett regelbrott

¹¹³ SOU 1991:59, del 2, s. 291.

¹¹⁴ Hellner & Johansson, s. 71. Det kan påpekas att Hellner hänvisar till 33 § KL som ett konkret exempel på ett lagrum som bör tolkas motsatsvis.

¹¹⁵ En framtida kriminalisering av de svenska konkurrensreglerna kan ha vissa, främst lagtekniska, konsekvenser för skadeståndsansvaret.

¹¹⁶ Se T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 132. I avtalsrelationer uppstår konkurrensskador vanligtvis av att avtalet följs.

¹¹⁷ Prop. 1972:5, s. 568.

och den skadelidande befinner sig inom regelns skyddsintresse.¹¹⁸ Flera kommentatorer förordar en liknande lösning för svensk rätts vidkommande.¹¹⁹ Som kommer att framgå nedan lade dock redan KL:s förarbeten normskyddsläran¹²⁰ till grund för 33 §.¹²¹

4.3 Kretsen av skadeståndsberättigade

4.3.1 KL:s skyddsintresse

Förarbetena framhåller att endast den som kan sägas omfattas av lagens skyddsintresse har rätt till skadestånd. Den s.k. normskyddsläran ligger följaktligen till grund för en avgränsning av kretsen av skadeståndsberättigade. Förarbetena utför inte någon normskyddsanalys av konkurrensreglerna, utan meddelar endast att under KL:s skyddsintresse faller ”konkurrerande företag men även företag i andra eller tidigare säljled som berörs mer direkt av förfarandet.”¹²²

Kleineman framhåller att normskyddsläran inte ger några klara och tydliga svar på vem som bör ha rätt till skadestånd. Tvärtom, normskyddsläran ”formulerar problemet och anger tillvägagångssättet

¹¹⁸ Se t.ex. Walter Van Gerven, *Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules Before National Courts*, s. 29 f.

¹¹⁹ Se Jan Kleineman, *Ren Förmögenhetsskada – särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart* (Juristförlaget, 1987), s. 292 och J. Andersson, *Legala förbud*, s. 648 ff.

¹²⁰ Normskyddsläran, eller läran om skyddat intresse, läggs vanligen till grund för en begränsning av skadeståndsansvaret utöver vad som följer av adekvanskravet. I princip syftar normskyddsläran till att klargöra vilka kategorier av skadelidande som skyddas av ett visst lagrum och/eller vilka skador som lagrummet har till syfte att motverka. Det finns ingen vedertagen version av normskyddsläran i svensk rätt, men HD har bekräftat lärans relevans inom skadeståndsrätten vid upprepade tillfällen. Se bl.a. NJA 1976 s. 458, NJA 1982 s. 307 och NJA 1991 s. 138. För en omfattande diskussion om normskyddsläran, se Håkan Andersson, *Skyddsändamål och adekvans. Om skadeståndsansvarets gränser* (Uppsala, 1993).

¹²¹ Det torde inte finnas anledning att anta att domstolarna skulle tillämpa normskyddsläran annorlunda enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler än enligt 33 § KL. J. Andersson, *Legala förbud*, s. 652, menar att den ogiltighetsverkan som följer av 7 § KL är att betrakta som nullitet och därför bör kunna åberopas som en grund för skadestånd av alla som har ett rättsligt skyddsvärt intresse under 6 och 19 § KL. Därtill menar han att KL:s förarbeten tillämpar normskyddsläran felaktigt. Kontentan är att de som inte kan begära ersättning jämte 33 § KL, men som har rättsligt skyddsvärda intressen enligt en korrekt tillämpning av normskyddsläran, borde kunna stödja sig på konkurrensreglernas ogiltighetsverkan för att begära ersättning. Andersson medger att det är mindre troligt att domstolarna skulle acceptera denna tolkning.

¹²² Prop. 1992/93:56, s. 96.

för att söka efter svaret på frågan.”¹²³ Därvid är man, enligt Kleineman, hänvisad till en rättspolitisk analys.¹²⁴ Det kan framhållas att HD i andra sammanhang har anlagt en ganska vid syn på vad som utgör ett skyddat intresse och att det torde vara tillräckligt att det aktuella intresset utgör ett av flera intressen som skyddas av regeln ifråga.¹²⁵

En analys av vilka intressen som kan tänkas skyddas av 6 och 19 §§ KL bör ta sin utgångspunkt i syftet med lagen som sådan. 1 § KL stadgar att ”[d]enna lag har till ändamål att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens”.¹²⁶ Målstadgandet låter sig inte omvandlas till konkreta skyddsintressen på något enkelt sätt.¹²⁷ Betänkandet var något utförligare beträffande målen med konkurrenspolitiken. Fyra olika mål sades ligga till grund för lagstiftningen: 1) effektivitetsmålet, 2) tillväxtmålet, 3) fördelningsmålet och 4) konsumentmålet.¹²⁸ Inte heller dessa mål är särskilt tydliga, men det torde åtminstone framgå att fördelningseffekter – inte enbart effektivitetseffekter – är relevanta för den svenska konkurrenslagen.

Enligt Jan Andersson har KL fyra övergripande ändamål: 1) effektiv resursallokering, 2) produktionseffektivitet, 3) omsorg om små och medelstora företag och 4) viss omsorg om den svagare parten i konkurrensbegränsande avtal. Därtill menar han att omsorgen om konsumenterna är ett tungt ändamål, men att det kanske endast är avsett att tillgodose indirekt.¹²⁹ Andersson konstaterar vidare att kopplingen till ogiltighet och skadestånd ger upphov till rättigheter

¹²³ Kleineman, s. 288.

¹²⁴ Kleineman, s. 302.

¹²⁵ Se NJA 1982 s. 307. Målet gällde statens ansvar för ren förmögenhetsskada enligt Skadeståndslagen 3:2. Ett företag, Mäklarbanken, tilldömdes ersättning för marknadsföringskostnader som blivit onyttiga till följd av att patentverket låtit registrera deras firmanamn i strid mot förbudet för andra än banker att använda sig av ordet ”bank”. HD menade att även om förbudets primära skyddsintresse var allmänhetens intresse av att inte bli vilseledd, så skyddade förbudet även den registreringssökande själv. Se även Ulf Bernitz, *Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare* (Nordstedts Juridik, Göteborg, 1993), s. 104 f.

¹²⁶ En ”effektiv konkurrens” råder, enligt förarbetena, ”på en marknad där antalet säljare inte är för begränsat, de utbudna produkterna inte är för differentierade, företagen inte handlar i samförstånd med varandra och inga väsentliga hinder finns för nyetablering av företag.” Se prop. 1992/93:56, s. 66.

¹²⁷ Se Wahl, s. 246.

¹²⁸ SOU 1991:59, del 2, s. 44 ff. Dessa måls fortsatta relevans bekräftas i prop. 1999/2000:140, s. 46 ff.

¹²⁹ J. Andersson, *Legala förbud*, s. 637.

för enskilda, vilka bör tolkas mot bakgrund av lagens ändamål. Han accepterar de kategorier som utpekats av förarbetena, men ställer sig samtidigt kritisk till svensk rätts inställning till konsumenters ersättningsrätt.¹³⁰

Nils Wahl menar att ”en effektiv resursallokering och ett abstrakt konsumentnyttobegrepp” bör läggas till grund för tolkningen av KL:s skyddsintresse.¹³¹ Därutöver menar Wahl att syftet med skadeståndssanktionen bör tillmätas stor vikt vid avgörandet av vilka intressen som är rättsligt skyddsvärda. Eftersom Wahl, som framgått, betraktar prevention som skadeståndets primära funktion, medför detta att Wahl i första hand menar att sökandet av lämpliga processförare är av vikt.¹³² Efter en genomgång av olika kategorier av skadelidande, drar Wahl slutsatsen att avgränsningar bör ske i förhållande till skadans karaktär snarare än i relation till vem som har lidit skadan. Endast ”obestämda konsumentkollektiv samt anställda och andra mer indirekt berörda” borde uteslutas som sådana.¹³³

4.3.2 Begreppen ”företag” och ”avtalspart”

Enligt 33 § KL är företag och avtalsparter berättigade till skadestånd. Begreppet ”företag” definieras i lagen och omfattar i princip alla utom privatpersoner och myndighetsutövande offentliga organ. Begreppet ”avtalspart” är inte definierat lika tydligt i förarbetena. Två saker står klart. Dels överlappar begreppen varandra i språklig mening – ett företag kan uppenbarligen vara en avtalspart. Dels har tredje man som inte är företag inte rätt till ersättning.¹³⁴

Problematiken beträffande avtalspartsbegreppet har främst att göra med att det är oklart vem som är avtalspart och vem som är tredje man. En möjlighet är att koppla avtalspartsbegreppet till själva det konkurrensbegränsande avtalet. Därmed skulle s.k. delaktiga avtalsparter – vertikala och/eller horisontella – omfattas, medan övriga är att betrakta som tredje män. Denna tolkning var

¹³⁰ *Ibid.*, s. 648 ff. Angående konsumenter – se avsnitt 4.3.3.1 nedan.

¹³¹ Wahl, s. 247.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Wahl, s. 270.

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

uppenbarligen inte avsedd. Förarbetena markerar att ”[ä]ven den som inte anses som företag i lagens mening, men som träffat avtal med ett företag som deltar i ett förbjudet samarbete, kan ha rätt till ersättning”.¹³⁵ Det framstår därför som om avtalspartsbegreppet ska kopplas till de avtal som de delaktiga företagen sluter med utomstående. De typsituationer som uppräknas i förarbetena skiljer dock inte mellan delaktiga avtalsparter och andra avtalsparter. Exempelvis har återförsäljare rätt till ersättning vare sig skadan har orsakats dem genom otillåten bruttoprissättning – vilken återförsäljaren formellt sett är delaktig i – eller horisontell prissamverkan mellan leverantörerna.¹³⁶ En första slutsats torde följaktligen vara att såväl delaktiga som icke-delaktiga avtalsparter innefattas i avtalspartsbegreppet.

Tolkningen kompliceras emellertid av att förarbetena även försöker snäva in avtalspartsbegreppet. Det heter nämligen att icke-företag som är avtalsparter främst kan göra gällande en rätt till skadestånd ”när det förbjudna samarbetet är inriktat på en enskild avtalssituation”.¹³⁷ Anbudskarteller erbjuds som konkret exempel. I betänkandet framkom dessutom att avtalspartsbegreppet var motiverat av att det ansågs önskvärt att stat och kommun skulle ha rätt till skadestånd, oavsett om de föll under företagsbegreppet eller inte.¹³⁸ En andra slutsats är därför att avtalsparter som inte är företag har en mindre vidsträckt rätt till skadestånd än andra avtalsparter. Kanske är denna kategori också den enda som egentligen berörs av avtalspartsbegreppet, eftersom avtalsparter som även är företag torde kunna härleda en rätt till skadestånd via företagsbegreppet.

4.3.3 Kunder

4.3.3.1 Konsumenter

Konsumenter är fysiska personer som köper produkter för enskilt bruk. I de fall konsumenten är tredje man i förhållande till ett delaktigt företag, saknar konsumenten, som framgått, rätt till ersätt-

¹³⁵ Prop. 1992/93:56, s. 96.

¹³⁶ Prop. 1992/93:56, s. 97.

¹³⁷ Prop. 1992/93:56, s. 96.

¹³⁸ SOU 1991:59, del 2, s. 290.

ning. Konsumenter kan även köpa produkter direkt av delaktiga företag, varvid de har en avtalsrelation till konkurrensbegränsaren och därmed synes ha rätt till ersättning enligt lagtextens ordalydelse.¹³⁹ Förarbetena komplicerar emellertid bedömningen av konsumenters rätt till skadestånd. Det heter att andra avtalsparter än företag främst har rätt till skadestånd om det konkurrensbegränsande samarbetet varit inriktat på deras enskilda avtalssituation. Vidare uttalar förarbetena följande om konsumenters rätt till ersättning:¹⁴⁰

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

Innebörden av dessa förarbetsuttalanden är inte särskilt klar. De kan tolkas som att en enskild konsument endast har rätt till skadestånd om han eller hon har utsatts för en anbudskartell. Situationen torde vara mindre vanlig, men kan aktualiseras exempelvis när en privatperson köper bygg- och anläggningstjänster via anbudsförfarande. Den vanliga konsumenten – bensinkunden eller flygresenären – skulle, enligt denna tolkning, inte ha möjlighet att utkräva kompensation för överprissättning. De skäl som förarbetena anför i anslutning till uttalandena om konsumenters ställning under 33 § KL synes emellertid inte erbjuda några övertygande argument för ovanstående tolkning. Det är oklart vad som menas med att KL är inriktad på näringslivets förhållande och särskilt varför detta skulle vara ett argument mot konsumenters rätt till skadestånd. Tvärtom framhåller förarbetena i andra sammanhang att konkurrenslagens regler syftar till en effektiv resursanvändning som kommer konsumenterna till godo och inte till att reglera otillbörliga konkurrensmetoder näringsidkare emellan.¹⁴¹ Som ett ytterligare argument anför förarbetena att det är komplicerat att ange storleken av en enskild konsuments skada.¹⁴² Inte heller detta argument är särskilt överty-

¹³⁹ Se Wahl, s. 251 och T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 135.

¹⁴⁰ Prop. 1992/93:56, s. 96.

¹⁴¹ Se SOU 1991:59, s. 48 f. och 281 f. Jfr. även prop. 1999/2000:140, s. 62, där regeringen klargör att "[k]onkurrenspolitiken är till för konsumenterna, inte för producenterna."

¹⁴² SOU 1991:59, s. 291.

gande – dels hänvisas domstolarna explicit till RB 35:5, dels torde argumentet lika gärna kunna göras gällande mot andra skadelidande än konsumenterna. Wahl hävdar att skälet till att konsumenterna inte har rätt till skadestånd är att ”ett kollektiv där den enskilde medlemmen endast lidit en mindre skada inte utgör en särskilt lämplig processförare.”¹⁴³ Kostnaden för den eftersträlvade preventionseffekten blir helt enkelt för hög om mängder av konsumenterna måste processa för att den ska realiseras.

Kritiska röster har höjts i doktrinen mot att konsumenterna frånkänns en rätt till skadestånd. Jan Andersson menar att det är ”ett osedvanligt korkat tilltag av den svenska lagstiftaren” och framhåller att det är konsumenten som ska skyddas av konkurrenslagstiftningen eftersom konsumenten alltid drabbas av konkurrensbegränsningar.¹⁴⁴ Han menar vidare att förarbetenas uttalande om att konsumenterna inte tillhör KL:s skyddsintresse utgör ett missbruk av normskyddsläran, som resulterar i att konkurrensbegränsare skyddas på de skadelidande konsumenternas bekostnad.¹⁴⁵

Den skadelidande konsumentens möjligheter att begära ersättning behöver emellertid inte vara så begränsade som Jan Andersson antar vara fallet. Förarbetsuttalanden är, som nämnts, inte särskilt tydliga. Uttryckligen tar förarbetena endast sikte på obestämda kretsar av konsumenterna som inte har en avtalsrelation till konkurrensbegränsaren.¹⁴⁶ Med utgångspunkt i själva lagtexten finns det inget som motsäger att konsumenterna som är avtalsparter till kartellföretag har rätt till skadestånd. Det kan diskuteras om varje köp i så fall bör grunda en rätt till ersättning eller om det bör krävas ett mer formaliserat avtal mellan konsumenten och kartellföretaget. I praktiken är problemet kanske av mindre intresse – dels måste konsumenten kunna styrka avtalsrelationen och skadan, dels torde endast skador som uppgår till mer betydande summor föranleda skadeståndskrav.

Det enda någorlunda beaktansvärda argumentet till att frånkänna konsumenterna rätt till ersättning – nämligen att de inte är lämpliga

¹⁴³ Wahl, s. 249 f.

¹⁴⁴ J. Andersson, *Legala förbud*, s. 652. Även Wahl, s. 249, medger att det kan finnas ett ”principiellt värde” i att tillerkänna konsumenterna talerätt.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ ”...som indirekt berörs...”.

som processförare – torde vidare kunna ifrågasättas mot bakgrund av propositionen om införandet av grupprättegångar i svensk rätt.¹⁴⁷ Möjligheten att föra grupptalan, som föreslås bli generell i civilrättsliga processer i allmän domstol,¹⁴⁸ skulle även medföra att konsumenters ersättningsanspråk blir av praktiskt intresse inom konkurrensrätten. Tre olika former av grupptalan omfattas av förslaget: enskild grupptalan, organisationstalan och offentlig grupptalan. Organisationstalan föreslås begränsas till tvister mellan näringsidkare och konsumenter, men eftersom propositionen uttryckligen valt att inte begränsa organisationers talerätt till den traditionella konsumentskyddsrettens område så torde även anspråk som baseras på 33 § KL kunna omfattas.¹⁴⁹ Propositionen föreslår även att det ska vara möjligt för gruppen att ingå s.k. riskavtal med ombudet, för att därigenom underlätta finansieringen av grupprättegångar.¹⁵⁰

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

4.3.3.2 Företagskunder ("andra säljled")

Företag "i andra ... säljled" tillhör KL:s skyddsintresse och har följaktligen rätt till skadestånd.¹⁵¹ Det rör sig om företag i vertikalt nedåstigande led, som t.ex. återförsäljare, distributörer, licenstagare och diverse andra mellanled. Förarbetena använder begreppet "säljled", vilket skulle kunna uppfattas som att en uppdelning mellan mellanled och kommersiella slutanvändare är avsedd. Gränsen mellan dessa kategorier är dock svår att dra, samtidigt som det sak-

¹⁴⁷ Prop. 2001/02:107.

¹⁴⁸ Prop. 2001/02:107, s. 34 ff.

¹⁴⁹ Prop. 2001/02:107, s. 36 ff. Det bör understrykas att propositionen inte överhuvudtaget omnämner konkurrensrättsliga skadeståndsanspråk eller 33 § KL.

¹⁵⁰ Prop. 2001/02:107, s. 113 ff.

¹⁵¹ Prop. 1992/93:56, s. 96.

nas anledning till att fränkänna kommersiella slutanvändare rätt till ersättning.¹⁵²

33 § KL föreskriver att företag och avtalsparter har rätt till skadestånd. Företagskunder faller ofta under båda dessa kategorier. Av särskilt intresse är emellertid de företagskunder som inte kan kvalificeras som avtalsparter till konkurrensbegränsaren, utan som istället drabbas av överpriser som övervältrats av ett mellanled. Problematiken gällande direkta och indirekta kunder behandlas nedan, liksom de frågor som uppstår i relation till företagskunder som har deltagit i själva konkurrensbegränsningen.¹⁵³ Bortsett från dessa båda specialfall, torde företagskunders skadeståndsanspråk vara tämligen oproblematiska. Det kan anmärkas att propositionen om gruppprägning föreslår att enskild grupptalan ska vara möjlig även för juridiska personer,¹⁵⁴ vilket kan vara av intresse bl.a. för fall där många mindre företag drabbats av en kartells eller ett dominerande företags överträdelser.

4.3.4 Leverantörer ("tidigare säljled")

Företag "i ... tidigare säljled" omfattas av KL:s skyddsintresse och har således rätt till skadestånd. I förarbetena anges inköpskarteller som ett typexempel.¹⁵⁵ Bedömningen av när företag i vertikalt uppåtstigande led – i huvudsak leverantörer – har rätt till skadestånd torde följa samma principer som bedömningen av företagskunders ersättningsrätt.

4.3.5 Konkurrenter

Konkurrenter omfattas uttryckligen av KL:s skyddsintresse. Förarbetena exemplifierar med skador orsakade av ett dominerande företags exklusivavtal och säljvägran, men även skador till följd av

¹⁵² Ett möjligt argument för en sådan uppdelning vore att kommersiella slutanvändare kan jämföras med konsumenter och att de senare saknar talerätt. Som framgått ovan, talar dock mycket för att konsumenter bör tillerkännas talerätt under 33 § KL.

¹⁵³ Se avsnitt 6.3 respektive 4.3.6.

¹⁵⁴ Se prop. 2001/02:107, 4 § i förslaget till lagtext.

¹⁵⁵ Prop. 1992/93:56, s. 96 f.

underprissättning och bojkotter torde kunna komma på fråga.¹⁵⁶ Förarbetena kopplar konkurrenters skador till dominansmissbruk, men rimligen bör även konkurrensbegränsande samarbeten kunna medföra ersättningsgilla skador för konkurrenter. Enligt Wahl bör i princip även potentiella konkurrenter ha rätt till skadestånd, liksom nedströms företag som konkurrerar med vertikalt integrerade företag.¹⁵⁷

Rätten till skadestånd för konkurrerande företag kan vara ganska problematisk, vilket hänger samman med att gränsen mellan konkurrensrätten och reglerna om illojal konkurrens inte är alldeles klar. I en del rättsordningar betraktas dessa rättsområden som ett enda regelkomplex och även i Sverige har konkurrensrätten tagit över en del regler som tidigare ansågs höra hemma bland reglerna om illojal konkurrens.¹⁵⁸ I förarbetena till KL framhålls att det finns nära beröringspunkter mellan regelsystemen, men samtidigt understryks att det rör sig om två skilda normsystem. Konkurrensrätten tillgodoser allmänhetens intresse av en fri, eller effektiv, konkurrens, medan reglerna om illojal konkurrens är inriktade på förhållandet mellan enskilda näringsidkare.¹⁵⁹ Konkurrensrätten bedömer följaktligen en konkurrensmetod mot bakgrund av dess effekter för konsumenterna. Huruvida konkurrensmetoden i övrigt kan anses vara otillbörlig saknar i princip intresse.

Konkurrerande företags skadeståndsanspråk har i amerikansk praktik och europeisk teori likväl medfört en del debatt. För det första kan det konstateras att flertalet konkurrensbegränsningar i sig själva aldrig skadar konkurrenter. Tvärtom, en horisontell priskartell skapar möjlighet för utomstående konkurrenter att antingen dra fördel av den högre prisnivån eller kapa åt sig marknadsandelar på kartellföretagens bekostnad.¹⁶⁰ Kartellen medför med andra ord att konkurrerande företag kan vinna på kartellens existens, utan att själva riskera några rättsliga konsekvenser. För det andra har det, med utgångspunkt i *optimal deterrence model*, riktats en mer teore-

¹⁵⁶ Prop. 1992/93:56, s. 96.

¹⁵⁷ Wahl, s. 260 f. Det kan anmärkas att potentiella konkurrenter torde befinna sig i en synnerligen besvärlig bevissituation.

¹⁵⁸ Se Bernitz, s. 34, gällande bojkotter, säljvägran, prisdiskriminering och underprissättning.

¹⁵⁹ SOU 1991:59, s. 281 f.

¹⁶⁰ Se Wahl, s. 316 f.

tisk kritik mot konkurrenters skadeståndsanspråk. Eftersom de skador som drabbar konkurrenter inte kan kopplas till någon dödviktsförlust (enligt modellens synsätt), så bör skadorna inte heller vara ersättningsgilla. I praktiken innebär detta exempelvis att underprissättning inte är ett problem förrän konkurrenten har drivits bort från marknaden; den skada som sedan uppkommer drabbar underprissättarens kunder. Möjligen kan konkurrenter tillåtas stämma i kundernas ställe, eftersom modellen inte har några reparativa ambitioner.¹⁶¹ För det tredje har strategiska och omotiverade skadeståndsprocesser diskuterats som ett tänkbart problem. Möjligheten för företag att störa sina konkurrenter och pådyvla dem kostnader genom grundlösa processer torde dock vara ganska liten i Sverige. Fördelningen av processkostnader erbjuder inte samma strategiska möjligheter som i USA, samtidigt som oviljan mot att inleda rättegångsförfarande hitintills har varit stor även då legitima anspråk har existerat.¹⁶²

Även om det emellanåt kan finnas anledning att noggrant studera kopplingen mellan en konkurrents skador och konkurrensbegränsningen ifråga, är det tveklöst så att även konkurrenter kan ha legitima skadeståndsanspråk. Ofta rör det sig om skador som uppstår i samband med att karteller eller dominerande företag försöker uppnå eller vidmakthålla sin marknadsmakt genom att angripa konkurrenter. Bojkottaktioner gentemot konkurrenters leverantörer och kunder utgör det kanske mest tydliga exemplet, men även införandet av omotiverade standardiseringsnormer och underprissättning kan tänkas förekomma. Det kan framhållas att konkurrenter som drabbas av den här typen av åtgärder från en konkurrensbegränsares sida inte enbart har legitima anspråk på kompensation. De utgör även lämpliga processförare – förlusternas storlek torde ofta kunna motivera process, intresset av att inte äventyra relationen till kartellföretagen torde vara väsentligt mindre än hos exempelvis kunder och process kan inledas i ett tidigt stadium. Eftersom förarbetena till KL dessutom explicit inkluderar konkurrerande företag bland lagens skyddsobjekt, torde några rättsliga hinder för framställandet av skadeståndsanspråk inte finnas. Bedömningen av huruvida skadan i ett konkret fall är av ett konkurrensrättsligt relevant slag torde få ske mot bakgrund av en begreppsbildning av den typ som

¹⁶¹ Se Wahl, s. 257 ff.

¹⁶² Se även Wahl, s. 258 f.

utvecklats i amerikansk rättspraxis – se avsnitt 6.2 nedan angående ”konkurrensskada”.

4.3.6 Delaktiga företag

Begreppet ”avtalspart” i 33 § KL verkar, som nämnts, ha en dubbel funktion – det refererar både till utomstående och delaktiga avtalsparter. I förarbetena lyfts återförsäljare som har ingått avtal om otillåten bruttoprissättning fram som ersättningsberättigade.¹⁶³ Det finns följaktligen inget absolut hinder för medskyldiga företag att begära ersättning. Omfattningen av medskyldiga företags rätt till skadestånd är dock oklar och kontroversiell. Två möjliga synsätt är tänkbara.

Å ena sidan kan förarbetenas uttalanden om KL:s skyddsintresse tas som utgångspunkt. Det torde vara tämligen okontroversiellt att hävda att medskyldiga företag inte tillhör lagens primära skyddssubjekt. Däremot torde det vara möjligt att argumentera för att företag som mer eller mindre ofrivilligt har deltagit i konkurrensbegränsande samarbeten ska vara ersättningsberättigade.¹⁶⁴ Framför allt vertikala avtalsparter som befinner sig i en avsevärt svagare förhandlingsposition än sin motpart och därför tvingas acceptera konkurrensbegränsande standardvillkor kan komma på fråga. Därutöver kan även företag som utsätts för påtryckningar från en kartell och inte har andra alternativ än att ansluta sig till kartellen anses vara skyddsvärda. I båda situationerna torde jämkning av skadeståndet i relation till graden av medvällande kunna aktualiseras.¹⁶⁵

Å andra sidan kan medskyldiga företags möjligheter att främja konkurrensövervakningen tas som startpunkt.¹⁶⁶ Skadestandsprocesser orsakar kartellföretagen kostnader och skapar publicitet kring kartellen. De har därmed en avskräckande funktion. Denna funktion minskar inte nödvändigtvis p.g.a. att den skadestandsberättigades anspråk är mindre legitima. Det kan följaktligen hävdas att varje delaktig avtalspart som har lidit skada till följd av konkurrens-

¹⁶³ Se avsnitt 4.3.2 och prop. 1992/93:56, s. 97.

¹⁶⁴ Se avsnitt 4.3.1 och J. Andersson, *Legala förbud*, s. 637.

¹⁶⁵ Se SkL 6:1 om jämkning vid ren förmögenhetsskada.

¹⁶⁶ Se Wahl, s. 262 ff., som starkt argumenterar för detta synsätt.

begränsningen också ska kunna framställa ersättningsanspråk, eftersom allmänhetens intresse av en effektiv konkurrens därigenom främjas.

I dagsläget är det omöjligt att uttala sig om vilket av dessa synsätt som bäst överensstämmer med gällande svensk rätt. Enligt vår uppfattning är det riktigt att inte låta delaktighet helt stänga möjligheterna till att begära ersättning. En alltför vidsträckt rätt till skadestånd för medskyldiga företag riskerar dock att leda till kontra-produktiva resultat – att tillerkänna företag skadestånd i syfte att motverka just det som företaget har gjort sig skyldigt till sänder onekligen ut tvetydiga signaler.¹⁶⁷ Det framstår därför som rimligt att delaktiga företags rätt till skadestånd görs beroende av ett mindre betydande ansvar för konkurrensbegränsningen ifråga.

4.3.7 Övriga

Även andra avtalsparter till konkurrensbegränsare än de som har nämnts kan komma på fråga som skadeståndsberättigade. Framför allt bör det framhållas att stat, kommun och andra offentliga organ omfattas av rätten till ersättning, liksom andra institutioner som inte kan klassificeras som företag i KL:s mening. Därutöver torde möjligheterna att begära ersättning vara små. Förvisso kan även andra skadas. Anställda i ett företag som drabbas av en konkurrensbegränsning samt de anställdas fackförening är tänkbara skadelidande. Så är även det drabbade företagets aktieägare, borgenärer, licensgivare och leverantörer. Vissa av dessa kategorier saknar rätt till skadestånd eftersom de varken är företag eller avtalsparter till konkurrensbegränsaren. Övriga torde vara uteslutna på den grund att deras skador utgör sådana tredjemansskador som inte är ersättningsgilla enligt svensk rätt, vilket även kan anses framgå av förarbetenas krav på ”mer direkt” skada.¹⁶⁸ Det bör understrykas att företag i senare säljled inte lider tredjemansskador. Tredjemansskador uppstår *utöver* den direkta skadan, medan företag i senare säljled snarast drabbas *istället för* det föregående säljledet. Vi återkommer till s.k. övervältring av skador i avsnitt 6.3.

¹⁶⁷ Jfr. de skiljaktiga domarna i *Perma Life Mufflers*, se avsnitt 3.4.3 ovan.

¹⁶⁸ Se Hellner & Johansson, s. 365 och 370 samt Wahl, s. 254 och 256.

5 EG:s konkurrensrätt

5.1 EG:s konkurrensregler

De centrala bestämmelserna inom EG:s konkurrensrätt är artikel 81, som förbjuder konkurrensbegränsande samarbeten, och artikel 82, som förbjuder missbruk av dominerande ställning. EG-fördraget innehåller inga sanktionsregler. Kommissionens rätt att utfärda böter följer istället av artikel 15 i förordning 17/62. Artikel 81.2 föreskriver att avtal som är förbjudna också är ogiltiga. I övrigt innehåller varken EG-fördraget eller sekundärrätten några bestämmelser om civilrättsliga sanktioner. Möjligheten för enskilda att grunda ersättningsanspråk på gemenskapsrätten följer i stället av principen om direkt effekt.¹⁶⁹ I *BRT v. SABAM* slog EG-domstolen fast att artiklarna 81 och 82 har direkt effekt och artiklarna ger enskilda rättigheter som kan åberopas inför nationell domstol.¹⁷⁰

5.2 Skadestånd vid överträdelser av konkurrensrätten

Med utgångspunkt i principen om direkt effekt har EG-domstolen utvecklat relativt långtgående principer för skadeståndsanspråk baserade på överträdelser av EG-rätten.¹⁷¹ I merparten av rättsfallen har skadeståndsanspråk riktats mot en medlemsstat. Rättsläget gällande s.k. horisontella skadeståndsanspråk – dvs. ersättningskrav riktade mot en privat aktör – var däremot länge oklart. I tre rättsfall har EG-domstolen dock haft tillfälle att uttala sig om rättsläget gällande konkurrensrättsliga skadestånd.

¹⁶⁹ Principen om direkt effekt slogs fast för första gången i 26/62 *Van Gend en Loos*, [1963] ECR I.

¹⁷⁰ 127/73 *BRT v. SABAM*, [1974] ECR 51.

¹⁷¹ Se t.ex. C-6/90 & 9/90 *Frankovich and Bonifaci v. Italy* [Frankovich], [1991] ECR I-5357 och C-46/93 & 48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v. Germany* och *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. And Others* [Factortame III], [1996] ECR I-1029.

5.2.1 Generaladvokaten i *Banks*

I *Banks*¹⁷² sökte en brittisk domstol förhandsbesked på frågan huruvida en nationell domstol har skyldighet att utdöma skadestånd vid överträdelser av Kol och stålfördragets (EKSG) konkurrensregler. EG-domstolen slog fast att EKSG:s konkurrensregler inte har direkt effekt och undvek därigenom att besvara frågan. Generaladvokat Van Gerven utgick däremot från att reglerna hade direkt effekt och analyserade problematiken synnerligen ingående. Han framhöll även att bedömningen var av relevans för EG-fördragets konkurrensregler.¹⁷³

Generaladvokatens utgångspunkt var att principerna från *Frankovich* var tillämpliga även i horisontella relationer.¹⁷⁴ Han underströk att EG-domstolen i *Frankovich* hade utläst skadeståndsskyldigheten från ”the system of the Treaty” och framhöll att såväl EG-rättens fulla genomslag som skyddet av enskildas rättigheter krävde att en motsvarande rätt till reparation fanns vid överträdelser av fördragsartiklar med horisontell direkt effekt.¹⁷⁵ Ytterligare skäl gjorde sig dessutom gällande på konkurrensrättens område. Dels ansåg generaladvokaten att en rätt till skadestånd var ett nödvändigt komplement till konkurrensreglernas direkta effekt, eftersom skadestånd är den enda sanktion som medger rättighetsinnehavarna upprättelse för kränkningar som redan har vidtagits. Dels anförde han att en rätt till skadestånd skulle medverka till att göra konkurrensreglerna mer användbara, vilket var viktigt mot bakgrund av att kommissionen uttryckligen förklarat sig beroende av de nationella domstolarnas samarbete. Generaladvokaten drog därefter slutsatsen att det fanns en direkt på EG-rätten baserad rätt till ersättning för skador orsakade genom överträdelser av gemenskapens konkurrensregler.¹⁷⁶

Generaladvokaten tog sig även an uppgiften att skissera grunderna för skadeståndsansvaret. Med utgångspunkt i artikel 288 och

¹⁷² C-128/92 *H.J. Banks & Co. Ltd. v. British Coal Corporation* [Banks], [1994] ECR I-1209.

¹⁷³ C-128/92 *Banks*, Generaladvokatens yttrande 1993-10-27 [Banks (AG)], premiss 36.

¹⁷⁴ Generaladvokatens yttrande kom före domen i *Factortame III*.

¹⁷⁵ C-128/92 *Banks* (AG), premisserna 42-43. Det kan påpekas att artikel 10 EG inte kan grunda en skadeståndsskyldighet i horisontella relationer.

¹⁷⁶ C-128/92 *Banks* (AG), premisserna 44-45.

rättspraxis gällande medlemsstaternas skadeståndsansvar, ställde han upp tre ansvarsförutsättningar.

1. För det första måste verklig skada kunna styrkas. Rent spekulativa skador kan inte ersättas. Däremot är det inte nödvändigt för den skadelidande att exakt beloppsbestämma skadan, utan domstolen kan göra en skälighetsbedömning. Vidare har den skadelidande en skyldighet att begränsa sin skada, samtidigt som principen om obehörig vinst är relevant vid skadeståndets beräkning.¹⁷⁷
2. För det andra måste orsakssambandet mellan överträdelsen och skadan styrkas. Det ska röra sig om en ”direct causal connection”¹⁷⁸, vilket kan jämföras med det svenska adekvanskravet; och
3. För det tredje måste det påstådda förfarandets olaglighet styrkas. Kravet är uppfyllt så snart en överträdelse har påvisats – huruvida överträdelsen är culpös saknar betydelse. Inte heller kravet på tillräckligt allvarlig överträdelse är relevant, eftersom överträdelser av konkurrensreglerna alltid uppfyller detta krav.¹⁷⁹

Generaladvokaten diskuterade även skadeståndets storlek. Utifrån *Mulder and Heinemann, Von Colson* och *Marshall II* argumenterade han för att EG-rätten innehöll ett krav på adekvat kompensation.¹⁸⁰ Detta krav innebar, enligt generaladvokaten, att skadeståndet fullt ut ska motsvara skadan. I konkreta termer kan beloppstak inte accepteras, medan krav på ränta normalt måste godtas.¹⁸¹

¹⁷⁷ C-128/92 *Banks* (AG), premisserna 50-51.

¹⁷⁸ C-128/92 *Banks* (AG), premiss 52.

¹⁷⁹ C-128/92 *Banks* (AG), premiss 53. Det kan påpekas att generaladvokaten menar att kravet på ”tillräckligt allvarlig överträdelse” är irrelevant av två skäl. Dels motiverades det främst av behovet av att ge medlemsstaternas lagstiftare ett visst diskretionsutrymme och dels bör allvarligheten främst bedömas utifrån hur pass klar och tydlig den ifrågavarande regeln är. Konkurrensreglerna riktar sig till företag och är klara och tydliga.

¹⁸⁰ Se C-37/90 *Mulder and Heinemann v. Council and Commission*, [1992] ECR 1891, premiss 26; 14/83 *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, [1983] ECR 1891, premiss 28; och C-271/92 *M. Helen Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, [1993] ECR I-4367, premisserna 30-32.

¹⁸¹ C-128/92 *Banks* (AG), premiss 54.

5.2.2 Guérin

Generaladvokatens resonemang i *Banks* är övertygande och ansluter nära till den rättspraxis som gäller utomobligatorisk skadeståndsrätt inom EG i övrigt. Det är dock oklart vilken rättskällestatus som kan tillmätas yttrandet, särskilt som EG-domstolen inte behandlade problematiken i sitt avgörande. Ett indirekt stöd för generaladvokatens ståndpunkt kan hämtas från *Guérin*, där EG-domstolen uttalar att företag som anser sig ha lidit skada till följd av konkurrensbegränsningar kan åberopa de rättigheter som artiklarna 81.1 och 82 ger upphov till inför nationell domstol.¹⁸² Uttalandet görs dock i obiter och bör sannolikt inte läggas till grund för några mer långtgående slutsatser.¹⁸³

5.2.3 Courage v. Crehan

I *Courage v. Crehan* konfronterades EG-domstolen direkt med frågan om överträdelser av konkurrensreglerna ger upphov till skadeståndsansvar. Målet gällde en tvist inför brittisk domstol mellan bryggeriet Courage och pubinnehavaren Bernard Crehan. Den senare hade hyrt en pub av IEL, ett företag som ägdes till hälften av Courage, och därvid ålagts att ingå ett standardavtal med Courage. Avtalet innehöll bl.a. en exklusiv inköpsklausul och en specificerad inköpskvantitet gällande öl. Courage stämde senare Crehan och yrkade på ersättning för obetalda ölleveranser. Crehan invände att avtalet var ogiltigt jämte artikel 81.2 samt genstämde och yrkade på skadestånd för överpriser på öl. Engelska *Court of Appeal* begärde förhandsbesked.¹⁸⁴

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att artikel 81.1 utgör en grundläggande bestämmelse vars efterföljd är nödvändig för den inre marknadens funktion. Därefter upprepade domstolen att artiklarna 81.1 och 82 har horisontell direkt effekt och därigenom ger upphov till individuella rättigheter som måste skyddas av nationella

¹⁸² C-282/95P *Guérin automobiles v. Commission*, [1997] ECR I-1503, premiss 39.

¹⁸³ Se Wahl, s. 107.

¹⁸⁴ Det kan anmärkas att frågan har varit uppe i *House of Lords* tidigare. Se *Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board* [1983] 3 C.M.L.R. 43. Domstolen konstaterade att en överträdelse av artikel 82 i princip gav upphov till skadeståndsansvar då den utgjorde *breach of statutory duty*, men det var inte nödvändigt att ta slutlig ställning till frågan i det målet.

domstolar. Till följd av detta kan varje enskild, inklusive parter till konkurrensbegränsande avtal, åberopa åsidosättande av artikel 81.1.¹⁸⁵

Gällande den centrala frågan, dvs. huruvida konkurrensreglerna ger upphov till skadeståndsansvar, anmärkte EG-domstolen först att det är den nationella domstolens uppgift att säkerställa EG-rättens fulla verkan och att skydda de rättigheter som EG-rätten ger upphov till för enskilda.¹⁸⁶ Därefter preciserade domstolen vad detta innebar:¹⁸⁷

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

Som en ytterligare motivering anförde domstolen att en rätt till skadestånd torde ha en avskräckande verkan och därigenom bidra till bevarandet av en effektiv konkurrens inom EU. Till följd av detta kunde det inte utan vidare uteslutas att även delaktiga avtalsparters skadeståndsanspråk hade en roll att spela.¹⁸⁸

EG-domstolen förde även ett resonemang om huruvida nationell rätt kan tillåtas begränsa delaktiga avtalsparters rätt till skadestånd. Utgångspunkten härvid var att nationella regler inte får strida mot likvärdighets- och effektivitetsprinciperna. Domstolen konstaterade att det enligt tidigare praxis var klarlagt att ett skadeståndsanspråk kunde påverkas av principen om obehörig vinst och principen om att ingen bör kunna dra nytta av eget rättsstridigt handlande. Den senare principen kan dock endast inverka om ”det styrkts att parten har ett betydande ansvar för snedvridningen av konkurrensen.”¹⁸⁹ Bedömningen av om så är fallet ska vägledas av den ekonomiska

¹⁸⁵ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premisserna 20-24.

¹⁸⁶ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premiss 25.

¹⁸⁷ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premiss 26.

¹⁸⁸ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premisserna 27-28.

¹⁸⁹ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premisserna 29-31 och 36.

och rättsliga kontexten samt av parternas inbördes förhandlingsstyrka.¹⁹⁰

5.3 Skadeståndets funktion och utformning

5.3.1 Rätten till skadestånd

Mot bakgrund av rättspraxis gällande enskildas rätt till ersättning från medlemsstater har det i doktrinen förts en diskussion om huruvida konkurrensrättsliga skadestånd bör följa av likabehandlingsprincipen eller ”Frankovich-principen”.¹⁹¹ Genom avgörandet i *Courage v. Crehan* tar EG-domstolen ställning för det senare alternativet. Generaladvokat Mischos yttrande svävade på målet genom att påpeka att det brittiska rättssystemet accepterar skadeståndsprocesser i allmänhet, vilket kan tolkas som att han ansåg det vara fråga om att undanröja processuella hinder för skadeståndsanspråk.¹⁹² EG-domstolen för inga sådana resonemang. Rätten till skadestånd existerar oberoende av nationell rätt även om nationella processuella regler, som kan accepteras utifrån principerna om likvärdighet och effektivitet, i undantagsfall kan begränsa denna rätt.¹⁹³

5.3.2 Skadeståndets funktion inom EG:s konkurrensrätt

5.3.2.1 Diskussionen före *Courage v. Crehan*

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

¹⁹⁰ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premiss 32.

¹⁹¹ Se t.ex. T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 131. Se även prop. 1999/2000:140, s. 206 f., där regeringen uttryckligen väljer att inte lagreglera skadeståndsansvaret med hänvisning till att detta kan medföra ”en avvikelse från vad som senare kommer visa sig vara EG-rättens innebörd beträffande skadeståndsskyldighet.”

¹⁹² C-453/99 *Courage v. Crehan*, Generaladvokatens yttrande 2001-03-22 [*Courage* (AG)], premisserna 50 och följande.

¹⁹³ Det förtjänar att påpekas att EG-domstolen varken hänvisar till *Factortame III* eller *Banks* i sitt avgörande, trots att dessa fall synes vara relevanta. *Frankovich* refereras till endast i ett mer allmänt sammanhang – inte i relation till skadeståndsansvaret.

konkurrensrätt i synnerhet. Diskussionen inom doktrinen har i huvudsak förts före avgörandet i *Courage v. Crehan*, men är ändå av betydelse för en förståelse av skadeståndets roll inom EG:s konkurrensrätt. Problematiken är kopplad till hur principen om direkt effekt förhåller sig till principen om gemenskapsrättens fulla genomslag och har diskuterats under lång tid i olika sammanhang. Det finns inte utrymme för någon fördjupad analys här.¹⁹⁴

Nils Wahl hävdar att de enskilda rättigheter som skapas genom principen om direkt effekt endast ska betraktas som medel för att främja gemenskapsrättens fulla genomslag; intresset av att skapa en rättsgemenskap är överordnat de enskildas intressen. Skadeståndet blir därmed ett instrument för prevention – det ska avskräcka från kränkningar av konkurrensreglerna.¹⁹⁵ I förlängningen medför detta resonemang att direkt effekt inte är en tillräcklig förutsättning för rätten till skadestånd.¹⁹⁶ Därutöver krävs, åtminstone teoretiskt sett, att skadeståndets utdömande under de konkreta omständigheterna bidrar till EG-rättens fulla genomslag.

Ett annat synsätt är att konkurrensreglerna visserligen betingas av allmänna policymål, men att de även ger upphov till rättigheter för enskilda.¹⁹⁷ I *Automec II* tar förstainstansrätten detta som utgångspunkt för en kompetensfördelning mellan kommissionen och nationella domstolar – den förra ska upprätthålla allmänintresset, medan de senare ska upprätthålla enskildas intressen.¹⁹⁸ Rättighetskränkningar som redan har inträffat kan endast repareras genom skadestånd – det krävs ett tillbakaverkande rättsmedel – varför ”a right to

¹⁹⁴ Se Torbjörn Andersson, *Rättsskyddsprincipen – EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv* (Lustus förlag, Uppsala, 1997), för en utförlig behandling av problematiken.

¹⁹⁵ Wahl, s. 46 ff.

¹⁹⁶ Wahl, s. 242.

¹⁹⁷ Se C.S. Kerse, *E.C. Antitrust Procedure* (Sweet & Maxwell, London, fjärde upplagan, 1998), s. 436 f. och J. Andersson, *Legala förbud*, s. 627 ff.

¹⁹⁸ T-24/90 *Automec Srl v. Commission*, [1992] ECR II-2223, premiss 85. Se även C-344/98 *Masterfoods Ltd. v. HB Icecream Ltd.*, [2000] ECR I-1369, premiss 47. Kommissionen har bekräftat denna kompetensfördelning upprepade gånger. Se t.ex. *Notice on Cooperation Between National Courts and the Commission in Applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty*, OJ C 39/6 (1993), punkt 14.

reparation is the necessary corollary of the direct effect of a provision of Community law”.¹⁹⁹

Luc Gyselen accepterar denna koppling mellan rättigheter och skadestånd. Utifrån *Factortame III* – nationella domstolar ska skydda enskildas rättigheter och upprätthålla gemenskapsrättens fulla genomslag – samt det faktum att EG-domstolen fastslagit att artikel 81 är en *public policy rule*, menar han dock att skadestånd även borde kunna utgå av helt policybaserade skäl. Detta har, enligt Gyselen, särskild betydelse för delaktiga avtalsparter. Även om dessa inte kan hävda några rättigheter, borde de kunna agera som ”law enforcer[s] in the public interest”.²⁰⁰ Delaktiga avtalsparter borde följaktligen kunna göra anspråk på ersättning när detta främjar gemenskapsrättens fulla verkan – dvs. har en avskräckande effekt – medan de inte kan kräva reparation för rättighetskränkningar.²⁰¹

5.3.2.2 *Konsekvenser av Courage v. Crehan*

Generaladvokaten i *Courage v. Crehan* verkar inta ståndpunkten att en rättighetskränkning är en förutsättning för skadestånd. Han framhåller att artikel 81 ”utöver tredje man och under mycket speciella förutsättningar, kan anses skydda en avtalspart”.²⁰² Sådana förutsättningar råder som huvudregel endast ifråga om standardavtal, där avtalsparten befinner sig i en betydligt svagare position. Vidare menar generaladvokaten att resonemang om gemenskapsrättens fulla genomslag är irrelevanta, eftersom det inte är fråga om att ”påföra motparten en påföljd” utan enbart att ”dra konsekvenserna av den direkta effekten som artikel 81 EG har.”²⁰³

EG-domstolen synes ligga närmare Gyselens resonemang. För det första kopplar domstolen inte enskildas möjligheter att åberopa

¹⁹⁹ C-46/93 och C-48/93 *Factortame III*, premiss 22. Se även C-128/92 *Banks* (AG), premiss 44 och Jones, *Private Enforcement*, s. 195.

²⁰⁰ Luc Gyselen, *Liability of Supranational, State and Private Actors – Comment from the Point of View of EU Competition Law*, s. 13 f. och 19. Luc Gyselen är anställd vid kommissionens konkurrensdirektorat.

²⁰¹ Gyselen, s. 21. Gyselen menar att den direkta effekten har en subjektiv sida (reparation av rättighetskränkningar) och en objektiv sida (upprätthållande av konkurrensreglerna). Se vidare Gyselen, s. 13 f.

²⁰² C-453/99 *Courage* (AG), premiss 44.

²⁰³ C-453/99 *Courage* (AG), premisserna 43, 56 och 58.

artikel 81 endast till artikelns direkta effekt, utan även till att det rör sig om en ”grundläggande bestämmelse”. För det andra framhåller domstolen att det åligger nationella domstolar att skydda enskildas rättigheter och att säkerställa konkurrensrättens fulla verkan, varpå den trycker särskilt på gemenskapsrättens fulla verkan och skadeståndets avskräckande funktion som skäl för avtalsparters rätt till skadestånd.²⁰⁴

Vår tolkning av *Courage v. Crehan* är att EG-domstolen ser två delvis skilda grunder för skadeståndsansvaret. Den ena bygger på principen om direkt effekt och nationella domstolars därmed sammanhängande skyldighet att skydda de rättigheter som konkurrensreglerna ger upphov till för enskilda. Den andra grunden, som främst aktualiseras i målet, tar sin utgångspunkt i den enskildes möjligheter att främja övervakningen av EG:s konkurrensregler. Mindre skyddsvärda skadelidande kan göra gällande skadeståndsanspråk förutsatt att detta har en avskräckande verkan. Skadeståndet är både ett rättsmedel och en sanktion. Hur EG-domstolen skulle ställa sig till en situation där skadeståndets skilda funktioner kommer i konflikt går knappast att utläsa från fallet.

5.3.3 Kretsen av skadeståndsberättigade

Den tidigare oklarheten gällande huruvida EG-rätten innehöll en självständig rätt till skadestånd, medförde att likvärdighetsprincipen ofta antogs utgöra grunden för möjligheten att framställa skadeståndsyorkanden. För svensk rätts vidkommande skulle detta ha inneburit att 33 § KL analogt hade varit tillämplig vid överträdelser av EG:s konkurrensregler.²⁰⁵ Kretsen av skadeståndsberättigade skulle i så fall ha begränsats enligt de svenska reglerna. Genom att *Courage v. Crehan* slagit fast att rätten till skadestånd är gemenskapsrättslig, påverkas även utformningen av skadeståndet. Som generaladvokaten i *Banks* framhåller, har detta två principiella konsekvenser. Dels blir det en fråga för EG-domstolen att klargöra den närmare utformningen av rätten till skadestånd och dels måste nationella domstolar avstå från att tillämpa nationell rätt där denna

²⁰⁴ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premisserna 20, 23 och 25-27.

²⁰⁵ Se t.ex. prop. 1999/2000:140, s. 206.

hindrar utverkandet av den gemenskapsrättsliga rätten till skadestånd.²⁰⁶

En konsekvens av den ovan anförda tolkningen av *Courage v. Crehan* är att kretsen av skadeståndsberättigade inte borde kunna begränsas. Kretsen av skadeståndsberättigade sammanfaller med kretsen av skadelidande. Både de som helt klart omfattas av konkurrensreglernas skyddsintresse – kunder, konsumenter och konkurrenter – och därmed är rättighetsinnehavare,²⁰⁷ samt de vars skadeståndsanspråk främjar konkurrensreglernas genomslag – främst delaktiga vertikala avtalsparter – kan göra gällande skadeståndsanspråk. Det finns ytterligare stöd för denna tolkning i *Courage v. Crehan*. Domstolen understryker nämligen att *varje enskild* kan åberopa åsidosättande av artikel 81 och att *varje person* bör kunna begära ersättning för konkurrensskador som drabbat honom eller henne.²⁰⁸ Delaktiga horisontella avtalsparter torde dock mer sällan komma på fråga, även om de undantagsvis kan lida skador. Från generaladvokatens utgångspunkter är detta uppenbart, vilket han också själv poängterar.²⁰⁹ Från EG-domstolens avgörande kan det utläsas från det faktum att nationell rätt får begränsa rätten till skadestånd för avtalsparter som har haft ett betydande ansvar för konkurrensbegränsningen.²¹⁰

Det är möjligt att denna tolkning av *Courage v. Crehan* är alltför extensiv. En alternativ utgångspunkt för fastställandet av kretsen av skadeståndsberättigade är förordning 17/62. I artikel 3.2.b) uttalas att varje fysisk eller juridisk person som kan åberopa ett berättigat intresse i saken har rätt att initiera ett kommissionsförfarande genom klagomål.²¹¹ Emellertid har kommissionen klargjort att den förbehåller sig rätten att avvisa klagomål som inte är av gemenskapsrättsligt intresse. I *Automec II* accepterade förstainstansrätten detta och framhöll att det inte är kommissionens, utan de nationella domstolarnas, uppgift att skydda enskildas intressen.²¹² Följaktligen

²⁰⁶ C-128/92 *Banks* (AG), premiss 46. Se även T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 162.

²⁰⁷ Se C-453/99 *Courage* (AG), premiss 38 och Van Gerven, s. 6.

²⁰⁸ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premisserna 24 och 26.

²⁰⁹ C-453/99 *Courage* (AG), premiss 41.

²¹⁰ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premiss 36.

²¹¹ Det kan anmärkas att bestämmelsen även återfinns i reformförslagets artikel 7(2).

²¹² T-24/90 *Automec*, premiss 85.

skulle enskilda med berättigade intressen som inte är av gemenskapsintresse sakna möjlighet att tillvarata sin rätt om de inte anses som skadeståndsberättigade inför nationell domstol. Artikel 3.2.b) kan således tolkas som en grund för avgränsningen av kretsen av skadeståndsberättigade – de fysiska och juridiska personer som kan åberopa ett berättigat intresse i saken har rätt till skadestånd.²¹³ Det kan dock framhållas att den som har lidit skada till följd av en konkurrensbegränsning torde ha ett berättigat intresse. Torbjörn Andersson påpekar att kretsen av skadeståndsberättigade möjligen är större enligt EG-rätten än enligt svensk rätt, medan Jan Andersson menar att konsumenter sannolikt omfattas av EG-reglernas skyddsintresse.²¹⁴ Enligt Van Gerven framgår det tydligt av artiklarna 81 och 82 att konsumenter omfattas av reglernas skyddsintresse.²¹⁵ Slutligen framhåller Jones att *locus standi* inom EG-rätten ”at least will be coextensive with the substantive reach of the competition rules”, vilket, enligt Jones, innebär att kretsen av skadeståndsberättigade är mycket större inom EU än i USA.²¹⁶

I och med *Courage v. Crehan* har den i doktrinen mest omdiskuterade frågan fått ett svar – det existerar en av nationell rätt oberoende rätt till skadestånd vid överträdelse av EG:s konkurrensregler. Å ena sidan spelar detta mindre roll för svensk rätts vidkommande, eftersom redan 33 § KL innehåller en rätt till skadestånd. Å andra sidan är det möjligt att EG-domstolen framdeles kommer att utveckla kraven på skadeståndets utformning i en riktning som skiljer sig från vad svensk rätt föreskriver. Framför allt gäller detta avgränsningen av kretsen av skadeståndsberättigade och inställningen till subjektiva ansvarsförutsättningar. I syfte att klargöra rättsläget och bereda väg för en ökad skadeståndsrättslig aktivitet, hade det varit önskvärt om de grundläggande reglerna för skadeståndsansvaret hade lagts fast i en förordning. I det förslag till reform av förordning 17/62 som kommissionen har lagt fram återfinns det tyvärr inga regler av denna karaktär.²¹⁷ Avskaffandet av kommissionens

²¹³ Se T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 127 f., J. Andersson, *Legala förbud*, s. 631 f. och Jones, *Private Enforcement*, s. 187 ff.

²¹⁴ T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 128 och 164. J. Andersson, *Legala förbud*, s. 628 och 632 f.

²¹⁵ Van Gerven, s. 6.

²¹⁶ Jones, *Private Enforcement*, s. 191. Se dock Wahl, s. 239 ff.

²¹⁷ Kommissionen, *Förslag till rådets förordning om tillämpning av artiklarna 81 och 82 i fördraget*, KOM (2000) 582 slutlig [Reformförslaget]. Se även Van Gerven, s. 26 f. och

monopol på att tillämpa undantagsreglerna i artikel 81.3 innebär förvisso att nationella skadeståndsprocesser förenklas, men förslaget bidrar i övrigt varken till att klargöra rättsläget eller till att skapa incitament för privata aktörer att framställa skadeståndsanspråk.²¹⁸

annex 2, som presenterar ett förslag till en EG-förordning om civila rättsmedel inom konkurrensrätten.

²¹⁸ Se Wils, s. 1703 f.

6 Europeiska principer för skadeståndets utformning

6.1 Kompetensfördelningen

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

För det första innebär systemet med förhandshandskontroll att KKV respektive kommissionen har exklusiv kompetens att meddela undantag från förbuden i 6 § KL respektive artikel 81.1.²¹⁹ Domstolar, som har att pröva skadeståndsmål, kan inte tillämpa undantagsreglerna. Det står klart att om ett avtal har meddelats undantag eller faller under ett gruppundantag, så kan skadeståndsansvar inte göras gällande. Detsamma bör gälla om ett s.k. icke-ingripandebesked har meddelats, eftersom ett sådant i praktiken innebär att förfarandet inte strider mot konkurrensreglerna. Däremot torde s.k. *comfort letters* från kommissionen inte påverka skadeståndsansvaret.²²⁰

För det andra uppstår särskilda problem i förhållande till avtal som har notifierats, men som KKV eller kommissionen ännu ej har beslutat om, och avtal som inte har notifierats, men som i och för sig uppfyller undantagsrekvisiten. Bedömningen torde vara densamma som för avtals ogiltighet enligt 7 § KL respektive artikel 81.2 EG. Om avtalet har notifierats, bör domstolen som huvudregel vilandeförklara målet i avvaktan på beslut. Om avtalet inte har notifierats kan undantag inte meddelas och domstolen kan ta ställning till skadeståndsansvaret.²²¹ Risk föreligger dock att svaranden kan fördröja

²¹⁹ Se 8 § KL, artikel 81(3) EG samt artikel 9(1) i förordning 17/62.

²²⁰ Se Wahl, s. 292 ff. Särskilda frågor om retroaktiv verkan av beslut och verkan av beslut för närliggande förfaranden är relevanta, men kan ej behandlas här.

²²¹ Se Kenny Carlsson m.fl., *Konkurrenslagen – en kommentar* (Nordstedts Juridik, Stockholm, 1999), s. 142; Jones, *Private Enforcement*, s. 99 f.; *Cooperation Notice*; och C-234/89 *Delimitis v. Henninger Bräu AG*, [1991] ECR I-935.

avgörandet genom att notifiera avtalet ifråga,²²² vilket minskar enskildas incitament att inleda skadeståndsprocesser.

För det tredje kan det konstateras att tingsrättens eller Marknadsdomstolens dom i mål om konkurrensskadeavgift, inte torde ha rättskraft i efterföljande civilmål. Däremot har de självfallet en betydande bevisverkan.²²³ EG-domstolen har däremot slagit fast att en nationell domstol inte kan träffa ett avgörande som strider mot ett tidigare kommissionsbeslut.²²⁴ Såväl KKV:s som kommissionens beslut är dock endast av relevans gällande själva överträdelsen – övriga ansvarsförutsättningar måste prövas i skadeståndsmålet.²²⁵

Avslutningsvis bör det framhållas att systemet med förhandskontroll sannolikt kommer att utgå inom EU. Av förslaget till reform av förordning 17/62 framgår att nationella domstolar ska ges kompetens att tillämpa undantagsreglerna i artikel 81.3. En del av den problematik som sammanhänger med notifierade avtal kommer därmed att försvinna, samtidigt som andra samordningsproblem kan komma att göra sig gällande.²²⁶

6.2 Konkurrensskada

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

²²² Se Wils, s. 1703.

²²³ Se Wahl, s. 297 ff. Jfr. straffprocessuell doms rättsverkan i senare civilprocessuellt mål.

²²⁴ C-344/98 *Masterfoods*, premiss 52. Jfr. artikel 16 i Reformförslaget, som uttalar att nationell domstol ska "sträva efter att undvika att fatta beslut som strider mot de beslut som kommissionen har fattat." EG-domstolen ställer följaktligen upp ett högre krav på den nationella domstolen än vad kommissionen har föreslagit. Se Lars Kjolby, *Case C-344/98, Masterfoods v. HB Ice Cream*, 39 CML Rev. (2002) 175-184, s. 181, för en diskussion om problematiken.

²²⁵ Se Wahl, s. 298.

²²⁶ Se Reformförslaget, artiklarna 6, 15 och 16. Se även Wils, s. 1702 ff., för en diskussion om samordningsmekanismerna mellan myndigheter och domstolar.

Inledningsvis bör det påpekas att kravet på konkurrensskada är något annat än förhandskontrollens undantagsregler, även om det finns paralleller mellan instituten. Undantagsreglerna appliceras på ett konkurrensbegränsande förfarande i dess helhet, för att avgöra huruvida förfarandets positiva eller negativa återverkningar överväger. Antingen godkänns förfarandet eller också godkänns det inte. Konkurrensskada, som kravet har tillämpats i amerikansk rätt, syftar till att särskilja ett konkurrensbegränsande förfarandes skadeverkningar. De skador som har orsakats av negativa (konkurrensbegränsande) åtgärder utgör konkurrensskador, medan skador som följer på positiva (konkurrenshöjande) åtgärder inte är ersättningsgilla. Drivit till sin spets innebär resonemanget att det saknar betydelse huruvida förfarandet i sin helhet är övervägande konkurrensbegränsande eller inte; de negativa åtgärderna kan sanktioneras separat. En sådan lösning förordas av förespråkarna för *optimal deterrence model*.²²⁷ I praktiken tillämpas kravet på konkurrensskada endast som en begränsning gällande förfaranden som i sin helhet strider mot konkurrensrätten.²²⁸ Inom ett system med förhandskontroll är motsatsen omöjlig, eftersom även godkända förfaranden annars skulle grunda skadeståndsskyldighet.²²⁹

Kravet på konkurrensskada diskuteras fortsättningsvis som en begränsning av skadeståndsansvaret för förfaranden som i sin helhet utgör överträdelse av konkurrensreglerna. Som sådant kan konkurrensskada, enligt vår uppfattning, rättfärdigas utifrån två olika perspektiv. För det första innebär kravet att det upprättas en spärr mot skadeståndsyrkanden som inte främjar, eller ibland rentav motverkar, konkurrensrättens huvudsyfte. Att med stöd i konkurrensrätten tillerkänna konkurrenter ersättning för skador orsakade av ökad konkurrens framstår som tämligen olämpligt. Förutsatt att konkurrensrättens syften är relativt klarlagda, vilket kan diskuteras, innebär kravet att endast legitima reparationsintressen tillgodoses. För det andra kan, och vanligen har, kravet rättfärdigats med att det motverkar överprevention. Överprevention har varit en av Chicago-skolans kapphästar – dels hävdas det utifrån *optimal deterrence model* att det finns ett intresse av att effektiva lagöverträdelse begås, dels uttrycks en oro för att tredubbel ersättning lockar alltför

²²⁷ Se Wahl, s. 274 f.

²²⁸ Se Hovenkamp, s. 21.

²²⁹ Det kan diskuteras huruvida en tillämpning av konkurrensskadebegreppet skulle kunna komma i konflikt med myndigheternas exklusiva kompetens gällande undantagsreglerna.

många till att framställa skadeståndsyrkanden.²³⁰ I förlängningen skulle frånvaron av kravet på konkurrensskada innebära att ”knappast någon [skulle] kunna driva näring i annat än obetydlig omfattning.”²³¹ Mot bakgrund av avsaknaden av skadeståndsprocesser, torde risken för överprevention inte vara överhängande i Sverige eller inom EU.

Här är det av intresse att kortfattat diskutera huruvida kravet på konkurrensskada är förenligt med svensk och europeisk konkurrensrätt samt huruvida det är lämpligt att kravet tas över.

Nils Wahl diskuterar huruvida kravet på konkurrensskada kan tolkas in i kravet på *adekvat* kausalitet, men kommer fram till att så inte är fallet.²³² Detta stämmer överens med den amerikanska rätts inställning. Den skada som Bowl-O-Mat led i *Brunswick* låg definitivt ”i farans riktning”, men ansågs likväl inte vara en konkurrensskada.²³³ Istället menar Wahl att kravet på konkurrensskada kan förstås som en konkurrensrättslig precisering av normskyddsläran.²³⁴ Normskyddsläran äger inte generell tillämpning i svensk skadeståndsrätt, men har ofta tillämpats just beträffande ren förmögenhetsskador.²³⁵ KL:s förarbeten hänvisar dessutom explicit till normskyddsläran, om än i relation till kretsen av skadeståndsberättigade snarare än i relation till typen av skada.²³⁶ Förmodligen kan normskyddsläran även anses utgöra en begränsande faktor vid skadeståndsansvar enligt EG:s konkurrensregler, särskilt som normskyddsläran är accepterad i flera medlemsstater.²³⁷ Sammantaget synes det rimligt att anta att något slags krav på konkurrensskada kan göras gällande i svensk och europeisk konkurrensrätt.

Huruvida kravet på konkurrensskada även är en lämplig begränsning inom svensk rätt och gemenskapsrätten kan diskuteras. Framför allt beror det på hur begreppet konkurrensskada definieras.

²³⁰ Se t.ex. Hovenkamp, s. 1; Landes, s. 653; och Jacobson & Greer, s. 1 f.

²³¹ Wahl, s. 403.

²³² Wahl, s. 283 f.

²³³ Se avsnitt 3.4.2 ovan.

²³⁴ Se Wahl, s. 284 f.

²³⁵ Se t.ex. NJA 1991 s. 138.

²³⁶ Se avsnitt 4.3.1 ovan.

²³⁷ Se Van Gerven, s. 30. Se även T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 127.

Med hänvisning till Chicago-skolans inflytande över amerikansk konkurrensrätt, menar Jones att definitionen av konkurrensskada kommit att snävas in mer än vad som kan accepteras av EG-rätten. Enligt amerikansk rätt definieras en skada som en konkurrensskada om den kan kopplas till det ekonomiska skälet – i princip utbudsbe- gränsningen – till att förfarandet ifråga är förbjudet. Jones framhål- ler att de europeiska konkurrensreglerna inte enbart syftar till att motverka konkurrensbegränsningar p.g.a. deras ekonomiska åter- verkningar, utan att även andra skäl uppbär förbuden i artiklarna 81 och 82. Som ett konkret stöd anför han att såväl artikel 3.1.g) som artikel 81.1 talar om att *snedvridningar* av konkurrensen ska mot- verkas, vid sidan om begränsningar av densamma. Detta kan inte anses motiverat av strikt ekonomiska skäl. Konkurrensskadekravet skulle därmed medföra att rätten till skadestånd skulle vara snävare än de rättigheter som artiklarna 81 och 82 ger upphov till för en- skilda, vilket Jones menar vara oacceptabelt. Jones slutsats är att EG-rätten inte bör anamma begreppet konkurrensskada överhuvud- taget, utan istället förlita sig på ”the development of sound substan- tive competition law”.²³⁸

Nils Wahl delar inte Jones uppfattning. Han utvecklar emellertid främst sitt resonemang i relation till svensk konkurrensrätt. Wahl resonerar sig fram till en definition av konkurrensskada som starkt påminner om den amerikanska. Han menar att skadeståndets syfte är att motverka uppkomsten av allokeringsförluster. Inga identifier- bara skadelidandes skador motsvarar emellertid allokeringsförlus- ten. Eftersom förmögenhetsöverföringen är kopplad till allokerings- förlusten, menar Wahl dock att förmögenhetsöverföringen kan er- kännas som en ”substitutskada”. Begreppet konkurrensskada fyller därvid en funktion genom att skilja ersättningsgilla substitutskador från skador orsakade av ökad produktionseffektivitet.²³⁹ Den enda skada som kan klassificeras som en konkurrensskada utan att vara kopplad till allokeringsförlusten är, enligt Wahl, den skada som drabbar en konkurrent vid underprissättning. Skälet härför är att underprissättning annars inte skulle kunna angripas förrän

²³⁸ Jones, *Private Enforcement*, s. 192 f.

²³⁹ Wahl, s. 288 ff.

konkurrenten hade drivits bort från marknaden (och då endast av de som drabbades av dominantens monopolprissättning).²⁴⁰

Enligt vår uppfattning utgör kravet på konkurrensskada ett i grunden rimligt krav – det saknas anledning att ersätta enskilda för skador orsakade av ökning av konkurrensen. Däremot har Jones en poäng i att den amerikanska definitionen av konkurrensskada inte nödvändigtvis passar EG-rätten (eller svensk rätt). Exempelvis kan det framhållas att både svensk och europeisk konkurrensrätt torde betrakta konkurrensbegränsningars fördelningseffekter som negativa i sig.²⁴¹ Därmed saknas det anledning att, som Wahl, tala om ”substitutskador” – det rör sig om rättsligt erkända faktiska skador. Nu kan det kanske spela mindre roll för de skadelidande huruvida deras skador betraktas som substitutskador eller verkliga skador så länge de är ersättningsgilla. För skadelidande kunder, vilka vanligtvis drabbas av dessa (substitut-)skador, torde konkurrensskadekravet därför vara mindre intressant. Det kan dock framhållas att ”skador” som består i utebliven vinst och som beräknas under antagande av att konkurrensbegränsningen kvarstår knappast utgör konkurrensskador.²⁴²

Av störst betydelse är kravet på konkurrensskada i relation till konkurrenters skador. Dessa kan, som nämnts, sällan kopplas till dödviktsförlusten och utgör därför inte ”substitutskador”. Dessutom kan konkurrenter ofta drabbas av sina konkurrenters överlägsna effektivitet, vilket inte bör ge upphov till en rätt till skadestånd. Emellertid så definieras även andra skador bort genom att definitionen av konkurrensskada kopplas till dödviktsförlusten. Exempelvis torde varken skador som konkurrenter drabbas av genom kartellers försök att upprätthålla sin marknadsstyrka eller skador orsakade av att en produkt utestängs från marknaden till följd av ett dominerande företags åtgärder vara ersättningsgilla under en snäv

²⁴⁰ Wahl, s. 348 f.

²⁴¹ Se t.ex. prop. 1999/2000:140, s. 61.

²⁴² Se *Local Beauty Supply, Inc. v. Lamaur Inc.*, 787 F.2d 1197 (7:th Cir. 1986), där en distributör vars distributionsavtal hade sagts upp framställde skadeståndsyrkande. Distributören påstod att skadan utgjordes av utebliven vinst till följd av att distributören inte längre kunde konkurrera ut andra distributörer genom att sälja till ett lägre pris än det distributionsavtalet föreskrev. Domstolen avvisade yrkandet med hänvisning till att kravet på konkurrensskada inte var uppfyllt – distributörens skada var beroende av att den otillåtna bruttoprissättningen kvarstod, varför distributören egentligen drog nytta av det som konkurrenslagarna syftade till att motverka.

definition av konkurrensskada.²⁴³ Överhuvudtaget torde skador som är instrumentella i företags konkurrensbegränsningar – skador som uppstår till följd av förberedande eller upprätthållande åtgärder – inte kunna kopplas till dödviktsförlusten. Dessa skador är inte orsakade av ökad konkurrens, varför det inte kan anses strida mot konkurrensrättens ändamål att ersätta dem. Dessutom finns det en fördel med att ge konkurrenter rätt till skadestånd, eftersom konkurrenter normalt drabbas i ett tidigare skede än kunder. Konkurrenters skadeståndsprocesser kan därmed undanröja konkurrensbegränsningen snabbare eller åtminstone göra aktörer med sämre insyn i den relevanta marknaden uppmärksamma på konkurrensbegränsningen.²⁴⁴

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

6.3 Övervältring av överpris

Flertalet konkurrensbegränsningar innebär att företag får möjlighet att ta ut överpriser av sina kunder. Överpriser övervältras nedströms; skadan stannar sällan hos den som först betalar överpriset. På lång sikt får konsumenterna betala alla överpriser. Som har framgått ovan har amerikansk konkurrensrätt tagit ställning till problematiken med övervältring (*passing-on*).²⁴⁵ Det finns anledning att diskutera hur svensk och europeisk konkurrensrätt kan komma att ställa sig till övervältring av överpriser, särskilt som problematiken ställer frågan om skadeståndets funktion på sin spets.

²⁴³ Se Hovenkamp, s. 21.

²⁴⁴ Se Hovenkamp, s. 33. Det kan framhållas att även konkurrenter med mindre legitima motiv kan fungera som "preventionsagenter" eftersom det ur preventionshänseende är irrelevant vem som erhåller skadeståndet. I rättssystem där underprevention är ett större problem än överprevention är detta kanske inte helt ointressant.

²⁴⁵ Se avsnitt 3.4.1.

6.3.1 Indirekta kunders skadeståndsanspråk

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

För svensk rätts vidkommande torde utgångspunkten vara att det är den faktiska skadan som ska ersättas. Detta stämmer överens med ordalydelsen av 33 § KL.²⁴⁶ Förarbetena uttalar förvisso att företag som berörs *mer direkt* tillhör lagens skyddsintresse, men detta kan knappast tas som inteckning för att indirekta kunder inte har rätt till ersättning.²⁴⁷ Tvärtom utgår flera kommentatorer från att indirekta kunder i princip har rätt till skadestånd. Enligt Torbjörn Andersson bör indirekta kunder ha rätt att kräva skadestånd direkt av konkurrensbegränsaren.²⁴⁸ Jan Andersson menar att indirekta kunder bör kunna vända sig mot såväl den direkta kunden som mot konkurrensbegränsaren, men framhåller att praktiska skäl talar för att det senare alternativet är att föredra.²⁴⁹ Nils Wahl, däremot, menar att den amerikanska lösningen är att föredra av såväl processekonomiska som preventionsbaserade skäl, varefter han argumenterar för att ett förbud mot indirekta kunders skadeståndsrätt skulle kunna tolkas in i svensk rätt. Enligt Wahl bör den generellt restriktiva inställningen till tredjemansskador i svensk rätt, i kombination med konkurrensrättens behov av preventiva sanktioner, leda till att indirekta konkurrenskador betraktas som icke-ersättningsgilla tredjemansskador.²⁵⁰

Beträffande EG-rätten så är meningsskiljaktigheterna i princip desamma och rättsläget lika oklart. Jones antar att indirekta kunder inte kan förvägras en rätt till ersättning, eftersom detta skulle ”result in an intolerable disparity between the scope of the remedy and the

²⁴⁶ ”[D]en skada som ... uppkommer för ett annat företag eller en avtalspart.”

²⁴⁷ Prop. 1992/93:56, s. 96. Se även Wahl, s. 252.

²⁴⁸ T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 139.

²⁴⁹ J. Andersson, *Legala förbud*, s. 632-634 och 648-649.

²⁵⁰ Wahl, s. 251 ff. och 312 ff.

substance of directly effective rights.”²⁵¹ Wahl invänder att direkt effekt inte är en tillräcklig förutsättning för att enskilda ska erhålla en rätt till skadestånd och menar att begränsningar borde kunna uppställas i syfte att tillgodose EG-rättens fulla genomslag.²⁵² Som synes går meningsskiljaktigheterna tillbaka på kopplingen mellan direkt effekt och rätten till skadestånd. Avgörandet i *Courage v. Crehan* använder preventionsargument för att utsträcka rätten till skadestånd, men torde i övrigt kunna tolkas som ett stöd för Jones ståndpunkt.²⁵³ EG-domstolen diskuterar dock inte problematiken som sådan. Vidare kan det påpekas att generaladvokat Van Gerven i *Banks* uttalade att skadeståndsansvaret inte omfattar vilka avlägsna skador som helst. Särskilt som han samtidigt menade att övervältring måste beaktas, kan detta uttalande inte tolkas som ett argument mot att indirekta kunder har rätt till reparation.²⁵⁴

6.3.2 Övervältringsförsvaret

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

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

²⁵¹ Jones, *Private Enforcement*, s. 195. Se även J. Andersson, *Legala förbud*, s. 632-634, som kommer till samma slutsats utifrån ett resonemang om konkurrensreglernas ogiltighetsverkan och skyddsändamål.

²⁵² Wahl, s. 242.

²⁵³ Se avsnitt 5.3.2 ovan.

²⁵⁴ C-128/92 *Banks* (AG), premisserna 51-52.

principen om obehörig vinst under sådana omständigheter.²⁵⁵ I *Courage v. Crehan* bekräftar domstolen helt kort att principen om obehörig vinst måste beaktas inom konkurrensrätten.²⁵⁶ Även generaladvokaten i *Banks* menade att det vid skadeståndets beräkning måste tas hänsyn till "the extent to which the damage has been passed on".²⁵⁷ Principen om obehörig vinst synes därmed kräva att övervältringsförsvar godtas. I *Société Comateb*, gällande fri rörlighet, begränsade EG-domstolen dock principens räckvidd.²⁵⁸ Domstolen klargjorde att ett övervältringsförsvar endast kan göras gällande om svaranden kan styrka att avgiften har burits av någon annan än kändaren. Dessutom slog domstolen fast att det trots styrkt övervältring inte var nödvändigt att kändaren skulle göra en obehörig vinst, eftersom övervältring vanligtvis medför omsättningsförluster.²⁵⁹ Enligt Andersson medför *Société Comateb* att "en passing-on invändning blir meningslös" i praktiken.²⁶⁰ Det återstår dock att se huruvida EG-domstolen kommer att stå fast vid denna rättspraxis när frågan ställs på sin spets inom konkurrensrätten.

För svensk rätts vidkommande utgår de flesta kommentatorer från att defensiva och offensiva övervältringsargument måste behandlas symmetriskt. De som utgår från att indirekta kunder har rätt till ersättning menar att övervältringsförsvar måste tillåtas och vice versa. Så menar t.ex. Torbjörn Andersson att principen om obehörig vinst måste accepteras i svensk rätt för att konkurrensbegränsaren inte ska löpa risken att behöva ersätta samma skada till flera parter. Samtidigt framhåller han att hänsyn måste tas till den minskade avsättning som den direkta kunden drabbas av till följd av att han eller hon tar ut ett högre pris.²⁶¹ Wahl, å andra sidan, baserar sin negativa inställning till indirekta kunders ersättningsrätt på att övervältringsförsvar bör förbjudas i syfte att effektivisera

²⁵⁵ Jones, *Private Enforcement*, s. 193.

²⁵⁶ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premiss 30.

²⁵⁷ C-128/92 *Banks* (AG), premiss 51.

²⁵⁸ C-192-218/95 *Société Comateb and Others v. Directeur général des douanes et droits indirects*, [1997] ECR I-165. Se även Jones, *Private Enforcement*, s. 195 ff.

²⁵⁹ C-192-218/95 *Société Comateb*, premisserna 27 och 31-32. Omsättningsförlusten beror på att högre pris medför lägre efterfrågan. Omsättningsförlustens storlek beror däremot inte enbart på överprisets storlek, utan även på efterfrågeelasticiteten för produkten.

²⁶⁰ T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 138.

²⁶¹ T. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 139. Även J. Andersson, *Legala förbud*, s. 634 och 648-649, är av uppfattningen att varje part endast kan ersättas för absorberad del av överpriset..

sanktionssystemet. Han observerar att omsättningsförluster ersätts vid exempelvis otillåten bruttoprissättning, men anser att denna lösning inte är att förorda vid övervältringsskador. Omsättningsförlusten svarar nämligen inte direkt mot överpriset (och i förlängningen därför inte heller mot dödviktsförlusten), samtidigt som den är svår att beräkna.²⁶² Istället menar Wahl att övervältringsförsvar kan bortses ifrån om det antas att den relevanta tidpunkten för bedömningen av vem som har lidit skada är tidpunkten för själva konkurrensbegränsningen.²⁶³

6.3.3 Asymmetrisk lösning

Betraktat isolerat synes argumenten mot att låta indirekta kunder begära ersättning vara få; endast processekonomiska skäl torde kunna anföras. Inställningen till den indirekta kundens ställning beror istället på att den direkta kunden betraktas som en bättre processförare och därför bör ges rollen som *private attorney general*, samtidigt som konkurrensbegränsaren inte bör riskera att få ersätta samma skada två eller flera gånger.

Tre invändningar kan riktas mot detta resonemang. För det första kan det ifrågasättas huruvida direkta kunder verkligen är mer lämpliga processförare än indirekta kunder. Enligt Jones finns det belägg för att så inte är fallet i amerikanska undersökningar, vilket han förklarar med direkta kunders ovilja att äventyra sina affärsrelationer.²⁶⁴ Wahl, däremot, hänvisar till andra källor, vilka stödjer slutsatsen att den amerikanska lösningen är den mest effektiva.²⁶⁵ För det andra ifrågasätter Jones nödvändigheten av att undvika risken för att konkurrensbegränsaren får ersätta samma skada flera gånger. Han menar att konsekvenserna av dubbelersättning är mindre långtgående i avsaknad av tredubbla skadestånd och understryker dessutom det faktum att inga fall av dubbelersättning inträffade i USA mellan *Hanover Shoe* och *Illinois Brick*, trots att det var teoretiskt möjligt.²⁶⁶ För det tredje innebär ett förbud för indirekta kunder att

²⁶² Wahl, s. 310.

²⁶³ Wahl, s. 311.

²⁶⁴ Jones, *Private Enforcement*, s. 197.

²⁶⁵ Wahl, s. 312.

²⁶⁶ Jones, *Private Enforcement*, s. 197 f. Se även avsnitt 3.4.1 ovan.

kräva ersättning att de som normalt drabbas av överpriset inte erhåller kompensation, varför skadeståndets reparativa funktion tydligt sätts ur spel.

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

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

7 Skadestånd och kartellbekämpning

Kartellbekämpning står högst upp på konkurrensmyndigheternas agenda. Trots det upptäcks ständigt nya och allvarliga kartellbildningar. En del åtgärder har satts in för att effektivisera den svenska konkurrensrättens sanktionssystem, andra förslag befinner sig på diskussionsstadiet. I detta kapitel kommer vi att diskutera skadeståndets för- och nackdelar som ett verktyg i kartellbekämpningen.

7.1 Både kunder och konkurrenter kan öka trycket

Det är angeläget att diskutera förutsättningarna för olika kategorier av skadelidande att begära ersättning från kartellföretag, för att därefter utvärdera skadeståndets potentiella bidrag till kartellbekämpningen. Två kategorier av skadelidande träder i förgrunden – kunder och konkurrenter. Inom vardera kategorien kan underkategorier med särskilda juridiska eller praktiska förutsättningar urskiljas.

7.1.1 Kunderna

Kunder till kartellen är den kategori skadelidande, som framför andra drabbas vid kartellsamarbete eftersom de slutligen betalar det faktiska överpriset. För att kunder ska kunna utkräva ersättning från en kartell är det sannolikt nödvändigt att någon form av prissamverkan kan styrkas och att denna prissamverkan har haft effekter på marknaden. Generellt sett är kunder de mest naturliga processförarna i kartellärenden; det är kundens intresse av en effektiv konkurrens som är konkurrensrättens grundläggande syfte. Oavsett om kunderna betraktas som skyddsvärda p.g.a. att de åsamkas förluster genom den fördelningseffekt som karteller ger upphov till eller om kunderna anses lämpliga som processförare eftersom deras skador står i samband med den dödviktsförlust som karteller orsakar, så är rätten till skadestånd för kunder tämligen okontroversiell. De rättsliga och praktiska förutsättningarna för att framställa skadeståndsanspråk skiljer sig dock åt för några olika kategorier av kunder – konsumenter, företagskunder och offentliga kunder.

7.1.1.1 Konsumenterna

Den första gruppen kunder – konsumenterna – drabbas i princip alltid av kartellverksamhet. Oavsett var i säljledet kartellsamverkan implementeras når effekterna alltid konsumentmarknaden i slutändan. Flera allvarliga karteller har dessutom bildats i ledet närmast konsumentmarknaden – SAS/Maersks kartellsamverkan och den kartell som bensinbolagen misstänks ha etablerat är två exempel på detta.²⁶⁷ De rättsliga möjligheterna för konsumenter att agera är, som har framgått, oklara. Den svenska lagtexten hindrar inte att konsumenter betraktas som taleberättigade, men olika tolkningar av förarbetena kan leda till olika slutsatser gällande konsumenters ställning. Enligt vår uppfattning talar såväl skyddshänsyn som ändamålshänsyn för att konsumenter bör ges en vidsträckt talerätt. Däremot står det tämligen klart att konsumenter som drabbas indirekt – dvs. vars skador förmedlas av mellanled som inte deltar i kartellen – inte har rätt till skadestånd eftersom de inte är avtalsparter till kartellföretag. Inom EG-rätten finns det ännu inget tydligt ställningstagande till konsumenters rätt till skadestånd, men EG-domstolens uttalanden i *Courage v. Crehan* är svåra att förena med en snäv avgränsning av kretsen av skadeståndsberättigade. Detta utgör i sig ett ytterligare argument för att konsumenter bör vara berättigade enligt den svenska konkurrenslagen; deras rättsliga position skulle annars variera på ett svårmotiverat sätt beroende på huruvida kartellen haft gränsöverskridande effekter eller inte. En annan sak är att en enskild konsument mer sällan kan antas ha möjlighet att bära den kostnad som en långvarig och komplicerad skadeståndsprocess medför.

7.1.1.2 Företagen

Medlemmarna i den andra gruppen kunder – företag – är av ganska olika slag.²⁶⁸ Den består dels av olika typer av mellanled som har mer utvecklade avtalsrelationer till kartellföretagen (leverantörerna) och dels av företag vars relation till kartellföretagen snarare påminner om den enskilda konsumentens. Med utgångspunkt i ekonomisk

²⁶⁷ Se även Ola Wiklund, Stäm SAS!, Expressen 2001-08-22, s. 4, som uppmanar konsumenter att kräva SAS på skadestånd för överpriser.

²⁶⁸ Företagskunder drabbas i princip vid varje kartellbildning. Ett exempel är vitaminkartellerna, som påfördes rekordböter av kommissionen i november 2001, och som medförde betydande överpriser för bl.a. producenter av livsmedel, djurmat, läkemedel och kosmetika. Se kommissionens pressmeddelande "Commission Imposes Fines on Vitamin Cartels", IP/01/1625, 2001-11-21.

teori är det ingenting som skiljer företagskunders och konsumenters skador åt; båda grupperna drabbas genom att de får betala överpriser. Emellertid gör sig en ytterligare faktor gällande beträffande företagskunder – de har möjlighet att kompensera sig för överpriserna genom att höja sina egna priser. Detta ger upphov till problematiken med övervältring. Fördelningen av rätten till skadestånd mellan direkta och indirekta kunder har diskuterats ovan. Här ska endast framhållas att kartellbekämpningen skulle effektiviseras av att såväl direkta som indirekta kunder gavs rätt att begära ersättning för hela det överpris som de har fått betala, men att en sådan ordning förutsätter att kartellföretaget har möjlighet att undvika dubbelersättning på något sätt. Bortsett från att rättsläget är oklart gällande förhållandet mellan direkta och indirekta skadeståndsanspråk, så torde det inte finnas några rättsliga hinder för företagskunder att begära skadestånd.

De praktiska förutsättningarna för att framställa skadeståndsanspråk kan variera ganska kraftigt, både mellan olika typer av företag och mellan företag och konsumenter. Storföretaget som har köpt överprissatta flygresor till betydande summor torde ha såväl incitament som resurser till att inleda en rättslig process. Emellertid är det inte sällan mindre företag som drabbas av större företags kartellsamarbete. Kunderna har därför färre resurser att lägga på långvariga skadeståndsprocesser. I kombination med ett osäkert rättsläge och att kunden äventyrar relationen till sin leverantör, medför detta att incitamenten för mindre företag att agera rättsligt troligtvis är ganska små.

7.1.1.3 Grupp-talan

Problemet med att bristande ekonomisk kapacitet verkar avhållande på privata aktörers vilja att genomdriva rättsliga anspråk är dock inte begränsat till konkurrensrätten, vilket har medfört att regeringen har föreslagit att grupprättegångar ska införas i svensk rätt. Enligt regeringens proposition ska såväl fysiska som juridiska personer kunna föra s.k. enskild grupptalan, vilket sannolikt är en förutsättning för att konsumenter och mindre företagskunder överhuvudtaget ska våga riskera kostsamma och långvariga processer. Även propositionens förslag om att införa s.k. riskavtal – en motsvarighet till amerikansk rätts *contingency fees* – kan antas möjliggöra finansiering av processer som annars inte skulle ha kommit till stånd.

För konsumenters vidkommande innehåller propositionen om grupprättegångar även två alternativ till enskild grupptalan. För det första föreslås bl.a. ideella föreningar få rätt att driva s.k. organisationstalan för konsumenters räkning. Eftersom taleformen inte har begränsats till den typiska konsumentskyddslagstiftningens område, torde även anspråk enligt 33 § KL kunna omfattas. Enskilda konsumenters potentiella skadeståndsanspråk gentemot företagen som påstås ha varit involverade i bensinkartellen, skulle kunna framställas av t.ex. Motormännen inom ramen för en organisations-talan.²⁶⁹ För det andra lanserar propositionen offentlig grupptalan. Offentliga myndigheter – som utses av regeringen – ska kunna föra enskildas talan om det finns ett samhälleligt intresse av prejudikatbildande eller handlingsdirigerande natur.²⁷⁰ Den här typen av intressen gör sig onekligen gällande på konkurrensrättens område. Genom en eller ett par grupprättegångar skulle t.ex. Konsumentverket eller Konsumentombudsmannen kunna driva fram prejudikat som kan ligga till grund för rent privata processer. I Danmark har motsvarigheten till Konsumentverket – Forbrugerrådet – nyligen engagerat sig i ersättningsfrågan. Den danska Konkurrenceloven innehåller inte någon motsvarighet till 33 § KL, utan skadestånd antas kunna utgå enligt allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser.²⁷¹ I syfte att etablera en fast rättspraxis eller alternativt driva genom en lagändring, har Forbrugerrådet tillsammans med några storkunder stämt SAS på ersättning för skador orsakade av påstådd överprissättning i samband med SAS och Maersks marknadsuppdelningskartell. Processen kan dock inte drivas som en grupprättegång – dansk processrätt ger inte denna möjlighet – utan är istället ett vanligt pilotmål.²⁷²

²⁶⁹ Majoriteten av de som kan ha drabbats av den påstådda bensinkartellen är enskilda konsumenter. Flertalet av dessa har dessutom genom betalkortsavtal en mer kvalificerad avtalsrelation till kartellföretagen; något som eventuellt är av betydelse under 33 § KL. Se KKV, Ansökan om stämning 2000-06-29 (bensinkartell).

²⁷⁰ Prop. 2001/02:107, s. 36 f.

²⁷¹ Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i konkurrenceret* (Jurist- og Økonomforbundets forlag, Köpenhamn, 1997), avsnitt IV.F.3.c.

²⁷² Forbrugerrådets engagemang i frågan beskrivs bl.a. av Niels H. Carstensen, "SAS sagsøges af storkunder", *Børsen* 2001-11-30; och Søren Linding Jacobsen, "Øl-kartellom kan føre til sager om erstatning", *Børsen* 2002-03-05.

7.1.1.4 Offentliga intressen

Den tredje gruppen kunder som drabbas av kartellsamverkan utgörs av representanter för det offentliga, framför allt staten och kommunerna. Gruppen förtjänar att uppmärksammas eftersom kartellbildningar verkar vara relativt vanliga inom branscher till vars kundkrets bl.a. kommuner hör. Även för denna grupp orsakas skadorna av överprissättning, men då särskilt i samband med offentliga upphandlingar. Med andra ord är det framför allt anbudskarteller som drabbar det offentliga intressen. Ett aktuellt exempel är kartellbildningen inom asfaltbranschen, vilken för närvarande utreds av KKV. Från rättslig synvinkel finns det inga hinder för exempelvis kommuner att begära skadestånd för skador orsakade av anbudskarteller. Ett av motiven till att avtalsparter explicit nämns som skadeståndsberättigade i 33 § KL är just att stat och kommun ska kunna utverka ersättning även då de inte kan kvalificeras som företag i KL:s mening. Även de praktiska förutsättningarna för skadeståndsprocesser synes vara relativt goda – även om kommuner inte har möjlighet att föra grupptalan, så borde de skador som de tillfogas ofta vara tillräckligt stora för att motivera rättsliga förfaranden. Kommunförbundet undersöker för närvarande ersättningsmöjligheterna för de kommuner som antas ha drabbats av asfaltkartellen. I dagsläget har dock ingen kommun framställt några konkreta skadeståndsanspråk och på Kommunförbundet uppger man att man för närvarande inväntar Konkurrensverkets stämningsansökan. Svårigheterna med att bevisa kartellsamverkan anses i princip omöjliggöra processer som inte kan stödjas på KKV:s bevismaterial.²⁷³ Åter kan det hänvisas till Danmark för ett exempel på konkreta förfaranden gentemot karteller. Fyra danska kommuner – Köpenhamn, Odense, Århus och Aalborg – inledde i februari 2001 en skadeståndsprocess mot ABB. Kommunerna gör gällande att ABB genom överprissättning orsakat dem en sammanlagd förlust på 283 miljoner danska kronor i samband med den s.k. fjärrvärmörskartellen.²⁷⁴

²⁷³ Intervju med Per Henningsson på Konsumentverket, 2002-04-12. Se även Fredrik Quist "Vi kan inte sitta och titta på", Östgöta Correspondenten 2002-02-14.

²⁷⁴ Jesper Beenfeldt Nielsen "ABB må betale for rørkartellet", Børsen 2000-10-23; och Jesper Beenfeldt Nielsen "Rør-kartel-firmaer stævnes - forlig er droppet", Børsen 2001-02-15.

7.1.2 Konkurrenterna

Förutom kunder kan även konkurrenter till karteller drabbas. Själva kärnan i kartellverksamheten – prisöverenskommelsen, marknadsuppdelningen etc. – skadar förvisso inte konkurrenter. Tvärtom, konkurrenter kan antingen dra fördel av den högre prisnivån – utan att riskera rättsligt ansvar – eller ta marknadsandelar från kartellföretagen. I praktiken kan inte en kartell fungera om det finns konkurrenter med kapacitet att utnyttja den marknadssituation som kartellen ger upphov till. Karteller försöker därför ofta ingripa mot företag som vägrar att ansluta sig till kartellen och företag som bryter mot kartellens regler.²⁷⁵ I huvudsak torde kartellers ingripanden syfta till att antingen tvinga med konkurrenten i kartellen eller eliminera konkurrenten från marknaden.²⁷⁶ Det finns anledning att närmare studera två olika kategorier av potentiella skadeståndsberrättigade – utomstående konkurrenter och kartellföretag som bryter mot kartellens eget regelsystem.

7.1.2.1 *Icke medverkande företag*

Den förstnämnda kategorin – konkurrenter som inte ansluter sig till kartellen – torde utan tvekan kunna klassificeras som skyddsvärda inom ramen för konkurrensrätten. I och för sig effektiva konkurrenter, som tillfogas kostnader eller tvingas bort från marknaden, bör rimligen kunna begära ersättning för såväl direkta kostnader som utebliven vinst. Deras ersättningsanspråk kan grundas på legitima reparationsintressen, samtidigt som de ofta kan ha goda förutsättningar för att agera gentemot kartellföretagen. Det ligger i sakens natur att de inte – i motsats till exempelvis kunder – har något intresse av att bevara en affärsrelation till kartellföretagen. Från rättslig synvinkel är det inte heller någon tvekan om att konkurrenter har rätt till skadestånd; förarbetena till 33 § KL klargör uttryckligen att konkurrerande företag hör till lagens skyddsintresse.

²⁷⁵ Inom ramen för den s.k. cementkartellen upprättades en lista på åtgärder som kunde vidtas mot konkurrenter som vägrade rätta in sig i ledet. Även om flertalet åtgärder inte omsattes i praktik, ger listan en god överblick av vad för slags åtgärder som kan komma på fråga. Se kommissionens beslut (94/815/EC) *Cementkartell*, OJ (1994) L 343/1, premisserna 24(3-7).

²⁷⁶ Se bl.a. Skrifter fra Konkurransetilsynet 1/2001, *Sanksjonering – er det verdt prisen? Om sanksjonering under konkuranseloven*, online: Konkurransetilsynet <www.konkurransetilsynet.no/velkommen.html> (2002-05-04) [Konkurransetilsynet, *Sanksjonering*], s. 39.

Ett typfall på en konkurrent som har legitima ersättningsanspråk kan hämtas från den s.k. fjärrvärmerörskartellen. ABB och de övriga företagen som var involverade i kartellen vidtog åtgärder gentemot den enda betydande konkurrenten till kartellföretagen, det svenska företaget Powerpipe. Efter att påtryckningsförsök hade misslyckats och Powerpipe hade lyckats vinna ett större kontrakt i Tyskland, genomförde kartellföretagen en bojkott av Powerpipes kunder och leverantörer. Efter EU-kommissionens ingripande mot kartellen utbetalade ABB skadestånd till Powerpipe, vilket föranledde en bötesnedsättning på 5 miljoner euro.²⁷⁷ Bojkotten har emellertid blivit föremål för en tvist i svensk domstol. Powerpipes nya ägare gör gällande att utbetalningen av ersättning inte kan göras gällande gentemot dem och har därför stämt ABB på sammanlagt 355 miljoner kronor i skadestånd avseende olaglig kartellverksamhet. Talan grundas på såväl den svenska konkurrenslagen som EG:s konkurrensregler.²⁷⁸

7.1.2.2 *Medverkande företag*

Den andra kategorin – kartellföretag som bryter mot kartellens regelsystem – är mer problematisk ur ett skadeståndsrättsligt perspektiv. Skadorna som de kan orsakas är av samma karaktär som de som drabbar utomstående konkurrenter; dvs. bojkottaktioner och andra påtryckningar mot gemensamma kunder och leverantörer. Mot bakgrund av företagets medverkan i själva kartellen kan det dock ifrågasättas om de bör kunna utverka ersättning. Emellertid torde det inte finnas några hinder mot att låta delaktiga företag framställa skadeståndsanspråk för den här typen av skador, samtidigt som de blir föremål för konkurrensmyndigheternas utredningar gällande deras inblandning i kartellen. Det kan vara lämpligt att tillåta skadeståndsanspråk från kartellföretag, som spelat mindre betydelsefulla roller i kartellen eller i varje fall från företag som kan styrka att de tvingats med i kartellen. Kartellföretag torde ha insikt i kartellens interna förehavanden och därmed ha goda förutsättningar

²⁷⁷ Kommissionens beslut (1999/60/EG) *Kartellen för fjärrvärmerör*, EGT (1999) L 24/1, premisserna 171-172. Ersättningens storlek har inte offentliggjorts, men Powerpipes nya ägare uppger i sin stämningsansökan (se fotnot 278) att ABB i enlighet med ett hemligt avtal utbetalat ungefär 140 miljoner kronor till Powerpipes förra ägare.

²⁷⁸ T 8-17228-99 *Powerpipe Holding AB ./. ABB Asea Brown Boveri Ltd.* Powerpipe har bl.a. yrkat på 315 miljoner kronor i skadestånd för olaglig kartellverksamhet och 40 miljoner kronor i skadestånd för förlorade investeringar till följd av att kartellverksamheten medförde Powerpipes konkurs.

för att driva framgångsrika skadeståndsprocesser. Samtidigt kan möjligheten till ersättning öka incitamenten för kartellföretag att bryta mot de hemliga överenskommelserna och börja konkurrera med kartellen.

7.1.3 Skadeståndsberäkningen ett problem

Beträffande såväl utomstående konkurrenter som kartellföretag som bryter sig loss, uppkommer en del särskilda problem gällande skadeståndets beräkning. Att ersättning ska utgå för direkta kostnader – t.ex. kostnader som uppstår i samband med att företaget inte kan leverera p.g.a. leveransbojkott – är tämligen självklart. Däremot kan ersättning för utebliven vinst diskuteras. Å ena sidan kan det inträffa att kartellens försvarsåtgärder innebär att konkurrenten går miste om affärsmöjligheter eller tvingas bryta kontrakt med kunder. Konkurrenten orsakas därmed onekligen skada i form av utebliven vinst. Å andra sidan kan det hävdas att den uteblivna vinsten är beroende av kartellens existens; i annat fall hade konkurrenten inte kunnat erhålla kontraktet ifråga. Med andra ord hade möjligheten till vinst inte överhuvudtaget existerat om inte kartellen hade funnits. I förhållande till konkurrenter som har varit delaktiga i kartellen kan det synas tveksamt om de ska kunna begära ersättning för utebliven vinst överhuvudtaget. I annat fall drar de fördel av att ha medverkat till en kartells existens. Beträffande utomstående konkurrenter kan det hävdas att ersättningen bör beräknas i relation till ett konkurrensutsatt pris; konkurrenten bör inte erhålla ersättning för det högre pris som hade kunnat tas ut till följd av den artificiellt höga prisnivån. Begreppet ”konkurrensskada” torde fylla en funktion i den här typen av resonemang, liksom även när det gäller att bedöma huruvida ett skadeståndsanspråk från en konkurrent överhuvudtaget är konkurrensrättsligt relevant.

7.2 Skadeståndets roll i sanktionssystemet

7.2.1 Skadeståndsmål kommer att vara följdprocesser

Det finns rättsliga förutsättningar för flertalet av de aktörer som drabbas av kartellers verksamhet att begära skadestånd. En skadelidande som vill framställa anspråk mot ett kartellföretag står dock inför en besvärlig uppgift, framför allt beträffande införskaftet

av bevis. Till skillnad från konkurrensmyndigheterna, har privata aktörer inte möjlighet att inhämta bevismaterial via s.k. gryningsräder. Därmed blir det avsevärt svårare att styrka kartellsamverkan. I amerikansk konkurrensrätt förhåller det sig annorlunda. Genom *discovery*-institutet har enskilda omfattande möjligheter att med domstolens hjälp tvinga fram bevismaterial. I svensk rätt finns visserligen möjligheten att framställa yrkanden om edition, men editionsinstitutet kan knappast jämföras med *discovery* enligt amerikansk rätt. Det ställs höga krav på bl.a. precisering av vilka dokument som efterfrågas och vad dokumenten ska styrka, för att en svensk domstol ska utfärda ett editionsföreläggande.²⁷⁹

En utveckling i riktning mot amerikansk konkurrensrätt – där enskilda själva sanerar marknaden från konkurrensbegränsningar²⁸⁰ – skulle förutsätta en radikal förändring av svenska regler om införskaftet av bevis. Sådana förändringar är inte att påräkna. Det kan därtill diskuteras huruvida sådana förändringar är önskvärda, eftersom de skulle ge upphov till flera principiella problem. Med de begränsade möjligheterna att införskaffa bevismaterial är det sannolikt att enskilda främst kommer att framställa ersättningsanspråk mot karteller, som redan har varit föremål för KKV:s eller kommissionens intresse. Privata aktörer kommer att följa i myndigheternas fotspår. Enskilda skadeståndsprocesser, som ofta kan vara långvariga och kostsamma, torde förutsätta att den skadelidande har tillgång till det offentliga bevismaterialet och helst till domstolsavgörande eller kommissionsbeslut.²⁸¹ Även inom ramen för s.k. följdprocesser kommer käranden att mötas av bevissvårigheter. Skadan och orsakssammanhanget måste styrkas i skadeståndsprocessen. Till skillnad från styrkandet av själva kartellsamverkan, rör det sig här om bevisproblem som gör sig gällande inom de flesta skadeståndsprocesser.

²⁷⁹ Se Wetter m.fl., s. 578, som framhåller MD dnr A 3/98 KKV / J. *Posten Sverige AB* (1998-06-30), där CityMails yrkande om edition inte befanns tillräckligt underbyggt av MD, som ett exempel på svårigheterna att tvinga fram skriftlig bevisning genom edition. Se även Per Olof Ekelöf och Robert Boman, *Rättegång. Fjärde häftet* (Norstedts Juridik, Stockholm, sjätte upplagan, 1995), s. 216 ff. för en allmän genomgång av editionsplikten enligt RB 38 kap.

²⁸⁰ Enligt den s.k. Georgetown-studien, som avsåg amerikanska konkurrensrättsprocesser under 1970-talet och 1980-talet, utgjordes ca. 91% av processerna av självständigt initierade processer. Beträffande horisontellt prissamarbete var procentsatsen knappt 70. Se Konkurrensetilsynet, *Sanksjonering*, s. 42.

²⁸¹ Jfr. Konkurrensetilsynet, *Sanksjonering*, s. 43, som drar samma slutsats beträffande förutsättningarna för skadeståndsprocesser i norsk konkurrensrätt.

Vår huvudsakliga slutsats är följaktligen att skadeståndsprocesser med anledning av överträdelser av svensk och europeisk konkurrensrätt kommer att vara s.k. följdprocesser. Den enda grupp skadelidande som har relativt goda förutsättningar för att ingripa på egen hand är företag som själva har varit delaktiga i konkurrensbe-gränsningen och därför har tillgång till bevismaterial.

7.2.2 Skadestånd som komplement till offentliga sanktioner

Slutsatsen att skadeståndsprocesser främst kommer att utgöras av följdprocesser har en del konsekvenser för skadeståndets funktion inom konkurrensrättens sanktionssystem. Om skadestånd döms ut inom ramen för en följdprocess, innebär detta att ett kartellföretag som redan har påförts en offentlig sanktion drabbas av en ytterligare sanktion. Det kan hävdas att detta inte torde ha någon egentlig avskräckande verkan, eftersom redan konkurrensskadeavgiften normalt uppgår till belopp som överstiger kartellföretagets monopolvinst. Ett motargument är emellertid att de offentlighetsrättsliga sanktionerna hitintills inte synes ha verkat avhållande på företags benägenhet att bilda karteller.²⁸² Skadeståndet kan därvid komplettera de offentliga sanktionerna. Utdömandet av skadestånd medför att kartellföretaget drabbas av en – ofta betydande – kostnad, vilket i sig har en preventiv effekt. Av ännu större vikt är sannolikt att skadeståndsprocessen bidrar till att skapa publicitet kring kartellen och företagets medverkan i densamma. Kartellföretagen drabbas därvid av badwill, vilken förstärks av att skadeståndsprocessen tydliggör kartellens skadeverkningar och offer. Samtidigt torde ökad publicitet medföra ökad kunskap om konkurrensreglerna och ökad medvetenhet om riskerna hos företagen i stort.²⁸³ Sammantaget innebär detta att skadeståndet och skadeståndsprocessen kan bidra med en preventionsverkan som kompletterar och förstärker de offentliga sanktionerna.

Det bör understrykas att skadeståndet inte kan förväntas bredda konkurrensövervakningen (dvs. öka upptäcktsrisken), utan framför

²⁸² Möjliga orsaker till detta kan vara att företag inte är så rationella som rättseconomiska modeller förutsätter, att upptäcktsrisken bedöms som låg, att företagen ännu inte har rättslaget klart för sig m.m.

²⁸³ Se även Konkurrensutskottet, *Sanktionering*, s. 41, som framhåller publiciteten, synliggörandet av offer och risken för att stämmas av egna kunder som viktiga element i skadeståndsprocessens preventiva effekt.

allt förstärka påföljden för de kartellföretag som redan idag upptäckts och lagförs. Detta behöver inte ses som ett problem. Ett sanktionssystem som tilldelar skadeståndet en mer självständig roll skulle inte enbart kräva förändringar av möjligheterna att införskaffa bevismaterial. Även skadeståndets kapacitet att fungera som en sanktion hade krävt förändringar – för att uppnå en med de offentliga sanktionerna jämförbar preventionsverkan är någon form av straffskadestånd nödvändigt. Straffskadestånd – liksom långtgående möjligheter till att framtvunga bevis – väcker principiella och kontroversiella frågor. Mot bakgrund av svensk rätt i allmänhet och det svenska konkurrensrättsliga sanktionssystemet i synnerhet, är det rimligt att KKV har ansvaret för bekämpningen av karteller. Enskilda skadeståndsprocesser kan, med utgångspunkt i reparationskrav, komplettera och förstärka effekten av KKV:s ingripanden.

Ett problem som förtjänar uppmärksamhet i sammanhanget är förekomsten av förlikningar. Om parterna i en skadeståndstvist förlikas utom rätta undviker kartellföretaget offentligheten och därmed flertalet av de faktorer som ovan nämndes som viktiga för skadeståndets preventionseffekt. I princip kvarstår endast skadeståndets (eller ersättningens) individualpreventiva verkan, vilken kan antas vara av förhållandevis mindre intresse. Dessvärre synes sannolikheten för förlikningar vara relativt hög, vilket kan illustreras av att flera av de tvister som har anhängiggjorts i Sverige har återkallats efter förlikning.²⁸⁴ Det bör dock understrykas att skadeståndets reparativa verkan inte minskar p.g.a. förlikningar.

7.2.3 Ökat användande av skadeståndet – problem och möjligheter

Anledningarna till att skadeståndet hitintills inte har använts i någon nämnvärd utsträckning står troligen att finna i det osäkra rättsläget, okunskap om möjligheterna och svårigheterna att införskaffa bevismaterial. En ytterligare förklaring till avsaknaden av skadeståndsprocesser är att en del tvister har resulterat i förlikningar och skiljedomar. Det finns emellertid indikationer på att den skadestånds-

²⁸⁴ Se T 8-738-96 CityMail Sweden AB ./ Posten Sverige AB (återkallat) och T 8-1093-98 BK Tåg AB ./ Statens Järnvägar (återkallat). Se även Konkurrenssetilsynet, *Sanksjonering*, s. 43 f.

rättsliga aktiviteten kan komma att öka. Införandet av gruppprättegångar skapar möjligheter för aktörer vars anspråk inte är individuellt processbara. EG-domstolens avgörande i *Courage v. Crehan* klargör att skadeståndsanspråk kan baseras på överträdelser av EGFördragets konkurrensregler och bidrar samtidigt till att väcka potentiella kändandes uppmärksamhet. Vidare innebär förslaget till reform av förordning 17/62 – även om det ur ett skadeståndsrättsligt perspektiv är väldigt försiktigt – att en del hinder för civilrättsliga processer baserade på EG-rätten försvinner.

Det viktigaste bidraget till en ökad skadeståndsrättslig aktivitet vore emellertid att någon startar och vinner en skadeståndsprocess mot ett kartellföretag.²⁸⁵ Det är av vikt att det klargörs vilka beviskrav som gäller, vad kändanden måste styrka och vilken bevisverkan domstolarna tillmäter avgöranden om konkurrensskadeavgift. Framför allt är det viktigt att potentiella kändanden uppmärksammas på möjligheterna att begära ersättning. För svenskt vidkommande skulle det vara önskvärt att exempelvis Konsumentombudsmannen förde en offentlig grupptalan i ett ärende av principiellt intresse och på så vis skapade ett vägledande prejudikat.

7.2.4 Åtgärder som kan främja användandet av skadeståndet

Även om de rättsliga förutsättningarna för att inleda skadeståndsprocesser existerar idag, finns det åtgärder som skulle underlätta för skadelidande att driva process.

1. För det första hade det varit önskvärt om domstolsavgöranden i mål om konkurrensskadeavgift hade tillerkänts rättskraft i efterföljande skadeståndsprocess;²⁸⁶
2. För det andra kan preskriptionsfristen på 5 år ställa till problem för en skadelidande som måste invänta tingsrättens (och eventuellt Marknadsdomstolens) avgörande i saken. En rimlig lösning vore att koppla preskriptionen till KKV:s process,

²⁸⁵ Se Clifford A. Jones, *A New Dawn for Private Competition Law Remedies in Europe? Reflections from the USA*, avsnitt IV.

²⁸⁶ Ett ur reparationssynvinkel fullgott alternativ vore att ge skadelidande möjlighet att framställa skadeståndsyrkande inom ramen för KKV:s talan om konkurrensskadeavgift. En sådan lösning skulle dock förutsätta en reform av domstolsordningen och samtidigt medföra risk för att den offentliga processen komplicerades.

så att skadeståndstalan kan väckas inom ett år från ett laga-kraftvunnet avgörande i målet om konkurrensskadeavgift;²⁸⁷

3. För det tredje är det av vikt att det tydligt framgår vem som har rätt till skadestånd enligt KL. Den bästa lösningen vore att lokutionen ”annat företag eller avtalspart” i 33 § KL togs bort. Absoluta hinder för vissa kategorier av skadelidande att framställa ersättningsanspråk är svåra att motivera. Istället fördelas rätten till skadestånd lämpligen med utgångspunkt från adekvans- och normskyddsresonemang i det konkreta fallet. Om begränsningen ifråga ändå kvarstår, vore det i varje fall välkommet om förarbetenas uttalanden om KL:s skyddsintresse och konsumenters rätt till skadestånd prekluderades. Dessa framstår som svårförenliga med dagens syn på konkurrensrättens ändamål;
4. För det fjärde hade det varit önskvärt att det ställs utom tvivel att grupptalan kan föras ifråga om anspråk enligt 33 § KL. I dagsläget finns det inget som motsäger detta, men det är anmärkningsvärt att konkurrensrättsliga skadeståndsanspråk inte överhuvudtaget nämns i propositionen om gruppåtgångar; och
5. På det EG-rättsliga området hade det framför allt varit önskvärt att de grundläggande ansvarsförutsättningarna gällande skadeståndsansvar vid överträdelser av EG:s konkurrensregler införlivas i den förordning som ska ersätta förordning 17/62.

7.3 Skadeståndet – mer rättsmedel än sanktion

Avslutningsvis bör det framhållas att ett ökat antal skadeståndsprocesser knappast utgör lösningen på problemet med kartellbildningar. En utveckling i riktning mot den amerikanska konkurrensrätten – där privata aktörer själva sanerar marknaden från konkurrensbegränsningar – skulle kräva långtgående förändringar av svensk rätt. Sådana förändringar är inte aktuella och kanske inte heller önskvärda. Skadeståndet är i svensk rätt utformat som ett

²⁸⁷ Ett alternativ vore i och för sig att den skadelidande genast väcker talan och att domstolen sedan vilandeförklarar målet i avvaktan på utgången i målet om konkurrensskadeavgift. Se T 8-1093-98 BK *Tåg AB ./. Statens Järnvägar*.

rättsmedel för enskilda snarare än som en sanktion i allmänhetens tjänst. Detta är enligt vår uppfattning en rimlig ordning. Allmänhetens intresse av en effektiv konkurrens tas bäst hand om av offentliga organ som kan anpassa sanktionerna efter de övergripande målen med konkurrenslagstiftningen. En effektivare kartellbekämpning uppnås genom att konkurrensmyndigheterna tilldelas adekvata resurser, som fokuseras på de allvarliga konkurrensbegränsningarna samtidigt som de får tillgång till effektivare sanktioner.

En radikal förändring av skadeståndets roll inom sanktionssystemet i Sverige och Europa leder inte ensamt till en sanering av konkurrensöverträdelserna. Skadeståndet kan dock komplettera de offentliga sanktionerna genom att påföra kartellföretagen ytterligare kostnader, skapa badwill för kartellföretagen och tydliggöra kartellers skadeverkningar och offer. Framför allt kan dock skadeståndet kompensera de enskilda som till följd av kartellbildningar drabbas av betydande ekonomiska förluster.

Litteraturförteckning

Böcker

- Andersson, Torbjörn Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler – en studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten (Iustus Förlag, Uppsala, 1999).
- Andersson, Torbjörn Rättsskyddsprincipen – EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv (Iustus Förlag, Uppsala, 1997).
- Bernitz, Ulf Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare (Norstedts Juridik, Göteborg, 1993).
- Carlsson, Kenny m.fl. Konkurrenslagen – en kommentar (Norstedts Juridik, Stockholm, 1999).
- Ekelöf, Per Olof och Juridik, Robert Boman Hellner, Jan och Svante Rättegång. Fjärde häftet (Norstedts Stockholm, sjätte upplagan, 1995). Skadeståndsrätt(Norstedts Juridik, Göteborg, Johansson sjätte upplagan, 2000).
- Jones, Clifford A. Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA (Oxford University Press, New York, 1999).
- Kerse, C.S. E.C. Antitrust Procedure (Sweet & Maxwell, London, fjärde upplagan, 1998).
- Kleineman, Jan Ren förmögenhetsskada – särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart (Juristförlaget, 1987).
- Koktvedgaard, Mogens Lærebog i konkurrenceret (Jurist- og Økonomforbundets forlag, Köpenhamn, 1997).

- Martin, Stephen Industrial Economics – Economic Analysis and Public Policy (Macmillan, New York N.Y., 1988).
- Wahl, Nils Konkurrensskada – skadeståndsansvar vid överträdelse av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen (JureCLN AB, Stockholm, 2001).
- Wetter, Carl m.fl. Konkurrenslagen – en handbok (Nerenius & Santérus, Stockholm, 1999).

Artiklar

- Andersson, Jan Legala förbud och ogiltighet – en teleologisk studie, Tfr (1999) 533.
- Gyselen, Luc Liability of Supranational, State and Private Actors – Comment from the Point of View of EU Competition Law (artikel presenterad vid *Principles of Proper Conduct for Supranational, State and Private Actors – Towards a Ius Commune* vid K.U. Leuven och Universiteit Maastricht, 15-16 september 2000, online: Konkurrensdirektoratet <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2000_016_en.pdf> (2001-11-07).
- Hovenkamp, Herbert Antitrust's Protected Classes, 88 Mich. L. Rev. (1989) 1, online: Westlaw.
- Jacobson, Jonathan M & Mat Twenty-one Years of Antitrust Injury: Down the Tracy Greer Alley with Brunswick V. Pueblo Bowl-O-66 Antitrust L. J. (1998) 273, online: Akin, Gump, Strauss, Hauer & Feld <<http://www.akingump.com/library/publications/antitrust/pdfs/jacobson.pdf>> (2001-12-12).

- Jones, Clifford A. A New Dawn for Private Competition Law Remedies in Europe? Reflections from the USA.*
- Kjølby, Lars Case C-344/98, *Masterfoods v. HB Ice Cream*, 39 CML Rev. (2002) 175-184.
- Landes, William M. Optimal Sanctions for Antitrust Violations, 50 U. Chi. L. Rev. (1983) 652, online: Westlaw.
- Roach, Kent och Michael J. Trebilcock Private Enforcement of Competition Laws, 34 J. Trebilcock Osgoode Hall L.J. (1997) 461.
- Van Gerven, Walter Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules Before National Courts.*
- Wils, Wouter P.J. The Modernization of the Enforcement of Articles 81 and 82: A Legal and Economic Analysis of the Commission's Proposal for a New Council Regulation Replacing Regulation No. 17, 24 Fordham Int'l L.J. 1655, online: Westlaw.

Offentligt tryck

Sverige

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

Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning.

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

Prop. 2001/02:107 Lag om gruppprättegång.

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

SOU 1991:59 Konkurrens för ökad välfärd.

Ds 1992:18 Ny konkurrenslag.

EU

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

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

Dagspress

Beenfeldt Nielsen, Jesper, "ABB må betale for rørkartellet", Børsen 2000-10-23

Beenfeldt Nielsen, Jesper, "Rør-kartel-firmaer stævnes - forlig er droppet", Børsen 2001-02-15.

Carstensen, Niels H., "SAS sagsøges af storkunder", Børsen 2001-11-30.

Jacobsen, Søren Linding, "Øl-karteldom kan føre til sager om erstatning", Børsen 2002-03-05.

Quist, Fredrik "Vi kan inte sitta och titta på", Östgöta Correspondenten 2002-02-14.

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

Övrigt

EU-kommissionen, "Commission Adopts Eight New Decisions Imposing Fines on Hard-Core Cartels", *Competition Policy Newsletter* 2002:1.

EU-kommissionen, pressmeddelande, "Commission Imposes Fines on Vitamin Cartels", IP/01/1625, 2001-11-21.

Intervju med Per Henningsson på Konsumentverket, 2002-04-12.

KKV, Ansökan om stämning 2000-06-29 (bensinkartell).

KKV, Konkurrensnytt 2002:2.

Skrifter fra Konkurransetilsynet 1/2001, *Sanksjonering – er det verdt prisen? Om sanksjonering under konkurranse-loven*, online: Konkurransetilsynet
<www.konkurransetilsynet.no/velkommen.html> (2002-05-04).

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

Rättsfallsförteckning

EU

- 26/62 *Van Gend en Loos*, [1963] ECR 1.
- 127/73 *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SV SABAM et NV Fonior*, [1974] ECR 51.
- 14/83 *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, [1984] ECR 1891.
- C-234/89 *Delimitis v. Henninger Bräu AG*, [1991] ECR I-935.
- C-6 & 9/90 *Frankovich and Bonifaci v. Italy*, [1991] ECR I-5357.
- C-37/90 *Mulder and Heinemann v. Council and Commission*, [1992] ECR I-3061.
- C-271/91 *Marshall v. Southampton and South-West Area Health Authority*, [1993] ECR I-4367.
- C-128/92 *H.J. Banks & Co. Ltd v. British Coal Corporation*, [1994] ECR I-1209.
- C-46 & 48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v. Germany and The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and Others*, [1996] ECR I-1029.
- C-192 & 218/95 *Société Comateb and Others v. Directeur général des douanes et droits indirects*, [1997] ECR I-165.
- C-282/95P *Guérin automobiles v. Commission*, [1997] ECR I-1503.
- C-344/98 *Masterfoods Ltd. v. HB Icecream Ltd.*, [2000] ECR I-1369.

- C-453/99 *Courage Ltd v. Bernard Crehan*, [2001] ECR I-6297.
- T-24/90 *Automec Srl v. Commission*, [1992] ECR II-2223.

Beslut (94/815/EC) *Cementkartell*, OJ (1994) L 343/1.

Beslut (1999/60/EG) *Kartellen för fjärrvärmerör*, EGT (1999) L 24/1.

Storbritannien

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

Sverige

NJA 1991 s. 138.

NJA 1982 s. 307.

NJA 1976 s. 458.

MD 2000:2 *Statens Järnvägar ./.* *Konkurrensverket*.

MD dnr A 3/98 *KKV ./.* *Posten Sverige AB* (1998-06-30).

T 8-738-96 *CityMail Sweden AB ./.* *Posten Sverige AB* (återkallat).

T 8-1093-98 *BK Tåg AB ./.* *Statens Järnvägar* (återkallat).

T 8-17228-99 *Powerpipe Holding AB ./.* *ABB Asea Brown Boveri Ltd* (ej avgjort).

USA

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

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

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

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

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

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