

Optimala sanktioner inom svensk konkurrensrätt

Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2006:3

Nils Wahl

ISSN-nr 1652-8069

Konkurrensverket, Stockholm 2006

Illustration: Martina Thulin, Odelius New Media

Förord

I Konkurrensverkets uppdrag ligger bl.a. att främja forskning på konkurrensområdet. Utformningen av sanktioner riktade mot dem som bryter mot konkurrensreglerna är av central betydelse för regelverkets sammantagna effektivitet. Till skillnad från konkurrensreglernas materiella innebörd – som uppvisar relativt stora likheter mellan olika länder och jurisdiktioner – föreligger här betydande skillnader i såväl lösningar som nivåer.

Mot den bakgrunden gav Konkurrensverket under juli 2005 i uppdrag åt professor Nils Wahl att analysera optimala sanktionssystem för överträdelse av det konkurrensrättsliga regelverket. Detta uppdrag slutredovisas nu. I rapporten diskuteras utformningen, tolkningen och tillämpningen av de offentliga sanktioner som kan följa främst vid överträdelse av de svenska konkurrensreglerna. Syftet med framställningen är att analysera i vilken utsträckning som sanktionssystemet är optimalt utformat sett utifrån syftet med sanktionerna.

Till projektet knöts under slutskedet en referensgrupp vilken har fungerat som kvalitetsäkrare genom att vid ett gemensamt möte lämna synpunkter på ett utkast till föreliggande rapport. I referensgruppen ingick jur.dr. Ewa Edvardsson, vice överåklagare Björn Blomqvist, advokat Johan Coyet samt docent Jerker Holm.

Det är författaren själv som svarar för innehåll och slutsatser i rapporten. Slutsatserna behöver alltså inte nödvändigtvis återspegla Konkurrensverkets uppfattning.

Stockholm i maj 2006

Claes Norgren
Generaldirektör

Innehåll

Sammanfattning	6
Summary	7
1 Ämnet och dess disposition	8
1.1 Inledning.....	8
1.2 Utgångspunkter.....	9
1.3 Optimala sanktioner	10
1.4 Skilda former av sanktioner.....	12
1.5 Vilka skador orsakar en konkurrensbegränsning?.....	13
1.6 Den fortsatta dispositionen.....	15
2 Det svenska konkurrensrättsliga sanktionssystemet	16
2.1 Inledning.....	16
2.2 Konkurrensskadeavgift	17
2.2.1 Inledning.....	17
2.2.2 Uppsåt eller oaktsamhet.....	17
2.2.3 Storleken på konkurrensskadeavgiften.....	19
2.2.4 Beräkningen av konkurrensskadeavgiften	19
2.2.5 Allvarlig överträdelse	20
2.2.6 Varaktigheten av en överträdelse	22
2.2.7 Andra försvårande eller förmildrande omständigheter	23
2.2.8 Eftergift	26
2.3 Skadestånd	28
2.4 Ogiltighet.....	30
2.5 Sammanfattning om det svenska sanktionssystemet.....	32
3 Det EG-rättsliga sanktionssystemet	34
3.1 Inledning.....	34
3.2 Eftergift och nedsättning av böter.....	35
3.3 Bötespraxis	36
4 Andra konkurrensrättsliga sanktionssystem	39
4.1 Inledning.....	39
4.2 Bestämningen av maximala böter	39
4.3 Andra sanktioner.....	41
4.4 Utformningen av eftergiftsprogrammen	42
5 Ett optimalt sanktionssystem	44

5.1	Inledning.....	44
5.2	Risken för upptäckt och lagföring.....	44
5.2.1	Höga sanktioner eller hög risk för sanktion?	44
5.2.2	Vem eller vilka skall sköta övervakningen?	46
5.2.3	Betydelsen av kontroll endast <i>ex post</i>	49
5.2.4	Effektivitet i upptäckandet av skilda överträdelser	50
5.2.5	Effektivitet i lagföring och utdömande av sanktioner	52
5.2.6	Betydelsen av vem som slutgiltigt bestämmer böterna	53
5.2.7	Förhållandet mellan eftergiftssystem och sanktioner	54
5.3	Val av sanktion och nivån på sanktionen	60
5.3.1	Inledning.....	60
5.3.2	Syftena med sanktioner	61
5.3.3	Företags- eller individavskräckning?	62
5.3.4	Skall storleken på en sanktion vara förutsägbar?	65
5.3.5	Nivån på sanktionerna – vinsten eller skadan?	68
5.3.6	Vilken ansvarsstandard skall användas – culpa eller strikt ansvar?	69
5.3.7	Skadestånd som sanktion.....	70
6	Faktorer som bör påverka konkurrensskadeavgiftens storlek.....	72
6.1	Inledning.....	72
6.2	Risk för upptäckt vid skilda former av konkurrensbegränsningar.....	73
6.3	Allvarlig överträdelse	76
6.3.1	Faktorer kopplade till marknaden	80
6.3.2	Faktorer kopplade till företaget.....	80
6.3.3	Sammanfattning om allvarlighet.....	83
6.4	Tidsfaktorn	83
6.5	Försvårande omständigheter	85
6.5.1	Försvårande omständigheter enligt kommissionens bötestillkännagivande.....	87
6.6	Förmildrande omständigheter	89
6.7	Omsättning som en faktor för att bestämma konkurrensskadeavgiften.....	91
7	Sammanfattande ställningstagande	93
7.1	Inledning.....	93
7.2	Hög risk för upptäckt eller stränga sanktioner?	93
7.3	Effektiviteten i upptäckandet av konkurrensbegränsande agerande.....	94
7.4	Sanktionernas storlek.....	95
	Referenser	97

Sammanfattning

Vid överträdelser av konkurrensregler kan offentliga sanktioner följa. Inom svensk och europeisk konkurrensrätt används endast penningssanktioner i form av konkurrensskadeavgift respektive böter. Huruvida dessa sanktioner uppnår det de syftar till att uppnå är en omdebatterad fråga.

I denna skrift diskuteras utformningen, tolkningen och tillämpningen av de offentliga sanktioner som kan följa främst vid överträdelser av de svenska konkurrensreglerna. Syftet med framställningen är att försöka analysera i vilken utsträckning som sanktionssystemet är optimalt utformat sett utifrån syftet med sanktionerna.

Med det syftet analyseras vilka faktorer som bestämmer sanktionens storlek och huruvida övervakningen och lagföringen bidrar till ett optimalt utformat sanktionssystem. Särskilt uppmärksammas utformningen och tillämpningen av det svenska eftergiftsprogrammet. Det konstateras att de faktorer som styr sanktionernas storlek inte till fullo förefaller adekvat utformade; antingen tillmäts irrelevanta faktorer för stor betydelse, alternativt beaktas inte de skador som konkurrensreglerna syftar till att undvika. Även om det knappast är möjligt att uttala något bestämt om huruvida sanktionernas storlek är adekvata, konstateras att sanktionerna under alla omständigheter inte är tillräckligt ingripande för att det svenska eftergiftsprogrammet skall fungera på avsett sätt. Vidare noteras att endast offentlig övervakning av Konkurrensverket inte kan förväntas uppnå erforderlig risk för upptäckt eller lagföring. För att risken för upptäckt och lagföring skall öka måste privata parter möjligheter att erhålla skadestånd förbättras.

Den övergripande konklusionen är att i valet mellan höga sanktioner eller hög risk för upptäckt och lagföring, bör det senare väljas. En högre risk för upptäckt och sanktion uppnås sannolikt mest kostnadseffektivt av en kombination av offentlig övervakning och förbättrade möjligheter till skadestånd. En hög risk för upptäckt och sanktion är emellertid inte tillräckligt, även sanktionens storlek måste spegla överträdelsens skador för att verka avskräckande.

Summary

Violations of competition rules may be sanctioned. Only pecuniary sanctions are used in Swedish and European competition law. Whether these sanctions actually achieve what they are designed to achieve is debated.

In this report the design, interpretation and application of the public sanctions that may follow upon a violation of primarily Swedish competition rules are discussed. The purpose of the report is to analyse to what extent the present system of public enforcement is optimally designed from the perspective of the object of sanctions.

With that purpose in mind is analysed the factors that are considered decisive for the level of sanctions and to what extent the administration of the competition rules are conducive to achieve an optimally enforcement system. Special consideration is given to the Swedish leniency program. It is observed that the factors that are decisive for the level of sanctions are not adequately designed; either irrelevant factors are taken into account, alternatively the losses that competition rules are designed to avoid are not taken into account. Even if it is not possible to say with certainty whether the present level of sanctions are adequate, it is observed that under all circumstances is the present level of sanctions too low to make the Swedish leniency system operational. It is further observed that public enforcement by the Swedish Competition Authority alone cannot be expected to achieve an adequate enforcement level. In order for the risk of apprehension to increase there is a need for increased possibilities of private enforcement in the form of damages.

The overall conclusion is that the risk of apprehension should be increased. A higher risk of apprehension is most cost effectively achieved by a combination of public enforcement and enhanced possibilities for private enforcement in the form of damages for infringement of the competition rules. A high risk of apprehension is, however, not in itself enough, the sanctions must also mirror the actual losses caused by an infringement in order to be deterrent.

1 Ämnet och dess disposition

1.1 Inledning

Överträdelser av den svenska konkurrenslagen och EG:s konkurrensregler kan rendera sanktioner i form av konkurrensskadeavgift respektive böter uppgående till maximalt 10 procent av det överträdande företagens omsättning. Syftet med föreliggande framställning är att diskutera och analysera huruvida dessa och andra sanktioner är adekvata för att uppnå det som sanktionerna syftar till att uppnå. Utgångspunkten för analysen är nu tillämpligt regelverk i Sverige och inom Europeiska Unionen.

Syftet med framställningen är inte att för varje potentiell överträdelse av konkurrensreglerna presentera vad för slags sanktion som skulle vara optimal. En sådan ansats skulle i allt väsentligt vara omöjlig att fullfölja av flera skäl. För det första är flera faktorer av betydelse för vad som skall kategoriseras som en optimal sanktion okända. Eftersom det inte är känt hur ofta konkurrensreglerna överträds, vare sig här i Sverige eller i övrigt,¹ är det naturligtvis också okänt vilken upptäcktsrisk som de som bryter mot reglerna löper. Inte heller är det möjligt att med någon större säkerhet beräkna vare sig vinster eller skador av en viss överträdelse av konkurrensreglerna, vilket i sig begränsar möjligheterna att utforma ett optimalt sanktionssystem. Nu anförda begränsningar innebär att diskussionen om optimala sanktioner är just en diskussion – utan anspråk på att för varje potentiell överträdelse kunna fastställa vad som skulle utgöra en optimal sanktion. Syftet med framställningen är istället att presentera och diskutera de regler, föreställningar, och moment som ingår i ett sanktionssystem, allt för att belysa på vilket sätt som dessa samverkar.

Vid en diskussion rörande optimala sanktioner måste först avgöras vad som egentligen avses med sanktioner respektive när dessa är optimala.

Sanktioner vid överträdelser av konkurrensreglerna utgörs av (administrativa) böter, förbud mot fortsatt handlande och skadestånd. Andra sanktioner som inte används inom ramen för (den svenska) konkurrensrätten utgörs av fängelse och social ringaktning eller stigmatisering, låt vara att de två senare ändock kan drabba de som överträder reglerna² och att de rimligen ingår i en eventuell cost/benefit analys vid överträdelser av konkurrensreglerna. Sanktionerna inom konkurrensrätten döms ut av domstolar (och kommissionen) och såvitt gäller böterna tillfaller dessa staten (eller EU).

¹ Enligt vissa bedömningar är upptäcktsrisken (i USA) synnerligen låg, ända ner till 0,13-0,17 såvitt gäller horisontell prissamverkan; Bryant, P.G. – Eckard, E.W., *Price Fixing: The Probability of Getting Caught*, *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 73, No. 3 (Aug. 1991), 531-536.

² Även straff kan i och för sig komma i fråga för enskilda personer i den utsträckning det handlande som medför en begränsning av konkurrensen samtidigt skulle innebära t.ex. trolöshet mot huvudman eller bedrägeri.

Typiskt sett används sanktioner i ett handlingsdirigerande syfte. Genom sanktionen visar samhället (eller den som har rätt att utfärda sanktionen) vilken av flera handlingsvägar som samhället anser vara den bästa. Val av annan (felaktig) handlingsväg renderar en sanktion. Sanktioner används typiskt sett när val av handlingsväg medfört en skada eller risk för skada.

Med optimala sanktioner avses i denna framställning sanktioner som minimerar samhällets kostnader för de överträdelse som sanktionerna är kopplade till. Samhällets kostnader är i detta fall kostnaden för överträdelsen (dvs. skadan som orsakas av överträdelsen), kostnader för upptäckt samt kostnaderna för utmätandet av sanktionen.

För att sanktioner skall kunna mätas ut krävs vanligen att det sker någon form av övervakning. Övervakningen kan utföras *ex post* eller *ex ante*. Medan såväl det svenska som det europeiska konkurrensrättsliga systemet tidigare i vart fall delvis byggde på *ex ante* kontroll är båda systemen nu fokuserade på kontroll *ex post*.

1.2 Utgångspunkter

Vid en diskussion om optimala sanktioner inom konkurrensrätten är det naturligt att ta till utgångspunkt ett ekonomiskt effektivitetsresonemang. Skälen härför är bl.a. att lagstiftningen i sig syftar till ekonomisk effektivitet och att aktörerna ofta förväntas agera ekonomiskt rationellt. Förvisso är det alltid människor som agerar på ett sådant sätt att företagen överträder konkurrensreglerna, varför säkert någon beteendevetenskaplig ansats också kunna användas i vart fall som komplement, men utgångspunkten torde trots allt vara ett ekonomiskt effektivitetsresonemang. Sanktionerna skall ju ge företagen incitament att agera på ett sådant sätt att de avhåller de människor som agerar för deras räkning att vidta åtgärder som begränsar konkurrensen.

Det förhållandet att ett ekonomiskt effektivitetsresonemang är utgångspunkten för vad som skall anses vara en optimal sanktion är emellertid inte samma sak som att en ekonomisk metod är användbar för att avgöra huruvida tillämpade eller tänkbara sanktioner rent faktiskt är optimala i det konkreta fallet. Om vi utgår från att en sanktion är optimal utifrån ekonomisk teori om den på det mest kostnads-effektiva sättet avhåller folk från att begå vissa handlingar och försöker applicera detta på en konkret händelse så förutsätter analysens fullbordande vetskap om bl.a. upptäcktsrisk, risk för lagföring, inställning till risken hos den som överträder reglerna, vinsten hos den som begår överträdelsen, skadan av överträdelsen, kostnaderna för övervakning, lagföring och verkställande av sanktionen. Men endast i undantagsfall är ens någon av de angivna storheterna kända.

Andra problem med en renodlat ekonomisk analys torde vara att i den utsträckning som det sker en analys av eventuella vinster av ett agerande som sedan skall balanseras mot kostnaderna vid en eventuell upptäckt, så måste rimligen samtliga

kostnader medräknas. Förvisso är det väl knappast ogörligt för en ekonom att sätta ett pris på vare sig längden av ett frihetsstraff, social stigmatisering eller andra icke pekuniära påföljder, men likväl torde dessa beräkningar innehålla ett stort mått av generaliseringar, vilket gör att dess praktiska värde är begränsat. Enskilda personers respons på sanktioner torde ofta bättre bedömas med exempelvis sociologiska metoder. Mer allmänt kan således ifrågasättas om en ekonomisk analys på ett mer konkret plan kan leverera det som den ofta utfäster sig att leverera – ett optimalt sanktionssystem.

Om nu inte en ekonomisk analys kan förväntas leverera ett svar på huruvida en viss sanktion i ett konkret fall är optimal, synes möjligheterna att en juridisk analys skulle kunna tillhandahålla ett svar än mindre. Å andra sidan kan en juridisk analys av de skilda komponenterna i ett sanktionssystem och det sätt varpå dessa tolkats bidra till en ökad förståelse av vilken funktion som de olika delarna fyller inom ramen för systemet. En juridisk analys av skilda komponenters funktion kan således ta till utgångspunkt vissa krav på effektivitet sett utifrån ett ekonomiskt optimalitetsperspektiv och därmed belysa i vilken utsträckning som sanktionernas utformning bidrar till ökad effektivitet. Analysen nedan är i allt väsentligt en juridisk analys av skilda delar av det svenska konkurrensrättsliga sanktionssystemet.

1.3 Optimala sanktioner

I den ekonomiska litteraturen har optimala sanktioner diskuterats flitigt allt sedan Gary S. Beckers inflytelserika artikel från 1968, *Crime and Punishment: An Economic Approach*.³ Såsom visades av Becker är en sanktion optimal när den minimerar samhällets kostnader för överträdelse. Samhällets kostnader består därvid av skadan som överträdelsen orsakar, kostnaderna för övervakning (upptäckt) och lagföring, samt utmätandet av sanktionen. En sanktion är optimal när den motsvarar överträdelsens skada dividerad med risken för upptäckt och lagföring. Grova överträdelse (stora skador) bör således löpa en större risk för upptäckt och strängare sanktion än mindre överträdelse (mindre skador). Beroende av vad för slags överträdelse det är fråga om kan samhällets kostnader förändras genom förändringar i upptäcktsrisken och sanktionernas stränghet.

Om syftet med sanktioner inom konkurrensrätten endast vore att avhålla företag från att bryta mot reglerna samtidigt som övervakning och lagföring var kostnadsfri skulle en sådan effekt kunna uppnås genom att samtidigt öka risken för upptäckt till nära 1 och fastställa böter som är större än företagets vinst.⁴ Företag som agerar rationellt och är riskneutrala, vilket är utgångspunkten för detta

³ The Journal of Political Economy, Vol. 76, No. 2 (March 1968) 169-217. För en sammanställning av relevant litteratur, se Polinsky, A.M. – Shavell, S., *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, Journal of Economic Literature, Vol. 38, No. 1 (Mar. 2000) 45-76, på s. 73 ff.

⁴ Becker, G.S., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, The Journal of Political Economy, Vol. 76, No. 2 (March 1968) s. 180.

resonemang, skulle då avhålla sig från agerande som kommer i konflikt med konkurrensreglerna. Å andra sidan är det väl uppenbart att en ökning av risken för upptäckt till nära 1 inte är kostnadsfri för samhället. Konkurrensmyndigheter, domstolar etc. skulle behöva avsevärda förstärkningar för att över huvud taget kunna komma i närheten av dylika nivåer, i vart fall när det gäller vissa konkurrensbegränsande beteenden. Vid sidan av de närmast prohibitiva kostnadsaspekterna skulle även kunna anföras en rad andra skäl mot ett sådant övervakningssamhälle. Ett annat sätt att nå samma preventiva resultat skulle därför vara att begränsa risken för upptäckt och istället öka strängheten i sanktionen. För ett rationellt företag är det i vart fall teoretiskt egalt om böterna uppgår till 100 och risken för upptäckt är 1, eller om böterna istället uppgår till 1000 och risken för upptäckt är 0,1. Samma preventiva verkan skulle uppnås men till en lägre kostnad för samhället, eftersom kostnaderna för övervakning går ner. Med den logiken skulle den optimala sanktionsnivån ligga på dödsstraff för fysiska personers minsta lagöverträdelse och på totalt ianspråktagande av ett företags resurser när det gäller företags konkurrensöverträdelser.

En ökning av strängheten i sanktionen och en minskning av risken för upptäckt har emellertid andra negativa effekter. Potentiella överträdare som är riskaversiva kommer att avskräckas mer än vad som är önskvärt genom de stränga sanktionerna – just risken (även om den är liten) att drabbas av en kraftig sanktion gör att de avhåller sig från agerande som på något sätt skulle kunna uppfattas som en överträdelse. Om detta innebär att de avstår från att konkurrera, eller att vara verksamma på marknaden är effekterna på ekonomin negativa. Potentiella överträdare som har en preferens för risk kommer å andra sidan att uppfatta risken för upptäckt och därmed sanktion som närmast negligierbar, vilket i sin tur medför att dessa inte avskräcks alls.

Extremt stränga sanktioner har dessutom den effekten att olika typer av överträdelser med skilda negativa effekter kommer att behandlas lika strängt. Om så sker saknas naturligtvis anledning för de potentiella överträdarna att begränsa sin aktivitet till mindre skadlig verksamhet.⁵ Eftersom straffet är lika för allt är det rationellt att begå de överträdelser som ger mest vinst (och sannolikt också gör mest skada). Inte heller finns det några incitament att inte upprepa överträdelser, eftersom sanktionen inte ökar.

Andra effekter av extremt stränga sanktioner, och då i form av pekuniära sanktioner, är risken för att dessa kommer att förbli obetalda. Om den optimala nivån i flertalet fall inte kan förväntas kunna betalas av annat än ett fåtal kommer sanktionen inte ha den avsedda avskräckande effekten. Från det sagda följer att den optimala nivån på sanktionen kommer att vara lägre och möjligen så låg att flertalet av de potentiella överträdarna kommer att kunna betala (under förutsättning att

⁵ Polinsky, A.M. – Shavell, S., *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, Journal of Economic Literature, Vol. 38, No. 1 (Mar. 2000) 45-76, på s. 63 f.

det inte är möjligt att differentiera storleken på sanktionen).⁶ Ett annat sätt att komma till rätta med det problemet är naturligtvis att ersätta den pekuniära sanktionen med någon annan sanktion som rent faktiskt kan betalas av den som skall sanktioneras, exempelvis frihetsberövande. Fängelsestraff är emellertid inte kostnadsfria – tvärtom och till skillnad från pekuniära sanktioner så kostar de samhället medel som istället hade kunnat användas till annat, exempelvis ökad övervakning.

Över huvud taget är kostnaderna för övervakning och utfärdande av sanktionen centrala vid bestämningen av vilken slags sanktion som är optimal. En sanktion är endast optimal om den är mest kostnadseffektiv av flera tänkbara sanktioner.⁷ Från det sagda följer att dödsstraff är bättre än fängelsestraff (under antagande av att det kostar mindre att avrätta någon än att hålla samma person fängslad under viss tid) medan penningböter är bättre än både dödsstraff och fängelse, eftersom böterna kan förväntas lämna ett positivt bidrag till den som utfärdar sanktionen, vilket i sin tur minskar samhällets kostnader.

Om det föreligger problem med att tillämpa en maximal sanktion (i bemärkelsen ianspråktagande av ett företags samlade tillgångar) följer att upptäcktsrisken måste förändras för att faktiskt möjliga sanktioner skall vara optimala. Även om det – som anmärkts – inte är vare sig möjligt eller önskvärt med en 100 procent upptäcktsrisk, ställer lägre än maximala sanktioner krav på en ökad upptäcktsrisk. Hur stor upptäcktsrisken behöver vara bestäms av vilka sanktioner som är möjliga, medan vilka resurser som avsätts till övervakning bestämmer hur kraftig övervakningen kommer att vara. Med resurser avses i detta sammanhang både de legala förutsättningarna, i form av undersökningsbefogenheter mm, och medel för (den offentliga) verksamheten.

1.4 Skilda former av sanktioner

Inom svensk och europeisk konkurrensrätt tillämpas inte frihetsstraff som sanktion och som diskuteras nedan finns det enligt min uppfattning också rationella skäl för att inte heller införa frihetsstraff.⁸ Så länge som det finns utrymme för högre böter utan att för den skull nå över den optimala nivån saknas i vart fall ekonomisk anledning att införa frihetsstraff som sanktion.⁹ Effektiviteten av penningssanktionen är ju då fortfarande inte prövad.

⁶ Polinsky, A.M. – Shavell, S., *A Note on Optimal Fines When Wealth Varies Among Individuals*, *The American Economic Review*, Vol. 81, No. 3 (Jun. 1991) 618-621. Se även Garoupa, N., *Optimal Law Enforcement and Imperfect Information When Wealth Varies among Individuals*, *Economica New Series*, Vol. 65, No. 260 (Nov. 1998) 479-490.

⁷ Polinsky, A.M. – Shavell, S., *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, *Journal of Economic Literature*, Vol. 38, No. 1 (Mar. 2000) 45-76, på s. 50 ff.

⁸ Se vidare avsnitt 5.3.3.

⁹ Jfr. t.ex. Buccirosi, P. – Spagnolo, G., *Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers still Go to Prison?*, *Lear Research Paper 05-01*, s. 24 f.

Avsaknaden av frihetsstraff (eller annan mer påtaglig fysisk bestraffning) som sanktion är dock inte oproblematisert sett utifrån möjligheten att höga böter kan bli obetalda. Om utdömda böter inte betalas, antingen för att inga indrivningsåtgärder vidtas, eller för att det saknas faktiska möjligheter (som insolvens) att betala, uppstår inte avsedd preventiv effekt. Såvitt gäller företag skall denna risk inte överdrivas och under alla omständigheter är den inte särskilt mycket att göra åt – företaget kan inte gärna låsas in. Däremot har naturligtvis höga böter en annan effekt på fysiska personer. Över huvud taget förefaller det rätt klart att böter av sådan nivå att de kan kompensera för förluster till följd av konkurrensbegränsande beteenden inte kan erläggas av annat än ett fåtal.

Fysiska personer kan inte bryta mot konkurrensreglerna¹⁰ men de kan agera på ett sätt så att deras arbets- eller uppdragsgivare bryter mot konkurrensreglerna. Skälen till varför enskilda personer agerar på sådant sätt varierar sannolikt från en önskan om att hjälpa sin arbetsgivare till önskemål om egna framtida vinster. Om de anställdas konkurrensbegränsande agerande uppmuntras eller i vart fall tolereras av företaget är saken mindre problematisk. Höga böter för företaget kan då förväntas medföra att de anställdas agerande inte längre uppmuntras eller tolereras. Däremot om de anställdas agerande inte alls uppmuntras utan tvärtom motarbetas blir situationen annorlunda. Om företaget saknar möjligheter att skydda sig mot anställdas agerande i strid med konkurrensreglerna kommer inte sanktioner riktade mot företaget att ha någon som helst verkan, utan endast sanktioner som riktas mot den enskilde. Eftersom höga böter (kopplade till skadan av ett visst agerande) inte mer än undantagsvis kan förväntas kunna betalas av enskilda personer, återstår endast frihetsstraff, dvs. fängelse. Anställdas agerande i strid med företagets intresse är därför en parameter att beakta vid utformningen av optimala sanktioner.

1.5 Vilka skador orsakar en konkurrensbegränsning?

Allmänt sett kan noteras att ett hindrande, snedvridande eller begränsande av konkurrensen har flera skilda effekter. Under sedvanliga antaganden om en fallande efterfrågekurva etc., kommer t.ex. en begränsning av utbudet att medföra en förmögenhetsöverföring till säljaren från de köpare som fortsätter köpa produkten till det högre priset. De tidigare köpare som istället avstår från att köpa produkten till det nya högre priset och istället substituerar till en sämre produkt lider naturligtvis ingen förlust i form av ett högre pris, men den välfärdsförlust som ändå uppstår genom köpet av den sämre produkten betecknas som en dödviktsförlust. Från vissa utgångspunkter kan naturligtvis sägas att förmögenhetsöverföringen inte är någon förlust, utan endast en transferering som kan neutraliseras med andra regler (t.ex. skatteregler), men i vart fall enligt svensk och europeisk konkurrensrätt betecknas förmögenhetsöverföringen som en förlust. Att dödviktsförlusten skall betecknas som just en förlust är tveklöst.

¹⁰ Det bortses i sammanhanget från de (sällsynta) fall då en enskild näringsidkare har sådan omsättning att hennes verksamhet skulle vara intressant från ett offentligt övervakningsperspektiv.

Om förmögenhetsöverföringen mellan köparna och säljaren skall betraktas som en förlust för köparna följer därav inte nödvändigtvis att vinsten är lika stor för säljaren. Säljaren kan ju ha haft kostnader för att uppnå den eftersträlvade effekten. I sammanhanget relevanta kostnader är kostnader för att iscensätta konkurrensbegränsningen, advokatkostnader, kostnader för att undgå upptäckt eller fällande dom (vilket många gånger kan vara samma sak som advokatkostnader) m.m., vilka naturligtvis måste frånräknas intäkten. Andra kostnader som uppstår hos den som överträder konkurrensreglerna utgörs av kostnader för att upprätthålla monopolen, eller den i övrigt fördelaktiga position som uppnåtts genom överträdelserna av reglerna. Dessa kostnader motsvaras inte av någon vinst för samhället utan är en ren effektivitetsförlust. Dödviktsförlusten representerar över huvud taget inte någon vinst för säljaren. Vid sidan av dödviktsförlusten är sannolikt den allvarligaste och potentiellt största förlusten det som allmänt betecknas som X-ineffektivitet, dvs. den slapphet i produktionen och organisationen som följer på en i viss utsträckning skyddad position.¹¹ Inte heller denna förlust representerar någon vinst för någon annan.

Om nu tanken är att diskutera vilken nivå på sanktionerna som skulle vara optimalt kan inte enbart överträdarens vinst av ett visst agerande tas till utgångspunkt. Förvisso kan noteras att just vinsten, risken för upptäckt och sanktionen är det som sannolikt styr ett visst handlande, men om vinsten för företaget togs till utgångspunkt för storleken på sanktionen är det knappast givet att sanktionen i det konkreta fallet är optimal. Även mindre felräkningar på upptäcktsrisken eller vinsten kommer ju att resultera i en underavskräckning.¹² I den utsträckning som skadorna av agerandet är stora, vilket det allmänt antas såvitt gäller konkurrensbegränsande agerande, måste säkerställas att sanktionen verkligen är avskräckande.

Att det även kan ske felräkningar med avseende på storleken på skadan är väl i och för sig uppenbart. Men under antagande av att de sammanlagda skadorna av en överträdelse av konkurrensreglerna i det absoluta flertalet fall är större än vinsten för den som överträder reglerna, är dessa felräkningar mindre allvarliga sett utifrån ett optimalitetsperspektiv. Till detta skall läggas att det verkar uppenbart att överavskräckning för närvarande inte är det som utmärker konkurrensövervakningen i Sverige.

Vid sidan av nu anförda skäl skall också hållas i minnet att i konkurrensrättssystem såsom det svenska och det europeiska så sker det en viss vägning av ett agerandes positiva och negativa effekter. I den utsträckning som de positiva effekterna väger över kan samverkan mellan konkurrenter erhålla undantag från det i övrigt

¹¹ Scherer, F.M. – Ross, D., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, third ed, Boston 1990, s. 661-684.

¹² Jfr Posner, R.A., *Antitrust Law*, second ed., London 2001, s. 267 f.

gällande förbudet. Sett utifrån samhällets perspektiv skall endast avskräckas sådant agerande som totalt sett är negativt, dvs. där skadorna är större än vinsterna.¹³

Ett ytterligare och möjligen avgörande skäl att ta skadorna av ett visst agerande till utgångspunkt för beräkningen av sanktionerna är det faktum att svensk och europeisk konkurrensrätt tar just de skadliga effekterna av ett visst agerande till utgångspunkt för fastställandet av sanktionerna. En diskussion om vinsterna av ett visst agerande såsom utgångspunkt för sanktionernas storlek och utformning skulle då te sig svårbegriplig i jämförelse med det juridiska regelverket.

1.6 Den fortsatta dispositionen

Nedan i avsnitt 2-4 diskuteras vissa aspekter av det svenska, europeiska och vissa andra länders konkurrensrättsliga system. Syftet med framställningen avseende de svenska och de europeiska systemen är att presentera vissa av de rättsregler som är bestämmande för utformningen av sanktioner inom respektive system.

Presentationen av vissa andra konkurrensrättsliga system syftar till att i någon utsträckning presentera andra möjliga sanktioner än de som tillämpas i Sverige. Framställningen i avsnitt 2-4 lägger således grunden för den diskussion om optimala sanktioner som förs i avsnitt 5. I detta avsnitt diskuteras först olika aspekter av risken för upptäckt och lagföring (avsnitt 5.2) och därefter val av och nivå på sanktion (avsnitt 5.3). Den diskussion som förs i dessa två avsnitt utvecklas sedan i nästföljande avsnitt 6 rörande vilka faktorer som bör påverka konkurrens-skadeavgiftens storlek. Avslutningsvis i avsnitt 7 presenteras ett sammanfattande ställningstagande.

¹³ Att situationen kan vara annorlunda i länder där det finns klarare förbud har belysts av *Sankjonering – er det verdr prisen?* Skrifter fra Konkurrentsetillsynet 1/2001 (avseende den tidigare gällande norska konkurrenslagen) s. 22 f. Se även Becker, G.S., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, The Journal of Political Economy, Vol. 76, No. 2 (March 1968) s. 199.

2 Det svenska konkurrensrättsliga sanktionssystemet

2.1 Inledning

Tillämpliga sanktioner vid överträdelser av den svenska konkurrenslagen kan delas in i skilda grupper. Inledningsvis kan göras en uppdelning mellan de offentliga sanktionerna, dvs. ålägganden, konkurrensskadeavgift och vitesförelägganden, och privata sanktioner, dvs. primärt skadestånd. Inom respektive sanktionsform kan sedan ytterligare uppdelningar göras. Inom ramen för de privata sanktionerna kan göras skillnad mellan skadestånd,¹⁴ ogiltighet¹⁵ och möjligheten att få till stånd ett förbud.¹⁶ Såvitt gäller de offentliga sanktionerna kan en uppdelning ske mellan sanktioner för överträdelse av de materiella förbuden i KL¹⁷ och överträdelser av informationsskyldighet.¹⁸ En ytterligare uppdelning kan göras på förbud för fortsatt verksamhet¹⁹ (i form av ålägganden ensamt eller i kombination med vitesföreläggande) eller sanktioner för redan begångna överträdelser.²⁰

Nedan kommer endast vissa av de ovan angivna sanktionerna att behandlas och då närmast offentliga sanktioner för redan begångna överträdelser i form av konkurrensskadeavgift och privata sanktioner i form av skadestånd. Såvitt gäller inskränkningen avseende de offentliga sanktionerna är utgångspunkten närmast given. Syftet med föreliggande framställning är att undersöka i vilken utsträckning som sanktionerna för överträdelser av de materiella förbuden i KL är optimalt utformade. Av det skälet saknas anledning att undersöka sanktionerna för överträdelser av reglerna rörande informationsskyldighet. Reglerna rörande vitesstraffet skulle i och för sig kunna vara intressant för föreliggande framställning, men med hänsyn till att vitesstraffet endast kan användas för att förhindra en framtida överträdelse saknar den omedelbar betydelse för framställningen. Vad gäller de privata sanktionerna omfattar framställningen inte förbud för ett visst handlande på samma grunder som när det gäller de offentliga sanktionerna. Inte heller behandlar framställningen ogiltighet, eftersom ogiltigheten inte är något som någon disponerar över utan den utgör istället en rättsföljd av att ett visst avtal strider mot konkurrensreglerna. Ogiltigheten drabbar de delar av ett avtal som är förbjudet, utan möjligheter för parterna eller andra att disponera över straffen. Trots det just sagda ges nedan en kortare redogörelse för just ogiltighet inom

¹⁴ 33 § KL.

¹⁵ 7 § KL.

¹⁶ 23 § andra stycket KL.

¹⁷ 23-32 §§ KL.

¹⁸ 57-59 §§ KL.

¹⁹ 23-25 §§ KL.

²⁰ 26-32 §§ KL.

konkurrensrätten av det skälet att ogiltigheten i vart fall potentiellt verkar återhållande på parts intresse av att ingå konkurrensbegränsande avtal.

Från det sagda följer att föremålet för framställningen blir den offentliga sanktionen konkurrensskadeavgift och den privata sanktionen skadestånd.

2.2 Konkurrensskadeavgift

2.2.1 Inledning

Enligt 26 § KL kan konkurrensskadeavgift utdömas av Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket. Förutsättningarna för att sådan avgift skall kunna utdömas är att företaget eller någon som handlat å företagets vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet överträtt förbuden i 6 eller 19 §§ KL eller artikel 81 eller 82 i EG-fördraget.

Sättet för beräkningen av konkurrensskadeavgiften framgår från 28 § och 28 a §, medan möjligheterna till s.k. eftergift framgår från 28 b § KL. De kriterier som verkar bestämmande för konkurrensskadeavgiften är allvarligheten av överträdelsen, varaktigheten av överträdelsen, samt andra försvårande eller förmildrande omständigheter kopplade till marknaden eller agerandet respektive företaget.

2.2.2 Uppsåt eller oaktsamhet

Såsom följer av det just sagda kan konkurrensskadeavgift endast ådömas företag och det krävs uppsåt eller oaktsamhet.

Begreppet företag har i denna del samma betydelse som i övrigt i lagen, dvs. *en fysisk eller juridisk person bedriver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Till den del sådan verksamhet består i myndighetsutövning omfattas den dock inte av begreppet företag.*²¹ Allmänt sett bereder inte innebörden av begreppet företag några problem av intresse för nu diskuterad frågeställning. I de fall det nedan diskuteras huruvida företag skall åläggas någon sanktion tas därför för givet att det faktiskt rör sig om ett företag i den ovan redovisade betydelsen.

I förarbetena till bestämmelsen angavs med avseende på skillnaden mellan uppsåt och oaktsamhet följande.

”För att uppsåt skall föreligga krävs ett avsiktligt handlande från företaget eller någon som handlar på företagets vägnar i syfte att begränsa konkurrensen eller som begås med vetskap om att följden blir

²¹ 3 § KL. Se även MD 2004:1 Vägverket mfl ./. Konkurrensverket.

konkurrensbegränsande. En överträdelse kan inte anses uppsåtlig bara därför att handlandet som sådant är uppsåtligt snarare än oavsiktligt eller sker genom en olyckshändelse. En överträdelse kan anses begången av oaktsamhet om företaget eller den som handlar på företagets vägnar rimligtvis borde ha förutsett att handlandet skull ha negativa verkningar på konkurrensen av det slag som är förbjudet".²²

I praxis har dock kravet på uppsåt eller oaktsamhet tunnats ut avsevärt och ansvaret för överträdelser av konkurrensreglerna är närmast strikt. MD 1999:22 SAS, och MD 2000:2 SJ ./. Konkurrensverket, uttalade Marknadsdomstolen att kravet på uppsåt var uppfyllt eftersom "företaget inte kunde varit omedvetet om att det förfarande som var under bedömning begränsade konkurrensen". I sina avgöranden hänvisade Marknadsdomstolen till EG-domstolens avgörande i *Belasco*.²³ Som har konstaterats i den konkurrensrättsliga litteraturen är Marknadsdomstolens avgöranden emellertid en missuppfattning av vad EG-domstolen faktiskt uttalade i *Belasco*. I det EG-rättsliga avgörandet uttalade EG-domstolen att kravet på uppsåt var uppfyllt om handlandet hade till syfte att begränsa konkurrensen. Att något har till syfte att begränsa konkurrensen är naturligtvis något annat än endast en medvetenhet om att konkurrensen begränsades av ett visst handlande.²⁴

Uppsåtet eller oaktsamheten skall konstateras hos någon person som agerar för företagets räkning.²⁵ Till skillnad från uppsåtsbedömningen såvitt avser skadeståndsansvar enligt 33 § krävs således inte att *culpa* kan tillskrivas en person som intar en ledande ställning inom företaget. Enligt min uppfattning finns det goda skäl för den valda lösningen såvitt gäller konkurrensskadeavgift. Flertalet åtgärder som begränsar konkurrensen kan förmodas vidtas av personer på en lägre nivå i företaget. I den utsträckning som agerandet är lyckosamt kommer frukterna av den vidtagna konkurrensbegränsningen att tillfalla företaget och det är därför logiskt att även sanktionen skall drabba företaget.²⁶

Huruvida den valda lösningen bör inverka på företagets möjligheter till nedsättning av en konkurrensskadeavgift med hänvisning till att företaget försökt förhindra sina anställda eller uppdragstagare från att agera konkurrensbegränsande diskuteras nedan.²⁷

²² Prop 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning s. 92.

²³ Mål 246/86 *Belsaco* [1989] ECR 2117.

²⁴ Se vidare Wahl, N., *Konkurrensskada*, Stockholm 2000, sid 215 f.

²⁵ Prop 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning s. 92.

²⁶ Wils, W.P.J., *The undertaking as subject of EC competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, (2000) 25 E.L.Rev 99, på s. 110.

²⁷ Se vidare nedan avsnitt 5.3.3.

2.2.3 Storleken på konkurrensskadeavgiften

I 27 § KL bestäms att den lägre gränsen för konkurrensskadeavgiften är 5000 kronor medan den högre gränsen anges till 10 procent av företagets omsättning föregående räkenskapsår. I paragrafen nämns även det högsta beloppet om 5 miljoner kronor, men eftersom 10 procentregeln finns saknas anledning att tillmäta bestämmelsen om 5 miljoner kronor något egenvärde. Det har även föreslagits att regeln om 5 miljoner kronor skall avskaffas.²⁸

Regeln i 27 § KL är endast att uppfatta som en s.k. takregel, dvs. den utgör gränsen för vad som vid en enskild överträdelse lagligt sett kan dömas ut från ett företag. Regeln utgör ingen beräkningsregel i den bemärkelsen att inte en hel företagsgrupps omsättning skulle kunna ligga till grund beräkningen av storleken i ett visst fall. I svensk praxis synes också Konkurrensverket ofta ta i beaktande en hel koncerns omsättning för att beräkna konkurrensskadeavgiften.

Tidigare ansågs allmänt att kopplingen till företagets omsättning innebar en skillnad i förhållande till EG-rätten, som ansågs ge utrymme för att fastställa böterna på basis av en hel koncerns omsättning.²⁹ Senare utredningar har inte funnit några belägg för att det föreligger formella skillnader,³⁰ och de faktiska skillnader som uppenbarligen existerar med avseende på storleken på sanktionerna har således andra förklaringar.

Med lokutionen *företagets omsättning* avses endast det företag som faktiskt har överträtt reglerna. Eftersom ett företag emellertid kan göras ansvarigt för ett dotterbolags handlande, kan dock regeln komma att vara av betydelse för något annat företag än det som faktiskt överträdde reglerna.³¹ Förutsättningen härför är dock att det företag som faktiskt ådöms böterna kan sägas vara ansvarig för dotterbolagets handlande.

2.2.4 Beräkningen av konkurrensskadeavgiften

Reglerna för hur konkurrensskadeavgiften skall beräknas har varit föremål för flera skilda lagstiftningsinitiativ. Huvudprincipen återfinns i 28 §, enligt vilken bestämmelse konkurrensskadeavgiften skall fastställas med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är, hur länge överträdelsen har pågått, och andra försvärande eller förmildrande omständigheter av betydelse för att bedöma överträdelsen. Från denna huvudregel kan avsteg göras enligt 28 a § om företaget i väsentligt mån har underlättat utredningen av den egna eller annans överträdelse av reglerna, eller om det föreligger andra särskilda skäl som hänför sig till företaget.

²⁸ I ett utkast till lagrådsremiss angående storleken på konkurrensskadeavgiften. Utkastet remissbehandlades under hösten 2005, men det har ännu inte lett till några konkreta lagförslag, se även nedan avsnitt 6.3.

²⁹ Se t.ex. prop 1999/2000:140 s. 196 f.

³⁰ Se vidare SOU 2004:10 *Rätten till skadestånd enligt konkurrenslagen*, s. 136 ff.

³¹ MD 2001:30 *Telia*.

Konkurrensskadeavgift kan också helt efterges enligt 28 b § om företaget uppfyller vissa särskilda krav som anges i bestämmelsen. Reglerna i 28 a och 28 b §§ konstituerar det svenska s.k. eftergiftsprogrammet.

Som anförts skall en konkurrensskadeavgift fastställas till mellan 5000 kronor och 10 procent av företags omsättning föregående räkenskapsår. Men vad är det då för principer, eller kriterier som styr storleken på konkurrensskadeavgiften i ett specifikt fall?

Utifrån lagtextens ordalydelse (28 §) är det avgörande hur allvarlig överträdelsen är, hur länge den pågått och andra försvärande eller förmildrande omständigheter av betydelse för att bedöma överträdelsen. En första fråga är därför vad som egentligen avses med lokutionen allvarlig överträdelse.

2.2.5 Allvarlig överträdelse

En överträdelse av konkurrensregler kan vara allvarlig utifrån flera skilda utgångspunkter. Antingen tas till utgångspunkt de ekonomiska effekterna som ett visst agerande faktiskt orsakar eller typiskt sett orsakar. Alternativt tas någon annan utgångspunkt, exempelvis med vilken förslagenhet som agerandet har vidtagits.³² Om nu utgångspunkten med regler till skydd för konkurrensen är att sådana regler ökar den ekonomiska effektiviteten i näringslivet till nytta för konsumenterna, förefaller det mig närmast självklart att utgångspunkten måste vara de ekonomiska effekterna av ett visst agerande. I och för sig utesluter inte en fokusering på de ekonomiska effekterna att även andra aspekter vägs in i bedömningen, men om så sker ökar rimligen problemen med att finna gränserna för ett optimalt sanktionssystem. I synnerhet om skilda moraliska aspekter skulle vara vägledande för sanktioneras storlek. Över huvud taget förefaller kopplingar till annat än den ekonomiska effektiviteten problematiska när det gäller att utforma ett sanktionssystem för en lagstiftning som syftar till just ekonomisk effektivitet.

I prop 1992/93:56 anförts med avseende på allvarligheten att avgörande är *"omfattningen av de skadliga effekterna på konkurrensen"*.³³ Det kunde här vara fråga om att bedöma de på längre sikt prishöjande effekterna av ett visst handlande liksom mer direkta ekonomiska skador som åsamkats andra företag. Ytterligare omständigheter som angavs vara av vikt var den allmänna marknadsbilden, ekonomiskt utbyte, betydelsen av den vara eller tjänst som konkurrensbegränsningen avser och företagets marknadsandel. När det var fråga om ett missbruk av en dominerande ställning ansågs även detta vara en försvärande omständighet (dvs. det angavs att det var särskilt viktigt att konkurrensskadeavgiften fick en ingripande karaktär). Även huruvida överträdelsen var uppsåtlig eller oaktsam samt huruvida företaget tidigare gjort sig skyldig till en

³² Jfr diskussionen i SOU 2004:131 *Konkurrensbrott en lagstiftningsmodell*, s. 170 f.

³³ Prop 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning* s. 93.

överträdelse, ansågs vara av vikt för att bedöma allvarligheten. Avslutningsvis anfördes att även andra omständigheter kunde beaktas i skärpande riktning, vilka dessa skulle vara angavs emellertid inte.

I mildrande riktning kunde beaktas om företaget snabbt upphör med överträdelsen sedan den påtalats av Konkurrensverket, om företaget samarbetade väl med Konkurrensverket under utredningen, svår ekonomisk situation för företaget, påtryckningar från andra företag, begränsad medverkan i överträdelsen och om företaget hade ålagts att betala skadestånd för överträdelsen.

Den uppräknade av faktorer som var bestämmande för konkurrensskadeavgiftens storlek som gjordes i prop 1992/93:56 har sedermera delvis omsatts till lagtext genom att det ursprungliga första stycket i 28 § delats upp i flera punkter och dessutom kompletterats med ytterligare bestämmelser av betydelse för det s.k. eftergiftsprogrammet. Omständigheter som kan kopplas till företaget i fråga återfinns numera i 28 a § KL.

I sin hittillsvarande praxis har Marknadsdomstolen ännu inte funnit anledning att närmare kommentera vilka faktorer som skall anses avgörande för konkurrensskadeavgiftens storlek. I flera avgöranden där Konkurrensverket har väckt talan om konkurrensskadeavgift har talan medgivits av företagen varvid målen stannat i tingsrätten.³⁴ I andra avgöranden har Marknadsdomstolen endast fastställt tingsrättens bedömning, utan egna tillägg eller förändringar.³⁵

Trots sparsam praxis från Marknadsdomstolen synes dock domstolen lägga avgörande vikt vid huruvida överträdelsen har orsakat någon ekonomisk skada. I ett mål konstaterade domstolen att i avsaknad av utredning om de kvantitativa ekonomiska konsekvenserna av överträdelsen, fick göras en mer allmän och samlad bedömning.³⁶ Att det varit fråga om ett samordnat förfarande rörande priser och rabatter har konstaterats vara allvarligt.³⁷ På samma sätt har bedömts det faktum att företagets omsättning på den relevanta marknaden var hög (ca 80 procent) och att ett företag agerat drivande.³⁸ Även faktorer som under hur lång tid agerandet har pågått har tillmätts betydelse. I målet Nitro Nobel begränsande Marknadsdomstolen konkurrensskadeavgiften eftersom vissa avtal tillämpats endast under en förhållandevis begränsad tid (ett år) och endast omfattat en begränsad del av marknaden.³⁹ I ett annat mål ansågs ett förfarande i strid med 6 § KL som pågått under två år vara allvarligt.⁴⁰

³⁴ Se för en sammanställning Wetter, C., mfl. *Konkurrensrätt en handbok*, 3uppl., Stockholm 2004, s. 810 ff.

³⁵ MD 1999:22 *Konkurrensverket ./. SAS*, MD 2000:2 *SJ ./. Konkurrensverket*, samt MD 2001:30 *Konkurrensverket ./. Telia*.

³⁶ MD 2005:7 *Konkurrensverket ./. Norsk Hydro mfl* s. 44 f.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ MD 1999:17 *Konkurrensverket ./. Nitro Nobel*.

⁴⁰ MD 2003:2 *Uponor ./. Konkurrensverket*.

I målet MD 2005:7 *Konkurrensverket ./. Norsk Hydro m.fl.* förklarade Marknadsdomstolen att den inom EG-rätten (av kommissionen) tillämpade metoden för fastställandet av böter vid överträdelser av EG:s konkurrensregler inte är tillämplig vid fastställandet av konkurrensskadeavgiften. Tvärtom angavs att det skulle göras en samlad bedömning av samtliga omständigheter som kunde vara av betydelse för beräkning av avgiftens storlek. Vid den konkreta värderingen av de olika kriterierna är det emellertid svårt att förstå vilka omständigheter Marknadsdomstolen anser har kostat vad, dock att det framgår att avsaknaden av bevis för konkreta ekonomiska effekter talar i en mildrande riktning samtidigt som en drivande roll samt det förhållandet att vissa företag samverkat under täckmantel av ett individuellt undantag är försvårande.

2.2.6 Varaktigheten av en överträdelse

Som följer av lagtextens ordalydelse skall konkurrensskadeavgift fastställas bl.a. mot bakgrund av hur länge den har pågått. Kopplingen till en viss tidsperiod kan i och för sig förefalla okontroversiell. Om ett visst agerande har pågått under lång tid kan effekterna förväntas vara värre än om de endast pågår under en kort tid. Men säger verkligen ett kriterium som tiden för ett visst agerande något mer eller annat än vad som redan följer av kriteriet allvarligheten i överträdelsen?

Ett flertal ageranden, särskilt såvitt gäller missbruk av dominerande ställning, är av sådan karaktär att de är förhållandevis kortvariga såvitt gäller själva missbruket, men dess effekter kan förväntas bestå under lång tid. Exempelvis kommer en säljvägran sannolikt endast att pågå under en kortare tid – om företaget vägrar effektuera en order så tar ju det inte särskilt lång tid! Om resultatet av säljvägran blir att en konkurrent slås ut, kommer däremot effekterna på marknaden att vara bestående fram till dess en ny konkurrent träder in på marknaden. Även när det gäller överträdelser av 6 § kan det ofta förekomma tämligen kortvariga överträdelser, men som ger bestående effekter. Samtidigt kan man naturligtvis tänka sig förhållandevis långvariga överträdelser utan några mer påtagliga effekter.

I sin praxis har Marknadsdomstolen förklarat att en i tiden kortvarig överträdelse saknar betydelse för huruvida överträdelsen skall anses utgöra en ringa överträdelse,⁴¹ men i övrigt låtit tiden för överträdelsen ha betydelse för konkurrensskadeavgiftens storlek.⁴²

Sammanfattningsvis förefaller det klart att Marknadsdomstolen är av uppfattningen att tiden för en viss överträdelse har betydelse, men det är fortfarande oklart huruvida det verkligen föreligger en skillnad mellan allvarligheten som sådan och tiden under vilken överträdelsen pågår, eller annorlunda uttryckt; huruvida tiden

⁴¹ MD 2005:7 *Konkurrensverket ./. Norsk Hydro mfl*

⁴² MD 1999:17 *Konkurrensverket ./. Nitro Nobel*, MD 2005:7 *Konkurrensverket ./. Norsk Hydro mfl*, samt MD 2003:2 *Uponor ./. Konkurrensverket*.

för en viss överträdelse har någon självständig betydelse. Exempelvis förefaller Marknadsdomstolen i MD 2003:2 *Uponor ./. Konkurrensverket* inte ha särskilt de olika begreppen. Det är vidare oklart vid vilka tidsintervall som Marknadsdomstolen menar att en påbackning av avgiften skall ske och hur stor en sådan påbackning i sådant fall skall vara.

2.2.7 Andra försvårande eller förmildrande omständigheter

Som angetts ovan återfanns kriteriet andra försvårande eller förmildrande omständigheter tidigare endast i förarbetena till 28 §. Bestämmelsen har varit föremål för en hel rad skilda ändringar. Inledningsvis under år 2000 gjordes en uppdelning av bestämmelsen i olika punkter, från vilka det direkt framgick att försvårande och förmildrande omständigheter kunde beaktas. Skälet till lagändringen var inte enbart att öka klarheten, utan framför allt att poängtera att det endast var information om den egna överträdelsen som kunde verka förmildrande, inte information om andras överträdelser.⁴³ Skälet för lagändringen var således att hålla rågången klar i förhållande till s.k. kronvittnessystem. Efter en ytterligare lagändring 2002 har det skett en ytterligare uppdelning, så till vida att försvårande och förmildrande omständigheter som kan kopplas till själva överträdelsen skall bedömas enligt 28 §, medan omständigheter som kan kopplas till företaget numera bedöms enligt 28 a § KL. Såvitt gäller vilka omständigheter som är av betydelse för bedömningen av överträdelsen är dessa exemplifierade i de ursprungliga förarbetena, dvs. prop 1992/93:56.

Bland de försvårande omständigheterna som kan kopplas till överträdelsen nämns i prop 1992/93:56 den allmänna marknadsbilden, ekonomiskt utbyte, betydelsen av den vara eller tjänst som konkurrensbegränsningen avsåg och företagens marknadsandel. Andra försvårande omständigheter sades vara huruvida överträdelsen var uppsåtlig eller oaktsam samt huruvida företaget tidigare hade begått en annan eller liknande överträdelse. Dessa senare omständigheter bedöms numera enligt 28 a § KL.

I begreppet att något utgör en försvårande omständighet torde ligga att om denna omständighet föreligger skall en högre konkurrensskadeavgift fastställas än vad som annars skulle ha skett. Återigen kan man naturligtvis fråga sig huruvida de i propositionen angivna försvårande omständigheter säger något mer eller annat än just hur allvarlig överträdelsen är. Frågan är relevant i synnerhet i de fall den försvårande omständigheten gäller något annat än just företaget som begått överträdelsen. I den utsträckning som de försvårande omständigheterna knyts till företaget i fråga, närmast med avseende på huruvida företaget begått en överträdelse tidigare eller om företaget har försök dölja sin medverkan i något olagligt, är dock frågeställningen mer intressant. Vilka skäl finns egentligen för att behandla strängare en överträdelse som begåtts upprepade gånger med uppsåt och stor

⁴³ Prop 1999/2000:140 *Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald*, s. 204 f och 253.

förslagenhet jämfört med en enskild överträdelse som begåtts endast av oaktsamhet och utan att försöka dölja agerandet? Om vi antar att agerandet i de två exemplen har haft samma effekter på konkurrensen skulle kunna sägas att endast i den utsträckning som man ser till något annat än allvarligheten av konkurrensbegränsningen finns det någon anledning att göra skillnad på de två exemplen. Som diskuteras nedan skulle möjligen ett skäl kunna vara att öka effektiviteten i upptäckandet och lagföringen av överträdelser.⁴⁴

I praxis saknas exempel på att högre konkurrensskadeavgift skulle ha dömts ut med hänvisning till att företaget ifråga gjort sig skyldig till tidigare överträdelser. Däremot framgår från MD 2005:7 *Konkurrensverket ./. Norsk Hydro m.fl.* att Marknadsdomstolen har ansett att det varit en försvårande omständighet att företagen i fråga hade kommit att samordna sitt agerande i samband med möten som hölls mellan bolagen, vilka möten hade givits ett individuellt undantag enligt 8 § KL.⁴⁵ Såsom man får förstå Marknadsdomstolen är det tydligen mer klandervärt att ha samverkat i strid med 6 § om detta sker i samband med annan legitim verksamhet, än om det är fråga om helt sekret verksamhet. Rationaliteten i Marknadsdomstolens ställningstagande är knappast uppenbar. Möjligen skall Marknadsdomstolens ställningstagande tolkas som att risken för upptäckt minskat genom att företagen kunde mötas utan att detta för den skull skulle vara misstänkt.⁴⁶

Om vi återgår till de exempel av försvårande omständigheter som inte kan anses kopplade till företaget i fråga, utan istället berör marknaden, produkten/tjänsten, eller något annat, är det väl närmast uppenbart att begränsningar av konkurrensen mellan företag med höga marknadsandelar, gällande en sällsynt viktig produkt eller tjänst måste anses mer allvarlig än en liknande överträdelse mellan företag med obetydliga marknadsandelar gällande inte särskilt viktiga produkter.⁴⁷ Den ekonomiska effekten av agerandet kan ju förväntas vara så pass mycket större i det första fallet. Dessutom kan i sammanhanget noteras att konkurrenslagen i sig innehåller den nu diskuterade distinktionen. Förfaranden som vidtas av företag med små marknadsandelar (låt vara att det kan vara fråga om omsättningsmässigt stora företag) anses inte utgöra en märkbar begränsning av konkurrensen och omfattas således inte av förbudet i 6 § över huvud taget. Utifrån den utgångspunkten är det knappast ologiskt att anse överträdelser begångna av företag med små marknadsandelar och som avser någon mindre betydelsefull produkt såsom mindre allvarliga.

Om grundförutsättningen för att döma ut konkurrensskadeavgift är överträdelsens allvarlighet förefaller det uppenbart att varje hänsynstagande till försvårande

⁴⁴ Se vidare nedan avsnitt 5.3.4 och 5.2.5.

⁴⁵ MD 2005:7 *Konkurrensverket ./. Norsk Hydro m.fl.* s. 45.

⁴⁶ Se vidare nedan avsnittet rörande olika upptäcktsrisker för skilda konkurrensbegränsningar (avsnitt 5.2).

⁴⁷ I MD 2005:7 *Konkurrensverket ./. Norsk Hydro m.fl.* ansågs det förhållandet att överträdelsen rörde priset på motorbensin som allvarligt.

omständigheter som inte kan kopplas till företaget i fråga, kommer att medföra en dubbelräkning. Låt oss anta att två företag med vardera 40 procent av marknaden kommer överens om priset på en viktig insatsvara. En sådan konkurrensbegränsning är naturligtvis av allvarligt slag, men skall det dessutom anses försvårande att företagen har höga marknadsandelar och att det rörde sig om en viktig produkt? Om detta skall anses försvårande, vad var det då egentligen som gjorde att överträdelsen kategoriserades som allvarlig till att börja med?

När det gäller förmildrande omständigheter är vissa av de i förarbetena och lagtext angivna omständigheterna av sådant slag att även dessa som kommer att medföra en oberättigad rabatt, dvs. ett dubbelt avdrag. Eftersom konkurrensskadeavgiften skall fastställas individuellt för de företag som medverkat i en konkurrensbegränsning förefaller det klart att en begränsad medverkan i själva överträdelsen i sig medför att detta företags överträdelse skall anses mindre allvarlig än övrigas. Att då tillmäta en begränsad medverkan ett värde som en förmildrande omständighet förefaller i vart fall mig som en dubbelräkning. Situationen torde vara likartad när det gäller ett snabbt upphörande med överträdelsen sedan den påtalats av Konkurrensverket.

Övriga av de i lagtexten angivna förmildrande omständigheterna är antingen kopplade till företagets egna ekonomiska situation eller i vilken utsträckning som företaget samverkat med Konkurrensverket för att utreda överträdelsen. Att företagets ekonomiska situation skulle verka i mildrande riktning är knappast något annat än en insikt om att det i praktiken kan vara svårt att lugga en flintskallig – finns det endast begränsande ekonomiska resurser kommer en alltför hög konkurrensskadeavgift inte att kunna betalas. Om avgiften skulle krävas in riskeras en ytterligare försvagning av konkurrensen genom att den aktören lämnar marknaden.⁴⁸ Att en samverkan med Konkurrensverket bör medföra en reduktion av konkurrensskadeavgiften är logiskt och för övrigt samma tankegång som ligger bakom eftergiftsprogrammet. Det är här inte fråga om att bedöma allvarligheten av ett visst agerande, utan endast vilka åtgärder som företaget vidtagit efter själva överträdelsen.

Sammanfattningsvis synes det klart att avgörande för konkurrensskadeavgiftens storlek är hur allvarlig denna skall anses vara. Huruvida ett visst agerande är allvarligt avgörs främst med hänsyn till vilka konsekvenser agerandet får för konkurrensen. I vilken utsträckning andra omständigheter verkligen skall tillmätas någon betydelse är knappast klart. Inte heller förefaller det klart på vilket sätt som allvarligheten av ett visst agerande skall fastställas. I den utsträckning som det krävs konkreta bevis för ett visst agerandes skadlighet från konkurrenssynpunkt kan konkurrensskadeavgifter normalt sett inte förväntas komma uppgå till särskilt höga belopp, eftersom sådan bevisning är svår att få tillgång till.

⁴⁸ Se för ett sådant resonemang Stockholms TR dom 2005-03-14 (T-1160-03, KKV ./). Keyvent AB och YIT Building Systems AB [fd. ABB Contracting AB]), s. 57.

2.2.8 Eftergift

Sedan 2002 har Sverige ett s.k. eftergiftsprogram.⁴⁹ Reglerna om eftergift och nedsättning återfinns i 28 a - 28 c §§ KL och Konkurrensverket har utfärdat ett allmänt råd om hur verket avser att tillämpar reglerna.⁵⁰ Nedan behandlas företrädesvis eftergift, eftersom nedsättning redan behandlats ovan.

I allt väsentligt innebär reglerna att ett företag som informerar Konkurrensverket om en enligt 6 § KL eller artikel 81 förbjuden samverkan i vilken företaget tagit del kan erhålla nedsättning av den konkurrensskadeavgift som annars skulle kunna följa, eller t.o.m. helt slippa en sådan avgift. För att helt undgå konkurrensskadeavgift, dvs. erhålla eftergift krävs att företaget är först att informera Konkurrensverket, att verket inte hade sådan kännedom om överträdelsen att det hade kunnat ingripa mot överträdelsen, att företaget lämnar all information det har till verket och dessutom samarbetar fullt ut med verket under utredningen, samt att företaget upphör med överträdelsen.

Kravet på att företaget skall vara först att informera Konkurrensverket syftar naturligtvis till att öka en instabiliteten i en samverkan. Eftersom den som inte är först inte på samma enkla sätt kan erhålla eftergift, kan förväntas en viss tävlan mellan de samverkande företagen. Visserligen är det sannolikt inte så att företagen direkt och såsom utgångspunkt alltid är intresserade av att informera Konkurrensverket och av det skälet försöker komma först, men i de fall det inträffar något i samverkan, exempelvis straffåtgärder, byte av ledning i något företag eller andra förändringar, kan just kravet på att komma först att verka som ett incitament att faktiskt agera.⁵¹ Huruvida ett företag faktiskt är först att anmäla en överträdelse torde i flertalet fall inte vara särskilt svårt att avgöra.

Vid sidan av att företaget måste vara först så skall den information som företaget lämnar också vara ny för Konkurrensverket, dvs. verket skall inte ha haft sådan information om agerandet att det hade kunnat ingripa med stöd av 23 § första stycket, 26 §, 47 § och 48 § KL. När det gäller de två första, dvs. möjligheterna att utfärda ålägganden eller föra en talan om konkurrensskadeavgift kan det knappast föreligga tvivel huruvida verket besatt sådan information vid tidpunkten för ansökan. Det kan dock vara annorlunda när det gäller möjligheterna att begära undersökning hos företag eller andra med stöd av 47-48 §§ KL. Som följer direkt av lagtexten krävs i princip endast att *"det finns anledning anta att en överträdelse har skett"* för att villkoren för en s.k. på plats-undersökning skall vara möjlig. I praxis verkar Konkurrensverket inte heller haft några större problem med att faktiskt erhålla tillstånd. Det är således förhållandevis begränsad information som om den finns hos Konkurrensverket kan omintetgöra en ansökan om eftergift. Med hänsyn

⁴⁹ Se vidare SOU 2001:74 *Kartellbekämpning* och prop 2001/02:167 *Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning mm.*

⁵⁰ *Konkurrensverkets allmänna råd om nedsättning och eftergift av konkurrensskadeavgift enligt 28 a § och 28 b §, KKVFS 2006:1* (som ersätter det tidigare gällande KKVFS 2002:1).

⁵¹ Se även OECDs *Report on Leniency Programs to Fight Hard Core Cartels* (DAFFE/CLP(2001)13), s. 14 f.

just till detta är det naturligtvis viktigt att Konkurrensverket inte tillmäter varje liten misstanke sådant värde att eftergift av det skälet vägras. Under alla förhållanden är också detta krav något som är enkelt konstaterbart.

Kravet på att lämna all information som företaget har tillgång till samt att samarbeta väl under utredningen omfattar egentligen två skilda tidsperioder. Inledningsvis vid själva ansökan skall företaget upplysa om allt det som företaget vid den tidpunkten känner till om överträdelsen. Särskilt skall informeras om vad det konkurrensbegränsande samarbetet avser, vilka varor eller tjänster och geografiskt område som omfattas, vilka företag som medverkat i överträdelsen, när samarbetet inletts och eventuellt avslutats, vilka kontakter som ägt rum mellan de inblandade företagen och vid vilka tidpunkter dessa kontakter förekommit, vad deltagande företag gjort för att möjliggöra och genomföra samarbetet, vilka personer inom företaget som kan lämna information om samarbetet och vilka personer i konkurrerande företag som deltagit i samarbetet.⁵² Detta krav får rimligen tolkas på sådant sätt att om företaget försummat att informera om vissa företags medverkan, andra marknader som berörs eller ytterligare överträdelser, som senare under utredningen uppdagas, företaget inte kan ges eftergift enligt 28 b § för dessa överträdelser. Det bör inte ligga på Konkurrensverket att i varje fall undersöka huruvida företaget avslöjat att det känt till, även om detta är ett krav för eftergift. En annan sak är att Konkurrensverket kan försöka hjälpa företaget med frågor eller vägledning så att det verkligen förstår vad som kan vara en överträdelse för att på detta sätt uppmuntra till ett fullständigt informationsgivande.

Efter det att företaget vid tidpunkten för ansökan avslöjat allt det känner till om överträdelsen skall företaget dessutom löpande hålla Konkurrensverket informerat om eventuell händelseutveckling. I den utsträckning som företaget inte får tillgång till ny information har företaget således inga ytterligare förpliktelser. I sitt allmänna råd (punkterna 11-12) verkar dock Konkurrensverket sträcka skyldigheterna något längre än vad som följer direkt från lagtext och förarbeten.⁵³ Särskilt gäller detta det av Konkurrensverket själv formulerade kravet på att företaget inte får försvåra utredningen genom att informera övriga medverkande om att sina kontakter med Konkurrensverket eller vilka handlingar som företaget överlämnat till verket (punkten 11). Bestämmelsen saknar motsvarighet i kommissionens motsvarande tillkännagivande om nedsättning och eftergift,⁵⁴ och den har vid i vart fall ett tillfälle använts av Konkurrensverket för att neka eftergift.⁵⁵ Det är svårt att frigöra sig från misstanken att bestämmelsen kan verka återhållande på företags intresse av att ansöka om eftergift, eftersom den försämrar möjligheterna för företaget att bedöma huruvida ansökan kommer att beviljas. Konkurrensverket ges ju (eller mer

⁵² Konkurrensverkets allmänna råd om nedsättning och eftergift av konkurrensskadeavgift enligt 28 a § och 28 b §, KKVFS 2006:1, punkten 7.

⁵³ Prop 2001/02:167 *Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning mm*, s. 42 och 103.

⁵⁴ Kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, [2002] EGT C45/03.

⁵⁵ Stockholms TR dom 2005-03-14 (T-1160-03, *KKV J. Keyvent AB och YIT Building Systems AB* [fd. ABB Contracting AB]).

korrekt; tar sig själv) en diskretionär rätt att vägra eftergift trots att lagtextens krav är uppfyllda.

Kravet att företaget skall avsluta det agerande som utgör en överträdelse kan förefalla självklart. I syfte att inte avslöja att företaget kontaktat Konkurrensverket finns dock möjligheter att i samråd med verket bestämma på vilket sätt agerandet skall avslutas.⁵⁶ Vid mer komplicerad samverkan mellan företag, där vissa delar konstituerar överträdelser och andra inte, måste Konkurrensverket rimligen tämligen omedelbart bilda sig en uppfattning om vad som faktiskt måste avslutas och ge företaget konkret vägledning.

Även om ett företag uppfyller samtliga villkor kan det förvägras eftergift om företaget skulle ha haft den ledande rollen i överträdelsen och att det därför skulle vara uppenbart oskäligt att bevilja eftergift. De kumulativa kraven på ledande roll och därför uppenbart oskäligt torde medföra att endast i undantagsfall kommer ett företag att nekas eftergift med hänvisning till dess roll i överträdelsen.

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att det svenska eftergiftsprogrammet är väl lämpat för att ge företag incitament att informera Konkurrensverket om pågående överträdelser i utbyte mot eftergift från konkurrensskadeavgift. Anledningen till varför programmet ännu inte förefaller ha haft den betydelsen i praktiken, behandlas vidare nedan.⁵⁷

2.3 Skadestånd

Enligt 33 § KL kan den som uppsåtligt eller av oaktsamhet överträtt förbuden i 6 eller 19 §§ eller artikel 81 eller 82 åläggas att betala skadestånd. Bestämmelsen har nyligen varit föremål för översyn i den bemärkelsen att numera saknas en tidigare begränsning avseende vem som skulle ha rätt till skadestånd och dessutom har preskriptionstiden förlängts.⁵⁸

Skadeståndsansvaret i 33 § KL är utformat utifrån kravet på uppsåtligt alternativt oaktsamt överträdande av förbuden mot konkurrensbegränsande avtal mm. och missbruk av en dominerande ställning. Uppsåtet eller oaktsamheten skall enligt förarbetsuttalande konstateras hos företaget, dvs. hos person med en ledande ställning inom företaget.⁵⁹ Vad som mer konkret avses med en "ledande ställning" utvecklas inte men det får väl förmodas att i vart fall en verkställande direktör omfattas. Huruvida även lägre befattningshavare, t.ex. försäljnings- region-, inköpschefer etc. omfattas är inte klart. Sannolikt får väl detta avgöras mot bakgrund av respektive befattningshavares formella och reella självständighet

⁵⁶ Konkurrensverkets allmänna råd om nedsättning och eftergift av konkurrensskadeavgift enligt 28 a § och 28 b §, KKVFS 2006:1, punkten 13.

⁵⁷ Se vidare avsnitt 5.5.

⁵⁸ SOU 2004:10 Rätten till skadestånd enligt konkurrenslagen, prop 2004/05:115 Skadestånd enligt konkurrenslagen mm.

⁵⁹ Prop 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning, s. 96.

avseende den kommersiella transaktion som gett upphov till skadeståndsanspråket. Häremot kan naturligtvis invändas att det i skadeståndssammanhang torde vara vanligt att räkna med en förhållandevis snäv begränsning av vad som kategoriseras som bolagets organ.⁶⁰ I sammanhanget skall även hållas i minnet principalansvaret enligt SkL 3:1, vilket möjligen kan innebära att även handlingar vidtagna av underlydande (i meningen inte representerande bolagets organ) kan tillräknas företaget.

Kretsen av ansvariga och ansvarighetsgrunder angavs i propositionen genom en hänvisning till skadeståndslagen och allmänna skadeståndsrättsliga principer om solidariskt ansvar och kravet på adekvat kausalitet. Med avseende på ersättningsberättigade angavs att detta följde av allmänna principer rörande vilka som omfattas av lagens skyddsintresse, vilket enligt propositionen var *"konkurrerande företag men också företag i andra eller tidigare säljled som berörs mer direkt av förfarandet"*. Även andra än de som kategoriseras som företag i lagens mening kunde ha rätt till ersättning i de fall de drabbats av skada till följd av ett förbjudet samarbete. Obestämda kretsar av konsumenter angavs ändå falla utanför lagens skyddssyfte.⁶¹ Genom en lagändring 2005 saknas dock numera en begränsning av vilka som skall anses ersättningsberättigade.

I proposition angavs även vissa typsituationer när det skulle vara möjligt med skadestånd.⁶² Såvitt gällde förfaranden förbjudna enligt 6 § KL exemplifierades fyra situationer, nämligen bruttoprissättning, prissamarbete, marknadsdelning och anbudskarteller. Med avseende på de tre senare exemplen anfördes att de avtalsparter med vilken det överträdande företaget ingått ett annat avtal än det som varit förbjudet skall ha rätt till skadestånd för den förlust som parten gjort. Däremot med avseende på bruttoprissättning skulle återförsäljaren kunna erhålla ersättning för den förlust han gjort. Medan de tre senare exemplen således fokuserar på tredje man som lider skada av ett visst förfarande, ingår även den direkta avtalsparten i exemplet om bruttoprissättning, trots att denne i många fall drar nytta av ett dylikt förbud när det tillämpas konsekvent mot alla återförsäljare.⁶³ I de situationer det är fråga om en överträdelse av 19 § KL anfördes att kretsen av skadeståndsberättigade kan vara dels konkurrenter, dels det dominerande företagens avtalsparter.

Med avseende på vilka skador som omfattas av skadeståndsansvaret angavs att det i första hand var fråga om inkomstförlust och intrång i näringsverksamhet. Vid bevissvårigheter avseende den lidna skadan anfördes att en domstol enligt RB 35:5 har möjligt att uppskatta den lidna skadan till ett skäligt belopp. I sammanhanget nämns inget om i vilken utsträckning som ansvaret begränsas för den händelse den skadeståndsberättigade skickat förlusten vidare, eller den skadeståndsansvariges ansvar i flera led, dvs. för mer indirekta skador.

⁶⁰ Se prop 1972:5 s. 532, samt Hellner, J., *Skadeståndsrätt*, 5 u., s. 149.

⁶¹ Prop 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning*, s. 96.

⁶² Prop 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning*, s. 97.

⁶³ Jfr i detta avseende mål C-453/99 *Courage v. Crehan* [2001] ECR I-6297.

Inneböörden och den konkreta utformningen av det skadeståndsansvar som skisseras i 33 § KL är ännu så länge tämligen oklart. Det saknas fortfarande praxis även om det numera trots allt pågår vissa processer. Orsakerna till den bristande processbenägenheten – inte bara i Sverige – har nyligen analyserats i en av kommissionen beställd rapport.⁶⁴ Kommissionen har även utfärdat en sk. grönbok där flera förslag diskuteras för hur skadeståndssanktionen kan göras mer effektiv.⁶⁵

Såvitt nu är av intresse är det konkurrensrättsliga skadeståndsansvaret primärt intressant i den utsträckning som det kan verka avskräckande på företags benägenhet att överträda konkurrensreglerna. Huruvida så är fallet bestäms dels av skadelidandes faktiska möjligheter att vinna framgång med en skadeståndstalan, dels mot bakgrund av på vilket sätt som skadeståndet i det konkreta fallet beräknas.⁶⁶ Ytterligare en aspekt av intresse i förevarande sammanhang är kopplingen mellan ett företags intresse av att ansöka om eftergift enligt 28 b § KL eller i övrigt försöka erhålla nedsättning enligt 28 a § KL och de sannolikt ökande risker för skadestånd som följer på ett samarbete med Konkurrensverket.⁶⁷

2.4 Ogiltighet

Såsom följer av 7 § KL är avtal eller avtalsvillkor som är förbjudna enligt 6 § KL ogiltiga. Enligt 3 § 3st KL skall vad som stadgas för avtal också gälla för samordnade förfaranden och beslut av en sammanslutning av företag.⁶⁸ Något motsvarande anges inte för överträdelser av 19 § KL, sannolikt beroende på att EG-rättens motsvarighet, artikel 82, inte heller stadgar ogiltighet. Att en ogiltighet kan följa på i vart fall vissa överträdelser av artikel 82 synes dock framgå av EG-domstolens praxis.⁶⁹ Även i svensk praxis har 19 § KL och artikel 82 kunna medföra ogiltighet.⁷⁰ Den ogiltighet som kan följa på en icke godkänd koncentration⁷¹ och som endast gäller för tiden efter förbudet torde inte kunna kategoriseras som en sanktion. Istället är det endast fråga om att reglera effekterna av förbudet mot koncentrationen.

⁶⁴ *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, Ashurst 31 August 2004.

⁶⁵ *Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2005) 672 Final, samt det därtill kopplade *Commission Staff Working Paper*, SEC(2005) 1732.

⁶⁶ Se om beräkningen av konkurrensrättsliga skadestånd, Sandin, R., *Metoder för att beräkna privat konkurrensskada och krav på precision i domstol*, Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2006:1.

⁶⁷ Jfr. *Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2005) 672 Final, punkten 2.7.

Kommissionen har nyligen (22 februari 2006) publicerat ett förslag till förändring av sitt eget eftergiftsprogram, en förändring som syftar till att göra det svårare för skadeståndssökande att erhålla tillgång till de dokument där företaget erkänner sin medverkan i en överträdelse.

⁶⁸ I förhållande till EG-rättens motsvarighet (artikel 81.2) föreligger här en skillnad eftersom EG-rätten inte stadgar ogiltighet för samordnade förfaranden, vilket i sig är logiskt – när det samordnade förfarandet har upphört har det också avslutats vilket ju innebär att det inte finns något som kan kategoriseras som ogiltigt. Jfr. också NJA 2004 s 804.

⁶⁹ Mål 127/73 *BRT v SABAM* [1974] ECR 51, samt mål 22/79 *Greenwich* [1979] ECR 3275.

⁷⁰ Dom av 2001-04-27 (T 33-00) Göta hovrätt, *SAS ./. Luftfartsverket*.

⁷¹ 35 § KL.

Ogiltighet anses följa *ex tunc* dvs. från tidpunkten för avtalets ingående. Till skillnad från situationen inom EG-rätten har denna utgångspunkt inte haft samma grundläggande betydelse i det svenska konkurrensrättsliga systemet. Enligt Rfo 17/62 kunde ett individuellt undantag enligt artikel 81.3 endast erhållas retroaktivt från den dag när ansökan om undantag gavs in,⁷² vilket naturligtvis resulterade i ett tryck på avtalsparter att faktiska ansöka om ett undantag för att inte riskera ogiltighet under del av avtalsperioden. Motsvarande tryck saknades enligt svensk rätt, eftersom retroaktiv giltighet kunde erhållas även för tid före anmälan om undantag.⁷³ Hur som helst har nu situationen förändrats i den meningen att ogiltighet enligt svensk eller europeisk konkurrensrätt endast kommer i fråga för sådana avtal som inte kan erhålla ett undantag. Just denna förändring av ogiltighetens verkningar i tiden har också medfört en förändring av ogiltighetens verkningar som sanktion.

I det tidigare EG-rättsliga systemet (dock inte enligt det svenska) medförde risken för ogiltighet att parterna anmälde avtal för granskning. Ogiltigheten förstärkte på detta sätt *ex ante* kontrollen av potentiellt konkurrensbegränsande avtal.⁷⁴ Den effekten är numera borta och det som återstår av ogiltigheten som en sanktion är därför endast möjligheterna till återbördande av redan utgivna prestationer. I långvariga avtal kan naturligtvis återbördandet av utgivna prestationer verka återhållande på ingåendet av vissa typer av konkurrensbegränsande avtal, vilket påverkar incitamenten för parterna att ingå avtalen till att börja med. Däremot såvitt gäller horisontella avtal torde ogiltigheten sakna pratisk betydelse. Få, om ens någon tror sig väl kunna genomdriva t.ex. en priskartell inför domstol. Inte heller torde ogiltighet verka särskilt avhållande på dominerande företags intresse av att missbruka sin ställning ens i de fall ogiltighet verkligen kan följa på agerandet.⁷⁵

I konkurrensrättsliga system som det svenska och det EG-rättsliga där i princip all kontroll av konkurrensbegränsande ageranden sker *ex post* synes inte ogiltigheten verka som en sanktion i någon större utsträckning. Ogiltigheten, eller mer korrekt; risken för ogiltighet av ett konkurrensbegränsande avtal kan inte förväntas ha några större effekter annat än såvitt gäller vissa vertikala avtal. För att ogiltigheten skall verka som en sanktion krävs dessutom att parterna haft en välgrundad förväntan om att avtalet skulle vara giltigt. I de fall parterna varit helt på det klara med att avtalet varit förbjudet kan ogiltigheten (dvs. risken för ett återbördande av redan utgivna prestationer) uppfattats endast som en eventuell kostnad för att genomföra begränsningen av konkurrensen. Förvisso skall denna kostnad frånräknas vad företaget förväntar sig kunna tjäna på agerandet, men totalt sett är

⁷² Rfo 17/62, artikel 4.1.

⁷³ 10 § KL enligt tidigare lydelse.

⁷⁴ Se även Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, Stockholm 1994, s. 162 ff.

⁷⁵ För en ingående analys av ogiltighet i svensk rätt inkluderande ogiltighet inom konkurrensrätten se Andersson, J., *Legala förbud och ogiltighet – en teleologisk studie*, TfR (1999) s. 533-752, särskilt s. 626 ff. Se även Hoseinian, F., *Konkurrensrättslig ogiltighet*, SU 2002.

det min uppfattning att ogiltigheten numera inte verkar avhållande i någon märkbar utsträckning.⁷⁶

2.5 Sammanfattning om det svenska sanktionssystemet

Att det svenska sanktionssystemet hittills inte resulterat i några (i absoluta belopp mätt) stora konkurrensskadeavgifter är otvetydigt. Det hittills högsta belopp som ett enskilt företag har ålagts att betala är 50 miljoner kronor för dess medverkan i ett samordnat förfarande avseende priser och rabatter avseende motorbensin.⁷⁷ I jämförelse med böter inom EG:s konkurrensrätt är de svenska konkurrensskadeavgifterna små, det hittills största enskilda beloppet för ett företag som dömts ut inom Europeiska Unionen är 497 miljoner euro.⁷⁸

Vad gäller utformningen av det svenska sanktionssystemet är detta dock i allt väsentligt en direkt kopia av de EG-rättsliga reglerna. I likhet med inom EG-rätten bestäms den svenska konkurrensskadeavgiften huvudsakligen utifrån överträdelsens allvarlighet och varaktighet. Båda systemen sätter också en maximigräns om 10 procent av företagets omsättning för sanktionsavgiften. En skillnad mellan det svenska och det EG-rättsliga systemen är emellertid att Konkurrensverket till skillnad från kommissionen inte har egen beslutskompetens avseende sanktionsavgiften. Bortsett från de formella skillnader som finns mellan systemen är det väl heller inte otänkbart att storleken på de överträdelser som bedöms inom ramen för EG-rätten och den svenska rätten i sig kan motivera skillnader i sanktionernas storlek. Allt annat lika kan väl en överträdelse med förgreningar inom flera skilda medlemsstater förmodas vara allvarligare än en överträdelse inom en del av Sverige.

En iakttagelse som kan göras med avseende på det svenska sanktionssystemets tillämpning i praktiken är den stora skillnaden mellan vad Konkurrensverket yrkar i konkurrensskadeavgift och vad som domstolarna faktiskt dömer ut. Om man bortser från de fall då företagen har medgivit Konkurrensverkets talan (varvid det samtidigt rört sig om mindre belopp) har domstolarna endast i ett avgörande dömt i enlighet med verkets yrkande.⁷⁹ Även i det fallet rörde det sig om ett för företaget sannolikt försumbart belopp. I samtliga andra fall har domstolarna fastställt konkurrensskadeavgifter som varit avsevärt lägre än vad Konkurrensverket yrkat, ibland knappt 1/10 av vad verket yrkat. Som jämförelse kan noteras att Första instansrättens justeringar av de bötesbelopp som kommissionen dömt ut – i den utsträckning det över huvud taget sker någon justering – ligger i intervallet

⁷⁶ Ett svenskt avgörande som kan vara värt att notera är NJA 2004 s 804, där HD förklarade att ogiltigheten enligt 7 § KL inte drabbade ett avtal vars avtalsinnehåll bestämdes av ett standardavtal som utformats genom ett förbjudet samordnat förfarande. Avgörandet kommenteras av Hjelmeng, E., "*Følgeavtaler*" i *konkurrenseretten – en kommentar til "Elleveransmålet"*, JT 2005-06 s. 27 ff.

⁷⁷ MD 2005:7 *Norsk Hydro mfl.*

⁷⁸ Microsoft 2004.

⁷⁹ MD 2001:30 *Konkurrensverket ./. Telia.*

7-25 procent sänkning.⁸⁰ Det förefaller mig närmast uppenbart att sådana diskrepanser som kan noteras i Sverige påverkar effektiviteten av sanktions-systemet.

För det första minskar förutsägbarheten av sanktionsavgifterna, vilket i sin tur riskerar leda till felallokering av resurser hos Konkurrensverket och de företag som krävs på en konkurrensskadeavgift. Om förutsägbarheten av sanktionens storlek är liten kan inte heller det svenska eftergiftssystemet förväntas fungera på avsett sätt. Den närmast axiomatiska sänkningen av de yrkade beloppen kan vidare förväntas verka avhållande på företagens intresse av att medge Konkurrensverkets talan, eller att nöja sig med process endast inför tingsrätten, även om det skall noteras att Marknadsdomstolen i flera fall höjt den av tingsrätten fastställda avgiften. Andra negativa effekter är tänkbara.

De brister i effektivitet som enligt min uppfattning finns i det svenska konkurrensrättsliga sanktionssystemet är sannolikt till en mindre del att tillskriva dess formella uppbyggnad. Snarare förefaller bristerna vara av praktisk natur, dvs. på vilket sätt som reglerna tillämpas av de rättstillämpande myndigheterna och som en konsekvens även av företagen.

⁸⁰ Geradin, D. Henry, D., *The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An Empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Court's Judgments*, ECJ Vol.1 No.2 (2005) s. 401-473, på s. 458.

3 Det EG-rättsliga sanktionssystemet

3.1 Inledning

I likhet med diskussionen ovan rörande det svenska sanktionssystemet kommer diskussionen avseende det EG-rättsliga systemet att fokuseras till frågan om böter för överträdelse av de materiella förbuden i artikel 81 och 82.

I det EG-rättsliga systemet har kommissionen egen beslutanderätt både såvitt avser fastställandet av att en överträdelse har skett och vilken sanktion som skall följa på överträdelsen. Kommissionens beslut kan sedan överklagas till Förstainstansrätten vars beslut sedan kan överklagas till EG-domstolen.

För att kunna ålägga ett företag böter krävs att överträdelsen har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Som anmärkts i samband med redogörelsen för svensk rätt har EG-domstolen klarlagt vad som ligger i begreppet uppsåtligt överträdelse och det innebär att *handlandet hade till syfte att begränsa konkurrensen*.⁸¹ Teoretiskt sett skulle därför kunna sägas att det inom EG-rätten torde finnas möjligheter att undgå ansvar med hänvisning till att agerandet inte ens var oaktsamt, särskilt såvitt gäller överträdelse av artikel 82. I praxis har emellertid EG-domstolen ställt höga krav på företag att det skall känna till och förstå konsekvenserna av sitt handlande. I någon bemärkelse förefaller det också som om ansvaret blir strängare ju större företaget är.⁸² Även kommissionen förefaller inta en förhållandevis strikt inställning till påståenden om att ett visst agerande inte ens var oaktsamt.⁸³

När det gäller fastställandet av storleken på böterna i ett specifikt fall skall enligt artikel 23.3, Rfo 1/2003, hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den har pågått. Till skillnad från regleringen i den svenska konkurrenslagen finns det således inga ytterligare omständigheter att beakta. Efter kritik från flera håll rörande bristande förutsägbarhet⁸⁴ har kommissionen utfärdat ett s.k. Tillkännagivande rörande beräkningen av böter vid överträdelse av artikel 81 och 82.⁸⁵ I detta tillkännagivande räknar emellertid kommissionen upp en rad försvårande och förmildrande omständigheter som den beaktar vid fastställandet av böter. I praktiken blir således skillnaden i förhållande till den svenska ordningen mindre, om ens någon. Kommissionen har vidare utfärdat ett tillkännagivande rörande eftergift och nedsättning av böter för överträdelse av artikel 81.⁸⁶

⁸¹ Mål 246/86 *Belsaco*, [1989] ECR 2117.

⁸² Se vidare mål 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207, grunderna 298-301.

⁸³ *Deutsche Philips*, [1973] O.J. L293/40.

⁸⁴ Se t.ex. mål T-148/89 *Tréfilunion* [1995] REG II-1063, grund 142.

⁸⁵ *Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget*, [1998] EGT C9/3.

⁸⁶ *Kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden*, [2002] EGT C45/03.

Eftersom det EG-rättsliga systemet är så likt det svenska (egentligen tvärtom) saknas anledning att göra motsvarande genomgång som skedde avseende det svenska systemet. Å andra sidan är EG-rättslig praxis avseende sanktioner avsevärt mer utvecklad än den svenska, varför det finns anledning att beröra den mer än vad som var fallet med den svenska. Nedan skall därför endast beröras två saker, nämligen dels kommissionens tillkännagivande om nedsättning av böter, dels praxis avseende böter för överträdelse av EG:s konkurrensregler.

3.2 Eftergift och nedsättning av böter

Med hänsyn till att EG-domstolen och Förstainstansrätten har givit kommissionen ett relativt sett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar när det gäller storleken på utdömda böter finns det anledning att något närmare undersöka på vilket sätt som kommissionen har strukturerat sitt s.k. bötetillkännagivande.

Inledningsvis bestämmer kommissionen huruvida överträdelsen i fråga skall kategoriseras som mindre allvarlig, allvarlig eller mycket allvarlig. Kategoriseringen tar till utgångspunkt överträdelsens art, dess konkreta påverkan på marknaden och omfattningen av den geografiska marknaden. Till de olika kategorierna av allvarlighet är kopplat möjliga bötesbelopp som varierar mellan 1000 euro till över 20 miljoner euro. Vilket belopp som väljs anges bero på företagets förmåga att vålla skada och kravet att säkerställa att böterna verkligen blir avskräckande.

Efter att ha fastställt överträdelsens allvarlighet och det belopp som följer på kategoriseringen, görs en uppdelning mellan skilda överträdelser beroende på deras varaktighet och även i detta fall finns det tre kategorier, kort varaktighet (normalt sett under ett år), medellång (mellan ett och fem år) och lång (längre än fem år). För de två senare kategorierna, dvs. medellång och lång varaktighet, läggs ett sk. tilläggsbelopp till det redan tidigare fastställda beloppet. För medellånga överträdelser kan tilläggsbeloppet uppgå till 50 procent av det tidigare beloppet, medan långa överträdelser kan ge tilläggsbelopp om 10 procent av det tidigare beloppet för varje år av överträdelse.

Efter att ha slagit samman beloppen för allvarlighet och varaktighet erhålles så det sk. grundbeloppet. Grundbeloppet kan sedan i sin tur höjas respektive sänkas beroende på förekomsten av försvårande respektive förmildrande omständigheter. I huvudsak är de omständigheter som kommissionen anför som försvårande eller förmildrande av samma karaktär som de som nämns i den svenska lagstiftningen.

Till skillnad från de svenska reglerna är kommissionens bötetillkännagivande förhållandevis explicit rörande på vilket sätt som böterna räknas ut. Exaktheten i beräkningarna är dock endast skenbar. Så länge som kommissionen har ett närmast fritt skön att bestämma vilket belopp som skall följa beroende på allvarligheten i

överträdelsen, spelar det ju knappast någon roll huruvida man känner till vilka procentsatser som detta okända belopp kan höjas eller sänkas med.

I likhet med situationen i Sverige finns även inom EG-rätten möjligheter till eftergift (immunitet) från konkurrensrättsliga böter. Systemen är synnerligen likartade, men en skillnad som är värd att nämna är att det EG-rättsliga programmet förefaller ställa upp kvalitetskrav på den information som lämnas. I punkten 8 av sitt meddelande om immunitet kräver kommissionen att informationen skall ha sådant innehåll att det möjliggör för kommissionen att antingen genomföra en undersökning⁸⁷ eller fastställa att det förekommit en överträdelse av artikel 81. Motsvarande krav saknas i vart fall formellt i den svenska lagstiftningen. Enligt det svenska programmet är det tillräckligt att företaget avslöjar allt det vet, vilket inte nödvändigtvis är tilläckligt för att uppnå en fällande dom, eller för den delen ger Konkurrensverket rätt att vidta en undersökning enligt 47 § KL.

Kommissionens nu gällande meddelande om immunitet från böter skiljer sig från kommissionens tidigare meddelande om samma sak,⁸⁸ enligt vilket det inte var möjligt att erhålla fullständig eftergift, utan endast en procentuell nedsättning. Det kan noteras att anledningen till revideringen angavs vara att en förbättrad förutsägbarhet och en större reduktion av böterna, dvs. total eftergift och inte bara nedsättning, skulle göra det nya programmet mer effektivt.⁸⁹ Kommissionen har vidare presenterat ett förslag till förändring av det nu gällande tillkännagivandet som också syftar till att öka effektiviteten, nämligen att lämnad information (i syfte att erhålla eftergift) inte skall kunna lämnas ut.

3.3 Bötespraxis

Kommissionens bötespraxis är synnerligen omfattande och den har förändrats över tiden. Fram till 1970-talet var böterna vare sig särskilt höga eller frekventa. En vändpunkt kom med kommissionens avgörande i *Pioneer*,⁹⁰ där kommissionen skärpte bötesnivåerna kraftigt. Medan böterna tidigare legat runt 2 procent av företagens omsättning bötfälldes flera företag i *Pioneer* med böter uppgående till 4 procent av omsättningen. Böterna har sedan dess skärpts ytterligare och de har under senare tid vid flera tillfällen uppgått till maximibeloppet, dvs. 10 procent av företagens omsättning.

Medan kommissionens bötespraxis tidigare med rätta kunde kritiseras för att vara närmast slumpartad har en viss uppstramning skett genom introducerandet av kommissionens bötestillkännagivande. Tillkännagivandet skall också ses mot bakgrund av den kritik som Förstainstansrätten riktade mot det sätt varpå

⁸⁷ Enligt artikel 14.3, Rfo 17/62 som numera motsvaras av artikel 18.3, Rfo 1/2003.

⁸⁸ [1996] EGT C207/4.

⁸⁹ *Kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden*, [2002] EGT C45/03, punkten 5.

⁹⁰ *Pioneer* [1980] OJ L60/28.

kommissionen bestämde böterna.⁹¹ Efter införandet av tillkännagivandet har kommissionens blivit mer transparent i den meningen att det är enklare att följa vad som har bestämt storleken på böterna. Kommissionen anger numera regelmässigt vilka delar av en överträdelse som har kostat vad. Det sagda innebär emellertid inte att det för den skull skulle vara möjligt för någon utomstående att på förhand kunna räkna ut vad en viss överträdelse kommer att rendera för böter. Som visats i en synnerligen omfattande studie avseende kommissionens bötespraxis *post* införandet av bötetillkännagivandet förbehåller sig kommissionen fortfarande vidsträckta diskretionära befogenheter att klassificera ett agerande som allvarligt eller mindre allvarligt, och på vilket sätt och med vilka belopp som uppräknings eller sänkning skall ske.⁹²

De slutsatser som kan dras från den nämnda studien är att kommissionens sedan införandet av bötetillkännagivandet koncentrerat sin övervakning till allvarliga eller mycket allvarliga överträdelser som haft en lång eller medellång varaktighet. Endast i undantagsfall har kommissionen kategoriserat en överträdelse som mindre allvarlig eller av kort varaktighet, låt vara att vissa av de inblandade företagen trots detta ådömts endast symboliska böter.

I närmare 63 procent av kommissionens beslut ansågs överträdelsen vara mycket allvarlig, medan i princip resterande överträdelser ansågs som allvarliga. På motsvarande sätt ansågs närmare 50 procent av överträdelserna vara långvariga, medan 42 procent ansågs medellånga. Vid nio tillfällen nåddes den maximala bötesnivån om 10 procent av företagets omsättning. Den försvårande omständighet som oftast lett till påbackning var att företaget haft en ledande roll i överträdelsen, medan bilden är mer splittrad när det gäller vad som medfört en sänkning av böterna. De omständigheter som oftast medfört en sänkning av böterna är företagets samarbete med kommission, att företaget avslutat överträdelsen och att företaget haft en passiv roll i överträdelsen.⁹³

Mellan 1998 och 2004 utdömde kommissionen böter om sammanlagt ca 5,3 miljarder euro, varav ca 84 procent av böterna gällde överträdelser av artikel 81. Antalet fall som rörde artikel 81 (51 st) var fler än de som rörde artikel 82 (10 st), dock att det högsta enskilda bötesbeloppet under perioden rörde en överträdelse av artikel 82 (497 miljoner euro).⁹⁴

Förstainstansrättens överprövning av kommissionens bötesbeslut har hittills inte lett till en skärpning av de utdömda böterna. Däremot har det vid flera tillfällen lett till sänkningar och även helt undanröjande. Allmänt sett är dock sänkningarna sällan av sådan storlek som kan noteras i (den trots allt begränsade) svensk praxis. Skälen till sänkningarna är oftast att Förstainstansrätten gör en annan bedömning

⁹¹ Mål T-148/89 *Tréfilunion* [1995] REG II-1063, grund 142.

⁹² Geradin, D. Henry, D., *The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An Empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Court's Judgments*, ECJ Vol.1 No.2 (2005) s. 401-473, på s. 472 f.

⁹³ Geradin, D. Henry, D., a.a., på s. 427-431.

⁹⁴ Geradin, D. Henry, D., a.a., på s. 424 ff.

med avseende på allvarligheten av överträdelsen, dess varaktighet eller att kommissionen har varit inkonsekvent vid beräkningen av böterna. Också en felaktig tillämpning kommissionens eftergiftsprogram leder påfallande ofta till en reduktion av böterna.⁹⁵

Att bötespraxis inom EU ser annorlunda ut än i Sverige är knappast förvånande. De rättsvårdande instanserna har avsevärt större erfarenhet av att både upptäcka och beivra överträdelser av konkurrensreglerna. Eftersom EG-rätten bara är tillämplig i den utsträckning som handeln mellan medlemsstaterna påverkas kan överträdelserna vidare förväntas vara mer allvarliga än de överträdelser som handläggs av nationella myndigheter. Även uppbyggnaden av det EG-rättsliga systemet – med kommissionen som beslutande instans – kan medföra skillnader mellan systemen. Oaktat det just sagda är skillnaderna i förhållande till svensk praxis påfallande.

⁹⁵ Geradin, D. Henry, D., a.a., på s. 460 ff.

4 Andra konkurrensrättsliga sanktionssystem

4.1 Inledning

De svenska och EG-rättsliga konkurrensrättssystemen innehåller endast penning-sanktioner och i båda fallen uppgående till maximalt 10 procent av företagets årsomsättning. Internationellt sett är variationerna dock stora. I flera jurisdiktioner finns det fasta beloppsgränser, alternativt både lägre och högre procenttal kopplade till företagets omsättning. I ytterligare andra sker ingen koppling till företagets omsättning utan endast till företagets vinster av agerandet eller skadorna som överträdelsen ger upphov till. I flera jurisdiktioner kompletteras bötesstraffet med straffansvar för enskilda.

Här är inte platsen att redogöra för skilda konkurrensrättssystem i världen, eller ens i Europa.⁹⁶ Istället skall diskuteras vissa för denna framställning intressanta lösningar när det gäller sanktioner. De frågor som skall behandlas är bestämningen av den maximala storleken på bötesstraff, andra former av sanktioner än böter, samt utformningen av eftergiftsprogrammen.

4.2 Bestämningen av maximala böter

Allmänt sett förefaller den maximala bötesnivån i Europa ligga på 10 procent av företagets omsättning. Ibland räknas bara den omsättning som uppnås inom den aktuella staten och i vissa andra jurisdiktioner saknas sådana begränsningar. I vissa stater är det osäkert huruvida omsättningen endast gäller det aktuella företaget eller om den istället omfattar samtliga de företag som ingår i den företagsgrupp i vilken företaget eventuellt ingår.

I Brasilien kan ett företag ådömas upp till 30 procent av dess bruttoomsättning föregående räkenskapsår, medan företagets direktörer kan ådömas upp till 50 procent av det belopp som företaget ådömts. Parentetiskt kan noteras att under 2003 dömdes nio bensinstationer till böter om 15 procent av deras omsättning för en priskartell.⁹⁷

Överträdelser av de amerikanska antitrustreglerna kan medföra böter om 10 miljoner \$, eller *“If any person derives pecuniary gain from the offense, or if the offense results in pecuniary loss to a person other than the defendant, the defendant may be fined*

⁹⁶ Se istället t.ex. Global Competition Review, *Cartel Regulation 2004*, SOU 2004:131 *Konkurrensbrott en lagstiftningsmodell*, samt samlingsverket *Competition Law Sanctioning in the European Union*, (Dannecker, G. – Jansen, O. eds.), The Hague London New York 2004.

⁹⁷ Global Competition Review, *Cartel Regulation 2004*, s. 20.

not more than the greater of twice the gross gain or twice the gross loss, unless imposition of a fine under this subsection would unduly complicate or prolong the sentencing process".⁹⁸

Just kopplingen till den vinst som förövaren gjort, alternativt den förlust som någon annan gjort är intressant sett ur ett avskräckningsperspektiv. Kan en sådan koppling verka mer avskräckande än en koppling till mer diffusa och svåruppskattade skador på konkurrensen?

Teoretiskt sett spelar det naturligtvis ingen roll på vilket sätt som en sanktion beräknas – det intressanta är sanktionens storlek. Samtidigt kan noteras att det rimligen blir tydligare för den som har för avsikt att överträda reglerna, och därmed kan förväntas göra en uppskattning av vinsten av sitt agerande, om sanktionen tydligt kopplas till vinsten. Eftersom det sker en koppling till vinsten kan, särskilt vid långvariga överträdelser, det amerikanska systemet också komma att resultera i högre sanktioner än i ett system med en begränsning till en viss procentsats av företagets omsättning. Exempelvis sker ju i det EG-rättsliga systemet bara en uppräknings med 10 procent för varje år som överträdelsern pågår,⁹⁹ medan enligt de amerikanska reglerna det kan ske en dubblering om vi antar att vinsten av agerandet ökar med 100 procent under ett år.

Beroende på vilka krav som ställs på beräkningarna av företagets vinst eller vilka skador som åsamkats andra, kan dock böterna för den delen också bli mindre än i de system där böterna kopplas mer indirekt till skadorna på konkurrensen. Med beaktande av att skadorna från en överträdelse av konkurrensreglerna primärt består av skador på effektiviteten kan också noteras att den maximala gränsen för böter enligt amerikansk antitrusträtt – genom begränsningen till två gånger vinsten – inte kan förväntas uppgå till den optimala nivån, i vart fall inte om upptäcktsrisken är mindre än 1.

Det amerikanska systemet med uppräknings beroende på vinst eller skada används inte enbart inom antitrustreglerna utan utgör generella regler tillämpliga inom det amerikanska straffrättsystemet. Inte heller är det säkert att systemet ger högre träffsäkerhet när det gäller nivån på sanktionerna. Att böterna i USA från ett europeiskt och i synnerhet svenskt perspektiv kan uppfattas som höga, kan förmodligen förklaras med de mer allmänt strängare sanktionerna för brott i USA, det är således inget särpräglat för antitrusträtten.

För egen del kan jag inte att se bestämmandet av den maximala nivån av böterna har någon egentlig betydelse för sanktionens avskräckningseffekt. Avgörande torde vara att nivån är tillräckligt hög för att tillåta utdömandet av sanktioner som i förhållande till risken för upptäckt innebär att samhällets kostnader minimeras. Med hänsyn till att det i det svenska konkurrensrättssystemet ännu inte

⁹⁸ 18 U.S.C. § 3571 d, de sk.sentencing guidelines.

⁹⁹ Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget, [1998] EGT C9/3, punkten 1.b. Se även Geradin, D. Henry, D., a.a., på s. 441.

förekommit konkurrensskadeavgifter uppgående till den maximala nivån, finns det knappast anledning att anta att den maximala nivån skulle vara för låg.

4.3 Andra sanktioner

Att det förekommer straffrättsliga regler inom flera jurisdiktioner är väl känt. Måhända mindre välkänt är att det i flera jurisdiktioner finns andra, från ett svenskt perspektiv, mer udda sanktioner.

Vid sidan av just böter och straffrättsliga sanktioner förefaller det vanligaste vara skilda former av utestängning från offentlig upphandling, men det förekommer också att företag som överträtt konkurrensreglerna inte får uppta lån hos offentliga långivare under viss tid. Andra sanktioner som leder tankarna till en annan tid och en annan syn på tillvaron är skyldigheten att publicera beslutet om överträdelse i en större dagstidning.¹⁰⁰

Just skyldigheten att publicera sin egen fällande dom påminner dock till del om vad som ofta anförs i Sverige, nämligen att det största "straffet" för företag som utsätts för anklagelser om överträdelse av konkurrensreglerna är den negativa publicitet som följer. Att det följer en negativ publicitet, som i vissa fall har underblåsts av Konkurrensverket, är dock (formellt sett) ingen sanktion. Om något kan det uppfattas som en icke önskad bieffekt.

Andra sanktioner av visst intresse är möjligheten att förbjuda personer som dömts för överträdelse av konkurrensreglerna att under viss tid verka som direktör för ett företag, dvs. något slags näringsförbud.¹⁰¹

Sett utifrån ett optimalitetsperspektiv är penningböter bättre än andra sanktioner eftersom de kostar minst, i själva verket så ger de ju t.o.m. inkomster till den övervakande myndigheten eller staten. Samtliga av de ovan anförda exemplen på andra sanktioner kan verka kontraproduktivt i så motto att konkurrensen från det företag som fällts kan försvagas. Exempelvis kan ju ett näringsförbud för ett företags verkställande direktör verka väl så hämmande på företagets verksamhet som på personen i fråga. Dessutom är effekten tämligen arbiträr, exempelvis är det ju inte alla bolag som har något behov av offentlig upphandling. För vissa företag kan ett förbud mot deltagande i offentlig upphandling under viss tid verka synnerligen kraftfullt, medan andra inte påverkas över huvud taget.

Att andra sanktioner än böter eller fängelsestraff kan verka avskräckande och t.o.m. kraftigt avskräckande i vissa fall torde vara klart. För egen del kan jag dock inte se att fördelarna av dessa andra sanktioner överväger de nackdelar som kan förväntas följa.

¹⁰⁰ Återigen är det naturligtvis fråga om Brasilien; Global Competition Review, *Cartel Regulation 2004*, s. 20, men det förekommer faktiskt också i flera andra jurisdiktioner t.ex. Australien och Frankrike.

¹⁰¹ I detta fall är det fråga om israelisk lagstiftning; Global Competition Review, *Cartel Regulation 2004*, s. 87.

4.4 Utformningen av eftergiftsprogrammen

I vart fall i Europa förefaller skilda former av eftergiftsprogram vara vanliga.¹⁰² I själva verket verkar förekomsten av ett eftergiftsprogram indikera att staten i fråga tar konkurrensövervakningen på allvar.

Utformningen av eftergiftsprogrammen varierar mellan skilda jurisdiktioner. I vissa fall är de mer informella i den meningen att det inte finns något på förhand fastställt program för eftergift, utan beviljas mer arbiträrt av ansvarig myndighet. I andra, såsom det svenska och EG-rättsliga men även i flera andra jurisdiktioner är det fråga om klart redovisade program som skall uppfyllas.

Inom OECD har utarbetats en rapport avseende vilka krav som ett eftergiftsprogram bör uppfylla för att fungera på avsett sätt.¹⁰³ Bland dessa krav återfinns förutsägbarheten av programmet, strängheten i de sanktioner som eftergiftsprogrammet ger skydd emot, samt skydd mot vidarespridning av den information som ges.

Huruvida ett eftergiftsprogram är tillräckligt förutsägbart eller inte är i realiteten en fråga som endast de företag som överväger att nyttja programmet kan uttala sig om. Det torde dock vara klart att ju tydligare regler om vad som krävs för att erhålla eftergift desto större förutsägbarhet. Det är här inte bara fråga om förutsägbarhet med avseende på vem som skall lämna vad för slags information till vem, utan också vad det egentligen är man skyddar sig emot. Ger programmet skydd även i andra jurisdiktioner, mot skadeståndskrav, mot offentliggörande etc.? Flertalet jurisdiktioner i Europa och Nordamerika är väl medvetna om detta och lägger sig vinn om högsta möjliga förutsägbarhet.

Att det finns en tydlig koppling mellan sanktionens stränghet och intresset för eftergift är närmast självklart.¹⁰⁴ Vid sidan om att den högsta tänkbara sanktionen måste vara väl tilltagen, måste sanktioner också dömas ut med viss regelbundenhet och med avsevärda belopp om än inte maximala. Jag saknar i och för sig en ens översiktlig bild av frekvensen och storleken på böter inom andra jurisdiktioner än EG-rätten, den amerikanska och svenska, men det förefaller ändock som om just detta kan vara en brist i många nationella sammanhang. Huruvida bristen skall tillskrivas bristande förmåga eller engagemang hos respektive konkurrensmyndighet, eller om det istället är så att kommissionen (inom EU) är den som handlägger alla större karteller och att det därför inte återstår så många, kan vara en öppen fråga.

Skydd mot vidarespridning av information har samma betydelse för eftergiftsprogrammet som förutsägbarheten. Om företaget inte känner till huruvida lämnad

¹⁰² Global Competition Review, *Cartel Regulation 2004*, s. 170 ff. Se även SOU 2001:74 *Kartellbekämpning* s. 87 ff.

¹⁰³ *Report on Leniency Programs to Fight Hard Core Cartels* (DAFFE/CLP(2001)13).

¹⁰⁴ Se också nedan avsnitt 5.5.

information stannar hos myndigheten eller cirkulerar, kan företaget inte fatta ett väl övervägt beslut om det skall ansöka om eftergift. Det är mot den bakgrunden som kommissionens nyligen lagda förslag om utökade möjligheter att hemlighålla information given vid ansökan om eftergift skall ses. Å andra sidan står det likaledes klart att utökade möjligheter till hemlighållande av information minskar effektiviteten av privata skadeståndsprocesser.¹⁰⁵

Det samlade intrycket av skilda eftergiftsprogram är att de mest framgångsrika i den bemärkelsen att de erhåller flest ansökningar om eftergift, är de eftergiftssystem som förmår kombinera en hög förutsägbarhet och skydd mot vidare-spridning med stränga sanktioner.

¹⁰⁵ Se vidare nedan avsnitt 5.2.7.

5 Ett optimalt sanktionssystem

5.1 Inledning

Mot bakgrund av vad som diskuterats ovan är det nu dags att diskutera en optimal utformning av det svenska konkurrensrättsliga sanktionssystemet. Framställningen tar till utgångspunkt de skilda delarna av ett optimalt sanktionssystem som diskuterats ovan, dvs. skadan, risken för upptäckt, lagföring och sanktion, storleken på en eventuell sanktion, samt kostnaderna för upptäckt och lagföring.

Framställningen har disponerats på sådant sätt att inledningsvis (avsnitt 5.2) diskuteras skilda aspekter på risken för upptäckt, lagföring och sanktion, inklusive förhållandet mellan eftergiftssystem och sanktioner. Därefter behandlas olika tänkbara sanktioner och nivån på dessa (avsnitt 5.3). Sammanvägningen av risken för upptäckt etc. och nivån på sanktionerna behandlas i avsnitt 6.

Syftena med föreliggande avsnitt är flera. Ett syfte är att diskutera vilka effekter som lagstiftarens val av övervakningsmetod och sanktioner får för sanktionssystemets effektivitet. Ett annat huruvida det är möjligt att göra skillnad mellan skilda konkurrensbegränsningar såvitt gäller både risken för upptäckt och deras skadeverkningar. Ett tredje är att diskutera rationaliteten av de av lagstiftaren valda kriterierna för att beräkna storleken på sanktionerna. I detta ingår en bedömning av också andra faktorer än de direkt i lagtext givna, dvs. allvarlighet och varaktighet. Ytterligare ett syfte är att försöka bedöma förhållandet mellan den privaträttsliga sanktionen skadestånd och offentliga sanktioner, både med avseende på lämplighet och huruvida risken för skadestånd kan verka återhållande på företags intresse av att ansöka om eftergift eller nedsättning. Föreliggande avsnitt, tillsammans med avsnitt 6, bildar grund för de slutsatser som förs fram i avsnitt 7.

5.2 Risken för upptäckt och lagföring

5.2.1 Höga sanktioner eller hög risk för sanktion?

Ett optimalt sanktionssystem innebär teoretiskt sett att samhällets kostnader skall minimeras, vilket då innebär att sanktionen bör sättas så högt som möjligt samtidigt som risken för sanktionen verkligen skall dömas ut skall sättas så lågt som möjligt, allt i syfte att minska kostnaderna för övervakningen och utfärdandet av sanktionerna.

Enligt nu gällande svenska och EG-rättsliga regler är den maximala sanktion som kan utdömas 10 procent av ett företags omsättning. Huruvida denna maximigräns är hög eller låg kan knappast avgöras abstrakt utan är istället beroende av vad företaget förväntar sig kunna tjäna på det konkurrensbegränsande agerandet och

agerandets skadeverkningar. Enligt vissa bedömare innebär otillåten kartellverksamhet ofta en prishöjning om ca 10 procent per år,¹⁰⁶ vilket då vid flerårig kartellverksamhet, och under antagande av att vinsten ökar varje år med lika som det första året, kommer att medföra att agerandet totalt sett kommer att vara lönsamt alldeles oavsett huruvida företaget ådöms maximal konkurrensskadeavgift eller böter. Lösningen på problemet skulle då kunna vara att öka sanktionens storlek till, låt oss säga 50 procent av företagets omsättning.

Som visats av Polinsky och Shavell är det emellertid inte alltid optimalt att öka böterna och sänka risken för upptäckt, eller som i detta fall; behålla samma nivå på risken för en sanktion.¹⁰⁷ Vid sidan av mer allmänna skäl som att en mer begränsad övervakning av allmänheten kan uppfattas som arbiträr och orättvis, samtidigt som extremt höga böter också kan uppfattas som orättvisa, kommer sanktionen dessutom att i många fall inte kunna betalas. Skälen härför är att om nu sanktionen sätts på en sådan nivå att endast vissa kommer att kunna betala, uppfattas sanktionen av andra som mindre avskräckande. För den som inte kan betala mer än 100 spelar det naturligtvis ingen roll om böterna sätts väsentligt högre, eftersom hon aldrig kommer att behöva (kunna) betala mer än 100.

I den utsträckning det inte är möjligt att differentiera övervakningen mellan olika typer av potentiella överträdare (dvs. mellan de som kan betala extremt höga sanktioner och de som endast kan betala en mindre del), är det därför optimalt att sätta sanktionerna på en sådan nivå att flertalet av de potentiella överträdarna har möjlighet att betala. Om storleken på sanktionen ändras följer att risken för upptäckt och påföljande sanktion måste öka, för att uppnå det optimala.

Om det nu skulle vara mindre önskvärt att öka risken för upptäckt, eftersom övervakningskostnaderna ökar, skulle det i och för sig vara möjligt att differentiera sanktionen mellan de som kan betala respektive de med mindre möjligheter att betala. Om alla betalar i proportion till sina möjligheter kommer samtliga att bli avskräckta. Att detta inte är någon optimal lösning följer dock på det förhållandet att i en sådan situation kommer ju de mest förmögna att överavskräckas, eftersom deras böter kommer att överskrida de kostnader som deras agerande genererar. Ökningen av böterna för de rika rubbar balansen mellan sanktionen och risken för upptäckt och är således inte optimal.

Vid sidan av andra skäl mot extremt stränga sanktioner (närmast i form av extremt höga böter) kan också noteras att indifferensen för balansen mellan risken för upptäckt och sanktionsnivån, vilket ju är den som bestämmer vad som är optimalt, förutsätter att de potentiella överträdarna är riskneutrala. Om man är riskneutral

¹⁰⁶ Buccirosi, P. – Spagnolo, G., *Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers still Go to Prison?*, Lear Research Paper 05-01, s. 6 f. Som anges av författarna finns det dock indikationer på att prishöjningarna kan vara högre än så.

¹⁰⁷ Polinsky, A.M. – Shavell, S., *A Note on Optimal Fines When Wealth Varies Among Individuals*, *The American Economic Review*, Vol. 81, No. 3 (Jun. 1991) 618-621. Se även Garoupa, N., *Optimal Law Enforcement and Imperfect Information When Wealth Varies among Individuals*, *Economica New Series*, Vol. 65, No. 260 (Nov. 1998) 479-490.

innebär det i allt väsentligt att det spelar mindre roll vilka eventuella böter man åläggas så länge som risken för upptäckt är liten. Om det däremot skulle vara så att de potentiella överträdarna är riskaversiva, dvs. inte gärna tar en risk att utsättas för sanktioner, kan den optimala övervakningsnivån närma sig 1 samtidigt som sanktionen också borde sättas i närheten av vad den överträdande tjänar på agerandet.¹⁰⁸ Över huvud taget kan noteras att underavskräckning är optimalt (vid strikt ansvar) när det gäller riskaversiva överträdare.¹⁰⁹

5.2.2 Vem eller vilka skall sköta övervakningen?

Övervakningen av konkurrensregler kan ske på skilda sätt. I Europa synes föreligga en preferens för offentlig övervakning, dvs. företrädesvis myndigheter som kommissionen eller nationella konkurrensmyndigheter har till uttrycklig uppgift att övervaka konkurrensreglerna och att ingripa mot överträdelser.¹¹⁰ Övervakande myndighet såvitt gäller konkurrenslagen är huvudsakligen Konkurrensverket men även länsstyrelserna har en viss mindre uppgift (som dock inte kommer att beröras vidare här).¹¹¹ Vid sidan av Konkurrensverket har även privata parter en viss övervakningsuppgift, låt vara att det inte uttrycks på det sättet i konkurrenslagen. Istället anges i 33 § att den som skadas av en överträdelse av KL har rätt till skadestånd, vilket i realiteten innebär att enskilda har ett intresse av att delta i övervakningen. Inom EG-rätten var kommissionen tidigare i realiteten exklusiv övervakare av konkurrensreglerna, men genom ikraftträdandet av Rfo 1/2003 har nu även nationella konkurrensmyndigheter ett ansvar för övervakningen också av de EG-rättsliga reglerna.¹¹²

I USA är situationen radikalt annorlunda. Enligt den amerikanska antitrustlagstiftningen ges den som skadats av en konkurrensbegränsning rätt till skadestånd motsvarande skadan multiplicerat med tre.¹¹³ Möjligheterna till tredubbla skadestånd i kombination med förmånliga processrättsliga regler har gjort att en stor del av övervakningen av konkurrensreglerna sker genom att privata parter processar mot varandra.¹¹⁴ Med detta är naturligtvis inte sagt att de amerikanska konkurrensmyndigheterna (Department of Justice och Federal Trade Commission) skulle sakna betydelse för övervakningen av konkurrensreglerna, utan det är endast ett konstaterande av att myndigheterna såvitt gäller i vart fall vissa överträdelser är hjälpta av privata parter för att uppnå en avskräckande effekt. I sammanhanget

¹⁰⁸ Polinsky, A.M. – Shavell, S., *The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines*, American Economic Review, Vol. 69, No. 5 (Dec. 1979) 880-891.

¹⁰⁹ Polinsky, A.M. – Shavell, S., *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, Journal of Economic Literature, Vol. 38, No. 1 (Mar. 2000) 45-76, på s. 53 f.

¹¹⁰ Se vidare samlingsverket *Competition Law Sanctioning in the European Union*, (Dannecker, G. – Jansen, O. eds.), The Hauge London New York 2004.

¹¹¹ Konkurrensförordningen (1993:173) 4 §.

¹¹² Rfo 1/2003, artikel 5 och 11-14.

¹¹³ Clayton Act, Section 4 (15 U.S.C. § 15 a).

¹¹⁴ Ofta nämns siffran 90 procent; Hovenkamp, H., *Federal Antitrust Policy 2 ed.*, St. Paul 1999, s. 593.

skall dock framhållas att flera av de processer i vilka privata parter kräver skadestånd av varandra utgör en fortsättning på de processer som initierats av någon myndighet inom ramen för dess övervakning.¹¹⁵

Sannolikt under inflytande av den amerikanska ordningen, men även av utvecklingen inom den mer allmänna EG-rätten¹¹⁶ har kommissionen nyligen publicerat en. s.k. grönbok, där utformningen av ett skadeståndsansvar inom konkurrensrätten diskuteras.¹¹⁷ Här i Sverige har vi haft regler om skadestånd vid överträdelser av konkurrensreglerna sedan 1993, dock veterligen hittills utan något enda av domstolar avgjort fall.

Valet av övervakande organ spelar naturligtvis roll för upptäcktsrisken. Ju fler som övervakar desto större blir risken för att en överträdelse av konkurrensreglerna kommer att upptäckas. Ju fler överträdelser som upptäcks, desto större möjligheter till lagföring och sanktion. Mot den bakgrunden förefaller det klart att effektiviteten av övervakningen står i direkt relation till de medel som anslås till övervakningen. Resonemanget skulle också kunna leda till slutsatsen att enskilda parters rätt till skadestånd skulle kunna kompensera för bristande resurser hos de offentliga myndigheterna. Ett par saker skall dock framhållas i sammanhanget.

För det första föreligger en klar skillnad mellan å ena sidan myndigheter och enskilda när det gäller deras intresse av övervakningen. Myndigheter kan förväntas eller styras mot att fokusera sin övervakning till de förfaranden som allmänt anses mest skadliga för konkurrensen. Övervakningen kan också koncentreras till de marknader där konkurrensen är som svagast. Privata parter kan inte förväntas göra dylika prioriteringar, utan de kommer att fokusera sina ansträngningar till de konkurrensbegränsningar där de har möjligheter att bevisa skada och därigenom erhålla skadestånd. Huruvida dessa konkurrensbegränsningar utgör de för den ekonomiska utvecklingen mest skadliga begränsningarna kan då inte tas för givet.

Som följer av det just sagda antas myndigheter inte ha något eget intresse i övervakningen annat än just att skydda konkurrensen. Över huvud taget – och som påpekats av Friedman – utgår större delen av den litteratur som sysslar med optimala sanktioner från att samhället inte har några andra intressen när det gäller övervakningen av regler än att just uppnå önskad preventionsnivå.¹¹⁸ Uttryckt på annat sätt skulle då den som överträder reglerna kunna fås att agera på visst sätt genom en kombination av sanktion, risken för upptäckt etc., medan den övervakande myndigheten skulle vara i det närmaste opåverkad av på vilket sätt som

¹¹⁵ Som endast ett exempel kan nämnas det färska avgörandet av US Supreme Court, *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis Trinko*, 540 U.S. 398 (2004), som utgjorde just en sk. tag-along-suit till ett tidigare ingripande av den amerikanska telekommyndigheten.

¹¹⁶ Vad som avses här är mål C-6-9/91 *Francoovich* och anslutande praxis.

¹¹⁷ *Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2005) 672 Final, samt det därtill kopplade *Commission Staff Working Paper*, SEC(2005) 1732.

¹¹⁸ Friedman, D., *Why Not Hang Them All: The Virtues of Inefficient Punishment*, *Journal of Political Economy*, 1999, vol. 107, no. 6 s. 259-269.

övervakningen och sanktionerna utformas. Som Friedman noterar är det emellertid knappast säkert att just höga sanktioner och låg risk för upptäckt – vilket ju i princip är det optimala – inte också påverkar en övervakande myndighet. Om myndigheten har ett i vart fall delvis fritt skön såvitt gäller storleken på sanktionerna kan myndigheten agera på ett sådant sätt sanktionerna tillämpas överpreventivt, närmast för att det skulle gynna myndigheten själv. Samma resonemang är naturligtvis tillämpligt på s.k. *private enforcement* i form av skadestånd.¹¹⁹

Medan privata parter ofta kan misstänkas för, eller mer korrekt; förväntas, styras av egenintresset, är samma förhållande mindre klart när det gäller myndigheter. För egen del finner jag det emellertid inte uteslutet att även konkurrensmyndigheter har ett eget intresse i utdömandet av sanktioner. Höga bötesnivåer visar på ett tydligt sätt för anslagsgivarna att verksamheten är viktig, med åtföljande högre anslag och större prestige. Höga potentiella böter och möjligheter till eftergift ökar naturligtvis myndighetens förhandlingsstyrka i förhållande till de som överträder reglerna, vilket i sig kan öka risken för upptäckt och rubba balansen mellan sanktionerna och risken för upptäckt.

I det svenska konkurrensrättsliga systemet saknar Konkurrensverket egen befogenhet att utdöma konkurrensskadeavgift. Å andra sidan har verket befogenhet att förklara att ett visst företag inte kommer att drabbas av en sanktion genom eftergiftssystemet.¹²⁰ Det är också möjligt att Konkurrensverket i en snar framtid ges möjlighet att utfärda s.k. strafförelägganden, dvs. om ett företag accepterar ett föreläggande om konkurrensskadeavgift så gäller godkännandet som lagakraftvunnen dom. För det fall Konkurrensverket ges en rätt att utfärda s.k. strafförelägganden synes det mig klart att verket samtidigt bör utfärda någon form av vägledning avseende på vilket sätt som Konkurrensverket beräknar dessa förelägganden. Förutom att det enligt min uppfattning mer allmänt är av godo att sanktioner skall vara förutsägbara, kan Konkurrensverket vid en sådan situation heller inte utnyttja sin ställning i förhållande till företagen. Det skall här anmärkas att det saknas varje form av indikation på att Konkurrensverket skulle ha försökt, eller kan förväntas försöka, utnyttja sin ställning, utan vad som avses är att verkets objektivitet inte skall kunna ifrågasättas.

En annan skillnad mellan privat och offentlig övervakning är möjligheterna att finna information. Som noterats i den ekonomiska litteraturen är valet mellan offentlig eller privat övervakning beroende av vad för slags information som finns tillgänglig.¹²¹ Ofta kan det vara så att privata parter har större förståelse för en marknads funktion än en myndighet varför den privata parten tidigare noterar en konkurrensbegränsning. Dessutom torde det stå utom varje tvivel att privata parter också ofta har kännedom om ageranden som en myndighet aldrig kommer att

¹¹⁹ Wahl, N., *Konkurrensskada*, s. 25.

¹²⁰ 28 c § KL.

¹²¹ Shavell, S., *The Optimal Structure of Law Enforcement*, p. 255 ff, *Journal of Law and Economics* XXXVI (April 1993).

kunna erhålla kännedom om. Å andra sidan är det lika klart att en privat part i det svenska processrättsliga systemet inte kommer att kunna undersöka vissa ageranden lika effektivt som Konkurrensverket med dess undersökningsbefogenheter.

Mot bakgrund de skilda intressen som skilda övervakare representerar och deras faktiska möjligheter att vinna kännedom om skilda konkurrensbegränsningar är det min uppfattning att det huvudsakliga ansvaret för övervakningen måste ligga på en offentlig myndighet. Den myndigheten skall i sin övervakning fokusera på de förfaranden som allmänt anses mest skadliga för konkurrenstrycket, dvs. typiskt sett horisontella överenskommelser och missbruk av dominerande ställning i form av exkluderande ageranden. Övervakningen bör vidare koncentreras till branscher eller marknader där konkurrensen uppfattas som särskilt svag. Fokuseringen till vissa ageranden och vissa marknader kommer att öka upptäcktsrisken där behovet av upptäckt kan förväntas vara störst. I syfte att nå en optimal övervakning av konkurrensreglerna är det emellertid inte tillräckligt med endast offentlig övervakning. För att erforderlig avskräckning skall uppnås måste även mindre konkurrensbegränsningar (i betydelsen mindre allvarliga och avseende mindre viktiga marknader eller branscher) avskräckas. Sett utifrån kostnadssynpunkt finns det såvitt gäller mindre konkurrensbegränsningar knappast något alternativ till privata parter sökande efter skadestånd. Om varje konkurrent, kund eller avtalspart är en potentiell processpart avseende skadestånd kan avskräckning uppnås även i de fall företaget på goda grunder gör bedömningen att deras agerande inte är av intresse för konkurrensmyndigheten.

Nuvarande svenska konkurrensrättssystem kan sägas uppfylla de formella kriterierna på ett optimalt sanktionssystem såvitt gäller vilka som skall övervaka reglerna. Huruvida konkurrensmyndigheten fördelar sina resurser optimalt är en annan sak. Såvitt gäller de privata parternas roll i praktiken kan noteras att dessa hittills sannolikt inte spelat någon roll ur avskräckningssynpunkt. I och för sig kan naturligtvis risken för att tvingas betala skadestånd haft en viss avskräckande verkan, men om denna effekt verkligen varit av någon betydelse skulle det rimligen också ha resulterat i någon process. Effektiviteten i de övervakande organens verksamhet diskuteras vidare nedan.¹²²

5.2.3 Betydelsen av kontroll endast *ex post*

Genom ikraftträdandet av Rfo 1/2003 och borttagandet av möjligheterna att erhålla individuella undantag har det EG-rättsliga konkurrensrättsliga systemet förändrats från en blandning av *ex ante* och *ex post* kontroll till att numera exklusivt fokusera på *ex post* kontroll. Motsvarande förändring har skett inom ramen för det svenska systemet.

¹²² Se vidare avsnitt 5.2.4 och 5.2.5.

En förändring av övervakningen från *ex ante* till *ex post* innebär – allt annat lika – att övervakningen och därmed risken för upptäckt går ner.¹²³ Minskad risk för upptäckt ställer krav på större och mer ingripande sanktioner om samma nivå på avskräckningen skall upprätthållas som tidigare. Trots detta skedde ingen förändring avseende sanktionernas storlek vare sig i det EG-rättsliga systemet eller det svenska vid övergången till exklusiv *ex post* kontroll.¹²⁴ Ett skäl till att sanktionerna inte skärptes kan naturligtvis ha varit att vare sig Europeiska unionen eller den svenska lagstiftaren ansåg att *ex ante* kontrollen hade någon egentlig preventiv verkan, varför effektiviteten i övervakningen i realiteten inte gick ner.¹²⁵ Ett annat skäl såvitt gäller EG-rätten kan ha varit att kommissionen ansåg att involveringen av de nationella myndigheterna i övervakningen av EG-rätten skulle medföra en ökning av kontrollen *ex post* i sådan utsträckning den totala övervakningen inte gick ner.

För egen del kan jag sympatisera med det första skälet. I realiteten hade sannolikt *ex ante* kontrollen inte någon preventiv verkan när det gällde allvarliga konkurrensbegränsningar. Möjligen har också det andra skälet viss bärkraft, men om så skulle vara fallet är utvecklingen allvarlig sett utifrån en svensk utgångspunkt. Om vi antar att Konkurrensverket nu i större utsträckning än tidigare är kommissionen behjälplig med övervakningen av EG-rätten följer att övervakningen av rent svenska förhållanden får antas ha gått ner eftersom Konkurrensverket inte tillförts några ytterligare resurser. Totalt sett får därför övervakningen av den svenska marknaden antas ha gått ner sedan juli 2004 då de nya reglerna infördes i svensk rätt. Den i vart fall teoretiskt minskade övervakningen från Konkurrensverkets sida kan då kompenseras endast genom strängare sanktioner jämfört med tidigare, alternativt att utökade resurser till verket och/eller bättre förutsättningar för privata parter att driva skadeståndsmål. De förändringar som skedde i 33 § KL i augusti 2005 avseende rätten till skadestånd kan knappast sägas vara tillräcklig kompensation, eftersom de bara utvidgar kretsen av skadeståndsberättigade – inte deras möjligheter att faktiskt erhålla skadestånd.¹²⁶

5.2.4 Effektivitet i upptäckandet av skilda överträdelser

Huruvida ett offentligt övervakande organ är effektivt i att upptäcka överträdelser av konkurrensreglerna är i allt väsentligt en funktion av vilka befogenheter myndigheten har när det gäller att inhämta information. I teorin gäller naturligtvis samma för privata parter, men såvitt gäller dessa kan noteras att de har den

¹²³ Diemer, C., *Economic Analysis and the New Enforcement Rules in European Antitrust Law: Has Regulation 1/2003 the Best of Both Worlds?*, Stockholm University 2005.

¹²⁴ Se vidare Wahl, N., *To What Extent Has the Modernisation Reform Been Successful at the National Level?*, i *Liber Amicorum in honour of Sven Norberg*, Bryssel 2006.

¹²⁵ Jfr Kommissionens sk vitbok (Commission Program 99/027) s. 77.

¹²⁶ Jfr. prop 2004/05:117. Det kan för övrigt noteras att det förefaller mindre sannolikt att konsumenter kommer att spela någon större roll som skadeståndssökande, vare sig enskilt eller genom grupp-talan. Såvitt gäller grupptalan skall ju hållas i minnet att den svenska lagstiftningen bygger på sk. opt-in, vilket begränsar möjligheterna att föra större processer avseende små enskilda belopp.

information de har. Inte i något känt system förekommer det att privata parter – som ett led i att upptäcka överträdelser – har rätt att inhämta information från någon annan. Att privata parter kan ha sådana befogenheter vid lagföring eller utdömande av en sanktion (dvs. vid skadestandsprocesser) är en annan sak. Privata parter kommer därför inte att beröras vidare.

När det gäller Konkurrensverket befogenheter att inhämta information i syfte att upptäcka överträdelser är dessa synnerligen omfattande.¹²⁷ I jämförelse med andra rättsvårdande myndigheters befogenheter finns knappast något att önska, låt vara att Konkurrensverket i vissa sammanhang har framfört krav på t.ex. information avseende teletrafik.¹²⁸ Att Konkurrensverket har omfattande befogenheter betyder i och för sig inte att befogenheterna inte skulle kunna göras än mer omfattande. Sett från ett effektivitetsperspektiv är det väl i och för sig tänkbart att företag inte bara ålades att överlämna tillgänglig information utan att de också skulle vara tvingade att framställa information, eller för den delen ange sig själva. Bortsett från andra aspekter som rättssäkerhet och att lagstiftningen mer allmänt skall uppfattas som rättvis av den breda allmänheten, finns det emellertid knappast skäl att införa krav på självangivelse etc. Om man nu upplever att företagen, trots att det är förbjudet, överträder konkurrensreglerna finns ju knappast anledning att anta att de mer lojalt skulle följa andra förpliktelser som syftar till att upptäcka överträdelser. För att de nya förbuden skulle bli effektiva skulle även dessa behöva sanktioneras, varför man är tillbaka där man började – hur åstadkommer man en effektiv övervakning?

Om vi därför antar att de befogenheter som Konkurrensverket har för att upptäcka överträdelser är så omfattande som de bör vara kan bristande effektivitet endast förklaras av bristande resurser eller kompetens. Kompetensen hos Konkurrensverket är naturligtvis svår att bedöma för en utomstående, men det kan väl förmodas att en myndighets kompetens vanligen växer med de antal år som den varit i funktion. Konkurrensverket är en förhållandevis ung myndighet och än viktigare är att den lagstiftning som den är satt att övervaka är till sin karaktär mer svårgripbar än andra jämförbara rättsområden. Detta talar för att Konkurrensverkets kompetens kan förväntas vara växande. Att de resurser som Konkurrensverket tilldelas årligen är adekvata för det övervakningsbehov som av anslagsgivaren antas föreligga förefaller notoriskt – om inte så hade väl större anslag givits.¹²⁹ Sett utifrån ett annat perspektiv kan det knappast uteslutas att anslagen är för låga.

För en utomstående är det knappast meningsfullt att försöka bedöma huruvida Konkurrensverket satsar tilldelade resurser effektivt. Det kan dock noteras att verket sedan ett antal år synes försöka fokusera mer resurser till aktivt informationsinsamlade och analys än vad som tidigare var fallet. En möjlighet är

¹²⁷ Jfr t.ex. Alexandersson, S., *Uppgiftsskyldighet och undersökning I konkurrensärenden*, Stockholm 1996.

¹²⁸ Konkurrensverkets rapport; *Konkurrensen i Sverige 2002*, s. 361. Se dock MD 2003:9 Peab ./. Konkurrensverket.

¹²⁹ En alternativ förklaring är naturligtvis att statsmakten inte insett behovet av övervakning, i vart fall inte i relation till andra angelägna verksamhetsområden som t.ex. AMS.

naturligtvis att försöka göra jämförelser med andra konkurrensmyndigheter i länder av motsvarande storlek, men för egen del känner jag inte till några sådana undersökningar. Mot den bakgrunden tas nedan till utgångspunkt att Konkurrensverket är så effektivt i upptäckandet av överträdelser av reglerna som svarar mot dess resurser (vilket naturligtvis inte säger så mycket konkret).

5.2.5 Effektivitet i lagföring och utdömande av sanktioner

Effektiviteten i lagföringen av överträdelser är delvis beroende av samma befogenheter som när det gäller effektiviteten i upptäckandet. Effektiviteten i lagföringen är dock avsevärt enklare att bedöma för en utomstående. Istället för att försöka analysera okända storheter såsom mängden pågående överträdelser, kan direkt tas till utgångspunkt mängden processer som myndigheten driver och i vilken utsträckning som myndigheten är framgångsrik i dessa processer.¹³⁰ En sådan undersökning avseende svenska förhållanden har också nyligen genomförts.¹³¹ Sammanfattningsvis var resultatet av den undersökningen att Konkurrensverket inte var särskilt framgångsrikt, i vart fall inte i relation till mål som verket själva hade ställt upp för sina processer. Även i jämförelse med kommissionen var Konkurrensverket mindre framgångsrik. Om man begränsar bedömningen till att endast omfatta Konkurrensverkets framgång i förhållande till de frågor som behandlas nu, dvs. yrkanden om konkurrensskadeavgift, var Konkurrensverket än mindre framgångsrikt.

Att privata parter inte varit framgångsrika i sina strävanden efter skadestånd från de som överträder konkurrensreglerna är notoriskt. Säkerligen har något part vid något tillfälle erhållit skadestånd som del av en förlikning, men eftersom det veterligen saknas avgjorda svenska processer kan någon annan slutsats inte dras än att privata parter inte är effektiva när det gäller att lagföra eller erhålla skadestånd. I detta sammanhang skall dock framhållas att denna brist på effektivitet inte nödvändigtvis kan kopplas till bristande kompetens. Inom andra jurisdiktioner är privata parter framgångsrika och det torde saknas anledning att anta att just svenska parter (eller advokater) skulle vara sämre. Däremot kan ifrågasättas om de instrument som de har till sitt förfogande är lämpliga. Som framhålles i kommissionens grönbok avseende skadestånd inom ramen för konkurrensrätten har privata parter svårt att bevisa skada, mycket beroende på att de inte ges tillgång till andra företags interna dokument. Här är inte platsen att diskutera vilka förändringar som är nödvändiga för att privata parter skall bli effektiva, men det skall noteras att de i nuläget saknar förutsättningar att vara effektiva.¹³²

¹³⁰ Se t.ex. Harding, C. – Gibbs, A., *Why go to court in Europe? An analysis of cartel appeals 1995-2004*, (2005) 30 E.L. Rev. 349-369.

¹³¹ Simonsson, I., *Konkurrensverkets domstolsprocesser 1993-2004*, Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2005:2.

¹³² Ett förslag om att öka privata parters möjligheter till informationsinhämtande framfördes i SOU 2004:10 *Rätten till skadestånd enligt konkurrenslagen*, s. 97 ff, dock utan att (ännu) leda till lagstiftning.

5.2.6 Betydelsen av vem som slutgiltigt bestämmer böterna

Som diskuterats just ovan förefaller Konkurrensverket inte vara särskilt effektivt när det gäller att lagföra överträdelser eller att påföra sanktioner. Ett skäl till detta kan naturligtvis vara att Konkurrensverket saknar egen befogenhet att just fastställa konkurrensskadeavgift.

Såsom är väl känt har kommissionen egen befogenhet att fastställa böterna för en viss konkurrensbegränsning. Det torde också vara väl känt att Förstainstansrätten och EG-domstolen inte i någon större utsträckning ifrågasätter storleken på böterna utan begränsar sin prövning till proportionaliteten och fördelningen mellan skilda överträdare. Enligt svensk rätt är situationen annorlunda. Konkurrensverket yrkar en konkurrensskadeavgift och Stockholms tingsrätt bestämmer beloppet, varefter Marknadsdomstolen kan ändra. Domstolarnas prövning inskränker sig inte till en fråga om proportionalitet eller fördelningen mellan skilda överträdare utan avser mer allmänt lämpligheten av det yrkade beloppet. I flera fall har tingsrätten och Marknadsdomstolen fastställt konkurrensskadeavgiften till väsentligt lägre belopp än vad Konkurrensverket yrkat. I vissa fall beror skillnaden mellan yrkat och fastställt belopp på att Konkurrensverket inte lyckats bevisa sina påståenden, men i vart fall delvis torde skillnaden kunna hänföras till att Konkurrensverket har en annan uppfattning än domstolarna om storleken av de avgifter som bör utdömas.

Oavsett skälen till divergenserna mellan yrkat och utdömt belopp kan konsekvenserna förväntas vara ett begränsat intresse från företagens sida att acceptera Konkurrensverkets yrkanden och medge verkets talan. Rimligen ökar detta Konkurrensverkets kostnader för att lagföra upptäckta begränsningar av konkurrensen. Sannolikt har det också en inverkan på det svenska eftergiftsprogrammets effektivitet.¹³³ Om Konkurrensverket skulle ges rätt att utfärda någon form av strafföreläggande (med innebörd att det skulle vara möjligt att i någon utsträckning förhandla med Konkurrensverket om vilken konkurrensskadeavgift som skall utgå) kan företagens vilja att acceptera dessa förväntas vara låg så länge och i den utsträckning som det föreligger påtagliga diskrepanser mellan vad Konkurrensverket yrkar och vad som till slut döms ut. Förväntande minskningar i lagföringskostnader kommer då inte att materialiseras.

Endast i den utsträckning som Konkurrensverket och domstolarna har en i grunden lika uppfattning om vilken avgift som följer på ett visst agerande kommer företagen att acceptera av Konkurrensverket föreslagna strafförelägganden. I sammanhanget torde kunna noteras att det inte spelar någon större roll huruvida Konkurrensverket har egen befogenhet att fastställa konkurrensskadeavgiften så länge som denna kan överprövas av domstol.

För att uppnå ett optimalt sanktionssystem krävs att kostnaderna för övervakning och lagföring är så låga som möjligt. Processande i två instanser ger upphov till

¹³³ Se vidare nedan avsnitt 5.2.7.

stora kostnader som kunde ha använts för att upptäcka och lagföra andra överträdelser. Redan av detta skäl bör Konkurrensverket fokusera sina processer bättre än vad som är fallet idag. En mer koncentrerad processföring i betydelsen att kanske inte allt som verket tror att företaget gjort sig skyldig till måste påtalas, utan istället kanske bara de mest graverande överträdelserna, skulle sannolikt minska verkets processkostnader och öka effektiviteten i lagföringen. Till detta skall läggas att det synes nödvändigt att Konkurrensverket antingen tämligen omgående övertygar domstolarna om att den av verket föreslagna avgiftsnivån är den korrekta, alternativt anpassar sina yrkanden efter det som domstolarna faktiskt dömer ut. En förändring av avgiftsnivåerna – om en sådan skulle bedömas som nödvändig – kan då endast komma lagstiftningsvägen.

5.2.7 Förhållandet mellan eftergiftssystem och sanktioner

Inledning

Sedan 2002 finns i Sverige ett s.k. eftergiftsprogram. I all korthet innebär programmet att i utbyte mot information ges företag minskade sanktioner, alternativt helt slipper sanktioner. Syftet med reglerna sett utifrån samhällets perspektiv är att destabilisera den samverkan som sker, att ge deltagande företag incitament att avbryta samverkan och anmäla agerandet till Konkurrensverket, samt att motverka uppkomsten av nya överträdelser.¹³⁴ Förutsättningarna för att syftet skall uppnås är rimligen att företagen uppfattar fördelarna med att överträda reglerna som mindre än risken för en sanktion och den eventuella sanktionens storlek. Av det sagda följer dels att risken för upptäckt och storleken på sanktionerna i sig måste vara avskräckande, dels att eftergiftsprogrammet tillämpas på ett sådant sätt att företagen uppmuntras att ge information, dvs. programmet måste vara förutsägbart.

Internationellt sett är olika former av eftergiftsprogram ofta synnerligen framgångsrika. Särskilt det amerikanska systemet anses allmänt vara väl utformat för att ge företagen incitament att lämna information till de amerikanska konkurrensmyndigheterna.¹³⁵ Till skillnad från i Sverige kan dock överträdelser av de amerikanska konkurrensreglerna medföra personligt straffansvar vilket möjligen kan försvåra en direkt jämförelse. Inom EG-rätten tillämpas sedan 2002 ett eftergiftsprogram som påminner starkt om det amerikanska.¹³⁶ Även detta program anses i vart fall av kommissionen som synnerligen effektivt. Det svenska eftergiftsprogrammet har ännu inte – såvitt det går att bedöma¹³⁷ – varit lika framgångsrikt, trots att det till sin utformning i allt väsentligt är samma system som det

¹³⁴ Prop 2001/02:167 s. 26 ff.

¹³⁵ Enligt vissa uppgifter erhåller amerikanska myndigheter i snitt två eftergiftsansökningar i månaden, Geradin, D. Henry, D., *The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An Empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Court's Judgments*, ECJ Vol.1 No.2 (2005) s. 401-473, på s. 420.

¹³⁶ *Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases*, [2002] EGT C45/3.

¹³⁷ Se vidare SOU 2004:131 *Konkurrensbrott en lagstiftningsmodell*, s. 43.

amerikanska och det EG-rättsliga. Skälen till varför det svenska systemet inte varit lika framgångsrikt kan bero på flera skilda förhållanden, exempelvis att det fortfarande är relativt nytt varför företagen ännu inte hunnit anpassa sitt agerande till de nya möjligheterna. Även Konkurrensverket kan ha varit ovant med de nya reglerna och därför varit för återhållsam med att ge eftergift, vilket skulle kunna påverka företagens incitament att ansöka om eftergift.¹³⁸

Två andra skäl som jag för egen del finner mer troliga är dock att programmet inte anses tillräckligt förutsägbart och att det – bland annat därför – inte uppfattas som att fördelarna överväger nackdelarna. Det andra skälet skulle vara att hittills utdömda sanktioner inte har varit tillräckligt stränga eller frekventa för att fördelarna med eftergift skall väga över. Nedan skall dessa två frågor diskuteras.

Förutsägbarheten av det svenska eftergiftssystemet

Den som vill dra fördel av ett eftergiftsprogram har att göra en bedömning av huruvida fördelarna med att lämna över information till konkurrensmyndigheten överväger de nackdelar som följer på ett sådant överlämnade.

Fördelen med att lämna över all information är huvudsakligen att företaget helt eller delvis slipper en sanktion som det annars skulle ha ådömts. Förutsättningarna för att erhålla eftergift, dvs., nedsättning till noll, är att företaget är först med att lämna information, att Konkurrensverket saknade tillräcklig information om överträdelsen för att kunna ingripa, att företaget lämnar över all information som det har tillgång till, att företaget samarbetar fullt ut med Konkurrensverket under utredningen, samt att företaget upphör med sin överträdelse.¹³⁹

För att företaget på förhand skall kunna göra en korrekt bedömning av sina möjligheter att erhålla eftergift, har Konkurrensverket i ett råd angett att företag har möjlighet att ställa frågor till verket i hypotetiska termer för att på detta sätt kunna fastställa att det faktiskt kommer att vara först att lämna information.¹⁴⁰ Ett företag har enligt 28 c § KL även möjlighet att från Konkurrensverket begära besked om att deras anmälan uppfyller förutsättningarna för eftergift i 28 b § KL. Ett besked om att företaget uppfyller förutsättningarna för eftergift är bindande för Konkurrensverket och domstolarna. Med hänsyn till att ett sådant beslut måste lämnas redan i inledningen av en undersökning kan det beskedet inte rimligen omfatta ett ställningstagande till mer än just att företaget är först med att lämna information, och att Konkurrensverket saknade tillräcklig information om överträdelsen för att kunna ingripa. Huruvida företaget lämnat över all information som det har tillgång till, eller att det samarbetar löpande med Konkurrensverket samt att det faktiskt

¹³⁸ Ett närmast uppenbart fall av överdriven återhållsamhet från Konkurrensverkets sida är Stockholms TR dom 2005-03-14 (T-1160-03, KKV ./. *Keyvent AB och YIT Building Systems AB* [fd. ABB Contracting AB]).

¹³⁹ 28 b § KL.

¹⁴⁰ *Konkurrensverkets allmänna råd om nedsättning och eftergift av konkurrensskadeavgift enligt 28 a § och 28 b §*, KKVFS 2002:1, punkterna 40-44.

upphör med överträdelsen kan inte gärna bedömas vid tillfället för anmälan eller strax därefter.¹⁴¹

Möjligheterna att erhålla ett bindande besked från Konkurrensverket är uppenbarligen tillkommit med framför allt det amerikanska systemet, men även EG-rätten, som modell och det syftar till att öka förutsägbarheten i programmet. I de amerikanska och EG-rättsliga systemen kan dock ett företag inte initialt erhålla för myndigheterna bindande beslut, utan istället lämnas endast provisoriska beslut som senare bekräftas.¹⁴² Även Kartellbekämpningsutredningen föreslog att det svenska programmet skulle bygga på provisoriska beslut, som senare kunde bekräftas just mot bakgrund av att det är svårt för myndigheten att kontrollera att samtliga villkor för eftergift är uppfyllda vid tiden för ansökan.¹⁴³ På inrådan av lagrådet ändrades emellertid i propositionen detta så att besluten som tas istället skall vara bindande.¹⁴⁴

Möjligheten att erhålla någon form av beslut om att företagets ansökan uppfyller villkoren för eftergift är central för programmets förutsägbarhet. Utan ett sådant beslut kan det inte rimligen förväntas att företagen skall vara villiga att avslöja alla detaljer av en överträdelse. Ju mer som avslöjas desto större blir naturligtvis risken för stränga sanktioner, varför informationsgivandet står i direkt relation till möjligheterna att slippa sanktion. Om eftergift inte erhålles måste företaget kontinuerligt bedöma huruvida det som det avslöjar ger större sammanlagd rabatt enligt 28 a § KL än ökande konkurrensskadeavgift enligt 28 § KL. Det kan förmodas att företagen i nuläget bedömer risken för en sanktion som större än möjligheterna till rabatt i samtliga de fall då eftergift är utesluten eller osäker. Att flera företag ändå lämnar viss information till Konkurrensverket redan under utredningen kan sannolikt tillskrivas företagets önskan om att i media framstå som samarbetsvilliga och seriösa.

Allt annat lika är naturligtvis ett bindande beslut mer förutsägbart än ett provisoriskt som kan ändras. Av det skälet skulle den svenska lösningen vara bättre än den amerikanska eller EG-rättsliga. Det finns emellertid skäl att tro att allt annat inte är lika. Det synes mig klart att Konkurrensverket i medvetande om att det beslut det kommer att ta är alltför återhållsam och långsam i att bevilja eftergift. För att företaget korrekt skall kunna bedöma förutsättningarna för eftergift krävs att beslutet tas i direkt anslutning till att den första informationen lämnas. Så sker emellertid inte, utan Konkurrensverket förbehåller sig rätten att under en viss tid bedöma huruvida förutsättningarna är uppfyllda. Anledningen till att Konkurrensverket anser sig behöva viss betänketid är naturligtvis förborgade för en utomstående, men det förefaller sannolikt att beslutets bindande verkan spelar en stor roll. Det anges i och för sig i förarbetena att om ett företag lämnat felaktiga eller

¹⁴¹ Jfr prop 2001/02:167 s. 104.

¹⁴² SOU 2001:74 *Kartellbekämpning* s. 71 f.

¹⁴³ SOU 2001:74 *Kartellbekämpning* s. 118.

¹⁴⁴ Prop 2001/02:167 s. 44 ff, och 104.

vilseläda uppgifter så är inte förutsättningarna för eftergift uppfyllda, vilket antyder att domstolen skulle kunna finna en sanktion ändå skall utgå, men hur detta skall gå till i praktiken är mindre klart – Konkurrensverket måste ju yrka en konkurrensskadeavgift för att en sådan skall kunna dömas ut.¹⁴⁵

Utan att för den skull kunna presentera några empiriska belägg är det min uppfattning att Konkurrensverkets tillämpning av 28 c § KL verkar kontraproduktivt på företagens intresse av att söka eftergift.

När det gäller nedsättning enligt 28 a § KL, dvs. en rabatt som endast innebär en reduktion av sanktionen, förefaller det mig klart att Konkurrensverket har varit synnerligen återhållsam. Som exempel kan anföras att vare sig i den s.k. Bensinkartellen eller den sk. asfaltkartellen har Konkurrensverket beviljat mer än en 30 procent reduktion, trots att flera bolag synbarligen lagt sig vinn om att avslöja allt företaget varit medvetet om.¹⁴⁶ Att verket varit återhållsam kan naturligtvis bero på att företagen faktiskt undanhållit information, alternativt att Konkurrensverket underskattat fördelarna i det längre perspektivet med att ge i vart fall något företag en stor nedsättning. Det är dock för mig uppenbart att Konkurrensverkets tillämpning av nedsättningssystemet påverkat negativt verkets möjligheter att erhålla information från företagen.

Storleken på konkurrensskadeavgiften

Om Konkurrensverkets hantering av eftergiftssystemet skulle vara förutsägbar innebär detta att företagen skulle kunna göra en korrekt avvägning mellan riskerna med fortsatt överträdelse av reglerna och fördelarna med att ansöka om eftergift och lämna all information till Konkurrensverket. För att företagen skall göra den utifrån ett övervakningsperspektiv korrekta avvägningen, dvs. ansöka om eftergift, krävs att den sanktion som riskeras är tillräckligt ingripande. Sanktionen skall således vara av sådan storlek att risken för den gör att företagen ansöker om eftergift.

Enligt flera bedömare är de konkurrensskadeavgifter som hittills dömts ut inte tillräckligt stora. I vissa sammanhang påstås att sanktionerna inte är tillräckligt stora för att motsvara de skador som agerandet medför, i andra sammanhang att de inte är tillräckligt stora för att eftergiftsprogrammet skall fungera på eftersökt sätt. Huruvida sanktionerna är tillräckligt stora för att svara mot de skador de orsakar och verka avhållande är vad jag kan förstå inte särskilt enkelt att avgöra. Vi vet knappast något om avskräckningseffekten och huruvida sanktionen svarar mot skadan (och upptäcktsrisken) är också det svårbedömt. Att det förhåller sig på det

¹⁴⁵ Prop 2001/02:167 s. 104

¹⁴⁶ I målet mot ABB Contracting AB (Stockholms TR dom 2005-03-14 (T-1160-03, KKV. / . Keyvent AB och YIT Building Systems AB [fd. ABB Contracting AB]), medgav Konkurrensverket i och för sig en nedsättning med 50 procent, men med hänsyn till den information som företaget lämnat och på det sätt som den lämnats fann TR att förutsättningarna för eftergift förelåg, varför fallet knappast kan tas till intäkt för generositet från Konkurrensverkets sida.

sättet har inte hindrat både offentliga utredningar¹⁴⁷ och lagstiftaren från att i skilda sammanhang påstå att sanktionerna är för låga. Vilket underlag som finns för dylika påståenden har dock undgått i vart fall mig.

Som framgått har jag ingen egen uppfattning huruvida de hittills utdömda sanktionerna verkligen svarar mot de skador som överträdelsena orsakat och upptäcktsrisken, men oavsett detta kan noteras att hittills utdömda konkurrenskadeavgifter sannolikt är alltför låga för att eftergiftsprogrammet skall fungera tillfredsställande. Låga konkurrenskadeavgifter innebär typiskt sett att företagen inte upplever det som någon särskild fördel att försöka undvika sanktionen. Att ansöka om eftergift är ju inte kostnadsfritt för företaget. För det första så avslutas ju den sannolikt inkomstbringande överträdelsen. Till detta skall läggas den arbetsinsats som krävs för att uppfylla kraven, dvs. insamlandet och sammanställandet av information och kontinuerlig samverkan med Konkurrensverket. Inte heller kan det uteslutas att företaget skadas mer indirekt även på andra sätt, exempelvis avseende annat (legitimt) samarbete med konkurrenterna.

Ett konstaterande av att sanktionerna sannolikt är för låga för att eftergiftsprogrammet skall få avsedd effekt säger dock inget om vilka nivåer som krävs för att programmet skall få effekt. Inte heller är det särskilt meningsfullt att bara påstå att konkurrenskadeavgifterna skall höjas för att eftergiftsprogrammet skall fungera som avsett. Om anledningen till att avgifterna är låga skulle vara den att Konkurrensverket ännu inte funnit någon överträdelse av konkurrenslagen som motiverar en högre avgift än vad som dömts ut, skulle en höjning av konkurrenskadeavgifterna verka överavskräckande. Det är förvisso inte obekant att Konkurrensverket och andra argumenterar för att avgifterna måste vara högre – just med hänvisning till eftergiftsprogrammet – men för att en höjning skall vara motiverad krävs att man kan säkerställa anledningen till att de är för låga. Endast i den utsträckning som konkurrenskadeavgifterna är låga för att domstolarna inte förstår vilka skador som olika typer av överträdelser medför finns det anledning att höja sanktionerna. Relationen mellan skada, upptäcktsrisk och sanktion är då inte optimal. Det är i och för sig en självklarhet men det tål ändå att sägas – eftergiftsprogrammet har tillskapats för att öka effektiviteten i övervakningen, inte för att uppnå högre sanktionsavgifter.

I den utsträckning som hittills utdömda sanktioner svarar mot den skada som de faktiskt orsakat och den upptäcktsrisk som följer på Konkurrensverkets övervakning innebär det också att sanktionerna är optimala. Om sanktionerna ändå anses för låga ligger felet hos Konkurrensverket som ännu inte kunnat belägga en överträdelse av sådan allvarlighet att sanktionens storlek ger skjuts åt eftergiftsprogrammet.

¹⁴⁷ SOU 2004:47 *Näringslivet och förtroendet*.

Eftergift och skadestånd

Ett väl fungerande eftergiftsprogram ger företagen incitament att informera konkurrensmyndigheten om överträdelser av konkurrensreglerna i utbyte mot immunitet från offentliga sanktioner. Vare sig i Sverige, EU eller USA erhålles dock någon immunitet mot skadeståndskrav från enskilda. Eftersom skadestånd ökar sanktionens storlek, och såvitt gäller de som erhåller eftergift utgör den enda sanktionen, kan just eventuella skadeståndskrav verka avhållande på företags intresse av eftergift. I själva verket torde just information lämnad till en konkurrensmyndighet eller av denne insamlad information många gånger vara en skadeståndssökande parts huvudsakliga informationskälla.

I det amerikanska eftergiftsprogrammet är en av förutsättningarna för eftergift att den som ansöker om eftergift (*leniency*) också kompenserar eventuella skadelidande. Trots detta är det amerikanska eftergiftsprogrammet framgångsrikt i den bemärkelsen att konkurrensmyndigheterna erhåller mycket information genom programmet. En förklaring till att det amerikanska programmet uppenbarligen inte påverkas negativt i sådan utsträckning att det äventyrar dess effektivitet kan vara att den amerikanska konkurrensrätten är straffsanktionerad. Eftersom enskilda personer inte på samma sätt är föremål för skadeståndsanspråk har dessa fortfarande skäl att ansöka om straffrättslig immunitet, vilket då kan förväntas bevara programmets effektivitet.

Enligt det EG-rättsliga och det svenska eftergiftsprogrammet finns det inga krav på att den som söker eftergift skall kompensera skadelidande.¹⁴⁸ Tvärtom förefaller kommissionen närmast negativt inställd till att de företag som söker eftergift kan utsättas för skadeståndsanspråk. Bl.a. försöker kommissionen begränsa tillgången till dokument och vittnesutsagor just för att skydda sitt eget eftergiftsprogram. Det är här inte primärt fråga om europeiska skadeståndsprocesser utan framför allt amerikanska processer. Kommissionen har dessutom i sin grönbok om skadestånd tydligt indikerat att den inte är intresserad av att dela med sig av dokument eller information erhålla inom eftergiftsprogrammet.¹⁴⁹ Några tydliga skäl för dess inställning anges inte, men det är heller kanske inte nödvändigt.

I Sverige är diskussionen om förhållandet mellan eftergift och skadestånd ännu i sin linda, sannolikt beroende på att vare sig eftergiftsprogrammet eller skadeståndssanktionen fungerar som avsett.

Det torde vara okontroversiellt att påstå att risken för skadestånd kan påverka negativt företags incitament att ansöka om eftergift. I nästa avsnitt, vid diskussionen om straffrättsliga sanktioner för enskilda, anförs att i valet mellan ett väl fungerande eftergiftsprogram och straffrättsliga sanktioner, synes eftergifts-

¹⁴⁸ Det kan i sammanhanget noteras att i sitt meddelande angående immunitet från böter, klart anger att den som söker eftergift inte kan undgå de civilrättsliga konsekvenserna av en överträdelse, *Kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden*, [2002] EGT C45/03, punkten 31.

¹⁴⁹ *Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2005) 672 Final, punkten 2.7.

programmet vara att föredra. På motsvarande sätt skulle i och för sig kunna argumenteras även i detta fall och synbarligen är det så kommissionen resonerar. Samtidigt skall noteras den skillnad som föreligger mellan just straffansvar för enskilda och skadestånd. Medan straffansvar endast verkar avskräckande har skadestånd en avskräckande funktion och dessutom kan upptäcktsrisken förväntas öka genom enskildas sökande efter skadestånd. Ett uteslutande av straffansvar till förmån för ett väl fungerande eftergiftsprogram medför således endast en reduktion av avskräckningseffekten som mycket väl kan kompenseras genom den ökade upptäcktsrisken. Begränsade möjligheter till skadestånd leder till en minskad avskräckningseffekt och minskad upptäcktsrisk, vilket knappast kan förväntas kompenseras av ett eftergiftssystem.

Sett utifrån optimalitetsperspektiv skulle kunna diskuteras om inte ett samtidigt utdömande av skadestånd och konkurrensskadeavgift skulle verka överavskräckande. Så skulle förvisso bli fallet om konkurrensskadeavgiften tillsammans med upptäcktsrisken var optimalt utformad, men för egen del hyser jag ingen illusion om att så skulle vara fallet. Visserligen har i tidigare avsnitt tagits till utgångspunkt att det inte är möjligt att nu bilda sig en uppfattning om hittills utdömda sanktioner är höga eller låga, men det konstaterades samtidigt att sanktionerna i vart fall var för låga för att eftergiftsprogrammet skulle fungera tillfredsställande.

Eftersom väl utformade regler om skadestånd har en potentiellt kraftig avskräckande verkan samtidigt som de ökar upptäcktsrisken många gånger om finns det ingen anledning att inskränka en skadeståndssökandes tillgång till information från konkurrensmyndigheterna. I den utsträckning som det är möjligt att fastställa en mer konkret avhållande effekt på intresset för att ansöka om eftergift med hänvisning till risken för skadestånd, skulle en möjlighet kunna vara att i någon utsträckning begränsa skadeståndsansvaret för just den part som erhållit eftergift. Andra medkonspiratörer skulle då få svara även för skador orsakade av den som ansökt om eftergift, utan regressmöjligheter.¹⁵⁰

5.3 Val av sanktion och nivån på sanktionen

5.3.1 Inledning

Huruvida ett sanktionssystem är optimalt utformat bestäms som noterats tidigare av om samhällets kostnader minimeras, varvid i vart fall delvis kostnaderna för övervakning och lagföring kan minskas om sanktionerna utformas på ett adekvat. Nedan skall diskuteras skilda aspekter av de sanktioner som är tillämpliga eller tänkbara i svensk rätt. Kopplingen mellan risken för upptäckt och sanktionerna behandlas sedan i nästa avsnitt.

¹⁵⁰ Även i dagens läge har flera skadevällare ett solidariskt ansvar; Wahl, N., *Konkurrensskada*, s. 199 f.

5.3.2 Syftena med sanktioner

Som framgått redan inledningsvis måste ett optimalt sanktionssystem utformas mot bakgrund av vilket syfte som vill uppnås med sanktionen. Såvitt gäller konkurrensrätten kan flera skilda syften identifieras.

Ett syfte är alldeles klart att förhindra överträdelser av de materiella förbuden. I ett övervakningssystem av *ex post* karaktär – såsom det svenska – kan emellertid prevention knappast tillmätas alltför stor vikt, utan istället fokuseras intresset till avskräckning. Företag skall avskräckas från att överträda de materiella förbuden genom risken för de sanktioner som kan följa på överträdelserna.¹⁵¹

I syftet att sanktionerna skall verka avskräckande ligger att det inte skall löna sig att överträda de materiella förbuden i konkurrenslagen. Normalt sett uppfattas detta som ett krav på att eventuella vinster av ett otillåtet agerande skall neutraliseras genom sanktionerna. Här skulle dock kunna ifrågasättas om så verkligen bör ske i samtliga fall. Låt oss anta att ett visst agerande genererar vinster om 100 medan den samlade skadan är 90 – skall då verkligen en sanktion uppgå till 100 (vid en upptäcktsrisk om 1)? Om vi antar att företaget blir avskräckt vid en sanktion om 100 kommer ju i sådant fall ett agerande som totalt sett är positivt att avskräckas. Det medges i och för sig att frågeställningen är förhållandevis teoretisk, men det är trots allt knappast uteslutet att situationen skulle kunna uppkomma.¹⁵² Bortsett från nu diskuterade situation bör dock ett uttalat syfte med sanktionerna vara att neutralisera eventuella vinster av ett otillåtet agerande. Med detta är dock inte sagt att nivån på sanktionerna skall bestämmas utifrån de vinster som görs.

Ett annat närbesläktat syfte kan vara att signalera till potentiella överträdare att överträdelser av konkurrensreglerna är moraliskt förkastligt och närmast att jämställa med ekonomisk brottslighet. I synnerhet under senare tid har just kopplingen till ekonomisk brottslighet gjorts gällande både av ledande företrädare för svenska och andra konkurrensmyndigheter och för den delen även av den svenska lagstiftaren.¹⁵³ Syftet med att koppla överträdelser av konkurrensreglerna till ekonomisk brottslighet kan dock knappast uppfattas som särskilt från avskräckningssyftet. I den utsträckning som överträdelser av konkurrensreglerna uppfattas som brottsligt – och därmed moraliskt förkastligt – skulle kunna förväntas en högre avskräckande effekt än utan en sådan koppling.

Som diskuterats ovan torde det huvudsakliga syftet med sanktioner inom konkurrensrätten vara att avskräcka företag från att överträda de materiella förbuden i konkurrenslagen. Skälet till att avskräcka är att begränsningar av konkurrensen medför försämringar av den ekonomiska effektiviteten inom näringslivet. I vissa

¹⁵¹ Prop 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning*, s. 93.

¹⁵² Landes, W.M., *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, 50 *University of Chicago Law Review* 652 (1983), samt Wils, W.P.J., *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, The Hague London New York 2002, s. 22 f.

¹⁵³ Bet. 2001/02:NU16 och bet 2002/03:NU10.

sammanhang anføres även den omfördelning mellan konsumenter och företag som blir följden av konkurrensbegränsningar som ett skäl för sanktionerna. I båda fallen kan offentliga sanktioner sättas till sådana nivåer att det inte uppfattas som lönsamt för företag att bryta mot reglerna, dock att inte i något fall så kommer sanktionen att reparera den skada som följer på agerandet. Skadorna på den ekonomiska effektiviteten kommer inte att repareras av att företagen får betala en avgift som tillfaller det allmänna, eller för den genom att någon enskild person ådöms ett straff, och inte heller kommer konsumenter som exempelvis har fått betala ett för högt pris att kompenseras genom att företagen betalar en avgift till staten.

I den utsträckning som det också finns ett syfte att reparera skador som följer på ett konkurrensbegränsande agerande kan endast den privata sanktionen skadestånd användas. Endast med användning av skadestånd kan förluster som drabbar konsumenter eller andra företag att kunna ersättas genom utdömandet av en sanktion, eftersom skadeståndet (i vart fall principiellt) går till den som drabbats av förlusten.

Sammanfattningsvis såvitt gäller syftet med konkurrensreglerna skulle därför kunna sägas att i den utsträckning som det huvudsakliga syftet med sanktioner inom konkurrensrätten är att avskräcka så är offentliga sanktioner tillräckliga (det bortses i sammanhanget från att det kan finnas andra problem med att enbart använda offentliga sanktioner). Om det finns ett ytterligare syfte, nämligen att i vart fall delvis kompensera de som lidit skador, måste även privata skadestånd användas. Privata skadestånd är dessutom nödvändiga i den utsträckning som de offentliga sanktionerna inte är tillräcklig för att uppnå erforderlig avskräckning.

Med offentliga sanktioner avses här konkurrensskadeavgift, dvs. en avgift som tillfaller det offentliga. I och för sig skulle även andra sanktioner kunna komma i fråga, exempelvis skulle det företag som gjort sig skyldigt till en överträdelse av konkurrensreglerna kunna förhindras delta i offentlig upphandling under viss tid.¹⁵⁴ Även andra begränsningar är tänkbara. Problemen med andra sanktioner än just avgifter är dock att de kan bli väl så kostsamma för den som utfärdar sanktionen (t.ex. genom att den offentliga upphandlingen fördyras), alternativt att de påverkar konkurrenstrycket på en marknad. Penningböter är därför alltid att föredra framför andra sanktioner så länge som erforderlig avskräckning kan uppnås.¹⁵⁵

5.3.3 Företags- eller individavskräckning?

Endast företag kan överträda konkurrensreglerna och mot den bakgrunden kan möjligen frågan om sanktionerna skall vara företags- eller individavskräckande

¹⁵⁴ Så är exempelvis fallet i USA. Amerikanska medborgare som dömts för överträdelser av Sherman Act förlorar (under strafftiden) för övrigt också sin rösträtt i allmänna val.

¹⁵⁵ Polinsky, A.M. – Shavell, S., *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, Journal of Economic Literature, Vol. 38 No. 1 (March 2000) 45-76, på s. 70.

uppfattas som onödig. Samtidigt torde det vara klart för alla att endast enskilda individer kan vidta åtgärder som i sig medför en begränsning av konkurrensen. Sett utifrån den utgångspunkten skulle kunna sägas att de som skall avskräckas är de individer som agerar för företagen.

Enskilda personer kan avskräckas på fler sätt än ett företag. I förhållande till företag kan företrädesvis användas böter eller avgifter av skilda slag. I förhållande till enskilda personer kan förutom böter och avgifter också användas skilda former av frihetsstraff eller andra påföljder. Eftersom flertalet enskilda personer saknar varje form av möjlighet att betala böter eller avgifter av den storleksordning som kan bli följden av ett agerande i strid med konkurrensreglerna skulle kunna sägas att endast skilda former av frihetsstraff kan verka avskräckande på enskilda personer – de tenderar att vara "judgment proof" när det gäller penningstraff. I den utsträckning som man skulle välja att använda frihetsstraff för att avskräcka enskilda personer innebär inte detta att företagen inte skall avskräckas. Skälen varför företagen också måste avskräckas är av två slag.

För det första skall noteras att det primärt är företagen som har något att vinna på ett agerande i strid med konkurrensreglerna. I och för sig kan det naturligtvis ofta vara så att en enskild person finner det ligga i hennes enskilda intresse att vidta en konkurrensbegränsande åtgärd – hon kanske kan visa upp ett bättre resultat inför ledning eller ägare, eller i övrigt få en viss tillfredsställelse av agerandet – men totalt sett är det alltid företagen som kommer att tjäna mest på ett visst agerande. Saken torde också kunna framställas på sådant sätt att om individen i det konkreta fallet tjänar mest på ett visst agerande (dvs. mer än företaget för vilket hon agerar) förefaller det vara fråga om någon form av bedrägeri i förhållande till företaget. Det agerandet avskräcks lämpligen med de straffrättsliga sanktioner som följer på ett sådant agerande, men det påverkar ju inte företagets intresse av det inträffade. Företaget kommer ju även det att tjäna på agerandet och följaktligen ha ett visst intresse av det.

Det andra skälet till att även företaget måste avskräckas från ett agerande som vidtas av personer som agerar för företaget är att det bör ligga i företagets intresse att vidta åtgärder som säkerställer att enskilda personer inte i företagets namn agerar i strid med konkurrensreglerna. Om vi antar att det agerande som en viss person gör inte är strid med några straffrättsliga regler om bedrägeri eller annat, kan personen uppfatta saken så att den har allt att vinna och inget att förlora om företaget inte aktivt motverkar ett förbjudet agerande. Oavsett huruvida man väljer att offentligt sanktionera enskilda personers agerande, måste därför även företagen ges incitament att påverka de individer som agerar för företagets räkning. En annan fråga är huruvida företaget i någon del skall tillgodoräknas att det försökt förbjuda eller förhindra de som agerar på företagets vägnar att begå överträdelser av konkurrensreglerna.

Men bör då konkurrensreglerna också innehålla regler avsedda att avskräcka individer? Vad vi pratar om här är naturligtvis huruvida det skall kunna följa ett frihetsstraff på ett agerande i strid med konkurrensreglerna.

Sett utifrån ett rent avskräckningsperspektiv kan svaret synas enkelt – självklart skall enskilda individers agerande kunna rendera dessa frihetsstraff. Endast sådana sanktioner kan ju avskräcka i erforderlig utsträckning. Å andra sidan kan knappast frågan om en kriminalisering av konkurrensreglerna bedömas endast utifrån avskräckningssynpunkt, utan även andra infallsvinklar måste belysas. För det första måste naturligtvis diskuteras huruvida inte en kriminalisering skulle kunna medföra en överprevention. För det andra – och sannolikt viktigare – vilken betydelse får en kriminalisering på möjligheterna till effektiv övervakning av konkurrensreglerna i förhållande till företagen?

Straffrättsliga sanktioner har en avskräckande effekt som i vart fall delvis står i relation till straffet. Låga böter är typiskt sett mindre avskräckande än långa fängelsestraff. Samtidigt torde sannolikt kunna sägas att det inte nödvändigtvis är så att långa fängelsestraff med nödvändighet är mer avskräckande än korta. Påståendet kan vid ett första påseende förefalla märkligt, eftersom jag i övrigt tagit till utgångspunkt att högre böter är mer avskräckande än låga. Motsvarande gäller naturligtvis i allmänhet också för frihetsberövande, men vad som avses är att marginalavskräckningen av fängelsestraff sannolikt är starkt avtagande efter det att frihetsberövande verkligen skett.¹⁵⁶ För den typiske förövaren av ett konkurrensbrott (om ett sådant fanns) uppnås sannolikt den avskräckande effekten huvudsakligen genom själva frihetsberövandet och hon blir inte mer avskräckt av 6 månader i fängelse än 4 månader. Att situationen kan vara annorlunda, och mer påminna om situationen vid olika bötesbelopp, i stater med allmänt sett mer långvariga fängelsestraff än vad som är fallet i Sverige förefaller emellertid klart. Utifrån det perspektivet skulle kunna sägas att längden på straffet här i Sverige sannolikt inte spelar någon större roll så länge som straffet verkligen innebär ett frihetsberövande. Om det är på detta sätt skulle varje form av frihetsstraff verka avskräckande.

Som diskuterats ovan kan överträdelser av konkurrensreglerna ofta leda till personliga vinster för den som utför gärningen, men det är samtidigt helt klart att så inte alltid är fallet. Ofta förefaller de som begår de handlingar som konstituerar en överträdelse göra detta i någon form av lojalitet med företaget. Lojaliteten kan vara genuin eller påfordrad, men oavsett vilket begås inte handlingen främst för personlig vinning. Av samma skäl som ett frihetsstraff kan förväntas vara avskräckande närmast oavsett längden på frihetsberövandet skulle risken för straff också kunna verka överpreventivt. Särskilt såvitt gäller missbruk av dominerande ställning är det ofta svårt att på förhand överblicka om det agerande som vidtas kommer att vara förbjudet eller inte. Ett och samma agerandet kan ju vara förbjudet

¹⁵⁶ Polinsky, A.M. – Shavell, S., *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, Journal of Economic Literature, Vol. 38 No. 1 (March 2000) 45-76, på s. 47.

eller tillåtet beroende på om företaget har en dominerande ställning, vilket ofta kan vara svårt att bilda sig en uppfattning om.¹⁵⁷ I den utsträckning som enskilda personers agerande skall kriminaliseras måste därför en avgränsning ske så att individerna har en rimlig möjlighet att veta vad som är förbjudet. I annat fall är risken för överavskräckning uppenbar.

Om enskilda personer kan hållas straffrättsligt ansvariga för överträdelser av konkurrensreglerna kan detta förmodas påverka möjligheterna att upptäcka och lagföra företagens överträdelser av konkurrensreglerna. Skälet härför är tämligen enkelt. I avsaknad av dokument som tydligt visar vad som förekommit, t.ex. tydliga mötesprotokoll, skriftliga avtal etc., är delaktiga personers medverkan i utredningen av överträdelserna avgörande för både upptäckten och lagföringen. Eftersom det mera sällan föreligger så utförlig dokumentation är enskilda personers delaktighet i utredningen ofta nödvändig. Över huvud taget bygger hela det svenska eftergiftsprogrammet på en medverkan från enskilda personer. Om de personer som medverkat i överträdelserna riskerar straff för överträdelserna förefaller det rimligt att anta att dessa personer kommer att vara mindre meddelsamma än om de inte riskerar straff. Följden av detta skulle då vara att eftergiftsprogrammet skulle bli närmast verkningslöst varför upptäckts och lagföringsmöjligheterna skulle minska.¹⁵⁸

Mot bakgrund av ovanstående är det min uppfattning att sanktioner inom den svenska konkurrensrätten inte bör innehålla sanktioner riktade mot enskilda individer. Däremot bör företagen ges incitament att avskräcka sina medarbetare från att vidta åtgärder som innebär en överträdelse av konkurrensreglerna. Det bör alltså uppfattas som mer graverande om ett företags högsta ledning medverkat i en överträdelse. På samma grunder bör det uppfattas som förmildrande om företaget vidtagit aktiva åtgärder för att avhålla sina medarbetare från konkurrensbegränsande agerande. Med aktiva åtgärder menas i detta sammanhang åtgärder som går utöver att endast upplysa medarbetarna om att det är förbjudet att agera på visst sätt, utan mer handfasta program torde krävas. I inget fall bör dock företaget undgå ansvar med hänvisning till att någon enskild agerat utanför sin befogenhet eller behörighet eller i övrigt i strid med företagets interna föreskrifter. Även om så skulle vara fallet hade ju den vinst som agerandet potentiellt ger upphov till tillgodoräknats företaget, varför det även bör svara för själva överträdelserna.¹⁵⁹

5.3.4 Skall storleken på en sanktion vara förutsägbar?

Syftet med konkurrensskadeavgiften är att det skall verka avhållande på företags intresse av att överträda reglerna. Inom den rättseconomiska litteraturen anses

¹⁵⁷ I SOU 2004:131 *Konkurrensbrott en lagstiftningsmodell*, s. 178 ff, identifierades detta problem och utredningen föreslog inte heller kriminalisering av missbruk av dominans.

¹⁵⁸ Även detta identifierades i SOU 2004:131 *Konkurrensbrott en lagstiftningsmodell*, s. 253 f.

¹⁵⁹ Wils, W.P.J., *The undertaking as subject to EC competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, (2000) 25 EL Rev. 99 ff.

allmänt att sanktioner verkar avhållande i den utsträckning som risken för en sanktion, dvs. risken för upptäckt och lagföring, står i viss relation till storleken på sanktionen.¹⁶⁰ Från det sagda följer att för att något skall verka avhållande så krävs det att den som riskerar en sanktion har en möjlighet att bilda sig en uppfattning om både upptäcktsrisken och storleken på sanktionen.

När det gäller upptäcktsrisken är den naturligtvis svår att bedöma för flertalet företag, men det torde i vart fall kunna sägas att den har ökat genom införandet av skilda former av eftergiftsprogram, i vart fall såvitt gäller horisontell samverkan. För andra former av konkurrensbegränsande agerande, såsom t.ex. vertikala avtal torde eftergiftsprogrammen vara mindre betydelsefulla. Eftergift är heller inte ens möjligt vid missbruk av dominerande ställning. Totalt sett kan därför ett företag sannolikt inte annat än i begränsad omfattning bilda sig en uppfattning om risken för upptäckt. Låt oss därför anta att företagets perception om risken för upptäckt är konstant. I och för sig skulle ökande ansträngningar från konkurrensmyndigheternas sida möjligen kunna leda till en ökad upptäcktsrisk, men denna ökning skulle också kunna neutraliseras av ökande ansträngningar från företagets sida att dölja sina ageranden. Totalt sett förefaller det därför svårt att bilda sig någon mer exakt uppfattning om upptäcktsrisken.¹⁶¹

Under antagande av att upptäcktsrisken är konstant förefaller det än viktigare att storleken på en viss sanktion kan beräknas med något mått av exakthet. Med avseende på EG-rätten har kommissionen utfärdat det ovan beskrivna s.k. bötestillkännagivandet. Tillkännagivandets skenbara exakthet i beräkningarna av storleken på eventuella böter ger en viss indikation på vilka böter som kan följa vid olika överträdelser. Såsom ofta uttalas av tjänstemän vid kommissionen är dock inte syftet med tillkännagivandet att företag skall kunna räkna fram huruvida ett visst agerande skulle vara lönsamt eller inte. Tvärtom förefaller deras åsikter vara att avskräckningseffekten är större om det föreligger osäkerhet om storleken på böterna.¹⁶² Motsvarande föreställning synes förhärskande även hos Konkurrensverket som hittills avstått från att öppet redovisa på vilket sätt myndigheten beräknar sina yrkanden om konkurrensskadeavgift och för övrigt heller inte meddelar vilket belopp som kan komma i fråga förrän vid ingivandet av ansökan om stämning. Osäkerhet om storleken på en viss sanktion kan dock leda till under- eller överavskräckning beroende på företagets uppfattning om tillämpliga nivåer. Endast i den utsträckning som företag tror att böterna är större än vad de i realiteten är uppnås den effekt som synes eftersträvas.

Om storleken på en sanktion inte är möjlig att beräkna med någon exakthet kan – som diskuterats ovan – naturligtvis inte företagen beräkna huruvida en över-

¹⁶⁰ Polinsky, A.M. – Shavell, S., *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, Journal of Economic Literature, Vol. 38 No. 1 (March 2000) 45-76, på s. 70.

¹⁶¹ Se dock Bryant, P.G. – Eckard, E.W., *Price Fixing: The Probability of Getting Caught*, The Review of Economics and Statistics, Vol. 73, No. 3 (Aug. 1991), 531-536.

¹⁶² Gyselen, L., *The Commission's Fining Policy in Competition Cases – Questo è il catalogo?*, I Slot. P. – McDonnell, A. (eds), *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, London 1993, s. 64.

trädelse skulle vara lönsam. Detta innebär inte med automatik att företaget kommer att avstå från ett visst agerande utan det kan lika gärna resultera att företagen tror att agerandet kommer att vara lönsamt och därför agera konkurrensbegränsande. Inte heller kan företagen vid osäkerhet om sanktionens storlek bilda sig en uppfattning om huruvida det skulle vara lönsamt att vara konkurrensmyndigheterna behjälpliga med utredningen av en överträdelse. Som följer av 28 b § KL har ett företag möjlighet till total eftergift om det är först med att berätta allt det känner till om ett visst agerande. När total eftergift kan erhållas påverkas naturligtvis inte ett företags intresse av att hjälpa myndigheten av osäkerhet om storleken på en viss sanktion (så länge företaget tror att sanktionen är så stor att det skulle vara lönsamt att informera myndigheten). Andra regler som endast medför en nedsättning kan dock påverkas negativt. I den utsträckning som företaget – rätt eller fel – tror att storleken på sanktionen ökar proportionellt mer än vad som kan erhållas i reduktion, kommer företaget naturligtvis inte att medverka i utredningen av överträdelsen. Möjligen är en sådan konsekvens eftersträvansvärd, men om så inte är fallet krävs att företagen kan bedöma storleken på en sanktion med en större grad av säkerhet än vad som är fallet i dag. Utan konkreta belägg är det naturligtvis inte möjligt att uttala något säkert, men det kan knappast uteslutas att osäkerheten om storleken på sanktionerna i flera fall har lett till ett överdrivet ifrågasättande av Konkurrensverkets uppgifter.

Inte bara företagen berörs av en osäkerhet om storleken på de avgifter som kan följa på ett visst agerande. I ett system som det svenska där den övervakande myndigheten inte själv har kompetens att fastställa storleken på konkurrensskadeavgiften, kan myndigheten göra missbedömningar avseende vilken storlek på konkurrensskadeavgift som är korrekt. På samma sätt som företagen kan då Konkurrensverket komma att felallokera resurser. I syfte att optimera sanktionssystemet förefaller det mig helt klart att såväl företag som Konkurrensverket måste kunna bilda sig i vart fall en ungefärlig uppfattning om vilken sanktion som kan följa på ett visst agerande.

Som framgått ovan har Marknadsdomstolen hittills avstått från att ge någon närmare vägledning om sättet på vilket domstolen beräknar konkurrensskadeavgifterna. Endast vissa moment i beräkningen är klara, exempelvis att den ekonomiska skadan av ett visst agerande utgör en beståndsdel samt att omfattningen i tiden är av betydelse. För en utomstående är det naturligtvis inte uppenbart varför domstolen avstått från att ge sådan vägledning, men en trolig förklaring skulle möjligen kunna vara det sätt varpå Konkurrensverket utformar sina yrkanden. I vart fall hittills synes Konkurrensverket oftast ha yrkat endast en totalsumma, utan att därvid ange hur stor del som faller på en viss påstådd överträdelse eller en viss försvårande eller förmildrande omständighet. Utan ett klart angivande av på vilka grunder Konkurrensverket nått fram till de yrkade beloppen kan det naturligtvis vara svårt för domstolen att uttala något annat eller mer än att det utdömda beloppet följer på en samlad bedömning.

I förarbetena, både de ursprungliga och senare ändringar, har vissa andra kriterier än ekonomisk skada och tiden angivits som viktiga för beräkningen av konkurrensskadeavgiften. Förslag har även utformats inom departementet på ytterligare kriterier, exempelvis något som betecknats som den "dolda prislappen", dock utan att hittills leda till lagstiftning.¹⁶³ Med hänsyn till utformningen av det svenska konkurrensrättsliga systemet, dvs. att Konkurrensverket yrkar en avgift som sedan bestäms av domstol, synes det mig klart att vid sidan av lagstiftning så är det endast Konkurrensverket som kan agera i syfte att klarlägga vilka böter som skall följa. Förvisso förutsätter detta att verket uppfattar en ökad förutsägbarhet som något positivt, men under antagande om att så är fallet, krävs att verket klart och tydligt vid varje tillfälle då verket yrkar på konkurrensskadeavgift uttalar på vilket sätt som verket har beräknat avgiften. I de fall flera olika överträdelse påtalas bör beräkningen visa hur stor sanktion som yrkas för respektive överträdelse och vilka faktorer som i övrigt verkat bestämmande på yrkandet. Endast på basis av sådana uträkningar kan Konkurrensverket bilda sig en uppfattning om vilka nivåer på konkurrensskadeavgiften som Marknadsdomstolen uppfattar som adekvat. Om Marknadsdomstolen ger tydliga signaler om vilka faktorer som verkar bestämmande på sanktionens storlek kan Konkurrensverket sedan publicera sin egen metod för beräkning av sina yrkanden. Om det finns en tydlig koppling mellan verkets metod och de avgifter som döms ut blir sanktionsavgifterna förutsägbara.

5.3.5 Nivån på sanktionerna – vinsten eller skadan?

Som anförts kommer en sanktion inte att verka avskräckande om det trots utdömandet av sanktionen är lönsamt för företaget att bryta mot reglerna. Från detta skulle då kunna dras slutsatsen att sanktionen skall bestämmas utifrån den vinst som företaget gör.¹⁶⁴ Mot detta kan dock anföras att en sådan koppling riskerar att både vara överpreventiv och underpreventiv. Såvitt gäller överprevention har ovan noterats att om skadan är mindre än vinsten finns det ju knappast anledning att avskräcka från beteendet – låt vara att situationen är mer teoretisk än praktisk. Om man vill neutralisera den omfördelning som kan ha blivit följderna av skadestånd lämpligt. Väsentligt allvarigare torde dock vara risken för underprevention.

Om vinsten för företaget togs till utgångspunkt för storleken på sanktionen är det knappast givet att sanktionen i det konkreta fallet är optimal. Även mindre felräkningar på upptäcktsrisken eller vinsten kommer ju att resultera i en underavskräckning.¹⁶⁵ I den utsträckning som skadorna av agerandet är stora, vilket det allmänt antas såvitt gäller konkurrensbegränsande agerande, måste säkerställas att sanktionen verkligen är avskräckande. Av det skälet är mindre

¹⁶³ I ett utkast till lagrådsremiss angående storleken på konkurrensskadeavgiften. Utkastet remissbehandlades under hösten 2005, men det har ännu inte lett till några konkreta lagförslag.

¹⁶⁴ Jfr här *XXI Report on Competition Policy (1991)* p. 139, där kommissionen synes vilja starta beräkningen av böter utifrån den vinst som företaget gör vid en överträdelse.

¹⁶⁵ Jfr Posner, R.A., *Antitrust Law, second ed.*, London 2001, s. 267 f.

lämpligt att använda ett företags vinst som utgångspunkt för beräkningen av sanktionens storlek.

I förarbetena till KL framträder dessutom klart att det är en överträdelseskador på konkurrensen som skall ligga till grund för beräkningen av konkurrensskadeavgiften. Konkurrensverket avstår dock regelmässigt från att försöka kvantifiera skadorna. Endast i undantagsfall anges ens hur mycket företaget anses ha tjänat på ett visst agerande. I syfte att optimera sanktionsavgifterna är det min uppfattning att Konkurrensverket bör försöka att kvantifiera de skador som agerandet ger upphov till. Endast om det finns i vart fall någon uppgift om vilka skador som agerandet gett upphov till går det för domstolen att bilda sig en uppfattning om den yrkade konkurrensskadeavgiften kan verka avskräckande. Med detta är naturligtvis inte sagt att varje sådan kvantifiering nödvändigtvis måste kunna omsättas i kronor, utan mer ett beskrivande av vilka effekter av agerandet som kan förväntas och under vilken tidsperiod. Förutom överträdelsens skador bör också företagens vinst kvantifieras i syfte att säkerställa att den yrkade konkurrensskadeavgiften inte understiger företagens vinst av det förbjudna agerandet.

5.3.6 Vilken ansvarsstandard skall användas – culpa eller strikt ansvar?

Frågan om vilken ansvarsstandard som skall användas kan förefalla onödig – det anges klart i 26 § KL att den som av uppsåt eller oaktsamhet skall ådömas konkurrensskadeavgift.¹⁶⁶ Å andra sidan kan det noteras att Marknadsdomstolen tolkat kravet på culpa på sådant sätt att ansvaret närmast kan uppfattas som strikt.

I den ekonomiska litteraturen har noterats att det är av betydelse hur ansvarsregeln utformas.¹⁶⁷ Om man väljer strikt ansvar för varje överträdelse kommer endast de som har en nytta av överträdelsen som överstiger kostnaden att begå överträdelser, alla andra avskräcks. Slutsatsen förutsätter i och för sig att den som begår överträdelsen är riskneutral, men om han istället är riskaversiv eller riskpreferent förändras inte slutsatsen annat än att den individuella nyttan måste öka respektive minska för att samma resultat skall uppnås. En annan skillnad mellan strikt ansvar och ett ansvar baserat på culpa är att de skador som faktiskt orsakas också ersätts, allt naturligtvis under förutsättning att agerandet i fråga upptäcks och lagförs.

Utifrån ett optimalitetsperspektiv synes det således klart att strikt ansvar är att föredra framför ett ansvar baserat på culpa. Mot detta skulle i och för sig kunna anföras en rad argument om att det kan vara svårt att förutse vad som egentligen skall anses vara förbjudet enligt 6 § eller framför allt 19 § KL, vilket då skulle kunna medföra en överavskräckning vilket i sin tur skulle tala för ett culpabaserat ansvar.

¹⁶⁶ Det kan noteras att det i SOU 1991:59 *Konkurrens för ökad välfärd*, Del 2, s. 226 ff, föreslogs att sanktioner vid överträdelser av konkurrensreglerna skulle bygga på strikt ansvar.

¹⁶⁷ Polinsky, A.M. – Shavell, S., *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, Journal of Economic Literature, Vol. 38 No. 1 (March 2000) 45-76, på s. 70.

Men så länge som upptäcktsrisken ligger tämligen lågt (vilket tidigare har antagits) är argumenten för ett ansvar baserat endast på culpa svagare än de som talar för ett strikt ansvar.

Sammanfattningsvis, och även om det såsom redovisats ovan kan finnas anledning att ifrågasätta Marknadsdomstolens tolkning av EG-rättens inställning avseende uppsåt/oaktsamhet, förefaller den strikta tolkningen av culpaparekvisitet som Marknadsdomstolen givit uttryck för i sin praxis vara väl lämpat för att uppnå en ökad effektivitet i det konkurrensrättsliga systemet.

5.3.7 Skadestånd som sanktion

Som diskuterats ovan är en sanktion optimal när risken för upptäckt och lagföring och sanktionens storlek är tillräcklig stora för att avhålla från överträdelser av aktuella regler. Offentliga sanktioner i form av konkurrensskadeavgift syftar till att vara så stora att de ensamt uppnår den eftersökta effekten. Skadestånd – i den utformning de har givits i konkurrenslagen – har inte till syfte att vara annat än ett komplement till de offentliga sanktionerna. Skadeståndets storlek bestäms inte med hänvisning till ett förfarandes hela skadeverkningar utan istället med hänvisning till den individuella skada som den skadeståndssökande lidit. Mot den bakgrunden skulle i och för sig kunna ifrågasättas betydelsen av privata skadestandsprocesser.

Även om privata skadestånd, såvitt gäller skadeståndets storlek, inte syftar till att ensamt uppnå erforderlig avskräckning, torde det vara uppenbart att i den utsträckning som privata skadestandsprocesser blev mer vanligt förekommande så skulle upptäcktsrisken öka markant. En konkurrensmyndighet har inte och bör inte heller ha till uppgift att försöka beivra varje överträdelse av reglerna. Från detta följer att konkurrensmyndighetens verksamhet primärt bör inriktas på att upptäcka och lagföra de verkligt allvarliga konkurrensbegränsningarna, vilket i sin tur kan uppfattas som att risken för upptäckt och lagföring av mindre allvarliga överträdelser inte är särskilt stor. Just såvitt gäller dessa överträdelser har privata skadestandsprocesser en viktig funktion att fylla. Privata skadestandsprocesser kan öka upptäcktsrisken i sådan utsträckning att den begränsade storleken på sanktionen kompenseras.

För att privata skadestandsprocesser skall kunna verka avhållande krävs naturligtvis att enskilda har adekvata möjligheter att faktiskt erhålla skadestånd. Med hänsyn till den närmast totala avsaknaden av privata skadestandsprocesser i Sverige är det uppenbart att nuvarande regler är otillräckliga. Här är knappast platsen att diskutera vilka förändringar som är nödvändiga, men utökade

möjligheter att få tillgång till motpartens interna dokument, genom utökade möjligheter till editionsförelägganden synes nödvändigt.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Jfr diskussionen beträffande sk. bevisundersökning i SOU 2004:10 *Rätten till skadestånd enligt konkurrenslagen*, s. 97 ff.

6 Faktorer som bör påverka konkurrensskadeavgiftens storlek

6.1 Inledning

Vid en bedömning av vilka faktorer som bör påverka en konkurrensskadeavgifts storlek intar naturligtvis frågan om överträdelsens allvarlighet och dess varaktighet en särställning, eftersom dessa utgör två av de tre faktorer som nämns i 28 § KL. Den tredje faktorn; andra försvårande eller förmildrande omständigheter är mer öppen och vad som egentligen ligger i detta måste naturligtvis också analyseras. Redan här kan dock konstateras att såsom följer av lagtexten skall de försvårande eller förmildrande omständigheter som nämns i 28 § KL hänföra sig till själva överträdelsen, medan försvårande och förmildrande omständigheter som kan relateras till företaget bedöms enligt 28 a § KL.¹⁶⁹

Som anmärkts tidigare kan en överträdelse av konkurrensreglerna anses allvarlig utifrån flera skilda utgångspunkter. Om syftet med konkurrensreglerna är ökad ekonomisk effektivitet följer av detta att en överträdelse är allvarlig utifrån just vilken skada som agerandet medför för den ekonomiska effektiviteten. Egentligen skulle därför andra aspekter av ett agerande, t.ex. huruvida företagen försökt dölja sitt agerande, visat särskild förslagenhet etc. sakna betydelse för att bedöma allvarligheten av agerandet. Å andra sidan om nu risken för att ett visst konkurrensbegränsande agerande skulle lyckas, dvs. att överträdelsen förblir osanktionerad, just genom det sätt på vilket överträdelsen genomförs skulle man i och för sig kunna kategorisera en i övrigt mindre allvarlig överträdelse som allvarlig bara av det skälet.

För egen del kan jag inte se att sättet varigenom en viss konkurrensbegränsning genomförs normalt sett bör tillmätas någon betydelse för frågan om allvarlighet. Jag har således ingen förståelse för skilda moraliska argument av typen att konkurrensöverträdelser skulle var att jämställa med ekonomisk brottslighet. Flertalet av de förfaranden som utgör överträdelser av konkurrensreglerna gränsar till i övrigt önskvärd och eftersträvd konkurrens och bottnar i företagens önskan om att vinna marknadsandelar och vinster före sina konkurrenter. Det finns därför inget moraliskt förkastligt i konkurrensbegränsande agerande, även om det förvisso är förbjudet. Att vissa horisontella karteller saknar koppling till normalt konkurrensinriktat beteende förändrar knappast den bilden. Däremot kan det finnas skäl att bedöma vissa konkurrensbegränsningar såsom allvarliga, inte mot bakgrund av vilka skador som de orsaker utan just för det sätt varigenom de genomförs. Om sättet de genomförs på innebär en reducerad upptäcktsrisk och därmed förenad minskad risk för lagföring och sanktion, finns det skäl att sanktionera dessa överträdelser strängare än vad som annars skulle ha varit fallet.

¹⁶⁹ Prop 2001/02:167 s. 98 ff.

Resonemanget är giltigt i den utsträckning man ser en koppling mellan upptäcktsrisk, risk för sanktion och sanktionens storlek.

Mot ovanstående bakgrund skulle således göras skillnad i sanktionens storlek inte bara mot bakgrund vilka skador som agerandet ger upphov till (faktiskt eller typiskt) utan också utifrån vad det för slags överträdelse det är fråga om. Även med avseende på en och samma typ av överträdelse skulle behöva göras skillnad mellan på vilket sätt som överträdelsen har skett. Huruvida denna skillnad skall framhållas redan vid fastställandet av allvarligheten eller vid den senare bedömningen av försvårande omständigheter kan diskuteras men jag väljer att behandla frågan i samband med framställningen om försvårande omständigheter.

Framställningen nedan tar detta till utgångspunkt och det finns anledning först diskutera skillnader i upptäcktsrisk mellan olika överträdelser.

6.2 Risk för upptäckt vid skilda former av konkurrensbegränsningar

Skilda konkurrensbegränsningar löper olika upptäcktsrisk. Anmälningsspliktiga fusioner är sannolikt omöjliga att hålla hemliga, medan en horisontell marknadsdelning kan vara väl så svår att upptäcka. I ett system med optimala sanktioner måste sanktionens storlek anpassas efter upptäcktsrisken. Det finns därför skäl att något närmare analysera skillnaderna för upptäckt mellan olika typer av konkurrensbegränsningar.

Som noterats ovan är anmälningsspliktiga fusioner sannolikt omöjlig att hålla hemliga för parterna. Däremot kan det naturligtvis vara så att parterna bryter mot anmälningssplikten eller i övrigt inte lämnar korrekta uppgifter för bedömningen av koncentrationen. Allmänt sett torde emellertid dessa problem vara mindre även om det förekommit tillfällen i praxis när företag ådömts böter för bristande information.¹⁷⁰

Även missbruk av dominerande ställning kan vara svårt att hemlighålla. Oavsett huruvida det är fråga om ett exploaterande, exkluderande eller diskriminerande agerande kan den som utsätts för agerandet ofta förväntas notera exploateringen, exkluderingen eller diskrimineringen. Exempelvis kommer det att vara svårt att hemlighålla en leveransvägran. Å andra sidan kan det i och för sig ofta vara så att den som märker att priserna är för höga eller att det är svårt att etablera sig på en viss marknad, inte kan vara säker på orsakerna till problemen. Vid vissa ageranden, exempelvis vid marginalklämning, är det över huvud taget inte möjligt att bilda sig en uppfattning om man är utsatt för ett förbjudet agerande utan tillgång till dominantens interna räkenskaper. Utmärkande vid missbruk av dominerande

¹⁷⁰ Kommissionens beslut den 18 februari 1998 IV/M.920-Samsung/AST, samt kommissionens beslut den 10 februari 1999 IV/M.969 AP Möller.

ställning är att det endast är det misstänkta företaget som känner till hela bilden, dvs. huruvida det som sker syftar till exkludering eller exploatering eller om det finns andra, legitima skäl till agerandet. Av det sagda följer att inte heller kan det svenska eftergiftsprogrammet påverka positivt risken för upptäckt. Som noterats är programmet över huvud taget inte tillämpligt vid överträdelser av förbudet mot missbruk av dominerande ställning. Det skulle möjligen vara annorlunda för den händelse det fanns ett personligt straffansvar och möjlighet till s.k. kronvittnen, men det saknas ju i Sverige.

För egen del finner jag det närmast uppenbart att storleken på konkurrensskadeavgiften måste spegla företagets möjligheter att hemlighålla agerandet. Missbruk som är svåra att upptäcka skall då bedömas strängare än missbruk som är mindre svårupptäckta. En annan och svårare fråga är vilka förfaranden som skall hänföras till vilken kategori. En tentativ uppdelning skulle vara mellan svårupptäckta, medelsvåra respektive enkla och följer nedan.

Svårupptäckta: i princip samtliga former av prissättningsmissbruk. Medelsvåra: skilda former av marknads- eller produktionsbegränsningar och vissa exkluderande förfaranden som kopplingsförbehåll. Enkla: säljvägran och möjligen några andra missbruk av dominerande ställning.

Oavsett uppdelningen ovan torde det vara klart att ett missbruk av dominerande ställning inte kan bedömas abstrakt i någon större utsträckning. En individualiserad bedömning måste alltid göras, där möjligheten att dölja agerandet bör tillmätas extra vikt. Förvisso kommer detta att påverka förutsägbarheten av storleken på sanktionen, men under förutsättning av att principerna för värderingen kommuniceras på ett tydligt sätt torde företagen ändå kunna bilda sig en uppfattning om storleken på sanktionen.

När det gäller avtal i strid med 6 § eller artikel 81 måste göras skillnad mellan vertikala och horisontella avtal. Vertikala avtal innebär regelmässigt att det finns i viss utsträckning motstående intressen mellan avtalsparterna. I och för sig behöver det inte alltid vara så, exempelvis kan vissa återförsäljare vara väl så nöjda med ett visst arrangemang, men oftast finns det i vart fall någon av avtalsparterna som upplever begränsningar som besvärande. Dessutom finns det ofta konkurrenter som kan notera att deras egna möjligheter att etablera sig på marknaden är begränsande. Typiskt sett skulle därför kunna sägas att vertikala avtal är svåra att hemlighålla. Det torde däremot vara annorlunda såvitt gäller horisontella avtal.

Horisontella avtal innebär i korthet att två eller flera konkurrenter kommer överens om att begränsa konkurrensen dem emellan, alternativt att försöka begränsa konkurrensen från någon annan. I den utsträckning som det rör begränsningar av den inbördes konkurrensen saknas ofta möjligheter att upptäcka agerandet. Förvisso kan ofta göras skillnad mellan t.ex. prissamarbete som kan vara mindre svårt att upptäcka även för utomstående och t.ex. marknadsdelning vilket vanligen är svårare att upptäcka, men typiskt sett torde horisontell samverkan vara lika

svårtupptäckt som vissa former av missbruk av dominerande ställning. Kollektivt utestängande av andra konkurrenter torde däremot vara mindre svårtupptäckt än andra horisontella överenskommelser.

Alla överträdelser av 6 § KL och artikel 81 kan anmälas enligt det svenska eftergiftsprogrammet vilket påverkar upptäcktsmöjligheterna positivt. Särskilt såvitt gäller mer omfattande horisontell samverkan (i betydelsen flera parter) kan möjligheterna till eftergift öka den inneboende instabiliteten i karteller.

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att horisontell marknadsdelning mellan två konkurrenter skall uppfattas som mest svårtupptäckt. Ju flera som medverkar i den horisontella överenskommelsen ökar instabiliteten och risken för att någon drar nytta av eftergiftsprogrammet varför upptäcktsrisken ökar. Minst svårtupptäckt torde vara vertikal samverkan där det finns klara motstående intressen. Storleken på sanktionerna bör spegla dessa skillnader.

När det så gäller förhållandet mellan upptäcktsrisken och eftergiftsprogrammet kan noteras följande.

Det svenska eftergiftsprogrammet är utformat för att öka upptäcktsrisken och möjligheterna att utreda och lagföra överträdelser av konkurrensreglerna, eller mer precist överträdelser avseende 6 § KL och artikel 81. Huruvida det verkligen har den effekten är naturligtvis beroende på i vilken utsträckning företagen anser fördelarna med att åberopa eftergift överväger fördelen av att fortsätta kartell-samarbetet. Detta i sin tur är beroende på storleken på sanktionerna och Konkurrensverkets hantering av ansökningar om eftergift. Just det förhållandet att effektiviteten i systemet är beroende av både storleken av sanktionen och Konkurrensverkets hantering av programmet gör att det är motiverat att fråga sig huruvida den ökande risken för upptäckt som följer av eftergiftsprogrammet skall influera bedömningen av upptäcktsrisken, dvs. storleken på sanktionerna.¹⁷¹ Ett exempel kan vara klagande.

Låt oss anta att upptäcktsrisken för en viss typ av horisontell samverkan uppgår 1/10 utan ett eftergiftsprogram, men att den (i vart fall teoretiskt; hur man nu skall kunna bedöma det?) ökar till 1/5 vid förekomsten av ett eftergiftsprogram, Skall denna ökade upptäcktsrisk – som följer på eftergiftsprogrammet – medföra en sänkning av sanktionens storlek (under antagande av att effektiviteten av ett sanktionssystem bestäms av risken för upptäckt och storleken på sanktionen)?

Inledningsvis kan noteras att varje sänkning av storleken på sanktionen kommer att medföra att intresset för att nyttja eftergiftsprogrammet kommer att minska – om den potentiella sanktionen inte är tillräckligt stor kommer ju fördelarna med samarbetet att överväga. Från den utgångspunkten skulle kunna sägas att förekomsten

¹⁷¹ Se ang. denna fråga Buccirosi, P. – Spagnolo, G., *Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers still Go to Prison?*, Lear Research Paper 05-01.

av eftergiftsprogram inte skall påverka storleken på sanktionen. Å andra sidan kan ju noteras att om upptäcktsrisken har gått upp genom introducerandet av ett eftergiftsprogram bör sanktionens storlek minska för att undvika överavskräckning. Resonemanget förutsätter naturligtvis att sanktionen och upptäcktsrisken var optimalt utformade från början, vilket knappast kan tas för givet. Tvärtom förefaller det rimligt att anta att just den bristande harmonin mellan sanktionens storlek och upptäcktsrisken utgjorde grunden för att införa eftergiftsprogrammet till att börja med. Av det skälet är det min uppfattning att det i vart fall under överskådlig tid saknas anledning att justera sanktionen nedåt med hänvisning till förekomsten av ett eftergiftsprogram

6.3 Allvarlig överträdelse

Ovan diskuterades att vissa överträdelser är mer svårupptäckta än andra och därför mer allvarliga. Vid sidan av denna uppdelning, som inte kan vara annat än ganska grov, måste även beaktas de ekonomiska effekter som ett agerande ger upphov till för att kunna bedöma allvarligheten.

De ekonomiska konsekvenserna av ett visst agerande kan bedömas rent faktiskt eller mer teoretiskt. För att sanktionera en överträdelse krävs inte, och bör heller inte krävas, att överträdelserna haft några faktiska effekter. Däremot måste ju en viss överträdelse typiskt sett ge upphov till vissa skador annars saknas ju anledning att sanktionera överträdelserna. Men hur skall då bedömningen ske av huruvida en viss typ av överträdelse är allvarlig?

I de ursprungliga förarbetena till KL angavs följande med avseende på allvarligheten av en överträdelse.

"Avgiften skall bestämmas på ett sådant sätt att den verkar avhållande på företaget i fråga och på andra företag. Avgörande för hur allvarlig en överträdelse skall anses vara är de konkurrensskadliga effekternas omfattning. Det kan gälla att bedöma såväl den på längre sikt prishöjande effekten av ett visst handlande som mer direkta ekonomiska skador som åsamkas andra företag. Ytterligare omständigheter av vikt är den allmänna marknadsbilden, ekonomiskt utbyte, betydelsen av den vara eller tjänst som konkurrensbegränsningen avser och företagets marknadsandel. När ett förbudet förfarande är resultatet av marknadsstyrka hos företag med dominerande ställning är det särskilt befogat att konkurrensskadeavgiften får en ingripande karaktär. Även frågan om överträdelserna skett uppsåtligt eller av oaktsamhet har betydelse liksom om företaget har gjort sig skyldigt till andra eller liknande överträdelser. Bestämmelsen utesluter inte att även

andra omständigheter än allvarligheten av överträdelsen och hur länge den pågått kan beaktas när avgiftens storlek bestäms.”¹⁷²

Senare förändringar av 28 § KL har inte inneburit några förändringar i sak av vad som skall bedömas som allvarligt.

Såsom följer av förarbetena skall en överträdelses allvarlighet bestämmas utifrån dess effekter. Effekterna kunde vara *de på längre sikt prishöjande effekterna* eller *mer direkta ekonomiska skador som åsamkas andra företag*. Uttalandet om de prishöjande effekterna kan inte gärna tolkas på annat sätt att ju större dessa är desto allvarligare skall överträdelsen bedömas. Däremot anges inte att avgiften skall sättas i direkt relation till skadorna. Skall sanktionen svara krona för krona mot en på längre sikt prishöjande effekt så att en prishöjning om – låt oss säga 10 miljoner, skall rendera en konkurrensskadeavgift om 10 miljoner, eller skall avgiften sättas högre eller lägre än den på längre sikt prishöjande effekten? I ett optimalt sanktionssystem kan det inte gärna komma på fråga att sätta avgiften så att den svarar mot skadan så länge som upptäcktsrisken är mindre än 1. För att avgiften skall verka avhållande på företaget i fråga och på andra företag måste beaktas vilken upptäcktsrisk som gällt. För att avgiften skall verka avhållande krävs att den på längre sikt prishöjande effekten, dvs. skadan divideras ett antal gånger svarande mot upptäcktsrisken. Lämpligen beaktas därvid den analys som gjorts ovan om upptäcktsrisken för skilda överträdelser. I och för sig kan det naturligtvis ofta vara svårt att beräkna skadan av ett visst förfarande, men utan en i vart fall översiktlig beskrivning av vilken skada som agerandet givit upphov till saknas ju möjligheter att bedöma vilken sanktion som kan verka avhållande.

De skador som uttalandet om *de på längre sikt prishöjande effekterna* syftar på drabbar uppenbarligen köparna av de produkter eller tjänster som överträdelsen berört. I och för sig skulle här kunna diskuteras om dessa skador verkligen skall ligga till grund för sanktionen storlek, eftersom de i realiteten huvudsakligen utgör en transferring mellan köparna och de som överträder reglerna. Å andra sidan förefaller det klart att nutida svensk konkurrensolitik har till uttalad ambition att skydda konsumenterna och dessa utgör i förlängningen de som får betala prishöjningar. Av det skälet skall de på längre sikt prishöjande effekterna påverka storleken på sanktionen.

Även om det uppenbarligen är av intresse att försöka bedöma de på längre sikt prishöjande effekterna av ett visst agerande, kan ifrågasättas vilket värde som en referens till andra företags skador har för allvarligheten av ett visst agerande. Konkurrensreglerna syftar inte till att skydda andra företag utan endast konkurrensen som sådan. I de fall man faktiskt bryr sig om andra företag sker detta uteslutande för att de är värdefulla för konkurrenstrycket på en viss marknad. Inte heller det förhållandet att företag kan erhålla skadestånd för sina skador till följd av en överträdelse av konkurrensreglerna kan enligt min uppfattning tas till intäkt för

¹⁷² Prop 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning s. 93.

att andra företags skador skulle vara relevanta för konkurrensskadeavgiftens storlek. Anledningen till att andra företags skador ersätts enligt 33 § KL får enligt min mening förklaras med att företagen ersätts för den hjälp som dessa bistår med vid övervakningen av konkurrensreglerna.

Ett företag kan skadas av att ett annat företag överträder konkurrensreglerna på huvudsakligen två sätt. Om företaget är kund till det företag som överträder reglerna kan företaget tvingas betala högre priser, vilket skulle kunna utgöra en skada i den utsträckning som köparen inte har möjlighet att föra skadan vidare till sina kunder. Om företaget är en konkurrent till den som överträder reglerna kan företaget lida en skada genom att det exkluderas från marknaden. I de fall ett företag diskrimineras, genom högre priser än sina konkurrenter, är effekten endera av de redan tidigare nämnda, dvs. högre priser eller exkludering. För egen del kan jag dock inte se att endera av dessa skador egentligen bör betraktas som indikationer på huruvida ett visst agerande är allvarligt.

Eventuella högre priser som ett företag får betala bör redan ha beaktas genom lokutionen *de på längre sikt prishöjande effekterna*. På motsvarande sätt kan ett exkluderande av en konkurrent förväntas resultera i en *på längre sikt prishöjande effekt*, varför inkludering av sådana skador också skulle innebära en dubbelräkning. Vid sidan av dessa anmärkningar kan dessutom noteras att konkurrenter sällan skadas av överträdelser av konkurrensreglerna. I den utsträckning som en viss överträdelse har medför en prishöjning kommer ju varje konkurrent att kunna dra nytta av denna prishöjning, antingen genom de högre priserna eller genom ökad försäljning. Det är därför min uppfattning att referensen till andra mer direkta skador för andra företag inte tillför något till en analys av huruvida en viss överträdelse är allvarlig eller inte.

Anmärkningsvärt nog diskuteras i förarbetena nästan inte alls den effekt av konkurrensbegränsningar som utgör det huvudsakliga skälet till konkurrensregler över huvud taget, nämligen dödviktförlusten och effektivitetsförluster.¹⁷³ Om vi antar att en konkurrensbegränsning medför ett höjt pris (antingen p.g.a. en höjning i sig eller genom ett minskat utbud) så följer av denna prishöjning att flera tidigare köpare kommer att substituera till produkter eller tjänster som de egentligen värderar lägre. Den substitutionen utgör dödviktförlusten och dödviktsförlusten resulterar inte i någon vinst för den som utför konkurrensbegränsningen. Rimligen borde denna dödviktförlust och storleken på den ligga till grund för värderingen av huruvida en överträdelse är allvarlig eller inte, men som noterats saknas tydliga spår av den i de ursprungliga förarbetena. På motsvarande sätt förhåller det sig med effektivitetsförlusterna, vilka inte heller de behandlas särskilt utförligt.

Under hösten 2005 presenterade Näringsdepartementet en skrift som enligt uppgift utgjorde ett utkast till en lagrådsremiss. Utkastet remissbehandlades och det bereds

¹⁷³ Se dock SOU 1991:159 del 2 s. 41 f, Prop 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning s. 4, samt prop 1999/2000:140 *Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald*, s. 25 f och 43 f.

för närvarande i departementet.¹⁷⁴ Utkastet avsåg nya regler för att fastställa konkurrensskadeavgiftens storlek. I detta utkast togs till utgångspunkt att de nu gällande reglerna inte hade resulterat i tillräckligt avskräckande konkurrensskadeavgifter och det föreslogs regler för att öka avgifternas storlek. Det resonemang som fördes i utkastet var i allt väsentligt inriktat på att förklara och prissätta de dödviktsförluster och ineffektivitet som uppkommer vid överträdelser av konkurrensreglerna.

I utkastet föreslogs att vissa särskilt angivna överträdelser skulle bedömas såsom särskilt allvarliga om dessa varit ägnade att i hög grad hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen. De förfaranden som angavs var horisontella prisöverenskommelser, marknadsuppdelningar och begränsningar eller kontroll av produktion samt missbruk av dominerande ställning. Det var således inte överträdelserna i sig som motiverade den högre avgiften, utan dessutom krävdes som tidigare att dessa varit allvarliga. Problemet att avgöra vad som varit ägnat att i hög grad hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen (eller allvarligt) kvarstod således, även om det i utkastet gavs vissa riktlinjer, närmast i form av marknadsandelar etc. I viss utsträckning synes dock i utkastet bedömningen av vad som varit ägnat att i hög grad hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen ha kopplats just till de angivna överträdelserna.

Alldeles oavsett huruvida utkastet kommer att leda till lagstiftning finns det anledning att uppmärksamma den koppling som görs i utkastet mellan allvarlighet och dödviktsförluster/ineffektivitet. Genom att beskriva de effekter som följer på vissa agerande i form av substitution, minskad produktutveckling, etc. beskrevs också de välfärdsförluster som följer på vissa ageranden, varför de också skall anses allvarliga. I utkastet anfördes att allvarligheten av de angivna agerandena skulle kategoriseras som en rättslig presumtion och således inte behöva bevisas av Konkurrensverket.

I likhet med vad som anfördes i utkastet till lagrådsremiss är det min uppfattning att dödviktsförluster och ineffektivitet måste tas med i beräkningen och då som rättsliga presumtioner. Det kan inte åligga Konkurrensverket att i varje fall då verket yrkar konkurrensskadeavgift beskriva storleken på dödviktsförlusten och ineffektiviteten utan istället skall dessa anses tagna i beaktande genom att det görs skillnad mellan skilda överträdelser. Allvarligheten inom respektive kategori av överträdelse avgörs därefter utifrån på vilken marknad och av vem eller vilka som överträdelsen har begåtts.

Vid sidan av de just ovan berörda kriterierna för att avgöra om en överträdelse skall anses allvarlig nämndes i de ursprungliga förarbetena också andra faktorer som kunde kopplas till antingen marknaden eller den som överträdde reglerna. Det finns skäl att se lite närmare på dessa.

¹⁷⁴ Avser februari 2006.

6.3.1 Faktorer kopplade till marknaden

Att vissa marknader eller produkter är viktigare än andra är i och för sig självklart. Vilken marknad eller produkt som är viktigast bland flera tänkbara måste dock avgöras utifrån syftet med lagstiftningen. Sett utifrån syftet att konkurrenslagen skall generera bättre och billigare produkter till konsumenterna skulle man i och för sig kunna förledas tro att just konsumentprodukter skulle vara de viktigaste, men en sannolikt mer realistisk bedömning leder nog fram till att de viktigaste marknaderna är de som har störst samhällsekonomisk betydelse. Uttryckt på det sättet skulle kunna sägas att t.ex. energimarknader (drivmedel eller elektricitet) är viktigare än t.ex. marknaden för dataspel. Det skulle således vara mer allvarligt att begränsa konkurrensen på en energimarknad än på dataspelsmarknaden och också rendera en högre konkurrensskadeavgift.

Också andra egenheter hos en marknad bör medföra att en överträdelse inom den marknaden skall bedömas som allvarlig, exempelvis om det är fråga om nyligen avreglerad marknad eller om konkurrenstrycket även i övrigt är lågt (till följd av en avreglering, offentliga regleringar, eller av andra skäl).

Om en marknad som tidigare har varit offentligt reglerad, exempelvis genom ett legalt monopol, blir konkurrensutsatt säger det sig självt att konkurrensen inte uppstår från en dag till en annan. Begränsningar av konkurrensen genom exkludering av konkurrenter i ett tidigt skede efter avreglering skadar rimligen konkurrenstrycket på den marknaden mer än motsvarande exkludering av en konkurrent på en mer mogen marknad. På samma sätt kan ett exkluderande av den ende kvarvarande konkurrenten på en marknad förväntas ha större effekter – och därför vara allvarligare – än exkluderandet av en konkurrent på en marknad där det finns flera konkurrenter.

Av det just sagda torde kunna dras slutsatsen att konkurrensbegränsningar på vissa samhällsekonomiskt viktiga marknader skall bedömas som allvarliga oavsett vad för slags begränsning det är fråga om. Om konkurrensen på en samhällsekonomiskt viktig marknad är försvagad av något skäl är en överträdelse på den marknaden än allvarligare. Även i de fall marknaden kanske inte är fullt så viktig samhällsekonomiskt skall en överträdelse bedömas som allvarlig om konkurrensen på den marknaden redan var försvagad.

6.3.2 Faktorer kopplade till företaget

De faktorer som nämndes i prop 1992/93:56 som kopplades till det företag som överträtt reglerna var företagets marknadsandel och eventuellt vinstutbyte. Såvitt gäller marknadsandelen är det helt klart att konkurrensbegränsningar vidtagna av företag med höga marknadsandelar medför större skador än samma konkurrensbegränsning vidtagen av ett företag med mindre marknadsandelar. Samma resonemang ligger faktiskt också till grund för det krav på att en

konkurrensbegränsning för att vara förbjuden skall vara märkbar, såväl enligt svensk rätt som enligt EG-rätten. Även om det på detta sätt kan vara klart att en konkurrensbegränsning är allvarligare ju större marknadsandel företaget har, så säger ju inte detta något om när allvarligheten inträffar. Uttryckt på annat sätt skulle man kunna fråga om det finns något normalläge, dvs. vid vilka marknadsandelar är en konkurrensbegränsning inte allvarlig och inte heller ringa?

I vare sig svensk eller EG-rättslig praxis finns veterligen uttryckt vid vilka marknadsandelar som en överträdelse blir allvarlig. Omvänt skulle man väl i och för sig kunna säga att en konkurrensbegränsning som vidtas av ett eller flera företag som svarar för mellan 100 procent och 60 procent av marknaden skall bedömas som allvarlig. Möjligen skall gränsen sättas än lägre, kanske ända ner till 25 procent av marknaden. Skälet skulle i sådant fall vara att även missbruk av dominerande ställning skall betecknas som allvarligt, eftersom konkurrensen ju redan är begränsad just genom att ett företag har en dominerande ställning. Dominerande ställning anses ju kunna föreligga ända ner till en marknadsandel om 25 procent¹⁷⁵ även om det i praxis inte finns exempel lägre ner än 39,7 procent.¹⁷⁶ För egen del tycker jag emellertid att en så låg gräns skulle ge alldeles för litet utrymme för "normala" överträdelser. Det skall ju kommas ihåg att vissa former av vertikal samverkan inte ens anses begränsa konkurrensen vid marknadsandelar upp till 15 procent, medan viss horisontell samverkan inte heller anses begränsa konkurrensen om den inte omfattar företag med en större sammanlagd marknadsandel än 10 procent.¹⁷⁷ Spannet för "normala" överträdelser skulle i sådant fall endast vara 10 procent respektive 15 procent av marknaden, vilket enligt min uppfattning ger en felaktig bild av vad som skall betraktas som en "normal" överträdelse och vad som är allvarligt.

Frågan om vid vilka marknadsandelar som en överträdelse skall anses allvarlig är viktig för att rätt kunna bedöma vilka sanktioner som skall dömas ut. Slentrianmässiga påståenden om att inblandade företags marknadsandelar gör att en överträdelse skall betraktas som allvarlig, främjar inte ett optimalt sanktionssystem. Inte heller det omvända är naturligtvis optimalt, utan stora marknadsandelar måste resultera i proportionellt sett ingripande sanktioner. Konkurrensverket bör inför domstol utförligt förklara vid vilka marknadsandelar som överträdelser blir allvarliga. Det förefaller sannolikt att gränserna för allvarligheten kommer att skifta mellan olika marknader.

Vid missbruk av dominerande ställning är konkurrensen på den relevanta marknaden redan begränsad genom närvaron av dominanten. Ofta anförs därför att ett missbruk på en sådan marknad begränsar konkurrensen mer, varför missbruket skall betraktas som allvarligt. När det sägs att missbruk av dominans är allvarligt

¹⁷⁵ Rfo 139/2004, preambeln p. 32. I *X Report on Competition Policy* (1981) uttalade kommissionen att den kunde tänka sig att dominans förelåg även vid en marknadsandel om endast 20 procent.

¹⁷⁶ Mål T-219/99 *BA v. Commission* [2003] REG II-5925.

¹⁷⁷ *Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1, EGT* [2001] C 368/07.

måste man fråga sig – allvarligt, i förhållande till vad? Det kan ju inte gärna vara fråga andra företags missbruk, eftersom ageranden som utgör missbruk av en dominerande ställning inte kategoriseras som missbruk om företaget inte är dominant. Rimligen kan därför allvarligheten inte sättas i relation till annat än horisontell samverkan mellan konkurrenter. Sålunda skulle ett missbruk av ett företag med 40 procent av marknaden vara allvarligare än en horisontell samverkan som omfattar företag med en sammanlagd marknadsandel om 40 procent.

För egen del finner jag påståenden om att missbruk av dominerande ställning alltid är allvarliga såsom vilseledande. I många situationer bestäms den relevanta marknaden så snävt att företag som inte uppfattat sig självt som dominerande, ändock anses ha begränsat konkurrensen. Utan att för den skull kritisera avgöranden där så har skett, blir det missvisande att säga att även i de fallen skall missbruket betraktas som mer allvarligt än en horisontell samverkan omfattande samma marknadsandelar. Min uppfattning är istället att missbruk av dominerande ställning är allvarligt i den utsträckning som närvaron av det dominerande företaget på den relevanta marknaden mer påtagligt resulterat i ett minskat konkurrenstryck, som sedan begränsas ytterligare genom missbruket. Rimligen inträder inte de effekterna förrän dominanten når en marknadsandel om ca 50 procent samtidigt som övriga konkurrenter har väsentligt mindre marknadsandelar. Vid så höga marknadsandelar har dominantens närvaro ofta redan begränsat konkurrensen, vilket gör att ett missbruk skulle kunna anses mer allvarlig än motsvarande horisontella samverkan.

Vid sidan av överträdarens marknadsandelar nämndes i förarbetena också eventuella vinster av agerandet. Ovan har tagits till utgångspunkt att sanktionen inte skall sättas i relation till överträdarens eventuella vinster, utan istället skadorna som förfarandet ger upphov till. Principiellt finns det därför inga skäl att ta i beaktande ett företags vinster, annat än som en kontroll av att sanktionen inte är mindre än företagets vinst i vilket fall sanktionen måste höjas. De sagda förutsätter naturligtvis att det anses önskvärt att avskräcka från det aktuella agerandet.

Ett annat sätt att se på frågan om betydelsen av företagets vinster skulle kunna vara att ta själva vinsten till utgångspunkt för att därefter räkna upp beloppet.¹⁷⁸ I den utsträckning som beräkningen därefter inte tar i beaktande de skador som agerandet orsakat kommer avskräckning möjligen inte att uppnås, alternativt blir böterna överavskräckande. Om skadorna däremot tas i beaktande blir det återigen endast en fråga om att stämma av så att agerandet inte blir lönsamt.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Se vidare *XXI Report on Competition Policy (1991)* p. 139, där kommissionen synes vilja starta beräkningen av böter utifrån den vinst som företaget gör vid en överträdelse

¹⁷⁹ Detta förefaller även numera vara kommissionens uppfattning, se vidare bötestillkännagivandet p. 5b.

6.3.3 Sammanfattning om allvarlighet

De faktorer som enligt svensk rätt bestämmer huruvida ett visst agerande skall anses allvarligt eller inte är i allt väsentligt fokuserade på de transfereringar som sker vid överträdelser av konkurrensreglerna. De faktorer som nämns som mått på allvarligheten diskuteras i förarbetena företrädesvis utifrån ett prishöjningsperspektiv, utan erforderlig koppling till de andra förluster som uppstår vid överträdelser. Fokuseringen på prishöjande effekter och därtill kopplade förluster för konsumenter är naturligtvis inte felaktig, men den är enligt min uppfattning otillräcklig. Det måste göras en starkare och tydligare koppling till vissa agerandens skador på effektiviteten inom näringslivet än vad som sker nu. Det ovan berörda utkastet till lagrådsremiss var ett steg i rätt riktning, men det behövs sannolikt mer. Ett sätt skulle naturligtvis kunna vara att förklara kopplingen mellan skador och överträdelser i ett råd från Konkurrensverket, men det synes tveksamt om det skulle kunna få erforderlig effekt i ljuset av de förarbeten som trots allt existerar. Sannolikt behövs därför lagstiftning.

6.4 Tidsfaktorn

Vid sidan av allvarlighet skall enligt 28 § KL även tiden under vilken en överträdelse har pågått påverka konkurrensskadeavgiftens storlek.

I förarbetena nämns inget om på vilket sätt tiden skall påverka sanktionens storlek, men det förefaller trots det klart att ju längre tid en viss överträdelse pågått desto större och mer ingripande skall sanktionen vara. Frågan är dock på vilket sätt som tidsutdräkten för överträdelse skiljer sig från dess allvarlighet och på vilket sätt mer konkret som tidsutdräkten skall beaktas.

Också inom EG-rätten anses tidsutdräkten avgörande för böternas storlek.¹⁸⁰ Inom EG-rätten har kommissionen i sitt bötestillkännagivande formaliserat tidsutdräkstens betydelse genom att ange att det belopp som fastställts för överträdelsens allvarlighet sedan kan höjas med skilda procentsatser om överträdelsen pågått under längre tid än ett år. Såvitt det går att förstå kan beloppet för allvarlighet höjas med i princip 10 procent per år, utan begränsning i tiden. Även Konkurrensverket har i visst sammanhang uttalat att ett belopp beräknat utifrån allvarligheten skall ökas med 10 procent för varje år som överträdelsen pågått.

När det först gäller huruvida tidsutdräkten för en viss överträdelse kan skiljas från allvarligheten kan noteras att det sannolikt egentligen inte spelar någon roll huruvida man vill kategorisera en långvarig överträdelse som allvarlig, just genom att den är långvarig, eller om man istället skiljer mellan allvarligheten och tidsutdräkten. I båda fallen kan ju resultatet bli detsamma, dock att en åtskillnad mellan de två begreppen naturligtvis bidrar till en ökad klarhet om vad som är bestäm-

¹⁸⁰ Rfo 1/2003, artikel 23.3.

mande för sanktionens storlek. Å andra sidan kan väl noteras att i vart fall en av de faktorer som skulle verka bestämmande för just allvarligheten faktiskt också kan följa just p.g.a. att ett agerande är långvarigt. En överträdarens ekonomiska utbyte av en överträdelse kommer att öka ju längre tid som agerandet faktiskt pågår. Om denna vinst läggs till grund för allvarligheten, varefter tidsutdräkten ger ytterligare påbackning, förefaller det i vart fall mig klart att det sker en dubbelräkning.

I övrigt när det gäller en uppräknings av sanktioner med hänsyn till den tid de pågått förefaller det uppenbart att de skador som förfarandet orsakar ökar för varje tidsenhet. För att uppnå erforderlig avskräckning måste därför en uppräkning ske. Frågan är väl närmast hur snabbt en uppräkning skall ske och på vilket sätt.

Som angetts anser kommissionen att det skall ske en 10 procent uppräkning för varje år som en överträdelse har pågått, men av vilket skäl finns det anledning att höja beloppet med just 10 procent? Varför inte 20 procent eller någon annan procentsats? Beror den valda procentsatsen på att skadorna ökar med 10 procent per år, eller finns det något annat skäl?

Kommissionen anger egentligen inte något explicit skäl för valet av just 10 procent, men möjligen skall höjningen inte endast uppfattas som en uppskattning av överträdelsens skadeverkningar utan mer som ett mer allmänt sätt att öka sanktionens storlek och därmed öka intresset för kommissionens eget eftergiftsprogram. Kommissionen anger självt i bötestillkännagivandet att ökande böter bör öka intresset för att samverka med kommissionen.

Vid sidan av det just sagda skälet måste diskuteras om inte 10 procent är en alltför blygsam uppräkning. Om vi antar – vilket ofta görs – att t.ex. en horisontell kartell har en prishöjande effekt om 10 procent och att denna kartell pågått under ett år. Låt oss vidare anta att denna kartell med hänsyn till dess allvarlighet ådömts böter om 1000. Om samma kartell pågått under ytterligare ett år och en uppräkning bara sker med 10 procent förefaller detta innebära en viss rabatt på de initiala böterna. Om en överträdelse som pågår under ett år kostar 1000, borde rimligen en dubbel så lång överträdelse kosta dubbelt så mycket, allt naturligtvis under förutsättning att skadorna är dubbelt så stora. Annars finns det en klar risk för att när väl någon eller några väl påbörjat en överträdelse så saknas skäl att avsluta agerandet – för varje år som går sker bara en uppräkning med 10 procent medan vinsten av agerandet kan förväntas öka avsevärt mer. Tentativt ter sig det därför som om en uppräkning om endast 10 procent skulle vara alltför liten för verkliga avskräcka från långvariga överträdelser. Vidare är frågan också beroende av vilken tidsenhet som väljs för en uppräkning. Vilket skäl finns det att se ett (1) år som den normala tidsenheten? Beroende på marknad och vilken produkt det är fråga om kan ju agerandet aktualiseras fler gånger på ett år, alternativt mera sällan än årligen. I andra sammanhang kan det vara väl så svårt att se hur länge ett visst agerande pågått, exempelvis vid säljvägran av ett dominerande företag – pågår säljvägran från den första vägran till dess att företaget börjar sälja eller måste den som vill köpa ställa en konkret fråga med jämna mellanrum?

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att kommissionens val av 10 procent årlig uppräkningsriskerar att vara underavskräckande i de flesta fall, men det kan heller inte uteslutas att det i vissa fall kommer att vara fråga om överavskräckning. Istället för en fast och fixerad årlig uppräkningsrisk, bör det göras en mer individualiserad uppräkningsrisk av sanktionen. En sådan individualiserad uppräkningsrisk bör fokusera på hur många gånger det konkurrensstridiga agerandet upprepas och utifrån detta beräkna ett visst tillägg. Endast i undantagsfall kan det sägas att den korrekta tidsperioden kommer att vara ett år och att uppräkningsfaktorn bör vara 10 procent. Den brist i förutsägbarhet som naturligtvis blir följden av en mer individualiserad uppräkningsrisk kan neutraliseras genom utfärdandet av ett allmänt råd som klarlägger enligt vilka principer som uppräkningsrisken sker.

6.5 Försvårande omständigheter

Enligt nu gällande lydelse av 28 § KL skall vid sidan av allvarligheten och varaktigheten av en överträdelse också tas i beaktande försvårande och förmildrande omständigheter. Ursprungligen angavs försvårande och förmildrande omständigheter endast i förarbetena som något som skulle tas i beaktande vid beräkningen av konkurrensskadeavgiften. De omständigheter som anses försvårande angavs i propositionen till lagändringen¹⁸¹ utgöras av samma omständigheter som angavs som försvårande i den ursprungliga propositionen. Vad som skedde var således att förarbetsuttalanden gjordes om till lagtext. När det svenska eftergiftsprogrammet infördes kom även en uppdelning att ske mellan försvårande och förmildrande omständigheter kopplade till överträdelsen respektive till företaget i fråga att ske. Omständigheter kopplade till överträdelsen skall bedömas enligt 28 § KL, medan omständigheter kopplade till företaget bedöms enligt 28 a § KL.¹⁸²

I den ursprungliga propositionen angavs två förhållanden som försvårande, nämligen huruvida överträdelsen skett uppsåtligt eller av oaktsamhet respektive huruvida företaget gjort sig skyldigt till andra eller liknande överträdelser tidigare. Såsom följer av nu gällande lagstiftning förefaller det emellertid tveksamt om det över huvud taget är möjligt att beakta huruvida överträdelsen var uppsåtlig eller oaktsam. Försvårande omständigheter kopplade till företaget – till vilket frågan om uppsåt eller oaktsamhet onekligen hör – skall bedömas enligt 28 a § KL och vare sig i lagtext eller förarbeten nämns just uppsåt som en försvårande omständighet. Endast tidigare överträdelser av KL eller EG:s konkurrensregler anses försvårande. Min egen uppfattning är därför att det lagligt sett inte är möjligt att beakta något som kan kopplas till företaget som försvårande, annat än just upprepade överträdelser. Med detta sagt skall nedan trots allt diskuteras omständigheter kopplade till företaget, men det görs just för att belysa vilka effekter ett beaktande av skilda omständigheter har, inte för att de nödvändigtvis skulle vara en del av nu gällande svensk rätt. På samma grunder kommer även andra omständigheter som av

¹⁸¹ Prop 1999/2000:140 *Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald*, s. 253.

¹⁸² Prop 2001/02:167 *Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning*, s. 98.

kommissionen betraktas som försvårande eller förmildrande att diskuteras, trots att de inte är del av konkurrenslagen.

Ovan har tagits till utgångspunkt att det sett utifrån ett optimalitetsperspektiv är bättre med ett strikt ansvar än ett som baseras på culpa, dvs. uppsåt eller oaktsamhet. Det är dock en något annorlunda fråga huruvida en uppsåtlig överträdelse skall sanktioneras strängare än en oaktsam. Skälet för strängare sanktioner vid uppsåtlig överträdelse skulle möjligen kunna vara att den som uppsåtligen kalkylerar sina vinster i förhållande till sanktionen, kan behöva sanktioneras strängare för att avskräckas än den som bara överträder av oaktsamhet. Å andra sidan kan inte skadan av överträdelsen förväntas vara större bara för att överträdelsen är uppsåtlig. Ett annat skäl skulle kunna vara att lagstiftaren vill sända en signal om att det är moraliskt förkastligt att överträda reglerna, och än mer förkastligt om det sker uppsåtligen. För egen del ser jag i och för sig inget moraliskt förkastligt i att ett företag överträder reglerna uppsåtligen eller inte. Överträdelsen begås av människor med eller utan styrelsens godkännande. Eftersom uppsåtet bedöms hos de människor som begår den faktiska handlingen, säger inte uppsåt eller oaktsamhet hos dessa människor något särskilt om uppsåtet hos företaget i fråga. Av det skälet och så länge som inte uppsåtet eller oaktsamheten kopplas till företagets verkställande organ, saknas enligt min uppfattning anledning att anse en uppsåtlig överträdelse som försvårande. Däremot i de fall det verkligen går att fastställa ett uppsåt hos den verkställande ledningen kan det finnas anledning att skärpa sanktionen, eftersom det i de fallen verkar klart att det krävs mer än för att avskräcka än vid en oaktsam överträdelse. Snarare än att ta i beaktande huruvida överträdelsen är uppsåtlig eller oaktsam skulle således det viktiga vara att försöka avgöra huruvida den verkställande ledningen varit oaktsam eller agerat uppsåtligen.

På motsvarande sätt skulle det kunna förhålla sig med repetitiva överträdelser. Teoretiskt sett spelar det ingen roll för skadans storlek – och därmed för sanktionens storlek – huruvida en överträdelse är repetitiv eller inte. Om utgångspunkten för sanktionens storlek är den skada som överträdelsen medför finns det således ingen anledning att straffa en repetitiv överträdelse strängare än den första.¹⁸³ Däremot kan det väl anses klart att upprepade överträdelser av konkurrensreglerna utgör en indikation på att tidigare sanktioner inte haft avsedd individualpreventiv verkan. Men då är det också klart att den första sanktionen inte var optimalt utformad, varför det i sådant fall finns skäl att skärpa den första sanktionen – inte bara sanktionen vid det andra tillfället. I den utsträckning som man inte har för avsikt att skärpa den initiala sanktionen kan det dock finnas anledning att skärpa den andra sanktionen, men då primärt för att ge den

¹⁸³ Polinsky, A.M. – Rubinfeld, D.L., *A Model of Optimal Fines for Repeat Offenders*, NBER Working Paper No. 3739 (1991).

verkställande ledningen adekvata incitament att vidta åtgärder så att överträdelser inte sker.¹⁸⁴

Även om man skulle dela min åsikt att dessa faktorer kan verka i skärpande riktning, är därmed naturligtvis inte sagt hur mycket sanktionen skall skärpas. Ett alternativ är naturligtvis någon fast procentsats, men en sådan skymmer det faktum att det finns olika grader av uppsåt och delaktighet av den verkställande ledningen.

De försvårande omständigheter (egentligen endast upprepade överträdelser) som diskuterats ovan är de enda som av den svenska lagstiftaren har ansetts utgöra försvårande omständigheter. I praxis har dock även andra förhållanden ansetts utgöra försvårande omständigheter, bl.a. att företaget har agerat ledande.¹⁸⁵ Att anse en ledande eller drivande roll som försvårande behöver i och för sig inte vara felaktigt sett utifrån ett optimalitetsperspektiv, men det kan noteras att just en drivande roll inte ens anförs som exempel på en försvårande omständighet i förarbetena. Att en ledande eller drivande roll bör betraktas som försvårande följer egentligen samma logik som frågan om en uppsåtlig överträdelse skall betraktas som försvårande eller inte. Om uppsåt hos ledningen bedöms som mer allvarligt än endast oaktsamhet följer att även en ledande eller drivande roll bör bedömas strängare än endast passivt deltagande. Den ledande eller drivande rollen, om den kan tillskrivas företagets verkställande organ, visar att företaget gjort en medveten kalkylering av fördelar och risker med en överträdelse. För att detta företag skall avskräckas kan det behövas kraftigare och mer ingripande sanktioner än vad som erfordras i förhållande till mer eller mindre passiva deltagare.

6.5.1 Försvårande omständigheter enligt kommissionens bötestillkännagivande

I bötestillkännagivandet tar kommissionen till utgångspunkt att det på visst sätt framräknade s.k. grundbeloppet kan höjas om det föreligger försvårande omständigheter. Sådana omständigheter är repetitiva överträdelser, att företaget vägrar att samarbeta eller t.o.m. försöker hindra utredningen av överträdelsen, att företaget haft en ledande roll eller uppmuntrat till överträdelsen, att företaget vidtagit bestraffningsaktioner mot andra företag i syfte att få dem att respektera de olagliga förfarandena, samt om det skulle vara nödvändigt att höja böterna för att neutralisera ett företags vinster av det olagliga agerandet.

Ovan har redan behandlats betydelsen av att en överträdelse är repetitiv och att ett företag agerat ledande, varför dessa inte skall diskuteras ytterligare. Samma gäller för frågan om ett företags vinster av ett olagligt agerande skall neutraliseras.

¹⁸⁴ Wils, W.P.J., *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, The Hague London New York 2002, s. 195 f.

¹⁸⁵ MD 2005:7 *Norsk Hydro mfl.*, där Statoil ansågs ledande i överträdelsen och därför ådömdes en högre avgift. Intressant nog hade dock domstolen redan vid bedömningen av allvarligheten av överträdelsen tillmätt Statoils marknadsställning betydelse i den meningen att den bidrog till att överträdelsen var allvarlig.

Däremot finns det anledning att se något närmare på kravet på att företaget skall medverka i utredningen samt att det inte får vidta bestraffningsåtgärder.

En överträdelse av konkurrensreglerna medför skador just genom själva agerandet och vem det är som agerar. Vad som sker efter att agerandet har avslutats, antingen genom att parterna självmant avstår, eller genom att de åläggs att upphöra med verksamheten påverkar knappast skadornas omfattning. Det finns således inget som tyder på att en icke-medverkan i utredandet av överträdelsen skulle medföra större skador och att det därför skulle finnas ett behov av en mer ingripande sanktion. Att anse det som försvårande att inte medverka kan således inte ha något med skadorna att göra, utan måste (om något) kopplas till upptäcktsrisken. Bristande medverkan i utredningen av överträdelsen gör att det blir svårare att se vilka effekter som agerandet resulterat i och möjligen skulle det därför kunna vara motiverat att bestraffa icke-medverkan hårdare för att på detta sätt uppnå erforderlig avskräckning. Mot att behandla icke-medverkan som en försvårande omständighet står dock mer allmänna principer om att det knappast bör ligga på den enskilde att visa vilken slags överträdelse han begått. Enligt praxis från EG-domstolen skall straffrättsliga principer tillämpas även inom ramen för konkurrensrätten och rätten att hålla tyst och inte medverka till utredningen är just en sådan straffrättslig princip.¹⁸⁶ Om en anklagad medverkar kan man förvisso behandla medverkan som en förmildrande omständighet, men det verkar mindre tillfredsställande att se det som försvårande om man inte medverkar. Normalläget bör således anses vara att den som påstås ha överträtt reglerna inte har någon skyldighet att medverka och t.o.m. kan förväntas försvåra utredningen genom att inte meddela myndigheten allt den vet.

Bestraffningsåtgärder för att få medkonspiratörer att hålla sig till en överenskommen överträdelse av konkurrensreglerna kan ta sig många uttryck. Ett sannolikt vanligt sätt kan vara att öka utbudet eller sänka priset för att ointetgöra vinster som den som fuskar mot överenskommelsen förväntar sig. Ett annat kan vara skilda former av bojkotter. Vissa bestraffningsåtgärder kommer med nödvändighet att resultera i att den ursprungliga överträdelsen inte får lika kraftiga effekter som den annars skulle ha haft. I vissa andra fall förstärks de negativa effekterna. Endast om de negativa effekterna förstärks finns det ju i egentlig mening något skäl att se bestraffningsåtgärden som försvårande. Men även i de fall de negativa effekterna förstärks kan man fråga sig om dessa förstärkta effekter skall behandlas som försvårande, eller om de istället skulle ha beaktats redan vid prövningen av agerandets allvarlighet. Egentligen spelar det knappast någon roll när de beaktas, de viktigaste förfaller vara att de beaktas men då också bara vid ett tillfälle. Mot bakgrund av att bestraffningsåtgärder kan ta sig skilda uttryck är det min uppfattning att det är lämpligast att de beaktas vid den initiala bedömningen av allvarligheten.

¹⁸⁶ Mål C-185/92 *Baustahlgewebe* [1998] REG I-8417, grund 58.

6.6 Förmildrande omständigheter

Att anse vissa omständigheter som förmildrande kan huvudsakligen ha två skäl. Antingen anser man att förekomsten av förmildrande omständigheter visar att behovet av avskräckning är lägre än vad som annars skulle ha varit fallet. Alternativt så anser man att förekomsten av vissa omständigheter ger den övervakande myndigheten större möjligheter att upptäcka och lagföra överträdelser, varför det företag till vilket omständigheterna kan kopplas skall premieras med lägre sanktioner. Ett ytterligare skäl som dock inte synes ha föresvävat vare sig kommissionen eller den svenske lagstiftaren är att en sanktion i vissa fall kan vara överavskräckande.

När det gäller omständigheter som anses förmildrande nämns i de ursprungliga förarbetena företrädesvis sådana omständigheter som kan kopplas till företaget. Dessa omständigheter skall numera beaktas inom ramen för 28 a § KL, De omständigheter som kan verka i mildrande riktning anges då vara att företaget snabbt upphör med överträdelserna när den påtalas av Konkurrensverket, att företaget samarbetar väl med verket vid undersökningen av överträdelserna, att företaget är i en svår ekonomisk situation, samt att företaget ålagts att betala skadestånd för sin överträdelse.¹⁸⁷ Ingen av dessa omständigheter är av sådan karaktär att själva överträdelserna är mindre allvarliga än vad de skulle ha varit omständigheterna förutom. Istället förfaller skälet till att i vart fall vissa omständigheter anses som förmildrande vara att Konkurrensverket får lättare att upptäcka och lagföra överträdelser. Såvitt gäller företagets ekonomiska situation och huruvida företaget har ålagts att betala skadestånd, saknar dessa omständigheter koppling till såväl själva allvarligheten som möjligheterna att upptäcka och lagföra överträdelserna. Anledningen till att de nämns som förmildrande kan därför knappast vara någon annan än att man söker att undvika överavskräckning. Under förutsättning att sanktionerna verkligen fungerar avskräckande är det naturligtvis viktigt att just en svår ekonomisk situation eller utbetalda skadestånd inte leder till överavskräckning. Om sanktionerna däremot inte skulle vara optimalt utformade idag, saknas anledning att göra de mindre avskräckande genom att tillåta avräkning. Det kan knappast uteslutas att nu tillämpade sanktioner är underavskräckande, varför det i vart fall i nuläget saknas anledning att tillåta avräkning.

Att övriga i förarbetena och numera direkt i lagtexten (28 a §) angiva omständigheter kopplade till företaget skall verka i mildrande riktning är positivt. Medhjälp vid utredning bidrar till en mer effektiv lagföring vilket ger lägre övervakningskostnader.

I bötestillkännagivandet anför kommissionen (vid sidan av de som ovan redan redovisats) såsom förmildrande omständigheter kopplade till företaget att det funnits rimliga tvivel angående det begränsande förfarandet karaktär av

¹⁸⁷ Prop 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning* s. 93. Se även prop 1999/2000:140 s. 253, samt prop 2001/02:167 s. 100.

överträdelse samt att överträdelsen har begåtts av oaktsamhet och inte med avsikt. Vad gäller den första omständigheten gränsar den naturligtvis till den andra, i båda fallen är det ju fråga om graden av oaktsamhet, men det skall också noteras att en första förutsättning för utdömandet av en sanktion enligt tillämpliga EG-rättsliga regler, är just att överträdelsen var i vart fall oaktsam. Om det funnits rimliga tvivel angående det begränsande förfarandet karaktär av överträdelse kan man med fog fråga sig om företaget över huvud taget varit oaktsamt. I övrigt kan man fråga sig vad som skall anses utgöra en "normal" överträdelse. Det har ju ovan konstaterats att vissa av de omständigheter som kommissionen anfört såsom försvårande, egentligen torde vara samma sak som att konstatera att överträdelserna varit uppsåtliga. Om nu uppsåtlig överträdelse av reglerna anses försvårande samtidigt som en oaktsam överträdelse skall anses vara en förmildrande omständighet, frågar man sig vilka överträdelser som skall konstituera normalläget.

Vid sidan av förmildrande omständigheter kopplade till företaget (som numera beaktas under 28 a § KL) anges i de ursprungliga förarbetena också vissa omständigheter som inte kan kopplas till företaget, utan istället är direkt kopplade till själva överträdelsen. Även i kommissionens bötestillkännagivande finns det uppräknat omständigheter som mer kopplas till överträdelsen än företaget.

Enligt prop 1992/93:56 skall den omständigheten att företaget utsatts för påtryckningar från andra företag och en begränsad medverkan i överträdelsen anses som förmildrande. Det finns här anledning att framhålla att sådana omständigheter rimligen bör beaktas redan vid fastställandet av allvarligheten av en viss överträdelse. I och för sig kan det säkert vara så att även om de nu angivna omständigheterna föreligger så kan en överträdelse vara allvarlig, men eftersom varje företags ansvar måste fastställas individuellt bör detta beaktas redan vid allvarlighetsbedömningen. Om så av något skäl inte har skett, bör dock en avräkning ske.

Kommissionen anför som ytterligare en förmildrande omständighet att företaget inte i praktiken har tillämpat avtal eller förfaranden som utgör överträdelser. Bortsett från att det i sådant fall inte nödvändigtvis ens föreligger en överträdelse, kan jag inte se att det skulle vara en förmildrande omständighet att företaget inte tillämpat ett konkurrensbegränsande avtal. För att verka optimalt, dvs. avskräcka potentiella överträdare till en låg kostnad, bör inte sanktionens storlek vara alltför beroende av de faktiska effekterna utan mer på de typiska effekterna av ett visst agerande. De typiska effekterna följer på vad för slags överträdelse det är fråga om, vilka som begår den samt på vilken marknad överträdelsen sker. Även om man skulle anse att det ligger på företaget att bevisa förekomsten av förmildrande omständigheter ger naturligtvis en sådan här omständighet upphov till onödigt processande. Ökat processande leder till ökade kostnader för lagföring. Detta utan att upptäcktsrisken ökar eller att de typiska skadorna av en överträdelse minskar.

Sammanfattningsvis förefaller det mig klart att flera av de omständigheter som anses förmildrande både enligt svensk rätt och enligt EG-rätten, inte nödvändigtvis

bör ge någon avräkning på sanktionernas storlek. I den utsträckning som överträdelsen anses mindre allvarlig bör omständigheterna beaktas redan vid fastställandet av allvarligheten. I de fall omständigheterna är kopplade till företaget bör krävas att förekomsten av dessa verkligen medför minskade kostnader för upptäckt och lagföring.

6.7 Omsättning som en faktor för att bestämma konkurrensskadeavgiften

Den maximala konkurrensskadeavgiften bestäms av företagets omsättning. Såsom följer av 27 § KL är den maximala avgiften 10 procent av företagets omsättning föregående räkenskapsår. Ett företags omsättning synes dock i praxis inte enbart ha betydelse för att fastställa det högsta belopp som kan utgå, utan förefaller också vara av betydelse vid bestämmandet av den avgift som skall utgå vid en konkret överträdelse. Enligt kommissionens bötestillkännagivande skall särskilt beaktas ett företags ekonomiska möjligheter att vålla andra aktörer och konsumenter skada, när man fastställer bötesbeloppet. Sannolikt ligger i detta en viss koppling till företagets omsättning. Även Konkursverket förefaller i flera fall ha tagit till utgångspunkt ett företags omsättning när det gäller att fastställa beloppet. I vissa fall kan t.o.m. noteras att Konkursverket lägger sig vinn om att företag som alla anses delaktiga i ett visst förfarande skall ådömas konkurrensskadeavgift som står i samma förhållande till respektive företags omsättning.

Det synes mig helt klart att ett företags omsättning är av vikt för att fastställa den maximala nivån på böter eller konkurrensskadeavgift. Däremot synes mig måttet mindre lämpligt att använda för att beräkna avgiften i ett konkret fall.

Företag verksamma inom skilda branscher har naturligen skilda omsättningar. Vissa branscher utgör s.k. högmarginalbranscher medan andra arbetar med avsevärt lägre marginaler. Omsättningen behöver därför inte spegla ett företags möjligheter att betala en konkurrensskadeavgift. För att rätt kunna bedöma ett företags möjligheter att betala en konkurrensskadeavgift synes det mig nödvändigt att samtidigt beakta företagets lönsamhet. Förvisso kan det i många sammanhang vara svårt att bedöma lönsamheten hos ett företag, men det är lika klart att omsättningen hos ett företag inte säger hela sanningen om ett företags möjligheter att betala en avgift. Om målsättningen är att konkurrensskadeavgiften skall spegla de skador som agerandet medför och behovet av avskräckning förefaller det mig uppenbart att flera faktorer måste beaktas än just omsättningen. Resonemanget är tillämpligt både med avseende på den maximala avgiften och på avgiften i ett konkret fall.

Företag verksamma i en och samma bransch kan vara organiserade på skilda sätt. Antingen sker en långt driven uppsplittring i dotterbolag med ett moderbolag som kontrollerar dotterbolagen, alternativt sker en uppdelning i skilda divisioner av

samma juridiska person.¹⁸⁸ Även i övrigt kan naturligtvis respektive bolag vara verksamt på andra marknader.¹⁸⁹ I den utsträckning som företagets hela nettoomsättning används som ett mått för att beräkna konkurrensskadeavgiften i ett visst fall säger det sig självt att avgiften kommer att variera beroende på företagets interna organisation. Om dessa skillnader inte återspeglar olika delaktighet i överträdelsen krävs att ett företags möjligheter att vålla andra skada verkligen står i proportion till omsättningen. För egen del finner jag det närmast uppenbart att så inte är fallet. Möjligheten att vålla andra skada kan endast sättas i relation till företagets omsättning, eller storlek (i form av marknadsandelar) på den relevanta marknaden. Ett i absoluta tal synnerligen stort och lönsamt företag som endast har marginella marknadsandelar (eller omsättning) på den relevanta marknaden kan inte vålla lika stor skada som ett i absoluta tal mindre företag men som har en större andel av den relevanta marknaden. I den utsträckning som ett företags hela nettoomsättning ligger till grund för beräkningen av böter kommer således vissa företag att bli överavskräckta medan andra underavskräckta.

Om man istället för att använda ett företags hela nettoomsättning som grund för beräkningen av en konkurrensskadeavgift i ett konkret fall tar till utgångspunkt respektive företags nettoomsättning på den relevanta marknaden kommer samma procentuella andel av omsättningen att spegla ett företags förmåga att vålla andra aktörer skada.

Det skall framhållas att ett kopplande av avgiften till ett företags omsättning på den relevanta marknaden inte nödvändigtvis behöver innebära i absoluta tal lägre konkurrensskadeavgifter. Det finns ju inga hinder för att döma ut exempelvis 20 procent av omsättningen på den relevanta marknaden så länge som avgiften inte överstiger 10 procent av företagets totala omsättning. Kopplingen till omsättningen på den relevanta marknaden har endast betydelse för att säkerställa en för de olika företagen samma avskräckning, oberoende av deras interna organisation eller huruvida de är verksamma på andra marknader.

¹⁸⁸ Jfr den skilda organisatoriska uppdelningen av de företag som är aktuella i T-5467 -03 (Asfalt).

¹⁸⁹ Jfr skillnaderna mellan de olika bensinbolag som var aktuella i MD 2005:7.

7 Sammanfattande ställningstagande

7.1 Inledning

Att sanktioner är optimala utifrån ekonomisk teori innebär att samhällets kostnader för överträdelserna, övervakning, lagföring och sanktionering minimeras. Ovan har diskuterats skilda aspekter av framför allt effektiviteten i övervakning och lagföring, samt utformningen av och nivån på sanktionerna. I detta sammanfattande avsnitt skall åter diskuteras valet mellan hög upptäcktsrisk och sanktionernas stränghet, vad som kan göras för att öka effektiviteten i upptäckandet och utredandet av överträdelser av konkurrensreglerna, samt hur stora sanktionerna egentligen bör vara.

7.2 Hög risk för upptäckt eller stränga sanktioner?

Det har tidigare noterats att den ekonomiska teorins utgångspunkter är att det i och för sig skulle vara möjligt att välja mellan hög upptäcktsrisk och höga sanktioner, varvid det optimala valet skulle vara höga sanktioner, eftersom detta konserverar offentliga medel. Samtidigt konstaterades också att det finns en rad invändningar mot alltför höga sanktioner, både ekonomiska och andra invändningar.

I den utsträckning som konkurrensskadeavgifternas storlek skulle komma att förändras i bemärkelsen bli högre kommer naturligtvis den avskräckande effekten av dessa att öka. Hur stor den effekten kommer att bli är enligt min uppfattning oklart. Förvisso skulle man kunna tänka sig ett närmast proportionellt samband, men det synes troligare att sambandet inte alls är proportionellt. I vart fall som situationen ser ut idag uppnås sannolikt den avskräckande effekten av konkurrensskadeavgiften huvudsakligen av just det faktum att företaget stäms på avgiften över huvud taget. För att den avskräckande effekten skall öka krävs förmodligen påtagligt högre absoluta belopp än vad som hittills dömts ut. I den utsträckning som absolut sett högre belopp är motiverade p.g.a. agerandet i fråga kan det knappast uteslutas att agerandet har verkningar långt utanför Sveriges gränser varvid ärendet kan bli en fråga för kommissionen.

Som framgått är jag skeptisk till möjligheterna för en ökning av konkurrensskadeavgifterna i absoluta tal i sådan omfattning att själva avgiften kommer att generera en markant ökad avskräckning. Att avgifterna kan behöva ökas ändå, närmast för att ge incitament till eftergiftsprogrammet, behandlas nedan. I den utsträckning som en ökning av konkurrensskadeavgifternas storlek inte ensamt kan förväntas leda till erforderlig avskräckning återstår knappast något annat än att öka risken för upptäckt och lagföring.

Som observerades redan av Becker och andra före honom förefaller också en ökad upptäcktsrisk mer allmänt verka mer avhållande än just högre sanktioner. En ökad

risk för upptäckt och lagföring är dock inte kostnadsfri. I sammanhanget relevanta kostnader består av Konkurrensverkets kostnader för själva övervakningen, utredningen av eventuella överträdelser samt verkets kostnader för processer när verket yrkar konkurrensskadeavgift. I det senare ledet uppstår kostnader även för domstolarna och företagen. Företagen har dessutom förmodligen ådragit sig kostnader redan tidigare i samband med Konkurrensverkets utredning. Utan att för den skull ha utvärderat Konkurrensverkets anslagsanvändning kan det väl tas för givet att en ökad upptäcktsrisk ställer krav på större anslag till verket. Vid sidan härav är det min uppfattning att det främsta bidraget till en ökad upptäcktsrisk kan komma från bättre förutsättningar för konkurrensrättsliga skadeståndsmål.

Konkurrensrättsliga skadeståndsmål har den i sammanhanget intressanta egenskapen att de inte enbart ökar risken för upptäckt utan att de också ökar sanktionerna. Risken för upptäckt ökar uppenbarligen om de som kan förväntas vara närmast den som faktiskt överträder reglerna ges en rätt och praktiska möjligheter att föra en skadeståndsprocess. Sanktionerna ökar eftersom skadestånd kan förväntas dömas ut i flera fall jämfört med en situation då endast myndigheten för talan, vilket då innebär att de sammanlagda beloppen kan förväntas vara högre. Dessutom kommer lagföringen av överträdelser att bli mer frekvent. Om det skulle vara korrekt att anta att risken för en sanktion är mer avskräckande än storleken på den eventuella sanktionen, innebär en mer frekvent lagföring stora vinster.

Sammanfattningsvis är det mot bakgrund av vad som sagts ovan min uppfattning att det främsta sättet att minska samhällets kostnader för överträdelser av konkurrensreglerna är att öka risken för upptäckt, dels genom ökade anslag till Konkurrensverket men också, och kanske främst, genom att öka de praktiska möjligheterna för att erhålla konkurrensrättsliga skadestånd.

7.3 Effektiviteten i upptäckandet av konkurrensbegränsande agerande

Som diskuterats ovan är det min uppfattning att det är viktigare att öka risken för upptäckt än att öka sanktionens storlek i sådan utsträckning att den kan förväntas verka avhållande i sig. För att Konkurrensverkets övervakning skall vara så effektiv som möjligt, eller kanske mer korrekt; för de befogenheter som Konkurrensverket har till sitt förfogande skall fungera på avsett sätt, krävs dock att utdömda sanktioner uppfattas som värda att undvika.

En sanktion som inte svarar ens mot vad som står att vinna med ett visst agerande kommer naturligtvis inte att avskräcka i erforderlig utsträckning. Om sanktionen inte avskräcker annat än marginellt finns heller knappast anledning att nyttja möjligheterna till eftergift.

Ett väl fungerande eftergiftssystem torde vara nödvändigt för att uppnå erforderlig effektivitet i övervakningen och lagföringen av framför allt horisontell samverkan

mellan konkurrenter. För en utomstående framstår det som klart att det svenska eftergiftsprogrammet inte hittills varit så framgångsrikt som antogs vid införandet av det. Som anförts tidigare är det min bedömning att ett av skälen för systemets bristande effektivitet är att hittills utdömda konkurrensskadeavgifter varit i absoluta tal alltför låga för att företagen skall anse att fördelarna med systemet uppväger nackdelarna med att avslöja samverkan. Utan i absoluta tal högre konkurrensskadeavgifter kan det svenska eftergiftssystemet inte förväntas medföra en ökad effektivitet i upptäckandet eller lagföringen av överträdelser.

Det andra skälet som jag anförde angående varför det svenska eftergiftssystemet inte fungerar som avsett var att tillämpningen av systemet kan ha brister. Utan att för den skull upprepa vad som tidigare har sagts, bör framhållas att endast om systemet är förutsägbart kommer företagen att finna systemet attraktivt.

Vid sidan av förändringar i den offentliga övervakningen är det enligt min uppfattning av avgörande betydelse att möjligheterna till privat övervakning i form av skadeståndsprocesser ökar. De regler som idag styr möjligheterna till skadestånd uppvisar knappast några mer djupgående brister såvitt avser själva skadeståndsfrågan. Däremot när det gäller att faktiskt kunna bevisa överträdelser, vilket ju är grunden för att över huvud taget erhålla skadestånd, har privata parter stora problem. Om part inte genom egna dokument etc. kan styrka en överenskommelse saknas i allt väsentligt möjligheter att tvinga motparten att avslöja dokument som kontrolleras av denne. Utan tillgång till sådana dokument kan det bli omöjligt att bevisa en överträdelse. Som jämförelse kan ju noteras att inte ens Konkurrensverket med sina synnerligen vidsträckta undersökningsbefogenheter har särskilt enkelt att bevisa överträdelser. Utan förändringar i parts möjligheter att framtvunga information kan inte den potentiella effektiviteten i privata skadeståndsprocesser utnyttjas.

7.4 Sanktionernas storlek

Att hittills utdömda konkurrensskadeavgifter varit alltför låga upprepas av Konkurrensverket och flera andra närmast som ett mantra. Även jag har ovan konstaterat de sannolikt är för låga i absoluta tal mätt för att eftergiftssystemet skall fungera på avsett sätt. För att sanktionernas storlek skall öka krävs enligt min uppfattning dels ny lagstiftning, dels en förändrad inställning från Konkurrensverkets sida.

Förarbetena till den lagstiftning som styr utdömandet av konkurrensskadeavgiften i Sverige är i allt väsentligt inriktad på att i allmänna ordalag beskriva vilka skador som blir följden av ageranden i strid med konkurrenslagen. Framför allt beskrivs skadorna för andra företag och de mer omedelbara prishöjningar som kan bli följden av ett förbjudet agerande. Endast mer indirekt behandlas frågor om ineffektivitet och dödviktsförluster. Samtidigt anges explicit i lagtexten att sanktionens storlek är beroende av dess allvarlighet, en allvarlighet som enligt min

uppfattning bör bedömas främst utifrån dess verkningar på effektiviteten och dödviktsförluster.

Möjligheterna att döma ut konkurrensskadeavgifter uppgående till 10 procent av ett företags omsättning har hittills inte använts i Sverige. Att så inte skett är knappast förvånande. Alldeles bortsett från att det hittills kanske inte belagts en så allvarlig överträdelse att konkurrensskadeavgift om 10 procent varit motiverad, så inbjuder knappast motiven för lagtexten till dylika avgifter. Om det inte klart framgår vilka kostnader eller skador som är relevanta vid utdömandet av sanktioner, kan inte gärna domstolarna kritiseras för att inte själva ha förstått hur pass allvarliga skador det är fråga om. De avgifter som skulle kunna följa ter sig vid en jämförelse med t.ex. företagsböter som närmast extrema och om lagstiftaren anser det påkallat med dylika nivåer måste sannolikt magnituden av skadorna beskrivas mer utförligt än vad som skett. Av det skälet är det min uppfattning att ny lagstiftning måste till. En sådan lagstiftning måste indikera vilka skador som uppstår och hur dessa skall kvantifieras. Emellertid förtjänar även Konkurrensverkets eget agerande såvitt gäller konkurrensskadeavgift kritik.

Inledningsvis kan noteras att det är först på senare år som Konkurrensverket mer aktivt sökt att påtala överträdelser som enligt verkets egen uppfattning motiverat höga konkurrensskadeavgifter. Inte heller i dessa processer har dock Konkurrensverket funnit anledning att närmare presentera vilken del av överträdelserna som skall kosta hur mycket. Tvärtom ges mer svepande beskrivningar av överträdelserna och deras skadeverkningar. De brister som enligt min uppfattning finns i motiven för lagtexten neutraliseras knappast av ett sådant agerande. Såvitt det går att bedöma för en utomstående skulle det sannolikt vara till fördel för Konkurrensverket om verket i ett allmänt råd eller liknande försöker att mer precist beskriva vilka skador som kan följa på överträdelser av konkurrensreglerna. Ett sådant råd skulle sedan kunna ligga till grund för mer precisa yrkanden inför rätta. Först vid mer utförliga beskrivningar av skador och värderingen av dessa kan sannolikt påräknas en större förståelse för allvarligheten i överträdelser av konkurrensreglerna.

Referenser

Litteratur

Alexandersson, S., Uppgiftsskyldighet och undersökning i konkurrensärenden, Stockholm 1996.

Andersson, J., Legala förbud och ogiltighet – en teleologisk studie, TfR (1999) s. 533-752.

Becker, G.S., Crime and Punishment: An Economic Approach, The Journal of Political Economy, Vol. 76, No. 2 (March 1968) s. 180.

Bryant, P.G. – Eckard, E.W., Price Fixing: The Probability of Getting Caught, The Review of Economics and Statistics, Vol. 73, No. 3 (Aug. 1991), 531-536.

Buccirossi, P. – Spagnolo, G., Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers still Go to Prison?, Lear Research Paper 05-01, s. 24 f.

Competition Law Sanctioning in the European Union, (Dannecker, G. – Jansen, O. eds.), The Hauge London New York 2004.

Diemer, C., Economic Analysis and the New Enforcement Rules in European Antitrust Law: Has Regulation 1/2003 the Best of Both Worlds?, Stockholm University 2005.

Freidman, D., Why Not Hang Them All: The Virtues of Inefficient Punishment, Journal of Political Economy, 1999, vol. 107, no. 6 s. 259-269.

Garoupa, N., Optimal Law Enforcement and Imperfect Information When Wealth Varies among Individuals, Economica New Series, Vol. 65, No. 260 (Nov. 1998) 479-490.

Geradin, D. Henry, D., The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An Empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Court's Judgments, ECJ Vol.1 No.2 (2005) s. 401-473.

Global Competition Review, Cartel Regulation 2004.

Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672 Final (inluderande Commission Staff Working Paper, SEC(2005) 1732).

Gyselen, L., The Commission's Fining Policy in Competition Cases – Questo è il catalogo?, I Slot. P. – McDonnell, A. (eds), Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law, London 1993, s. 64.

Hellner, J., Skadeståndsrätt, 5 u.

Hjelmeng, E., "Følgeavtaler" i konkurrenseretten – en kommentar til "Elleveransmålet", JT 2005-06 s. 27 ff.

Hoseinian, F., Konkurrensträttslig ogiltighet, SU 2002.

Hovenkamp, H., Federal Antitrust Policy 2 ed., St. Paul 1999.

Konkurrensverkets rapport; Konkurrensen i Sverige 2002.

Landes, W.M., Optimal Sanctions for Antitrust Violations, 50 University of Chicago Law Review 652 (1983).

OECDs Report on Leniency Programs to Fight Hard Core Cartels (DAFFE/CLP(2001)13).

Polinsky, A.M. – Rubinfeld, D.L., A Model of Optimal Fines for Repeat Offenders, NBER Working Paper No. 3739 (1991).

Polinsky, A.M. – Shavell, S., A Note on Optimal Fines When Wealth Varies Among Individuals, The American Economic Review, Vol. 81, No. 3 (Jun. 1991) 618-621.

Polinsky, A.M. – Shavell, S., The Economic Theory of Public Enforcement of Law, Journal of Economic Literature, Vol. 38, No. 1 (Mar. 2000) 45-76.

Polinsky, A.M. – Shavell, S., The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines, American Economic Review, Vol. 69, No. 5 (Dec. 1979) 880-891.

Posner, R.A., Antitrust Law, second ed., London 2001.

Sandin, R., Metoder för att beräkna privat konkurrensskada och krav på precision i domstol, Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2006:1.

Sankjonering – er det verdr prisen? Skrifter fra Konkurrentsetilsynet 1/2001

Scherer, F.M. – Ross, D., Industrial Market Structure and Economic Performance, third ed, Boston 1990, s. 661-684.

Shavell, S., The Optimal Structure of Law Enforcement, p. 255 ff, Journal of Law and Economics XXXVI (April 1993).

Simonsson, I., Konkurrensverkets domstolsprocesser 1993-2004, Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2005:2.

Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Ashurst 31 August 2004.

Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, Stockholm 1994.

Wahl, N., *Konkurrensskada*, Stockholm 2000.

Wahl, N., *To What Extent Has the Modernisation Reform Been Successful at the National Level?*, i *Liber Amicorum in honour of Sven Norberg*, Bryssel 2006.

Wetter, C., mfl. *Konkurrensrätt en handbok*, 3uppl., Stockholm 2004.

Wils, W.P.J., *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, The Hague London New York 2002.

Wils, W.P.J., *The undertaking as subject of EC competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, (2000) 25 E.L.Rev 99.

Offentligt tryck

X Report on Competition Policy (1981).

XXI Report on Competition Policy (1991).

Prop 1972:5

Prop 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning s. 92.

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

Prop 2001/02:167 Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning mm.

Prop 2004/05:115 Skadestånd enligt konkurrenslagen mm.

SOU 1991:59 Konkurrens för ökad välfärd, Del 2.

SOU 2001:74 Kartellbekämpning.

SOU 2004:10 Rätten till skadestånd enligt konkurrenslagen.

SOU 2004:131 Konkurrensbrott en lagstiftningsmodell.

SOU 2004:47 Näringslivet och förtroendet.

Rättsfall

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

Mål 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.

Mål 22/79 *Greenwich* [1979] ECR 3275.

Mål 246/86 *Belsaco* [1989] ECR 2117.

Mål C-185/92 *Baustahlgewebe* [1998] REG I-8417.

Mål C-453/99 *Courage v. Crehan* [2001] ECR I-6297.

Mål T-148/89 *Tréfilunion* [1995] REG II-1063.

Mål T-219/99 *BA v. Commission* [2003] REG II-5925.

MD 1999:17 *Konkurrensverket ./. Nitro Nobel*.

MD 1999:22 *Konkurrensverket ./. SAS*.

MD 2000:2 *SJ ./. Konkurrensverket*.

MD 2001:30 *Konkurrensverket ./. Telia*.

MD 2003:2 *Uponor ./. Konkurrensverket*.

MD 2003:9 *Peab ./. Konkurrensverket*.

MD 2004:1 *Vägverket mfl ./. Konkurrensverket*.

MD 2005:7 *Konkurrensverket ./. Norsk Hydro mfl*.

NJA 2004 s 804.