

Indirekta köpares rätt till skadestånd vid konkurrensskada

Examensarbete i europarätt, 20 poäng

Författare: Emma Johansson

Handledare: Eva Edwardsson

HT 2005

Innehållsförteckning

Förkortningar	4
1 Inledning	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 problem och frågeställningar	8
1.3 syfte	9
1.4 metod	9
1.5 disposition och avgränsningar	9
2 Allmänt om tillämpningen av EG-rätten vid nationella domstolar	10
2.1 EG-rättens direkta effekt	10
2.2 förordning 1/2003	11
2.3 medlemsstaternas processuella autonomi	12
2.4 kravet på effektiva rättsmedel	13
3 Den rättsliga grunden för skadeståndsansvar vid överträdelser av konkurrensreglerna	16
3.1 Den amerikanska ansvarsgrunden	16
3.2 Den EG-rättsliga ansvarsgrunden	17
3.2.1 Skadeståndsskyldighet vid överträdelser av EG-rätten i allmänhet	17
3.2.2 Skadestånd vid överträdelser av artiklarna 81 och 82	18
3.3 Den svenska ansvarsgrunden	23
4 Övervältringsproblematiken	25
4.1 Inledning	25
4.2 Ekonomisk bakgrund	25
4.2.1 Faktorer av betydelse för övervältring	25
4.2.2 Uppskattning av graden av övervältring	27
4.3 Den amerikanska inställningen till övervältringsinvändningar	28
4.4 Den EG-rättsliga inställningen till övervältringsinvändningar	30
4.5 Den svenska rättens inställning till övervältringsinvändningar	35
5 Indirekta kunders talerätt	40
5.1 Amerikansk rätt	40
5.1.1 Talerätten i konkurrensrättsliga mål	40
5.1.2 Indirekta kunders talerätt	42
5.2 EG-rätten	45
5.2.1 Talerätten vid överträdelser av artikel 81 och 82	45

5.2.2 Indirekta köpares talerätt vid överträdelser av artikel 81 och 82	47
5.3 Svensk rätt	49
5.3.1 Talerätten i konkurrensrättsliga skadeståndsprocesser	49
5.3.2 Indirekta köpares talerätt	51
5.3.2.1 Tidigare förhållanden	51
5.3.2.2 Nuvarande ordning	52
5.3.2.3 Lösning <i>de lege ferenda</i>	55
6 Avslutning	57
7 källförteckning	61
7.1 Litteraturförteckning	61
7.2 Rättsfallsförteckning	62
7.2.1 Rättsfall från EG-domstolen	62
7.2.2 Rättsfall från första instansrätten	63
7.2.3 Amerikanska rättsfall	63
7.2.4 Rättsfall från Högsta domstolen	63
7.3 Offentligt tryck	63
7.3.1 Gemenskapsrättsligt offentligt tryck	63
7.3.2 Svenskt offentligt tryck	64

Förkortningar

Art	Artikel
CMLR	Common Market Law Review
ECLR	European Competition Law Review
EG	Europeiska gemenskaperna
EG-fördraget	Fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen
EKSG	Europeiska kol- och stålgemenskapen
HD	Högsta domstolen
KKV	Konkurrensverket
KL	Konkurrenslagen (SFS 1993:20)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
SkL	Skadeståndslagen
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Övervakningen av konkurrensreglernas efterlevnad i Europa består dels av den offentliga övervakningen som bedrivs av nationella konkurrensmyndigheter och av den europeiska kommissionen (*public enforcement*), dels av den övervakning som utövas av privata aktörer genom att dessa för civilrättsliga processer gentemot potentiella konkurrensförbrytare (*private enforcement*). Det privata agerandet inför nationella domstolar har dock hittills bedrivits i en mycket liten skala, den offentliga övervakningen har istället dominerat. Den europeiska konkurrensövervakningen skiljer sig därmed från den amerikanska som i hög grad upprätthålls genom privata aktörer; så mycket som nittio procent av alla konkurrensrättsliga processer i USA bedrivs av privatpersoner.¹

Ett offentligt övervakningssystem kan anses fördelaktigt på många sätt. Ett sådant sanktionssystem är inte beroende av privata aktörers vilja och förmåga att agera; systemet är således mer självgående. De offentliga organen besitter vidare expertkunskap och effektiva metoder för bevisinsamling som underlättar sanktionandet av överträdelser.² För att en offentlig övervakning skall fungera framgångsrikt krävs det emellertid att omfattande resurser anslås till de övervakande organen. Även om så sker kvarstår det faktum att det för konkurrensmyndigheterna är teoretiskt omöjligt att upptäcka och beivra alla, eller ens flertalet, av de konkurrensöverträdelser som begås. En privat övervakning kan därför utgöra ett nödvändigt komplement. En privat övervakning är vidare fördelaktig eftersom den leder till att skadelidande kompenseras, vilket inte uppnås om enbart offentliga sanktionsavgifter utdöms. Det har hävdats att det starka konkurrensrättsliga skydd som existerar i USA kan upprätthållas tack vare den stora satsningen som där görs på privata aktörers möjligheter att agera inför domstolar.³

På den senaste tiden har i europeiska och nationella konkurrensrättsliga sammanhang fokus alltmer kommit att skifta från offentlig tillsyn till privat övervakning och på hur privat agerande kan främjas och ges en mer framträdande roll inom det

¹ Wouter P.J. Wils, *Should private antitrust enforcement be encouraged?* World Competition 26(3) 2003 s. 477.

² A. a. s. 480.

³ Jones, CA, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and the USA*, Oxford University press 1999, s. 10.

konkurrensrättsliga sanktionssystemet.⁴ Den ökade fokuseringen på privat övervakning kan till viss del hänföras till införandet av den nya tillämpningsförfordningen 1/2003.⁵ Enligt denna förfordning har de nationella domstolarna rätt att tillämpa artikel 81 i EG-fördraget i sin helhet. Enligt den tidigare rådande tillämpningsförfordningen, förfordning 17/62⁶, var de nationella domstolarna tvungna att invänta kommissionens beslut om undantag skulle beviljas enligt artikel 81.3, innan de kunde besluta om ett förfarande var förbjudet enligt artikel 81.1. Processandet vid nationella domstolar kan i och med reformen genomföras snabbare och smidigare än tidigare.

EG-domstolens avgörande i *Courage v. Crehan*⁷ har också bidragit till det ökade EG-rättsliga intresset för privat övervakning. I detta mål förde en privatperson skadeståndstalan mot ett företag som brutit mot art 81. Den brittiska domstolen där skadeståndstalan hade väckts begärde ett förhandsavgörande från EG-domstolen. EG-domstolen tillfrågades om en part till ett konkurrensstridigt avtal kan åberopa överträdelsen för att inte bli bunden av avtalet, om parten har rätt till skadestånd för de skador som överträdelsen orsakat samt om en nationell rättsregel som förbjuder en part att grunda sin talan på sitt eget rättstridiga handlande är förenlig med EG-rätten. I sitt förhandsavgörande betonade EG-domstolen betydelsen av privatpersoners agerande inför nationella domstolar genom att påpeka att: "*the full effectiveness of article 81 would be put at risk if it not were open to any individual to claim damages for any loss caused to him*".⁸ EG-domstolen uttalade vidare: "*actions for damages before the national courts can make a significant contribution to the maintenance of effective competition in the Community*".⁹ Avgörandet visar att EG-domstolen intar en mycket positiv hållning till privat konkurrensövervakning och att medlemsstaterna, i enlighet därmed, skall främja privata aktörers genomdrivande av konkurrensreglerna.

⁴ Se bl.a kommissionens rapport: *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rule, Comparative report*, 31 August 2004, http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/comparative_report_clean_en.pdf

⁵ Förfordning nr. 1/2003 om tillämpningen av fördragets artiklar 81 och 82.

⁶ Förfordning nr 17/62 om tillämpningen av fördragets artiklar 85 och 86.

⁷ Mål C-453/99 *Courage v. Crehan* [2001] ECR I-6297.

⁸ Ibid. st. 26.

⁹ Ibid. st. 27.

1.2 Problem och frågeställningar

Mot bakgrund av den ökade fokuseringen på en privat övervakning av konkurrensreglerna är det intressant att beakta vilka privata personer som kan tänkas stå för ett ökat agerandet vid domstolarna. Vem är den potentiella käranden i en konkurrensrättslig skadeståndsprocess? De skador som ett konkurrensstridigt beteende orsakar har stor spridning och det finns därmed också ett flertal aktörer som kan tänkas föra en skadeståndstalan. Den första gruppen skadelidande är kartellföretagets kunder (de direkta kunderna). Dessa tvingas ju betala ett högre pris än vad som varit fallet förutan kartellen. De direkta kundernas skada kan föras vidare i flera led till dessas kunder längre ner i säljkedjan (indirekta kunder) samt slutligen till konsumenterna. Karteller drabbar även konkurrenter. Kartellföretagen kan vidta bojkottaktioner mot konkurrerade företag i syfte att tvinga med dem i kartellen eller eliminera dem från marknaden.¹⁰ Kretsen av skadelidande kan utökas ytterligare om man beaktar att den skada som dessa aktörer lider även kan få verkningar för anställda hos de skadelidande företagen samt för de skadelidande företagens borgenärer vid en eventuell konkurs.

Den direkta kunden söker så långt som möjligt kompensera sig för kartellföretagets överpriser genom att höja priset på sina egna produkter. Om den direkta kunden har möjlighet att övervältra skadan på sina kunder, dvs. till konkurrensbegränsarens indirekta kunder, uppkommer vissa principiella frågeställningar. För det första, har den direkta kunden fortfarande rätt till skadestånd från kartellföretaget trots att denne till viss del eller fullständigt övervältrat den skada som det konkurrensstridiga beteendet orsakat? Eller, kan kartellföretaget undkomma skadeståndsskyldighet genom att åberopa att övervältring skett och att den direkta kunden därmed inte har lidit någon skada? För det andra, bör de indirekta kunderna kunna söka ersättning från kartellföretaget motsvarande den del av överpriset som övervältrats på dessa? I amerikansk rätt har dessa frågor besvarats av *Supreme Court*; konkurrensbegränsaren kan inte åberopa övervältring som försvar gentemot den direkta kundens skadeståndstalan och den indirekta kunden har vidare ingen rätt till skadestånd från kartellföretaget. Inom EG-rätten och i svensk rätt har dessa frågor än så länge inte avgjorts; rättsläget är därmed oklart. Den lösning som väljs beror i hög grad på vilken funktion skadeståndet syftar till att fylla i en rättsordning, dvs. prevention eller reparation. Det kan därför dras vissa slutsatser om hur EG-rätten och den svenska rätten ställer sig till dessa frågeställningar.

¹⁰ Levinsohn, M, och Lidgard, H, *Skadestånd som sanktion mot karteller*, Konkurrensverket 2002, s. 18.

1.3 Syfte

Med denna uppsats avser jag redogöra för den problematik som aktualiseras vid bedömningen av om övervältringsförsvar skall tillåtas samt om indirekta köpare skall ges rätt att föra talan gentemot en konkurrensbegränsare. Jag ämnar härvid presentera hur dessa problem har lösts i amerikansk rätt och analysera hur de kan tänkas lösas inom EG-rätten samt i svensk rätt.

1.4 Metod

Jag har använt mig av den rättsdogmatiska metoden och således studerat rättsfall, förarbeten och juridisk doktrin för att kartlägga problematiken kring övervältring och indirekta köpares talerätt.

1.5 Disposition och avgränsningar

Inledningsvis redogörs för förhållandet mellan EG-rätten och nationell rätt och tillämpning av EG-rätten vid nationella domstolar (*avsnitt 2*). Därefter följer en framställning av den rättsliga grunden för skadeståndsansvar vid överträdelser av konkurrensreglerna i amerikansk rätt, EG-rätten samt svensk rätt (*avsnitt 3*). Nästföljande avsnitt behandlar övervältringsproblematiken. Först redovisas förutsättningarna för att en övervältring av prisökningen över huvud taget skall vara möjlig. Efter detta följer en redogörelse för den amerikanska rättens inställning till s.k. övervältringsinvändningar och den troliga inställningen till denna typ av invändningar inom EG-rätten och svensk rätt (*avsnitt 4*). I *avsnitt 5* diskuteras den andra sidan av övervältringsproblematiken, dvs. de indirekta köparnas möjligheter att föra en skadeståndstalan mot konkurrensbegränsaren och i vilken utsträckning de indirekta köparna ges talerätt. Även detta avsnitt är uppdelat i en del som beskriver den amerikanska lösningen och två efterföljande delar där den troliga inställningen i europeisk och svensk rätt presenteras. *Avsnitt 6* innehåller slutligen en summering av de centrala slutsatser som dragits i uppsatsen.

2 Allmänt om tillämpningen av EG-rätten vid nationella domstolar

I detta avsnitt avser jag att belysa hur EG-rätten och nationell rätt förhåller sig till varandra då EG-rätten i allmänhet och artikel 81 och 82 i synnerhet tillämpas vid nationella domstolar. Avsnittet behandlar vidare de krav som EG-rätten ställer på nationell rätt då EG-rättsligt grundade anspråk görs gällande vid nationella domstolar. Dessa frågor är av stor relevans på konkurrensrättens område eftersom en tillämpning av artikel 81 och 82 är nödvändig i flertalet av de konkurrensrättsliga processerna som drivs inför svenska domstolar.

2.1 EG-rättens direkta effekt

Det är först och främst viktigt att påpeka att det faktum att EG-rättsliga anspråk över huvud taget kan göras gällande inför nationella domstolar beror på den EG-rättsliga principen om direkt effekt. Enligt denna princip ger vissa EG-rättsliga bestämmelser upphov till individuella rättigheter och skyldigheter vilka kan utkrävas på nationell nivå. Av praxis framgår att såväl fördragsartiklar som bestämmelser i förordningar och direktiv kan ha direkt effekt. EG-domstolen fastslog tidigt, i fallet *Van Gend en Loos*¹¹, att fördragsartiklar kan ha direkt effekt om de uppfyller vissa kriterier. För det första måste bestämmelsen ifråga vara ovillkorlig (dvs. vara direkt tillämplig och inte beroende av att medlemsstaten eller någon institution vidtar ytterligare åtgärder). För det andra skall eventuella övergångsperioder ha gått till ända. För det tredje krävs det att bestämmelsen är klar och precis och således inte beroende av någon skälighetsbedömning.

En mycket stor del av EG-fördragets centrala regler rörande fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital har ansetts uppfylla dessa kriterier och därmed har dessa regler också tillerkänts direkt effekt. I fallet *BRT v. SABAM*¹² uppkom frågan om artikel 81.1 och 82 tillfredställer de fastslagna kriterierna för att ge upphov till direkt effekt. Domstolen konstaterade att så var fallet och att såväl artikel 81.1 som artikel 82 ovillkorligen ger upphov till individuella rättigheter och skyldigheter som kan åberopas inför nationella domstolar. I fallet betonade domstolen även att de nationella domstolarna har en skyldighet att genomdriva artiklarna i fråga.

¹¹ Mål C-26/62 *Van Gend en Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration* [1963] ECR 1.

¹² Mål C-127/73 *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SV SABAM et NV Fonior* [1974] ECR 51.

2.2 Förordning 1/2003

De nationella domstolarnas möjlighet att direkt tillämpa artikel 81 och 82 styrs förutom av rättspraxis av den s.k. tillämpningsförordningen. Enligt den tidigare gällande tillämpningsförordningen, dvs. förordning 17/62, var förbudsregeln i artikel 81.1 direkt tillämplig medan undantagsregeln i artikel 81.3 endast kunde tillämpas av kommissionen. Nationella domstolar hade under denna reglering endast möjlighet att tillämpa artiklarna 81.1 och 82 i de fall då kommissionen inte redan inlett ett förfarande med stöd av förordningen. Trots att artiklarna 81 och 82 i rättspraxis ansetts ge upphov till direkt effekt var de nationella domstolarnas direkta tillämpning av artiklarna således bunden och fördröjd av kommissionens avgörande i undantagsfrågan. I och med införandet av tillämpningsförordning 1/2003 avskaffades kommissionens ensamrätt att tillämpa artikel 81.3. I förordningens första artikel stadgas nämligen att nationella domstolar har behörighet att direkt tillämpa artikel 81. Enligt det nuvarande systemet har således inte de nationella domstolarna enbart behörighet att tillämpa artiklarna 81.1 och 82 utan även artikel 81.3.

I förordning 1/2003 klargörs vidare förhållandet mellan nationell konkurrensrätt och artiklarna 81 och 82. I artikel 3 föreskrivs att nationella domstolar är skyldiga att tillämpa artiklarna 81 och 82 på förfaranden och avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Begreppet samhandel har i EG-domstolens praxis givits en mycket vidsträckt tolkning. Rekvisitet anses uppfyllt om det ”med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att avtalet i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan inverka på handelsflödet mellan medlemsstaterna, på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av en gemensam marknad mellan medlemsstaterna”.¹³ Det är tillräckligt att konstatera att avtalet *kan* ha en sådan effekt. Även avtal som synes beröra en enda medlemsstat kan därmed uppfylla samhandelskriteriet eftersom dessa avtal kan förhindra en integration mellan medlemsstaterna. Rent nationella förfaranden som är begränsade till en medlemsstat och som inte har några märkbara återverkningar utanför landet anses dock falla utanför samhandelsdefinitionen.¹⁴ En tillämpning av artiklarna 81 och 82 är

¹³ Mål C-42/84 *Remia v. Commission* [1985] ECR 2525 samt kommissionens tillkännagivande (2004/C 101/07), *Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget*.

¹⁴ Prop. 2003/04:80 s. 44.

därmed nödvändig i de flesta fall då konkurrensrättsliga tvister aktualiseras inför nationella domstolar.

2.3 Medlemsstaternas processuella autonomi

Då EG-rättsligt grundade anspråk görs gällande inför nationella domstolar uppkommer frågan om vilka sanktions- och processregler som skall tillämpas. Det saknas gemenskapsrättsliga förfaranderegler och det finns inte heller något EG-rättsligt sanktionssystem som utpekar tillämpliga sanktioner vid överträdelse av EG-rätten. I den EG-rättsliga praxisen fastslogs tidigt att i avsaknad av EG-rättsliga sanktioner och processregler skall medlemsstaternas egna regler tillämpas vid genomdrivandet och sanktionandet av EG-rätten. EG-rättens genomslag var på detta sätt underkastad medlemsstaternas process- och sanktionsregler. Processuella regler och regler rörande sanktioner ansågs utgöra en nationell autonomi.¹⁵

I fallet *Landwirtschaftskammer für das Saarland*¹⁶ betonade EG-domstolen inledningsvis att nationella regler tillämpas vid genomdrivande av EG-rätten. EG-domstolen ställde därefter upp två kriterier som måste uppfyllas av nationella process- och sanktionsregler. För det första måste dessa regler behandla EG-rättsligt grundade anspråk på samma sätt som anspråk som grundats på nationell rätt (*kravet på likabehandling*). För det andra får nationella process- och sanktionsregler inte göra det i praktiken omöjligt att driva igenom EG-rättsligt grundade anspråk (*kravet på genomdrivbarhet*). I och med detta avgörande kom principen om medlemsstaternas processuella autonomi att modifieras då EG-rätten fick viss inverkan även på dessa icke harmoniserade områden.

I det tidigare rättsfallet *Handelsgesellschaft*¹⁷ betonade EG-domstolen medlemsstaternas autonomi på process- och sanktionsrättsens område. I detta rättsfall fastslogs nämligen att även om EG-fördraget gör det möjligt för enskilda att åberopa sina EG-rättsliga rättigheter direkt inför nationella domstolar är det inte meningen att nationella domstolar skall skapa former för talan utöver de som föreskrivs i den nationella rätten. EG-rätten kräver således inte att den nationella rättsordningen skall tillhandahålla eller skapa nya rättsmedel utan endast att de *förekommande* nationella rättsmedlen skall uppfylla kraven på likabehandling och genomdrivbarhet.

¹⁵ Craig, P., De Burca, G., *EU Law – Text, Cases and Materials*, 2003, Oxford University Press, s. 231.

¹⁶ Mål C-33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR 1989.

¹⁷ Mål C-158/80 *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH v. Hauptzollamt Kiel* [1981] ECR 1805.

På ett särskilt område har dock i praxis ställts vissa krav på att de nationella rättsordningarna skall tillhandahålla en viss typ av sanktion, nämligen återbetalning. De fall där ett sådant krav har gjorts gällande är de då en avgift uttagits i strid mot EG-rätten. I *San Giorgio*¹⁸ betonade EG-domstolen att nationella process- och sanktionsregler skall tillämpas vid genomdrivandet av EG-rätten såvida dessa uppfyller kraven på likabehandling och genomdrivbarhet. Domstolen ansåg dock att de regler som förbjöd uttagandet av avgiften även innefattade en rätt till återbetalning då en avgift uttagits i strid mot förbudet. Kravet på genomdrivbarhet kunde därför inte anse uppfyllt om det som i detta fall var i praktiken omöjligt att få kompensation för de pengar man felaktigt tvingats utge.

2.4 Kravet på effektiva rättsmedel

Med tiden har dock principen om medlemsstaternas processuella autonomi modifierats och ytterligare krav, utöver de i praxis tidigare fastslagen kraven på likabehandling och genomdrivbarhet, har kommit att ställas på medlemsstaternas inhemska sanktions- och processregler. I fallet *Von Colson*¹⁹ uppkom frågan om nationella skadestandsregler, som tillämpades för att sanktionera överträdelser av det s.k. jämställdhetsdirektivet, kunde anses förenliga med EG-rätten. EG-domstolen anförde att om en medlemsstat har valt skadestånd som sanktion vid överträdelser av en viss EG-rättslig bestämmelse så måste detta skadestånd, för att verka effektivt och avhållande, vara adekvat i förhållande till den lidna skadan. I detta fall fäste domstolen stor vikt vid frågan om de nationella rättsmedlen kunde anses adekvata och effektiva. Det var således inte längre tillräckligt att de nationella rättsmedlen tillgodosåg kraven på likabehandling och genomdrivbarhet.

I fallet *Marshall*²⁰ betonade domstolen återigen att EG-rätten kräver att de nationella rättsordningarna tillhandhåller adekvata och effektiva rättsmedel. Även i detta fall rörde det sig om en medlemsstats sanktionering av en överträdelse av det s.k. jämställdhetsdirektivet. De i fallet aktuella ersättningsreglerna innehöll en beloppsbegränsning och medgav inte kompensation för ränta. EG-domstolen fastslog att nationella regler inte får hindra att den som lidit en skada på grund av en överträdelse av

¹⁸ Mål C-199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. San Giorgio* [1983] ECR 3595.

¹⁹ Mål C-14/83 *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein Westfalen* [1984] ECR 1891.

²⁰ Mål C-271/91 *Marshall v. Southampton and Southwest Hampshire Area Health Authority* [1993] ECR I-4367.

EG-rätten erhåller full kompensation och i linje med detta resonemang underkände domstolen de nationella ersättningsreglerna i fråga.

Ett annat exempel på de krav som EG-rätten kan ställa på nationella rätt utgör fallet *Factorame I*.²¹ I detta fall förde ett spanskt fiskebolag talan mot den brittiska staten då denna antagit en lag som medförde diskriminerande effekter för icke-brittiska fiskare. I avvaktan på att frågan avgjordes yrkade det spanska fiskebolaget på ett intermistiskt förbud för staten att tillämpa lagen ifråga. Enligt engelsk rätt fanns det dock inte möjlighet att meddela intermistiska beslut gentemot staten. I fallet uppkom därför frågan om det vid potentiella EG-rättsliga överträdelse finns en gemenskapsrättslig rätt att få ett sådant intermistiskt beslut riktat mot staten. EG-domstolen anförde att en nationell domstol som anser sig förhindrad att meddela ett intermistiskt beslut i ett mål rörande gemenskapsrättsliga regler måste sätta den nationella regeln åt sidan. EG-domstolen betonade i detta fall vikten av EG-rättens effektiva genomslag och medlemsstaternas lojalitetsplikt enligt artikel 10 i EG-fördraget. I fallet uppställde således domstolen ett krav på att ett nytt rättsmedel, möjligheten att rikta ett intermistiskt beslut gentemot staten, skulle skapas vid genomdrivandet av EG-rätten. I och med detta avgörande kan EG-domstolen därmed sägas frångå de i tidigare praxis gjorda uttalandena om att EG-rätten inte kräver tillskapandet av nya rättsmedel.

Fallen *Marshall*, *Von Colson* och *Factorame* visar att medlemsstaterna kan behöva ändra eller åsidosätta inhemska process- och sanktionsregler för att möjliggöra EG-rättens effektiva genomslag. Av rättsfallen framgår vidare att EG-rätten stundtals kan kräva att de nationella rättsordningarna tillhandahåller vissa specifika rättsmedel även om dessa inte finns tillgängliga vid genomdrivandet av rent nationella anspråk. Mot bakgrund av dessa rättsfall kan det ifrågasättas om principen om medlemsstaternas processuella autonomi fortfarande är gällande. I senare rättspraxis har dock domstolen intagit en mindre interventionistisk inställning och medlemsstaternas autonomi på process- och sanktionsrätten område har därmed respekterats i större mån.

Fallet *Van Schijndel*²² belyser detta förhållande. I detta fall aktualiserades frågan om nationella regler, enligt vilka EG-rättsliga krav måste åberopas för att kunna beaktas av domstolen, kunde anses förenliga med EG-rätten och dess krav på effektivitet. EG-domstolen bedömde frågan genom att tillämpa ett slags balanstest. Den

²¹ Mål C-213/89 *R. V. Secretary of State for Transport, ex parte Factorame Ltd. and Others* [1990] ECR I-2433.

²² Mål C-430/93 *Van Schijndel v. Stichting Pensionenfonds voor fysiotherapeuten* [1995] ECR I-4705.

gemenskapsrättsliga rättigheten och dess betydelse vägdes mot den nationella regelns omfattning och syfte i det specifika fallet och under de ifrågavarande omständigheterna. I detta fall ansåg domstolen att den nationella principen var förenlig med EG-rätten. I andra fall²³ där samma balanserade test har tillämpats har EG-domstolen dock ansett att de nationella processreglerna strida mot EG-rätten vilket tyder på att omständigheterna i det specifika fallet är av stor betydelse för utgången.

Det faktum att en nationell regels förenlighet med EG-rättens krav på effektivitet inte bara beror på regels syfte och omfattning och vilken EG-rättslig rättighet som görs gällande, utan även på omständigheterna i det specifika fallet, medför att det i nuläget är svårt att avgöra om ett nationellt rättsmedel är laglig eller inte. Det råder därmed osäkerhet om vilka krav som egentligen ställs på nationella rättsmedel vid genomdrivandet av gemenskapsrättsliga rättigheter.²⁴

²³ Se exempelvis mål C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout and Cie v. Belgian State* [1995] ECR I-4599.

²⁴ Craig & De Burca, s. 251.

3 Den rättsliga grunden för skadeståndsansvar vid överträdelser av konkurrensreglerna

3.1 Den amerikanska ansvarsgrunden

Amerikansk konkurrensrätt, eller antitrusträtt, har en mycket lång tradition. De centrala förbudsreglerna återfinns i *Sherman Act*²⁵ som trädde ikraft år 1890. I 1 § *Sherman Act* föreskrivs ett förbud mot: ”*every contract, combination in the form of trust, or otherwise conspiracy, in the restraint of trade or commerce*”. I 2 § *Sherman Act* stadgas det s.k. monopoliseringsförbudet: ”*every person who shall monopolize...any part of the trade...or commerce...shall be deemed guilty of a felony.*” Utöver *Sherman Act* utgör den federal konkurrensrättsliga lagstiftningen av *Clayton Act* (1914), *Federal Trade Commission Act* (1914) och *Robinson-Patman Act* (1936).²⁶ Det amerikanska konkurrensrättsliga regelverket består vidare av lagstiftning på delstatlig nivå. I USA intar skadeståndet en betydande roll inom det konkurrensrättsliga sanktionssystemet. Privata aktörers initiativ är av stor vikt för konkurrensrättens efterlevnad och genomslagskraft.²⁷

Grunden för enskildas rätt till skadestånd överfördes 1914 till *Clayton Act*. I 3 § *Clayton Act* föreskrivs följande: ”*any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore... and shall recover threefold the damages by him sustained*”. Den amerikanska skadeståndsregeln anses syfta både till reparation och till prevention. I diskussionen har dock de preventiva verkningarna framhävts. Skadeståndsregelns syfte att straffa den som brutit mot konkurrensreglerna och avskräcka andra från att gå samma väg framträder även i och med att skadeståndsansvaret uppgår till en tredubbling av skadan.²⁸ Skadeståndsansvarets vida omfattning har kritiserat av vissa bedömare som menar att denna utformning leder till alltför många processer och en överprevention som har en hämmande effekt på näringslivet.²⁹

Skadeståndsregeln i *Clayton Act* är omfattande och enligt dess ordalydelse kan varje skadelidande begära ersättning. På grund av den stora spridning som konkurrensskador

²⁵ 15 USC §§ 1-7.

²⁶ 15 USC §§ 12-27, 15 USC §§ 41-51 och 15 USC § 13(a).

²⁷ SOU 2004:10, *Rätten till skadestånd enligt konkurrenslagen*, s. 67.

²⁸ SOU 2004:10, s. 68.

²⁹ Jones, s. 80 f.

är förknippade med har det har det dock ansetts nödvändigt att snäva in skadeståndsregeln i rättspraxis. Den skadelidande måste ha *standing*, eller talerätt, för att ha en såväl processuell som materiell rätt till skadestånd. Avsaknad av *standing* medför dels att den skadelidande inte är materiellt berättigad, dels att det föreligger ett processhinder.

3.2 Den EG-rättsliga ansvarsgrunden

3.2.1 Skadeståndsskyldighet vid överträdelser av EG-rätten i allmänhet

EG-domstolen ansåg inledningsvis att EG-rätten inte kräver att det skapas nya nationella rättsmedel. Denna ståndpunkt kom dock till viss del att frångås i och med avgörandena i fallen *San Giorgio*, *Factorame* och *Marshall*.³⁰ I dessa fall uttalar nämligen EG-domstolen att de nationella rättsordningarna under vissa omständigheter måste tillhandahålla en särskild sanktion för att försäkra EG-rättens effektiva genomslag. I fallet *Francovich*³¹ tog EG-domstolen ytterligare ett steg i sin strävan att försäkra en effektiv tillämpning av EG-rätten genom att etablera den s.k. principen om medlemsstaternas skadeståndsskyldighet. Fallet rörde Italiens underlåtenhet att implementera det s.k. lönegarantidirektivet och fråga uppkom om detta direktiv gav upphov till direkt effekt och vidare, om så var fallet, om en medlemsstats underlåtenhet att implementera ett direktiv kunde medföra att medlemsstaten blev skadeståndsskyldig.

EG-domstolen ansåg inte att det aktuella direktivet var tillräckligt klart och precist för att ge upphov till direkt effekt. Domstolen gick emellertid vidare i sitt resonemang och fastslog att en medlemsstat i princip kunde bli skadeståndsskyldig och förpliktigas att utge ersättning för skador som enskilda åsamkats på grund av medlemsstatens åsidosättande av gemenskapsrätten. Domstolen anförde att en princip om medlemsstaternas skadeståndsskyldighet är en väsentlig del av fördragets systematik och nödvändig för att försäkra EG-rättens effektiva genomslag. Domstolen betonade även medlemsstaternas lojalitetsplikt enligt artikel 10 i EG-fördraget. I fallet fastslogs således att det under vissa förutsättningar finns en gemenskapsrättslig rätt till skadestånd och att enskilda är berättigade till kompensation även om de inte har möjlighet att grunda en sådan kompensationstalan på EG-rättsliga bestämmelser med

³⁰ Mål C-199/82 *San Giorgio*, mål C-271/91 *Marshall*, mål C-213/89 *Factorame*.

³¹ Mål C-6/90 & 9/90 *Francovich and Bonifaci v. Italy* [1991] ECR I-5357.

direkt effekt. Domstolen föll dock även i detta fall tillbaka på principen om medlemsstaternas processuella autonomi då det kom till frågan om vilka forum- och förfaranderegler som skulle tillämpas när skadeståndsanspråk riktas mot en medlemsstat. Såvida de nationella process- och sanktionsreglerna uppfyller kraven på likabehandling och genomdrivbarhet så skall dessa också tillämpas.

De EG-rättsliga förutsättningarna för att skadeståndsansvar skall inträda klargjordes vidare i *Brasserie du Pêcheur*³². I detta fall uppkom frågan om Tyskland kunde göras skadeståndsansvarig på grund av sina renhetslagar för öltillverkning vilka i praktiken utestängde utländska tillverkare från den tyska ölmarknaden. EG-domstolen framhöll i detta fall att även existensen av nationell lagstiftning som står i strid med EG-rätten, och inte bara underlåtenheten att implementera direktiv, kan medföra att medlemsstaten ifråga blir skadeståndsskyldig. EG-domstolen uttalade vidare att tre krav måste vara uppfyllda för att skadestånd skall utgå. För det första måste den överträdde gemenskapsrättsregeln ha uppställts till skydd för enskildas rättigheter. För det andra måste det röra sig om en tillräckligt klar överträdelse. Med detta avses att överträdelsen inte kan ursäktas på grund att direktivet ifråga varit svårtolkat eller att medlemsstaten getts stort handlingsutrymme i sin implementering av detta. Då en medlemsstat underlåtit att implementera ett direktiv eller bryter mot klar rättspraxis rör det sig dock alltid om en tillräckligt klar överträdelse för att grunda skadeståndsskyldighet. För det tredje anförde domstolen att måste de finnas ett kausalsamband mellan överträdelsen och den skada som den enskilde lidit. Då dessa tre rekvisit är uppfyllda ansågs det finnas en rätt till skadestånd enligt EG-rätten. Det bedömdes dock vara den nationella domstolens uppgift att avgöra om rekvisiten förelåg i det aktuella fallet.

3.2.2 Skadestånd vid överträdelser av artiklarna 81 och 82

Det var länge osäkert om principen om rätten till statsskadestånd kunde förlängas till att innefatta en rätt till skadestånd då privata aktörer, och inte staten, överträtt gemenskapsrätten. På konkurrensrättens område har frågan om det finns en direkt på EG-rätten grundad rätt till ersättning vid överträdelser av konkurrensreglerna diskuterats

³² Mål C-46/93 & 48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v. Germany and The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factorame Ltd and others* [1996] ECR I-1029.

av generaladvokaten i fallet *Banks*³³ samt i doktrin. EG-domstolen tog först ställning till denna fråga år 2002 i och med avgörandet i fallet *Courage v. Crehan*.³⁴

I fallet *Banks* förde ett privat företag en skadeståndstalan gentemot ett statligt företag mot bakgrund av det statliga företagets påstådda överträdelser av konkurrensreglerna i kol- och stålfördraget. I fallet uppkom frågan om det följer en rätt till skadestånd av konkurrensreglernas direkta effekt. EG-domstolen fann att de i fallet tillämpliga konkurrensreglerna, dvs. kol- och stålfördragets konkurrensregler, inte gav upphov till direkt effekt och därmed kunde de inte heller göras gällande vid en skadeståndstalan inför en nationell domstol. Generaladvokaten (Van Gerven) intog dock en annan ståndpunkt och menade att kol- och stålfördragets konkurrensartiklar gav upphov till såväl direkt effekt som en rätt till skadestånd. Enligt honom var detta också fallet avseende EG-fördragets konkurrensbestämmelser.

Generaladvokaten framhöll liksom EG-domstolen i *Francovich* att principen om skadeståndsskyldighet vid överträdelser EG-rätten är en väsentlig del av fördragets systematik samt att EG-rättens fulla genomslag kräver att det finns en rätt till skadestånd då EG-rättsliga rättigheter blivit kränkta. Generaladvokaten menade att dessa argument för en rätt till skadestånd gör sig gällande med samma styrka oavsett om det rör sig om ett vertikalt eller ett horisontellt förhållande och att skadeståndsskyldigheten därför även bör utsträckas till horisontella förhållanden. Generaladvokaten motiverade vidare en EG-rättslig rätt till skadestånd vid överträdelser av konkurrensreglerna med att detta skulle medföra att det skapades en viss minimnivå av rättskydd i alla olika medlemsstater och därmed göra konkurrensreglerna mer användbara. Han ansåg även att en rätt till skadestånd utgjorde ett nödvändigt komplement till konkurrensreglernas direkta effekt, i avsaknad av en sådan rätt till ersättning skulle inte de rättigheter som artiklarna ger upphov till göras gällande inför nationella domstolar. Följaktligen fastslog generaladvokaten i sitt yttrande att det finns en direkt på EG-rätten grundad rätt till skadestånd vid överträdelser av konkurrensreglerna.

Eftersom en generaladvokats yttrande inte tillmäts något större rättskällevärde kunde inte Van Gervens utläggning anses skapa klarhet i rättsläget. Diskussionen om EG-rätten gav upphov till en rätt till skadestånd och vad denna rätt i så fall grundar sig på fortsatte således i den juridiska litteraturen. Torbjörn Andersson uttalade härvid att

³³ Mål C-128/92 *Banks v. British Coal* [1994] ECR I-1209.

³⁴ Mål C-453/99 *Courage v. Crehan* [2001] ECR I-6297.

det finns två argumentationslinjer. Enligt den ena följer individuella ersättningsrätt, trots avsaknad av explicita regler och auktoritativa avgöranden, direkt av EG-rätten; ett anspråk grundat på överträdelser av konkurrensbestämmelserna kräver skydd i form av en skadeståndssanktion. Alternativt kan en rätt till ersättning följa av likabehandlingsprincipen. I den mån den nationella rättsordningen tillhandahåller en rätt till skadestånd vid liknade anspråk är den förpliktigad att möjliggöra individuell ersättning också vid kränkningar av EG:s konkurrensregler. Enligt den första linjen följer rätten till skadestånd direkt av EG:s krav på effektivt rättsskydd och genomslag och det finns således en rätt till ersättning även om den nationella rättsordningen saknar en skadeståndssanktion vid liknade anspråk. Om den nationella rättsordningen tillhandahåller en ersättningsrätt kan vidare kraven på effektivitet och genomslag innebära att denna rätt måste modifieras för att tillgodose anspråk som grundas på de EG-rättsliga konkurrensreglerna. Om ersättningsrätten däremot anses följa av kravet på likabehandling, i enlighet med den andra argumentationslinjen, blir ersättningsrätten vid överträdelser av EG:s konkurrensregler beroende av om det finns en nationell rätt till ersättning vid liknade anspråk. Efter viss tveksamhet finner Andersson att den första argumentationslinjen har mest fog för sig och således anser han att EG:s krav på effektivitet och genomslag ger upphov till en direkt på EG-rätten grundad rätt till ersättning vid överträdelser av EG:s konkurrensregler.³⁵

Wahl hävdar att de enskilda rättigheter som skapas genom principerna om direkt effekt endast skall betraktas som ett medel för att främja gemenskapsrättens fulla genomslag; intresset av att skapa en rättsgemenskap är överordnad de enskildas intressen. Skadeståndet blir därmed ett instrument för prevention – det skall avskräcka från kränkningar av konkurrensreglerna.³⁶ I förlängningen medför detta resonemang att direkt effekt inte är en tillräcklig förutsättning för rätten till skadestånd. Det krävs därutöver att skadeståndets utdömande under de konkreta omständigheterna bidrar till EG-rättens fulla genomslag.³⁷

I och med fallet *Courage v. Crehan*³⁸ tog EG-domstolen slutligen ställning till om det finns en gemenskapsrättslig rätt till skadestånd vid överträdelser av konkurrensreglerna. Omständigheterna i fallet var följande. Bryggeriet Courage hade

³⁵ Andersson, T, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler*, 1999, s. 161 f.

³⁶ Wahl, N, *Konkurrensskada – skadeståndsansvar vid överträdelser av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen*, s. 46 ff.

³⁷ A. a. s. 242.

³⁸ Mål C-453/99 *Courage v. Crehan* [2001] ECR I-6297.

ingått ett exklusivt inköpsavtal avseende öl med pubägaren Crehan. Bryggeriet yrkade i detta mål på ersättning för obetalda ölleveranser. Crehan bestred betalningsskyldighet under invändningen att det exklusiva inköpsavtalet stred mot förbudet i artikel 81.1 och att det därmed också var ogiltigt i enlighet med artikel 81.2. Crehan yrkade vidare genstämningssvis på skadestånd motsvarande de överpriser som han tvingats betala på grund av bryggeriets konkurrensstridiga beteende.

Enligt engelsk rätt, och den engelska principen om *in pario delicto*, var dock pubägaren förhindrad att föra en skadeståndstalan mot bryggeriet eftersom han själv var part i det påstått förbjudna avtalet. Den nationella domstolen efterfrågade därför ett förhandsavgörande från EG-domstolen. I sin begäran sökte den nationella domstolen svar på frågan om en avtalspart till ett kontrakt som strider mot artikel 81 kan åberopa själva överträdelsen för att befrias från sina avtalsenliga förpliktelser och, om så är fallet, om avtalsparten även kan kräva ersättning för skada som denne lidit genom att handla i enlighet med det förbjudna avtalet. Den brittiska domstolen undrade dessutom om en nationell regel som förbjuder en part från att grunda en talan på sitt eget rättsstridiga handlande kunde anses förenlig med EG-rätten. Slutligen tillfrågades EG-domstolen om vilka omständigheter som skulle beaktas vid bedömningen av en sådan nationell regels förenlighet med EG-rätten.

I sitt svar påminde EG-domstolen till att börja med om vad som tidigare fastslagits i fallet *Van Gend en Loos*, nämligen att gemenskapen konstituerar en ny rättsordning som utgör en integrerad del av medlemsstaternas rättsordningar. Domstolen konstaterade vidare att EG-rätten inte bara ger upphov till skyldigheter utan att den även skapar individuella rättigheter som de nationella domstolarna är förpliktigade att skydda. Därpå fokuserade domstolen på konkurrensreglernas centrala roll i fördraget och deras betydelse för förverkligandet av den gemensamma marknaden. Domstolen påpekade i detta sammanhang att såväl artikel 81.1 som artikel 82 har horisontell direkt effekt och att dessa artiklar således kan åberopas av enskilda inför nationella domstolar.

Domstolen tog därefter ställning till frågan om konkurrensreglerna kan ge upphov till ett skadeståndsansvar. Härvid anförde domstolen att den fulla verkan av artikel 81 i fördraget skulle kunna ifrågasättas om inte varje person skulle kunna begära ersättning för den skada som ett avtal eller ett handlande som begränsat eller snedvridit konkurrensen påstås ha orsakat honom. Domstolen ansåg vidare att en rätt till skadestånd vid överträdelser av konkurrensreglerna skulle medföra en preventiv effekt vilket skulle underlätta upprätthållandet av en effektiv konkurrens. I linje med detta

resonemang fann domstolen att nationella regler som uppställde absoluta hinder för en avtalspart att väcka talan om skadestånd enbart på grund av att denne själv var avtalspart inte kunde anses förenliga med EG-rätten. Domstolen ansåg dock att såvida kraven på effektiva rättsmedel och likabehandling var uppfyllda så kunde inte EG-rätten anses hindra en nationell domstol från att förvägra en avtalspart som själv burit ett betydande ansvar för konkurrensbegränsningen skadestånd från annan avtalspart.

Det har i doktrin förts diskussioner om vilka konsekvenser avgörandet i *Courage v. Crehan* medför.³⁹ Innebär domstolens uttalanden i fallet att det vid överträdelser av konkurrensreglerna finns en rätt till skadestånd direkt grundad på EG-rätten? Eller är rätten till skadestånd fortfarande beroende av en nationell reglering? De flesta bedömare anser att det i och med avgörandet kan anses klarlagt att det finns en direkt på EG-rätten grundad rätt till skadestånd. Skadestånd skall således utgå vid överträdelser av artiklarna 81 och 82 oavsett bestämmelser i nationell rätt. Nationella process- och sanktionsbestämmelser kan dock fortfarande medföra att rätten till skadestånd begränsas. En sådan begränsning får emellertid inte strida mot de EG-rättsliga kraven på likabehandling och effektiva rättsmedel.⁴⁰

Det kan ifrågasättas vilken grund denna enligt rättsfallet etablerade gemenskapsrättsliga rätt till skadestånd bygger på. Domstolen betonar i sitt domskäl vikten av att enskilda som skadats av ett konkurrensstridigt beteende erhåller kompensation. Vidare understryks att en rätt till skadestånd vid överträdelser av artiklarna 81 och 82 främjar fullt genomslag för de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna och motverkar konkurrensstridigt handlande. Jones menar därför att grunden till den gemenskapsrättsliga rätt till skadestånd vid överträdelser av konkurrensreglerna som fastslås i *Crehan* utgörs dels av en kompensationsprincip (*compensatory principle*), dels av en preventionsprincip (*deterrence principle*).⁴¹ Levinsohn och Lidgard tolkar fallet på liknande sätt och ser två delvis skilda grunder för ansvaret. Den ena bygger på principen om direkt effekt och nationella domstolars därmed sammanhängande rättigheter att skydda de rättigheter som konkurrensreglerna ger upphov till för enskilda. Den andra grunden tar sin utgångspunkt i den enskildes

³⁹ Se bl.a. Jones, A, och Beard, D, *Co-contractors, Damages and Article 81: The ECJ finally speaks*, ECLR 2002, nr. 5, s. 252, A. P. Komninos, *New prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Right to Damages*, CLMR 2002, nr. 3, s. 480, Levinsohn, M, och Lidgard, H, *Skadestånd som sanktion mot karteller*, Konkurrensverket 2002, samt Wahl, N, *Skadestånd i konkurrensrättsmål*, Europarättslig tidskrift 2001, s. 576.

⁴⁰ Jones, A, och Beard, D, s. 252.

⁴¹ A. a. s. 253.

möjlighet att främja övervakningen av EG:s konkurrensregler. Mindre skyddsvärda skadelidande kan göra skadeståndsanspråk gällande förutsatt att detta har en avskräckande verkan. Skadeståndet fungerar både som ett rättsmedel och som en sanktion.⁴²

3.3 Den svenska ansvarsgrunden

I och med avgörandet i *Courage v. Crehan*⁴³ har det fastställts att det finns en direkt på EG-rätten grundad rätt till skadestånd vid skador som uppkommit på grund av överträdelse av artiklarna 81 och 82. Det följer vidare av artikel 3 i förordning 1/2003 samt av principen om EG-rättens företräde att nationella domstolar skall tillämpa EG-rätten i flertalet fall då konkurrensrättsliga anspråk görs gällande. Därmed kan det anses av mindre vikt att uppmärksamma en eventuell nationell ansvarsgrund vid överträdelse av konkurrensreglerna.

Det finns dock fortfarande ett intresse av att beakta en nationell ansvarsgrund. För det första uppfyller inte alla förfaranden och avtal det s.k. samhandelskriteriet, även om detta kriterium givits en mycket vid tolkning. Då det rör sig om rent nationella förfarande utan återverkningar utomlands är EG-rätten inte tillämplig och den nationella domstolen måste istället använda sig av nationell rätt. För det andra ger artikel 3 i förordning 1/2003 den nationella domstolen en möjlighet att tillämpa nationell rätt vid sidan av EG-rätten, såvida inte den nationella rätten leder till ett annat resultat än EG-rätten. I svensk rätt har man valt att använda sig av denna möjlighet och därmed skall en s.k. parallell tillämpning av EG-rätt och nationell rätt ske då förfaranden eller avtal uppfyller samhandelskriteriet.⁴⁴

Då ett konkurrensstridigt avtal eller förfarande inte tillfredsställer samhandelsrekvisitet skall den nationella rätten tillämpas. En tillämpning av nationell rätt aktualiseras även då samhandelskravet anses uppfyllt, även om det i dessa fall rör sig om en parallell tillämpning. Den nationella rätten av relevans på området är konkurrenslagen (KL). De centrala förbudsbestämmelserna i KL motsvarar i princip artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. I 6 § KL stadgas ett förbud mot konkurrensbegränsande samarbete och i 19 § KL återfinns ett förbud mot missbruk av dominerande ställning. KL är till övervägande del offentlighetslagstiftning och Konkurrensverket har huvudansvaret för lagens efterlevnad. En överträdelse av KL kan

⁴² Levinsohn och Lidgard s. 56.

⁴³ Mål C-453/99 *Courage Ltd v. Bernard Crehan* [2001] ECR I-6297.

⁴⁴ Prop. 2003/04 s. 48.

dock resultera i två olika civilrättsliga följder. I 7 § föreskrivs att avtal som är förbjudna enligt 6 § är ogiltiga och i 33 § stadgas ett skadeståndsansvar vid överträdelser av förbudsbestämmelserna.

Enligt den tidigare utformningen av 33 § KL skulle ett företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet överträtt förbuden i KL ersätta den skada som därigenom uppkommer för ett annat företag eller en avtalspart. Den 1 augusti 2005 togs dock denna begränsning av ersättningsberättigade till ”ett annat företag eller avtalspart” bort. Skadeståndsansvaret och kretsen av skadeståndsberättigade har således vidgats.⁴⁵ Huvudregeln i svensk rätt är enligt skadeståndslagen (SkL) 2:4 att ersättning för ren förmögenhetsskada endast utgår vid brott. Eftersom överträdelser av förbudsreglerna i KL inte medför ansvar i straffrättsligt hänseende utgör 33 § KL ett undantag från det annars gällande kravet på samband mellan brott och skadestånd. Denna reglering har motiverats enligt följande. ”Det är viktigt att det konkurrensrättsliga regelsystemet får en sådan utformning att det i möjligaste mån blir självgående. Reglerna bör alltså för sin tillämpning inte vara helt beroende av Konkurrensverkets initiativ. I detta perspektiv har särskilt regler om skadestånd en viktig funktion att fylla för att ge företag incitament att själva söka ingripa mot konkurrensbegränsande förfaranden. Skadeståndet har både en reparativ och en preventiv funktion”⁴⁶

Svensk rätt innehåller således till skillnad från EG-rätten en uttrycklig bestämmelse om rätt till skadestånd för skador orsakade av konkurrensbegränsande beteende. Den svenska skadeståndsbestämmelsen skall även tillämpas på överträdelser av EG: s konkurrensregler i artiklarna 81 och 82. Det har ansetts lämpligt att ge skadeståndsanspråk grundade på överträdelser av EG: s konkurrensregler samma behandling som ersättningsanspråk som grundas på KL. Därmed blir samma principer om orsakssamband, bevisbörda etc. tillämpliga vid bedömningen av om skadestånd skall utgå vid överträdelser av förbudsreglerna i KL som vid överträdelser av artiklarna 81 och 82. Denna reglering bedöms tillgodose EG-rättens krav på effektivt rättsskydd och genomslag.⁴⁷

⁴⁵ Prop. 2004/05: 117 s. 25.

⁴⁶ Prop. 1992/93:56 s. 34.

⁴⁷ Prop. 2004/05:117 s. 35.

4 Övervältringsproblematiken

4.1 Inledning

Då konkurrensreglerna överträds exempelvis genom att två eller flera företag bedriver ett olovligt samarbete i form av överenskommelser om prissättning eller marknadsuppdelning resulterar detta vanligtvis i en prishöjning. Kunderna till de som handlar konkurrensstridigt lider då en skada motsvarande skillnaden mellan det pris som gäller efter det olovliga samarbetet och det pris som skulle gälla utan konkurrensöverträdelsen. Kunderna kan dock i vissa fall kompensera sig för dessa överpriser genom att höja sina priser i motsvarande mån, överpriset övervältras då på aktörer längre ner i distributionskedjan och i slutändan är det slutkonsumenterna som står kostnaden för det konkurrensstridiga handlandet. I dessa fall aktualiseras frågan om den som övervältrat sin skada skall vara berättigade till skadestånd även då övervältring skett. Eller med andra ord, sett från svarandens perspektiv, är det möjligt att åberopa övervältring som försvar gentemot direkta kunders skadeståndsanspråk?

I amerikansk konkurrensrätt har möjligheten att åberopa övervältringsinvändningar beaktas i ett flertal fall. I svensk rätt och i EG-rättsliga sammanhang har frågan dock ännu inte kommit att avgöras. Jag kommer nedan att redogöra för det amerikanska rättsläget och därefter att utreda vilka faktorer som talar för och emot ett europeiskt och svenskt anammande av den amerikanska lösningen på övervältringsproblematiken. Innan en närmare bedömning görs av den amerikanska inställningen *de lege lata* och den europeiska och svenska inställningen *de lege ferenda* bör dock en ekonomisk förklaring till övervältringsfenomenet ges. Med andra ord vilka faktorer är det som avgör graden av övervältring och därmed också den direkta kundens möjligheter att undvika ekonomisk skada. Om övervältringsinvändningar godtas och beaktas i en rättsordning uppkommer vidare frågan om hur, om möjligt, en domstol kan uppskatta graden av övervältring.

4.2 Ekonomisk bakgrund

4.2.1 Faktorer av betydelse för övervältring

Den direkta kundens möjligheter att undkomma den skada som en överprissättning orsakar genom att övervältra denna varierar från fall till fall. Graden av övervältring

avgörs i huvudsak av två faktorer, nämligen: den direkta kundens marknadsställning samt strukturen på den marknad där denne utbjuder sina varor.⁴⁸

Den första faktorn av betydelse för graden av övervältring, marknadsställningen, hänför sig till hur den direkta kunden ifråga påverkas av en överprissättning i förhållande till sina konkurrenter. I fall endast vissa företag berörs av en överprissättning medför prishöjningen inte enbart ökade produktionskostnader för företagen ifråga, företagen lider, därutöver, en konkurrensnackdel i förhållande till de företag som inte känner av prisökningen. Marknadsställningen bidrar i dessa fall till att hålla nere graden av övervältring. En övervältring av överprissättningen skulle nämligen medföra att de företag som övervältrar de ökade produktionskostnaderna förlorade marknadsandelar till de företag som inte berörs av överprissättningen och därmed också kan hålla ett fortsatt lågt pris.⁴⁹

Företag är i regel fria att välja vem de handlar med. Då en leverantör tillämpar en överprissättning kan den direkta kunden välja att byta leverantör. Det kan därför vara svårt att föreställa sig hur en överprissättning endast kan drabba vissa köpare. Det finns dock vissa situationer då en överprissättning kan resultera i att endast vissa köpare lider en konkurrensnackdel. En sådan situation kan exempelvis uppkomma då ett vertikalt integrerat företag innehar monopol på en vara, vilken alla företag som verkar på uppströmsmarknaden behöver för att kunna sälja slutprodukten ifråga. I detta fall kan den vertikalt integrerade konkurrenten tillämpa en överprissättning och förbli oberörd av denna och följaktligen lider övriga företag en konkurrensnackdel. Det kan vidare förhålla sig så att slutprodukten är flyttbar medan mellanprodukten däremot inte är flyttbar. I dessa fall är köparen tvungen att behålla sin lokala leverantör trots att denne tillämpar en överprissättning. Köpare drabbas därmed av en konkurrensnackdel i förhållande till de andra aktörerna på den geografiskt sett vidare slutproduktsmarknaden. Ett företag kan slutligen vara förhindrad att byta leverantör och därmed lida en konkurrensnackdel på grund av att ett leverantörsbyte skulle resultera i höga fasta kostnader i form av exempelvis inköp av nya maskiner eller omskolning av personal.⁵⁰

⁴⁸ Clark, E, Hughes, M and Wirth, D, *Analysis of economic models for the calculation of damages*, European Commission study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, 2004, s. 31.

⁴⁹ A. a. s. 32.

⁵⁰ Dubow, B, *The Passing On Defence: An Economist Perspective*, ECLR, 2003, s. 239.

Den andra faktorn av betydelse för den direkta kundens möjlighet att övervältra en överprissättning är strukturen på den marknad där den direkta kunden verkar och vilken typ av konkurrens som råder på denna marknad. Ju mer konkurrensutsatt denna marknad är desto mer styrs den direkta kundens prissättning av de rörliga kostnader som denne har för att tillhandahålla produkten.⁵¹ På en marknad som kännetecknas av perfekt konkurrens bestäms prissättningen fullt ut av kostnaderna för att producera varan. Då kostnaderna för att tillverka en vara ökar, på grund av ett konkurrensstridigt beteende i övre led, kommer denna ökning att övervältras genom en prishöjning.

Om den direkta kunden däremot innehar monopol på sin marknad förhåller det sig annorlunda. Varan prissätts då dels med hänsyn till produktionskostnader, dels med hänsyn efterfrågeelasticiteten.⁵² Eftersom en monopolist prissättning endast delvis styrs av kostnader så kommer en ökning av dessa inte att övervältras på slutkunderna i lika stor utsträckning som på en konkurrensutsatt marknad. Vid monopolistisk marknadsstruktur är möjligheterna till övervältring mindre och den direkta kunden drabbas därmed också av en större skada på grund av en överprissättning.

Sammanfattningsvis om alla företag som verkar på en marknad påverkas av ett konkurrensstridigt beteende och det råder stor konkurrens på denna marknad kan en stor grad av överprissättningen antas övervältras på slutkunderna. Då dessa förhållanden är förhanden har en direkt kund således stora svårigheter att vinna framgång med en skadeståndstalan om denna förs i en rättsordning där övervältringsinvändningar accepteras.

4.2.2 Uppskattning av graden av övervältring

Om övervältringsinvändningar accepteras av en rättsordning måste en domstol vid bedömningen av den direkta kundens skada först och främst bedöma om den direkta kunden hade en teoretisk möjlighet att övervältra de ökade produktionskostnaderna. Vid denna bedömning beaktas den direkta kundens marknadsställning samt marknadsstrukturen. Om förhållandena på marknaden är sådana att övervältring är möjlig uppkommer dock nästa fråga; hur mycket av överpriset har övervältras? Med andra ord, vilken exakt effekt har ökningen i produktionskostnader på det pris som slutkunden får betala. För att kunna besvara denna fråga kan en domstol använda sig av en statistisk metod. Genom att beakta statistik över tidigare ökningarna i

⁵¹ Clark, Hughes, & Wirth, s. 32.

⁵² Dubow, s. 239.

marginalkostnader och den effekt som dessa ökningarna då haft på det pris som slutkunden får betala kan vissa slutsatser dras rörande graden av övervältring i det aktuella fallet.⁵³ Det kan i vissa fall vara förenat med svårigheter att införskaffa tillförligt information rörande prissättningen och kostnaderna. En exakt mätning av graden av övervältring är därför inte alltid möjlig att genomföra. Det kan i detta sammanhang ifrågasättas om avsaknaden av tillförlitlig information skall drabba den direkta köparen såtillvida att denne inte skall vara berättigad till någon ersättning över huvud taget eller den som brutit mot konkurrensreglerna.⁵⁴

4.3 Den amerikanska inställningen till övervältringsinvändningar

I amerikansk rätt kom frågan om möjligheten att åberopa övervältring som försvar gentemot den direkta köparens skadeståndstalan att behandlas tidigt. *Supreme Court* bekräftade redan 1917 i fallet *Chattanooga Foundry and Pipe Works v. Atlanta*⁵⁵ att en direkt köpare har rätt till skadestånd även om eventuell övervältring har skett. Staden Atlanta distribuerade och sålde vatten och hade på grund av svarandens överträdelse av konkurrensreglerna fått betala överpriser för vattenledningsrör. I fallet avfärdade domstolen svarandens invändning att staden inte lidit någon skada då denna inkluderat överpriset i den vattenavgift som utgick för stadens tjänster. Domstolen ansåg att det faktum att staden fått betala ett högre pris för rören än vad som varit fallet förutom överträdelsen av konkurrensreglerna räckte för att fastställa att staden lidit skada. Enligt domstolen hade det således ingen betydelse om en mer långtgående analys skulle visa att staden i slutändan inte lidit någon skada.

I fallet *Hanover Shoe Inc. v. United Shoe*⁵⁶ kom övervältringsproblematiken att behandlas ännu en gång och domstolen vidareutvecklade härvid det tidigare förda resonemanget i *Chattanooga*. Käranden i fallet var en skotillverkare, Hanover Shoe, som leasade skotillverkningsmaskiner av svaranden, United, som också tillverkade skor. Hanover Shoe önskade köpa dessa maskiner men United motsatte sig detta och tillhandahöll endast maskinerna på leasing-basis. Hanover hävdade att Uniteds vägran att sälja maskinerna konstituerade ett led i Uniteds strävan att monopolisera marknaden för skotillverkningsmaskiner och att förfarandet således stred mot monopoliseringsförbudet som i 2 § *Sherman Act*. Käranden yrkade vidare på skadestånd

⁵³ Clark, E, Hughes, M, och Wirth, D, s. 33.

⁵⁴ Dubow, s. 240.

⁵⁵ *Chattanooga Foundry and Pipe Works v. Atlanta*, 203 U.S. 390 (1917).

⁵⁶ *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

för den skada som detta förfarande åsamkat käranden i form av högre produktionskostnader.

United bestred Hanovers skadeståndsyrkande och anförde att Hanover inte lidit någon skada. United menade att Hanover genom att höja priset på sina varor lyckats övervältra de ökade produktionskostnaderna på sina kunder. Övervältring var i detta fall möjlig på grund av två faktorer. Dels betalade alla skotillverkare på marknaden samma pris för att använda skotillverkningsmaskinerna och således påverkade svarandens självvägran konkurrenternas produktionskostnader i lika stor utsträckning. Dels var efterfrågan på skotillverkarnas varor oelastisk till den grad att en höjning av priset motsvarande ökningen av produktionskostnaderna inte medförde att den försålda kvantiteten minskade. Det faktum att alla konkurrenter drabbades av ökade produktionskostnader, och att ingen därmed led en konkurrensnackdel i förhållande till de andra, i kombination med det faktum att köparna var så pass prisokänsliga talade enligt United för att prisökningen övervältrades.

Domstolen fastslog först och främst att Uniteds självvägran utgjorde ett sådant förfarande som faller under monopolförbudet i § 2 *Sherman Act*. Därefter tog domstolen ställning till Uniteds invändning att övervältring hade skett och att Hanover därför inte hade lidit någon skada. Domstolen konstaterade att då en köpare lyckas visa att denne köpt material för att använda i sin näringsverksamhet till ett pris som är olaglig högt och även lyckas visa den summa som den olagliga överprissättningen uppgår till så skall en skada enligt § 4 *Sherman Act* anses föreligga *prima facie*.⁵⁷ Domstolen accepterade sålunda inte Uniteds invändning att Hannover inte lidit någon slutgiltig skada utan ansåg tvärtemot att ett flertal argument talade för att övervältring inte kunde anföras som försvar i skadeståndsmål.

Domstolen framhöll att om övervältringsinvändningar skulle godtas så skulle detta ge upphov till oerhört kostsamma och komplicerade processer. En bedömning av om övervältring skett och i så fall till vilken grad kräver nämligen omfattande bevisning samt tillämpningen av komplexa ekonomiska teorier.⁵⁸ Domstolen ansåg vidare ett accepterande av övervältringsinvändningar skulle resultera i en mindre effektiv övervakningen av konkurrensreglerna eftersom privata aktörer då skulle dra sig från att inleda en skadeståndprocess med tanke processens kostnad och komplexitet. Domstolen såg vidare en risk för att ett beaktande av övervältring skulle resultera i att

⁵⁷ Ibid, s. 489.

⁵⁸ Ibid, s. 492-493.

det inte längre fanns någon lämplig processförare. De direkta kundernas processande skulle försvåras om övervältringsförsvaret godtog och slutkunderna var, enligt domstolen, mindre benägna att föra processer eftersom de endast lidit en försumbar skada och även befinner sig längre bort från den skadegörande handlingen.⁵⁹ Om övervältringsinvändningar godkändes skulle konkurrensförbrytare därför få behålla frukterna av sitt lagstridiga handlande.

Den amerikanska lösningen, enligt federal rättspraxis, på övervältringsproblematiken är således att bortse från det faktum att eventuell vidareeskickning av skadan skett. Den direkta köparen är berättigad till ersättning motsvarande hela överprissättningen och de som brutit mot konkurrenslagstiftningen har därmed ingen möjlighet att undgå skadeståndsansvar genom att åberopa att övervältring skett. Denna inställning synes fördelaktig av processekonomiska skäl. I och med att en eventuell övervältring inte beaktas av domstolarna förenklas bevisningen av skadan, käranden behöver inte bevisa att övervältring inte skett. Domstolarna tvingas inte heller företa komplicerande beräkningar för att fastställa den slutliga skadans storlek. Lösningen gynnar vidare den grupp av potentiella käranden som har störst intresse av att påtala en konkurrensöverträdelse, dvs. de direkta kunderna i motsats till slutkunderna, och på så sätt möjliggörs en effektivare övervakning av konkurrensreglernas efterlevnad.

Den amerikanska hållningen till övervältringsinvändningar åstadkommer större genomslag för skadeståndsprocessens preventiva funktion. Den som bryter mot konkurrensreglerna löper en större risk att utsättas för en process och, vidare, då en process väl inleds, är risken att drabbas av skadeståndsansvar större eftersom det inte finns någon möjlighet att åberopa övervältringsinvändningar. En sådan ordning gynnar prevention framför reparation eftersom det är möjligt att erhålla skadestånd även om det kan ifrågasättas om käranden verkligen lidit skada. I dessa fall uppkommer en sanktionerande och preventiv effekt medan reparation uteblir eftersom det inte finns någon skada att återställa.

4. 4 EG-rättsliga inställningen till övervältringsinvändningar

I EG-rättsliga sammanhang har övervältringsproblematiken behandlats i ett flertal fall då skatter och administrativa avgifter uttagits i strid med EG-rätten samt i fall då

⁵⁹ Ibid, s. 494.

skadeståndstalan har väckts gentemot gemenskapens institutioner enligt artikel 288 i EG-fördraget. Dessa fall belyser EG-domstolens inställning till övervältringsinvändningar och även till frågan om en återbetalning eller ett utgivande av skadestånd ger upphov till en obehörig vinst då övervältring har skett.

I fallet *Hans Just*⁶⁰ sökte Hans Just, som bedrev en spritförsäljningsverksamhet, kompensation från den danska staten avseende en alkoholskatt som uttagits i strid med EG-rätten. Hans Just menade att den höga alkoholskatten hade tvingat honom att höja priserna och därmed givit upphov till skador i form av en minskad försäljning, minskad import samt överskott av personal. Danska staten invände att en återbetalning av den olagliga skatten skulle ge upphov till en obehörig vinst för kärandens del eftersom denne lyckats övervältra skatten på sina kunder. Staten påpekade vidare att denne vid en återbetalning till käranden riskerade att få ytterligare skadeståndanspråk riktade mot sig från de konsumenter som slutligen fått bära skattebördan.

EG-domstolen gick på den danska statens linje och anförde att gemenskapsrätten inte hindrade Danmark från att tillämpa en nationell princip om obehörig vinst vid återbetalning av skatter som uttagits i strid med EG-rätten. Enligt EG-domstolen var det således förenligt med EG-rätten att beakta övervältringsinvändningar om ett annat förfarande skulle strida mot principer i nationell rätt. En nationell domstol gavs därmed rätt tillämpa principer om obehörig vinst även om detta resulterade i att enskilda förvägrades återbetalning av skatter som uttagits i strid med EG-rätten.

Den EG-rättsliga inställningen till övervältringsinvändningar vid bedömningen av institutioners skadeståndsansvar enligt artikel 288 i EG-fördraget framkommer av fallet *Doumontier Frères m.fl. mot rådet*.⁶¹ I detta fall yrkande käranden ersättning för skada som uppkommit på grund av rådets underlåtenhet att lämna bidrag till kärandens majsproduktion. Rådet hävdade att skadeståndsskyldighet inte förelåg eftersom käranden kompenserat sig för de uteblivna bidragen genom att höja priserna på sina produkter. Skadan hade, enligt rådets mening, övervältrats på producenternas kunder. Domstolen godtog dock inte denna invändning utan fann att kärandens prishöjning berodde på andra faktorer än de uteblivna bidragen. Käranden hade inte möjlighet att kompensera de uteblivna bidragen genom att höja priserna. En sådan övervältring skulle nämligen resultera i en förlust av marknadsandelar till de konkurrenter som fått

⁶⁰ Mål C-68/79 *Hans Just I/S v. Danish Ministry for Fiscal Affairs* [1980] ECR 501.

⁶¹ Mål 64, 113/76, 167, 239/78, 27, 28, 45/79, *Doumontier Frères SA and others v. Council* [1979] ECR 3091.

bidragen och därmed kunde hålla lägre priser. Domstolen betonade dock att övervältringsinvändningar inte i sig kunde avfärdas såsom ogrundade. Tvärtemot ansåg domstolen att om en skada faktiskt övervältrats genom en prishöjning så måste detta beaktas vid ersättningsbedömningen. Av fallet framkommer således att eventuell övervältring skall beaktas och att gemenskapens institutioner därmed kan undkomma skadeståndsansvar genom att åberopa en övervältringsinvändning.

I fallet *Société Comateb*⁶² belyses EG-domstolens inställning till övervältringsinvändningar ytterligare. I fallet hade den franska staten krävt handlare på en hamnavgift i strid med EG-rätten. Enligt fransk lagstiftning var handlarna tvungna att inkludera skatten i varans självkostnadspris och således var de även skyldiga att övervältra avgiften ifråga. I fallet uppkom därmed frågan om dessa handlare hade rätt till återbetalning av avgiften trots att de hade en lagstadgad skyldighet att övervältra denna.

EG-domstolen klargjorde att en medlemsstat endast kan motsätta sig att återbetala en avgift som uttagits i strid med EG-rätten om det fastställts att hela kostnaden för avgiften burits av annan än den handlare som tvingats betala avgiften. Om endast en del av avgiften övervältrats var medlemsstaten däremot, enligt EG-domstolens mening, skyldig att återbetala den del av avgiften som inte övervältrats. Domstolen uttalade vidare att det åligger de nationella domstolarna att mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet bedöma om övervältring skett och i så fall till vilken grad. Det faktum att det enligt fransk lag krävdes övervältring av hamnavgiften medförde därmed inte att det i det enskilda fallet kunde anses styrkt att övervältring skett. Domstolen betonade dessutom att den som tvingats betala avgiften kan ha lidit en skada trots att övervältring skett. En sådan skada skulle bland annat kunna uppkomma då avgiften givit upphov till en prisökning som i sin tur resulterat i en minskad försäljningsvolym. En återbetalning av avgiften till en handlare som övervältrat avgiften behövde således inte nödvändigtvis resultera i att denna gjorde en obehörig vinst.

Av de ovanstående rättsfallen framgår att EG-domstolen intar en accepterande inställning till övervältringsinvändningar. EG-domstolen synes i alla de ovanstående fallen mena att eventuell övervältring måste beaktas. Den EG-rättsliga inställningen skiljer sig således markant från den amerikanska inställningen till övervältringsproblematiken. EG-domstolen för inget resonemang om processekonomi,

⁶² Mål C- 192/95 – C-218/95 *Société Comateb and Others v. Directeur général des douanes et droit indirects*, [1997] ECR I-165.

eller om vilken lösning som är mest lämplig ur effektivitetssynpunkt, liknande det som förs av *Supreme Court*. Det avgörande ur EG-rättsligt perspektiv är istället omfattningen av kändens skada. Då denna skada minimerats genom övervältring måste detta beaktas vid skadeståndsberäkningen eller vid beräkningen av återbetalningsskyldigheten. Den EG-rättsliga ordningen förefaller fokusera på känden och den verkliga omfattningen av dennes skada. Det är angeläget att inte överkompensera denne och att undvika uppkomsten av obehöriga vinster. Den EG-rättsliga lösningen betonar reparation medan den amerikanska snarare fokuserar på svaranden och vilken effekt ett accepterande av övervältringsinvändningar skulle få på eventuella konkurrensförbrytare, dvs. hur den preventiva funktionen bäst tillgodoses.

Den EG-rättsliga principiella inställningen i fall rörande återbetalning av avgifter och institutionernas skadeståndskyldighet är klar; eventuell övervältring skall beaktas. I avgörandet *Société Comateb* uppställer dock EG-domstolen mycket hårda krav på den som åberopar en övervältringsinvändning. För att kunna vinna framgång med en sådan invändning måste graden av övervältring visas och endast om övervältring skett i sin helhet undkommer svaranden återbetalningsansvar. Vidare krävs det, för att övervältringsinvändningen skall godtas, att svaranden visar att en återbetalning verkligen skulle ge upphov till en obehörig vinst. Dvs., svaranden måste visa att övervältringen inte åsamkat känden en skada genom en minskad omsättning. För att kunna undkomma återbetalningsskyldighet genom att åberopa övervältring måste svaranden således frambringa omfattande bevisning. Som redan berörts är det i många fall en svår uppgift att visa den exakta graden av övervältring och huruvida en prishöjning gett upphov till en omsättningsminskning. Det krävs betydande ekonomisk bevisning. Mot bakgrund av att domstolen i fallet lägger bevisbördan för att övervältring *inte* har skett på svaranden framstår uppgiften som ännu mer svårhanterlig. De bevis som krävs, i form av bl.a. försäljnings-, kostnads-, och prisinformation, befinner sig knappast inom svarandens maktsfär. Bevisbördefaktorer talar därmed snarare för att känden borde föra bevisning om dessa förhållanden. Genom att svaranden belastas med denna tunga bevisbörda kan det bedömas som praktiskt omöjligt att vinna framgång med övervältringsinvändning i EG-rättsliga sammanhang.⁶³ Det kan därmed anses att övervältring endast är av EG-rättslig relevans på ett teoretiskt och principiellt plan.

⁶³ Andersson, s. 139.

De ovanstående beskrivna fallen behandlar dock endast övervältringsproblematiken vid återbetalning av avgifter samt vid institutioners skadeståndsansvar. Frågan är i vilken utsträckning den principiellt accepterande inställningen, som framkommer i dessa fall, även är rådande på konkurrensrättens område. Då övervältringsinvändningar hittills inte har gjorts gällande i konkurrensrättsliga sammanhang är det oklart om EG-domstolen förhåller sig annorlunda till dessa i den konkurrensrättsliga kontexten. Det bör poängteras att i de fall som beskrivits ovan har det rört sig om förhållandet mellan medlemsstater och individer samt mellan gemenskapens institutioner och enskilda. I konkurrensrättsliga sammanhang är det däremot, vanligtvis, frågan om förhållandet mellan två enskilda parter. Därmed är det inte givet att det går att överföra den ovan beskrivna inställningen även på konkurrensrättens område.⁶⁴

Enligt min mening styrs ett företag rimligen i högre grad av kostnadseffektivt tänkande än en medlemsstat eller en gemenskapsinstitution. För ett företag som överväger att bryta mot konkurrensreglerna har en överhängande processrisk stor betydelse. En medlemsstats eller en gemenskapsinstitutioners beslut att företa en handling som strider mot EG-rätten styrs däremot inte gärna av risken att utsättas för ersättningsanspråk vid ett senare skede. Enligt min mening finns det starkare skäl att fokusera på svaranden och på den preventiva funktionen i de fall då övervältringsinvändningen åberopats av en privat aktör, än i de fall då en statlig eller gemenskapsrättslig aktör åberopar densamma. I konkurrensrättsliga sammanhang finns det därmed större fog att bortse från eventuell övervältring, då en sådan ordning har en större preventionsverkan, än i de fall då det rör sig om medlemsstaters och gemenskapsinstitutioners ansvar.

Vissa faktorer tyder dock på att EG-rätten intar en accepterande inställning till övervältringsinvändningar även på konkurrensrättens område. I fallet *Banks*⁶⁵ kom inte frågan att ställas på sin spets men generaladvokaten förde inte desto mindre en diskussion om övervältring i konkurrensrättsliga sammanhang. Generaladvokaten uttalade härvid att gemenskapsrätten inte hindrar nationella domstolar från att tillse att genomdrivandet av de EG-rättsliga rättigheterna inte ger upphov till obehörig vinst för de berättigade.⁶⁶ Generaladvokaten påpekade vidare att det vid skadeberäkningen är

⁶⁴ Jones, s. 196.

⁶⁵ Mål C-128/92 *HS Banks and Co. Ltd. v. British Coal Corporation* [1994] ECR I-1209.

⁶⁶ *Ibid.*, premiss 48.

nödvändigt att, för att förhindra uppkomsten av obehöriga vinster, beakta till vilken del käranden övervältrat skadan genom att höja priset på sina varor.⁶⁷

I fallet *Courage v. Crehan* uppkom inte heller inte frågan om övervältring men även i detta fall bekräftar domstolen att principen om obehörig vinst måste beaktas inom konkurrensrätten.⁶⁸ Den EG-rättsliga hållningen synes därmed vara att domstolen måste ta hänsyn till övervältring, även i konkurrensrättsliga sammanhang. Denna ståndpunkt har dock mindre betydelse om domstolen kommer att tillämpa de strikta regler som uppställdes i *Société Comateb* också när övervältringsinvändningar görs gällande av den som brutit mot konkurrensreglerna. I sådana fall kommer det EG-rättsliga rättsläget endast att skilja sig i teorin från det amerikanska, såsom det framkommer i *Hanover Shoe*.

4.5 Den svenska rättens inställning till övervältringsinvändningar

Det bör inledningsvis påpekas att den svenska inställningen till övervältringsinvändningar inte kan fastställas endast genom beaktande av svensk rätt. I svenska konkurrensrättsliga mål aktualiseras så gott som alltid en tillämpning av EG-rätten, eller närmare bestämt en tillämpning av artiklarna 81 och 82, om än en parallell sådan. Nationella domstolar måste vid tillämpning av EG-rätten, såsom tidigare berörts, iaktta de EG-rättsliga kraven på likabehandling, fullt genomslag och effektiva rättsmedel. Om svenska domstolar skulle inta en accepterande hållning till övervältringsinvändningar skulle detta kunna anses hindra fullt genomslag för EG-rätten eftersom de som lidit skada på grund av överträdelsen av artikel 81 eller artikel 82 inte ges kompensation motsvarande den initiala skadan. Fullt genomslag förhindras vidare eftersom svaranden vid ett godtagande av övervältringsinvändningar kan undkomma skadeståndsansvar och därmed får inte artikel 81 och 82 den eftersträvansvärda preventionseffekten.

Som framhållits ovan har dock EG-domstolen godkänt att nationella domstolar accepterar övervältringsinvändningar (i vart fall i fall rörande återbetalning av avgifter som uttagits i strid med EG-rätten) under förutsättning att den nationella rätten kräver att övervältring beaktas. Om svenska domstolar skulle godta övervältringsinvändningar skulle detta därmed vara förenligt med EG-rätten såvida, vilket även kan anses vara en förutsättning enligt nationell rätt, det finns en rättslig grund som fordrar en bedömning

⁶⁷ Ibid., premiss 50.

⁶⁸ Mål C-453/99 *Courage Ltd. v. Bernard Crehan* [2001] ECR I-6297, premiss 30.

av om övervältring skett. Frågan är dock om det i den svenska rättsordningen finns en grund enligt vilken övervältring måste observeras. Övervältring regleras inte uttryckligen vare sig i SkL eller i KL. Frågan har inte heller besvarats i praxis. Den svenska inställningen till övervältringsinvändningar får därmed fastställas med hjälp av beaktande av generella principer inom konkurrens- och skadeståndsrätten samt med hjälp av uttalanden i doktrin.

En grundläggande princip inom svensk skadeståndsrätt är att endast den faktiskt lidna skadan skall ersättas. Den skadelidande skall försättas i samma situation som denne befann sig i innan den skadegörande handlingen företogs. Då det gäller rena förmögenhetsskador understryks denna princip av SkL 2:1 som stadgar "... skall ersätta *skadan*...". Inte heller på konkurrensrätten område skall den skadelidande erhålla mer i skadestånd än vad han lidit i skada. Detta klargörs av 33 § KL som föreskriver: "... skall ersätta *den skada som därigenom uppkommer*...". I svensk rätt betonas därmed reparation och processen fokuserar på käranden och den skada som denne lidit. Detta förhållningssätt överensstämmer med det gemenskapsrättsliga men skiljer sig från det amerikanska som prioriterar prevention framför reparation och som inriktar sig på svaranden och den skadegörande handlingen. Då svensk skadeståndsrätt och den svenska konkurrensrättsliga skadeståndsgrunden inte syftar till att överkompensera den skadelidande ter det sig mest troligt att en konkurrensbegränsares skadeståndsansvar inte är mer omfattande än den slutgiltiga skadan som den direkta kunden lidit.

Inom svensk civilrätt gäller vidare en allmän princip om obehörig vinst. Obehörig vinst institutet kan illustreras genom ett exempel: (A) har gjort en vinst på annans bekostnad (B) och om vinsten är obehörig eller saknar rättsgrund skall den återgå, vilket ger upphov till en ersättningsrätt för B gentemot A avseende just vinsten. Det har alltså skett en förmögenhetsöverföring från B till A. Det krävs här att den fördel som A vunnit innebär en förlust för B. Syftet med rättsinstitutet är att utjämna den förmögenhetsförskjutning som skett.⁶⁹ Principen om obehörig vinst kan anföras som argument för att svenska domstolar vid bedömningen av konkurrensrättsliga skadeståndsanspråk skall beakta övervältring. En ersättningsrätt motsvarande hela den ursprungliga skadan kan anses ge upphov till en obehörig vinst för den direkta kundens del då denne lyckats övervältra sin skada. Den svenska rättens betoning på reparation i

⁶⁹ Karlgren, *Obehörig vinst*, s. 12.

kombination med den ställning som principen om obehörig vinst ges i svensk rätt talar för att övervältringsinvändningar bör beaktas av svenska domstolar.

I doktrin har uttalande gjorts till stöd för denna uppfattning. Torbjörn Andersson menar nämligen att konkurrensbegränsaren mot den direkta köparens skadeståndsanspråk borde kunna invända att denne gör en obehörig vinst till den del hans extrakostnader förts vidare till andra säljled. Han anser i och för sig att det är tveksamt om den svenska principen om obehörig vinst verkligen kan förstås på detta sätt i konkurrensrättslig svensk eller EG-rättslig kontext. Men han vidhåller dock att det krävs en tillämpning av denna princip, och därmed också ett accepterande av övervältringsinvändningar, i annat fall kan konkurrensbegränsaren tvingas betala samma skada två gånger. Torbjörn Anderssons inställning synes alltså vara att svenska domstolar skall beakta övervältring vid skadebedömningen i konkurrensrättsliga mål. Han påpekar även att en sådan ordning inte heller strider mot EG-rätten såvida den svenska domstolen vid obehörig vinstbedömningen tar hänsyn till den direkta kundens eventuellt minskade avsättning för sina produkter samt inte presumerar att övervältring skett.⁷⁰ Det vill säga, den svenska domstolen måste iaktta de krav som EG-domstolen formulerade i *Société Comateb*.

Nils Wahl synes även vara av den uppfattningen att övervältring är något som måste beaktas enligt svensk rätt *de lege lata* på grund av grundprincipen i svensk rätt att ersättning endast kan utgå för faktiskt liden skada.⁷¹ *De lege ferenda* anser han dock att en princip om avräkning inte bör upprätthållas inom svensk konkurrensrätt.⁷² Han förordar istället ett svenskt anammande av den amerikanska icke-accepterande inställningen till övervältringsinvändningar, eftersom en sådan ordning bäst främjar ekonomisk effektivitet. Ett accepterande av övervältringsinvändningar medför visserligen att överkompensation undviks, men å andra sidan är ett accepterande förenat med stora utredningskostnader för att avgöra till vilken grad en överprissättning skickats vidare. Som ytterligare skäl till varför den direkta köparen bör ges rätt till ersättning för hela överprissättningen anför han även att då, och endast då, kan skadeståndet förmodas ha någon avhållande effekt på kartellen. Wahl anser vidare att det i svensk rätt skulle vara möjligt att bortse från övervältringsinvändningar genom att fokusera på den skadegörande handlingen, eller med andra ord, tidpunkten för denna, vid bedömningen

⁷⁰ Andersson, s.139.

⁷¹ Wahl, s. 308.

⁷² A. a. s. 309. Observera att Wahls argumentation utgår från det svenska systemet med endast begränsade möjligheter till ersättning för den indirekta köparen.

av skadans omfattning. Då ett sådant synsätt tillämpas är ju den direkta kundens eventuellt senare vidarekickande inte av betydelse.

Den svenska rättens restriktiva ställning till överkompensation i kombination med principen om obehörig vinst nämns således i doktrin som skäl för att svenska domstolar *de lege lata* måste godta övervältringsinvändningar. Enligt min mening finns, det såsom Wahl påpekar, starka skäl för att svenska domstolar *de lege ferenda inte* bör beakta övervältring i konkurrensrättsliga mål. Processekonomiska hänsyn talar emot ett accepterande av övervältringsinvändningar då det är komplicerat och kostsamt att uppskatta övervältring. En avvisande inställning till övervältringsinvändningar åstadkommer vidare en starkare prevention eftersom skadegöraren då tvingas ersätta hela den initiala skadan. Det kan vidare anses att en restriktiv hållning till övervältringsinvändningar främjar en effektiv konkurrensövervakning i och med att en sådan ordning ger de direkta kunderna starkare incitament att inleda skadeståndsprocesser.

Det kan dessutom ifrågasättas om principen om obehörig vinst och principen om att endast uppkommen skada skall ersättas verkligen innebär att svenska domstolar *de lege lata* måste acceptera övervältringsinvändningar. Såsom Andersson betonar är det tveksamt om principen om obehörig vinst verkligen kan användas av en konkurrensbegränsare som skydd mot en skadelidandes anspråk. Mycket talar för att principen om obehörig vinst inte kan åberopas i dessa fall eftersom den direkta kunden inte gör en obehörig vinst på konkurrensbegränsarens bekostnad, denna vinst görs snarare på den indirekta kundens bekostnad. Den förmögenhetsöverföring som obehörigvinstinstitutet syftar till att utjämna har ju i dessa fall inte skett mellan konkurrensbegränsaren och den direkta kunden utan mellan den direkta kunden och dennes kunder i sin tur. Enligt min mening ter det sig vidare av principiella skäl underligt att tillåta konkurrensbegränsaren att dra fördel av principen om obehörig vinst. Det kan ju hävdas att konkurrensbegränsaren, då denne undkommer skadeståndsansvar, själv gör en obehörig vinst motsvarande den vinst som konkurrensbegränsningen gett upphov till. Det kan då betvivlas om det är rimligt att, å ena sidan, tillåta att skadevällaren gör en obehörig vinst samtidigt som den direkta kunden, å andra sidan, inte medges en sådan vinst. Jag anser därför inte att principen om obehörig vinst utgör ett hinder för att underkänna övervältringsinvändningar.

Det faktum att ersättningen endast skall motsvara den lidna skadan behöver vidare inte medföra att ersättningen måste reduceras vid vidarekickning av skadan. Som Wahl

påpekar beror detta på vilken som anses vara den relevanta tidpunkten för skadebedömningen. Om denna tidpunkt anses vara den då den direkta kunden köper sin vara till ett överpris eller den då den direkta kunden säljer den vara som denne köpt till ett överpris. Om skadebedömningen förläggs till den första av dessa tidpunkter är en eventuell senare kompensation genom vidarekickning inte av relevans. Om en sådan skadebedömning tillämpas kan inte konkurrensbegränsaren åberopa övervältring som försvar inför svenska domstolar. Enligt min mening är det därmed tveksamt om övervältringsinvändningar verkligen måste beaktas av svenska domstolar enligt gällande rätt. Jag anser även att effektivitetsargument talar för att man i svensk rätt *de lege ferenda* bör välja den lösning som valts i amerikansk rätt och följaktligen inte acceptera ett defensivt användande av övervältring.

5 Indirekta kunders talerätt

Om konkurrensbegränsarnas direkta kunder har möjlighet att övervältra hela den olagliga prisökningen på sina kunder är det endast dessa, till konkurrensbegränsaren indirekta kunder, som lider en skada. Då aktualiseras den andra frågan av övervältringsproblematiken: skall dessa indirekta köpare ha rätt att föra en skadeståndstalan mot konkurrensbegränsaren? Denna fråga har blivit besvarad i amerikansk rätt. I EG-rätten och i svensk rätt har frågan ännu inte uppkommit inför en domstol, men vissa slutsatser kan dock dras om en indirekt köpares möjligheter att föra en skadeståndstalan enligt dessa rättsordningar.

5.1 Amerikansk rätt

5.1.1 Talerätten i konkurrensrättsliga mål

Utgångspunkten i amerikansk rätt för att en person skall kunna väcka talan är att hon eller han har *standing*. Först och främst måste det konstitutionella kravet på *standing* vara uppfyllt. Detta krav följer av artikel III i den amerikanska konstitutionen som stadgar att de federala domstolarna har behörighet att lösa *cases and controversies*. Endast de personer som kan visa att de lidit skada eller att de på ett annat sätt har ett särskilt intresse av att konflikten eller fallet löses anses ha en rätt att få sin talan prövad. För att *standing* skall föreligga måste *genuine case or controversy* visas.⁷³ Då civilrättsliga anspråk görs gällande krävs det vidare att käranden visar skada samt orsakssamband. Den skadegörande handlingen, dvs. Konkurrensöverträdelsen, måste ha varit en betydande orsak till skadan, *material cause*. Överträdelsen behöver dock inte ensamt ha orsakat skadan, andra faktorer kan ha ensamt eller tillsammans också spelat en betydande roll i skadans uppkomst.⁷⁴

Förutom de konstitutionella kraven på *standing* uppställs en rad andra krav för att en person skall ha rätt att inleda en konkurrensrättslig skadeståndprocess. Talerätt tillkommer enligt 4 § *Clayton Act* "any person injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws". Det måste först och främst röra sig om en "person". Med "person" i lagens mening avses såväl fysiska som juridiska

⁷³ Jones, s.159.

⁷⁴ A. a. s. 155.

personer. Det måste för det andra röra sig om en skada i ”*business or property*”. ”*Business*” anses inkludera all kommersiell verksamhet och skador anses normalt sätt utgöra utebliven vinst. ”*Property*” omfattar allt till vilket en äganderätt kan göras gällande och skador beräknas vanligtvis i termer av överpriser. Den vidsträckta tolkningen av dessa rekvisit medför att dessa krav i praktiken inte utgör något större begränsning i rätten att väcka talan.⁷⁵

Enligt lagens ordalydelse har *any person* rätt till skadestånd. I praxis har dock talerättens omfattning kommit att inskränkas av krav på *direct injury*, *antitrust injury* och vidare av *direct purchaser rule*. Kravet på att käranden skall vara direkt skadelidande fastställdes år 1909 i fallet *AT&T*.⁷⁶ I detta fall förde aktieägaren i ett litet telefonbolag en skadeståndstalan enligt *Clayton Act* gentemot AT&T under påstående att företagets uppköp av det mindre telefonbolaget gjort aktierna i det mindre bolaget värdelösa. Domstolen avslog talan med hänvisning till att det var bolaget som lidit skada och att därmed endast bolaget hade rätt att föra en skadeståndstalan. Domstolen uppställde ett krav på *direct injury* och varnade för att en annan tolkning skulle medföra att skadevällare drabbades av ett sexfaldigt skadeståndsansvar. Med tanke på konkurrensskadors stora spridning genom ekonomin har det ansetts nödvändigt att införa en spärregel för att undvika att öppna en s.k. ”*floodgate*”: ”*If the flood gates were opened to permit treble damage suits by every creditor, stockholder, employee, subcontractor, or supplier of goods and services that might be affected, the lure of a treble action recovery, implemented by the availability of the class suit... would result in an overkill.*”⁷⁷

Kravet på *antitrust injury* formulerades i fallet *Brunswick*.⁷⁸ I detta fall yrkade käranden, Bowl-O-Mat, att Brunswicks uppköp av bowlinghallar utgjorde monopolisering i strid med *Section 7 Clayton Act*. Käranden yrkade på skadestånd motsvarande utebliven vinst som uppstått eftersom Bowl-O-Mat var tvungen att konkurrera med bowlinghallar som annars hade gått i konkurs. *Supreme Court* ogillade skadeståndstalan under motiveringen att det inte är tillräcklig att visa orsakssammanhang mellan överträdelse och skada; käranden måste även visa *antitrust injury*, dvs. en skada som konkurrensreglerna syftar till att förhindra: ”*Plaintiffs must prove antitrust injury, which is to say injury of the type the antitrust laws were intended*

⁷⁵ Wahl, s.154.

⁷⁶ *Ames v. American Tel. & Tel. Co.*, 166 F 820 (CCD Mass. 1909).

⁷⁷ *Calderone Enterprise Corp. v. United Artist Theatre Circuit*, 454 F 2d 1292 (2d. Cir.1971).

⁷⁸ *Brunswick Corp. V. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

to prevent and that flows from that which makes defendants' acts unlawful. The injury should reflect the anticompetitive effect either of the violation or of anticompetitive acts made possible by the violation.”⁷⁹ Brunswicks uppköp medförde att Bowl-O-Mat utsattes för ökad konkurrens och därmed var denna skada inte en sådan som konkurrensreglerna syftar till att förhindra. Ersättning utgick således inte trots att uppköpen i sig stred mot monopoliseringsförbudet.

Kravet på *antitrust injury* medför att domstolarna vid sin talerättsprövning inte enbart beaktar vem som lidit skada utan även skadans natur och koppling till konkurrensreglernas ändamål. Kraven på *direct injury* och *antitrust injury* är lika på så sätt att de båda syftar till att reglera i vilken utsträckning den är rimligt att låta skadegöraren stå ansvarig för skadan. En viss skillnad kan ändå märkas såtillvida att frågan om en viss skada är direkt eller inte avgränsar kretsen av skadelidande i förhållande till hur nära de befinner sig till skadegöraren. Medan huruvida någon lidit *antitrust injury* bestäms mot bakgrund av varför skadan uppkommit. Om skadan uppkommit som ett resultat av konkurrensbegränsningen och detta samtidigt är något som konkurrensreglerna syftar till att förhindra är det fråga om *antitrust injury*, annars inte.⁸⁰

5.1.2 Indirekta kunders talerätt

I amerikansk rätt fastslogs tidigt att en konkurrensförbrytare inte kan undkomma skadeståndsansvar genom att åberopa att överpriset vidarekicksats; de direkta kunderna har rätt till skadestånd även om de övervältrat skadan på kunder i senare led. I rättsfallet *Illinois Brick*⁸¹ fick *Supreme Court* ta ställning till andra sidan av övervälningsproblematiken, dvs. frågan om de indirekta köparna, på vilka skadan övervältras, har rätt att föra en skadeståndstalan gentemot konkurrensbegränsaren. Frågan uppkom genom att delstaten Illinois förde en skadeståndstalan gentemot cementproducenten Illinois Brick. Delstaten hävdade att Illinois Brick deltagit i en priskartell som skadat delstaten. Delstaten menade att den prishöjning som kartellen orsakat hade övervältrats från Illinois Brick till dennes direkta kunder, vilka konstruerade betongblock, och därefter till de byggföretag som köpte betongblocken.

⁷⁹ Ibid, s. 489.

⁸⁰ Wahl, s. 155.

⁸¹ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

Delstaten fick slutligen bära skadan då denna anlidade dessa byggföretag för konstruktionsarbeten.

Domstolen fastslog först och främst att övervältringsargument antingen måste accepteras i båda riktningar eller inte alls. För det första för att om både direkta kunder och indirekta kunder, vilka skadats genom övervältring, skulle ges rätt till ersättning skulle detta medföra att samma skada ersattes flerfald. En sådan ordning skulle medföra en risk för överprevention. För det andra rättfärdigade inte de effektivitetsargument, vilka anförts i *Hanover Shoe* till stöd för att inte beakta övervältring, en ojämn behandling av svaranden och kändanden.⁸²

Domstolen ansåg, liksom i *Hanover Shoe*, att syftet med skadeståndsreglerna bäst tillgodosågs om den direkta köparen gavs rätt att begära ersättning för hela överpriset. Den direkta köparen ansågs vara en mer lämpad och mer benägen processförare än den indirekta köparen. Domstolen pekade vidare återigen på de svårigheter som en uppskattning av övervältring är förknippad med, rätt mängd skadestånd skall portioneras till en oändlig krets potentiella skadelidande, och att även om det i teorin kan framstå som frestande att ersätta de som skadats genom övervältring, leder detta i praktiken till mycket komplexa och ineffektiva skadeståndsprocesser.⁸³

Domstolen fastställde således att övervältringsargument inte är tillåtna oavsett om dessa används av svarande eller av kändanden. Domstolen markerade dock att undantag borde göras i två fall. För det första då den indirekta köparen och den direkta köparen har ett s.k. *cost plus-avtal* med fixerade inköpskvantiteter. Överpriset kan under sådana omständigheter enkelt spåras till den indirekta kunden. I detta fall fungerar den direkta köparen endast som en förmedlare mellan konkurrensförbrytaren och den indirekta kunden. Den direkta köparen drabbas inte av den omsättningsförlust som annars vanligtvis följer av en prishöjning. För det andra då den direkta köparen ägs eller kontrolleras av sina kunder, om det i verkligheten endast rör sig om en ekonomisk enhet uppkommer det inte heller några problem med att spåra övervältringen.⁸⁴ Domstolen menade att dessa undantag var befogade eftersom effektivitetsskäl inte talade emot att övervältring beaktas i dessa fall. Ytterligare argument kan anföras till stöd för att undantag bör göras i dessa situationer. Genom de uppställda undantagen ser domstolarna till en transaktions verkliga innehåll och det är då inte möjligt för

⁸² Ibid, s. 730 ff.

⁸³ Ibid, s. 720 f.

⁸⁴ Ibid, s. 736 f.

kartellföretaget att undkomma ansvar genom att sätta upp ett mellanled i form av exempelvis en försäljningsfirma.⁸⁵

Ett flertal argument kan framläggas mot den amerikanska lösningen, vilken helt bortser från övervältring. En sådan lösning kanske gynnar skadeståndets preventiva funktion, men den underminerar dess reparativa funktion. Då övervältring skett har ju de indirekta köparna lidit en skada. I vissa fall, då den direkta köparen lyckats övervältra hela sin initiala skada, är de den enda kategori som verkligen skadats. Trots detta förvägras de ersättning och reparation. Det kan vidare ifrågasättas i vilken mån lösningen verkligen leder till ett större genomslag för den preventiva funktionen. Det är inte givet att de direkta köparna verkligen är mer lämpliga processförare än de indirekta köparna. De skiljeaktiga i *Illinos Brick* menade tvärtemot att de direkta köparna ofta är mindre benägna att väcka talan gentemot konkurrensbegränsaren: “*direct purchaser who act as middlemen have little incentive to sue suppliers as long as they may pass on the bulk of the illegal overcharge to the ultimate consumers*”.⁸⁶ Den indirekta köparen, däremot, kan anses ha större incitament att inleda en process då denne har ett reellt behov av kompensation. Mot detta kan invändas att även om den direkta köparen inte lidit någon förlust så kan det vara intressant för honom att kräva skadestånd, eftersom hela skadeståndet i så fall blir en ren vinst.⁸⁷ Andra bedömare betvivlar de direkta köparnas villighet att föra en talan mot konkurrensbegränsaren då dessa står närmast konkurrensbegränsaren och kanske har ett affärsförhållande till denne som de inte gärna sätter på spel genom att processa.⁸⁸ Indirekta köpare behöver däremot inte tänka på att vårda sin relation till konkurrensbegränsaren. Den regel som formulerades i *Illinois Brick* har debatterats ingående och kritiserats kraftigt. Många delstater, bland annat Kalifornien, har motsatt sig avgörandet och stiftat lagar som uttryckligen ger indirekta köpare rätt till att föra en delstatlig skadeståndsprocess.⁸⁹

⁸⁵ Wahl, s. 315.

⁸⁶ *Illinois Brick*, s. 749.

⁸⁷ Wahl, s. 311.

⁸⁸ Jones, s. 197.

⁸⁹ A. a. s. 180.

5.2 EG-rätten

5.2.1 Talerätten vid överträdelser av artiklarna 81 och 82

Rätten till skadestånd vid överträdelser av artiklarna 81 och 82 regleras varken i EG-fördraget eller i EG:s sekundärrätt. Än mindre framgår där vilka som har rätt att inleda en skadeståndsprocess vid en nationell domstol. Vissa slutsatser kan dock dras om talerättens omfattning med utgångspunkt av principen om direkt effekt, artikel 7(2) i förordning 1/2003 och från EG-domstolens avgörande i *Courage v. Crehan*. Innan EG-domstolens avgörande i *Courage v. Crehan* lanserades olika bedömningsgrunder för talerättens omfattning i den juridiska litteraturen. I *Courage v. Crehan* klargjordes till viss del talerättens utformning, men då rättsläget fortfarande inte kan anses som helt utrett är det av intresse att beakta den tidigare förda diskussionen.

En bedömningsgrund, för talerättens utsträckning, som föreslagit i litteraturen är principen om direkt effekt. Jones förespråkar, mot bakgrund av denna princip, en mycket generös talerätt. En enskild som kan visa att en överträdelse orsakat honom skada har en talerätt som är: *”at least coextensive with the substantive reach of the directly effective competition rules of the EC treaty.”*⁹⁰ Jones påpekar även att det i avsaknad av tredubbel skadeståndsansvar inte är troligt att man inom EG-rätten tar efter den begränsade talerätt som utvecklats i amerikansk praxis.⁹¹ Wahl invänder dock följande mot Jones uppfattning. ”Det är förvisso korrekt att den direkta effekten i sig sannolikt utgör ett krav för att enskilda skall ha rätt till skadestånd, men att detta även skulle vara tillräckligt för ett skadeståndsansvar finner i vart fall jag osannolikt.” Enligt Wahl anger inte EG-rätten på vilket sätt kretsen av ersättningsberättigade skall begränsas. Att en avgränsning skall ske förfaller klart, dock utan annan indikation på hur denna skall utformas än att de ersättningsberättigade skall omfattas av reglernas skyddsändamål. I likhet med den amerikanska rätten förfaller det vara av större betydelse inom EG-rätten vilken typ av skada som åsamkats, än vem som åsamkats skadan.⁹²

Artikel 7(2) i förordning 1/2003 kan vidare användas för att utläsa talerättens omfattning. Denna bestämmelse säger visserligen ingenting om rätten till skadestånd, utan reglerar istället vem som har rätt att initiera en förfarande hos kommissionen. Av

⁹⁰ A. a. s. 186.

⁹¹ A. a. s. 191.

⁹² Wahl, s. 243.

praxis kring denna bestämmelse⁹³ framkommer att kommissionen har rätt att avvisa klagomål, trots att klaganden har ett berättigat intresse, om klagomålet inte är av tillräckligt gemenskapsrättsligt intresse.⁹⁴ Kommissionens rätt att avvisa klagomål följer av kompetensfördelningen mellan kommissionen och de nationella domstolarna. Då ett klagomål inte är av tillräckligt gemenskapsrättsligt intresse är det inte kommissionens, utan de nationella domstolarnas uppgift att skydda den klagandes rättigheter.⁹⁵ Med hjälp av avvisningsrätten kan man utläsa vilka som har rätt att inleda skadestandsprocesser i nationella domstolar. Om kommissionen avvisar ett klagomål med hänvisning till bristande gemenskapsrättsligt intresse måste den klagande ha rätt till en nationell domstolsprövning, annars skulle enskildas berättigade intressen göras skyddslösa. De som har ett berättigat intresse enligt artikel 7(2) måste därmed också ha rätt att få sina skadestandsanspråk prövade inför nationella domstolar.⁹⁶

Berättigat intresse enligt artikel 3.2.b, nuvarande 7(2), har getts en mycket vid tolkning och anses föreligga när den påstådda överträdelsen påverkar den klagandes ekonomiska intresse negativt.⁹⁷ Talerätten i skadestandsmål framstår som mycket omfattande om den tolkas mot bakgrund av denna artikel. Jones hävdar att den EG-rättsliga talerätten, såsom den följer av principen om direkt effekt och kompetensfördelningen mellan kommissionen och de nationella domstolarna, blir mycket mer omfattande än den i USA och att *private enforcement* därför troligtvis kommer att bli ännu vanligare i Europa än i USA.⁹⁸

I och med *Courage v. Crehan* fick EG-domstolen ta ställning till talerättens omfattning vid skadestånd på grund av överträdelser av artiklarna 81 och 82. Detta fall rörde dock som tidigare nämnts den speciella frågan om den som själv är part i ett konkurrensbegränsande avtal har rätt till skadestånd, och därför är avgörandets räckvidd något oviss. Domstolen förde dock en diskussion rörande talerätten och kretsen av skadestandsberättigade av mycket generell natur. Domstolen uttalade att: ”artikel 81 och 82 har horisontell effekt och ger därigenom upphov till individuella rättigheter som måste skyddas av nationella domstolar. Till följd av detta kan varje enskild, inklusive parter till konkurrensbegränsande avtal, åberopa åsidosättande av artikel 81.1.”⁹⁹

⁹³ Avgörandet rör artikel 3.2.b. i förordning 17/62 som nu ersatts av artikel 7(2) i förordning 1/2003.

⁹⁴ Mål T-24/90 *Automec v. Commission* (nr.2), [1992].

⁹⁵ *Automec v. Commission* (nr.2), premiss 86.

⁹⁶ Jones, s. 197 f. samt Levinsohn och Lidgard, s. 57 f.

⁹⁷ Jones, s. 190.

⁹⁸ A. a. s. 191.

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

Domstolen menade vidare att: ”Den fulla verkan av artikel 85 i fördraget, och särskilt den ändamålsenliga verkan av det förbud som stadgas i dess första stycke, skulle kunna ifrågasättas om inte varje person kan begära ersättning för en skada som ett avtal eller ett handlande som kan begränsa eller snedvrída konkurrensen påstås ha orsakat honom.”¹⁰⁰

Avgörandet i *Courage v. Crehan* talar för att den talerätt som råder i EG-rättsliga sammanhang är mycket vid. Om varje enskild skall kunna åberopa en rätt till skadestånd och varje skadelidande skall kunna begära ersättning finns det inom EG-rätten inte utrymme för att införa talerättshinder liknande de i amerikansk rätt. Domstolen uttalade visserligen att inskränkningar kan göras med hänsyn till principen om obehörig vinst samt med hänsyn till principen om att ingen bör kunna dra nytta av sitt eget rättsstridiga handlande.¹⁰¹

5.2.2 Indirekta köpares talerätt vid överträdelser av artikel 81 och 82

Upprätthållandet av principen om direkt effekt, artikel 7(2) i förordning 1/2003 (sedd tillsammans med kommissions avvisningsrätt) och domstolens uttalanden i *Courage v. Crehan* talar för en mycket bred talerätt vid skadestandsprocesser på grund av överträdelser av artiklarna 81 och 82. Det är därför troligt att den EG-rättsliga talerätten även innefattar indirekta köpare som skadats av konkurrensöverträdelser. Jones anser att EG-rätten inte tillåter en sådan regel som uppställdes i *Illinois Brick*: “*The rule in Illinois Brick would deny compensation to indirect purchaser legal and natural persons suffering actual injury from the infringement of their directly effective rights...this would result in an intolerable disparity between the scope of the remedy and the substance of directly effective rights. Accordingly, it seems that in the community indirect purchasers able to prove injury must be allowed to do so without the artificial limitation imposed by Illinois Brick in the USA.* “

Domstolens uttalanden i *Courage v. Crehan* talar i samma riktning. Domstolen nämner i och för sig ingenting om indirekta köpare men uttalar däremot att varje person bör kunna begära ersättning för skador orsakade av överträdelser av konkurrensreglerna, vilket borde inkludera även indirekta köpare. Det faktum att det i fallet (och även i andra fall såsom redogjorts för under avsnitt 4.4) fastslås att obehörig vinst, och därmed även övervältring, kan beaktas av nationella domstolar talar vidare, enligt min mening,

¹⁰⁰ Ibid, premiss 26.

¹⁰¹ C-453/99 *Courage v. Crehan*, premisserna 29-31.

för att indirekta köpare har rätt till skadestånd enligt EG-rätten. Det synes orimligt att i en rättsordning beakta övervältring till den svarandes fördel och samtidigt inte godta processer förda av de som skadats av övervältringen. En dylik ordning skulle ju medföra att konkurrensbegränsaren gjordes immun mot skadeståndsanspråk då skadan övervältrats. En sådan svarandevänlig inställning kan knappast vara något som eftersträvas inom EG-rätten. Det inte möjligt att motivera ett EG-rättsligt talerättshinder för indirekta köpare med effektivitetshänsyn, såsom görs i USA, eftersom effektivitetsskäl enligt EG-rätten inte hindrar att övervältring beaktas för att undvika obehöriga vinster. Om övervältringsförsvar godtas kan indirekta köparens rätt till skadestånd anses som en automatisk och okontroversiell följd.¹⁰²

Det är förvisso mycket svårt att vinna framgång med ett övervältringsförsvar enligt EG-rätten, nästintill omöjligt enligt den bevisbörderegeln som formulerades i *Société Comateb*. Svårigheten att undkomma skadeståndsskyldighet på grund av övervältring kan framhållas som ett argument för att man inom EG-rätten, liksom i amerikansk rätt, bör förhindra processer förda av indirekta köpare. I annat fall finns det en risk för att konkurrensbegränsaren tvingas betala samma skada flera gånger. Hur stor denna risk är beror dock givetvis på vilka bevisregler som tillämpas vid processer förda av indirekta köpare. Om en domstol anser att övervältring inte visats i en process förd av en direkt köpare, men att detta däremot visats i en indirekt köparens process mot samma svarande finns det risk för överprevention. En potentiell konkurrensbegränsare avskräcks då inte enbart från att överträda konkurrensreglerna utan även från att vara kommersiellt verksam. Denna risk är dock inte på långa vägar lika framträdande inom EG-rätten som den skulle vara om en sådan reglering tillämpades i USA. I Europa finns nämligen inte det tredubbla skadeståndsansvaret och därmed behöver inte svarande frukta ett sexdubbelt skadeståndsansvar. Det kan tilläggas att det i USA under perioden 1968-1977 inte rapporterades ett enda fall av flerfaldigt skadeståndsansvar, trots att det under denna period var teoretiskt möjligt att drabbas av ett sådant ansvar.¹⁰³ Sammantaget medför inte en EG-rättslig talerätt för indirekta köpare någon större risk för överprevention. Detta trots de hårda beviskraven som ställs på svaranden för att få igenom ett övervältringsförsvar. Det är därför inte troligt att man inom EG-rätten uppställer ett talerättshinder liknande det som formulerades i *Illinois Brick*.

¹⁰² Jones, s. 197.

¹⁰³ A. a. s. 198.

5.3 Svensk rätt

5.3.1 Talerätten i konkurrensrättsliga skadeståndsprocesser

Talerättens utformning vid konkurrensrättsliga skadeståndsprocesser framgår direkt av skadeståndsbestämmelsen i 33 § KL. Denna bestämmelse stadgade tidigare, fram till den 1 augusti 2005, att företag som överträtt förbuden i 6 eller 19 §§ KL skall ersätta den skada som uppstått för *annat företag eller avtalspart*. Talerätten var således inskränkt till ”företag” och ”avtalsparter”. Begreppet företag innefattar enligt 3 § KL fysiska eller juridiska personer som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur som inte består av myndighetsutövning. I förarbetena avgränsades talerätten ytterligare i enlighet med följande uttalande: *rätt till skadestånd har enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer bara den som kan sägas omfattas av lagens skyddsintresse. Hit hör konkurrerande företag eller företag i andra eller tidigare säljled som berörs mer direkt av det konkurrensstridiga förfarandet.*¹⁰⁴ Ett företag hade således endast rätt till ersättning om det kunde anses falla under lagens skyddsintresse. För att avgöra detta krävdes en tillämpning av den s.k. normskyddsläran, vilket innebär bedömning av om den aktuella skadan träffar intressen som den aktuella lagstiftningen syftar till att skydda, endast då är skadan ersättningsgill.¹⁰⁵

Andra än företag hade enligt den tidigare utformningen av § 33 KL endast talerätt om de var avtalsparter. I förarbetena uttalades att den som träffat avtal med ett företag som deltar i ett förbjudet samarbete kan ha rätt till ersättning för den skada som denne drabbats av till följd av det förbjudna samarbetet. Detta sades dock gälla främst när det förbjudna samarbetet var inriktat på en enskild avtalssituation som exempelvis en anbudskartell. Offentliga organ eller konsumenter hade således vissa möjligheter att föra en skadeståndstalan i egenskap av avtalsparter. Talerätt tillkom dock endast avtalsparter som ingått avtal direkt med konkurrensbegränsaren. I förarbetena påpekades vidare att obestämda kretsar av konsumenter som endast är indirekt berörda av ett förbjudet samarbete inte har rätt till skadestånd. Den snäva talerätten för konsumenter motiverades med att: ”även om ett syfte med lagen är att främja det totala

¹⁰⁴ Prop 1992/93 s. 96.

¹⁰⁵ Wahl, s. 244.

konsumentintresset kan dessa inte anses ingå i lagens skyddsintresse med hänsyn till lagens inriktning på förhållandena inom näringslivet.”¹⁰⁶

Mot bakgrund av införandet av gruppaltalaninstitutet tillsattes en utredning för att se över kretsen av skadeståndsberättigade enligt KL.¹⁰⁷ Utredningen föreslog en utvidgning av kretsen av skadeståndsberättigade och att begränsningen av ersättningsberättigande till ”*ett annat företag eller avtalspart*” skulle tas bort. En sådan ändring ansågs motiverad eftersom det rörde ovisshet rörande vilka företag som omfattades av lagens skyddsområde samt om hur begreppet avtalspart skulle tolkas. Som skäl för en förändring anfördes vidare att konsumenter måste anses omfattas av lagens skyddsintresse och att deras rätt till ersättning därför inte skall vara beroende av om de står i ett avtalsförhållande till företaget eller inte. Konkurrenslagens skyddsintresse ansågs inte utgöra något hinder för en utvidgning av kretsen av skadeståndsberättigade. I propositionen framhölls också att skadestånd enligt konkurrenslagen skall fylla både en reparativ och en preventiv funktion. Genom en utvidgning av kretsen av ersättningsberättigade förväntades den reparativa effekten av konkurrensreglerna få ökat utrymme, särskilt med tanke på möjligheten att driva grupprättegångar i de fall där det är fråga om en serie ersättningskrav som inte är individuellt processbara. En utvidgning bedömdes också öka den preventiva verkan av konkurrenslagen. Företagen skulle genom ändringen löpa större risk att drabbas av skadestånd, som sammantaget kan uppgå till stora belopp, och av den negativa publicitet som en skadeståndsprocess kan ge.¹⁰⁸

Den föreslagna ändringen trädde ikraft den 1 augusti 2005. I 33 § KL stadgas numera endast att skadegöraren skall ersätta den skada som uppkommer genom överträdelsen. Lagtexten föreskriver således att den som lider skada har rätt till ersättning. Lagstiftaren avstod medvetet från att ange några kategorier av skadeberättigande. I propositionen anges att rättstillämpningen istället får avgränsa kretsen av skadeståndsberättigade med tillämpning av allmänna skadeståndsrättsliga principer. Det betonas dock att företagens skadeståndsansvar inte utvidgas så långt att det blir oförutsägbart. Allmänna skadeståndsrättsliga principer om, t.ex. adekvat kausalitet och ansvar för tredjemansskador kan här få betydelse. Det ansågs även här

¹⁰⁶ Prop. 1992/93:56 s. 96.

¹⁰⁷ SOU 2004:10, *Rätten till skadestånd enligt konkurrenslagen*.

¹⁰⁸ Prop. 2004/05:117 s. 28.

vara rättstillämpningens, och inte lagstiftarens, uppgift att föreskriva hur dessa principer skall tillämpas på konkurrensskador.¹⁰⁹

5.3.2 Indirekta köpares talerätt

5.3.2.1 Tidigare förhållanden

Enligt den tidigare lydelsen av 33 § KL kunde indirekta köpare åberopa talerätt dels i egenskap av företag, dels i egenskap av avtalsparter. Den indirekta köparens utsikter att erhålla talerätt i egenskap av avtalspart var inte så goda. Såsom tidigare påpekats krävdes en avtalsrelation med konkurrensbegränsaren för att grunda talerätt. Den indirekta köparen står vanligtvis inte i ett avtalsförhållande till konkurrensbegränsaren, avtal ingås istället med den direkta köparen eller med företag längre ned i säljledet. I många fall är den indirekta köparen en konsument och då hade denne en ännu mindre fördelaktig ställning enligt den tidigare regleringen.

Vilken möjlighet hade då den indirekta köparen att grunda talerätt då denne var ett företag i lagens bemärkelse? Denna fråga har diskuterats i doktrin. Torbjörn Andersson menar att de indirekta köparna hade talerätt enligt den tidigare rådande ordningen. Han tolkar det i förarbeten gjorda uttalandet om att ”...företag i andra säljled ...” omfattas av lagens skyddsintresse som att företag i t.ex. andra säljled är hänvisade att vända sig direkt mot konkurrensbegränsaren och alltså inte mot sin leverantör, vilken kanske inkluderat sin ”konkurrensstridighetskostnad” i priset.¹¹⁰ Att det i förarbetena även talades om företag som ”mer direkt berörs av förfarandet” verkar enligt hans uppfattning inte medföra att den indirekta kunden, som ju berörs först genom den direkta köparens övervältring, faller utanför skyddsintresset.

Wahl instämmer till viss del med Torbjörn Anderssons tolkning av förarbetsuttalandet. Han menar att uttalandet kan tas till intäkt för att påverkan inte får vara indirekt, vilken den är i förhållande till den indirekta köparen, men att det likväl kan vara att uppfatta som en allmän referens. Han anser att det senare alternativet förefaller mer troligt i ljuset av att det faktiskt också sägs att ”företag i andra eller tidigare säljled” omfattas och att referensen till ”andra säljled” därmed skulle kunna

¹⁰⁹ SOU 2004:10 s. 86.

¹¹⁰ Andersson, s. 139.

uppfattas som att även indirekta köpare innefattas av lagens skyddsintresse.¹¹¹ Enligt Wahl finns det dock andra faktorer som talar för att indirekta köpare inte bör ges rätt till ersättning enligt svensk rätt. Han anser dels att effektivitetshänsyn talar för att den primärt utsatte bör tillerkännas ersättning för hela sin förlust, alldeles oavsett huruvida han lyckats föra hela eller delar av sin förlust vidare till nästa i kedjan. Dels att det finns ett behov av att avgränsa kretsen av skadeståndsberättigade, då denna annars skulle blir oändlig. Wahl menar vidare att det utöver dessa rättspolitiska argument finns ytterligare skäl till varför den indirekta köparen bör förvägras skadestånd enligt svensk rätt; den indirekta köparen är att se som en tredjeman och därmed talar allmänna skadeståndsrättsliga principer mot att ersätta dennes skada.¹¹²

Inte heller Levinsohn och Lidgard anser att det i förarbeten uppställda kravet på mer direkt berörd utgör något hinder för de indirekta köparna ersättningsrätt. Dessa anför istället att: ”uttalanden i motiven att företag som *berörs mer direkt* tillhör lagens skyddsintresse kan knappast tas som in-teckning för att indirekta kunder inte har rätt till skadestånd”. Enligt dem talar allmänna skadeståndsrättsliga resonemang för att den indirekta kunden *de lege lata* troligtvis har rätt till skadestånd.¹¹³ De menar, till skillnad från Wahl, att de indirekta köparnas skador inte utgör s.k. tredjemansskador: ”Det bör understrykas att företag i senare säljled inte lider tredjemansskador. Tredjemansskador uppstår utöver den direkta skadan, medan företag i senare säljled snarast drabbas istället för det föregående säljledet.”¹¹⁴

5.3.2.2 Den nuvarande regleringen

Det rådde delade meningar i doktrin om indirekta köpare var att anse som ersättningsberättigade eller inte enligt den tidigare lydelsen av 33 § KL. Frågan är då om rättsläget blivit klarare i och med den nya utformningen av bestämmelsen. Lagtexten uppställer inte heller nu några hinder mot att tillerkänna den indirekta köparen skadestånd. Lagstiftaren har inte såsom tidigare begränsat kretsen av ersättningsberättigade. Det blir istället en uppgift för rättstillämpningen med tillämpning av allmänna skadeståndsrättsliga principer. I förarbetena understryks dock att företagens skadeståndsansvar inte får utvidgas så långt att det blir oförutsägbart. Andra allmänna

¹¹¹ Wahl, s. 252.

¹¹² A. a. s. 253 och 316.

¹¹³ Levinsohn och Lidgard, s. 71.

¹¹⁴ A. a. s. 47.

skadeståndsrättsliga principer, t ex om adekvat kausalitet och om ansvar för tredjemansskador kan här få betydelse.¹¹⁵

De indirekta köparnas rätt till skadestånd får nu således avgöras helt med hjälp av allmänna skadeståndsrättsliga principer. Det uppställs inget talerättshinder för dessa bara för att de utgör indirekta köpare. I motiven betonas att principen om tredjemansskada inskränker rätten till skadestånd, vilket kan medföra en kraftig begränsning av de indirekta köparnas rätt till skadestånd.¹¹⁶ Enligt denna princip är endast den som lidit person- eller sakskada berättigad till skadestånd, således ej tredje man som indirekt lider förlust till följd av skadan. Som stöd för regeln anförs ofta skäl liknande dem som ligger till grund för adekvansläran. Det sägs att förluster som drabbar tredjeman allmänt sett är opåräknliga för den skadeståndskyldige. Vid ren förmögenhetsskada gäller samma huvudregel som vid sak- och personskada. Även om den som omedelbart drabbas har rätt till skadestånd, t ex därför att handlandet varit brottsligt, har inte tredjeman rätt till skadestånd. En bedragen persons anställda som lider förlust på grund av bedrägeriet, saknar rätt till skadestånd av bedragaren. Inte heller t.ex. leverantörer, som inte får betalt på grund av bedrägeriet, kan kräva skadestånd av bedragaren.¹¹⁷ I vilken utsträckning är då denna princip tillämplig på de indirekta köparna?

Wahl menar, såsom påpekats ovan, att de skador som indirekta köpare lider är s.k. tredjemansskador, i den mening att de alltid är sekundära och följande av effekterna på den direkta köparen.¹¹⁸ Levinsohn och Lidgard anser dock att principen inte är tillämplig eftersom de indirekta köparna inte drabbas utöver, utan istället för den direkta köparen. Det rör sig därför inte om någon följdskada som omfattas av principen om tredjemansskada.¹¹⁹ Jag instämmer med den senare tolkningen att indirekta köparens skada inte är en tredjemansskada. Med tredjemansskada avses en skada som är en följd av att någon annan lidit en skada.¹²⁰ Den indirekta köparens skada är ju istället en följd av att den direkta köparen inte lidit en skada, eftersom denne skickat vidare prishöjningen. Principen om tredjemansskada syftar till att begränsa skadeståndsansvaret, detta får inte bli oförutsägbart. Att göra konkurrensbegränsaren ansvarig för de indirekta köparnas skador innebär dock inte att dennes ansvar utökas.

¹¹⁵ SOU 2004:10 s. 86.

¹¹⁶ SOU 2004.10, a. s.

¹¹⁷ Hellner, J., *Skadeståndsrätt*, 5 Uppl., 1995, Juristförlaget, s. 362 ff.

¹¹⁸ Wahl, s. 313.

¹¹⁹ Levinsohn och Lidgard, s. 47.

¹²⁰ Hellner, s. 363.

Det är fortfarande endast den initiala skadan som ersätts, även om ersättningen portioneras ut till en annan skadelidande. Principen om tredjemansskada finns även i amerikansk rätt. I fallet *Ultramares* anförde domstolen att om en revisor gjordes ansvarig mot tredjeman för oaktsamt oriktiga yttranden om ett företags ekonomiska ställning, skulle det uppstå ”*liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class*”.¹²¹ Denna princip har dock inte ansetts hindra indirekta köparens rätt till domstolsprövning. Hindret i talerätten för indirekta köpare motiveras istället av effektivitetshänsyn. I amerikansk rätt synes man således inte jämställa en indirekt köpare med en tredjeman. Det kan ifrågasättas varför man i svensk rätt skulle tillämpa principen annorlunda.

Om en svensk domstol skulle anse, i likhet med Wahl, att de indirekta köparnas skador är s.k. tredjemansskador behöver detta inte nödvändigtvis medföra att de indirekta köparna nekas skadestånd. Principen om tredjemansskada är nämligen inte undantagslös, tredjemän har i vissa fall tillerkänts skadestånd. Vad gäller person- och sakskada har detta inträffat i ett flertal fall bl.a. då elledningar skadats och elavbrottet orsakat skador för tredjemän. Skadestånd har i dessa fall utgått till tredjeman då det funnits konkreta och närliggande intressen mellan tredjeman och den elledning som skadats.¹²² Undantag finns även för ren förmögenhetsskada. Ersättning har i några fall utgått till annan än mot den som brottet varit begånget, när brottet ansågs riktat mot den ersättningsberättigade.¹²³ Enligt Wahl visar dessa undantagsfall en villighet att se till faktiska omständigheter, vilket motiverar att ersättning kan medges i de fall då det finns ett s.k. *cost plus*-avtal, dvs. ett avtal enligt vilket leverantören får betalt för sina kostnader samt ett fast procentuellt tillägg i vinst, mellan den indirekta köparen och den direkta köparen samt då kartellen själv satt upp ett mellanled i form av ett försäljningsbolag eller dylikt.¹²⁴ I dessa fall är ju den indirekta köparen vid betraktande av de faktiska omständigheterna en direkt köpare. I skadeståndsrättslig doktrin framhålls dock att de i praxis uppställda undantagen till principen om tredjemansskada skall tillämpas med stor restriktivitet.¹²⁵ Mot bakgrund därav är det tveksamt om dessa undantag medger att ersättning beviljas till en indirekt köpare, om denne nu skulle ses som en tredjeman

¹²¹ *Ultramares Corp. v. Touche Niven & Company*, 255 N.Y. 17 (1931).

¹²² NJA 1966 s. 210, NJA 1972 s. 598 och NJA 1988 s. 62.

¹²³ Hellner, s. 84.

¹²⁴ Wahl, s. 315.

¹²⁵ Hellner, s. 376.

Svenska lösningen de lege ferenda

Varken lagtext, förarbeten eller principer i allmän skadeståndsrätt motsäger indirekta köparens rätt till skadestånd. Svensk rätt innehåller följaktligen inte något talerättshinder för indirekta köpare liknande det i amerikansk rätt. Det kan dock ifrågasättas om det inte i svensk rätt *de lege ferenda* bör införas ett talerättshinder liknande det som finns i amerikansk rätt. Frågan om indirekta köparens talerätt bör inte bedömas isolerat, utan mot bakgrund av den inställning som intas till övervältringsinvändningar. Om övervältringsinvändningar inte accepteras, liksom i amerikansk rätt, kan det argumenteras för att indirekta köpare inte bör ges talerätt eftersom det annars finns risk för överprevention. Om övervältringsinvändningar däremot godtas finns det inga skäl att förvägra den indirekta köparen talerätt. Tvärtom skulle ju konkurrensöverträdare i annat fall helt undkomma skadeståndsansvar.

Såsom framförts ovan, under avsnitt 4.5, är det oklart om svensk rätt accepterar övervältringsförsvaret eller inte, även om den svenska skadeståndsrättens betoning på reparation och principen om obehörig vinst talar för att övervältring skall beaktas. Om man i svensk rätt godtar övervältringsinvändningar kan det svårligen argumenteras för ett förbud mot indirekta köparens skadeståndsprocesser. Om svensk rätt däremot inte skulle godta övervältringsförsvaret kan det vara nödvändigt att införa ett talerättshinder för att undvika dubbelt betalningsansvar för samma skada. Mot bakgrund av att det i svensk rätt inte finns något straffskadestånd framstår dock risken för överprevention som minimal. En lösning som inte tillåter övervältringsförsvaret men accepterar skadeståndsprocesser mot förda av indirekta köpare kan därför inte anses utesluten i svensk rätt. En sådan asymmetrisk lösning kan förespråkas eftersom den leder till ett optimalt främjande av såväl prevention som reparation. Den direkta kundens incitament att agera maximeras (då övervältringsförsvaret inte tillåts) samtidigt som de indirekta kunderna (om dessa ges talerätt) erhåller reparation och åstadkommer en större prevention eftersom de kan agera istället för den direkta kunden när denne avstår från att processa, p.g.a. att denne exempelvis har en affärsrelation till konkurrensbegränsaren.¹²⁶

Det kan vidare hävdas att det i svensk rätt inte är möjligt att införa ett talerättshinder för indirekta köpare, oavsett om övervältringsförsvaret tillåts eller inte. För det första kan

¹²⁶ Levinsohn och Lidgard, s. 71.

ett talerättshinder strida mot EG-rätten. Om indirekta köpare anses som ersättningsberättigade enligt EG-rätten, vilket såsom tidigare påpekats troligtvis är fallet, kan de inte förvägras talerätt i svensk rätt. För det andra riskerar en snävt utformad talerätt att krocka med Sveriges åtaganden enligt den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR). Enligt artikel 6 EKMR skall prövningen av var och ens civila rättigheter och skyldigheter ske vid domstol. Denna bestämmelse anses även innefatta en rätt till *access to court*, dvs. en rätt till tillträde till domstol.¹²⁷ De indirekta köparna kan således åberopa en rätt till domstolsprövning i enlighet med denna bestämmelse.

Det bör framhållas att det faktum de indirekta köparna medges talerätt enligt 33 § KL inte medför att dessa verkligen erhåller skadestånd. Talerätten är endast ett att flera hinder på den indirekta köparens väg till uppnå reparation. För att vinna framgång med en skadeståndstalan måste den indirekta köparen vidare bevisa förekomsten av skada samt orsakssamband. Den indirekta köparen har visserligen hjälp av 35:5 RB för att bevisa skadans omfattning. Många gånger är det dock förenat med stora svårigheter att bevisa att en skada ens uppstått, och det finns ingen regel som medger bevislättning i detta hänseende. Enligt propositionen kan det särskilt i sådana fall där den skadelidande befinner sig flera avtalsled bort från det företag som har överträtt en regel uppkomma en naturlig avgränsning av rätten till skadestånd.¹²⁸ En sådan avgränsning kan i hög grad aktualiseras för de indirekta köparnas del. De befinner sig vanligtvis flera avtalsled från konkurrensbegränsaren, och långt bort från den skadegörande handlingen. Deras position medför att det är svårt att visa adekvans. Skadan kan anses orsakad av andra faktorer än konkurrensöverträdelsen. Vid konkurrensrättsrättsliga skadeståndsprocesser uppställs det ordinarie beviskravet, dvs. orsakssamband mellan skadan och den skadegörande handlingen måste styrkas. Det finns inte någon regel som underlättar det svåra bevisläget.¹²⁹ De indirekta köparnas talerätt kanske därmed inte får någon större praktisk betydelse.

¹²⁷ Se Europadomstolens dom den 21 februari 1975, *Golder mot det Förenade Konungariket*. Där Europadomstolen uttalar att en rätt till tillträde till domstol utgör ett element som ingår i den i artikel 6.1 garanterade rättigheten.

¹²⁸ Prop. 2004/05:117 s. 29.

¹²⁹ En sådan bevislättning finns dock då en skadeståndstalan förs enligt 32 kap MB. Den som skadats av en miljöstörning behöver endast göra orsakssambandet mellan skada och störning övervägande sannolikt enligt MB 32:3 st. 3. Beviskravet är således uppfyllt så snart käranden lyckats passera likaläget.

6 Avslutning

Införandet av den nya tillämpningsförfordningen 1/2003 och EG-domstolens avgörande i *Courage v. Crehan* möjliggör en ökad *private enforcement* av konkurrensreglerna i Europa. I takt med att antalet konkurrensrättsliga skadeståndsprocesser ökar blir det allt mer nödvändigt att fastställa vilka som har rätt att kräva ersättning av konkurrensbegränsaren. En i raden av potentiella käranden i konkurrensrättsliga skadeståndsprocesser är den till konkurrensbegränsaren direkta kunden. Den direkta kunden lider en skada motsvarande skillnaden mellan det pris som gäller efter det olovliga samarbetet och det pris som skulle gälla utan konkurrensöverträdelsen. Denne kan dock under vissa förutsättningar kompensera sig för skadan genom att höja priset på sina varor i motsvarande mån. En sådan övervältring är möjlig om konkurrenterna till den direkta kunden också drabbats av överprissättningen. Den direkta kunden kan då höja priset utan att tappa marknadsandelar. Det är vidare troligt att övervältring sker om den direkta kunden verkar på en konkurrensutsatt marknad, eftersom prissättningen på en sådan marknad styrs av produktionskostnaderna. Då en övervältring skett kan det ifrågasättas om den direkta kunden skall ha rätt till ersättning för hela den initiala skadan trots att denna delvis eller helt övervältrats. Eller med andra ord, sett från svarandens perspektiv, är det möjligt att åberopa övervältring som försvar gentemot direkta kunders skadeståndsanspråk?

I amerikansk konkurrensrätt har det fastställts att de inte är möjligt att åberopa övervältring som försvar. Konkurrensbegränsaren är således skyldig att betala hela kärandens initiala skada, oavsett om denna övervältrats eller inte. I svensk rätt och i EG-rättsliga sammanhang har frågan dock ännu inte kommit att avgöras. EG-domstolen har emellertid ansett att övervältring måste beaktas i fall rörande återbetalning av avgifter som uttagits i strid med EG-rätten samt i fall rörande gemenskapsinstitutionernas skadeståndsansvar. I *Courage v. Crehan* uttalade även EG-domstolen att principer om obehörig vinst kan användas för att inskränka skadeståndsskyldighet, vilket talar för att EG-rätten, till skillnad från amerikansk rätt, intar en accepterande inställning till övervältringsinvändningar också på konkurrensrättens område. I svensk rätt kan det faktum att skadestånd endast utgår för faktiskt liden skada och principen om obehörig vinst anses tala för att övervältring måste beaktas och att konkurrensbegränsaren därför kan undkomma ersättningsskyldighet då övervältring skett. Det kan dock ifrågasättas om principen om obehörig vinst verkligen kan användas för att skydda en

konkurrensbegränsare. Det faktum att ersättning enligt svensk rätt endast kan utgå för faktiskt liden skada leder vidare inte nödvändigtvis till att övervältringsförsvaret måste godtas. Det kan argumenteras för att skadebedömningen bör förläggas till den tidpunkt då den direkta kunden köper produkten från konkurrensbegränsaren. I sådana fall skall ersättningen uppgå till den initiala skadan oberoende av eventuell senare kompensation genom prishöjning. Det är därför mycket ovisst om en svensk domstol enligt gällande rätt måste beakta övervältring till konkurrensbegränsarens fördel. Jag anser att man i svensk rätt istället bör anamma det amerikanska exemplet och underkänna övervältringsförsvaret. En sådan ordning är nämligen att föredra ur effektivitets- och preventionsperspektiv.

Då en konkurrensskada övervältras uppkommer vidare frågan om de indirekta kunderna, på vilka skadan övervältrats, skall ha rätt att föra en skadeståndstalan mot konkurrensbegränsaren. I amerikansk rätt har det fastslagits att de indirekta köparna inte har rätt att föra en skadeståndstalan mot konkurrensbegränsaren. Denna lösning har motiverats med att övervältring antingen måste beaktas åt båda hållen eller inte alls. Om övervältring inte kan användas defensivt bör det inte heller kunna användas offensivt och vice versa. Övervältring beaktas inte över huvud taget, dvs. övervältringsförsvaret tillåts inte och inte heller ges indirekta köpare en rätt att föra talan. Skadeståndsansvaret motsvarar den totala skada som faktiskt lidits även om skadeståndet inte alltid portioneras ut till den som verkligen lidit skada. Lösning är fördelaktig av processekonomiska skäl eftersom ingen övervältringsbedömning behöver göras. Lösning är optimal om endast direkta kunder lidit skada eftersom dessa då erhåller full ersättning. I fall övervältring har skett medför dock lösningen att de direkta kunderna överkompenseras, medan de indirekta köparna blir helt utan kompensation.

Frågan om indirekta köpare skall tillerkännas talerätt har hittills inte prövats vare sig i EG-rätten eller i svensk rätt. Enligt EG-rätten är det troligtvis möjligt för en konkurrensbegränsare att åberopa övervältring till sitt försvar. Det är därför inte troligt att EG-rätten skulle uppställa ett talerättshinder för indirekta köpare, liknade det som finns i amerikansk rätt. En sådan asymmetrisk lösning skulle vara alltför svarandevänlig och fyller vidare ingen processekonomisk funktion, eftersom övervältring måste beaktas i processer förda av direkta köpare. Den vida talerätten som råder i EG-rättsliga sammanhang talar istället för att EG-rätten väljer att beakta övervältring helt och att erkänna såväl övervältringsförsvaret som indirekta köparens talerätt. En sådan lösning medför att de som verkligen lidit skada också kompenseras för detta oavsett om de

direkta köpare som inte övervältrat överpriset eller indirekta köpare som drabbats av övervältringen. Det kan vara ett mycket stort antal indirekta köpare som lidit skada. Vid exempelvis en råvarukartell består dessa av såväl de som köper råvaran för att tillverka slutprodukten, grossister, återförsäljare som konsumenter. Denna lösning kan kritiseras ur processekonomisk synvinkel; den ger upphov till ett flertal mycket kostsamma processer. Graden av övervältring måste bedömas på alla olika nivåer i distributionskedjan för att rätt mängd skadestånd skall kunna portioneras ut till rätt person. Lösningen kan vidare resultera i att konkurrensöverträdelser förblir opåtalade. En sådan situation kan uppstå när den indirekta köparen, långt ner i distributionskedjan, avstår från att processa på grund av att denne endast lidit en fragmentarisk och diffus skada medan den mer processbenägne direkta kunden inte har några anspråk mot konkurrensförbrytaren eftersom övervältring skett.

I svensk rätt regleras talerätten i konkurrensrättsliga skadeståndsprocesser av 33 § KL. Denna bestämmelse uppställer inget talerättshinder för indirekta köpare. Allmänna skadeståndsrättsliga principer utesluter inte heller att de indirekta köparna har rätt till skadestånd. *De lege lata* har således den indirekta köparen talerätt enligt svensk rätt. Den svenska rätten inställning till övervältringsinvändningar är oviss. Om dessa, såsom önskvärt, inte tillåts i svensk rätt kan det argumenteras för att övervältring måste behandlas lika åt båda hållen och att ett talerättshinder därför bör uppställas för indirekta köpare. Jag anser dock inte att ett svenskt underkännande av övervältringsförsvaret utgör skäl för att hindra indirekta köpare från att föra skadeståndsprocesser mot konkurrensbegränsaren. Ett sådant hinder riskerar att strida mot EG-rätten och mot EKMR. Det är vidare inte, i motsats till i amerikansk rätt, nödvändigt att inskränka talerätten för att undvika överprevention. I svensk rätt bör därför den indirekta köparen ges talerätt även om övervältring beaktas. Genom en sådan lösning erhåller de direkta köparna ersättning oavsett om dessa har fört sin skada vidare eller inte samtidigt som indirekta köpare ges rätt till ersättning för den del av skadan som förts vidare på dem. Denna lösning tillgodoser såväl prevention som reparation. Genom den föreslagna lösningen undviks komplicerande övervältringsbedömningar vid direkta köparens anspråk även om sådana likväl måste företas vid indirekta köparens anspråk.

En alternativ lösning är att inte acceptera övervältringsförsvaret men att däremot beakta övervältring genom att ge de indirekta köparna en rätt till ersättning från direkta köpare som blivit ersatta för skador som de fört vidare. Enligt denna lösning är

konkurrensbegränsaren skadeståndsansvarig för hela den totala skadan. Det uppkommer ingen överkompensation i och med att den direkta kunden kan tvingas kompensera den indirekta kunden för den del som skickats vidare på denne. Lösningen medför därmed att skadeståndet fördelas rättvist. Lösningen kan dock ge upphov till problem eftersom de indirekta köparnas ersättning först och främst är beroende av att den direkta kunden över huvud taget för en process gentemot konkurrensbegränsaren. För det andra, leder denna lösning troligtvis till konflikter mellan de direkta och indirekta köparna avseende graden av övervältring, vilket gör en indirekt köpares skadeståndsprocess till en komplicerad och kostsam historia. Jag anser därför att den lösning som inte godkänner övervältringsförsvaret men som likväl ger indirekta köpare rätt att processa direkt mot konkurrensbegränsaren är den, för svensk rätts del, mest fördelaktiga.

7 Källförteckning

7.1 Litteraturförteckning

Andersson, T, *Dispositionsprincipen och EG: s konkurrensregler – En studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten*, 1999, Iustus (cit Dispositionsprincipen och EG: s konkurrensregler).

Clark, E, Hughes, M and Wirth, D, *Analysis of economic models for the calculation of damages*, 2004, European Commission study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules.

Craig, P., De Burca, G., *EU Law – Text, Cases and Materials*, 2003, Oxford University Press.

Dubow, B, *The Passing On Defence: An Economist Perspective*, ECLR, 2003, issue 6, s. 238-241.

Hellner, J., *Skadeståndsrätt*, 5 Uppl., 1995, Juristförlaget.

Jones, A, & Daniel, B., *CO-contractors and Article 81: The ECJ Finally Speaks*, 2002, ECLR, Issue 5, s. 246-256.

Jones, CA, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and the USA*, 1999, Oxford University press.

Karlgren, H, *Obehörig vinst och annan värdeersättning*, 1982, Norstedts juridik.

Komninos, P., *New prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Right to Damages*, 2002, CMLR, nr. 3, s. 480.

Levinsohn, M, och Lidgard, H, *Skadestånd som sanktion mot karteller*, 2002, Konkurrensverket.

Wahl, N, *Konkurrensskada – skadeståndsansvar vid överträdelser av EG: s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen*, andra tryckningen, 2001, JureCLN.

Wahl, N, *Skadestånd i konkurrensrättsmål*, 2001, Europarättslig tidskrift, s. 576.

Wouter P.J. Wils, *Should private antitrust enforcement be encouraged?*, World Competition 26(3) s. 473-488, 2003, Kluwer Law International.

Ashurst (Waelbroeck, D, Slater D., & Even-Shoshan, G.), *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rule, Comparative report*, 2004, The European Commission,
http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/comparative_report_clean_en.pdf

7.2 Rättsfallsförteckning

7.2.1 Rättsfall från EG-domstolen

Mål C-26/62 *Van Gend en Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration* [1963] ECR 1.

Mål C-127/73 *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SV SABAM et NV Fonior* [1974] ECR 51.

Mål C-33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR 1989.

Mål 64, 113/76, 167, 239/78, 27, 28, 45/79, *Doumontier Frères SA and others v. Council* [1979] ECR 3091.

Mål C-68/79 *Hans Just I/S v. Danish Ministry for Fiscal Affairs* [1980] ECR 501

Mål C-158/80 *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH v. Hauptzollamt Kiel* [1981] ECR 1805.

Mål C-14/83 *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein Westfalen* [1984] ECR 1891.

Mål C-42/84 *Remia BV v. Commission* [1985] ECR 2545.

Mål C-213/89 *R. V. Secretary of State for Transport, ex parte Factorame Ltd. and Others* [1990] ECR I-2433.

Mål C-6/90 & 9/90 *Francovich and Bonifaci v. Italy* [1991] ECR I-5357.

Mål C-271/91 *Marshall v. Southampton and Southwest Hampshire Area Health Authority* [1993] ECR I-4367.

Mål C-128/92 *Banks v. British Coal* [1994] ECR I-1209.

Mål C-46/93 & 48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v. Germany and The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factorame Ltd and others* [1996] ECR I-1029.

Mål C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout and Cie v. Belgian State* [1995] ECR I-4599.

Mål C-430/93 *Van Schijndel v. Stichting Pensionenfonds voor fysiotherapeuten* [1995] ECR I-4705.

Mål C- 192/95 – C-218/95 *Société Comateb and Others v. Directeur général des douanes et droit indirects*, [1997] ECR I-165.

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

7.2.2 Rättsfall från första instansrätten

Mål T-24/90 *Automec v. Commission (nr.2)*, [1992].

7.2.3 Rättsfall från Europadomstolen

Dom den 21 februari 1975, *Golder mot det Förenade Konungariket*.

7.2.4 Amerikanska rättsfall

Ames v. American Tel. & Tel. Co., 166 F 820 (CCD Mass. 1909).

Chattanooga Foundry and Pipe Works v. Atlanta, 203 U.S. 390 (1917).

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

Calderone Enterprise Corp. v. United Artist Theatre Circuit, 454 F 2d 1292 (2d. Cir.1971).

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

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

Ultramares Corp. v. Touche Niven & Company, 255 N.Y. 17 (1931).

7.2.5 Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1966 s. 210

NJA 1972 s. 598

NJA 1988 s. 62

7.3 Offentligt tryck

7.3.1 Gemenskapsrättsligt offentligt tryck

Förordning nr. 17 *Första förordningen om tillämpningen av fördragets artiklar 85 och 86*.

Kommissionens tillkännagivande (2004/C 101/07), *Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget*

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om *tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget*.

7.3.2 Svenskt offentligt tryck

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

Prop. 2003/04:80, *En moderniserad konkurrensövervakning.*

Prop. 2004/05: 117, *Skadestånd enligt konkurrenslagen mm.*

SOU 2004:10, *Skadestånd enligt konkurrenslagen mm.*