

Till statsrådet och chefen för Näringsdepartementet

Den 9 januari 2003 beslutade regeringen att tillkalla en särskild utredare med uppgift att analysera frågor som uppkommer med anledning av rådets beslut om en ny tillämpningsförordning för genomförandet av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget det s.k. moderniseringsarbetet inom EU samt vissa andra frågor om skadestånd m.m. Justitierådet Severin Blomstrand förordnades den 20 januari 2003 att vara särskild utredare.

Den 3 februari 2003 förordnades kanslirådet Ulrica Dyrke, departementssekreteraren Johanna Elmstedt, hovrättsassessorn Catarina Joelsson, departementsrådet Staffan Sandström, hovrättsassessorn Johan Sangborn och professorn Nils Wahl som sakkunniga i utredningen samt byråchefen Ann-Charlotte Bragsjö, advokaten Johan Coyet och direktören Anders Stenlund som experter i utredningen. Departementssekreteraren Johanna Elmstedt entledigades den 13 oktober 2003. Hovrättsassessorn Johan Sangborn entledigades den 16 september 2003. Samma dag förordnades ämnes-sakkunnige Patrik Alm som sakkunnig i utredningen.

Till sekreterare fr.o.m. den 15 januari 2003 förordnades advokaten Per Karlsson.

Utredningen har tagit namnet Utredningen om en modernisering av konkurrensreglerna.

Utredningen överlämnade den 30 juli 2003 delbetänkandet Reformerad konkurrensövervakning – Konsekvenser i Sverige av EG:s nya tillämpningsförordning (SOU 2003:73).

Utredningen får härmed överlämna delbetänkandet Rätten till skadestånd enligt konkurrenslagen (SOU 2004:10). Till betänkandet är fogade två särskilda yttranden.

Stockholm i januari 2004

Severin Blomstrand

/Per Karlsson

Innehåll

Sammanfattning	11
Summary	19
Författningsförslag	27
Förkortningar	37
1 Uppdraget	39
1.1 Utredningens direktiv.....	39
1.2 Utredningsarbetet	40
1.3 Utredningens fortsatta arbete	41
2 EG:s konkurrensregler	43
2.1 Bakgrund	43
2.2 Materiella regler	44
2.3 Tillämpningsregler	47
2.3.1 Moderniseringsreformen.....	47
2.3.2 Motiven bakom reformen	48
2.3.3 Förhållandet mellan EG-rätten och nationell rätt	50
2.3.4 En direkt tillämplig undantagsregel.....	51
2.3.5 Gruppundantag.....	52
2.3.6 Kommissionens utredningar	52
2.3.7 Ett nätverk av konkurrensmyndigheter inom EU.....	53
2.3.8 Undersökningar	53
2.3.9 Åtgärder mot förbjudna konkurrensbegränsningar.....	54

2.3.10	Sanktioner.....	55
2.3.11	Domstolsprövning.....	56
2.3.12	Sekretess.....	57
2.3.13	Skadestånd.....	57
3	Svensk konkurrensrätt.....	59
3.1	Materiella regler.....	59
3.1.1	Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete.....	59
3.1.2	Civilrättslig ogiltighet.....	60
3.1.3	Undantag.....	60
3.1.4	Gruppundantag.....	61
3.1.5	Förbudet mot missbruk av dominerande ställning.....	62
3.2	Icke-ingripandebesked.....	62
3.3	Förfaranderegler.....	63
3.4	Åtgärder mot förbjudna konkurrensbegränsningar.....	63
3.4.1	Åläggande att upphöra med pågående överträdelser.....	63
3.4.2	Den särskilda talerätten.....	63
3.5	Sanktioner.....	64
3.5.1	Konkurrensskadeavgift.....	64
3.5.2	Vite.....	64
3.6	Prövningsskyldighet.....	64
3.7	Domstolsprövning.....	65
3.8	Skadestånd.....	65
3.9	Nationell behörighet att tillämpa EG-rätten m.m.....	65
4	Amerikansk federal antitrusträtt.....	67
4.1	Bakgrund.....	67
4.2	<i>Optimal deterrence model</i>	67
4.3	Tredubbelt skadestånd (<i>Treble damages</i>).....	67
4.4	Krav på <i>antitrust injury</i> (<i>Brunswick</i>).....	68
4.5	Övervärtringsförsvar och indirekta köpare.....	70

4.6	Konsumenter ej uteslutna.....	72
4.7	<i>Class action</i>	72
4.8	<i>Discovery</i>	73
4.8.1	Allmänt om <i>discovery</i>	73
4.8.2	<i>Depositions</i>	74
4.8.3	<i>Interrogatories</i>	74
4.8.4	<i>Discovery of Documents and Things</i>	75
5	Skadestånd vid överträdelse av konkurrensreglerna	77
5.1	Kommittédirektiven	77
5.2	Nuvarande ordning.....	78
5.2.1	Gällande lydelse	78
5.2.2	Förarbetena till bestämmelsen.....	78
5.3	Utgångspunkter för en förändring	80
5.4	Utredningens överväganden och förslag.....	81
5.4.1	Kretsen av skadeståndsberättigade vidgas.....	81
5.4.2	Skadeståndsreglerna tillämpas på överträdelser av artiklarna 81 och 82	91
5.4.3	En längre preskriptionstid.....	95
6	Bevisundersökning i skadeståndsmål.....	97
6.1	Problembeskrivning.....	97
6.2	Intrångsundersökning inom immaterialrätten	101
6.3	Utredningens överväganden och förslag	103
6.3.1	Parts inhämtande av bevis i skadeståndsmål	103
6.3.2	Var får undersökningen ske?	107
6.3.3	Vad får eftersökas?	108
6.3.4	Beviskravet	110
6.3.5	Intresseavvägning	112
6.3.6	Ställande av säkerhet.....	113
6.3.7	Uppgifter som skall anges i beslutet.....	114
6.3.8	Kommunicering med part	115
6.3.9	Tidsfrist för ansökan om verkställighet	117
6.3.10	Kronofogdemyndigheten genomför undersökningen	117

7	Materiella skillnader mellan KL och EG-rätten	127
7.1	En jämförelse mellan de materiella bestämmelserna i KL och EG-rätten.....	127
7.2	Utredningens överväganden och bedömning.....	132
8	Konkurrensskadeavgift och koncernförhållanden	133
8.1	Gällande rätt	133
8.1.1	Konkurrenslagen.....	133
8.1.2	Sanktioner enligt EG-rätten	136
8.2	Tidigare ställningstagande.....	139
8.3	Kommittédirektiven.....	141
8.4	Utredningens överväganden	142
8.4.1	Inledning.....	142
8.4.2	Taket för konkurrensskadeavgift	142
8.4.3	Beräkning av konkurrensskadeavgift	143
8.4.4	Moderbolagets ansvar för dotterbolagets överträdelse.....	145
9	Undersökning i privata utrymmen m.m.	147
9.1	Bakgrund.....	147
9.1.1	Förordning 1/2003.....	147
9.1.2	Delbetänkandet Reformerad konkurrensövervakning.....	148
9.1.3	Europakonventionen	149
9.1.4	Effektivitet och rättssäkerhet.....	150
9.2	Utredningens överväganden och förslag	151
9.2.1	Undersökningar hos styrelseledamöter och anställda	151
9.2.2	Rätten att tillkalla juridiskt biträde	154
10	Konsekvenser av förslagen	157

11	Författningskommentar	159
11.1	Förslaget till lag om ändring i konkurrenslagen	159
1.2	Förslaget till lag om ändring i lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskaperna konkurrens- och statsstödsregler.....	167
	Särskilda yttranden	169
	Bilaga Kommittédirektiv	173

Sammanfattning

Utredningsuppdraget

Utredningen har tidigare lämnat delbetänkandet Reformerad konkurrensövervakning (SOU 2003:73).

Enligt direktiven skall utredningen göra en allsidig prövning av om kretsen av skadeståndsberättigade enligt konkurrenslagen bör utvidgas och, om det anses lämpligt, föreslå ändrad reglering. För det fall utredaren finner att gruppen av skadeståndsberättigade bör utvidgas i fråga om konsumenter, skall utredaren också pröva om det är lämpligt att Konkurrensverket ges möjlighet att föra offentlig grupp talan enligt lagen (2002:599) om grupprättegång.

Utredningen skall därutöver se över sättet att beräkna konkurrensskadeavgift i koncernförhållanden. Utredningen får dessutom lämna förslag till ändringar även i andra avseenden, om det visar sig att det finns skillnader mellan EG-rätten och den nationella rätten.

Enligt direktiven skall utredningen redovisa sitt uppdrag i dessa delar senast den 31 januari 2004.

Utredningen har i tilläggsdirektiv, dir. 2003:175, fått uppdraget att ta fram en konkret lagstiftningsmodell till en kriminalisering av förbudet i konkurrenslagen mot konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av en dominerande ställning och göra en fördjupad lagteknisk analys. Det uppdrag som framgår av tilläggsdirektiven skall redovisas senast den 31 december 2004.

I detta delbetänkande redovisar utredningen den andra etappen av sitt uppdrag.

Dispositionen av betänkandet

I *kapitel 2–3* redogörs översiktligt för EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrensrätten.

Kapitel 4 innehåller en sammanställning över vad som kännetecknar federal amerikansk antitrusträtt med inriktning på skadestånd.

I *kapitel 5–9* redovisas utredningens överväganden i de olika frågor som aktualiseras genom uppdraget.

I *kapitel 5* behandlar utredningen frågor om skadestånd vid överträdelse av konkurrensreglerna.

Kapitel 6 handlar om ett nytt institut inom konkurrensrätten – bevisundersökning i skadeståndsmål.

I *kapitel 7* diskuterar utredningen betydelsen av de materiella skillnaderna mellan konkurrenslagen och EG-rätten.

I *kapitel 8* diskuterar utredningen taket för konkurrensskadeavgiften i koncernförhållanden och beräkningen av avgiften i sådana fall.

Kapitel 9 handlar om Konkurrensverkets möjligheter att genomföra undersökning i privata utrymmen.

I *kapitel 10* redovisar utredningen konsekvenser av sina förslag.

Kapitel 11, slutligen, innehåller en författningskommentar.

Utredningens överväganden

Kretsen av skadeståndsberättigade vidgas

Den svenska konkurrenslagen är utformad med EG:s konkurrensrätt som förebild. Såväl de materiella förbudsreglerna som förfarandet och sanktionerna överensstämmer nära med vad som gäller enligt EG-rätten. Om ett företag uppsåtligt eller av oaktsamhet överträder något av förbudet, skall företaget ersätta den skada som därigenom uppkommer för ett *annat företag eller en avtalspart*.

Utredningen har funnit att den begränsning i kretsen av skadeståndsberättigade som följer av ordet "avtalspart" i lagtexten får diskutabla följder vid offentlig upphandling och bör upphävas.

Konsumenter som är avtalsparter till det skadeståndsskyldiga företaget har rätt till skadestånd enligt lagbestämmelsens ordalydelse. Obestämda kretsar av konsumenter som indirekt berörs av ett förbjudet samarbete har däremot inte rätt till skadestånd, sägs det i lagens förarbeten. Skillnader i konsumenters rätt att få ersätt-

ning för skada beroende på om de står i avtalsförhållande till företaget i fråga eller inte ter sig omotiverade. Även i fråga om konsumenter bör därför inskränkningen till avtalsparter tas bort.

Skadeståndsbestämmelsen i konkurrenslagen bör därför ändras så att det blir klart att även andra än företag eller avtalsparter har rätt till ersättning i de nu beskrivna situationerna för skador som de drabbas av genom en överträdelse av förbuden i konkurrenslagen.

Av de skäl som nu har redovisats föreslår utredningen att kretsen av skadeståndsberättigade enligt konkurrenslagen vidgas så att den inte längre är begränsad till – förutom företag – avtalsparter.

Offentlig grupptalan

Enligt den nya lagen (2002:599) om grupprättegång får regeringen utse myndigheter att föra offentlig grupptalan. Det skall finnas ett vidare samhällsintresse – än att den enskilde skall få sitt anspråk tillgodosett – för att en offentlig grupptalan skall vara motiverad. På konkurrensrättens område tillgodoses detta samhällsintresse genom det offentlighetsrättsliga sanktionssystemet i konkurrenslagen. En möjlighet för Konkurrensverket att föra grupptalan torde inte tillföra någonting i det hänseendet, utan verkets resurser bör i stället användas för att upprätthålla det offentlighetsrättsliga regelsystemet. Utredningen ser för närvarande inte tillräckligt starka skäl för att föreslå att Konkurrensverket eller någon annan myndighet utses att föra offentlig grupptalan för skadeståndsanspråk grundade på överträdelser av konkurrensrätten. Det kan dock finnas anledning att frågan prövas på nytt, när erfarenheter vunnits i fråga om offentlig grupptalan inom andra områden.

Skadeståndsreglerna i konkurrenslagen tillämpas även på överträdelser av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget

När regeringen i tidigare lagstiftningssammanhang¹ avstod från att uttryckligen reglera rätten till skadestånd vid överträdelser av artiklarna 81 och 82 var det principiellt viktiga målet om förhandsavgörande – *Courage v. Crehan* – anhängiggjort hos EG-domstolen. Målet är nu avgjort och vissa EG-rättsliga frågor om skadestånd i konkurrensförhållanden är klargjorda genom domen.

¹ Prop. 1999/2000:140 s. 201 f.

Utredningen föreslår att konkurrenslagens skadeståndsregler nu görs tillämpliga vid överträdelser av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.

Preskriptionstiden för en skadeståndsfordran

Enligt nuvarande ordning faller rätten till skadestånd enligt konkurrenslagen bort, om talan inte väcks inom fem år från det att skadan uppkom.

Enligt utredningens mening har en förlängning av den femåriga preskriptionstiden fog för sig. Bl.a. framhåller utredningen att preskriptionstiden är väl kort i sådana fall där skadeståndsprocessen följer i spåren av Konkurrensverkets utredningar och processer. Därtill kommer att tvivel har uttalats om regelns förenlighet med EG-rätten. Utredningen föreslår att preskriptionstiden ändras till tio år, vilket är den allmänna preskriptionstiden enligt preskriptionslagen (1981:130).

Bevisundersökning i skadeståndsmål

För att skadeståndsreglerna skall kunna tillämpas i praktiken krävs att de skadelidandes bevisinsamling underlättas eller stöds. På så sätt kan man i någon mån avhjälpa de brister som finns när det gäller incitament och möjligheter till initiativ från enskilda inom konkurrensrätten. Enligt utredningens mening behövs effektivare möjligheter att säkra bevisning i en tvistemålsprocess om skadestånd p.g.a. en överträdelse av konkurrensreglerna.

Utredningen föreslår därför att ett nytt civilprocessuellt institut införs inom konkurrensrätten efter förebild från institutet intrångsundersökning i immaterialrätten. Det nya institutet benämns bevisundersökning. Institutet föreslås få i sina huvuddrag följande utformning. I en rättegång om skadeståndsanspråk enligt konkurrenslagen får domstolen på yrkande av sökanden besluta om en undersökning hos motparten för att efterforska och säkra bevis om sökandens ersättningsanspråk. Bevisen skall kunna avse alla aspekter av skadeståndsskyldigheten, såväl den skadeståndsgrundande överträdelsen som orsakssambandet och skadeståndets belopp. Bevisundersökningen verkställs av kronofogdemyndig-

heten. Ett särskilt förfarande föreslås i syfte att ge skydd för företagshemligheter.

Materiella skillnader mellan KL och EG-rätten

Utredningen har analyserat de materiella skillnader som finns mellan konkurrenslagen och EG-rätten. Utredningen har kommit fram till att det i anledning av den s.k. moderniseringsreformen (se utredningens delbetänkande Reformerad konkurrensövervakning, SOU 2003:73) knappast krävs att alla skillnader mellan konkurrenslagen och EG-rätten tas bort. De svenska särlösningar som finns inom olika områden av den svenska konkurrenslagstiftningen är resultatet av ingående politiska överväganden och ställningstaganden. Även om utredningen ser som sin uppgift att allmänt verka för att skillnaderna mellan rättssystemen utjämnas, har utredningen därför inte ansett nog starka skäl föreligga att lämna något förslag i den här delen.

Konkurrensskadeavgift och koncernförhållanden

Kommittédirektivens utgångspunkt är att skillnader mellan EG-rätten och svensk rätt i fråga om sättet att beräkna böter respektive konkurrensskadeavgift i koncernförhållanden skall utjämnas, om det är möjligt. Utredningen har dock inte kunnat finna några belägg för att det finns någon skillnad mellan EG-rätten och konkurrenslagen när det gäller sättet att beräkna taket för böter respektive konkurrensskadeavgift i koncernförhållanden.

Utredningen har därför funnit att konkurrenslagen inte behöver ändras när det gäller att bestämma taket för konkurrensskadeavgift vid koncernförhållanden.

Beräkning av konkurrensskadeavgift

Hur böterna och konkurrensskadeavgiften skall beräknas är en annan sak än hur beloppstaket skall beräknas och inte nödvändigtvis knutet till företagets omsättning. Enligt utredningens mening kan redan de gällande reglerna tillämpas vid bestämmande av konkurrensskadeavgift så att företagets eller företagsgruppens ekono-

miska styrka kan beaktas, för att avgiften skall få en tillräckligt avskräckande effekt.

Utredningen föreslår dock en smärre justering med innebörden att det vid bestämmande av konkurrensskadeavgift även kan beaktas som en försvårande omständighet att företaget har överträtt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget tidigare.

Konkurrensverkets undersökning i privata utrymmen

Konkurrensverket har rätt att, efter godkännande av Stockholms tingsrätt, göra undersökningar hos ett företag eller någon annan. Utredningen föreslår att Konkurrensverket får uttryckliga befogenheter att, efter domstols godkännande, göra undersökningar i bostäder och andra utrymmen som nyttjas av styrelseledamöter och anställda hos det företag som är föremål för utredning om överträdelse av förbudsreglerna i konkurrenslagen eller artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.

Konkurrensverkets skyldighet att invänta juridiskt biträde

När Konkurrensverket skall genomföra en undersökning har den hos vilken undersökningen skall genomföras rätt att tillkalla ett juridiskt biträde. I avvaktan på att ett sådant biträde inställer sig får inte undersökningen börja. Detta gäller dock inte, om undersökningen därigenom onödigt fördröjs, eller om undersökningen har beslutats utan att kommunikering har skett med den som undersökningen avser. Här skiljer sig konkurrenslagen från EG-rätten. Kommissionen torde i normala fall vänta med att påbörja undersökningen, om det juridiska biträdet kan förväntas komma inom en timma.

Enligt utredningens mening är denna skillnad omotiverad. Utredningen föreslår därför att regeln i konkurrenslagen ändras så att den närmare överensstämmer med EG-rätten på den här punkten. Utredningen föreslår att detta skall gälla även vid bevisundersökning.

Ikraftträdande

De nya reglerna föreslås träda i kraft den 1 april 2005. Vidare föreslår utredningen två övergångsbestämmelser. Den ena övergångsbestämmelsen är av innebörden att den nya bestämmelsen om försvårade omständigheter vid bestämmande av konkurrensskadeavgift tillämpas på överträdelser efter ikraftträdandet. Den andra övergångsbestämmelsen innebär att den nya preskriptionstiden på tio år tillämpas även på fordringar som har kommit till före ikraftträdandet och som inte har preskriberats dessförinnan enligt äldre bestämmelser.

Summary

Terms of reference

The Committee has previously submitted the interim report "Reformerad konkurrensövervakning" – Reformed monitoring of competition – (SOU 2003:73)

Under the terms of reference the Committee shall make a comprehensive examination as to whether the circle of parties entitled to damages as defined by the Swedish Competition Act should be extended and, if deemed appropriate, propose amendments to the regulations. Where the Committee finds that the group of those entitled to damages should be extended as regards consumers, the Committee shall also consider whether it is appropriate to enable the Swedish Competition Authority to conduct class actions in accordance with the Class Actions Act.

The Committee shall furthermore review the method of calculation of fines in combinations of undertakings. The Committee may, in addition, submit proposals for amendments in other respects, should it prove that there are differences between Community law and national law.

Under the terms of reference the Committee shall submit a report on these matters by 31 January 2004 at the latest.

In supplementary terms of reference, dir. 2003:175, the Committee has been instructed to prepare a concrete legislation model for making it a criminal offence to infringe the prohibitions in the Competition Act against restrictive agreements and abuse of a dominant position and to make an in-depth legal analysis. A report covering the matters specified in the supplementary terms of reference shall be submitted by 31 December 2004 at the latest.

In this interim report the Committee reports on the second stage of its assignment.

Outline of the report

In *chapters 2–3* a general description is given of the Community competition rules and Swedish competition legislation.

Chapter 4 contains a list of what characterises federal American anti-trust legislation, concentrating on damages.

In *chapters 5–9* an account is given of the Committee's deliberations on the various issues arising from the terms of reference.

In *chapter 5* the Committee deals with matters concerning damages in connection with infringements of the competition rules.

Chapter 6 deals with a new institution within competition legislation – investigation of evidence in actions for damages.

In *chapter 7* the Committee discusses the significance of the differences in substance between the Competition Act and Community law.

In *chapter 8* the Committee discusses the ceiling for the administrative fine in combinations of undertakings and the calculation of the fine in such cases.

Chapter 9 addresses the Swedish Competition Authority's possibilities of carrying out investigations in private places.

In *chapter 10* the Committee describes the consequences of its proposals.

Chapter 11, finally, contains explanatory notes.

Considerations of the Committee

Extension of the circle of parties entitled to damages

The Swedish Competition Act was modelled on Community competition law. Both the substantive prohibitions and the procedure and sanctions follow Community law closely. If an undertaking wilfully or negligently infringes any of the prohibitions, the company shall compensate the losses arising thereby for *another undertaking or a contracting party*.

The Committee has found that the limitation of the circle of parties entitled to damages following from the term "contracting party" in the wording of the Act has had questionable consequences for public tenders and should be withdrawn.

Consumers who are contracting parties with the company liable to pay damages are entitled to damages under the wording of the legal provision. However, the Act's preparatory work states that

unspecified circles of consumers who are indirectly affected by prohibited restrictions are not entitled to damages. Differences in consumers' rights to receive compensation for loss depending on whether or not a contractual obligation exists between them and the company in question appear unwarranted. Hence the restriction to contracting parties should also be removed as regards consumers.

The provision concerning damages in the Competition Act should therefore be amended to make it clear that people other than companies or contracting parties are entitled to compensation in the situations here described for losses suffered through an infringement of the prohibitions in the Competition Act.

For the reasons now given the Committee proposes that the circle of those entitled to receive damages under the Competition Act be extended so that it is no longer restricted – apart from companies – to contracting parties.

Public class action

Under the new Class Actions Act (2002:599) the government may designate authorities to bring public class actions. A further public interest shall be served – other than that the individual's claims are met – in order for a public class action to be justified. In the area of competition law this public interest is satisfied through the public law system of sanctions in the Competition Act. The possibility for the Competition Authority to pursue a class action would probably not contribute anything in this respect; instead the Authority's resources should be used to maintain the regulatory system under public law. At present the Committee does not see sufficiently strong reasons for proposing that the Competition Authority or any other authority be designated to bring public class actions for damages based on infringements of competition law. There may, however, be reason for the question to be reconsidered when experience has been gained as regards public class actions in other areas.

The rules on damages in the Competition Act are also applicable to infringements against Articles 81 and 82 of the EC Treaty

When the government in previous legislation contexts¹ refrained from expressly regulating the right to damages for infringements of Articles 81 and 82 the important case for setting a precedent on preliminary rulings – *Courage v. Crehan* – was pending before the European Court of Justice. The case has now been decided and certain matters of Community law on damages in competitive situations have been made clear through the judgement. The Committee proposes that the Competition Act's rules on damages now be made applicable to infringements of Articles 81 and 82 of the EC Treaty.

Period of limitation for a claim for damages

Under the present system the right to damages under the Competition Act lapses unless action is brought within five years of the date when the damage arose.

In the opinion of the Committee an extension of the five-year period of limitation is justified. The Committee calls attention to the fact that the period of limitation is rather short in such cases where the action for damages follows in the wake of the Competition Authority's investigations and procedures. In addition, doubts have been expressed concerning the compatibility of the rule with Community law. The Committee proposes that the period of limitation be changed to ten years, which is the general period of limitation under the Act on Limitation (1981:130).

Investigation of evidence in actions for damages

In order to enable the rules on damages to be applied in practice the injured party's gathering of evidence must be facilitated or assisted. In this way the deficiencies that exist within competition legislation as regards incentives and opportunities for initiative on the part of individuals can to some extent be redressed. In the opinion of the Committee more effective means are required for

¹ Bill 1999/2000:140 p 201 f.

securing evidence in civil actions concerning damages due to infringement of competition rules.

The Committee therefore proposes that a new institution for civil proceedings be introduced within competition law on the model of the institution of infringement investigation in intellectual property law. The new institution is called investigation of evidence. It is proposed that the main features of the institution be as follows. In an action at law concerning a claim for damages pursuant to the Competition Act, at the request of the claimant the court may decide on an investigation of the defendant to search for and secure evidence concerning the claimant's claim for damages. The evidence shall be able to cover all aspects of the liability to pay damages, both the infringement on which the claim for damages is based and the causal link and amount of the damages. The investigation of evidence shall be carried out by the enforcement service. A special procedure is proposed for the purposes of protecting trade secrets.

Differences in substance between the Competition Act and Community law

The Committee has analysed the differences in substance that exist between the Competition Act and Community law. The Committee has concluded that in view of the so-called modernisation reform (see the Committee's interim report on Reformed Monitoring of Competition, SOU 2003:73) it is hardly required that all differences between the Competition Act and Community law be removed. The separate Swedish solutions that exist in various areas of Swedish competition legislation are the result of exhaustive political considerations and choices. Even though the Committee regards it as its task to work in general towards removing the differences between the legal systems, the Committee has therefore not considered that strong enough reasons exist for making any proposals in this respect.

Administrative fines and combinations of undertakings

The point of departure of the terms of reference is that differences between Community law and Swedish law as regards the method of calculating fines and administrative fines in combinations of undertakings should be eliminated if possible. However, the Committee has not been able to find any evidence that there is any difference between Community law and the Competition Act as regards the method of calculating the ceiling for fines or administrative fines in combinations of undertakings.

The Committee has therefore found that the Competition Act does not need to be changed as regards determining the ceiling for administrative fines for combinations of undertakings.

Calculation of administrative fines

The method for calculating fines and administrative fines is separate from the method for calculating the ceiling on the amount and not necessarily linked to the turnover of the undertakings. In the opinion of the Committee the current rules can be applied when determining the administrative fine so that the financial strength of the undertaking or combination of undertakings can be taken into account, so that the fine will have a sufficiently deterrent effect.

The Committee proposes, however, a minor adjustment to the effect that when determining the administrative fine it can also be taken into account as an aggravating circumstance that the undertaking has previously infringed Articles 81 and 82 of the EC Treaty.

The Competition Authority's investigation in private places

The Competition Authority is entitled, after being granted authorisation by the Stockholm City Court, to conduct investigations at a company's business premises or other premises. The Committee proposes that the Competition Authority be given express powers, after authorisation by a court, to carry out investigations in homes and other places used by board members and employees of the company that is the subject of inquiry concerning infringement of the prohibitions in the Competition Act or Articles 81 and 82 of the EC Treaty.

The obligation of the Competition Authority to await legal counsel

When the Competition Authority is to carry out an investigation the subject of the investigation is entitled to summon legal counsel. Pending the arrival of such legal counsel the investigation may not start. This is not applicable, however, if the investigation is thereby unnecessarily delayed, or if the investigation has been decided on without communication with the subject of the investigation. The Competition Act deviates here from Community law. The Commission should in normal cases defer the start of the investigation if the legal counsel may be expected to arrive within one hour.

In the opinion of the Committee this difference is not warranted. The Committee therefore proposes that the provision in the Competition Act be amended so that it more closely agrees with Community law on this point. The Committee proposes that this shall also apply to investigation of evidence.

Date of coming into force

It is proposed that the new rules come into force on 1 April 2005. The Committee further proposes two transitional provisions. The first transitional provision implies that the new regulation concerning aggravating circumstances when determining an administrative fine is to be applied to infringements after the date of coming into force. The second transitional provision implies that the new period of limitation of ten years shall also be applied to claims arising before the date of coming into force and which have not become statute barred before that date under older regulations.

Författningsförslag

1. Förslag till lag om ändring i konkurrenslagen (1993:20)

Härigenom föreskrivs i fråga om konkurrenslagen (1993:20)

dels att 28 a, 33, 48 och 52 §§ skall ha följande lydelse,

dels att det skall införas 9 nya paragrafer, 33 a – 33 i §§, av följande lydelse

dels att det skall införas en ny rubrik närmast före 33 a § av följande lydelse.

Lydelse enligt SOU 2003:73

Föreslagen lydelse

28 a §¹

Konkurrensskadeavgiften får fastställas till ett lägre belopp än vad som bort ske med tillämpning av 28 §,

1. om företaget i väsentlig mån har underlättat utredningen av den egna eller andras medverkan i överträdelsen, eller

2. om det föreligger andra särskilda skäl som hänför sig till företaget.

Har ett företag i högst väsentlig mån underlättat en utredning som avses i första stycket 1, får avgiften efterges även i annat fall än som anges i 28 b §.

Konkurrensskadeavgiften får fastställas till ett högre belopp än vad som bort ske med tillämpning av 28 §, om företaget tidigare har överträtt förbud enligt denna lag.

Konkurrensskadeavgiften får fastställas till ett högre belopp än vad som bort ske med tillämpning av 28 §, om företaget tidigare har överträtt förbud enligt denna lag *eller enligt artikel 81 eller 82 i EG-fördraget.*

¹ Senaste lydelse 2002:595.

33 §

Om ett företag uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder förbuden i 6 eller 19 §, skall företaget ersätta den skada som därigenom uppkommer för ett annat företag eller en avtalspart.

Rätten till sådan ersättning faller bort, om talan inte väcks inom fem år från det att skadan uppkom.

Stockholms tingsrätt är alltid behörig att pröva frågor om skadestånd enligt denna paragraf.

Om ett företag uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder förbuden i 6 eller 19 § eller enligt artikel 81 eller 82 i EG-fördraget, skall företaget ersätta den skada som därigenom uppkommer.

Rätten till sådan ersättning faller bort, om talan inte väcks inom tio år från det att skadan uppkom.

Bevisundersökning

33 a §

I en rättegång om skadestånd enligt 33 § får domstolen, om det skäligen kan antas att ett företag är skyldigt att ersätta en skada, för att bevisning skall kunna säkras om ett ersättningsanspråk besluta att en bevisundersökning får göras hos företaget för att söka efter handlingar som kan antas ha betydelse för utredningen om anspråket.

En bevisundersökning får tillåtas endast om skälen för åtgärden uppväger den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den som drabbas av den eller för något annat motstående intresse.

33 b §

Innan ett beslut om bevisundersökning enligt 33 a § meddelas skall motparten ha fått tillfälle att yttra sig.

Domstolen får dock omedelbart meddela ett beslut om bevisundersökning, som gäller till dess annat har beslutats, om det annars finns en risk att handlingar som har betydelse för utredningen om ersättningsanspråket skaffas undan, förstörs eller förvanskas.

Ett beslut meddelat med stöd av andra stycket skall sändas endast till sökanden. När undersökningen börjar skall Kronofogdemyndigheten överlämna ett exemplar av beslutet till den hos vilken undersökningen skall genomföras.

33 c §

Ett beslut om bevisundersökning enligt 33 a § får meddelas endast om sökanden ställer säkerhet hos domstolen för den skada som kan tillfogas motparten. Saknar sökanden förmåga att ställa säkerhet, får domstolen befria sökanden från det. I fråga om slaget av säkerhet gäller 2 kap. 25 § utsökningsbalken. Säkerheten skall prövas av domstolen, om den inte godkänts av motparten.

I fråga om överklagande av domstolens beslut om bevisundersökning och i fråga om hand-

läggningen i högre domstol gäller vad som föreskrivs i rättegångsbalken om överklagande av beslut enligt 15 kap. rättegångsbalken.

33 d §

Ett beslut om bevisundersökning enligt 33 a § skall innehålla uppgifter om

- 1. vilket ändamålet är med undersökningen, och*
- 2. vilka handlingar som får eftersökas.*

Om det behövs, skall domstolen även förordna om andra villkor för verkställandet.

33 e §

Ett beslut om bevisundersökning gäller omedelbart och därefter i två månader.

33 f §

Ett beslut om bevisundersökning verkställs av kronofogdemyndigheten i Stockholm enligt de villkor som domstolen föreskrivit och med tillämpning av 1-3 kap., 17 kap. 1-5 §§ samt 18 kap. utsökningbalken. Den undersökningen avser skall underrättas om verkställigheten endast om beslutet om bevisundersökning har tillkommit efter dennes hörande. Myndigheten har rätt att ta kopior av och göra utdrag ur sådana handlingar som

den får söka efter.

Vid verkställighet får kronofogdemyndigheten anlita biträde av sakkunnig.

33 g §

En bevisundersökning får inte omfatta en sådan skriftlig handling som avses i 27 kap. 2 § rättegångsbalken.

Om Kronofogdemyndigheten anser att en viss handling bör omfattas av undersökningen och den som åtgärden angår åberopar att handlingen är skyddad enligt första stycket, skall handlingen omedelbart förseglas och skyndsamt överlämnas till den domstol som beslutat om undersökningen. Domstolen skall utan dröjsmål pröva om handlingen är sådan som anges i första stycket.

33 h §

Kronofogdemyndigheten skall snarast efter bevisundersökningen hålla omhändertagna handlingar tillgängliga för sökanden och motparten. Detta gäller dock inte sådana uppgifter som ligger utanför föremålet för undersökningen.

Kronofogdemyndigheten skall dock innan handlingarna hålls tillgängliga underrätta det undersökta företaget om vilka uppgifter som myndigheten anser ligga inom föremålet för bevisundersökningen. På företagets begäran

skall kronofogdemyndigheten skyndsamt överlämna till domstolen att pröva om uppgifterna ligger inom föremålet för undersökningen. Domstolen skall göra denna prövning skyndsamt.

33 i §

När ett beslut om bevisundersökning skall verkställas har den undersökningen avser rätt att tillkalla ett juridiskt biträde. I avvaktan på att biträdet inställer sig får verkställigheten inte börja. Detta gäller dock inte, om

- 1. undersökningen därigenom onödigt fördröjs, eller*
- 2. det finns en risk att ändamålet med åtgärden annars inte uppnås.*

48 §

Ett beslut enligt 47 § får avse även *någon annan än det* företag som är föremål för utredning. Ett sådant beslut får meddelas bara om

1. vad som föreskrivs i 47 § första stycket 1 och 3 är uppfyllt,
2. det finns särskild anledning att anta att bevis finns hos den som ansökan avser, och
3. denne inte rättar sig efter ett åläggande enligt 45 § första stycket 1 eller det annars finns risk att bevis undanhålls eller förvanskas.

Ett beslut enligt 47 § får avse även *ett annat* företag än det som är föremål för utredning. *Beslutet får också avse bostäder och andra utrymmen som nyttjas av styrelseledamöter och anställda hos det företag som är föremål för utredning.* Ett sådant beslut får meddelas bara om

1. vad som föreskrivs i 47 § första stycket 1 och 3 är uppfyllt,
2. det finns särskild anledning att anta att bevis finns hos den som ansökan avser, och
3. denne inte rättar sig efter ett åläggande enligt 45 § första

stycket 1 eller det annars finns risk att bevis undanhålls eller förvanskas.

52 §

När en undersökning som har beslutats enligt 47, 48 eller 56 b § skall genomföras, har den hos vilken undersökningen skall genomföras rätt att tillkalla ett juridiskt biträde.

I avvaktan på att ett sådant biträde inställer sig får undersökningen inte börja. Detta gäller dock inte, om

1. undersökningen därigenom onödigt fördröjs, eller
2. *undersökningen har beslutats enligt 49 §.*

I avvaktan på att ett sådant biträde inställer sig får undersökningen inte börja. Detta gäller dock inte, om

1. undersökningen därigenom onödigt fördröjs, eller
2. *det finns en risk att ändamålet med åtgärden annars inte uppnås.*

1. Denna lag träder i kraft den 1 april 2005.

2. Den nya bestämmelsen i 28 a § tillämpas på överträdelser efter ikraftträdandet.

3. Den nya lydelsen i 33 § andra stycket tillämpas även på fodringar som har kommit till före ikraftträdandet och som inte har preskriberats dessförinnan enligt äldre bestämmelser.

2. Förslag till lag om ändring i lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler

dels att 5 § skall upphöra att gälla,

dels att 3 och 4 §§ skall ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 §

När den behöriga myndigheten genomför en undersökning på begäran av Europeiska gemenskapernas kommission enligt *de rättsakter som anges i 5 §*, har den rätt att hos företag och företagsammanslutningar

1. granska böcker och andra affärshandlingar,

2. ta kopior av eller göra utdrag ur böcker och andra affärshandlingar,

3. begära muntliga förklaringar på platsen, och

4. få tillträde till samtliga lokaler, markområden och transportmedel.

Första stycket gäller också när den behöriga myndigheten bistår kommissionen vid undersökningar enligt *de rättsakter som anges i 5 §*.

När den behöriga myndigheten genomför en undersökning på begäran av Europeiska gemenskapernas kommission enligt *rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer*, har den rätt att hos företag och företagsammanslutningar

1. granska böcker och andra affärshandlingar,

2. ta kopior av eller göra utdrag ur böcker och andra affärshandlingar,

3. begära muntliga förklaringar på platsen, och

4. få tillträde till samtliga lokaler, markområden och transportmedel.

Första stycket gäller också när den behöriga myndigheten bistår kommissionen vid undersökningar enligt *samma förordning*.

4 §²

När Europeiska gemenskapernas kommission har beslutat om en undersökning enligt *de rättsakter som anges i 5 §* har den behöriga myndigheten rätt att få handräckning av kronofogdemyndigheten för att genomföra de åtgärder som avses i 3 § 1, 2 och 4.

När Europeiska gemenskapernas kommission har beslutat om en undersökning enligt *rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer*, har den behöriga myndigheten rätt att få handräckning av kronofogdemyndigheten för att genomföra de åtgärder som avses i 3 § 1, 2 och 4.

Frågor om handräckning enligt denna paragraf prövas av Kronofogdemyndigheten i Stockholm. Kronofogdemyndigheten skall inte underrätta företaget eller företagsammanslutningen om den behöriga myndighetens begäran om handräckning innan verkställighet sker. Därutöver gäller bestämmelserna i utsökningsbalken om sådan verkställighet som avses i 16 kap. 10 § den balken.

Denna lag träder i kraft den 1 april 2005.

² Senaste lydelse 1996:1441.

Förkortningar

EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EG	Europeiska gemenskaperna
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EU	Europeiska Unionen
JT	Juridisk Tidskrift
KL	Konkurrenslagen (1993:20)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Kommissionen	Europeiska gemenskapernas kommission
MD	Marknadsdomstolen
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
REG	Rättsfallssamling för Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
TfR	Tidsskrift för Rettsvetenskap
1994 års lag	Lagen 1944:1845 om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler

1 Uppdraget

1.1 Utredningens direktiv

Utredningen har tidigare lämnat delbetänkandet *Reformerad konkurrensövervakning* (SOU 2003:73)

Enligt direktiven skall utredningen göra en allsidig prövning av om kretsen av skadeståndsberättigade enligt KL bör utvidgas och, om det anses lämpligt, föreslå ändrad reglering. För det fall utredaren finner att gruppen av skadeståndsberättigade bör utvidgas i fråga om konsumenter, skall utredaren också pröva om det är lämpligt att Konkurrensverket ges möjlighet att föra offentlig grupptalan enligt lagen (2002:599) om grupprättegång.

Utredningen skall därutöver se över sättet att beräkna konkurrensskadeavgift i koncernförhållanden samt rättstillämpningen i samband med accessoriska begränsningar. Utredningen får dessutom lämna förslag till ändringar även i andra avseenden, om det visar sig att det finns skillnader mellan EG-rätten och den nationella rätten.

Som framgick av det nämnda delbetänkandet fanns dessutom några frågor som enligt utredningens mening krävde en mer ingående analys än som var möjlig med tanke på de korta tidsramarna för utredningen i etapp 1. Det gällde bl.a. frågan om det var lämpligt i den nya rättsmiljön att i den svenska lagen upprätthålla materiella regler som avviker från EG-rätten samt frågan om att införa en lagregel som uttryckligen föreskriver att KL:s bestämmelser skall tillämpas så att det stämmer överens med artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. Utredningen avsåg att studera dessa frågor i etapp 2 av utredningens arbete.

Dessa frågor – och även andra som kunde aktualiseras – skulle behandlas i utredningens slutbetänkande, sades det. Under arbetets gång har frågan i direktiven om accessoriska begränsningar kommit i ett nytt läge genom att rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer

reformerats och kommer att ersättas av en ny förordning som nyligen antagits av ministerrådet i EU. Den nya förordningen är ännu inte publicerad. Av dessa skäl har utredningen efter samråd med Näringsdepartementet avstått från att göra överväganden enligt utredningens direktiv i fråga om accessoriska begränsningar. Utredningen har nu avstått i fråga att ta upp vissa av de frågor som hölls öppna i delbetänkandet, eftersom regeringen ännu inte tagit ställning till utredningens förslag i delbetänkandet.

Enligt direktiven skall utredningen redovisa sitt uppdrag i dessa delar senast den 31 januari 2004. Direktiven som helhet framgår av *bilaga*.

I detta delbetänkande redovisar utredningen den andra etappen av sitt uppdrag.

Utredningen har i tilläggsdirektiv, dir. 2003:175, fått uppdraget att ta fram en konkret lagstiftningsmodell till en kriminalisering av förbuden i KL mot konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av en dominerande ställning och göra en fördjupad lagteknisk analys. Det uppdrag som framgår av tilläggsdirektiven skall redovisas senast den 31 december 2004.

1.2 Utredningsarbetet

Utredningsarbetet har bedrivits på sedvanligt sätt med regelbundna sammanträden. I arbetet har också ingått studier av litteratur och rättsfall. Informationsutbyte har skett genom underhandskontakter med företrädare för ansvariga ministerier eller konkurrensmyndigheter i flera av EU:s medlemsländer. Information har därutöver inhämtats via EG-kommissionens hemsida – liksom olika nationella ministeriers eller konkurrensmyndigheters hemsidor – på Internet.

Utredningen har vid besök hos Kronofogdemyndigheten i Stockholm informerat sig om myndighetens erfarenheter av immaterialrättsliga inträngsundersökningar och undersökningar enligt konkurrenslagstiftningen, jfr avsnitt 6.

1.3 Utredningens fortsatta arbete

För utredningen återstår enligt tilläggsdirektiven att ta fram en konkret lagstiftningsmodell till en kriminalisering av förbuden i KL mot konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av en dominerande ställning och göra en fördjupad lagteknisk analys. Det uppdrag som framgår av tilläggsdirektiven kommer att behandlas i utredningens slutbetänkande.

2 EG:s konkurrensregler

2.1 Bakgrund

Konkurrenspolitiken har från den europeiska integrationens början varit ett instrument i arbetet med att genomföra den gemensamma marknaden, och EG-fördraget kom att innehålla konkurrensregler för företag som alltjämt är oförändrade till sitt innehåll.

I EG-fördragets ingress (fjärde stycket) framhålls betydelsen av en sund konkurrens då fördragets mål skall förverkligas.

I artikel 2 i fördraget anges gemenskapens övergripande mål, nämligen att främja en harmonisk och väl avvägd utveckling av näringslivet inom gemenskapen som helhet, en hållbar och icke-inflatorisk tillväxt som tar hänsyn till miljön, en hög grad av ekonomisk konvergens, en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd, en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten samt ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet mellan medlemsstaterna. För att fullgöra dessa uppgifter anvisar artikeln olika medel, bl.a. att upprätta en gemensam marknad och en ekonomisk och monetär union. Vidare hänvisas till artikel 3, där det anges i ett stort antal punkter vad gemenskapens verksamhet skall innefatta för att uppnå målen. I artikel 3 g nämns ”en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids”.

EG:s konkurrensregler ingår som en integrerad del i det EG-rättsliga regelsystemet och har därmed samma huvudsyften som regelsystemet i stort. De skall således främja inte bara konkurrensen på den gemensamma marknaden utan även integrationen mellan medlemsstaterna. Allt sedan EG bildades har konkurrenspolitiken varit ett viktigt medel i arbetet med att genomföra den gemensamma marknaden. EG:s konkurrensrätt har under årens lopp utvecklats på olika sätt genom bl.a. sekundärrätt och rättspraxis. Denna konkurrensrätt har i stor utsträckning stått som

förebild för den nationella konkurrenslagstiftningen i ett flertal av medlemsstaterna, bl.a. Sverige.

De materiella reglerna i EG:s konkurrensrätt är direkt tillämpliga och gäller redan i Sverige.

I det följande redovisas artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget samt tillämpningsförfordning 1/2003 som den 1 maj 2004 ersätter nuvarande regler i förordning 17/62.

2.2 Materiella regler

De grundläggande konkurrensreglerna finns i EG-fördragets artiklar 81 och 82 samt i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer, den s.k. koncentrationsförordningen.¹

Artikel 81 reglerar samarbete mellan företag. Artikel 82 gäller missbruk av en dominerande ställning. Koncentrationsförordningen styr kontrollen av företagsförvärv, fusioner och andra koncentrationer. Här till finns reglerna i EG-fördragets artikel 86 och 87–89 om offentliga företag samt om statligt stöd.

Artikel 81 lyder:

Artikel 81

1. Följande är oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden, särskilt sådana som innebär att

- a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
- b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
- c) marknader eller inköpskällor delas upp,
- d) olika villkor tillämpas vid likvärdiga transaktioner med handelspartners, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,

¹ Nämnda koncentrationsförordning kommer att ersättas av en ny koncentrationsförordning som nyligen antagits av ministerrådet i EU. Den nya förordningen är ännu inte publicerad.

e) det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

2. Avtal eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga.

3. Bestämmelserna i punkt 1 får dock förklaras icke tillämpliga på

- avtal eller grupp av avtal mellan företag,
- beslut eller grupp av beslut av företagssammanslutningar,
- samordnade förfaranden eller grupp av samordnade förfaranden, som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte

a) ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,

b) ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

För att förbudet i artikeln skall vara tillämpligt krävs någon form av överenskommelse mellan två eller flera företag eller också ett beslut av en företagssammanslutning eller ett samordnat förfarande, dvs. det s.k. avtalskriteriet. Det krävs inte att ett juridiskt bindande avtal ingåtts, utan det kan röra sig om lösare överenskommelser, t.ex. rekommendationer eller *gentlemen's agreements*. Förbudet omfattar både horisontella avtal, dvs. avtal mellan företag inom samma led i distributionskedjan, och vertikala avtal, t.ex. avtal mellan tillverkare och återförsäljare. I allmänhet anses horisontella avtal vara mer skadliga för konkurrensen än vertikala avtal. Skälet till detta är att horisontella avtal rör samarbete mellan faktiska eller potentiella konkurrenter, om avtalsparterna är verksamma på samma marknad.

Gränsen mellan avtal och samordnade förfaranden kan många gånger vara hårfin och har i praktiken inte så stor betydelse. Förbudet mot samordnade förfaranden innebär inte att företag är förhindrade att anpassa sig till hur konkurrenterna agerar på marknaden. Parallellt beteende av företag behöver i sig inte utgöra ett samordnat förfarande men kan vara ett indicium på ett sådant förfarande. Begreppet företag skall tolkas vidsträckt och omfattar varje fysisk eller juridisk person som bedriver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Verksamheten behöver inte bedrivas i vinstsyfte.

Förbudet i artikel 81.1 omfattar endast förfaranden som påverkar handeln mellan medlemsstaterna, det s.k. samhandelskriteriet. Kriteriet innebär att ett förfarandet inte kan angripas med stöd av EG-rätten, oavsett hur konkurrenshämmande det är, om inte handeln

mellan medlemsstaterna påverkas. Det är däremot mycket möjligt att nationell konkurrensrätt i så fall är tillämplig. Begreppet handel har av EG-domstolen tolkats vidsträckt.

Bestämmelsen i artikel 81.2 innebär att ett förbjudet avtal är civilrättsligt ogiltigt från den dag det ingicks. Ogiltigheten kan i förekommande fall avse endast förbjudna delar av ett i övrigt giltigt avtal. Bestämmelsen har direkt effekt, vilket medför att nationella domstolar kan ogiltigförklara ett konkurrensbegränsande avtal som faller under bestämmelsen.

Som framgår av bestämmelsen i artikel 81.3 kan ett avtal, beslut eller samordnat förfarande undantas från tillämpningen av artikel 81.1.

Artikel 82 har följande lydelse:

Artikel 82

Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet.

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

- a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
- b) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
- c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartners, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
- d) ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

Bestämmelsen i artikeln avser konkurrensbegränsningar som ett eller flera företag tillämpar ensidigt. Betydelsen av begreppet företag är densamma som enligt artikel 81.1. Däremot kan även grupper av företag utgöra ett företag vid tillämpningen av artikel 82. Det gäller även om företagen är helt fristående från varandra, s.k. kollektiv dominans.

Bestämmelsen förbjuder inte att företag intar en dominerande ställning, utan endast att ett företag missbrukar en sådan ställning. Ett företag som har en dominerande ställning har ett särskilt ansvar. Företaget får inte genom sitt beteende skada en effektiv och fungerande konkurrens på den gemensamma marknaden. Det

framgår av rättspraxis att missbruksbegreppet är objektivt. Att ett företag har en dominerande ställning kan vara avgörande för om dess beteende skall anses utgöra missbruk eller ej. Det innebär att ett visst förfarande kan vara förbjudet om det vidtas av ett företag med dominerande ställning, samtidigt som det kan vara tillåtet om det vidtas av ett företag som inte har en dominerande ställning.

I likhet med vad som gäller beträffande artikel 81 krävs att samhandelskriteriet är uppfyllt. Ett missbruk av en dominerande ställning kan därför inte angräpas med stöd av EG-rätten, oavsett hur allvarligt det är, om inte samhandeln påverkas. Det är däremot fullt möjligt att nationell konkurrensrätt är tillämplig på förfarandet.

2.3 Tillämpningsregler

2.3.1 Moderniseringsreformen

EG-fördraget innehåller inga tillämpningsregler till artiklarna 81 och 82. Sådana regler har tillkommit genom särskilda förordningar. Den grundläggande tillämpningsförordningen har hittills varit förordning (EEG) nr 17/62. Till följd av den s.k. moderniseringsreformen ersätts den dock av tillämpningsförordning 1/2003 och skall tillämpas från och med den 1 maj 2004.

Bakgrunden är att kommissionen den 28 april 1999 antog en vitbok om modernisering av tillämpningsföreskrifterna för artikel 81 och artikel 82. Vitboken bereddes med medlemsstaterna inom EU och andra berörda. Kommissionen överlämnade den 27 september 2000 ett förslag till en ny tillämpningsförordning till rådet. Efter att i två års tid ha berett förslaget i en rådsarbetsgrupp för konkurrens beslutade rådet den 26 november 2002 att anta den nya tillämpningsförordningen, rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.

Den nya tillämpningsförordningen syftar till att tillämpningen av EG:s konkurrensrätt skall decentraliseras så att medlemsstaternas konkurrensmyndigheter skall få en mer framträdande roll än vad som hittills har varit fallet, då kommissionen har varit helt dominerande. Den nuvarande förhandskontrollen i form av individuella undantag och icke-ingripandebesked, som beslutas av kommissionen, avskaffas. Kommissionen skall i stället koncentrera sig på att ingripa mot allvarliga överträdelser av förbudsreglerna.

2.3.2 Motiven bakom reformen

Moderniseringsreformen har av kommissionen motiverats på följande sätt.

Med förordning 17/62 skapades ett system som bygger på att förbudsregeln i artikel 81.1 är direkt tillämplig och att avtal skall anmälas på förhand för att kunna beviljas undantag enligt artikel 81.3. Såväl kommissionen som nationella domstolar och nationella myndigheter kan tillämpa artikel 81.1, men behörighet att bevilja undantag enligt artikel 81.3 gavs uteslutande till kommissionen.

Det centraliserade system för godkännande som infördes var nödvändigt och effektivt för upprättandet av en ”konkurrens-kultur” i Europa. Till en början var konkurrenspolitik ett föga känt begrepp i många delar av gemenskapen. På den tiden då tolkningen av artikel 81.3 fortfarande var osäker och då gemenskapens främsta mål var att integrera de nationella marknaderna, var en centraliserad tillämpning av EG:s konkurrensregler det enda lämpliga systemet. Det gav kommissionen möjlighet att etablera en enhetlig tillämpning av artikel 81 i hela EG och att främja marknadsintegreringen genom att hindra företag från att återskapa de barriärer som medlemsstaterna gradvis hade avskaffat.

Genom systemet skapades en uppsättning regler som nu accepteras av alla medlemsstater och av näringslivet som grundläggande för att den inre marknaden skall fungera. Varje medlemsstat har nu en nationell konkurrensmyndighet som tillämpar både nationell konkurrensrätt och (när de har befogenhet till det) gemenskapens konkurrensrätt.

De successiva anslutningarna av nya medlemsstater påverkade automatiskt omfattningen av kommissionens behörighet. Dessa utvidgningar har inte lett till några väsentliga ändringar av förordning 17/62, trots att gemenskapens utveckling sedan 1962 har varit anmärkningsvärd. Gemenskapen med sex medlemsstater har blivit en union med 15 medlemsstater och kommer att bli ännu större efter nästa års utvidgning. Den inre marknaden är trots alla sina brister en realitet och den Ekonomiska och monetära unionen har kommit igång.

Sedan 60-talet har kommissionens roll förstärkts. Antalet ärenden har ökat avsevärt till följd av de sammantagna effekterna av marknadsintegreringen, nya medlemsstaters anslutning, ingående av samarbetsavtal med tredje land och slutligen globaliseringen av ekonomin. Tillämpningsområdet för gemenskapens konkurrensrätt

bygger på kriteriet om påverkan på handeln mellan medlemsstaterna. Genomförandet av den inre marknaden och den stegvisa integreringen av de nationella marknaderna har därför oundvikligen lett till en ökning av antalet ärenden som omfattas av gemenskapsrätten. På en integrerad marknad kan även avtal mellan företag som är etablerade i en och samma medlemsstat direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, påverka handeln mellan medlemsstaterna och därmed omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsrätten.

Systemet med förhandsanmälan och monopol för kommissionen att bevilja undantag har lett till att kommissionens tillämpning av konkurrensrätten har försvårats. Den förhandskontroll som är en del av det godkännandesystem som infördes genom förordning 17/62 har därför lett till att företagen systematiskt har anmält sina avtal till kommissionen som med sina begränsade administrativa resurser snart hamnat i en situation där den omöjligt kunnat fatta formella beslut i de tusentals ärenden som inkommit.

Förordning 17/62 ålägger kommissionen, i samband med antagandet av ett formellt beslut om undantag, att vidta nödvändiga åtgärder för att undersöka ärendet, att offentliggöra ett tillkännagivande i Europeiska gemenskapernas officiella tidning på för närvarande elva språk för att lämna berörd tredje man tillfälle att framföra sina synpunkter (artikel 19.3 i förordning 17/62), att samråda med den rådgivande kommittén om utkastet till beslut och att offentliggöra beslutet i EGT på elva språk.

Ansvar för tillämpningen av reglerna torde därför kunna fördelas mera jämbördigt mellan kommissionen och nationella domstolar och myndigheter. De sistnämnda har fördelen att finnas nära medborgarna och de problem de ställs inför. Kommissionen har nu kommit att koncentrera sig mera på att säkerställa en effektiv konkurrens genom att upptäcka och stoppa gränsöverskridande karteller och bibehålla konkurrenskraftiga marknadsstrukturer. Den har också antagit utmaningar som koncentrationskontroll, avreglering av hittills monopoliserade marknader och internationellt samarbete.

Enligt kommissionen uppvisar det nuvarande systemet för tillämpning av artiklarna 81 och 82 två betydande svagheter i denna nya miljö.

För det första ger det inte längre ett *effektivt konkurrenskydd*. Kommissionens monopol när det gäller att tillämpa artikel 81.3 utgör ett betydande hinder för de nationella konkurrensmyndig-

heternas och domstolarnas ansträngningar att tillämpa konkurrenslagstiftningen. I en utvidgad gemenskap kan kommissionen inte ensam bära ansvaret för genomförandet av konkurrensreglerna inom hela unionen. Anmälningssystemet är dessutom inte längre ett effektivt redskap för att skydda konkurrensen. Den leder mycket sällan till att ärenden som utgör ett reellt hot mot konkurrensen avslöjas. Anmälningssystemet hindrar faktiskt kommissionen från att använda sina resurser för att upptäcka och beivra allvarliga överträdelser.

Den andra bristen i det nuvarande systemet är att det lägger en *alltför tung börda på näringslivet* genom att det ökar kostnaderna för att följa regelverket och hindrar företag från att genomföra sina avtal utan föregående anmälan till kommissionen även om de uppfyller villkoren i artikel 81.3. Detta är till särskilt stor skada för små och medelstora företag för vilka kostnaderna för att anmäla avtal, och i avsaknad av anmälan, svårigheten att genomföra sina avtal kan ge dessa företag en konkurrensnackdel i förhållande till större företag.

Den *planerade utvidgningen* av gemenskapen gör det än mer angeläget att fullfölja omarbetningen av förordning 17/62. En framtida union med 25 eller flera medlemsstater står i utsikt. Ett anmälningssystem med förhandsgodkännande av en enda förvaltningsmyndighet skulle bli fullständigt ohållbart i en utvidgad gemenskap, eftersom tusentals avtal skulle kunna komma att kräva icke-ingripandebesked i form av en administrativ skrivelse för att kunna genomföras.

Mot denna bakgrund föreslog kommissionen den reform som innebar att rådet efter två års arbete antog den nya förordning 1/2003.

2.3.3 Förhållandet mellan EG-rätten och nationell rätt

Artikel 3 i förordning 1/2003 innehåller bestämmelser om förhållandet mellan å ena sidan artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget och å andra sidan nationell konkurrensrätt. Medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar är ålagda att även tillämpa artiklarna 81 och 82 i fördraget när de tillämpar nationell konkurrensrätt i fråga om avtal och förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna.

Tillämpningen av nationella konkurrensregler på avtal, beslut eller samordnade förfaranden som faller under artikel 81.1 i fördraget får inte leda till förbud mot sådana avtal, beslut och samordnade förfaranden om de inte också är förbjudna enligt gemenskapens konkurrensrätt.

Medlemsstaterna hindras dock inte från att inom sina territorier anta och tillämpa en strängare nationell konkurrenslagstiftning som förbjuder eller inför påföljder mot företags ensidiga agerande. Denna strängare nationella lagstiftning får innehålla bestämmelser om förbud mot eller påföljder för missbruk mot ekonomiskt beroende företag.

2.3.4 En direkt tillämplig undantagsregel

En av de stora nyheterna i den nya tillämpningsförfordningen är att kommissionens förhandskontroll genom beslut om undantag och icke-ingripandebesked avskaffas och ersätts av en direkt tillämplig undantagsregel.

Den centraliserade ordning med kommissionens exklusiva behörighet att tillämpa artikel 81.3, som inrättades genom förordning 17/62, försvårar medlemsstaternas domstolars och konkurrensmyndigheters tillämpning av gemenskapens konkurrensregler, och det anmälningssystem den föreskriver hindrar kommissionen från att koncentrera sina resurser på att bekämpa de allvarligaste överträdelserna. Dessutom medför den stora kostnader för företagen.

Kommissionens ensamrätt att meddela undantag enligt artikel 81.3 upphör därför. Den nuvarande ordningen ersätts med ett system med direkt tillämplighet för undantag, där medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar har behörighet att inte bara tillämpa artikel 81.1 och artikel 82, som enligt rättspraxis från EG-domstolen är direkt tillämpliga, utan även artikel 81.3.

Genom att artikel 81.3 blir direkt tillämplig säkerställs att avtal som uppfyller villkoren i den bestämmelsen har rättsverkan utan ingripande från en förvaltningsmyndighet.

Även rätten för företagen att ansöka om icke-ingripandebesked avskaffas. Kommissionen kan dock på eget initiativ fatta beslut om att artiklarna 81 och 82 inte är tillämpliga.

2.3.5 Gruppundantag

En särskild form av undantag är gruppundantag. Enligt den nya tillämpningsförfordningen skall systemet med gruppundantag finnas kvar. Med stöd av en rådsförfordning skall kommissionen alltså kunna förklara att artikel 81.1 inte skall tillämpas på vissa kategorier av avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden.

2.3.6 Kommissionens utredningar

Ett ärende kommer enligt den nya ordningen att kunna initieras hos kommissionen genom klagomål eller genom kommissionens eget initiativ. Gången i ett ärende hos kommissionen kan översiktligt beskrivas på följande sätt.

Sedan ett ärende initierats tar kommissionen ställning till om en undersökning skall inledas och kan vid behov börja samla in information. Kommissionen kan få fram information informellt genom exempelvis diskussioner med ett företag som anmält ett avtal för undantag. Vidare kan kommissionen genom att fatta formella beslut ålägga ett företag att lämna information eller genomföra undersökningar hos företaget. I nästa skede av handläggningen har kommissionen ett antal olika alternativ, delvis beroende på vilken typ av ärende det rör sig om. Kommissionen kan också besluta att inte utreda ett klagomål vidare.

Om kommissionen väljer att inleda ett formellt förfarande för att utreda överträdelser av artikel 81.1 eller 82, skall den utfärda ett meddelande om anmärkningar (*statement of objections*). När ett sådant meddelande utfärdats inträder även vissa rättigheter för det eller de företag som är föremål för utredningen, bl.a. rätt till aktinsyn och rätt att påkalla muntligt förhör. Innan kommissionen fattar ett slutligt beslut i ärendet är den skyldig att rådgöra med den rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor, som består av representanter för medlemsstaterna. Därefter fattar kommissionen ett formellt beslut i ärendet. Kommissionen har dock möjlighet att avsluta ett ärende informellt under hela handläggningstiden.

Kommissionen har också rätt att begära upplysningar. Det kan ske på vilket stadium som helst under en utredning. En begäran kan ställas till de företag som är direkt inblandade i ett ärende men kan

också riktas till andra företag, t.ex. konkurrenter. Kommissionens utrymme för att begära upplysningar är omfattande. Det måste emellertid föreligga ett samband mellan den information som efterfrågas och den överträdelse ärendet rör. Vad ett företag åläggs får inte heller vara mer betungande än att det står i proportion till kommissionens intresse av att få informationen. Skyldiga att lämna information är företagens ägare eller ställföreträdare.

2.3.7 Ett nätverk av konkurrensmyndigheter inom EU

Tillämpningen av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget decentraliseras till nationella myndigheter och domstolar vilka ges en med kommissionen parallell behörighet. Dessa nationella organ kommer att ta över tillämpningen i en rad fall som i dag handläggs av kommissionen. Fördelningen av ärenden sker i ett nätverk av konkurrensmyndigheter inom EU där kommissionen är med och har en viktig roll. Reformen har som övergripande syfte att frigöra resurser som kan sättas in mot de allvarliga fallen, att effektivisera tillämpningen och därmed stärka konkurrensen.

För att säkerställa en effektiv tillämpning av gemenskapens konkurrensregler görs konkurrensmyndigheterna i medlemsstaterna mera delaktiga i tillämpningen av reglerna. De skall därför ha behörighet att tillämpa gemenskapsrätten.

2.3.8 Undersökningar

I artiklarna 20–22 i förordning 1/2003 finns bestämmelser om inspektioner som beslutas av kommissionen, om bistånd av nationella myndigheter och om annat samarbete vid undersökningar.

Kommissionen får enligt artikel 20 genomföra alla nödvändiga undersökningar hos företag och företagssammanslutningar. För att säkerställa en effektivare tillämpning av artiklarna 81 och 82 innehåller den nya förordningen vissa förändringar, bl.a. regleras möjligheterna att få ett domstolsbeslut på nationell nivå för att stävja ett företags möjliga försök att motsätta sig en inspektion. Kommissionens tjänstemän får även befogenhet att försegla lokaler och affärshandlingar för att säkerställa att dokument inte avlägsnas eller förstörs. De bemyndigas även att ställa muntliga frågor som rör föremålet för inspektionen.

Enligt artikel 21 får kommissionen besluta om inspektion på annan plats än hos det berörda företaget. Ett sådant beslut får inte genomföras utan förhandsgodkännande av den nationella rättsliga myndigheten i den berörda medlemsstaten. Om det finns ett domstolsgodkännande skall kommissionens tjänstemän vara bemyndigade att undersöka privata utrymmen såsom bostäder, om misstanke finns att relevanta affärshandlingar förvaras där.

Nivån på böter för överträdelser av procedurregler och viten höjs. Det nya systemet grundar sig på belopp uttryckta som procent av företagets omsättning.

På begäran av kommissionen skall enligt artikel 22 medlemsstaternas myndigheter genomföra de undersökningar kommissionen finner nödvändiga.

2.3.9 Åtgärder mot förbjudna konkurrensbegränsningar

Kommissionen har redan enligt förordning 17/62 rätt att ålägga företag att upphöra med en överträdelse. Det kan vara fråga om att företaget skall upphöra att tillämpa ett visst avtal, villkor eller annat förbjudet förfarande. Ett åläggande kan även avse en annan åtgärd, t.ex. att sälja till ett visst företag, att vidta rättelse eller att förändra priser. Motsvarande bestämmelse återfinns i den nya tillämpningsförordningen med två förändringar.

För det första klargörs att kommissionen har befogenhet att fatta beslut där den konstaterar att en överträdelse tidigare har förelegat. För det andra ges kommissionen befogenhet att ålägga de berörda företagen att vidta alla korrigerande åtgärder som är nödvändiga för att effektivt bringa en överträdelse att upphöra. Detta innefattar även strukturella åtgärder, dvs. avskiljande av en del av ett företag eller avhändande av tillgångar.

I anslutning till denna bestämmelse införs ett nytt instrument som saknar motsvarighet i förordning 17/62. I samband med ett förfarande genom vilket kommissionen avser att fatta beslut om att en påstådd överträdelse skall upphöra ges kommissionen en befogenhet att fatta beslut om att godta ett företags åtaganden. Mottagaren är bunden av beslutet med åtagandena. Beslutet är inte bindande för nationella domstolar eller nationella konkurrensmyndigheter utan dessa kan besluta om mer ingripande åtgärder än vad kommissionen har gjort. I beslutet skall det konstateras att det inte längre finns skäl för ingripande. Endast under vissa sär-

skilda omständigheter får kommissionen ta upp förfarandet på nytt. Genom beslutet kan kommissionen göra åtagandet bindande. Enligt förordningen skall även en nationell konkurrensmyndighet kunna godta åtaganden

2.3.10 Sanktioner

Bestämmelser om böter finns i artikel 23 i förordning 1/2003. Kommissionen kan ålägga företag eller företagssammanslutningar böter vid överträdelse av procedurregler och överträdelse av materiella regler.

Bestämmelserna om överträdelse av materiella regler innebär att företag kan bli bötfällda vid överträdelse av bestämmelserna i artikel 81.1 eller 82 i EG-fördraget. Motsvarande gäller om företag åsidosätter ett åläggande som har beslutats i samband med att kommissionen beslutat om undantag enligt artikel 81.3 i fördraget.

Varje företag som har deltagit i ett förbjudet förfarande kan ådömas böter. Bedrivs verksamheten av en fysisk person, skall den person som drev rörelsen när överträdelsen begicks svara för avgiften. Om verksamheten bedrivs av en juridisk person, följer ansvaret för böter den juridiska personen. Överlåter en juridisk person den rörelsegren i vilken överträdelsen skett, stannar ansvaret kvar hos den juridiska personen.

Bötesbeloppen kan variera mellan ettusen och en miljon euro eller högst tio procent av föregående års omsättning för varje inblandat företag. För att böter skall kunna åläggas krävs att överträdelsen skett av oaktsamhet eller uppsåtligen. EG-domstolen har vid ett antal tillfällen prövat frågan om en överträdelse skall anses ha skett uppsåtligen. Domstolen har kommit fram till att uppsåt skall anses föreligga bl.a. när det inblandade företaget inte kan ha varit omedvetet om att förfarandet i fråga haft till syfte eller kunnat få till effekt att hämma konkurrensen. Enligt artikel 23.5 i förordning 1/2003 har beslut om böter med stöd av artikeln inte straffrättslig karaktär.

2.3.11 Domstolsprövning

Åtskilliga av kommissionens beslut kan överklagas och därmed underställas prövning av domstol. Det gäller i första hand beslut varigenom kommissionen har fastställt att en överträdelse har skett. Kommissionens avgöranden på konkurrensområdet överklagas till Förstainstansrätten. När det gäller beslut om påföljder är domstolens prövningsrätt oinskränkt. Den kan alltså undanröja, höja eller sänka påförda böter. I andra fall kan domstolen bara fastställa eller ogiltigförklara kommissionens beslut helt eller delvis. Förstainstansrättens domar kan överklagas till EG-domstolen, men endast beträffande rättsfrågor.

Nationella domstolar fyller också en viktig funktion vid tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler. De skyddar medborgarnas rättigheter enligt gemenskapsrätten genom att avgöra tvister mellan enskilda, till exempel genom att utdöma skadestånd till dem som utsatts för överträdelser. De nationella domstolarna kompletterar i detta hänseende medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. De skall därför kunna tillämpa artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget fullt ut.

Genom den nya förordningen har det ansetts nödvändigt att inrätta metoder för att förstärka samarbetet mellan kommissionen och de nationella domstolarna för att främja en enhetlig tillämpning av artiklarna 81 och 82.

Medlemsstaternas domstolar får vid tillämpningen av artiklarna 81 och 82 begära upplysningar eller yttranden från kommissionen när det gäller tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler. Vidare framgår att medlemsstaterna till kommissionen skall sända en kopia av avgöranden där artikel 81 eller 82 tillämpats. Medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och kommissionen får dessutom på eget initiativ lämna skriftliga yttranden till en nationell domstol. Efter domstolens tillåtelse får även muntliga yttranden lämnas. För detta ändamål får medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och kommissionen begära att domstolen översänder alla handlingar som är nödvändiga för bedömningen av målet.

2.3.12 Sekretess

Grundläggande bestämmelser om sekretess finns i artikel 287 i EG-fördraget. Av artikeln framgår att medlemmar av gemenskapens institutioner, medlemmarna av kommittéer samt övriga tjänstemän i gemenskapen skall, även efter det att deras uppdrag upphört, vara förpliktade att inte lämna ut upplysningar som omfattas av tystnadsplikt, särskilt uppgifter om företag, deras affärsförbindelser eller deras kostnadsförhållanden. För konkurrensområdet finns också bestämmelser om sekretess i artikel 28 i förordning 1/2003.

2.3.13 Skadestånd

Någon uttrycklig bestämmelse om rätt till skadestånd på grund av överträdelse av artikel 81 eller 82 i EG-fördraget finns inte. Vissa skadeståndsrättsliga principer har utvecklats i EG-domstolens praxis. En sådan princip är att om nationell rätt ger en möjlighet till skadestånd vid överträdelser av nationell konkurrensrätt, även överträdelser av EG:s konkurrensrätt skall ha motsvarande följder.

3 Svensk konkurrensrätt

3.1 Materiella regler

KL har i stor utsträckning EG-rätten som förebild och innehåller i likhet med EG-rätten förbud mot konkurrensbegränsande samarbete och mot missbruk av dominerande ställning samt dessutom regler om kontroll av företagskoncentrationer.

3.1.1 Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete

Det generella förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag återfinns i 6 § KL. Paragrafen lyder:

6 § Om något annat inte följer av beslut enligt 8 eller 15 § eller av 13, 17, 18 c eller 18 e §, är avtal mellan företag förbjudna om de har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat.

Detta gäller särskilt sådana avtal som innebär att

1. inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
2. produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
3. marknader eller inköpskällor delas upp,
4. olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller
5. det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

För att förbudet i paragrafen skall vara tillämpligt krävs, i likhet med vad som gäller enligt EG-rätten, någon form av överenskommelse mellan två eller flera företag, avtalskriteriet. Inte heller enligt KL krävs emellertid att ett juridiskt bindande avtal ingåtts, utan det kan röra sig om informella överenskommelser, t.ex. rekommendationer eller s.k. *gentlemen's agreements*. Samarbete mellan företag

som ingår i samma ekonomiska enhet, t.ex. i normalfallet företag inom samma koncern, anses inte omfattas av förbudet i bestämmelsen. Förbudet omfattar, liksom förbudet i artikel 81.1 i EG-fördraget, både horisontella och vertikala avtal. Enligt 3 § tredje stycket KL skall vad som sägs om avtal tillämpas också på beslut av sammanslutningar av företag och samordnade förfaranden av företag. Detsamma gäller enligt artikel 81 i EG-fördraget.

Begreppet företag finns definierat i 3 § första och andra styckena KL. Enligt förarbetena¹ är avsikten att begreppet skall ha samma innebörd som motsvarigheten i EG-rätten (på engelska "undertaking"). Liksom i EG-rätten skall det ha en vidsträckt innebörd och omfatta varje fysisk eller juridisk person som bedriver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Verksamheten behöver inte bedrivas i vinstsyfte. I den mån en verksamhet består i myndighetsutövning omfattas den emellertid inte av begreppet företag.

3.1.2 Civilrättslig ogiltighet

Av bestämmelsen i 7 § KL framgår att avtal eller avtalsvillkor som är förbjudna enligt 6 § KL är civilrättsligt ogiltiga. Det innebär att avtalet eller villkoret inte kan göras gällande enligt sitt innehåll.

3.1.3 Undantag

Regler om undantag finns i 8 § KL. Paragrafen lyder:

8 § Konkurrensverket får i det särskilda fallet besluta om undantag från förbudet i 6 § för ett avtal som

1. bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande,
2. tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås,
3. bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet i 1, och
4. inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.

Paragrafen motsvarar artikel 81.3 i EG-fördraget. En förutsättning för att bestämmelsen skall vara tillämplig är att avtalet strider mot

¹ Prop. 1992/93:56 s. 66.

förbudet i 6 §. I likhet med vad som gäller inom EG-rätten måste samtliga de villkor som anges i bestämmelsen vara uppfyllda för att undantag skall kunna medges. Endast om avtalet anmäls till Konkurrensverket får verket besluta om undantag (9 § KL). Ett undantag beslutas alltid för en begränsad tid men kan ges med retroaktiv verkan och kan förnyas. Undantaget kan förenas med villkor och ålägganden.

Bestämmelser om återkallelse eller ändring av beslut om undantag finns i 12 § KL. Av bestämmelserna framgår att ett sådant beslut kan återkallas eller ändras, om de omständigheter som legat till grund för beslutet har förändrats i något väsentligt avseende. Vidare kan beslutet återkallas eller ändras, om de som beslutet gäller bryter mot något åläggande som har angetts i beslutet eller om beslutet grundades på oriktiga eller vilseledande uppgifter. Även missbruk av undantaget kan föranleda att beslutet återkallas eller ändras.

En av de stora nyheterna i den nya tillämpningsförordningen 1/2003 är att kommissionens förhandskontroll genom bl.a. beslut om undantag avskaffas och ersätts av en direkt tillämplig undantagsregel. Mot den bakgrunden har utredningen i delbetänkandet Reformerad konkurrensövervakning (SOU 2003:73) föreslagit att undantag på nationell nivå också skall avskaffas. Samtidigt föreslog utredningen att en direkt tillämplig undantagsregel införs istället. Med den föreslagna ordningen bedömer företagen själva om deras avtal och förfaranden är förenliga med konkurrensreglerna.

3.1.4 Gruppundantag

En stor andel av de avtal som kan komma i fråga för undantag enligt bestämmelsen i 8 § KL omfattas av olika gruppundantag. Innebörden av ett gruppundantag är, liksom i EG-rätten, att vissa typer av avtal, som uppfyller kraven för individuella undantag, medges generellt undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete utan att avtalet behöver anmälas till Konkurrensverket.

Utredningen har i delbetänkandet Reformerad konkurrensövervakning (SOU 2003:73) föreslagit att det svenska systemet med gruppundantagsförordningar skall avskaffas.

3.1.5 Förbudet mot missbruk av dominerande ställning

Bestämmelsen om förbud mot missbruk av dominerande ställning bygger på motsvarande förbud i artikel 82 i EG-fördraget. Bestämmelsen finns i 19 § KL, som lyder:

19 § Missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på marknaden är förbjudet.

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

1. direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
2. begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
3. tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller
4. ställa som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

I likhet med vad som gäller i EG-rätten är ett eller flera företags dominerande ställning i sig inte förbjuden. Det är endast ett missbruk av den dominerande ställningen som är förbjudet. Ett förfarande som är godtagbart när det utförs av ett företag som inte har en dominerande ställning kan vara förbjudet för ett företag med en sådan ställning.

Bestämmelsen i 7 § KL om ogiltighet gäller bara avtal och avtalsvillkor som är förbjudna enligt 6 § KL. Någon motsvarande bestämmelse om ogiltighet finns inte beträffande avtal som strider mot förbudet mot missbruk av dominerande ställning. I förarbetena till 36 § avtalslagen (prop. 1975/76:81 s. 122 f.) uttalas emellertid att konkurrensbegränsande avtal som är förbjudna bör, om inte dispens lämnas, behandlas enligt samma principer som andra avtal som strider mot tvingande regler. Resultatet torde, enligt förarbetena, bli att avtalet anses civilrättsligt ogiltigt.

3.2 Icke-ingripandebesked

Bestämmelserna i 20 § KL om icke-ingripandebesked har artikel 2 i förordning 17/62 som förebild. Ett icke-ingripandebesked är ett slags förhandsbesked från Konkurrensverket om att verket, mot bakgrund av den information man har tillgång till, inte har för avsikt att ingripa mot ett visst avtal eller förfarande.

Genom den nya tillämpningsförfordningen 1/2003 avskaffas kommissionens beslut om icke-ingripandebesked. Mot den bakgrunden har utredningen i delbetänkandet Reformerad konkurrensövervakning (SOU 2003:73) föreslagit att motsvarande system med icke-ingripandebesked på nationell nivå också skall avskaffas.

3.3 Förfaranderegler

KL reglerar inte bara den materiella konkurrensrätten utan i vissa avseenden även förfarandet vid tillämpningen av de materiella bestämmelserna. Handläggningen av enskilda ärenden regleras endast delvis i KL. I sådana avseenden där det saknas bestämmelser i KL gäller förvaltningslagen (1986:223) vid handläggningen hos Konkurrensverket.

3.4 Åtgärder mot förbjudna konkurrensbegränsningar

3.4.1 Åläggande att upphöra med pågående överträdelser

Bestämmelsen i 23 § första stycket KL ger Konkurrensverket möjlighet att ålägga ett företag att upphöra med överträdelser av förbuden i 6 och 19 §§ KL. Bestämmelsen motsvarar artikel 3 i förordning 17/62. Ett åläggande kan avse att ett företag skall upphöra att tillämpa ett visst avtal, villkor eller annat förbjudet förfarande. Vid en annan form av överträdelser kan det bli aktuellt att ålägga ett företag att tillhandahålla ett annat företag en viss vara, tjänst eller annan nytthet på villkor som motsvarar vad som erbjuds företaget i övrigt. Ytterligare ett exempel på åläggande kan vara att företaget inte får överskrida eller underskrida ett visst pris.

3.4.2 Den särskilda talerätten

Konkurrensverkets beslut att meddela ett åläggande enligt 23 § första stycket KL kan, enligt 60 § tredje stycket, överklagas till Marknadsdomstolen. Om verket beslutar att inte meddela ett åläggande, får däremot det beslutet inte överklagas. Företag som berörs av överträdelsen har i stället enligt 23 § andra stycket KL en särskild talerätt. Den innebär att, om Konkurrensverket i ett visst fall beslutar att inte meddela ett åläggande enligt 23 § första stycket

KL, Marknadsdomstolen får göra det på talan av företag som berörs av överträdelsen. Det finns inte någon motsvarande bestämmelse i EG-rätten.

3.5 Sanktioner

3.5.1 Konkurrensskadeavgift

Bestämmelsen i 26 § KL innebär att Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket får besluta att ett företag skall betala konkurrensskadeavgift, om företaget eller någon som handlar på företagets vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet har överträtt förbuden i 6 eller 19 § KL eller åsidosatt ett villkor som lämnats i samband med att undantag beviljats.

Enligt 27 § första stycket KL skall konkurrensskadeavgiften fastställas till lägst 5 000 kronor och högst fem miljoner kronor eller till ett högre belopp, som dock inte får överstiga tio procent av företagets omsättning föregående år.

3.5.2 Vite

Bestämmelserna i 57 § KL innebär att förbud och ålägganden enligt 23 eller 45 § får förenas med vite. Även beslut om undersökning enligt 47 eller 48 § får förenas med vite. Frågor om föreläggande regleras i lagen (1985:206) om viten. Av bestämmelsen i 59 § KL framgår att talan om utdömande av vite förs vid allmän domstol.

3.6 Prövningskyldighet

Konkurrensverket har inte någon skyldighet att pröva varje misstanke om överträdelser av KL:s förbudsbestämmelser, lika litet som kommissionen har någon motsvarande skyldighet i fråga om överträdelser av förbuden i artikel 81 eller 82. Konkurrensverket tar emot åtskilliga skrivelser från privatpersoner och företag med klagomål på olika sakförhållanden. Verket har inte någon generell skyldighet att utreda varje klagomål som kommer in. Flertalet klagomål leder inte till att verket tar initiativ till en utredning.

3.7 Domstolsprövning

I 60–62 §§ KL finns bestämmelser om vilka beslut av Konkurrensverket som får överklagas. Det gäller vissa slag av beslut i frågor om undantag, icke-ingripandebesked och ålägganden. Enligt 22 § förvaltningslagen får ett beslut överklagas av den som beslutet angår, om det har gått honom emot. Konkurrensverkets beslut överklagas till Marknadsdomstolen, som är slutinstans, se lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.

Vissa frågor enligt KL prövas av Stockholms tingsrätt som första instans, bl.a. frågor om konkurrensskadeavgift enligt 26 §, om kvarstad enligt 32 § samt om undersökningar enligt 47 och 48 §§. Tingsrättens avgöranden i sådana frågor överklagas hos Marknadsdomstolen.

Twistemål på konkurrensrättslig grund, t.ex. mål om skadestånd enligt 33 § KL och mål om ogiltighet enligt 7 § KL handläggs i allmän domstol enligt RB:s bestämmelser. Även forumreglerna i RB gäller, men enligt 33 § andra stycket KL är Stockholms tingsrätt alltid behörig att pröva frågor om skadestånd enligt den paragrafen.

Mål om utdömande av vite som har förelagts med stöd av KL handläggs också i allmän domstol och enligt allmänna regler. Även för dessa mål finns dock en särskild forumbestämmelse. Enligt 59 § andra stycket KL är Stockholms tingsrätt alltid behörig att pröva talan om utdömande av vite i dessa fall.

3.8 Skadestånd

Regler om skadestånd finns i 33 § KL. De innebär att andra företag eller avtalsparter har rätt till skadestånd från ett företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder förbuden i 6 eller 19 § KL. Rätten till sådan ersättning faller bort, om talan inte väcks inom fem år från det att skadan uppkom.

3.9 Nationell behörighet att tillämpa EG-rätten m.m.

Genom en lagändring, som trädde i kraft den 1 januari 2001, har Konkurrensverket fått internrättslig behörighet att tillämpa artikel 81 och 82 i EG-fördraget. Motsvarande gäller Marknadsdomstolen och Stockholms tingsrätt. KL:s regler om uppgiftsskyldighet och

undersökningar, liksom dess sanktionsbestämmelser, skall tillämpas vid ingripanden med stöd av artikel 81 eller 82 i EG-fördraget.

Till följd av den nya tillämpningsförordningen 1/2003 har utredningen i delbetänkandet Reformerad konkurrensövervakning (SOU 2003:73) lämnat även andra förslag till ändringar i konkurrenslagstiftningen än de som nämnts ovan.

4 Amerikansk federal antitrusträtt

4.1 Bakgrund

Amerikansk konkurrensrätt, eller antitrusträtt, är i allt väsentligt en sträng förbudslagstiftning med en lång tradition. Den har inspirerat den gemenskapsrättsliga konkurrensrätten, men även den tyska konkurrensrätten. Amerikansk antitrusträtt består dels av federal lagstiftning, dels av delstatlig lagstiftning. I USA intar skadeståndet en betydelsefull roll inom antitrusträtten och initiativ från enskilda genom tvister m.m. har stor betydelse för antitrusträttens genomslagskraft. I det följande beskrivs några kännetecken i den federala amerikanska antitrusträtten med inriktning på skadestånd.

4.2 *Optimal deterrence model*

”Optimal deterrence model” är en modell för beräkning av skadestånd. Modellen har sitt ursprung i en teori om att preventionen är det främsta målet med sanktioner. Modellen utgår från ett skadestånd som i sig går betydligt längre i sitt syfte än att ersätta den skadelidande. Skadeståndet skall motsvara nettoförlusten för alla utom skadegöraren. Det anses att vem som egentligen får skadeståndet är mindre viktigt, eftersom det i strikt mening inte syftar till att ersätta någon för en liden skada, utan istället syftar till att förhindra ett ineffektivt agerande, dvs. prevention.¹

4.3 Tredubbelt skadestånd (*Treble damages*)

Grunden för enskildas rätt till skadestånd återfanns från början i Sherman Act, men flyttades 1914 över till Clayton Act. Det heter att

¹ Wahl, Konkurrensskada, 2000, s. 33 f.

”any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore ... and shall recover threefold the damages by him sustained”.

Skadeståndsregeln antas vanligtvis syfta till både prevention och reparation. I diskussionen har dock de preventiva verkningarna särskilt framhävts. Syftet att på något sätt straffa – eller i vart fall att sanktionen skall verka avhållande – framträder genom tredubblingen. En alternativ förklaring kan vara att den utgör ett försök att neutralisera den vinst som skadegöraren kan förväntas göra, eftersom inte alla konkurrensbegränsningar upptäcks.² Samtidigt har skadeståndsregeln kritiserats med anledning av att utsikten om tredubbla skadestånd anses bidra till alltför många skadeståndprocesser, vilket anses kunna leda till överprevention.³

Ofta anförs att enskildas incitament att inleda komplicerade konkurrensrättsprocesser är beroende av utsikten till tredubbel ersättning, att amerikanska advokater kan arbeta på *contingency fees* (dvs. att storleken på advokatens arvode görs beroende av processens utfall), att bevisinsamlingen underlättas av s.k. *pre-trial discovery* (se avsnitt 4.8) och att amerikansk processrätt ger vidsträckta möjligheter till att föra grupptalan. Dessutom anses amerikaner vara särskilt processbenägna och USA präglas av en stark konkurrenskultur. Egenheterna anses ge enskilda incitament att agera, även om effekten inte ska överdrivas.⁴

4.4 Krav på antitrust injury (Brunswick)

Kravet på *antitrust injury* slogs fast 1977 i rättsfallet *Brunswick*⁵. Käranden, Bowl-O-Mat, hävdade att Brunswicks uppköp av bowlinghallar utgjorde monopolisering i strid med *Section 7* i *Clayton Act*. Bowl-O-Mat yrkade på skadestånd för utebliven vinst till följd av att Brunswicks uppköp medförde att Bowl-O-Mat var tvungna

² Wabl, Konkurrensskada, 2000, s. 153.

³ Clifford A Jones, Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA, 1999, s. 80 f. Enligt Levinsohn/Lidgard, Skadestånd som sanktion mot karteller, Konkurrensverkets A4-serie, juli 2002, s. 22 bör begreppet ”överprevention” förstås mot bakgrund av det synsätt som ligger till grund för *optimal deterrence model*.

⁴ Se Clifford A Jones, Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA, 1999, s. 248 f. Han framhåller att frånvaron av tredubbel ersättning i betydande utsträckning kompenseras av att europeisk rätt normalt ger rätt till ränta från skadetillfället, att *contingency fees* främst var betydelsefulla i ett tidigt skede av amerikansk konkurrensrätt och att *class actions* aldrig utgjort mer än en liten del av alla konkurrensrättsprocesser.

⁵ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

att konkurrera med bowlinghallar som annars skulle ha gått i konkurs. Appellationsdomstolen konstaterade att uppköpen stred mot monopoliseringsförbudet och att Bowl-O-Mats skada var kausal till överträdelsen. Bedömningen accepterades inte av *Supreme Court*. Ett orsakssammanhang mellan en överträdelse och en skada var inte tillräckligt för att aktualisera skadeståndsansvar. Istället krävde *Supreme Court* "antitrust injury":

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

Brunswicks uppköp medförde att Bowl-O-Mat utsattes för ökad konkurrens, vilket uppenbarligen inte var något konkurrenslagarna syftade till att motverka. Att uppköpen stred mot monopoliseringsförbudet innebar inte att kärandens skada skulle kompenseras. Kravet på *antitrust injury* framhålls av de flesta kommentatorer som rimligt. *Jacobson & Greer*⁶ anför att kravet har medfört att domstolarna, vid sidan om vem som har lidit skada, även har börjat resonera om skadans natur och dess koppling till konkurrenslagarnas ändamål.

Kravet har medfört en ökad förståelse för vad som utgör skadliga konkurrensbegränsningar. Det har emellertid även riktats kritik mot kravet. Enligt *Jones* har definitionen av *antitrust injury* blivit allt snävare över tiden.⁷ Därigenom har framför allt konkurrenters skadeståndsanspråk kommit att misstänkliggöras, eftersom konkurrenter vanligtvis skadas även av ökad konkurrens. *Jacobson & Greer* betraktar denna utveckling som positiv; konkurrensrätten ska "protect competition, not competitors".⁸ Andra är mindre positiva. *Jones* framhåller att konkurrenter ofta är lämpliga processförare p.g.a. att de har marknadskunskap, stora incitament och möjligheter att ingripa i ett tidigt skede.⁹ *Hovenkamp* tillägger att även konkurrenter kan lida konkurrensrättsligt relevanta skador.¹⁰

⁶ *Jacobson & Greer*, Twenty-one Years of Antitrust Injury: Down the Alley with Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat, 66 Antitrust L.J 273 (1998), s. 9.

⁷ *Clifford A Jones*, Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA, 1999, s. 192.

⁸ *Jacobson & Greer*, Twenty-one Years of Antitrust Injury: Down the Alley with Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat, 66 Antitrust L.J 273 (1998), s. 9.

⁹ *Clifford A Jones*, Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA, 1999, s. 181.

¹⁰ *Hovenkamp*, Antitrust's Protected Classes, 88 Mich. L. Rev. (1989) 1, s. 20 f.

4.5 Övervältringsförsvaret och indirekta köpare

Passing-on, som kan översättas med ”övervältring”, åsyftar det faktum att kunderna till ett kartellföretag så långt möjligt kompenserar sig för kartellföretagets överpriser genom att höja priserna på sina egna produkter. Detta ger upphov till två principiella problem: 1) bör kartellföretaget gentemot den direkta kunden kunna åberopa övervältring som ett försvar? och 2) bör indirekta kunder kunna söka ersättning från kartellföretaget för den övervältrade delen av överpriset? Två omdiskuterade rättsfall har för amerikansk konkurrensrätts vidkommande besvarat frågorna.¹¹

I rättsfallet *Hanover Shoe*¹² hävdade käranden, en skotillverkare som leasade maskiner för skotillverkning av svaranden, att svaranden brutit mot monopoliseringsförbudet genom att förvägra käranden att köpa maskinerna. Till följd av detta hade käranden fått betala monopolhyra, eller överpriser, för maskinerna. Förfarandet befanns stå i strid med *Sherman Act*. Gentemot kärandens skadeståndsyrkande invände svaranden dock att käranden inte hade lidit någon skada, eftersom överpriserna hade övervältrats på kärandens kunder. Invändningen accepterades inte av *Supreme Court*, som tvärtom fastslog att den direkta kunden var berättigad till ersättning oberoende av eventuell övervältring. Domstolen framhöll att det motsatta förhållandet skulle komplicera bevisningen i skadeståndsmål. Om övervältringsförsvaret accepterades gentemot direkta kunder, borde detsamma dessutom gälla i förhållande till indirekta kunder. I förlängningen skulle detta innebära att konkurrensbegränsaren skulle få behålla en del av monopolvinsten om inte slutkonsumenterna också yrkade på skadestånd, vilket ansågs vara föga sannolikt beträffande konsumenter i allmänhet och skokonsumenter i synnerhet.

Den motsatta situationen behandlades av *Supreme Court* i rättsfallet *Illinois Brick*¹³. Delstaten Illinois hävdade att betongproducenter samverkade i en priskartell och yrkade på ersättning för del av överpriserna, som via diverse mellanled hade övervältrats på delstaten. Domstolen accepterade inte detta s.k. offensiva bruk av övervältringsargumentet. Tvärtom framhöll domstolen att *Hanover Shoe* var korrekt dömt och att övervältringsargument antingen måste accepteras i båda riktningar eller inte alls. Motsatsen skulle

¹¹ *Levinsohn/Lidgard*, Skadestånd som sanktion mot karteller, Konkurrensverkets A4-serie, juli 2002, s. 23.

¹² *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

¹³ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

medföra en risk för att samma skada ersattes flerfald. Domstolen upprepade argumenten från *Hanover Shoe* och framhöll att syftet bakom skadeståndsregeln bäst tillgodosågs genom att den direkta kunden gavs rätt att begära skadestånd för hela överpriset. Indirekta kunder har följaktligen inte rätt till skadestånd. Domstolen markerade dock att undantag borde göras för det fall att den direkta kunden och den indirekta kunden hade ett *cost plus* avtal med fixerade inköpskvantiteter, eftersom överpriset under sådana omständigheter enkelt kunde spåras till den indirekta kunden.

Rättsfallen visar att amerikansk konkurrensrätt prioriterar prevention framför reparation. Den lösning som rättsfallen lägger fast har varit föremål för omfattande diskussioner i amerikansk doktrin. De som sympatiserar med lösningen framhåller att den maximerar konkurrensreglernas genomslagskraft och att lagtexten ger stöd för att betrakta de skadeståndsberättigade som *private attorney generals*.¹⁴ Motståndarna framhäver skadeståndsregelns reparativa syfte och ifrågasätter, liksom några dissenter gjorde i *Illinois Brick*, preventionsargumentets styrka: "*direct purchasers who act as middlemen have little incentive to sue suppliers so long as they may pass on the bulk of the illegal overcharges to the ultimate consumers*".

Många delstater reagerade på domsluten genom att instifta regler som explicit tillåter indirekta kunder att begära skadestånd enligt de delstatliga konkurrenslagarna.¹⁵ Enligt dessa delstatslagar¹⁶ kan även *indirect purchasers* ha rätt till skadestånd.

Ett motiv bakom utgången i rättsfallet *Illinois Brick* var att undvika "*duplicated recovery*". Nu finns olika delstatliga regler om "*full consideration*"¹⁷, vilket ger den indirekta köparen som kârände rätt att få tillbaka hela betalningen från svaranden om kâränden kan påvisa någon konkurrensbegränsande effekt. Direkta och indirekta köpare stämmer därför enligt olika regelverk och i olika domstolar, även om stämningarna kan ske i samma delstat. Olika regler gäller

¹⁴ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977), s. 746 f. En *private attorney general* är enligt *Levinsohn/Lidgard*, Skadestånd som sanktion mot karteller, Konkurrensverkets A4-serie, juli 2002, s. 25 i princip en enskild som, motiverad av egenintresse, agerar i allmänintresset.

¹⁵ *Supreme Court* har i ett avgörande konstaterat att *Illinois Brick* inte hindrar delstatliga konkurrensregler som tillerkänner den indirekta köparen ersättning, se *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989).

¹⁶ Enligt uppgifter i *New York Times* den 22 november 1999 har 18 delstater i USA inklusive staterna Kalifornien och New York antagit lagar som ger även indirekta köpare rätt till tredubbelt skadestånd vid skada till följd av överträdelse av konkurrensreglerna. Många delstater reagerade på domsluten genom att instifta regler som explicit tillåter indirekta kunder att begära skadestånd enligt de delstatliga konkurrenslagarna.

¹⁷ Till exempel i Kansas och Minnesota.

för indirekta kunder i olika delstater, även om det är fråga om samma skadegörande handling. Detta har lett till en fragmentering av de juridiska processerna med avseende på om rätt till skadestånd gäller för indirekta köpare samt om övervältringsförsvar tillåts. *Baker* pläderar därför för att indirekta kunder bör ges rätt till skadestånd även enligt federal amerikansk antitrusträtt. Han anser att regler för en fördelning av ersättningen mellan den direkta och indirekta kunden bör införas, beroende av hur mycket som den direkta kunden övervältrat på den indirekta kunden. Slutligen anser han att målen måste avgöras av samma domstol och inte som nu i många fall av dels federala och dels delstatliga domstolar.¹⁸

4.6 Konsumenter ej uteslutna

I rättsfallet *Reiter v. Sonotone Corp.*¹⁹ klargjorde *Supreme Court* att även konsumenter som har drabbats av överprissättning anses ha lidit en skada som är ersättningsbar enligt *Section 4* i *Clayton Act*. Under förutsättning att konsumenten har köpt en produkt som varit föremål för en konkurrensbegränsning, och således inte skadas på något annat mer indirekt sätt, anses det att konsumenten har talerätt att kräva skadestånd.

4.7 *Class action*

Class action är möjlig. Domstolarna har i allmänhet ansett att överträdelsen av konkurrensreglerna och kundens antitrustskada måste stödjas av bevisning som är gemensam i fråga om alla kändanden i gruppen. Varje kändande får dock föra talan om det belopp som hans skada uppgår till.²⁰ Enligt *Christoph G. Lang*²¹ är antitrusträtt ett av de stora områdena inom vilket *class action* har kommit till användning. Till exempel godkände en kalifornisk domstol (*San Francisco Superior Court*) i juli 2003 en uppgörelse mellan *Microsoft* och konsumenter om ett skadestånd på 1.1 miljarder amerikanska

¹⁸ *Donald I Baker*, Hitting the Potholes on the Illinois Brick Road, Antitrust, American Bar Association, Volume 16, Fall 2002.

¹⁹ *Reiter v Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979). Se *Wabl*, Konkurrensskada, 2000, s. 251.

²⁰ *Herbert Hovenkamp*, Antitrust, 3rd edition, s. 287.

²¹ *Christoph G. Lang*, Class action and the US Antitrust Laws: Prerequisites and interdependencies of the implementation of a procedural device for the aggregation of low-value claims, *World Competition* 24(2): 285-302, 2001.

dollar, efter en *class action*-talan. Varje konsument kommer att få ersättning ur summan beroende på vilka produkter de köpt.²²

4.8 *Discovery*

4.8.1 Allmänt om *discovery*

Rapporten ”Skadestånd som sanktion mot karteller” av *Levinsohn/Lidgard*²³, behandlar skadeståndets utformning och funktion i svensk konkurrensrätt med utgångspunkt från hur det kan bidra till en effektivare kartellbekämpning. Där sägs att bevisinsamlingen i amerikanska skadeståndsprocesser underlättas av s.k. *pre-trial discovery*.

Bevisupptagningssystemet *discovery* är ett omtvistat inslag i den amerikanska civilprocessrätten. Det innebär att parterna får insyn i varandras bevisning – ett slags privat husrannsakan brukar det sägas – som tillämpas under förberedelserna inför en rättegång.²⁴

Discovery anses ha (åtminstone) tre syften. För det första tjänar det till att införskaffa och bevara bevis som annars inte skulle kunna förebringas vid huvudförhandlingen, en slags bevisupptagning till framtida säkerhet. *Discovery* har också till syfte att fastställa vad som är ostridigt och att parterna skall kunna spåra upp och utforska så många fakta som möjligt före huvudförhandlingen. Under *discovery*-fasen kan man många gånger komma mycket längre i dessa avseenden och fastställa motpartens position samt underlaget för dennes talan. Härmed ökar möjligheterna att nå förlikning. Det tredje syftet är att fastlägga fakta. Man är då ute efter att binda vittnen vid vissa uttalanden för att sedan förhindra mened vid rättegången.²⁵

Discovery-fasen går alltså framför allt ut på ”efterforskningar” i olika frågor och påminner enligt *Lindblom* om den svenska förundersökningen i brottmål.²⁶ Dessa efterforskningar medger en rätt att få ut dokument som är relevanta. Det omfattar dock även handlingar som saknar bevisvärde för att de inte får användas i målet men som ändå kan föra utredningen vidare.²⁷

²² *Microsoft: California class action settlement approved, NetWorkWorldFusion, 19 juli 2003.*

²³ Konkurrensverkets A4-serie, juli 2002.

²⁴ *Ralf Lyxell, Intrångsundersökning och discovery, 2001.*

²⁵ *Lindblom, Discovering discovery, Festskrift till Ulla Jacobsson, s. 148 ff.*

²⁶ *Lindblom, Discovering discovery, Festskrift till Ulla Jacobsson, s. 150.*

²⁷ *Fyman, Discovery in America; förberedelse i tvistemål enligt amerikansk rätt, JT 1996/97 s. 210 f.*

I de allra flesta fall inleds *discovery* först sedan talan väckts. *Discovery* kan genomföras redan innan talan har väckts, men det förutsätter att sökanden i sin ansökan visar att det föreligger ett särskilt behov för detta. Behov anses föreligga bl.a. när den som ansökan avser är allvarligt sjuk eller står i begrepp att företa en lång resa. Fler undantag finns. I praktiken är det dock ovanligt att *discovery* inleds utan att talan väckts.

År 1993 infördes regler som innebär en skyldighet att lämna över handlingar utan anmaning. Uppgifter om bevisning skall ges redan i den inledande skriftväxlingen, vilket bl.a. syftar till att underlätta den del i *discovery*-förfarandet som går ut på att parterna kan framställa en konkret begäran till motparten om att utfå handlingar. När *discovery* inletts enligt huvudregeln, så sker ett visst informationsutbyte utan domstols medverkan. Parterna kan därefter framställa *discovery requests*, dvs. särskilda anmaningar till motparten att komplettera det inledande informationsutbytet.

Discovery innehåller flera olika förfaranden. Främst sker det genom "*depositions*" och "*interrogatories*", dvs. muntliga och skriftliga förhör. Dessa beskrivs nedan.

4.8.2 *Depositions*

Depositions är muntliga förhör som kan gå till så att ombudet frågar ut förhörspersonen (motparten eller ett kommande vittne eller sakkunnig). Förhöret äger normalt rum på ombudets kontor. Förhöret sker under ed inför en tjänsteman från domstolen. Ibland har parterna formulerat frågor i skrift som tjänstemannen framställer vid förhöret. Antalet frågor brukar begränsas, ofta till tio frågor. Skriftliga frågor som också besvaras skriftligen förekommer. Olika personer, såsom företagsrepresentanter, vittnen och sakkunniga kan höras om begäran åtföljs av en s.k. *subpoena* (utfärdad av domstolen).

4.8.3 *Interrogatories*

Interrogatories innebär att den ena parten skickar skriftliga frågor till motparten. Det åligger den andra parten att besvara dem inom viss tid under straffansvar. Domstolen får kopior och avgör om skyldighet föreligger att svara på en fråga när det bestrids av

käranden. Endast parter omfattas av detta förfarande. Antalet frågor kan begränsas även här, oftast till 25 frågor. *Interrogatoires* kan vara ett sätt att få fram bokföringsuppgifter eller andra mer grundläggande fakta. Det efterfrågade materialet överlämnas, varefter den frågande parten får leta igenom det ofta omfattande materialet själv.

4.8.4 *Discovery of Documents and Things*

Part får även kräva av motparten eller annan att få granska eller kopiera handlingar en s.k. *document request*. Det räcker i regel att sökanden anger en viss kategori av handlingar som eftersöks, som t.ex. ”alla handlingar som berör en viss leverans eller produkt”, utan att närmare specificera vilka handlingar som avses. Svaret skall antingen medge att de begärda handlingarna skall hållas tillgängliga för granskning och kopiering eller innehålla invändningar. Handlingarna skall vara i den ordning som de brukar förvaras. Man får inte ställa dem i oordning för att hindra motpartens granskning. Efter att ombudet har avgränsat de relevanta handlingarna brukar de numreras och kopieras och sedan överlämnas till sökanden.²⁸

Även andra än parter kan avkrävas handlingar, även om domstolen i regel brukar kräva att en anmaning mot tredje man skall vara mer precis, för att inte bli alltför betungande. I ett sådant fall skall emellertid denne delges en s.k. *subpoena* (utfärdad av domstolen), vilket är ett föreläggande att överlämna handlingar eller att vittna.

²⁸ *Fyman*, *Discovery in America*; förberedelse i tvistemål enligt amerikansk rätt, JT 1996/97, s. 207.

5 Skadestånd vid överträdelse av konkurrensreglerna

5.1 Kommittédirektiven

Utredningens direktiv lyfter särskilt fram följande. Med grupptalaninstitutet kan en konsument som ingår i ett kollektiv och endast har lidit en mindre skada lättare ta till vara sin rätt. En utvidgning av kretsen skadeståndsberättigade enligt KL skulle därför kunna få ett annat genomslag med den nya lagstiftningen än vad som tidigare varit möjligt. Aspekter som måste beaktas är dock konsumenternas möjligheter att bevisa skadans storlek och orsaks-sambandet.

Effekterna av en ökning av kretsen skadeståndsberättigade enligt KL är, även med det nya institutet grupptalan, svåra att förutse. Dock kan positiva verkningar i form av ökad reparativ effekt tänkas uppstå. Även den preventiva effekten kan komma att öka eftersom företag som bryter mot KL utöver att betala konkurrensskadeavgift riskerar att få betala skadestånd till en bredare krets än nu. Effekterna av detta, även med det nya institutet grupptalan, är dock svåra att förutse. Mot denna bakgrund och med tanke på de nya möjligheter institutet grupptalan erbjuder finns det skäl att se över KL:s skadeståndsbestämmelse i fråga om kretsen av skadeståndsberättigade. Utredaren skall göra en allsidig prövning av frågan och, om det anses lämpligt, föreslå ändrad reglering. För det fall utredaren finner att gruppen av skadeståndsberättigade bör utvidgas i fråga om konsumenter, skall utredaren också pröva om det är lämpligt att Konkurrensverket ges möjlighet att föra offentlig grupptalan enligt lagen (2002:599) om grupprättegång.

5.2 Nuvarande ordning

5.2.1 Gällande lydelse

Bestämmelsen i 33 § KL lyder enligt följande.

33 § Om ett företag uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder förbuden i 6 eller 19 §, skall företaget ersätta den skada som därigenom uppkommer för ett annat företag eller en avtalspart.

Rätten till sådan ersättning faller bort, om talan inte väcks inom fem år från det att skadan uppkom.

Stockholms tingsrätt är alltid behörig att pröva frågor om skadestånd enligt denna paragraf.

5.2.2 Förarbetena till bestämmelsen

Gällande lagstiftning föregicks av bl.a. konkurrenskommitténs betänkande Konkurrens för ökad välfärd (SOU 1991:59). Där uttrycktes följande.¹ Regler om skadestånd har en viktig funktion att fylla för att ge enskilda näringsidkare incitament att själva söka ingripa mot konkurrensbegränsande förfaranden. Att konkurrensrätten avkriminaliserades och det i stället infördes en konkurrens-skadeavgift innebar en väsentlig förändring av det gällande sanktionssystemet. Härigenom bröts det samband mellan brott och skadestånd som brukar förutsättas för att ersättning för ren förmögenhetsskada skall utgå. Det innebar dock inte någon förändring i fråga om den principiella motiveringen för förbuden eller i fråga om behovet av att överträdelser möts med effektiva sanktioner. Det ansågs därför uppenbart att överträdelser även fortsättningsvis skall grunda skadeståndsskyldighet.

I propositionen till KL² anfördes följande.

Det är viktigt att det konkurrensrättsliga regelsystemet får en utformning så 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 själv söka ingripa mot konkurrensbegränsande förfaranden. Skadeståndet har både en reparativ och en preventiv funktion.

¹ Nämnda betänkande del 2, s. 286.

² Prop. 1992/93:56 s. 34.

I specialmotiveringen sades bl.a. följande.³

För tillämpning av skadeståndsregeln fordras att uppsåt eller oaktsamhet konstateras hos företaget. - - -

Ersättning utgår alltså för ren förmögenhetsskada. I övrigt gäller skadeståndslagen och allmänna skadeståndsrättsliga principer, exempelvis om solidarisk skadeståndsskyldighet när flera har tagit del i den skadegörande handlingen och kravet på adekvat kausalitet mellan en skadegörande handling och uppkommen skada.

Mål om skadestånd enligt denna paragraf handläggs av de allmänna domstolarna. En sådan talan får dock enligt paragrafens tredje stycke alltid väckas hos Stockholms tingsrätt.

Rätt till skadestånd har enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer bara den som kan sägas omfattas av lagens skyddsintresse. Hit hör konkurrerande företag men också företag i andra eller tidigare säljled som berörs mer direkt av förfarandet.

Även den som inte anses som företag i lagens mening, men som träffat avtal med ett företag som deltar i ett förbjudet samarbete, kan ha rätt till ersättning för den skada som han drabbats av till följd av det förbjudna samarbetet. Det gäller främst när det förbjudna samarbetet är inriktat på en enskild avtalsituation, varvid en förbjuden anbuds-kartell är ett tydligt exempel på detta. Obestämda kretsar av konsumenter som indirekt berörs av ett förbjudet samarbete har inte rätt till skadestånd. Även om ett syfte med lagen är att främja det totala konsumentintresset kan dessa inte anses ingå i lagens skyddsintresse med hänsyn till lagens inriktning på förhållandena inom näringslivet.

De skador som i första hand kommer i fråga att ersätta med stöd av denna paragraf är inkomstförlust och intrång i näringsverksamhet, jfr 5 kap. 7 § skadeståndslagen.

Det är inte möjligt att närmare söka ange de olika situationer då skadestånd kan utgå enligt paragrafen. Omständigheterna i de enskilda fallen är alltför varierande. Vissa typsituationer kan dock allmänt beskrivas.

Vid förbjuden bruttoprissättning kan en återförsäljare, som hindras av sin leverantör att sälja till ett lågt pris, ha rätt till ersättning för den uteblivna vinst han går miste om till följd av att leverantörens handlande leder till minskad omsättning.

Ett förbjudet prissamarbete innebär ofta höjda inköpspriser för återförsäljare, som på grund av samarbetet kan tillfogas skada motsvarande skillnaden mellan priskartellens pris och det pris som annars skulle ha tillämpats.

En förbjuden marknadsdelning innebär som regel att konkurrensen mellan olika leverantörer sätts ur spel. Återförsäljare hänvisas att köpa av en viss bestämd leverantör och de kan inte spela ut leverantörerna mot varandra i syfte att nå bättre inköpspriser. Ersättning kan utgå för den prishöjning som marknadsdelningen leder till.

³ Prop. 1992/93:56 s 96 f.

En förbjuden anbudskartell gör beställaren berättigad till ersättning för det merpris som han förmåtts betala på grund av anbudssamarbetet. Om beställaren med stöd av ogiltighetsregeln i 7 § låter avtalet gå åter, har han rätt till ersättning för de kostnader han haft för anbudsförfarandet men som blivit onyttiga.

Missbruk av en dominerande ställning kan leda till extra kostnader för det dominerande företags motpart på grund av missgynnade affärsvillkor eller oberättigade krav på tilläggsprestationer. Sådana kostnader skall ersättas. Andra fall av dominansmissbruk är förfaranden som innebär hinder för konkurrerande eller andra företags näringsutövning. Exklusivavtal och säljvägran är exempel på detta. När sådana förfaranden leder till ökade kostnader och minskad omsättning är det dominerande företaget ersättningskyldigt för den skada som drabbar andra företag.

Erfarenhetsmässigt föreligger stora svårigheter att mera exakt beräkna omfattningen av konkurrensskador. En ekonomiskt realistisk bedömning är självfallet att eftersträva. Föreligger bevisvärigheter har rätten enligt 35 kap. 5 § RB möjlighet att uppskatta skadan till ett skäligt belopp.

I 33 § andra stycket KL finns en preskriptionsregel. Den som vill åberopa denna regel måste göra en invändning om detta.

För talan om skadestånd gäller de vanliga forumreglerna i 10 kap. RB. En alternativ forumregel för talan om skadestånd för överträdelser av 6 eller 19 § finns i 33 § tredje stycket. Bestämmelsen innebär att käranden alltid kan väcka en sådan skadeståndstalan hos Stockholms tingsrätt.

5.3 Utgångspunkter för en förändring

En allmän utgångspunkt inom svensk skadeståndsrätt är att rätten till skadestånd grundar sig på att någon har lidit en ersättningsgill skada. Skadeståndets belopp skall motsvara skadan, inte mer. Undantagsvis förekommer andra regler, se t.ex. 58 § patentlagen, där det föreskrivs att det vid ersättningsens bestämmande skall tas hänsyn till patenthavarens intresse av att patentinträng inte begås och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse. Den amerikanska skadeståndsrätten har andra inslag. I avsnitt 4.3 har utredningen beskrivit *treble damages*, som innebär att den skadelidande får ersättning utöver den skada han har lidit. Motiveringen är att skadeståndet skall fungera preventivt. Samma verkningar följer av förbudet mot övervältringsförsvar. Ett sådant förbud innebär att den direkta kunden får skadestånd trots att han

har begränsat sin egen skada genom att i sin tur ta ut en ökad kostnad av sina egna kunder. Att införa en ordning motsvarande den amerikanska skulle innebära en radikal ändring av svensk skadeståndsrätt och kräva noggranna överväganden grundade på omfattande utredningsinsatser. Frågan nämns inte i utredningens direktiv och det torde ligga utanför utredningens uppdrag att nu föreslå någonting sådant.

Skadeståndsreglerna bör således även fortsättningsvis vara utformade med utgångspunkt i den reparativa funktionen; ersättningen bör inte överstiga den reella skadan. Den preventiva funktionen är visserligen viktig och bör också beaktas, men bara i den mån det är möjligt inom ramen för det nu angivna synsättet och det är förenligt med EG-rätten.

5.4 Utredningens överväganden och förslag

5.4.1 Kretsen av skadeståndsberättigade vidgas

Utredningens förslag: Kretsen av skadeståndsberättigade enligt 33 § konkurrenslagen vidgas genom att begränsningen till ”företag” och ”avtalsparter” slopas.

Utredningens bedömning: Det finns för närvarande inte tillräckligt starka skäl att utse någon myndighet som skulle föra offentlig gruppitalan beträffande skadestånd enligt konkurrenslagstiftningen.

Inledning

Som nyss redovisades sägs i författningskommentaren till 33 § KL att de skador som i första hand kommer i fråga att ersätta med stöd av paragrafen är inkomstförlust och intrång i näringsverksamhet, jämför 5 kap. 7 § skadeståndslagen. Med skadeståndslagens terminologi är det fråga om ren förmögenhetsskada, dvs. sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada.⁴

⁴ Se 1 kap. 2 § skadeståndslagen.

I 2 kap. 2 § skadeståndslagen föreskrivs att den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott skall ersätta skadan. Bestämmelsen preciserar inte vem som har rätt till skadestånd. I motiven⁵ sägs att hithörande problem får lösas av domstolarna med tillämpning av allmänna grundsatser. Därvid hänvisas bl.a. till principerna om det intresse en handlingsnorm är avsedd att skydda. Vidare sägs att paragrafen inte får läggas till grund för motsatsslut. Bestämmelsen skall alltså inte hindra att skadeståndsskyldighet åläggs för ren förmögenhetsskada som har orsakats på annat sätt än genom brott.

Så har också skett genom 33 § KL, som föreskriver rätt till ersättning för skador som uppkommer genom överträdelser av förbuden enligt 6 och 19 §§ KL mot konkurrensbegränsande förfaranden. Skadeståndet är enligt 33 § KL inte begränsat till ren förmögenhetsskada men i praktiken är det sådan skada som aktualiseras. Även i förarbetena till KL⁶ hänvisas till lagens skyddsintresse när det gäller att bestämma kretsen av skadeståndsberättigade. Här är hänvisningens funktion inte att vara en anvisning för rätts-tillämpningen. I stället har den karaktär av argument för skadeståndsbestämmelsens utformning. Med återopande av lagens skyddsändamål har lagstiftaren här valt att begränsa kretsen av skadeståndsberättigade genom en uttrycklig lagbestämmelse. Endast andra företag och avtalsparter har enligt 33 § KL rätt till skadestånd av det företag som har överträtt något av förbuden i KL.

I avsnitt 8.2.2 har återgivits förarbetenas utläggning om de olika situationer där skadestånd kan utgå enligt 33 § KL. Som där framhålls kan omständigheterna i de enskilda fallen vara mycket varierande. Det kan också vara svårt att fastställa att ett konkurrensbegränsande förfarande verkligen har lett till skada eller att identifiera den som har drabbats av skadan. Det är t.ex. inte säkert att en konkurrent som står utanför en kartell skadas av att kartellen driver upp priset på en vara. Även konkurrenten kanske kan sälja till det höjda priset. Och den som tvingas att köpa en vara till ett för högt pris av en dominerande aktör på marknaden kanske i sin tur kan ta ut det höjda priset av sina kunder. Skadan kan övervältras i flera led och slutligen hamna hos en konsument. Om konkurrensbegränsningen gäller en insatsvara, kan inverkan på slutproduktens pris bli så liten att den blir svår att konstatera. Nu angivna förhållanden

⁵ Prop. 1972:5 s. 568.

⁶ Prop. 1992/93:56 s. 96.

medför att 33 § KL kan ge upphov till svårigheter att bevisa såväl skadan som orsakssambanden.

Företag

Som skadeståndsberättigade nämns i 33 § KL först andra företag. Enligt 3 § KL avses i lagen med företag en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Till den del sådan verksamhet består i myndighetsutövning omfattas den dock inte av begreppet företag. Med företag avses också en sammanslutning av företag.

I fråga om företag begränsar lagen inte kretsen av skadeståndsberättigade. Enligt motiven⁷ skall dock den allmänna skadeståndsrättsliga principen om lagens skyddsintresse medföra en begränsning. Till dem som har rätt till skadestånd hör sålunda konkurrerande företag och företag i andra eller tidigare säljled som berörs mer direkt av det skadeorsakande förfarande. Av uttalandet framgår inte att bara dessa kategorier av företag skulle vara skadeståndsberättigade. Någon begränsning kan inte utläsas ur lagtexten. Det framstår därför som ovisst vilka företag närmare bestämt – förutom avtalsparter – som omfattas av lagens skyddsintresse och därmed enligt motiven har rätt till ersättning för skada till följd av överträdelser av förbuden i KL.

Avtalsparter

Andra än företag har enligt paragrafen rätt till skadestånd endast om de är avtalsparter, tydligen i förhållande till ett företag som har överträtt förbudet i 6 eller 19 § KL. I förarbetena⁸ sägs att även den som inte anses som företag i lagens mening, men som träffat avtal med ett företag som deltar i ett förbjudet samarbete, kan ha rätt till ersättning för den skada som han drabbats av till följd av det förbjudna samarbetet. Det sägs gälla främst när det förbjudna samarbetet är inriktat på en enskild avtalssituation, varvid en förbjuden anbudskartell anges som ett tydligt exempel. Inte heller i fråga om avtalsparter framgår dock någon begränsning av lagtexten. Två kategorier av tänkbara skadelidande tilldrar sig intresse.

⁷ Prop. 1992/93:56 s. 96.

⁸ Prop. 1992/93:56 s. 96.

Att anbudskarteller nämns i motiven tyder på att avsikten är att *offentliga organ* (stat, kommun och landsting) skall ha rätt till skadestånd i upphandlingssituationer även om de inte är företag i lagens mening. Exemplet med anbudskarteller visar emellertid att begränsningen till avtalsparter får konsekvenser som måhända inte har varit avsedda. Bestämmelsens innebörd synes vara att bara den som har träffat avtal med upphandlaren är skadeståndsskyldig. Andra medlemmar i kartellen skulle då inte kunna åläggas att betala skadestånd enligt 33 § KL.

Konsumenter som ingår avtal direkt med det företag som överträder ett förbud enligt 6 eller 19 § KL omfattas av skadeståndsbestämmelsens ordalydelse och har rätt till ersättning för förlust som de drabbas av genom överträdelsen. I alla de fall där konsumenter drabbas av skada till följd av att de är avtalspart i något annat säljled kan de däremot inte grunda rätt till skadestånd på 33 § KL.

Även företag kan naturligtvis vara avtalsparter och därmed berättigade till skadestånd. Det kan gälla t.o.m. ett företag som är part i ett konkurrensbegränsande avtal. Om företaget på grund av underlägsen ställning tvingas in i ett sådant avtal, kan rätt till skadestånd komma i fråga.⁹ Ofta torde dock jämkning på grund av medvällande aktualiseras.

Offentliga organ

Den begränsning i kretsen av skadeståndsberättigade som följer av ordet "avtalspart" i lagtexten får diskutabla följder vid offentlig upphandling. Om deltagarna i ett anbudsförfarande kommer överens på förhand om vem av dem som skall vinna upphandlingen och anpassar sina anbud efter det, bör alla deltagarna i kartellen vara skadeståndsskyldiga, inte bara den medlem som får ingå avtalet med upphandlaren. Detta framstår som så mycket mer motiverat som en sådan utvidgad skadeståndsskyldighet torde föreligga redan enligt gällande rätt när upphandlaren är ett företag. Skadeståndsbestämmelsen i KL bör därför ändras så att det blir klart att även andra än företag eller avtalsparter har rätt till ersättning i de nu beskrivna situationerna för skador som de drabbas av genom en överträdelse av förbuden i KL.

⁹ Jfr beträffande EG-rätten, EG-domstolens dom i mål C-453/99 *Courage Ltd. mot Bernard Crehan*, [2001] REG I – 6927.

Konsumenter

Konsumenter som är avtalsparter till det skadeståndsskyldiga företaget har alltså rätt till skadestånd enligt 33 § KL.

Obestämda kretsar av konsumenter som indirekt berörs av ett förbjudet samarbete har däremot inte rätt till skadestånd, sägs det i motiven.¹⁰ Med obestämda kretsar av konsumenter torde avses sådana konsumenter som inte har ingått avtal med det företag som har överträtt förbudsreglerna i KL. Som skäl till att denna kategori av konsumenter inte skall ha rätt till skadestånd anförs att, även om ett syfte med lagen är att främja det totala konsumentintresset, dessa konsumenter inte kan anses ingå i lagens skyddsintresse med hänsyn till lagens inriktning på förhållandena inom näringslivet. Denna förklaring är enligt utredningens mening inte alldeles övertygande. Lagens ändamål är enligt 1 § KL att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter. Lagens inriktning på förhållandena i näringslivet är således inte ett uttryck för omsorg om enskilda näringsidkare utan förestavas av ambitionen att åstadkomma en effektiv konkurrens. En effektiv konkurrens är ett konsumentintresse åtminstone i lika stor utsträckning som ett näringsidkarintresse.¹¹ Lagens inriktning förklarar därför inte varför skyddsintresset skulle omfatta obestämda kretsar av näringsidkare men inte obestämda kretsar av konsumenter. Särskilt svårt att förstå är varför en konsument som är offer för en anbuds-kartell skall vara hänvisad till att kräva skadestånd av den kartell-medlem som han ingått avtal med, medan ett företag i motsvarande situation kan vända sig mot vilken som helst av kartellens medlemmar.

Konsumentperspektivet har på senare tid kommit att bli alltmer framträdande inom konkurrenspolitiken. Konsumenterna får även anses omfattade av KL:s skyddsintresse. Skillnader i konsumenters rätt att få ersättning för skada beroende på om de står i avtalsförhållande till företaget i fråga eller inte ter sig då omotiverade. Även i fråga om konsumenter bör därför inskränkningen till avtalsparter tas bort.

¹⁰ Prop. 1992/93:56 s. 96.

¹¹ Jfr Wetter *m.fl.*, Konkurrenslagen, en handbok, 2 uppl. 2002, s. 6 f.

Förslag

Av de skäl som nu har redovisats bör kretsen av skadeståndsberättigade enligt KL vidgas så att den inte längre är begränsad till – förutom företag – avtalsparter. Det kan lagtekniskt lösas på olika sätt. En möjlighet är att i lagtexten räkna upp de kategorier av skadelidande som skall vara ersättningsberättigade. Det är dock svårt att göra en sådan uppräknings fullständig utan att den kommer att omfatta någon som inte bör omfattas. Risken för gränsdragningsproblem är uppenbar.

En alternativ möjlighet är att bestämmelsen i 33 § KL utformas efter mönster av 2 kap. 2 § skadeståndslagen så att skadegöraren skall ersätta den skada som uppkommer genom överträdelsen, utan att några kategorier av skadeståndsberättigade anges. Orden ”företag” och ”avtalspart” tas alltså bort ur lagtexten, som därmed kommer att föreskriva endast att den som lider skada på grund av överträdelsen har rätt till skadestånd. Lagstiftaren avstår således från att reglera frågan vilka personer som skall vara berättigade till skadestånd. Det blir i stället en uppgift för rättstillämpningen att avgränsa kretsen av skadeståndsberättigade med tillämpning av allmänna skadeståndsrättsliga principer.

Som har redovisats i det föregående sker avgränsningen vid tillämpningen av 2 kap. 2 § skadeståndslagen med hjälp av principen om de olika straffbestämmelsernas skyddsändamål. Enligt utredningens uppfattning är det knappast möjligt att finna motsvarande vägledning i KL:s skyddsändamål när det gäller att precisera skadeståndsskyldigheten enligt KL. Det är dock angeläget att företagets skadeståndsansvar inte utvidgas så långt att det blir oförutsägbart. Andra allmänna skadeståndsrättsliga principer, t.ex. om adekvat kausalitet och om ansvar för tredjemansskador¹², kan här få betydelse. Det kan inte komma i fråga att lagstiftaren skall föreskriva hur dessa principer skall tillämpas på konkurrensskador. Som på andra områden av skadeståndsrätten får det bli en uppgift för rättstillämpningen.

¹² Se om indirekta skador och tredjemansskador *T. Andersson*, Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler, 1999, s. 139, *J. Andersson*, Legala förbud och ogiltighet, TfR (1999) s. 632–634 och 648–649 samt *Wahl*, Konkurrensskada, 2000, s. 251 ff. och 312 ff. Enligt *Wahl* bör den generellt restriktiva inställningen till tredjemansskador i svensk rätt, i kombination med konkurrensrättens behov av preventiva sanktioner, leda till att indirekta konkurrensskador betraktas som icke-ersättningsgilla tredjemansskador. Enligt *Levinsohn/Lidgard* talar allmänna skadeståndsrättsliga resonemang för att den indirekta kunden troligtvis har rätt till skadestånd. Detta stöds av att det i förarbetena talas om ”andra och tidigare säljled”, prop. 1992/93:56 s. 96.

En naturlig begränsning uppkommer också genom att rätten till skadestånd förutsätter att det finns en identifierbar skada. Ytterligare en begränsning kan ligga däri att skadan skall ha att göra med de konkurrensbegränsande effekterna av den skadeståndsgrundande handlingen; för att skadan skall vara ersättningsgill får den inte vara ett resultat av ökad konkurrens.¹³ Med nuvarande bevisbörderegler ankommer det på den som begär ersättning att bevisa att han har drabbats av en ersättningsgill skada liksom att det finns ett orsakssamband mellan överträdelsen och skadan. Utredningen anser att det inte är motiverat att ändra dessa regler så att bevisbördan flyttas till den som krävs på ersättning. Det kan emellertid visa sig i rättspraxis att det finns situationer där beviskravet i fråga om orsakssambandet bör sänkas så som har skett på andra rättsområden.¹⁴ Som skäl för att begränsa konsumenternas rätt till ersättning har ibland anförts att rätten kan bli illusorisk, eftersom det ofta är svårt eller omöjligt att bevisa skadans storlek. Med tanke på att domstolen i sådana fall får uppskatta skadan till skäligt belopp, torde detta inte i sig vara ett avgörande argument mot att kretsen av skadeståndsberättigade utvidgas. Dock bör också beaktas att det många gånger kan vara svårt att bevisa att en skada alls har uppstått och det finns ingen regel som medger bevislättnad i det hänseendet. Särskilt i sådana fall där den skadelidande befinner sig flera avtalsled bort från det företag som har överträtt en förbudsregel kan med den nu diskuterade ordningen en rätt till skadestånd komma att få en naturlig begränsning.

Den reparativa funktionen hos skadeståndsreglerna i KL kan förväntas få ökat utrymme, om även andra än företag och avtalsparter kan få ersättning för skador. Emellertid kan man inte räkna med att enskilda konsumenter i någon större utsträckning kommer att utnyttja möjligheten att kräva skadestånd. Så synes inte ha skett hittills i de fall där konsumenter är avtalsparter och således har rätt till skadestånd enligt gällande rätt. De ersättningskrav det kan bli fråga om torde vara bl.a. överpriser på varor eller tjänster som konsumenten betalat till följd av överträdelsen. Dock lär en enskild konsument ofta vara så liten att konsumenten inte anser det meningsfullt att själv framställa sitt krav. I fråga om sådana ersättningskrav, som alltså inte är individuellt processbara, kan däremot

¹³ Jfr *Wabl*, *Konkurrensskada*, s. 273 f. och *Levinsohn/Lidgard*, *Skadestånd som sanktion mot karteller*, *Konkurrensverkets A-4 serie*, juli 2002, s. 61 f.

¹⁴ Se t.ex. NJA 1982 s. 421 och NJA 1991 s. 481; jfr 32 kap. 3 § tredje stycket miljöbalken.

den nya lagen (2002:599) om grupprättegång komma till användning.

Om begränsningen till avtalsparter tas bort, torde det få större betydelse i de tidigare beskrivna situationerna där en offentlig upphandlare enligt den nuvarande regelns ordalydelse inte kan kräva skadestånd av andra kartellmedlemmar än den som upphandlaren ingått avtal med. I sådana fall kan det röra sig om betydande skadeståndsbelopp och skadeståndsansvaret blir förhållandevis lätt att påvisa så snart som kartellen har avslöjats.

En utvidgad skadeståndsrätt för nya grupper av konsumenter och andra som inte är företag skulle också kunna öka KL:s preventiva verkan. Företagen löper nämligen då en ökad risk att drabbas av skadestånd, som sammantaget kan uppgå till stora belopp, och den "badwill" som en skadeståndsprocess innebär.

Mot bakgrund av det anförda föreslår utredningen att 33 § KL ändras så att orden "företag" och "avtalsparter" tas bort och kretsen av skadeståndsberättigade därmed inte längre preciseras i lagtexten.

I sammanhanget förtjänar det att sägas något om det nya programmet för eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift som introducerades under sommaren 2002. Systemet bygger på att företag som är inblandade i överträdelser av konkurrensreglerna skall uppmuntras att frivilligt anmäla överträdelserna. Incitamentet består i att de kan få eftergift från eller nedsättning av den konkurrensskadeavgift som annars skulle påföras företaget. Denna effekt skulle kunna motverkas om företaget skulle riskera ett utvidgat skadeståndsansvar. Om det i något fall skulle inträffa, får man enligt utredningens mening acceptera det som en rimlig följd av förslaget. Det kan tilläggas att motsvarande problem kan uppkomma när EG-rätten tillämpas. Utredningens bedömer att problemet inte är så allvarligt att förslaget på grund därav inte bör genomföras.

Grupptalan

Lagen (2002:599) om grupprättegång trädde i kraft den 1 januari 2003. Därmed har det införts en möjlighet till grupptalan som ett komplement till det vanliga rättegångsförfarandet. I det moderna samhället inträffar olika händelser som ger upphov till att många personer kan rikta likadana eller likartade anspråk mot någon

annan. Sådana anspråk är svåra att göra gällande vid domstol eller på annat sätt, inte minst när varje anspråk har ett litet ekonomiskt värde. Institutet grupptalan syftar till att på ett övergripande och generellt sätt komma till rätta med dessa brister i det processuella rättsskyddet. Syftet är ytterst att förbättra genomslaget för redan gällande materiella rättsregler.

Med grupptalan avses att någon utan rättegångsfullmakt för talan för medlemmarna i en grupp. Gruppmedlemmarna är inte parter i rättegången och behöver inte medverka aktivt. En dom gäller för och emot alla som ingår i gruppen.

Grupptalan kan väckas av enskilda personer, organisationer eller myndigheter. För att ha rätt att väcka enskild grupptalan skall käranden vara medlem i den grupp han vill företräda. Organisationstalan kan väckas av ideella organisationer på konsumenträttens och miljörettens områden. I fråga om offentlig grupptalan meddelar regeringen särskilda föreskrifter om talerätt för myndigheter.

Grupprättegång är en lämplig processform om bevisningen är densamma och flera käromål stöder sig på väsentligen likartad grund. Det kan innebära att grunderna har vissa överensstämmande drag, medan de skiljer sig från varandra med avseende på t.ex. tid och rum. Det kan vara fråga om flera personer som köpt likadana varor eller tecknat likalydande standardavtal. I de flesta tvister av detta slag är rättsfrågan och bevisningen i huvudsak densamma, vilket än mer påkallar att anspråken behandlas samtidigt av domstolen.

Enligt 8 § lagen om grupprättegång får en grupptalan tas upp till prövning om

1. talan grundas på omständigheter som är gemensamma eller likartade för gruppmedlemmarnas anspråk,
2. en grupprättegång inte framstår som olämplig på grund av att vissa gruppmedlemmars anspråk till sina grunder skiljer sig väsentligt från övriga anspråk,
3. merparten av de anspråk som talan avser inte lika väl kan göras gällande genom talan av gruppmedlemmarna själva,
4. gruppen med hänsyn till storlek, avgränsning och övrigt är lämpligt bestämd, samt
5. käranden med hänsyn till sitt intresse i saken, sina ekonomiska förutsättningar att föra en grupptalan och förhållandena i övrigt är lämpad att företräda gruppmedlemmarna i målet.

Dessa särskilda processförutsättningar prövas av domstolen i samma ordning som rättegångshinder i allmänhet enligt RB.

Enskild grupptalan angående skadestånd enligt 33 § KL synes falla väl inom ramen för lagen om grupprättegång. En talan om skadestånd enligt 33 § KL synes också kunna föras som en organisationstalan när skadeståndet avser en vara, tjänst eller annan nytthet som en näringsidkare har erbjudit konsumenter, se 5 § lagen om grupprättegång. I utredningens uppdrag ingår att pröva om det dessutom är lämpligt att Konkurrensverket ges möjlighet att föra offentlig grupptalan.

Av förarbetena framgår följande. Att myndigheter genom talan vid domstol bistår enskilda med att driva igenom rättsliga anspråk bör ske endast i de fall där det finns ett vidare samhällsintresse av att tvistefrågan blir rättsligt prövad. I många av de fall där en grupprättegång framstår som den lämpligaste processformen kan det därför antas vara mer ändamålsenligt att enskilda gruppmedlemmar eller organisationer för grupptalan. Offentlig grupptalan kan väntas fylla en speciellt viktig funktion när huvudsyftet med processen är att verka handlingsdirigerande eller att främja prejudikatbildning och rättsskapande. Det framstår emellertid som tveksamt om offentlig grupptalan är ett lämpligt alternativ, om syftet med processen i första hand är att säkerställa att gruppmedlemmarna får sina anspråk tillgodosedda, dvs. reparativt. Behovet av prioriteringar i fråga om användningen av det allmännas resurser, men också andra mer principiella skäl, gör det nödvändigt att avgränsa det offentligas ansvar till sådana sektorer där ett agerande från det allmänna framstår som särskilt nödvändigt.¹⁵

Med stöd av 6 § lagen om grupprättegång har regeringen bestämt att två myndigheter får väcka offentlig grupptalan. Regeringen har vidare angett förutsättningarna för när en sådan talan får väckas.

Enligt 6 § förordningen (2001:1096) med instruktion för Naturvårdsverket får Naturvårdsverket i tvister om skadestånd enligt 32 kap. miljöbalken väcka offentlig grupptalan enligt 32 kap. 13 § miljöbalken och lagen (2002:599) om grupprättegång, när verket anser att det är nödvändigt för att tillgodose angelägna allmänna miljöintressen.

Enligt 14 b § förordningen (1995:868) med instruktion för Konsumentverket får Konsumentombudsmannen i tvister mellan konsumenter och näringsidkare som rör varor, tjänster eller andra nyttheter som tillhandahålls huvudsakligen för enskilt bruk väcka offentlig grupptalan enligt lagen (2002:599) om grupprättegång,

¹⁵ Prop. 2001/02:107 s. 37.

när ombudsmannen anser att det är motiverat från allmän synpunkt.

Konkurrensverket har som övervakande myndighet att verka för konkurrens inom olika marknader, vilket i slutänden främjar konsumentkollektivets intresse och ytterst samhällsmedborgarna. Bestämmelserna i KL om åläggande och konkurrensskadeavgift har en preventiv funktion. Det är viktigt att företags överträdelser av förbudsbestämmelserna möts med effektiva sanktioner. Av förarbetena till KL framgår att konkurrensskadeavgift skall bestämmas så att den verkar avhållande på det aktuella företaget och avskräckande för andra företag. Ett syfte med Konkurrensverkets ingripanden mot företags överträdelser av förbudsbestämmelser är således att påverka företagets handlande. Skadeståndet och skadeståndsprocessen kan bidra med en preventionsverkan som kompletterar och förstärker de offentliga sanktionerna. Det primära syftet med en skadeståndsprocess är emellertid att den skadelidande skall få sitt anspråk tillgodosett.

Det skall alltså finnas ett vidare samhällsintresse – än att den enskilde skall få sitt anspråk tillgodosett – för att en offentlig grupptalan skall vara motiverad. På konkurrensrättens område tillgodoses detta samhällsintresse genom det offentlighetsrättsliga sanktionssystemet i KL. En möjlighet för Konkurrensverket att föra grupptalan torde inte tillföra någonting i det hänseendet, utan verkets resurser bör istället användas för att upprätthålla det offentlighetsrättsliga regelsystemet. Utredningen ser för närvarande inte tillräckligt starka skäl för att föreslå att Konkurrensverket eller någon annan myndighet utses att föra offentlig grupptalan för skadeståndsanspråk grundade på överträdelser av konkurrensrätten. Det kan dock finnas anledning att frågan prövas på nytt, när erfarenheter vunnits i fråga om offentlig grupptalan inom andra områden.

5.4.2 Skadeståndsreglerna tillämpas på överträdelser av artiklarna 81 och 82

<p>Utredningens förslag: Skadeståndsreglerna tillämpas på överträdelser av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.</p>
--

Tidigare ställningstagande

Skadestånd är inte en offentligrättslig sanktion, utan en sanktion av privaträttsligt slag.

EG-rätten innehåller inte någon uttrycklig bestämmelse om rätt till skadestånd vid överträdelse av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. Vissa skadeståndsrättsliga principer har dock utvecklats i EG-domstolens praxis.

Sverige är ett av få medlemsländer i EU som har uttryckliga lagbestämmelser om rätt till skadestånd på grund av överträdelser av konkurrensbestämmelser, även om en sådan rätt sannolikt finns enligt de flesta nationella rättsordningar i EU. Situationen påminner om den som gäller beträffande rätt till skadestånd från det allmänna vid överträdelser av EG-rätten. Av den praxis som utvecklats av EG-domstolen följer att enskilda under vissa omständigheter är berättigade till skadestånd från det allmänna vid överträdelser av EG-rätten. Utredningen om det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelser av EG-rätten kom i sitt betänkande *Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelser av EG-rätten* (SOU 1997:194) fram till att det inte krävdes någon ändring i skadeståndslagens materiella bestämmelser. Tidigare har det ansetts att det följer av EG-rätten att det föreligger rätt till skadestånd på grund av överträdelser av EG:s konkurrensregler i den mån motsvarande överträdelse av nationell konkurrensrätt ger en sådan rätt. Man har menat att det redan av detta följer att överträdelser av artiklarna 81.1 och 82 i EG-fördraget ger en rätt till skadestånd.¹⁶

Någon uttrycklig lagbestämmelse om rätt till skadestånd vid överträdelser av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget har därför inte ansetts absolut nödvändig. Rätten till skadestånd vid överträdelser av EG-rätten framgår av EG-rättslig praxis medan motsvarande rätt till skadestånd vid överträdelser av KL är reglerad i lag. Vidare har det i tidigare lagstiftnings sammanhang pekats på att EG-rättens innehåll i detta avseende är ovisst. Rättsläget har inte ansetts vara helt klart. Lagstiftaren har därför bedömt att det med hänsyn till det anförda vore olämpligt (i vart fall vid den tidpunkten) att lagreglera rätten till skadestånd vid överträdelser av artiklarna 81.1 och 82. Det ansågs att en reglering skulle få anpassas efter innebörden av föreskrifterna i 33 § KL och därvid kunna innebära att en avvikelse från vad som senare kommer visa sig vara EG-rättens innebörd beträffande skadeståndsskyldighet.

¹⁶ Prop 1999/2000:140 s. 201.

EG-rätten

Huruvida en rätt till skadestånd följer direkt av EG-rätten eller genom ett EG-rättsligt krav på effektiva nationella sanktioner är en omstridd fråga.¹⁷

Enligt *Wahl* har EG-domstolen genom målet *Courage v. Crehan*¹⁸ tagit ställning för ett skadeståndsansvar vid överträdelser av EG:s konkurrensregler, oavsett huruvida ansvaret vilar direkt på EG-rätten eller om det istället är att hänföra till EG-rättens krav på effektiva sanktioner i den nationella rätten.¹⁹

Torbjörn Andersson finner med viss tvekan att ersättningsrätten följer av EG-rättens krav på effektivt rättsskydd och genomslag. Han menar att det därför är möjligt att den svenska skadeståndsregleringen i KL måste modifieras, eftersom åtminstone två potentiella konfliktytor finns när det gäller dels preskriptionstiden, dels personkategoribegränsningen. Om det däremot är så att rätten till skadestånd följer av regler om likabehandling av enskilda anspråk grundade på överträdelser av artiklarna 81 och 82 och nationell rätt, ter det sig annorlunda. I den mån 33 § KL tillämpas analogt vid överträdelser av EG:s konkurrensregler är givetvis även den bestämmelsen normerande för skadeståndsregleringen. Det innebär att en femårig preskriptionsfrist skall tillämpas och att kretsen av skadeståndsberättigade begränsas till företag och avtalsparter.²⁰

Utredningen konstaterar att det av rättsfallet *Courage v. Crehan* framgår att den fulla verkan av artikel 81 i EG-fördraget, och särskilt den ändamålsenliga verkan av det förbud som stadgas i artikel 81.1, 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.²¹ Enligt domen åligger det de nationella domstolarna att säkerställa

¹⁷ *Komminos*, New prospects for private enforcement of EC Competition Law: *Courage v. Crehan* and the community right to damages, *Common Market Law Review*, 2002, s. 447–487.

¹⁸ Se mål C-453/99 *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*, [2001] REG I-6297.

¹⁹ *Wahl*, Skadestånd i konkurrensrätt, *Europarättslig tidskrift* 2001, s. 579.

²⁰ *Torbjörn Andersson*, Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler, 1999, s. 161 f.

²¹ Se mål C-453/99 *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*, [2001] REG I-6297 p. 26. Se t.ex. *Wahl*, Skadestånd i konkurrensrättsmål, *Europarättslig tidskrift*, 2001 s. 574–579, samt *Komminos*, New prospects for private enforcement of EC Competition Law: *Courage v. Crehan* and the community right to damages, *Common Market Law Review*, 2002, s. 447–487, samt *Goyder*, *EC Competition Law*, 4 ed, Oxford 2003, s. 473 och 560. Se även *Alison Jones och Daniel Beard*, Co-contractors, Damages and Article 81: The ECJ finally speaks, *European Competition Law Review*, [2002], s. 246–256 samt *G.A. Cumming*, *Courage Ltd. v. Crehan*, *European Competition Law Review*, [2002], s. 199–204.

att dessa regler ges full verkan och att skydda de rättigheter som enskilda har erhållit genom gemenskapsrätten.²²

Förslag

När regeringen i tidigare lagstiftningsammanhang²³ avstod från att uttryckligen reglera rätten till skadestånd vid överträdelser av artiklarna 81 och 82 var det principiellt viktiga målet om förhandsavgörande – *Courage v. Crehan* – anhängiggjort hos EG-domstolen. Målet är nu avgjort och ett par slutsatser av domen har redovisats i föregående avsnitt. Några andra skäl mot att reglera frågan har inte framkommit. Tvärtom har en uttrycklig reglering av frågan efterlysts till exempel vid remissbehandlingen i det tidigare lagstiftningsärendet. Mot den bakgrunden anser utredningen att frågan om skadestånd för överträdelser av EG:s konkurrensregler nu uttryckligen bör regleras. Att rätten till skadestånd enligt EG-reglerna kan komma att utvecklas eller förtydligas är inte ett skäl att nu låta fortsatt osäkerhet råda i frågan. Skadeståndsregeln bör lämpligen vara utformad på samma sätt som beträffande överträdelser av förbudsreglerna i 6 och 19 §§ KL. Det innebär att samma regler om orsakssamband, bevisbörda etc. görs tillämpliga även på överträdelser av artiklarna 81 och 82. Med den lagtekniska lösning som här föreslås kommer ersättningsanspråk grundade på överträdelse av de nationella förbudsreglerna och artiklarna 81 och 82 att få samma behandling. Det kan möjligen invändas att detta redan torde följa av EG-rättslig domstolspraxis. Enligt utredningens mening kan det dock finnas anledning att uttryckligen reglera detta för att skadeståndsreglerna skall få full preventiv effekt. Osäkerhet om rätten till skadestånd kan ju annars reducera den effekten. Eftersom rätten till skadestånd inom konkurrensrätten är specialreglerad i Sverige, till skillnad från i många andra länder, ter det sig svårförklarligt varför rätten till skadestånd skulle lämnas oreglerad på tillämpningsområdet för artiklarna 81 och 82.

Som nämnts har det i doktrinen ifrågasatts om begränsningen av kretsen av skadeståndsberättigade är förenlig med EG-rättens krav på effektivt rättsskydd och genomslag. Utredningen föreslår ovan att kretsen av skadeståndsberättigade skall vidgas. Detta bör gälla såväl vid överträdelser av 6 och 19 §§ KL som artiklarna 81 och 82.

²² Se mål C-453/99 *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*, [2001] REG I-6297 punkt 25.

²³ Prop. 1999/2000:140 s. 201 f.

Därmed torde potentiella konfliktytor härvidlag vara undanröjda på den punkten.

Vidare har det ifrågasatts om preskriptionsregeln på fem år är förenlig med EG-rätten, om rätten till skadestånd följer direkt av EG-rätten och inte ”via nationell rätt”.²⁴ Frågan om preskriptionsfristens längd behandlas i följande avsnitt.

5.4.3 En längre preskriptionstid

Utredningens förslag: Preskriptionstiden förlängs till tio år från skadans uppkomst.

Som har framgått ovan gäller en femårig preskriptionstid för skadeståndsfordringar som grundar sig på överträdelser av förbuden i KL. Enligt utredningens mening finns det skäl att överväga en förlängning av den femåriga preskriptionstiden.²⁵ Skadeståndsprocesser kan som nämnts tidigare i många fall följa i spåren av Konkurrensverkets utredningar. Verkets utredningar kan vara tidskrävande och röra överträdelser som ligger långt bak i tiden. Domstolprocesserna kan ta lång tid, vilket visat sig i de nu pågående målen beträffande den s.k. bensinkartellen samt den misstänkta anbudskartellen inom asfaltmarknaden. Preskriptionstiden kan i de fallen vara väl kort. Det kan anmärkas att den allmänna preskriptionstiden enligt preskriptionslagen (1981:130) är tio år, räknat från en (skadestånds)fordrans tillkomst. Därtill kommer att tvivel har uttalats om den nuvarande regelns förenlighet med EG-rätten. Av dessa skäl anser utredningen att preskriptionstiden bör ändras till tio år. Tidpunkten torde även fortsättningsvis kunna räknas från när skadan uppkom. Tidpunkten för i vart fall direkta skador torde många gånger sammanfalla med tidpunkten för den skadegörande handlingen.

²⁴ Det framgår inte av förarbetena varför preskriptionstiden blev fem år. Som en jämförelse kan nämnas att konkurrensskadeavgift enligt 30 § KL får påföras bara om stämningsansökan har delgetts den som anspråket riktas mot inom fem år från det att överträdelsen upphörde. Enligt förordning 1/2003 gäller en femårig preskriptionstid från den dag då överträdelsen begicks, se artikel 25.1 b).

²⁵ T. Andersson, Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler, s. 162. Torbjörn Andersson menar att preskriptionfristen trots allt förefaller vara skälig i den mening EG-domstolen ger termen i bl.a. C-208/90, *Theresa Emmot v. Minister for Social Welfare m.fl.* [1991] REG I-4269.

6 Bevisundersökning i skadeståndsmål

6.1 Problembeskrivning

Moderniseringsreformen och mer initiativ från enskilda

En tanke med moderniseringsreformen inom EU:s konkurrenspolitik har varit att konkurrensreglerna skall få större genomslagskraft genom en ökning av initiativen från enskilda.¹ Sannolikheten för att så kommer att ske har av flera bedömare ansetts som liten.

Ehlermann och Atanasiu,² diskuterar om parter kommer att i större utsträckning använda konkurrensreglerna som ett "svärd" när artikel 81.3 blir en direkt tillämplig undantagsregel. De anser att svaret på den frågan kommer att vara beroende på om det finns incitament till sådana aktioner eller inte. Från en domares eller skiljemans perspektiv så undanröjs ett hinder genom att artikel 81.3 blir direkt tillämplig. För kändan eller svaranden är det emellertid inte tillräckligt för att processa mer än tidigare. Moderniseringsreformen innehåller inga andra element som underlättar tvister. Tvärtom, anser författarna att problemen och hindren blivit större i och med kommissionens mer ekonomiska synsätt på konkurrensrättens område på senare tid. Deras slutsats är därför att det i vart fall är tveksamt om moderniseringsreformen kommer att leda till ett ökat antal tvister (t.ex. skadeståndsprocesser) i framtiden.

James S. Venit,³ anser att tvisterna inom EU inte lär komma över en natt, eftersom EU och den nationella rätten i medlemsstaterna saknar ett antal viktiga element som finns i den amerikanska anti-

¹ Mer initiativ från enskilda motsvarar vad som kallas "*private enforcement*". Den övervakning som sker genom myndigheter brukar kallas för "*public enforcement*".

² *Ehlermann and Atanasiu*, *The Modernisation of EC Antitrust Law*, [2002] *European Competition Law Review*, s. 72–80.

³ *James S. Venit*, *Brave New World: The Modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the treaty*, *Common Market Law Review*, 2003, s. 545–580.

trusträtten och som skapar incitament att tvista.⁴ Det finns därför enligt *Venit* en stor risk för att EU:s konkurrensrätt trots decentraliseringssyftet med reformen förblir kraftigt centraliserad, åtminstone i jämförelse med amerikansk rätt.

Även *Wouter P.J. Wils*⁵ har en likartad uppfattning. Han uttrycker att avsaknaden av konkurrensrättsliga processer i Europa inte bara har haft med förhandskontrollen och kommissionens ensamrätt att tillämpa artikel 81.3 att göra. Det har också haft kulturella orsaker som har med lägre processbenägenhet och mindre utpräglad konkurrenskultur att göra. Det beror dock också på legala skillnader som gäller avsaknaden av möjlighet till *class actions*, *contingency fee arrangements*, *treble damages* och *discovery procedures*⁶. Författaren beklagar att inga försök görs att undanröja dessa hinder genom moderniseringsreformen.

Problemmrådet

Sanktionssystemet i KL har flera delar. En viktig sanktion är den administrativa avgift, konkurrensskadeavgift, som kan utdömas för överträdelse av konkurrensreglerna. Därtill kommer civilrättsliga sanktioner i form av skadestånd och ogiltighet.

Vid lagens tillkomst framhövdes intresset av att det konkurrensrättsliga regelsystemet i möjligaste mån är självgående.⁷ Den preventiva effekten hos reglerna skulle öka, om risken var mer överhängande att ett företag som bryter mot reglerna också drabbas av administrativa eller civilrättsliga sanktioner.

⁴ Dessa nyckelelement är enligt *Venit*:

- *Treble damages*
- *One-way fee shifting* (om käranden vinner måste svaranden betala kärandens rättegångskostnader men inte tvärtom). I EU betalar oftast tappande part.
- *The legality of contingency fee arrangements* (till skillnad från inom EU kan ett framgångsrikt ombud få andel i processvinsten)
- Möjligheten till *class action*
- Tillgången till *pre-trial discovery*
- Solidariskt ansvar för varje svarande för det *treble damages*
- Tillgången till en jury bestående av lekmän (som skapar osäkerhet hos svaranden om utgången)
- De amerikanska domstolarnas relativt ”relaxed view” när det gäller att bevisa storleken på skadan när väl en överträdelse konstaterats.

⁵ *Wouter P.J. Wils*, *The Modernisation of the Enforcement of Articles 81 and 82 EC: A legal and Economic Analysis of the Commission’s proposal for a new Council Regulation Replacing Regulation No. 17*, Fordham, 2000.

⁶ Se avsnitt 4.

⁷ Prop. 1992/93: 56 s. 34.

I förarbetena till KL anges att det erfarenhetsmässigt föreligger stora svårigheter att mera exakt bestämma konkurrensskadornas storlek. Om bevissvårigheter föreligger i det enskilda fallet kan rätten enligt 35 kap. 5 § RB uppskatta skadan till skäligt belopp. Men en sådan skälighetsuppskattning förutsätter naturligtvis att en skada som berott på överträdelsen kunnat styrkas. Skadan och orsakssammanhanget måste styrkas i skadeståndsprocessen. Med undantag för utredningen om den konkurrensrättsliga överträdelser, t.ex. en kartellsamverkan (som i sig rymmer särskilda problem), rör det sig här om bevisproblem som gör sig gällande inom de flesta skadeståndsprocesser.

Enligt gällande rätt är det med de begränsade möjligheterna att införskaffa bevismaterial mest sannolikt att ersättningsanspråk riktas mot sådana företag som begränsar konkurrensen och som redan har varit föremål för Konkurrensverkets eller kommissionens ingripanden. Det konkurrensrättsliga regelverket i dess nuvarande utformning har lett till få processer hittills.⁸ Enskilda skadeståndsprocesser, som ofta kan vara långvariga och kostsamma, torde förutsätta att den skadelidande har tillgång till utredningen i det offentligrättsliga förfarandet och helst till ett domstolsavgörande eller ett kommissionsbeslut. Privata aktörer följer då i myndigheternas fotspår. Även inom ramen för sådana följdprocesser kan dock käranden säkerligen komma att mötas av bevissvårigheter.

En bekämpning av konkurrensbegränsningar med civilrättsliga medel kan inte ersätta de administrativa förfarandena som initieras av konkurrensmyndigheterna. Å andra sidan har de administrativa förfarandena inte samma syfte som de civilrättsliga medlen. De administrativa och de civilrättsliga åtgärderna är således båda betydelsefulla för att skydda skadelidande vid överträdelser av konkurrensreglerna. Förhållandena torde vara sådana att det inte alltid är ändamålsenligt att en skadelidande avvaktar att Konkurrensverket tar ett initiativ. Det kan t.ex. ibland ligga i båda parter intresse att nå en uppgörelse i godo. Att väcka talan i ett tvistemål kan vara ett verksamt medel för att komma fram till en förlikning. En förutsättning för en sådan åtgärd är dock att käranden har möjlighet att införskaffa den utredning och säkra den bevisning som behövs för en civilprocess.

Det finns rättsliga förutsättningar för flertalet av de aktörer som drabbas av kartellers verksamhet att begära skadestånd. Men att de

⁸ Detsamma synes vara förhållandet i andra länder inom EU, se *Ritter m.fl.*, *European Competition Law, A Practitioner's guide*, 2nd edition, 2000, s. 928.

på egen hand skulle kunna avslöja en dold kartell och med framgång framställa anspråk på ersättning förefaller i nuläget som relativt osannolikt. En skadelidande står här inför en besvärlig uppgift, framför allt beträffande införskaffandet av bevis. Till skillnad från konkurrensmyndigheterna, har privata aktörer inte möjlighet att samla in bevismaterial via s.k. gryningsräder. Därmed blir det avsevärt svårare att styrka en kartellsamverkan. Detsamma kan i många fall gälla beträffande dominansmissbruk och andra konkurrensbegränsningar.

I amerikansk konkurrensrätt förhåller det sig annorlunda. Genom *discovery*, se avsnitt 4.8, har enskilda omfattande möjligheter att med domstolens hjälp tvinga fram bevismaterial.

I svensk rätt finns visserligen möjligheten att begära edition, men editionsinstitutet är inte lika användbart som *discovery* enligt amerikansk rätt. Om någon innehar en skriftlig handling som kan antas ha betydelse som bevis, är han skyldig att förete den (38 kap. 2 § RB). Det ställs krav på bl.a. precisering av vilka dokument som efterfrågas och vad dokumenten ska styrka, för att en svensk domstol ska utfärda ett editionsföreläggande. Edition får inte användas för att efterforska bevis. Dessutom gäller undantag från editionsplikten beträffande yrkeshemligheter. En negativ faktor när det gäller yrkande om editionsföreläggande är också risken för att viktiga bevis försvinner när parten har kännedom om att något bevis efterfrågas och en förstöring av dokumentet inte är sanktionerat. Det finns inga regler som gör det möjligt för privata aktörer att tvångsvis göra en undersökning hos den som misstänks för en överträdelse.

För att skadeståndsreglerna skall kunna tillämpas i praktiken krävs därför att de skadelidandes bevisinsamling underlättas eller stöds. På så sätt kan man i någon mån avhjälpa de brister som beskrivits ovan när det gäller incitament och möjligheter till initiativ från enskilda inom konkurrensrätten. Behovet av åtgärder för att underlätta privata parters möjligheter att tillvarata sin rätt accentueras när, som utredningen föreslår i kap. 5, kretsen av skadeståndsberättigade vidgas. Enligt utredningens mening finns det ett behov av effektivare möjligheter att säkra bevisning i en tvistemålsprocess om skadestånd p.g.a. en överträdelse av konkurrensreglerna.

Vilka ändringar bör då övervägas inom ramen för utredningens uppdrag? Den amerikanska *discovery*-modellen synes svår att omedelbart anpassa till svenska förhållanden. Ett annat institut som

emellertid redan prövats i några år i svensk rätt och som det kan finnas anledning att närmare jämföra med är intrångsundersökningar på immaterialrättens område.

6.2 Intrångsundersökning inom immaterialrätten

Sedan den 1 januari 1999 finns i svensk rätt en ny skyddsåtgärd vid immaterialrättsintrång, nämligen intrångsundersökning. Åtgärden innebär att en rättighetshavare i ett civilrättsligt förfarande kan begära att det görs en undersökning för att säkra bevis hos någon som på goda grunder misstänks ha gjort ett intrång i en immateriell rättighet. Allmän domstol skall kunna besluta om intrångsundersökning, om det skäligen kan antas att någon har gjort intrång i den immateriella rättigheten. Ett beslut om intrångsundersökning får meddelas endast om skälen för åtgärden uppväger den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den som drabbas av den eller för något annat motstående intresse. I fråga om beviskravet gjordes i motiven jämförelser med beviskraven för undersökningar i KL. I den praxis som utvecklats vid intrångsundersökningar har beviskravet ”skäligen kan antas” ansetts uppfyllt genom att sökanden företett bevisning i form av inköpskvitton respektive analysintyg till styrkande av att testköpta intrångsprodukter varit förfalskningar eller genom att sökanden åberopat vittnesintyg.

I de flesta fall meddelas beslut utan motpartens hörande. Domstolen torde ha en skyldighet att *ex officio* granska om det skäligen kan antas att sökanden är innehavare av de rättigheter som hävdas i ansökan.

Vid undersökningen får föremål och handlingar som kan antas ha betydelse för utredning om intrånget eftersökas. Ett beslut om en intrångsundersökning skall verkställas av kronofogdemyndigheten. Sökanden skall i princip ställa säkerhet för den skada denne kan komma att tillfoga motparten.

De svenska reglerna om intrångsundersökning tillkom efter att USA hade påpekat att de svenska sanktionsbestämmelserna inte gav ett ändamålsenligt skydd och inte heller svarade mot det krav som ställdes enligt det s.k. TRIPs-avtalet och som ingick i Sveriges internationella konventionsåtaganden.

⁹ Se även prop. 1998/99:11 s. 63 f.

I förarbetena¹⁰ fördes en diskussion om vem som lämpligen skulle svara för undersökningen:

Intrångsundersökningen är en civilprocessuell tvångsåtgärd. Att låta rättighetshavaren själv göra undersökningen hos sin motpart kan, enligt regeringens uppfattning, redan av detta skäl inte komma i fråga. En sådan ordning skulle inte heller ligga i sökandens intresse eftersom den skulle innebära att dokumentationen av vad som påträffas vid undersökningen skulle få ett lågt bevisvärde.

En möjlighet vore att utse en opartisk förrättningsman för att utföra undersökningen. En sådan förrättningsman skulle emellertid knappast kunna ges befogenhet att verkställa undersökningen mot motpartens vilja. Om motparten skulle motsätta sig undersökningen, skulle förrättningsmannen vara hänvisad till att begära hjälp av något offentligt organ. Eftersom det kan antas att ett dröjsmål många gånger skulle medföra risk för att föremål och handlingar som har betydelse för utredningen skaffas undan, skulle en ordning som den nu nämnda i praktiken förutsätta att förrättningsmannen redan från början tog med någon med befogenhet att bereda sig tillträde till de utrymmen som får undersökas. Mer praktiskt är då att den som har befogenhet med avseende på tillträdet etc. också utför själva intrångsundersökningen.

Verkställighet handhas normalt av kronofogdemyndigheten. I ett system med en särskild förrättningsman skulle det sannolikt bli kronofogdemyndighetens uppgift att biträda förrättningsmannen när det gäller tillträde till lokaler etc. Kronofogdemyndigheten är dock väl lämpad att själv ombesörja undersökningen. Om kronofogdemyndigheten ges den uppgiften, skulle man också vinna den fördelen att redan befintliga regler för verkställighet kan tillämpas, t.ex. rätten att bereda sig tillträde till ifrågasvarande lokaler (2 kap. 17 § utsökningsbalken). Regeringen föreslår därför, i enlighet med vad som föreslås i promemorian, att ett beslut om intrångsundersökning skall verkställas av kronofogdemyndigheten.

I fråga om sökandens medverkan vid undersökningen uttrycktes i förarbetena¹¹ följande.

Efter förebild av vad som gäller vid en husrannsakan bör kronofogdemyndigheten kunna tillåta sökanden eller hans ombud att vara närvarande vid undersökningen, om inte domstolen föreskrivit något annat. Om sökanden tillåts närvara får han givetvis inte på egen hand verkställa efterforskningar eller på annat sätt ges ett avgörande inflytande över undersökningens genomförande utan endast bistå med upplysningar och råd. Myndigheten måste se till att sådan information som ligger utanför ändamålet med undersökningen inte kommer sökanden till del. Särskild uppmärksamhet är påkallad om det finns en

¹⁰ Prop. 1998/99:11 s. 73.

¹¹ Prop. 1998/99:11 s. 74 f.

risk för att den som utsätts för undersökningen skadas genom att affärs- eller andra företagshemligheter röjs.

Dokumentationen vid undersökningen kopieras. Befogenheter att avlägsna original saknas. I fråga om förvaring och utlämnande av kopior och annan dokumentation anfördes i förarbetena¹² följande.

Sveriges Industriförbund m.fl. har föreslagit att den bevisning som kommer fram vid en undersökning skall överlämnas till domstolen, som därefter har att pröva i vilken utsträckning materialet skall lämnas ut. Avsikten skulle vara att hindra att ovidkommande information får vidare spridning än nödvändigt. Detta skulle innebära en förstärkning av skyddet för den som utsätts för en intrångsundersökning. En sådan ordning skulle emellertid vara svår att förena med vår svenska rätts-tradition. Dessutom kan domstolen på det stadiet knappast bedöma relevansen av olika bevis. I allmänhet är det bara den som avser att väcka talan och därmed har full insikt i vilka yrkanden som kan komma att framställas och vilka grunder som skall åberopas som har tillräcklig överblick för att bedöma värdet av bevismaterialet. Även med bortseende från den jävsproblematik en ordning som den föreslagna kan medföra framstår den därför inte som särskilt ändamåls-enlig. Det får dessutom förutsättas att det bara är handlingar och föremål som kan antas ha betydelse som bevis som eftersöks.

Regeringen föreslår i stället att materialet – förutom att det för-tecknas i protokollet och det därmed blir känt vad som kopierats, fotograferats etc. – skall förvaras hos kronofogdemyndigheten och där hållas tillgängligt för båda parter.

6.3 Utredningens överväganden och förslag

6.3.1 Parts inhämtande av bevis i skadeståndsmål

Utredningens förslag: Regler införs om bevisundersökning i skadeståndsmål enligt 33 § konkurrenslagen. Åtgärden innebär att domstolen i en rättegång om skadestånd får besluta om att en undersökning får göras hos en part för att insamla bevis om skadeståndsanspråket.

¹² Prop. 1998/99:11 s. 79.

Bevisundersökning i skadeståndsmål enligt KL

I svensk rätt på immaterialrättens område finns som nämnts en skyddsåtgärd, intrångsundersökning, som gör det möjligt för enskilda att säkra bevisning inom ett civilprocessuellt förfarande. Behovet av detta framstod enligt lagstiftaren som särskilt påtagligt när det fanns en risk för att föremål eller bevis som kunde visa intrånget och dess omfattning med lätthet kunde undanhållas, förvanskas eller förstöras. Vad som då behövdes var framför allt en möjlighet att snabbt, och ibland oannonserat, få tillträde till lokaler som disponerades av den som misstänktes för intrånget för att där leta efter föremål som var resultat av eller hade använts vid ett intrång liksom verksamhetshandlingar som hade anknytning till intrånget. Detta behov ansågs inte kunna tillgodoses genom de då befintliga reglerna. Det ansågs dock vara av grundläggande betydelse att väga det intresse man ville skydda mot de konsekvenser en åtgärd kunde få för den enskilde. Intresset av en effektivare bevissäkring som ett medel i bekämpandet av immaterialrättsintrång ansågs dock vara så starkt uttalat att det inte i varje situation kunde få stå tillbaka till förmån för integritetsintresset. Det var av avgörande betydelse att det fanns regler som innebar ett särskilt skydd för den mot vilken åtgärden riktades. Sådana regler behövdes både inom ramen för domstolsprövningen och inom ramen för verkställigheten.¹³

Motsvarande resonemang kan föras för konkurrensrättens del, även om skillnader finns mellan rättsområdena. En skillnad är att en intrångsundersökning primärt syftar till att omhänderta föremål som i sig innebär ett immaterialrättsligt intrång och att därmed få intrånget att upphöra. Därutöver kan självfallet handlingar, t.ex. bokföring, eftersökas för att bevis skall kunna säkras om ett ersättningsanspråks storlek (som kan vara beroende av försäljningsvolymen för kopierade produkter etc.) Inom konkurrensrätten är dock intresset oftast inriktat på att säkra sådana handlingar som utgör bevisning om ett ersättningsanspråk.

En annan viktig skillnad är att det på konkurrensområdet finns en myndighet med uppgift att avslöja och beivra överträdelser av konkurrensreglerna. En enskilds skadeståndstalan kan vara mer eller mindre samordnad med den utredningsverksamhet som konkurrensmyndigheterna bedriver. Konkurrensverkets eller kommissionens utredningsarbete kan vara av en helt annan omfattning och

¹³ Se prop. 1998/99:11 s. 49.

också gälla andra marknader och företag än det som rör den enskilde skadelidandes intresse. Även andra konkurrensmyndigheter kan vara inblandade. Om den skadelidande får till stånd en undersökning för att hans intresse skall tillgodoses, kan det medföra att ett omfattande utredningsarbete hos myndigheterna skadas eller att en nära förestående undersökning omintetgörs. Även om privata initiativ bör uppmuntras, är det angeläget att inte Konkurrensverkets utredningar och undersökningar förfelas genom privata initiativ. Behovet av att undvika sådana konsekvenser måste beaktas när nya regler utformas.

Detta behov skulle kunna tillgodoses genom regler om att domstolen kunde avslå en ansökan om bevisundersökning, om en undersökning skulle innebära allvarlig skada för Konkurrensverkets utredning eller förestående undersökning. Det kunde rent av föreskrivas att en undersökning inte skulle få komma till stånd utan Konkurrensverkets medgivande. Detta skulle emellertid förutsätta att Konkurrensverket gavs tillfälle att yttra sig till domstolen. Sådana yttranden skulle medföra att verkets utredning och planläggning av en egen undersökning skulle riskera att avslöjas.

Ett annat problem är att bevisning om skadeståndsanspråk ofta innefattar företagshemligheter. Många gånger måste det vara vanskligt att avgöra exakt vilka uppgifter som är relevanta i bevishänseende. Risk finns för att även andra uppgifter som bör skyddas i största möjliga utsträckning kommer till sökandens kännedom. Med tanke på den ingripande karaktären av en undersökning hos företaget måste reglerna omgärdas med största möjliga rättssäkerhetsgarantier.

De nu anförda omständigheterna gör att det enligt utredningens mening inte är möjligt att överföra regelsystemet för intrångsundersökning i dess helhet på området för skadestånd enligt KL. Utredningen anser emellertid att det är värt att pröva om åtminstone vissa element från reglerna om intrångsundersökning kan tas till vara för att skapa en möjlighet för den som har anspråk på ersättning för skada p.g.a. en överträdelse av konkurrensreglerna att efterforska och säkra bevisning till stöd för sitt anspråk. När erfarenheter har vunnits av systemets praktiska tillämpning kanske det kan utvecklas vidare. Det kan också visa sig motiverat att utvidga tillämpningen till andra civilrättsliga anspråk än skadestånd.

Sammantaget och med iakttagande av det som nu sagts föreslår utredningen att ett nytt civilprocessuellt institut införs inom konkurrensrätten efter förebild från institutet intrångsundersök-

ning. Det nya institutet kan förslagsvis benämnas bevisundersökning. Institutet föreslås få i sina huvuddrag följande utformning. I en rättegång om skadeståndsanspråk enligt 33 § KL får domstolen på yrkande av käranden besluta om en undersökning hos motparten för att efterforska och säkra bevis om kärandens ersättningsanspråk. Bevisen skall kunna avse alla aspekter av skadeståndsskyldigheten, såväl den skadeståndsgrundande överträdelsen som skadeståndets belopp. Bevisundersökningen verkställs av kronofogdemyndigheten.

Till skillnad från vad som gäller vid intrångsundersökning skall alltså bevisundersökning inte få ske innan ett mål har anhängiggjorts och inte heller i ett skiljeförfarande. Behovet av skydd för företagshemligheter föranleder också särskilda procedurer, som beskrivs nedan.

För den skadelidande skulle det ha ett stort värde att kunna få till stånd en bevisundersökning redan innan han väcker talan. Då skulle undersökningen kunna ge underlag för ställningstagandet om talan skall väckas eller inte. Vidare skulle det misstänkta företaget kunna tas med överraskning och inte få tillfälle att undanröja bevis. Emellertid är det just i detta skede som en bevisundersökning skulle kunna skada en utredning hos konkurrensmyndigheterna. Med hänsyn till detta myndighetsintresse har utredningen valt att föreslå att en bevisundersökning inte skall kunna beslutas förrän talan har väckts. Institutet bör kunna utgöra ett värdefullt redskap även under en pågående rättegång. En fullständig stämningsansökan bör vidare i allmänhet vara ett bättre underlag än en ansökan i ett tidigare skede, när domstolen skall ta ställning till om en bevisundersökning skall tillåtas.

Även med detta förslag kan det inte uteslutas att en bevisundersökning någon gång skulle kunna kollidera med en utredning av en konkurrensmyndighet. Antalet skadeståndsmål får antas bli litet trots möjligheten till bevisundersökning. Redan med hänsyn till det måste risken för kollision bli liten. Det är vidare utredningens uppfattning att den enskilde skadelidandes intresse av att få tillgång till bevisning i ett anhängigt mål bör främjas. Det är ett samhällsintresse att den skadelidande får komma till sin rätt.

Med tanke på integritetsaspekterna finns det i övrigt anledning att vara restriktiv när man inför en ny skyddsåtgärd som ännu bara har intrångsundersökningar inom immaterialrätten som förebild. Det bör därför inte komma i fråga att nu införa en reglering som täcker alla de situationer när motstående privata intressen finns i

tvister på konkurrensrättslig grund. Mot den bakgrunden bör tillämpningsområdet för reglerna om en sådan undersökning begränsas så att de gäller för insamling av bevis till styrkande av ett skadeståndsanspråk enligt KL.

Till skillnad från vad som gäller beträffande intrångsundersökning inom immaterialrätten bör en undersökning kunna avse bevisning om ersättningsanspråket i dess helhet. Detta innebär att företagets uppsåt eller oaktsamhet blir faktorer att bedöma vid prövningen om en bevisundersökning skall tillåtas.

I det följande behandlar utredningen olika frågor av betydelse för den närmare utformningen av institutet bevisundersökning.

6.3.2 Var får undersökningen ske?

Utredningens förslag: En bevisundersökning får göras hos ett företag som är motpart i en rättegång om ett skadeståndsanspråk enligt 33 § KL. Undersökningen får bara omfatta utrymmen som företaget disponerar.

Vid införandet av reglerna om intrångsundersökning uttalades att en undersökning borde kunna äga rum i de *affärslokaler* eller motsvarande som den disponerar som misstänks ha gjort ett intrång eller som misstänks ha gjort sig skyldig till ett straffbart försök eller en straffbar förberedelse till intrång.¹⁴

Vidare uttalades att även misstänkta *bostäder* borde kunna genomsökas. Dock betonades vikten av att integritetsaspekten tillmäts särskild tyngd vid prövningen av ett sådant yrkande. Regeringen ansåg att förslaget var väl förenligt med artikel 8 i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, som bl.a. behandlar skyddet för den enskildes privatliv.

Någon möjlighet att genomföra undersökningar hos *tredje man* ansågs däremot inte lämpligt att införa. Åtgärden griper in i den privata sfären på ett sådant sätt att det inte kan accepteras att någon som inte ens kan antas ha gjort intrång skall kunna drabbas av den. I de fallen måste, ansågs det, integritetshänsynen väga över, även om det naturligtvis ofta kunde vara så att intrångsgods finns hos exempelvis en speditör. En jämförelse gjordes med husrannsakan i

¹⁴ Se prop. 1998/99:11 s. 57.

brottmål, där möjligheterna att göra husrannsakan hos annan än den misstänkte är högst begränsade.¹⁵

En bevisundersökning bör få ske hos den mot vilken ett skadeståndsanspråk enligt 33 § KL riktas. I kapitel 9 föreslås ett förtydligande beträffande Konkurrensverkets undersökningsbefogenheter med innebörden att verket, efter domstols godkännande, får möjlighet att genomföra en undersökning i en bostad eller andra utrymmen som nyttjas av en styrelseledamot eller anställd hos det företag som är föremål för utredning. Kommissionen får den möjligheten genom förordning 1/2003. En bevisundersökning sker i en tvist mellan två enskilda. Även om motsvarande myndighetsingripanden kan riktas mot en vidare krets, bör därför av integritetsskäl inte möjligheten finnas att genomföra en bevisundersökning hos styrelseledamöter eller anställda hos det undersökta företaget eller hos utomstående tredje män.

6.3.3 Vad får eftersökas?

Utredningens förslag: Handlingar som kan ha betydelse för utredningen om ersättningsanspråket får eftersökas. Undersökningen får dock inte omfatta skriftliga handlingar vilkas innehåll omfattas av tystnadsplikt, om de innehas av någon som har tystnadsplikt eller av den person till förmån för vilken tystnadsplikten gäller. Den får inte omfatta skriftliga meddelanden mellan enskilda personer som är varandra närstående. Om kronofogdemyndigheten anser att en viss handling bör omfattas av undersökningen och det undersökta företaget åberopar att handlingen omfattas av tystnadsplikt, skall handlingen förseglas och överlämnas till domstol för prövning av frågan.

Enligt 51 § KL har Konkurrensverket vid undersökning som har beslutats enligt 47 eller 48 § rätt att

1. granska bokföring och andra affärshandlingar,
2. ta kopior av eller göra utdrag ur bokföring och affärshandlingar,
3. begära muntliga förklaringar direkt på platsen, och
4. få tillträde till lokaler, markområden, transportmedel och andra utrymmen.

¹⁵ 28 kap. 1 § andra stycket RB.

Ett åläggande att tillhandahålla handling kan avse varje form av skriftligt material, exempelvis avtal, korrespondens, affärsböcker, prislistor m.m.¹⁶ Begreppet handling har samma innebörd som i 2 kap. tryckfrihetsförordningen, dvs. begreppet omfattar också upptagningar som kan läsas, avlyssnas eller på annat sätt uppfattas endast med hjälp av tekniska hjälpmedel, t.ex. en bildskärm.

För att en bevisundersökning skall vara effektiv och ge information om skadeståndsanspråket bör handlingar som kan antas ha betydelse för utredningen om skadeståndsanspråket kunna eftersökas. Utredningen avser själva överträdelsen och skadan samt orsakssambandet däremellan. Det är främst fråga om affärshandlingar eller andra handlingar som rör den verksamhet som bedrivs av den som utsätts för undersökningen, t.ex. affärsavtal, inköpsorder, fakturor, anteckningar om möten etc.

I lagstiftningsärendet om intrångsundersökning väcktes frågan om det behövdes ett starkare skydd för företagshemligheter. Regeringen delade inte den uppfattningen. Enligt regeringens mening åstadkom man ett adekvat skydd, om domstolen med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet gjorde en samlad intresseavvägning och, för de fall intrångsundersökning beviljades angav de villkor och begränsningar som skulle gälla för denna.¹⁷ Samma bedömning bör göras nu.

I samband med Konkurrensverkets undersökning enligt 51 § KL kan fråga uppkomma huruvida en skriftlig handling är av sådan beskaffenhet att den enligt 54 § KL skall undantas från undersökningen. Enligt 54 § KL får inte åtgärder enligt 45 och 51 §§ avse en sådan skriftlig handling

1. vars innehåll kan antas vara sådant att en advokat eller hans biträde inte får höras som vittne därom, och
2. som innehas av honom eller den till förmån för vilken tystnadsplikten gäller.

Enligt förarbetena har 54 § KL en viss motsvarighet i beslagsreglerna i 27 kap. 2 § RB. Den förstnämnda paragrafen syftar till att skydda meddelanden med visst förtroligt innehåll mellan en advokat eller hans biträde och ett företag. Skyddet gäller mot ålägganden enligt 45 § KL och vid undersökningar enligt 51 § KL. Förfarandet vid tvist om huruvida uppgift omfattas av advokats tystnadsplikt är reglerat enligt följande. Om Konkurrensverket i en sådan situation där olika uppfattningar råder anser att handlingen

¹⁶ Prop. 1992/93:56 s. 107.

¹⁷ Prop. 1989/99:11 s. 65.

bör undersökas, skall den omedelbart förseglas. Den skall därefter skyndsamt överlämnas till Stockholms tingsrätt. Tingsrätten skall utan dröjsmål pröva om handlingen omfattas av advokats tystnadsplikt.

Även enligt reglerna om intrångsundersökning gäller skydd för handlingar som omfattas av tystnadsplikt. Skyddet är dock mer omfattande och avser alla sådana handlingar som anges i 27 kap. 2 § RB. Däremot finns inga sådana regler om prövningen som finns i KL.

Med hänsyn till att en bevisundersökning gäller förhållandet mellan enskilda bör skyddet för tystnadsplikten ha det vidare omfång som föreskrivs i fråga om intrångsundersökning. KL:s regler om prövningen bör också gälla.

6.3.4 Beviskravet

Utredningens förslag: För att en domstol skall bifalla ett yrkande om bevisundersökning fordras att det skäligen kan antas att ett företag är skyldigt att ersätta en skada enligt konkurrenslagen.

Ett särskilt beviskrav

En grundläggande fråga är naturligtvis med vilken grad av sannolikhet ett skadeståndsanspråk skall ha bevisats för att en bevisundersökning skall tillåtas. En rimlig nivå på beviskravet måste bestämmas utifrån den utgångspunkten att åtgärden syftar just till att underlätta tillgången till bevisning i en typ av mål där påtagliga bevisvårigheter annars ofta föreligger. Med ett alltför högt ställt beviskrav blir införandet av det nya institutet inte meningsfullt. Mot detta måste man emellertid ställa att en bevisundersökning är en ingripande åtgärd som kan förorsaka beaktansvärda olägenheter och skador för den som utsätts för åtgärden. Att en enskild kan påkalla en sådan åtgärd saknar motsvarighet på andra rättsområden, förutom möjligheten till intrångsundersökning inom immaterialrätten. Fel använd kan åtgärden bli ett sätt för företagare att hindra och trakassera konkurrenter i deras verksamhet. Av integritets- och rättssäkerhetsskäl är det därför viktigt att beviskravet inte är för lågt.

För att en skadeståndsskyldighet skall föreligga krävs i praktiken att någon vidtagit en viss åtgärd som innebär en överträdelse av konkurrensreglerna samt att denna åtgärd orsakat sökanden en påvisbar skada som är ersättningsgill enligt KL. Sökanden måste för domstolen visa en tillräcklig grad av sannolikhet på dessa båda punkter för att få ett beslut om bevisundersökning. På detta tidiga stadium av processen har sökanden knappast tillgång till en sådan utredning som kan behövas för att styrka ett sådant påstående. Om det krävs full klarhet i frågan om den påstådda åtgärden innebär en överträdelse, finns det en beaktansvärd risk för att det förs in en rad frågor i processen som inte lämpar sig för att lösas inom ramen för detta slags ärende. Det måste alltså räcka med svagare bevisning.

Den närmare utformningen av beviskravet

Som konstaterats skall frågan om ett skadeståndsanspråk föreligger ses i ett sammanhang, där ett enda beviskrav gäller för alla aspekter som kan innefattas i frågan. Vid bestämmande av nivån på detta beviskrav, dvs. hur sannolikt det skall vara att ett skadeståndsanspråk föreligger, måste stor vikt fästas vid den intresseavvägning som nämnts ovan. I svensk rätt förekommer i huvudsak tre olika bevisnivåer när det gäller säkerhetsåtgärder, interimistiska beslut och andra handläggningsbeslut som föregår den slutliga prövningen av en sak. Den lägsta bevisnivån är att "det finns anledning att anta" något. Ett något högre beviskrav är att något "skäligen kan antas", medan den högsta nivån som innebär bevislättnad är att det visas "sannolika skäl" för något. De nu nämnda kraven kan uttryckas på olika sätt. Bevisnivån "sannolika skäl" får, med beaktande av ändamålet med undersökningen, anses ligga för högt. Vid denna bevisnivå kan säkerhetsåtgärder enligt 15 kap. 3 § RB aktualiseras.

Om ett beslut om bevisundersökning kan fattas vid en lägre grad av sannolikhet än "sannolika skäl", kan sökanden säkra den bevisning som gör det möjligt för honom att senare precisera yrkanden om t.ex. säkerhetsåtgärder och skadestånd. Den lägsta bevisnivån – "det finns anledning att anta" – används i bl.a. 47 § KL när det gäller vilken grad av misstanke om överträdelse av vissa bestämmelser i KL som krävs för ett beslut om undersökning. En sådan undersökning företer stora likheter med den nu föreslagna bevisundersökningen. Vid beslut om undersökning enligt 47 § KL ges

Konkurrensverket rätt att få tillträde till ett företags lokaler och att granska affärshandlingar samt ta kopior på dessa i syfte att utreda om det skett någon överträdelse av lagen.

Vissa grundläggande skillnader finns dock mellan en bevisundersökning och en undersökning av Konkurrensverket. I det senare fallet utförs undersökningar på begäran av en myndighet och direkt till skydd för ett allmänt intresse, närmare bestämt att upprätthålla en effektiv konkurrens. Bevisundersökningen är en åtgärd som initieras av en enskild som ett led i att denne gör gällande ett skadeståndsanspråk. Den har i sig såväl en preventiv som en reparativ funktion och tillgodoser indirekt ett allmänt intresse. Det är emellertid i första hand fråga om ett enskilt intresse som står mot ett annat enskilt intresse. Om man godtar ett så lågt beviskrav för en skyddsåtgärd inom ramen för en civilprocess finns det en risk för att man i åtskilliga situationer hamnar på en nivå som inte kan godtas av integritets- och rättssäkerhetsskäl.

Beviskravet när det gäller intrångsundersökningar är bl.a. av dessa integritets- och rättssäkerhetsskäl högre än vid Konkurrensverkets undersökningar. Beviskravet är att ”det skäligen kan antas” att någon har gjort ett intrång eller gjort sig skyldig till ett straffbart försök eller en straffbar förberedelse till intrång. Av samma skäl anser utredningen att beviskravet för en bevisundersökning bör vara lika högt som vid intrångsundersökning inom immaterialrättens område, låt vara att beviskravet är lägre vid Konkurrensverkets undersökningar. Således bör för att en domstol skall bifalla ett yrkande om bevisundersökning fordras att det *skäligen kan antas* att sökanden har lidit en skada som företaget är skyldigt att ersätta enligt KL.

6.3.5 Intresseavvägning

Utredningens förslag: Ett beslut om bevisundersökning får fattas endast om skälen för åtgärden uppväger den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den som drabbas av den eller för något annat motstående intresse.

En bevisundersökning är ett tvångsmedel. Den s.k. proportionalitetsprincipen, som bl.a. kommer till uttryck i 27 kap. 1 § tredje stycket och 28 kap. 3 a § RB, bör därför tillämpas vid prövningen av om åtgärden skall tillåtas. Detta innebär att en bevisundersök-

ning får tillgripas endast om åtgärden uppväger det intrång eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den som drabbas av den eller för något annat motstående intresse. I vissa fall bör domstolen kunna besluta om begränsande villkor för att proportionalitet skall råda mellan mål och medel. Proportionalitetsprincipen kan antas ha särskild betydelse när det gäller överskottsinformation. Att sådan information som inte har med undersökningen av den konkurrensrättsliga skadeståndsskyldigheten att göra kommer fram kan innebära påtagliga men för den som drabbas av undersökningen. Det gäller särskilt företagshemligheter och sådana uppgifter som omfattas av anonymitetsskyddet i den tryck- och yttrandefrihetsrättsliga lagstiftningen.

Samma ordning gäller beträffande intrångsundersökningar.

6.3.6 Ställande av säkerhet

Utredningens förslag: En förutsättning för att ett beslut om bevisundersökning skall meddelas är att sökanden ställer säkerhet för den skada som kan tillfogas motparten. Saknar sökanden förmåga att ställa säkerhet, får domstolen dock befria sökanden från detta.

Den som utsätts för en undersökning har rätt till ersättning för skada, om en skadeståndsskyldighet inte kan visas. Det är av stor betydelse att kunna garantera att motparten verkligen får den ersättning han eller hon är berättigad till. Sökanden bör därför vara skyldig att på förhand ställa säkerhet för vad han eller hon kan bli skyldig att betala. En motsvarande ordning gäller vid yrkande om kvarstad.¹⁸ En förutsättning för ett beslut om bevisundersökning bör således vara att sökanden ställer säkerhet för den skada som kan tillfogas motparten.

I likhet med vad som gäller vid kvarstad och intrångsundersökningar, bör det finnas en möjlighet att befria en part som inte förmår ställa säkerhet från denna skyldighet.

Samma ordning gäller beträffande intrångsundersökningar.

¹⁸ 15 kap. 6 § RB.

6.3.7 Uppgifter som skall anges i beslutet

Utredningens förslag: I ett beslut om bevisundersökning skall anges ändamålet med undersökningen och de handlingar som får eftersökas. Om det behövs, skall domstolen också förordna om andra villkor för verkställandet.

Handlingar

Beslutet bör innehålla sådana uppgifter att det framgår med vilka befogenheter bevisundersökningen får genomföras.

En undersökning syftar till att söka efter handlingar som kan ha betydelse för utredning om skadeståndsskyldigheten. Domstolens beslut bör inrymma vilket ändamålet med undersökningen skall vara, t.ex. eftersökning av handlingar med avseende på viss angiven överträdelse och/eller handlingar som kan antas ha betydelse som bevis för en utredning om skadeståndsskyldigheten.

För att bevisundersökningen inte skall bli mer omfattande än som är motiverat i varje enskilt fall bör i beslutet även närmare anges vilka handlingar som skall få eftersökas. Det är uppenbart att det inte är möjligt att alltid identifiera handlingarna i detalj. Domstolen bör dock sträva efter att uttrycka sig så preciserat som möjligt om vilka handlingar som får eftersökas. Det torde ofta vara nödvändigt att ange en handling som en viss typ eller kategori av handlingar vilken relateras till t.ex. affärstransaktioner avseende en misstänkt överträdelse. Parterna bör kunna medverka till att beslutet får en lämplig utformning.

Den omständigheten att domstolen har att ange vilka handlingar som får eftersökas innebär ett från integritets- och datasäkerhets-synpunkt viktigt skydd för uppgifter som finns lagrade i datorer. Om domstolen i sitt beslut om undersökningen har angett vilka handlingar som får eftersökas, får det till följd att kronofogdemyndigheten vid verkställigheten är förhindrad att leta efter andra handlingar.

Övriga villkor

Domstolen bör kunna förordna om även andra villkor som preciserar och begränsar befogenheterna vid undersökningen. I vissa fall kan ytterligare begränsande villkor behövas för att proportionalitet skall råda mellan mål och medel. Detta motsvarar vad som gäller för verkställighet av domstols beslut angående civilprocessuella säkerhetsåtgärder.¹⁹ Exempelvis kan domstolen ställa upp villkor till skydd för företagshemligheter.

Om domstolen beslutar om ytterligare villkor skall dessa självfallet tas in i beslutet.

6.3.8 Kommunicering med part

Utredningens förslag: Innan ett beslut om bevisundersökning meddelas skall motparten ha fått tillfälle att yttra sig. Domstolen får dock utan kommunicering meddela ett beslut som gäller till dess annat har beslutats, om det annars finns en risk att handlingar som har betydelse för utredningen om ersättningsanspråket skaffas undan, förstörs eller förvanskas.

Om beslutet fattas utan kommunicering skall beslutet sändas endast till sökanden. När undersökningen börjar skall den verkställande myndigheten överlämna ett exemplar av beslutet till den hos vilken undersökningen skall genomföras.

Även om bevisundersökning inte är någon säkerhetsåtgärd gäller behovet av skyndsamhet. En bevisundersökning kan därför jämföras med kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Ett domstolsbeslut i frågan måste således fattas snabbt. Ett beslut om bevisundersökning bör i princip inte meddelas utan att motparten har fått tillfälle att yttra sig. Att båda parter skall höras är en grundläggande regel i det svenska rättssystemet. Emellertid har man, i de fall det finns särskilda motiv för detta, gjort undantag från denna regel. Ett sådant undantag har gjorts i fråga om säkerhetsåtgärder. Sålunda får domstolen i ett ärende om kvarstad meddela ett interimistiskt beslut som gäller till dess annat förordnas.²⁰ Sådana interimistiska förordnanden är mycket vanliga i

¹⁹ Jfr 15 kap. 10 § RB och prop. 1980/81:84 s. 238–239.

²⁰ 15 kap. 5 § tredje stycket RB.

ärenden om kvarstad. Detta hindrar dock inte att utgångspunkten och huvudregeln är att motparten skall beredas tillfälle att yttra sig och att avsteg skall kunna motiveras av exempelvis fara i dröjsmål.

På motsvarande sätt som gäller för säkerhetsåtgärder bör det finnas en möjlighet att tillgripa en bevisundersökning utan att den som avses med undersökningen får reda på det i förväg. Föreligger fara för att undersökningen ointetgörs genom att handlingar skaffas undan, förstörs eller förvanskas om motparten får rätt att yttra sig över begäran om undersökning, bör ett beslut kunna meddelas utan att motparten har underrättats.

Efter en ändring den 1 juli 1998 får enligt 49 § KL ett beslut om undersökning meddelas utan att den som ansökan avser fått tillfälle att yttra sig, om det kan befaras att undersökningen annars skulle förlora i betydelse. Även vid intrångsundersökning får beslutet meddelas utan att den som ansökan avser fått tillfälle att yttra sig. Här gäller dock som förutsättning att ett dröjsmål skulle medföra risk för att föremål eller handlingar som har betydelse för utredning om intrånget skaffas undan, förstörs eller förvanskas.

Regeln om intrångsundersökning uttrycker väl hur den prövning som skall göras bör ske. En motsvarande regel bör gälla för bevisundersökning. Utredningen föreslår därför att ett beslut om bevisundersökning får meddelas utan kommunikering om det annars finns en risk att handlingar som har betydelse för utredningen om ersättningsanspråket skaffas undan, förstörs eller förvanskas. Vidare skall i ett sådant fall beslutet sändas endast till sökanden. När undersökningen börjar skall den verkställande myndigheten överlämna ett exemplar av beslutet till den hos vilken undersökningen skall genomföras.

Det undersökta företags intresse tillgodoses genom att det kan begära omprövning av beslutet hos domstolen, som då genast kan ta ställning till om beslutet skall bestå. Företaget kan då också aktualisera frågan om särskilda villkor, t.ex. till skydd för företagshemligheter.

Eftersom konkurrensmyndigheterna inte är inblandade i skadeståndsmålet, kan det för deras vidkommande inte ha någon betydelse om beslutet om bevisundersökning fattas innan svaranden har fått del av stämningsansökningen.

6.3.9 Tidsfrist för ansökan om verkställighet

Utredningens förslag: Ett beslut om bevisundersökning gäller omedelbart. Beslutet har en begränsad giltighetstid på två månader.

För att bevisundersökningen skall bli en effektiv åtgärd för att bekämpa överträdelser och utgöra ett hot mot sådana måste det vara möjligt för sökanden att utan dröjsmål få ett beslut om bevisundersökning verkställt. Ett beslut om bevisundersökning bör därför gälla omedelbart.

För den som blir föremål för ett beslut om bevisundersökning är det väsentligt att han inte under någon längre tid tvingas sväva i ovisshet om beslutet skall verkställas. Som ett skydd för den som avses med bevisundersökningen föreslår utredningen därför att ansökan om verkställighet skall göras inom två månader från beslutet. Därefter gäller inte beslutet längre. Vill sökanden utverka en undersökning efter att giltighetstiden gått ut får ett nytt yrkande framställas om det.

6.3.10 Kronofogdemyndigheten genomför undersökningen

Utredningens förslag: En bevisundersökning genomförs av kronofogdemyndigheten i Stockholm.

Kronofogdemyndigheten kan begära biträde vid bevisundersökningen av sakkunniga.

Motparten har rätt att tillkalla ett juridiskt biträde vid undersökningen.

Det undersökta företaget kan begära att frågan om vilka uppgifter som skall lämnas till sökanden skall prövas av domstolen.

Ansvarig myndighet

Bevisundersökningen blir liksom en intrångsundersökning en civilprocessuell tvångsåtgärd. Att låta rättighetshavaren själv göra undersökningen hos sin motpart ansågs vid införande av intrångsundersökning redan av detta skäl inte komma i fråga. En sådan ordning skulle inte heller ligga i sökandens intresse, eftersom den

skulle innebära att dokumentationen av vad som påträffas vid undersökningen skulle få ett lågt bevisvärde.

Möjligheten att utse en opartisk förrättningsman för att utföra undersökningen diskuterades också. Om motparten skulle motsätta sig undersökningen, skulle förrättningsmannen vara hänvisad till att begära hjälp av kronofogdemyndigheten. Man ansåg att en bättre ordning var att kronofogdemyndigheten själv ombesörjer undersökningen. Därigenom vann man också den fördelen att redan befintliga regler för verkställighet kunde tillämpas, t.ex. rätten att bereda sig tillträde till ifrågavarande lokaler (2 kap. 17 § utsökningsbalken). Därför infördes regler om att ett beslut om intrångsundersökning verkställs av kronofogdemyndigheten.

Genom en ändring den 1 juli 1998 koncentrerades handräckningen enligt KL till en enda kronofogdemyndighet, Kronofogdemyndigheten i Stockholm. Detta motiverades med att konkurrenslagstiftningen i många fall utgör ett komplicerat rättsområde där ledning i vissa fall bl.a. skall hämtas från EG-rätten. Det ansågs därför kunna uppstå problem för myndigheten att tillhandahålla erforderliga personalresurser vid den bestämda tidpunkten för undersökningen. Sådana undersökningar kunde också antas bli förhållandevis sällsynta, varför det kunde innebära problem för kronofogdemyndigheten att kontinuerligt upprätthålla en hög nivå på kunskaperna inom rättsområdet. Frågor om handräckning enligt 52 § KL handläggs således av Kronofogdemyndigheten i Stockholm. Av praktiska skäl ansågs det vara en fördel om myndigheten var belägen på samma ort som Konkurrensverket. Denna kronofogdemyndighet prövar också frågor som gäller handräckning enligt EES-avtalet och EG-reglerna (lagen 1994:1845 om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler). Även bevisundersökningar bör handläggas av Kronofogdemyndigheten i Stockholm.

Sakkunnigas medverkan

I många fall, och särskilt när handlingar som finns lagrade i datorer skall eftersökas, torde det vara en förutsättning för undersökningens effektiva genomförande att en sakkunnig kan anlitas. Myndigheten bör därför få anlita biträde av sakkunniga. Sådana sakkunniga skall naturligtvis vara oberoende experter och sålunda fristående från parterna. Det bör vara ytterst myndigheten som

skall besluta om vilka experter som skall vara sakkunniga biträden. Kronofogdemyndigheten måste således i varje enskilt fall göra en självständig prövning av expertens lämplighet och bl.a. beakta eventuella jävsproblem.

Motsvarande ordning till den här föreslagna gäller beträffande intrångsundersökning.

Motpartens rätt att tillkalla juridiskt biträde

Den som utsätts för intrångsundersökningen får tillkalla ett juridiskt biträde att närvara vid undersökningen. En sådan skyddsregel syftar till att den undersökta skall ges en särskild möjlighet att ta till vara sin rätt.

I avvaktan på att biträdet inställer sig får inte verkställigheten påbörjas. Detta gäller dock inte om intrångsundersökningen däri- genom onödigt fördröjs eller det finns en risk att ändamålet med åtgärden annars inte uppnås.

Enligt 52 § KL gäller delvis andra förutsättningar. När Konkursverket skall genomföra en undersökning har den hos vilken undersökningen skall genomföras rätt att tillkalla ett juridiskt biträde. I avvaktan på att ett sådant biträde inställer sig får inte undersökningen börja. Detta gäller dock inte, om undersökningen däri- genom onödigt fördröjs, eller om undersökningen har beslutats utan att kommunikering har skett med den som undersökningen avser (49 §). I avsnitt 9.2.2 föreslår utredningen att 52 § KL ändras så att den får samma innebörd som motsvarande bestämmelse för intrångsundersökning. Även vid bevisundersökning bör detta gälla.

Tillämpliga verkställighetsregler

De allmänna bestämmelserna om förfarandet vid verkställighet hos en kronofogdemyndighet finns i 1–3 kap. utsökningsbalken och dessa bestämmelser bör tillämpas även vid verkställighet av ett beslut om bevisundersökning.

I 4–15 kap. utsökningsbalken finns bestämmelser för sådan verkställighet som avser indrivning av fordringar. I 16 kap. utsökningsbalken finns bestämmelser om annan verkställighet. Bestämmelserna i 16 kap. 1–9 §§ gäller endast avhysning. Inte heller 16 kap. 10 § behöver vara tillämplig vid verkställighet av ett beslut om

bevisundersökning. I den paragrafen finns en behörighetsregel, men för bevisundersökning skall gälla en särskild behörighetsregel.

Enligt 16 kap. 11 § skall som huvudregel svaranden underrättas innan verkställighet som inte avser kvarstad eller annan säkerhetsåtgärd sker. Om saken är brådskande, får dock kronofogdemyndigheten genast vidta en behövlig åtgärd. En bevisundersökning kan inte anses vara en säkerhetsåtgärd, eftersom åtgärden inte syftar till att trygga en framtida verkställighet. Görs paragrafen omedelbart tillämplig kommer ett undantag från underrättelseskyldigheten endast att gälla fall där saken är brådskande. Även om man i detta uttryck bör läsa in även det fallet att "egendomen sticks undan eller saken eljest inte tål dröjsmål"²¹ finns det skäl att för bevisundersökningar välja en särskild lösning av kommuniceringsfrågan. Den bör gå ut på att sökandens motpart inte skall underrättas före verkställigheten i de fall där beslutet om bevisundersökning har tillkommit utan hans eller hennes hörande. Har beslutet om bevisundersökning tillkommit efter sökandens hörande bör dock sökanden underrättas före verkställigheten.

Kostnaderna för kronofogdemyndighetens verkställighet av en bevisundersökning bör enligt bestämmelserna i 17 kap. 1–5 §§ utsökningsbalken tas ut som förrättningskostnader i form av olika utsökningsavgifter. Sådana avgifter skall fullt ut motsvara de kostnader som myndigheten har för verkställigheten. Den som begär verkställighet av en undersökning, dvs. sökanden, ansvarar mot staten för dessa kostnader, vilka skall förskotteras om kronofogdemyndigheten begär det.²²

En princip i svensk utsökningsrätt är att verkställighet också av annat än det som avser betalningsskyldighet sker på motpartens bekostnad och att sökanden inte behöver framställa något yrkande om detta för att regeln skall tillämpas vid verkställigheten. Denna regel om att förrättningskostnaderna genast får tas ut hos motparten gäller emellertid inte för verkställighet av beslut om kvarstad eller andra säkerhetsåtgärder.²³ Skälet till detta är att det på detta stadium inte är klarlagt att sökanden har något anspråk mot svaranden. Ersättning för kostnaden kan emellertid tillerkännas käranden som en rättegångskostnad i det mål vari anspråket prövas. Eftersom ersättning för rättegångskostnad fullt ut skall motsvara kostnaden för bl.a. rättegångens förberedande och talans

²¹ Se prop. 1980/81:8 s. 796 f.

²² Jfr 17 kap. 2 och 5 §§ utsökningsbalken.

²³ 17 kap. 8 § första stycket utsökningsbalken.

utförande²⁴ innebär det att käranden har rätt att yrka ersättning också för kostnaderna för verkställigheten av beslutet om bevisundersökning.

Eftersom en bevisundersökning genomförs på ett stadium då det inte är klarlagt att sökanden har något anspråk på motparten, bör samma principer som vid kvarstad och andra säkerhetsåtgärder gälla. Av den anledningen bör av reglerna i 17 kap. utsökningsbalken endast bestämmelserna om sökandens ansvar för kostnaderna vara tillämpliga vid verkställighet av ett beslut om bevisundersökning. Även om det med hänsyn till naturen hos den verkställighet som kan komma i fråga knappast kan bli aktuellt med något överklagande av ett beslut som kronofogdemyndigheten fattar vid verkställigheten av ett beslut om bevisundersökning bör en hänvisning göras även till reglerna i 18 kap. utsökningsbalken.

Utöver 1–3 kap., 17 kap. 1–5 §§ samt 18 kap. utsökningsbalken bör vissa bestämmelser i utsökningsförordningen (1989:981) vara tillämpliga vid verkställigheten. Det gäller regler om ansökan, protokoll över förrättning, m.m.

Dokumentation m.m.

Kronofogdemyndigheten bör inte ha befogenhet att avlägsna några originalhandlingar från de lokaler som undersöks. Detta skulle medföra alltför stor risk för skada för den som drabbas av åtgärden.

Vid förrättningen bör kronofogdemyndigheten ha rätt att ta kopior av och göra utdrag ur handlingar. Kronofogdemyndigheten skall föra ett protokoll över vad som kommer fram vid verkställigheten och därvid förteckna de kopior eller utdrag av handlingar som görs. Protokollet måste färdigställas omedelbart i samband med undersökningens avslutande för att snarast kunna vara tillgängligt för parterna i ärendet om bevisundersökningen. Regler härom finns i 3 kap. utsökningsförordningen (1981:981), som bör vara tillämplig för bevisundersökning. När protokollet är färdigställt skall verkställigheten anses avslutad.

Liksom beträffande intrångsundersökning är det inte motiverat att den som är föremål för en bevisundersökning åläggs en skyldighet att ställa fotokopieringsmaskiner eller annan utrustning till förfogande. Samma ordning gäller även vid Konkurrensverkets undersökningar.

²⁴ 18 kap. 8 § RB.

Utredningen föreslår att materialet – förutom att det förtecknas i protokollet och det därmed blir känt vad som kopierats etc. – skall förvaras hos kronofogdemyndigheten och där hållas tillgängligt för båda parter.

Detta gäller beträffande intrångsundersökning.

Sekretessfrågor

Genomförandet av en undersökning kan innebära att kronofogdemyndigheten får information som inte har samband med det ersättningsanspråk som har föranlett undersökningen. Sådan information kan t.ex. röra affärs- och driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som denne håller hemliga och vars röjande skulle medföra skada för honom. Det kan inte heller uteslutas att vid en undersökning uppgifter om någon enskilds personliga förhållanden kan bli tillgängliga för myndigheten.

Enligt 9 kap. 19 § sekretesslagen (1980:100) gäller sekretess inom exekutionsväsendet i mål eller ärende angående utsökning och indrivning samt i verksamhet enligt lagen (1986:436) om näringsförbud, för uppgift om enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att den enskilde eller någon honom närstående lider skada eller men. Sekretessen gäller dock inte uppgift om förpliktelse som avses med den sökta verkställigheten

- i ett pågående mål, eller
- i ett avslutat mål, om verkställighet för annan förpliktelse söks inom två år eller om verkställighet tidigare sökts och uppgiften inte är äldre än två år.

Sekretess gäller inte heller beslut i ett mål eller ärende.

Vad det gäller ekonomiska förhållanden torde man kunna utgå från att skaderekvisitet är uppfyllt om t.ex. affärsuppgörelser av betydelse, affärsförbindelser eller investeringsplaner röjs. Det samma torde gälla om informationen rör sådana kvalificerade uppgifter om affärs- eller driftförhållanden att de kan betecknas som företagshemligheter.

Att sekretessen skall iaktas av den som är anställd hos kronofogdemyndigheten framgår av 1 kap. 6 § sekretesslagen. Vad gäller då beträffande sådana utomstående sakkunniga som myndigheten får anlita för att genomföra en undersökning? Det nämnda lag-

rummet i sekretesslagen anger att en person som på grund av ett uppdrag hos myndigheten för det allmännas räkning deltar eller har deltagit i myndighetens verksamhet och därvid fått kännedom om uppgiften skall iaktta sekretess. Sekretesslagen är därför tillämplig på sådana personer som har uppdrag hos en myndighet och som har en sådan anknytning till myndigheten att de kan sägas delta i verksamheten. Huruvida uppdraget är författningsreglerat eller rent civilrättsligt baserat anses vara utan betydelse. I allmänhet kan man också anta att en uppdragstagare har den behövliga anknytningen till en viss myndighet, om den uppgift som han skall utföra vanligen skall fullgöras av en tjänsteman eller någon annan befattningshavare vid myndigheten eller i varje fall naturligen skulle kunna handhas av en sådan befattningshavare. En sakkunnig som anlitas för att biträda vid undersökningen kan knappast anses handla i eget namn och utåt framstå som utrustad med egen kompetens. Han får i stället anses utföra en uppgift som naturligen skall kunna handhas av myndighetens tjänstemän.

Mot denna bakgrund torde det inte behövas några särskilda regler om tystnadsplikt för utomstående sakkunniga som deltar i undersökningen.

En särskild fråga gäller risken för att annan känslig information hos det undersökta företaget än sådan som rör skadeståndsskyldigheten kommer till sökandens kännedom. För att risken skall motverkas är det viktigt att sökanden i sin ansökan noga preciserar vad som skall eftersökas vid bevisundersökningen. Då kan domstolen utfärda tydliga beslut så att kronofogdemyndigheten vet vad den skall eftersöka hos företaget.

Syftet med bevisundersökning är ju att bevisning skall säkras som sökanden har nytta av för att kunna göra ett skadeståndsanspråk gällande mot det undersökta företaget. Allt bevismaterial som omhändertas av kronofogdemyndigheten och som ligger inom ramen för bevisundersökningen skall självklart hållas tillgängligt för sökanden. Det är ju själva poängen med undersökningen. Det är däremot inte meningen att annan information skall kopieras och hamna i kronofogdemyndighetens akt.

Om kronofogdemyndigheten kopierar endast sådana uppgifter som hör till undersökningens föremål uppstår inga problem. Undersökningen kommer dock många gånger att kräva en del efterarbete för att närmare analysera vad undersökningen har gett för resultat. Samma handling kan dessutom innehålla både uppgifter rörande skadeståndsskyldigheten och uppgifter rörande helt

andra förhållanden som behandlar affärshemligheter. De handlingar som myndigheten tar med sig blir inkomna handlingar hos myndigheten och utgör därmed allmänna handlingar. Att begränsa verkställigheten så att den omfattar exakt det som rör föremålet för undersökningen men inget mer kan vara svårt, visar erfarenheterna från intrångsundersökningar inom immaterialrätten.

Sådan känslig information utöver föremålet för undersökningen som hamnar i akten bör naturligtvis inte komma sökanden till del. Att ”fel” uppgifter lämnas ut kan undvikas genom att de uppgifter som inte överensstämmer med föremålet för bevisundersökningen helt enkelt hålls åtskilda i akten från de uppgifter som sökanden har rätt att få del av. De handlingar som vid en genomgång av materialet hos kronofogdemyndigheten visar sig falla utanför föremålet för bevisundersökningen skall inte utlämnas till sökanden, under förutsättning att det rör uppgifter om ekonomiska förhållanden och om det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att den enskilde eller någon honom närstående lider skada eller men (jfr 9 kap. 19 § sekretesslagen ovan).

Som en rättsskyddsgaranti för det undersökta företaget bör gälla att kronofogdemyndigheten skall låta det undersökta företaget ta del av myndighetens bedömning av vilka uppgifter som kan lämnas ut till sökanden. Fråga bör också kunna hänskjutas till den domstol som meddelat beslutet om undersökningen, om inte det undersökta företaget nöjer sig med kronofogdemyndighetens bedömning. Den fördröjning som överprövningen kan leda till torde väl kunna motiveras av företagets behov av att kunna få rimliga rätts-säkerhetsgarantier för att inte ”fel” uppgifter kommer i orätta händer.

Samma förfarande som det nu beskrivna tillämpas redan i dag vid Konkurrensverkets undersökningar, när tvist uppkommer beträffande frågan om en uppgift omfattas av advokats tystnadsplikt (54 § KL). Om Konkurrensverket i en sådan situation anser att handlingen bör undersökas, skall den omedelbart förseglas. Den skall därefter skyndsamt överlämnas till Stockholms tingsrätt. Tingsrätten skall utan dröjsmål pröva om handlingen omfattas av advokats tystnadsplikt. (En motsvarande regel föreslås ovan för bevisundersökning, varvid den domstol som meddelat beslutet om bevisundersökningen får pröva om handlingen skall omfattas av undersökningen eller inte).

Sammanfattningsvis åstadkommer man ett adekvat skydd för företagshemligheter om domstolen utifrån en intresseavvägning

med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet avgör om en bevisundersökning skall tillåtas och, för det fall bevisundersökning beviljas, anger de villkor och begränsningar som skall gälla för denna. För uppgifter om enskilda i ärenden om bevisundersökning hos domstol kommer sekretess att gälla enligt de allmänna reglerna om sekretess hos domstol.²⁵ Dessa regler innebär enligt utredningens uppfattning en rimlig avvägning mellan offentlighets- och sekretessskyddsintressena i sådana ärenden.

En sådan intresseavvägning har legat till grund för den ordning som gäller vid intrångsundersökning.

²⁵ Se främst 8 kap. 17 § och 12 kap. sekretesslagen.

7 Materiella skillnader mellan KL och EG-rätten

7.1 En jämförelse mellan de materiella bestämmelserna i KL och EG-rätten

Inledning

KL:s ändamål är att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter. EG:s konkurrensrätt har – förutom detta ändamål – till syfte även att främja integrationen mellan medlemsstaterna. En grundläggande skillnad mellan de materiella reglerna i KL respektive EG-fördraget är också att ett ingripande enligt EG-rätten förutsätter att handeln mellan medlemsstaterna påverkas. Samhandelskriteriet har emellertid tolkats vidsträckt; det räcker att påverkan på samhandeln är indirekt eller potentiell.

Av KL:s förarbeten framgår att avsikten var att lagen i materiellt hänseende skulle likna EG-rättens konkurrensregler så mycket som möjligt, utom i fråga om samhandelskriteriet. Förbudsbestämmelserna i 6 och 19 §§ KL bygger också helt på förbuden i artiklarna 81.1 och 82 i EG-fördraget. Motsvarande gäller bestämmelsen om undantag i 8 § KL, som bygger på fördragets artikel 81.3. De gruppundantagsförordningar som har utfärdats med stöd av KL har i stor utsträckning förebilder i EG-rätten.¹ Bestämmelsen i 7 § KL om civilrättslig ogiltighet överensstämmer med artikel 81.2 i EG-fördraget. KL:s materiella regler tolkas också mot bakgrund av den rättspraxis som har utvecklats i EG:s domstolar.

Det finns emellertid även vissa materiella skillnader mellan regelsystemen. Dessa redovisas i det följande.

¹ Utredningen föreslår att de svenska gruppundantagen till följd av moderniseringsreformen skall slopas, se Reformerad konkurrensövervakning, SOU 2003:73, s. 139 ff.

Arbetsrätt

Konkurrenslagstiftningen i Sverige har ända sedan 1953 haft särskilda regler för förhållandet mellan konkurrensrätten och arbetsrätten. I 1953 års konkurrensbegränsningslag fanns en bestämmelse som angav att lagen inte skulle tillämpas på överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön och andra anställningsvillkor.

Vid KL:s tillkomst infördes en bestämmelse i 2 § KL, som stadgar att lagen inte tillämpas på överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön eller andra anställningsvillkor. Någon motsvarande uttrycklig bestämmelse finns inte i EG-rätten. Däremot finns domstolspraxis som, enligt utredningens och regeringens bedömning i ett tidigare lagstiftningsarbete, synes ligga i linje med den svenska bestämmelsen.²

Lantbruk

Bakgrunden till det s.k. legalundantaget för lantbruket i KL (jordbruk, trädgårdsnäring och skogsbruk) kan beskrivas enligt följande. I förarbetena³ till KL konstaterades beträffande jordbruket att nuvarande artikel 81.1 i EG-fördraget inte tillämpas fullt ut på jordbruksområdet. Frågan om konsekvenserna på jordbruksområdet av en anslutning till unionen skulle därför prövas i särskild ordning vid ett eventuellt medlemskap i unionen. Några särskilda begränsningar vad gällde tillämpningen av KL på jordbrukets område föreslogs inte.

Sedan KL antagits, fann Konkurrensverket efter en närmare prövning av förhållandena på berörda marknader att lagens bestämmelser knappast lämnade utrymme för att meddela undantag för den samverkan som inom primärföreningar bedrevs mellan enskilda jordbrukare och andra råvaruproducenter. Detta gällde särskilt med avseende på den prissamverkan som förekom inom lantbrukets föreningsrörelse. Verket förordade därför i en skrivelse till regeringen hösten 1993, med hänvisning till statsmakternas intentioner inom lantbruksektorn, att vissa slag av samverkan mellan jordbrukare och andra råvaruproducenter inom jordbruket skulle undantas från förbudet i 6 § KL. Verkets uppfattning var vidare att

² Prop. 1999/2000:140 s. 178.

³ Prop. 1992/93:56 s. 22.

de strukturella frågor som rörde jordbruket skulle övervägas inom ramen för en jordbrukspolitisk översyn inför ett medlemskap i EU under år 1995.

Efter utredning inom regeringskansliet, remiss av denna och proposition från regeringen beslöt riksdagen våren 1994 om ändringar i KL, som bl.a. innebar att det nämnda legalundantaget i 18 a–c §§ infördes från den 1 juli samma år.

De särskilda förhållandena i Sverige föranledde att även skogsbruket, som i EU låg utanför den gemensamma jordbrukspolitiken, inbegreps i legalundantaget. I förarbetena⁴ uttalades att det även i fråga om skogsbruket var fråga om en biologisk produktion med en stor geografisk bundenhet och spridning, låt vara att förhållandena skiljde sig från dem som gällde för jordbruket. De enskilda medlemmarna i föreningarna på skogsbrukets område var ofta mindre skogsägare. De kunde också vara jordbrukare som var medlemmar i en eller flera föreningar på jordbrukets område. Det ansågs därför vara motiverat att samma konkurrensregler skulle gälla för dessa föreningar som för lantbruket i övrigt.

Legalundantaget avser viss samverkan inom en primär lantbruksförening. Andra samarbetsformer inom lantbrukskooperationen såsom s.k. federativ samverkan, varmed avses samverkan mellan primärföreningar, omfattas inte av legalundantaget. Det innebär att undantag för sådant samarbete, i den mån det omfattas av förbudet enligt 6 §, får prövas individuellt enligt reglerna om detta i KL.

En särskild form av samverkan utanför legalundantaget bedrivs vidare inom förhandlingsorganisationer, där samverkan sker för prissförhandlingar beträffande särskilda produkter med en eller flera stora köpare. Förhandlingsdelegationerna behandlades särskilt i förarbetena⁵ där det angavs att dessa organisationer föll utanför undantagsbestämmelserna. Denna fråga föranledde således ingen annan bedömning än den som gjordes beträffande federativ samverkan. EG-rättens stränga syn på prissamverkan, både vad gäller EG-fördragets artikel 81 och den gränsdragning mellan jordbruks- och konkurrensrätten som framgår av förordning 26/62, kom att återspeglas genom begränsningar i legalundantaget vad gäller prissamverkan. Särskilda regler om medlems fria rörlighet på lantbrukets område infördes också.

Reglerna ändrades från och med den 1 januari 2001. Ändringarna innebär att en primärförenings prissättning när den svarar för

⁴ Prop. 1993/94:210 s. 38.

⁵ Prop. 1993/94:210 s. 49 f.

försäljningen av varor som i någon mening är inlevererade till föreningen faller utanför förbudet i 6 § KL. Det ansågs dock alltjämt sakligt motiverat att förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 6 § KL skulle gälla föreningens prissättning när en medlem själv säljer direkt till tredje man.

Vidare uttalades att de skäl för att låta legalundantaget för lantbruket omfatta skogen som åberopades när undantaget infördes fortfarande hade tyngd. Någon ändring föreslogs därför inte. I sammanhanget uttalade regeringen följande:

Det kan på skogsbrukets område förekomma kooperativa verksamheter av betydande storlek. Beträffande sådan verksamhet bör legalundantagets skyddsverkan och därmed betydelse inte överskattas. Såsom flera remissinstanser pekat på kan just i fråga om skogsbruket samhandeln vara berörd och EG-rättens förbudsregler på konkurrensområdet tillämpliga. Regeringens förslag att Konkurrensverket skall ges behörighet att tillämpa EG:s konkurrensregler, se avsnitt 8, får i detta sammanhang särskild betydelse. För det fall att en primärförening har en stark marknadsställning och samarbetet inom föreningen har påverkan på handeln mellan medlemsstater kan liksom idag en tillämpning av EG-reglerna komma i fråga, särskilt om samarbetet exempelvis omfattar prissamarbete. Med en nationell behörighet att tillämpa EG-reglerna kan, som en remissinstans påpekat, tillämpningen av EG-reglerna dessutom förväntas bli vanligare än för närvarande. De nationella reglerna får inte tillämpas i ett enskilt fall på ett sätt som strider mot den fulla och enhetliga tillämpningen av EG-rätten. EG-reglerna saknar särskilda undantagsregler för samarbete i fråga om skogsprodukter. Risken med att enbart förlita sig på det svenska regelverket accentueras genom att samma myndighet uttryckligen och på ett direkt sätt nu kommer att tillämpa båda regelverken. En tillämpning av det svenska legalundantaget kan ske så långt det kan anses förenligt med EG-rätten. Ytterst skulle detta kunna komma att prövas av EG-domstolen.

Vid en samlad bedömning finner regeringen att det inte föreligger nog starka skäl för att i denna situation föreslå att det tidigare riksdagsbeslutet omprövas så att legalundantaget skulle slopas i fråga om skogsprodukter.⁶

⁶ Prop. 1999/2000:140 s. 242.

Tryckfrihetens område

I tidigare lagstiftningsärenden har pekats på att en ytterligare skillnad mellan den svenska rätten och EG-rätten kan föreligga i fråga om förfaranden som i Sverige skyddas enligt tryckfrihetsförordningen och därför inte kan angripas med stöd av KL.⁷ Som exempel kan nämnas att en tidning vägrar att ta in en viss annons. Det är ovisst om det finns något motsvarande tryckfrihetsrättsligt skydd i EG-rätten.

En konsekvens av principen om EG-rättens företräde är att svensk rätt inte kan hindra att EG-rätten tillämpas och det gäller även om ett ifrågasatt förfarande skulle vara skyddat i Sverige inte enbart genom vanlig lag utan genom grundlag.

En annonsvägran som skyddas av svensk grundlag kan enligt svensk rättspraxis inte angripas med stöd av KL, eftersom grundlag har företräde framför svensk lag. En sådan vägran kan dock eventuellt angripas med tillämpning av artikel 82.

Taxi

Från och med den 1 januari 2001 infördes regler i KL om undantag för viss taxisamverkan mellan taxiföretag (som omfattar högst 40 bilar). Regeringen framhöll i sammanhanget⁸ följande.

Vad det handlar om är införandet av regler där intresset av konkurrens så långt möjligt kan förenas med intresset av tillgång till taxiservice på orter främst i glesbygd där förutsättningarna för konkurrens är svaga. Det finns därtill ett behov av klarhet om vilka regler som näringen har att följa. I Sverige, till skillnad från i de allra flesta medlemsstaterna i EU, är taximarknaden avreglerad. Där taximarknaderna är reglerade får övergripande konkurrensregler mycket liten betydelse. I Sverige, där KL tillämpas till följd av att marknaden är avreglerad, motsvarar den materiella förbudsregeln i 6 § KL i huvudsak artikel 81.1 i EG-fördraget, med undantag för det samhandelsrekvisit som uppställs i artikel 81.1. Detta får till följd att 6 § KL gäller även samarbete på mycket lokala marknader i mindre tätbefolkade områden, om samarbetet kan anses märkbart konkurrensbegränsande.

För de enskilda små företag det här uppenbarligen är fråga om torde stora svårigheter föreligga att avgöra huruvida samarbetet är konkurrensbegränsande i KL:s mening.

⁷ Prop. 1997/98:130 s. 42 f. och prop. 1999/2000:140 s. 179. Se även betänkandet Ytrandefriheten och konkurrensen (SOU 1999:30).

⁸ I prop. 1999/2000:140 s. 218 f.

Enligt regeringens uppfattning är det av regional- och småföretagspolitiska skäl angeläget att taxiverksamhet i glesbygd och på mindre orter kan bedrivas inom ramen för ett regelsystem som tar hänsyn till att de särskilda förutsättningarna för sådan verksamhet under vissa förhållanden kräver samarbete om taxiservice skall kunna tillhandahållas.

Även med beaktande av det pågående arbetet inom EU blir slutsatsen därför att övervägande skäl talar för att nu föreslå särskilda regler, av det nämnda slaget, på konkurrensrättens område för viss taxisamverkan.

Reglerna om undantag för taxisamverkan torde mera sällan kunna beröra samhandeln inom EU.

7.2 Utredningens överväganden och bedömning

Utredningens bedömning: Det finns inte tillräckliga skäl att utjämna de materiella skillnader som finns mellan konkurrenslagen och EG-rätten.

Utredningen har analyserat de materiella skillnader som finns mellan KL och EG-rätten. Utredningen har kommit fram till att det i anledning av den s.k. moderniseringsreformen (se utredningens delbetänkande Reformerad konkurrensövervakning, SOU 2003:73) knappast krävs att alla skillnader mellan KL och EG-rätten tas bort. De svenska särlösningar som finns inom olika områden av den svenska konkurrenslagstiftningen är resultatet av ingående politiska överväganden och ställningstaganden. Utredningen ser visserligen som sin uppgift att verka för att skillnaderna mellan rättssystemen utjämnas. Särskilt mot bakgrund av EG-rättens allt mer framträdande roll är det angeläget att svenska regler inte ger intrycket att de tillåter vad som är tveksamt från EG-rättslig synpunkt. Beträffande de frågor som behandlas i detta avsnitt anser utredningen dock – mot bakgrund av de överväganden som ligger bakom de svenska reglerna – att det inte finns tillräckliga skäl för att nu föreslå ändringar i KL.

8 Konkurrensskadeavgift och koncernförhållanden

8.1 Gällande rätt

8.1.1 Konkurrenslagen

Förutsättningar för att döma ut konkurrensskadeavgift

Av 26 § KL framgår att Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket får besluta att ett företag skall betala konkurrensskadeavgift om företaget eller någon som handlar på företagets vägnar uppsåtligt eller av oaktsamhet har överträtt förbuden i 6 § (förbud mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag) eller 19 § (förbud mot missbruk av dominerande ställning). Det samma gäller vid överträdelser av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.¹

Bedrivs verksamheten av en fysisk person, skall den person som drev rörelsen när överträdelsen begicks svara för avgiften. Om verksamheten bedrivs av en juridisk person, följer ansvaret för konkurrensskadeavgift den juridiska personen. Överlåter en juridisk person den rörelsegen i vilken överträdelsen skett, stannar ansvaret kvar hos den juridiska personen.

Ett moderbolag och ett dotterbolag utgör normalt en och samma ekonomiska enhet.² Moderbolaget kan därför i allmänhet anses ansvarigt för dotterbolagets agerande. En talan om konkurrensskadeavgift för dotterbolagets överträdelser kan – liksom enligt EG-rätten – riktas mot moderbolaget.³

¹ Se 2 § 1994 års lag. Utredningen har i delbetänkandet Reformerad konkurrensövervakning (SOU 2003:73) föreslagit den lagtekniska förändringen att artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget skall läggas till uppräknningen i 26 § KL.

² Beträffande innebörden av begreppet, se avsnitt 3.

³ MD 2001:30, Telia./Konkurrensverket (dom den 2001-12-19).

Konkurrensskadeavgiftens storlek

Av 27 § första stycket KL framgår att konkurrensskadeavgiften skall fastställas till lägst fem tusen kronor och högst fem miljoner kronor eller till ett högre belopp, vilket dock inte får överstiga 10 procent av företagets omsättning.

Av paragrafens andra stycke framgår att, om talan riktas mot flera företag, avgiften skall fastställas särskilt för varje företag. Avgiften skall spegla de olika företagens delaktighet i överträdelsen och bör inte fastställas så högt att företaget riskerar konkurs.⁴

I 28 och 28 a §§ KL, som fick sin nuvarande utformning genom en lagändring år 2002, finns bestämmelser om vilka omständigheter som särskilt skall beaktas vid bestämmande av konkurrensskadeavgiftens storlek. Av ett tidigare motivuttalande framgår att bestämmelserna uttömmade reglerar vilka hänsyn som skall tas när avgiften fastställs.⁵ Enligt 28 § KL skall hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är, hur länge den pågått, och andra försvårande eller förmildrande omständigheter av betydelse för att bedöma överträdelsen. I ringa fall skall ingen avgift påföras. I 28 a § KL anges omständigheter hänförliga till företaget i fråga som medför att konkurrensskadeavgiften får fastställas till ett lägre eller högre belopp än vad som bort ske med tillämpning av 28 § KL. Avgiften får sättas lägre om företaget i väsentlig mån har underlättat utredningen av den egna eller andras medverkan i överträdelsen eller om det föreligger andra särskilda skäl som hänför sig till företaget. Avgiften får sättas högre om företaget tidigare har överträtt förbud enligt KL.

Avgiften skall enligt motiven⁶ bestämmas på ett sådant sätt att den verkar avhållande på företaget i fråga och avskräckande på andra företag. Avgörande för hur allvarlig en överträdelse skall anses vara är de konkurrensskadliga effekternas omfattning. Det kan gälla att bedöma såväl den på längre sikt prishöjande effekten av ett visst handlande som mer direkta ekonomiska skador som åsamkas andra företag. Ytterligare omständigheter av vikt är enligt förarbetsuttalandena den allmänna marknadsbilden, ekonomiskt utbyte, betydelsen av den vara eller tjänst som konkurrensbegränsningen avser och företagets marknadsandel. När ett förbudet förfarande är resultatet av marknadsstyrka hos företag med domi-

⁴ Prop. 1992/93:56 s. 93.

⁵ Prop. 1999/2000:140 s. 253.

⁶ Prop. 1992/93:56 s. 93.

nerande ställning är det särskilt befogat att konkurrensskadeavgiften får en ingripande karaktär. Även frågan om överträdelsen har skett uppsåtligen eller av oaktsamhet har betydelse liksom om företaget tidigare gjort sig skyldigt till andra eller liknande överträdelser.⁷

I författningskommentaren till 27 § KL⁸ finns ett uttalande som rör omständigheter att beakta när konkurrensskadeavgiftens belopp fastställs. Enligt uttalandet skall endast det berörda företags omsättning beaktas när avgiften bestäms. Vidare sägs att det alltså inte som inom EG finns möjlighet att utgå från en hel koncerns omsättning vid beräkning av ”böter” för ett koncernföretag.

Med verkan från den 1 juli 2002 infördes ett program med nya regler om nedsättning och eftergift av konkurrensskadeavgift, se 28 a–c §§ KL. Programmet syftar till att ge deltagare i hemliga karteller incitament att avslöja kartellen, att underlätta för konkurrensmyndigheten att utreda karteller och att motverka att karteller bildas.⁹

Hittills har konkurrensskadeavgift dömts ut i fem mål, såvitt avser överträdelser av 6 § KL, varvid den utdömda konkurrensskadeavgiften uppgått till mellan 10 000 och 52 miljoner kr. I det mål som har föranlett den högsta konkurrensskadeavgiften hittills (52 miljoner) har Stockholms tingsrätts dom överklagats av såväl de berörda bolagen som Konkurrensverket. Därtill kommer ett mål som rör påstådd kartellsamverkan vid anbud för asfaltsentreprenader, där Konkurrensverket yrkat drygt 1,6 miljarder kr i konkurrensskadeavgift. Konkurrensskadeavgift har vidare dömts ut i sex mål, såvitt avser överträdelser av 19 § KL, varvid den utdömda konkurrensskadeavgiften uppgått till mellan 5 000 och 8 miljoner kr.

⁷ I MD 2003:2, Uponor./. Konkurrensverket (dom den 2003-01-24) gjorde inte Konkurrensverket gällande att ”samarbetet gav något resultat”. Domstolen uttalade att det var tillräckligt att avtalet haft ett konkurrensbegränsande syfte, vilket domstolen ansåg var uppenbart. Domstolen ansåg att företagets överträdelse skett uppsåtligen och att förutsättningar förelåg att ålägga företaget att betala konkurrensskadeavgift.

⁸ Prop. 1992/93:56 s. 92.

⁹ Se prop. 2001/02:167.

Immunitet mot konkurrensskadeavgift

Av 29 § KL framgår att konkurrensskadeavgift inte kan dömas ut för åtgärder som vidtas under prövningen av en anmälan enligt 9 § om undantag eller en ansökan enligt 20 § om icke-ingripandebesked, under förutsättning att åtgärderna ligger inom ramen för den verksamhet som beskrivs i anmälan. Konkurrensverket har emellertid enligt bestämmelsen i andra stycket möjlighet att häva immuniteten i uppenbara fall.

Utredningen har i delbetänkandet Reformerad konkurrensövervakning (SOU 2003:73) föreslagit att reglerna skall upphävas, eftersom systemet med anmälningar om undantag och ansökningar om icke-ingripandebesked föreslås slopas.

8.1.2 Sanktioner enligt EG-rätten*Böter*

Gällande regler om böter finns i artikel 15 i förordning 17/62. Kommissionen kan ålägga företag eller företagssammanslutningar böter dels vid överträdelse av procedurregler (artikel 15.1), dels vid överträdelse av materiella regler (artikel 15.2).

Motsvarande regler finns i artikel 23 i rådsförordning 1/2003. Förordningen börjar tillämpas den 1 maj 2004.

Överträdelser av materiella regler

Bestämmelserna om överträdelser av materiella regler innebär att företag kan bli bötfällda vid överträdelse av bestämmelserna i artiklarna 81.1 och 82 i EG-fördraget. Motsvarande gäller om företag åsidosätter ett åläggande som har beslutats i samband med att kommissionen beslutat om undantag enligt artikel 81.3 i fördraget. I praktiken har kommissionen ålagt företag böter endast för överträdelser av bestämmelserna i artiklarna 81.1 och 82.

Varje företag som har deltagit i ett förbjudet förfarande kan ådömas böter. Bedrivs verksamheten av en fysisk person, skall den person som drev rörelsen när överträdelsen begicks svara för avgiften. Om verksamheten bedrivs av en juridisk person, följer ansvaret för böter den juridiska personen. Överlåter en juridisk person den rörelsegren i vilken överträdelsen skett, stannar

ansvaret kvar hos den juridiska personen. För att böter skall kunna åläggas krävs att överträdelsen skett av oaktsamhet eller uppsåtligt.

Inom EG-rätten torde det föreligga en presumtion för att ett moderbolag har kontroll över ett helägt dotterbolags agerande. Det innebär att en talan om böter för dotterbolagets överträdelser kan riktas mot moderbolaget. Det är också möjligt att ålägga både moderbolaget och dotterbolaget böter.

Vid fastställande av böter för sammanslutningar av företag, t.ex. branchföreningar, beräknas böterna på grundval av den omsättning de företag som ingår i sammanlutningen har. Ett beslut kan riktas till medlemsföretagen eller enbart till föreningen.

Enligt artikel 15.4 i förordning 17/62 har beslut om böter med stöd av artikeln inte straffrättslig karaktär. Detsamma följer av artikel 23.5 i förordning 1/2003, som börjar gälla den 1 maj 2004.

Storleken på böter

Bötesbeloppen kan variera mellan ettusen och en miljon euro eller högst tio procent av föregående års omsättning för varje inblandat företag.

Kommissionen ålade år 1969 för första gången företag böter för överträdelse av materiella konkurrensregler. Sedan dess har kommissionen fattat ett stort antal beslut om böter. Beloppen har under årens lopp kommit att öka betydligt. Under senare år har det förekommit bötesbelopp som uppgått till flera hundra miljoner euro. Det har då rört sig om omfattande karteller med stora internationella företag inblandade.

Spännvidden är stor mellan det lägsta och det högsta bötesbelopp som kan dömas ut enligt artikeln. Det finns följaktligen ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar. Kommissionen publicerade år 1998 riktlinjer för beräkning av böter. Den beräkningsmetod som redovisas bygger på att ett grundbelopp fastställs. Beloppet kan sedan ökas vid försvårande omständigheter och minskas vid förmildrande omständigheter. Grundbeloppet fastställs med utgångspunkt från överträdelsens allvar och varaktighet. Riktlinjerna innehåller inga uppgifter om på vilken omsättning taket för böter skall räknas i koncernförhållanden.

I rättsfallet *SA Musique Diffusion Française m.fl. mot Kommissionen ("Pioneer")*¹⁰ gjorde EG-domstolen vägledande uttalanden angående beräkningen av böter.

Domstolen erinrade om att kommissionen får ålägga böter om lägst tusen och högst en miljon beräkningsenheter, eller ett högre belopp som dock inte får överstiga 10 procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som har deltagit i överträdelsen. Vid fastställandet av bötesbeloppet inom dessa gränser skall, enligt bestämmelsen, hänsyn tas till både hur allvarlig överträdelsen varit och hur länge den pågått.¹¹

Domstolen uttalade att den enda uttryckliga hänvisningen till företagets omsättning rör den övre gränsen för böter som överstiger en miljon beräkningsenheter. I ett sådant fall syftar denna gräns till att förhindra att böterna är orimliga i förhållande till företagets storlek. Eftersom det faktiskt endast är den totala omsättningen som effektivt kan ge en ungefärlig antydning i detta hänseende, måste den ovannämnda procentsatsen tolkas så, att den hänvisar till den totala omsättningen.¹²

Vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är måste enligt domstolen hänsyn tas till en rad faktorer, vars slag och betydelse varierar allt efter överträdelsen i fråga och de särskilda omständigheterna i fallet. Till dessa faktorer hör, allt efter omständigheterna, volymen av och värdet på de varor som överträdelsen gäller samt företagets storlek och ekonomiska styrka och, följaktligen, det inflytande som det kunde utöva på marknaden.¹³

Av detta följer, å ena sidan, att det vid fastställandet av böterna är tillåtet att ta hänsyn till såväl företagets totala omsättning, vilken ger en antydning, om än ungefärlig och ofullständig, om företagets storlek och ekonomiska styrka, som den del av denna omsättning som härrör från de varor som är föremål för överträdelsen, och som därmed kan ge en antydning om denna överträdelsens omfattning. Å andra sidan framgår härav att varken den ena eller den andra av dessa siffror avseende omsättningen får ges en oproportionerlig betydelse i förhållande till andra bedömningskriterier, och att därför fastställandet av ett lämpligt bötesbelopp inte kan ske genom en enkel beräkning som grundas på den totala omsättningen. Detta gäller särskilt när de ifrågakvarande varorna endast svarar för en liten

¹⁰ Mål C-100—103/80 *SA Musique Diffusion Française m.fl. mot Kommissionen ("Pioneer")* [1983] REG s. 1825.

¹¹ Punkt 118 i domen.

¹² Punkt 119 i domen.

¹³ Punkt 120 i domen.

del av denna omsättning. Domstolen bör ta hänsyn till dessa överväganden då den inom ramen för sin fulla prövningsrätt bedömer hur allvarliga de ifrågavarande överträdelsena har varit.¹⁴

Som framgår av rättsfallet utgör bötestaket 10 procent av den totala omsättningen (föregående räkenskapsår) för varje företag som har deltagit i överträdelsen. Rättsfallet ger inte stöd för att inkludera andra företags omsättning än de som har deltagit i överträdelsen. Det ger inte heller någon vägledning för beräkningen av bötestaket i koncernförhållanden.¹⁵

Befrielse från eller nedsättning av böter

Kommissionen presenterade under år 2002 ett nytt meddelande om befrielse från eller nedsättning av böter. Meddelandet bygger på principen att företag som samarbetar med kommissionen i kartellärenden under vissa omständigheter kan få en förmånligare behandling än övriga inblandade företag. Meddelandet ersatte ett tidigare meddelande från 1996.

8.2 Tidigare ställningstagande

I samband med att bestämmelser infördes om nationell tillämpning av artiklarna 81 och 82 uttalade regeringen följande med anledning av att den hade konstaterat att det fanns en skillnad mellan EG-rätten och KL i fråga om hur böter respektive konkurrensskadeavgift skulle beräknas i koncernförhållanden.¹⁶

Vilken betydelse den påtalade skillnaden mellan EG-rätten och KL i fråga om beräkningen av konkurrensskadeavgift och böter skulle få i enskilda fall ansågs svår att bedöma och bero på hur de inblandade företagen är organiserade. Vidare sades att de inblandade företagens omsättning inte heller kan vara ensamt avgörande för beräkning av storleken på sanktionen, vilket ansågs framgå av såväl kommissionens meddelande som 28 § KL. Därtill kunde principen om ekonomisk enhet sannolikt komma att bli tillämplig i

¹⁴ Punkt 121 i domen.

¹⁵ Se *Alison Jones/Brenda Sufrin*, *EC Competition Law*, 2001, s. 905 f, *Ritter m.fl.*, *European Competition Law, A Practitioner's guide*, 2nd edition, 2000, s. 895. Se även *Kerse*, *E.C. Antitrust Procedure*, Fourth edition, 1998 s. 315.

¹⁶ Prop. 1999/2000:140 s. 196 f.

vissa fall. Även ett moderbolag ansågs således kunna göras ansvarigt för konkurrensstridiga förfaranden som vidtagits av ett eller flera dotterbolag, vilket medför att både moderbolag och dotterbolag kan ådömas sanktioner.

Vidare noterades att bland de länder som tillåter nationell tillämpning av artikel 81 och 82 Frankrike och Tyskland hade sanktionsbestämmelser som skiljer sig från de sanktioner som kan dömas ut enligt förordning 17/62. Enligt fransk lagstiftningen kan böter som ådöms företag uppgå till fem procent av de inblandade företagens omsättning. Enligt tysk rätt kan inblandade företag ådömas böter som kan uppgå till en miljon tyska mark samt upp till tre gånger den vinst som överträdelsen lett till. För att böter skall kunna dömas ut krävs emellertid att ett förbudsbeslut överträtts. Sistnämnda bestämmelse tillkom för att eliminera risken för att ett beslut av den tyska konkurrensmyndigheten skulle komma att strida mot ett beslut av kommissionen om undantag. Den tyska konkurrensmyndigheten Bundeskartellamt ansåg att skillnaden mellan tysk rätt och EG-rätten i fråga om möjligheten att döma ut sanktioner inte uppfattats som ett stort problem.

I ett enskilt fall skulle skillnaden i fråga om grunden för beräkning av konkurrensskadeavgift respektive böter kunna leda till att den sanktion ett företag kan drabbas av enligt KL blir avsevärt lindrigare än motsvarande sanktion som skulle kunnat dömas ut enligt EG-rätten. Konkurrensskadeavgiften skulle därmed bli mindre effektiv som sanktion. Alltför stora skillnader mellan de sanktioner som kan komma i fråga enligt de olika nationella konkurrenslagstiftningarna inom EU skulle också kunna leda till att exempelvis en klagande vänder sig till konkurrensmyndigheten i det land som har de mest kraftfulla sanktionerna. Det ansågs därför finnas skäl som med viss styrka talade för att en hel koncerns omsättning skall kunna ligga till grund för beräkning av konkurrensskadeavgift.

Enligt de då tillgängliga uppgifter hade kommissionen aldrig i något fall dömt ut böter som legat i närheten av tio procent av en hel koncerns omsättning. Vidare kunde den ekonomiska enhetens princip komma att tillämpas i vissa fall. Den formella skillnaden mellan EG-rätten och den svenska rätten kunde således antas få begränsad praktisk betydelse. Den tyska rätten ansågs skilja sig från EG-rätten i detta hänseende mer än vad den svenska rätten gjorde utan att det har uppfattats som en olägenhet.

Av det anförda drogs slutsatsen att de gällande reglerna om konkurrensskadeavgift var tillräckligt verkningsfulla för att kunna tillämpas på överträdelser av EG-rätten. Samma principer för beräkning av konkurrensskadeavgiftens storlek ansågs därför kunna tillämpas oavsett om det är fråga om en överträdelse av EG-rätten eller av KL.

8.3 Kommittédirektiven

Av kommittédirektiven framgår följande. Vikten av rättslikhet mellan det gemenskapsrättsliga regelverket och de svenska konkurrensreglerna har understrukits i flera lagstiftningssammanhang. I vissa avseenden stämmer dock inte den svenska lagstiftningen med EG-rätten. Detta kan bero på medvetna ställningstaganden eller på att EG-rättslig praxis ändrats på ett sådant sätt att den svenska regleringen kan behöva omprövas.

De grundläggande förutsättningarna för att döma ut böter enligt EG-rätten respektive konkurrensskadeavgift enligt KL torde vara desamma. KL:s regler om storleken på konkurrensskadeavgiften är i stort sett identiska med motsvarande bestämmelser i EG-rätten. Det finns emellertid en skillnad. Enligt förarbetena till KL¹⁷ skall endast det berörda företags omsättning beaktas när avgiften bestäms. Enligt EG-rättslig praxis kan däremot en hel koncerns omsättning ligga till grund för beräkningen av böter. Tidigare gjordes som beskrivits ovan bedömningen att KL:s nuvarande bestämmelse om konkurrensskadeavgift var tillräckligt verkningsfull för att kunna tillämpas på överträdelser av EG-rätten.

Vikten av rättslikhet mellan det gemenskapsrättsliga regelverket och det svenska har understrukits i flera lagstiftningssammanhang samtidigt som reglerna om hur konkurrensskadeavgiftens storlek bestäms är betydelsefulla för sanktionernas effektivitet. Utredaren skall därför överväga om det finns anledning till ett annat ställningstagande än tidigare i fråga om sättet att beräkna konkurrensskadeavgiften i koncernförhållanden.

¹⁷ Prop. 1992/93:56 s. 93.

8.4 Utredningens överväganden

8.4.1 Inledning

Kommittédirektivens utgångspunkt är att skillnader mellan EG-rätten och svensk rätt i fråga om sättet att beräkna böter respektive konkurrensskadeavgift i koncernförhållanden skall utjämnas, om det är möjligt. En första fråga att ta ställning till är om det är riktigt att det finns en sådan skillnad mellan KL och EG-rätten som direktiven förutsätter.

8.4.2 Taket för konkurrensskadeavgift

Utredningens bedömning: Nuvarande regler om taket för konkurrensskadeavgift behålls.

Av uttryckliga bestämmelser framgår att varken böter eller konkurrensskadeavgift får överstiga 10 procent av föregående räkenskapsårs omsättning.¹⁸ Reglerna anger högsta tillåtna bötesbelopp. Hur taket skall beräknas i koncernförhållanden framgår inte av bestämmelsen i KL och inte heller av EG-rätten.¹⁹

I specialmotiveringen till 27 § KL finns visserligen ett uttalande som har nämnts i det föregående (se avsnitt 8.1.1) och som återges i utredningens direktiv. Där sägs: ”Det finns alltså inte som inom EG möjlighet att utgå från en hel koncerns omsättning vid beräkning av ’böter’ för ett koncernföretag”.²⁰ Uttalandet handlar emellertid enligt sin ordalydelse om hur böter skall bestämmas, inte om hur taket för konkurrensskadeavgiften skall bestämmas i koncernförhållanden. Den omständigheten att uttalandet står i anslutning till 27 § KL som handlar om taket för konkurrensskadeavgift, och som är den enda bestämmelsen där företagets omsättning har betydelse, talar för att uttalandet ändå tar sikte på det maximala beloppet för konkurrensskadeavgift. Vid beräkningen av taket enligt KL skall således företagets omsättning, men inte koncernens omsättning tillämpas på 10 procents-regeln.

¹⁸ Artikel 23.2 i förordning 1/2003 respektive 27 § KL.

¹⁹ Förordning 1/2003 och kommissionens riktlinjer säger ingenting på den punkten. Enligt *Alison Jones/Brenda Sufin*, EC Competition Law, 2001, s. 905, är det inte specificerat vilken omsättning som 10-procentsregeln skall gälla på.

²⁰ Prop 1992/93:56 s. 92.

Utredningen har inte kunnat finna belägg för att det finns någon skillnad mellan EG-rätten och KL när det gäller sättet att beräkna taket för böter respektive konkurrensskadeavgift i koncernförhållanden. Som nämnts framgår varken av regleringen i förordning 1/2003 eller kommissionens riktlinjer för beräkning av böter hur taket på böterna skall bestämmas i koncernförhållanden. I den EG-rättsliga doktrinen har sagts att en företagsgrupp som sådan inte kan åläggas böter, eftersom en företagsgrupp inte utgör en juridisk enhet.²¹ Däremot kan ett dotterbolag och ett moderbolag eller till och med båda samtidigt åläggas att betala böter för en överträdelse. Detta innebär att det maximala bötesbeloppet kan bli högre än om endast ett av företagen åläggs böter. Som framgått ovan har EG-domstolen i rättsfallet *SA Musique Diffusion Française m.fl. mot Kommissionen ("Pioneer")* klargjort att taket är 10 procent av den totala omsättningen (föregående räkenskapsår) för varje företag som har deltagit i överträdelsen. Rättsfallet ger inte stöd för att inkludera andra företags omsättning än de som har deltagit i överträdelsen. Det ger inte heller någon vägledning för beräkningen av böter i koncernförhållanden.

Sammanfattningsvis finner utredningen att KL inte behöver ändras, eftersom det inte kan beläggas att det finns någon skillnad mellan EG-rätten och KL när det gäller att bestämma taket för böter respektive konkurrensskadeavgift vid koncernförhållanden, än mindre vad den skillnaden skulle bestå i.

8.4.3 Beräkning av konkurrensskadeavgift

Utredningens bedömning : Det får anses följa redan av gällande regler om bestämmande av konkurrensskadeavgift att företagets eller företagsgruppens ekonomiska styrka kan beaktas så att avgiften får en tillräckligt avskräckande effekt.

Hur böterna och konkurrensskadeavgiften skall beräknas är en annan sak än hur beloppstaket skall beräknas och inte nödvändigtvis knutet till företagets omsättning.²² När beloppet fastställs för

²¹ *Ritter m.fl.*, European Competition Law, A Practitioner's guide, 2nd edition, 2000, s. 891. Se även *Kerse*, E.C. Antitrust Procedure, Fourth edition, 1998 s. 286 ff. och *Bellamy & Child*, European Community Law of Competition, Fifth edition, 2001, s. 943 f.

²² Att omsättningen skulle fungera som en parameter motsägs direkt av *Kerse*, E.C. Antitrust Procedure, Fourth edition, 1998 s. 315.

böter eller konkurrensskadeavgift skall, genom uttryckliga regler härom, hänsyn tas både till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått.²³ Dessa bestämmelser fylls för EG-rättens del ut av kommissionens riktlinjer för beräkning av böter. Riktlinjerna bygger på ett system med grundbelopp och tilläggsbelopp. En omständighet som kan spela in vid beräkningen av grundbeloppet är de inblandade företagens ekonomiska kapacitet att vålla framför allt konsumenterna betydande skada. De böter som fastställs skall enligt riktlinjerna därför ligga på en sådan nivå att de är avskräckande.²⁴

Beträffande koncernförhållandens betydelse då böternas respektive konkurrensskadeavgiftens belopp skall bestämmas förefaller det tvivelaktigt om det verkligen finns en sådan skillnad mellan EG-rätten och KL som har förutsatts i utredningens direktiv.

En annan sak är att företagets ekonomiska styrka är en omständighet bland flera som kan beaktas enligt EG-rätten men hur det skall tillämpas i koncernförhållanden tycks inte vara fastslaget i någon strikt regel.²⁵ Vad som är gällande rätt i det avseendet enligt KL förefaller oklart.

Bestämmelser om hur konkurrensskadeavgiftens belopp skall fastställas i ett enskilt fall finns i 28 och 28 a §§ KL, som fick sin nuvarande utformning år 2002. Av ett tidigare motivuttalande framgår att bestämmelserna uttömmande reglerar vilka hänsyn som skall tas när avgiften fastställs.²⁶

I 28 § KL anges vilka omständigheter hänförliga sig till överträdelsen som skall beaktas. Hänsyn skall tas till hur allvarlig överträdelsen är, hur länge den pågått, och andra försvårande eller förmildrande omständigheter av betydelse för att bedöma överträdelsen. I ringa fall skall ingen avgift påföras.

I 28 a § KL anges omständigheter hänförliga till företaget i fråga som medför att konkurrensskadeavgiften får fastställas till ett lägre eller högre belopp än vad som bort ske med tillämpning av 28 § KL. Avgiften får sättas lägre om företaget i väsentlig mån har underlättat utredningen av den egna eller andras medverkan i överträdelsen eller om det föreligger andra särskilda skäl som hänför sig till företaget. Avgiften får sättas högre om företaget tidigare har

²³ Artikel 23.3 i förordning 1/2003 respektive 28 § KL.

²⁴ Kommissionens riktlinjer för beräkning av böter som dömts ut enligt artikel 15 (2) förordning nr 17 och artikel 65 (5) i EKSG-fördraget EGT nr C 9, 14.1.1998, 1) A.

²⁵ Jfr. EG-domstolens avgörande i mål C-338/00 *Volkswagen AG*, [2003] REG s 000, punkt 149.

²⁶ Prop. 1999/2000:140 s. 253.

överträtt förbud enligt KL. Här sägs dock inte att företagets finansiella styrka får beaktas som en självständig faktor. Inte heller sägs att avgiften skall bestämmas på sådant sätt att den verkar avhållande på företaget i fråga och avskräckande på andra företag.²⁷ Företagets omsättning nämns inte heller.

Möjligen innebär utformningen av 28 a § KL en skillnad mellan EG-rätten och KL av ett annat slag än den som nämns i direktiven. Skillnaden skulle gå ut på att bötesbelopp enligt EG-rätten får bestämmas med beaktande av företagets ekonomiska styrka, medan så inte skulle kunna ske enligt KL. Inget i förarbetsuttalandena motsäger dock att hänsyn skulle kunna tas till företagets ekonomiska styrka inom ramen för bedömningen av överträdelsens allvar när konkurrensskadeavgiftens storlek bestäms. Kommissionens riktlinjer synes ha denna innebörd. Med hänsyn till den starka koppling som KL har till EG-rätten bör det vara möjligt att tillämpa KL:s bestämmelser i detta hänseende i överensstämmelse med EG-rätten, när förarbetena inte talar däremot. Enligt utredningens mening kan således redan de gällande reglerna tillämpas vid bestämmande av konkurrensskadeavgift så att företagets eller företagsgruppens ekonomiska styrka kan beaktas, för att avgiften skall få en tillräckligt avskräckande effekt.

8.4.4 Moderbolagets ansvar för dotterbolagets överträdelse

En helt annan fråga som aktualiseras i koncernförhållanden är om ett moderföretag kan göras ansvarigt för överträdelser av konkurrensförbud som begås av ett dotterföretag. Domstolsavgöranden tyder på att svaret är ja såväl enligt EG-rätten som enligt KL. Marknadsdomstolen, ansåg i *Telia-fallet*,²⁸ att moderbolaget, Telia AB, var skyldigt att betala konkurrensskadeavgift för dotterbolagets, Telia Handel AB:s, överträdelse. Men av det följer inte att moderbolagets konkurrensskadeavgift skall fastställas med koncernens omsättning som parameter. Avgiftens belopp lär få bestämmas enligt de regler som gäller i allmänhet när moderbolaget självt har överträtt förbudet.

²⁷ Jfr de ursprungliga motiven (prop. 1992/93:56 s. 93).

²⁸ MD 2001:30, Telia./Konkurrensverket (dom den 2001-12-19).

9 Undersökning i privata utrymmen m.m.

9.1 Bakgrund

9.1.1 Förordning 1/2003

I punkt 26 i ingressen till förordning 1/2003 sägs följande.

Erfarenheten har visat att det förekommer att affärshandlingar förvaras hemma hos företagets ledare och andra personer som arbetar för företagen. För att inspektionerna skall kunna vara effektiva bör tjänstemän och andra av kommissionen bemyndigade personer få tillträde till alla lokaler där affärshandlingar kan förvaras, även privata bostäder. Utövandet av sistnämnda befogenhet bör dock vara underordnat ett tillstånd från en rättslig myndighet.

I artikel 20 i förordning 1/2003 finns bestämmelser om kommissionens inspektioner hos företag och företagsammanslutningar. Enligt artikel 21 i förordningen får kommissionen företa en inspektion i andra lokaler, inklusive de berörda företagets eller företagsammanslutningarnas ledares, direktörers och andra medarbetares bostäder, om det finns rimlig misstanke om att handlingar som har samband med föremålet för inspektionen och som kan vara av betydelse för att bevisa en allvarlig överträdelse förvaras i lokalerna. Att bestämmelsen gäller ledares, direktörers och andra medarbetares bostäder är nytt i förhållande till förordning 17/62.

Genom att Sverige deltog i rådets beslut att anta förordningen har Sverige accepterat att svenska företagsledare kan utsättas för undersökningar av kommissionen i bl.a. privata bostäder. Konkurrensverket kan komma att få bistå kommissionen i en sådan undersökning efter den 1 maj 2004.

9.1.2 Delbetänkandet Reformerad konkurrensövervakning

I delbetänkandet Reformerad konkurrensövervakning (SOU 2003:73) anförde utredningen följande.

Bestämmelser om undersökningar hos andra än det misstänkta företaget finns i 48 § KL, som enligt 2 § 1994 års lag är tillämplig även när EG-rätten tillämpas. I 48 § KL sägs att ett beslut om en undersökning får avse "någon annan" än det företag som är föremål för utredning. Lagtexten anger inte att möjligheten att företa undersökningar skulle vara begränsad till vissa slag av personer eller utrymmen. Sålunda föreskrivs inte några restriktioner beträffande undersökningar i privata hem. I förarbetena redovisas inga överväganden i den frågan. Med tanke på de ingripande verkningarna av undersökningar i privata hem hade man kunnat förvänta sig ett uttryckligt ställningstagande. I avsaknad härav framstår lagstiftarens avsikt som oviss. Frågan har inte prövats i domstol.

Om nu bestämmelsen i 48 § KL skall tillämpas på undersökningar i privata hem, kan noteras att det för tillstånd krävs att det finns "särskild anledning" att anta att bevis finns hos den som ansökan avser. Detta kan jämföras med kraven för husrannsakan enligt rättegångsbalken, som är högre ställda. För att en husrannsakan skall få ske hos annan än den som misstänks för brottet krävs att "eljest synnerlig anledning förekommer att genom rannsakingen föremål, som är underkastat beslag, skall anträffas eller annan utredning om brottet vinnas" (28 kap. 1 § andra stycket RB).

Utredningen ansåg att de nu diskuterade frågorna beträffande räckvidden av Konkurrensverkets befogenheter enligt 48 § KL inte behövde besvaras med anledning av att EG-förordningen skulle träda i kraft. Dock uttalade utredningen att den kunde få anledning att återkomma till dem under nästa etapp av utredningsarbetet.

Vid remissbehandlingen av utredningens delbetänkande har diametralt motsatta tolkningar av gällande rätt beträffande 48 § KL gjorts gällande av *Konkurrensverket* och *Svenskt Näringsliv*. Konkurrensverket anser att myndigheten enligt gällande rätt har befogenhet att efter domstols godkännande få göra undersökningar också i privata utrymmen, medan Svenskt Näringsliv har uppfattningen att så inte kan ske. Ett klagande i frågan har efterlysts vid remissbehandlingen.

9.1.3 Europakonventionen

Artikel 8 i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna innehåller regler om rätten till respekt för privat- och familjeliv, hem och korrespondens. I artikel 8:2 finns bestämmelser som ger offentliga myndigheter möjligheter att inskränka rättigheterna enligt artikeln. Sådana inskränkningar får göras bara genom lag och under förutsättning att det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.

Att den planerade tvångsåtgärden inte är godtycklig eller oproportionerlig i förhållande till föremålet för undersökningen är en allmän gemenskapsrättslig princip som måste tillämpas i varje enskilt fall.¹ I rättsfallet *Roquette Frères*, som behandlade konkurrensrättsliga frågor, har EG-domstolen gjort uttalanden om proportionalitetsprincipens tillämpning. Enligt EG-domstolen måste således den behöriga nationella domstolen kunna avslå en ansökan om tvångsåtgärder när den misstänkta inverkan på konkurrensen är alltför obetydlig, det berörda företags förmodade inblandning är alltför marginell eller det som eftersöks är av alltför underordnad betydelse för att det ingrepp i en juridisk persons privata sfär som följer av en husrannsakan med polisens hjälp inte skall framstå som oproportionerligt och oacceptabelt i förhållande till de mål som eftersträvas med undersökningen.²

Av Europadomstolens och EG-domstolens praxis framgår att skyddet för hemmet under vissa omständigheter kan utsträckas till att omfatta näringslokaler.³ Vidare framgår att den rätt till att ingripa som följer av artikel 8:2 kan vara mer långtgående när det gäller näringsverksamhet eller näringslokaler än i andra fall.⁴

¹ EG-domstolens mål *C-94/00 Roquette Frères SA*, REG 2002, s. 9011 punkt 52. samt Europadomstolens avgörande i mål 37971/97 *Société Colas Est m.fl. mot Frankrike* § 47.

² Punkt 80 i domen.

³ EG-domstolens mål *C-94/00 Roquette Frères SA*, REG 2002, s. 9011 punkt 29. samt Europadomstolens avgörande i mål 37971/97 *Société Colas Est m.fl. mot Frankrike* § 41.

⁴ Europadomstolens avgörande den 16 december 1992 i mål *Niemietz mot Tyskland* (serie A nr 251-B) § 31 samt EG-domstolens mål *C-94/00 Roquette Frères SA*, REG 2002, s. 9011 punkt 29.

9.1.4 Effektivitet och rättssäkerhet

Effektivitetsskäl talar i och för sig för att Konkurrensverket bör ha befogenhet att göra undersökningar på alla platser där material av betydelse för en utredning kan misstänkas hållas förvarat. Det framstår som naturligt att verket har lika omfattande befogenheter som kommissionen har; båda myndigheterna skall ju tillämpa EG-rätten. Mot effektivitetsintresset skall dock ställas hänsynen till rättssäkerheten och den personliga integriteten, som värnas av Europakonventionen. Denna intresseavvägning har aktualiserats i olika lagstiftningsärenden.

I delbetänkandet noterade utredningen att kraven för att en husrannsakan enligt RB skall tillåtas är högre än kraven för att en undersökning enligt KL skall vara tillåten. För att en husrannsakan skall få ske hos någon annan än den som misstänks för brottet krävs att "eljest synnerlig anledning förekommer att genom rannsakingen föremål, som är underkastat beslag, skall anträffas eller annan utredning om brottet vinnas" (28 kap. 1 § andra stycket RB). I förarbetena till KL avvisades emellertid tanken att vid utformningen av reglerna hämta förebild från de regler som gäller för brottmål. Vidare anfördes att rättssäkerhetens krav var väl tillgodosedda genom den ordning som föreslogs. Som utredningen påpekade i delbetänkandet behandlar motiven till KL inte undersökningar i privata bostäder. Det går därför inte att avgöra huruvida uttalandet om rättssäkerhetens krav avsåg även sådana undersökningar.

När institutet intrångsundersökning infördes inom immaterialrätten uttalades att en undersökning borde kunna äga rum i de *affärslokaler* eller motsvarande som disponeras av den som misstänks ha gjort ett intrång eller som misstänks ha gjort sig skyldig till ett straffbart försök eller en straffbar förberedelse till intrång.⁵

Vidare uttalades att även misstänkta personers *bostäder* borde kunna genomsökas. Dock betonades vikten av att integritetsaspekten tillmättes särskild tyngd när ett sådant yrkande prövades. Regeringen ansåg att förslaget var väl förenligt med artikel 8 i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, som bl.a. behandlar skyddet för den enskildes privatliv.

Någon möjlighet att genomföra intrångsundersökningar hos *tredje man* ansågs det däremot inte lämpligt att införa. Åtgärden griper in i den privata sfären på ett sådant sätt att det enligt moti-

⁵ Se prop. 1998/99:11 s. 57.

ven inte kan accepteras att någon som inte ens kan antas ha gjort intrång skall kunna drabbas av den. I de fallen måste, ansågs det, integritetshänsynen väga över, även om det naturligtvis ofta kan vara så att intrångsgods finns hos exempelvis en speditör. En jämförelse gjordes med husrannsakan i brottmål, där möjligheterna att göra husrannsakan hos annan än den misstänkte är högst begränsade. Här finns en skillnad jämfört med gällande regler för Konkurrensverkets undersökningar som enligt 48 § KL och förarbetena uttryckligen omfattar även tredje man.

I kapitel 6 föreslår utredningen, efter förebild från intrångsundersökning inom immaterialrätten, att ett nytt institut införs inom konkurrensrätten, bevisundersökning. En bevisundersökning skall få ske endast hos den mot vilken det kan riktas ett skadeståndsanspråk enligt KL, i syfte att samla bevis om skadeståndsanspråket. Av samma skäl som vid begränsningen av möjligheten till intrångsundersökning anser dock utredningen att bevisundersökning inte bör kunna ske hos tredje man.

9.2 Utredningens överväganden och förslag

9.2.1 Undersökningar hos styrelseledamöter och anställda

Utredningens förslag: Konkurrensverket får en uttrycklig rätt att, efter godkännande av Stockholms tingsrätt, göra undersökningar i bostäder och andra utrymmen som nyttjas av styrelseledamöter och anställda hos det företag som är föremål för utredning om överträdelse av förbudsreglerna i konkurrenslagen eller artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.

Som har framgått ovan finns inom immaterialrätten inte någon möjlighet till intrångsundersökning hos tredje man. Detta har motiverats med hänsyn till rättssäkerheten. Utredningen anser som nämnts att det inte heller bör finnas någon möjlighet till bevisundersökning hos tredje man.

Konkurrensverket har emellertid redan befogenheter att göra undersökningar hos tredje man. Lagen anger inte några begränsningar i fråga om vilka personer som kan utsättas för en undersökning. Någon domstolspraxis i frågan finns inte. Under remissbehandlingen av utredningens delbetänkande har det framförts

motstridiga uppfattningar om innebörden av gällande rätt. Utredningen anser att skäl nu finns att förtydliga regeln.

När bestämmelsens innebörd skall preciseras blir den avgörande frågan om hänsyn till den personliga integriteten motiverar någon begränsning i fråga om undersökningar hos tredje män. Därvid finns det anledning att särskilt uppmärksamma de resonemang som fördes när reglerna om intrångsundersökning utformades. Det talar för att inte heller konkurrensrättsliga undersökningar bör få ske hos tredje man.

Å andra sidan bör också EG-rättens regler på området uppmärksammas. Eftersom Konkurrensverket skall samarbeta med kommissionen vid undersökningar, kan det ha ett värde att så vitt möjligt överensstämmande regler tillämpas på förfarandet. Av artikel 21 i förordning 1/2003 framgår att undersökningar får ske i andra lokaler än företags och företagsammanslutningars lokaler. I bestämmelsen nämns särskilt de berörda företagens och företagsammanslutningarnas ledares, direktörers och andra medarbetares bostäder. Innebörden av detta omnämnande är inte klar. Det kan uppfattas som en begränsning så att undersökningar inte skall vara tillåtna i andra bostäder. Ingresspunkten 26 skingrar inte ovissheten.

För att nå överensstämmelse mellan KL och EG-rätten är det således inte säkert att en möjlighet till undersökning i privata bostäder behöver utsträckas till andra än de berörda företagens ledning och anställda. Något framträdande behov av en mer vidsträckt möjlighet finns knappast. Som har framhållits i det föregående talar starka integritetsskäl mot att tillämpningsområdet görs mer omfattande än nödvändigt.

Emellertid kan frågan ställas om det är förenligt med artikel 8:2 i Europakonventionen att alls företa undersökningar av det aktuella slaget i privata bostäder. För EG-rättens vidkommande har det ansetts att hinder inte möter mot sådana undersökningar i de angivna fallen. Utredningen ser inte anledning att bedöma frågan annorlunda för svenska förhållanden.

Utredningen föreslår därför att bestämmelserna i KL om undersökning hos andra än det företag som är föremål för utredning (48 § KL) preciseras så att Konkurrensverket, efter domstols godkännande, får möjlighet att genomföra undersökningar i bostäder och andra utrymmen som nyttjas av styrelseledamöter och anställda hos det företag som är föremål för utredning.

I övrigt bör förutsättningarna enligt 48 § KL gälla som hittills. Ett beslut om en undersökning skall således få meddelas, om det finns särskild anledning att anta att bevis finns hos den som ansökan avser, om det finns anledning att anta att en överträdelse av 6 eller 19 § KL eller artiklarna 81 eller 82 har skett samt om ett åläggande enligt 45 § 1 inte är tillräckligt eller det annars finns risk att bevis undanhålls eller förvanskas. Dessutom skall en proportionalitetsbedömning göras.

Även bestämmelserna i 51 § KL om Konkurrensverkets befogenheter när en undersökning genomförs och bestämmelserna i 52 § KL om den undersöktes rätt att tillkalla ett juridiskt biträde skall tillämpas.

Den nu föreslagna ordningen kan komma att innebära att Konkurrensverket får något mer inskränkta befogenheter än kommissionen. Som har anförts i det föregående är den motsvarande bestämmelsen i förordning 1/2003 oklar. I kommande rättspraxis kan det visa sig att kommissionens befogenheter inte är begränsade till misstänkta företags ledares och företrädares privata utrymmen, utan även omfattar andra företags ledares och företrädares utrymmen.

Beviskravet för Konkurrensverket enligt 48 § KL är uttryckt på ett annat sätt än motsvarande krav för kommissionen. Kommissionen får företa en inspektion i andra lokaler, om det finns en *rimlig misstanke* om att handlingar som har betydelse för att bevisa en allvarlig överträdelse finns hos den som inspektionen gäller. Enligt 48 § KL skall det finnas *särskild anledning att anta* att bevis finns hos den som ansökan avser. Huruvida de skilda uttryckssätten motsvarar skilda beviskrav får kommande rättspraxis utvisa. Enligt utredningens mening finns det inte skäl att nu ersätta det beprövade svenska uttrycket med ett annat, vars innebörd är oklar, för att uppnå formell överensstämmelse med EG-rätten.

En EG-rättslig begränsning föreskrivs genom kravet på att undersökningar hos tredje man får ske endast för att bevisa *en allvarlig överträdelse*. Motsvarande begränsning saknas enligt KL. Utredningen ser dock inget behov av att nu inskränka verkets befogenheter till en viss svåravgränsad kategori av överträdelser av de konkurrensrättsliga förbudena. I 48 § KL föreskrivs att en proportionalitetsbedömning skall göras. Vikten av att undersökningen görs skall vara tillräckligt stor för att uppväga det intrång eller annat men som åtgärden innebär för den som drabbas av åtgärden. En undersökning i en privat bostad utgör ett särskilt allvarligt

intrång och torde inte kunna motiveras, om inte den misstänkta överträdelsen är allvarlig. Att proportionalitetsbedömningar av detta slag görs är även EG-rättens ståndpunkt, vilket framgår bl.a. av EG-domstolens dom i målet *Roquette Frères SA* (se ovan samt Reformerad konkurrensövervakning, SOU 2003:73 s. 222 f.).

9.2.2 Rätten att tillkalla juridiskt biträde

Utredningens förslag: Konkurrensverkets möjlighet att påbörja en undersökning utan att avvakta att ett juridiskt biträde inställer sig begränsas till sådana fall där undersökningen annars skulle onödigt fördröjas eller där det finns en risk att ändamålet med åtgärden annars inte uppnås.

I 52 § KL föreskrivs följande. När Konkurrensverket skall genomföra en undersökning enligt 47, 48 eller 56 b § KL har den hos vilken undersökningen skall genomföras rätt att tillkalla ett juridiskt biträde. I avvaktan på att ett sådant biträde inställer sig får undersökningen inte börja. Detta gäller dock inte om undersökningen därigenom onödigt fördröjs eller om undersökningen har beslutats enligt 49 § KL. I 49 § KL föreskrivs att en undersökning i vissa fall får beslutas utan att den som ansökan avser får tillfälle att yttra sig. Reglerna tillämpas så att undersökningar genomgående beslutas enligt 49 § KL. Det innebär att undantaget har blivit huvudregel. I praktiken kan alltså en undersökning normalt påbörjas innan ett juridiskt biträde har hunnit inställa sig.

KL avviker i detta hänseende från vad som är praxis inom EU. Som huvudregel gäller där att kommissionens företrädare väntar någon timme med att genomföra undersökningen, om det behövs för att ett juridiskt biträde skall kunna komma till platsen.⁶

Den svenska regleringen fick sin nuvarande utformning genom en ändring av 49 § KL, som trädde i kraft den 1 juli 1998. Tidigare gällde att undersökningar kunde beslutas enligt 49 § endast i brådskande fall. I lagstiftningsärendet kommenterades inte de konse-

⁶ *Alison Jones/Brenda Sufrin*, EC Competition Law, 2001, s. 871 f., *Kerse*, E.C. Antitrust Procedure, Fourth edition, 1998, s. 147 f., *Bellamy & Child*, European Community Law of Competition, Fifth edition, 2001, s. 886 f.

kvenser som ändringen av 49 § fick för 52 § p.g.a. hänvisningen i den paragrafen till 49 §.⁷

Den omständigheten att beslutet om undersökning har fattats utan att den som skall undersökas har fått tillfälle att yttra sig motiverar knappast att undersökningen skall få påbörjas innan ett juridiskt biträde har hunnit komma till platsen. Snarare kunde omständigheten anföras som ett argument mot en sådan ordning. När dessutom KL avviker från EG-praxis på denna punkt, bör lagen ändras så att den får samma innebörd som före lagändringen år 1998 och därmed närmare ansluter till denna praxis. KL kommer då också att överensstämma med vad som gäller om rätt att tillkalla juridiskt biträde vid intrångsundersökningar enligt immaterialrätten.

⁷ Prop. 1997/98:130 s. 37 ff och 66. Se *Wetter m.fl.*, Konkurrenslagen – en handbok, andra upplagan, s. 715.

10 Konsekvenser av förslagen

Utredningen föreslår att kretsen av skadeståndsberättigade enligt KL vidgas så att den inte längre är begränsad till – förutom företag – avtalsparter. Utredningen föreslår vidare att KL:s skadeståndsregler nu uttryckligen görs tillämpliga vid överträdelse av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. Utredningen föreslår vidare att preskriptionstiden ändras från fem till tio år.

Dessa regler kan förmodas öka antalet skadeståndsanspråk enligt KL. I vilken utsträckning de skadelidande i motsvarande mån kommer att hävda sin rätt till skadestånd och processa är svårt att bedöma. Med de möjligheter som också finns till grupptalan kan en viss ökning förväntas.

Till detta kommer att utredningen föreslår ett nytt civilprocessuellt institut, bevisundersökning i skadeståndsmål. Detta kan förmodas underlätta eller stödja den skadelidandes bevisning i målet, vilket kan vara en viktig förutsättning för att skadeståndsreglerna skall kunna tillämpas i praktiken. Syftet är alltså att i någon mån avhjälpa de brister som finns när det gäller incitament och möjligheter till initiativ från enskilda inom konkurrensrätten.

Utredningen föreslår vidare att Konkurrensverket får uttryckliga befogenheter att, efter domstols godkännande, göra undersökningar i bostäder och andra utrymmen som nyttjas av styrelseledamöter och anställda hos det företag som är föremål för utredning om överträdelse av förbudsreglerna i KL eller artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. Vidare föreslår utredningen att regeln i KL ändras så att den närmare överensstämmer med EG-rätten när det gäller att invänta juridiskt biträde vid en undersökning. Dessa förslag påverkar Konkurrensverkets undersökningar men torde inte medföra något nämnvärt utökat behov av resursförstärkning.

Utredningen har föreslagit att Kronofogdemyndigheten i Stockholm skall verkställa en bevisundersökning. Enligt uppgifter till utredningen har myndigheten verkställt ett stort antal intrångs-

undersökningar sedan reglerna trädde i kraft den 1 januari 1999. Det är svårt att uppskatta närmare hur ofta bevisundersökning kan komma att användas. Även om antalet skadeståndsprocesser enligt KL skulle öka och bevisundersökning därmed kunna komma ifråga, blir det troligen inte lika vanligt som intrångsundersökningar. I de fall verkställighet sker torde det dock kräva betydande resurser hos myndigheten. Den nya uppgift som läggs på myndigheten torde ställa krav på utökade resurser hos myndigheten. Till det kommer förslaget att Konkurrensverket får genomföra undersökningar i privata utrymmen att innebära en ytterligare arbetsbörda på myndigheten i de fall verket begär handräckning av myndigheten.

Som framgår av avsnitt 6.3.10 bör dock kostnaderna för kronofogdemyndighetens verkställighet av en bevisundersökning enligt bestämmelserna i 17 kap. 1–5 §§ utsökningsbalken tas ut som förrättningskostnader i form av olika utsökningsavgifter. Sådana avgifter skall fullt ut motsvara de kostnader som myndigheten har för verkställigheten. Den som begär verkställighet av en undersökning ansvarar mot staten för dessa kostnader, vilka skall förskottas om kronofogdemyndigheten begär det.¹ Mot den bakgrunden torde kostnadsökningen hos myndigheten motsvaras av intäkter genom avgifter.

Utredningens olika förslag torde inte medföra ökade kostnader för företagen.

Stockholms tingsrätt är alltid behörig att pröva skadeståndsmål enligt KL. Om den framtida processbenägenheten förändras genom förslagen kan därför resursbehovet hos särskilt den tingsrätten påverkas. Stockholms tingsrätt skall dessutom få pröva Konkurrensverkets ansökningar om undersökning i privata utrymmen. De allmänna domstolarnas resursbehov torde dock inte generellt påverkas i någon nämnvärd omfattning.

Marknadsdomstolen torde inte påverkas nämnvärt av utredningens förslag.

Utredningens förslag förväntas inte medföra konsekvenser i några av de avseenden som anges i 15 § kommittéförordningen (1998:1474).

¹ Jfr 17 kap. 2 och 5 §§ utsökningsbalken.

11 Författningskommentar

11.1 Förslaget till lag om ändring i konkurrenslagen

Utredningens förslag innebär ändringar i 33 § KL, som handlar om skadestånd, i 28 a § KL, som föreskriver vilka faktorer hänförliga till företaget som skall beaktas vid bestämmande av konkurrensskadeavgift, i 48 §, som handlar om undersökning hos andra än det misstänkta företaget, samt i 52 §, som handlar om tillkallande av juridiskt biträde.

Vidare har förslaget om bevisundersökning, ett nytt förfarande för att efterforska bevis om skadeståndsanspråk (efter förebild från intrångsundersökning inom immaterialrätten), inneburit att nio nya paragrafer, 33 a–j §§ har tillkommit.

28 a §

I paragrafen föreskrivs vilka omständigheter hänförliga till företaget som kan beaktas när konkurrensskadeavgiften bestäms. *Första stycket* beskriver de förhållanden som medför att konkurrensskadeavgiften skall sättas lägre än annars. *Andra stycket* beskriver när avgiften helt kan efterges. Dessa stycken har inte ändrats. I *tredje stycket* anges vad som kan medföra att konkurrensskadeavgiften sätts högre än annars. Stycket har ändrats så att företaget kan åläggas en högre avgift inte bara om företaget tidigare har överträtt KL, utan även om det har överträtt artikel 81 eller 82 i EG-fördraget tidigare. Detta innebär att en överträdelse enligt dessa artiklar kan beaktas vid bestämmande av sanktionen för överträdelse av förbuden i KL. Bestämmelsen gör det möjligt för domstolen att beakta en överträdelse också om lagföringen har skett utomlands.

33 §

Enligt paragrafen kan ett företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder de konkurrensrättsliga förbudsreglerna bli skadeståndsskyldigt för de skador överträdelsen därigenom orsakar.

Första stycket har ändrats så att den skadeståndsberättigade kretsen har vidgats. Det har skett genom att begränsningen av rätten till skadestånd ”för ett annat företag eller en avtalspart” har tagits bort. Detta innebär att inte bara företag eller avtalsparter i fortsättningen kan begära skadestånd, utan även offentliga organ och konsumenter som annars inte utgjorde vare sig ”företag” eller ”avtalspart”. Frågan har behandlats i avsnitt 5.4.1.

Vidare har bestämmelsen utsträckt till att omfatta även överträdelser av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, se avsnitt 5.4.2.

Andra stycket har ändrats så att preskriptionstiden är tio år i stället för fem år. I övrigt är bestämmelsen oförändrad.

33 a §

I paragrafen anges de grundläggande förutsättningarna för att domstolen i ett tvistemål om skadestånd enligt 33 § skall kunna besluta om s.k. bevisundersökning. Se avsnitt 6.1.

För att domstolen skall meddela ett beslut om bevisundersökning fordras enligt *första stycket* att det skäligen kan antas att ett företag är skyldigt att ersätta en skada enligt 33 §. Vidare krävs att bevisning om anspråket skall kunna säkras. För att kunna göra detta får handlingar eftersökas som kan antas ha betydelse för utredning om skadeståndsanspråket.

Någon upptagning av muntlig bevisning skall normalt inte ske vid prövningen av ett yrkande om bevisundersökning. I stället måste prövningen, i likhet med vad som gäller vid säkerhetsåtgärder och olika interimistiska beslut, i stor utsträckning grundas på parternas (i vissa fall endast ena partens) egna uppgifter. Rätten måste alltså ta ställning till vilket värde dessa uppgifter kan ha och då särskilt uppmärksamma om uppgifterna i något avseende är osannolika eller motsägelsefulla. I ett sådant sammanhang finns det självfallet inga hinder mot att sökanden redogör för uppgifter från ett vittne, t.ex. en anställd i ett företag som begår eller har begått en överträdelse. Det gäller även om inte namnet på vittnet nämns. I så fall kan dock värdet av uppgiften vara begränsat.

Syftet med en bevisundersökning är att säkra bevisning om ett skadeståndsanspråk. Beviskravet behandlas närmare i avsnitt 6.3.4.

Undersökningen kan syfta till att söka efter handlingar som kan antas ha betydelse för utredning om överträdelsen, t.ex. handlingar som kan visa på att kontakter eller möten med konkurrenter förekommit. Även bevis om exempelvis storleken av den skada som sökanden har drabbats av får eftersökas. För att domstolen skall kunna bedöma om en handling kan ha betydelse för utredningen måste sökanden ange vilka handlingar som bör eftersökas. Det kan naturligtvis vara svårt för sökanden att exakt ange relevanta handlingar. Det bör vara tillräckligt att ange handlingar på ett sätt som funktionellt beskriver dem för att domstolen skall kunna bedöma om de får eftersökas.

En bevisundersökning får inte genomföras hos någon annan än den som skäligen kan antas vara skyldigt att ersätta en skada enligt 33 § KL. En bevisundersökning är således – till skillnad från undersökningar enligt 48 § – inte tillåten hos tredje man.

Ett beslut om bevisundersökning får enligt *andra stycket* meddelas endast om skälen för åtgärden uppväger den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den som drabbas av den eller för något annat motstående intresse. Detta uttryck för den s.k. proportionalitetsprincipen har sin förebild i 27 kap. 1 § tredje stycket och 28 kap. 3 a § RB. Skyddet för hemfrid och privatliv måste särskilt beaktas, liksom skyddet för företagshemligheter.

Domstolen bör vara uppmärksam på att sökanden och motparten kan befinna sig i ett konkurrensförhållande till varandra. De villkor för verkställandet som kan anges enligt 33 d § andra stycket skall bestämmas efter förhållandena i det enskilda fallet så att proportionalitet råder mellan mål och medel.

Av lagtexten framgår att man vid bedömningen av om en undersökning skall beslutas skall beakta inte bara den olägenhet eller det men i övrigt som undersökningen kan innebära för den som utsätts för den, utan också andra motstående intressen. Härmed avses, förutom direkta följder för den som utsätts för undersökningen, även indirekta verkningar av tvångsmedelsanvändningen. Det kan t.ex. röra sig om intrång i tredje mans rättsligt skyddade intressen. Som exempel på situationer där sådana indirekta effekter kan uppstå kan nämnas en undersökning hos ett massmedieföretag. En särskild regel finns för uppgifter som omfattas av tystnadsplikt, se 33 g §.

33 b §

Paragrafen innehåller regler om motpartens rätt att yttra sig innan domstolen tar ställning till yrkandet om bevisundersökning. Se härom vidare avsnitt 6.3.8.

Enligt paragrafen skall den som yrkandet avser, som huvudregel, få tillfälle att yttra sig innan beslutet om bevisundersökning meddelas. Detta framgår av *första stycket*.

Om ett dröjsmål skulle medföra att det kan befaras att handlingar som har betydelse för utredningen om ersättningsanspråket skaffas undan, förstörs eller förvanskas, får dock rätten enligt *andra stycket* omedelbart meddela ett beslut som gäller till dess annat har beslutats. Det kan t.ex. vara fallet om undersökningen avser att söka efter handlingar som finns lagrade i datorer. Om motparten får en förvarning om att sådant material eftersöks, kan han lätt omintetgöra undersökningen genom att skaffa undan, förstöra eller förvanska vad som kan utgöra bevismaterial. Dock måste det finnas en konkret anledning att befara ett illojalt förfarande i det enskilda fallet.

Om domstolen anser att ett yrkande om bevisundersökning inte skall bifallas behöver motparten inte höras.

Det kan noteras att kravet är utformat efter förebild från vad som gäller för intrångsundersökning. Kravet är annorlunda vid kommunikering av Konkurrensverkets ansökan enligt 49 § KL.

I *tredje stycket* finns bestämmelser som syftar till att, i sådana fall som avses i andra stycket, det undersökta företaget inte skall få kännedom om beslutet om bevisundersökning innan det skall verkställas.

33 c §

Paragrafen innehåller regler om ställande av säkerhet. För att ett beslut om bevisundersökning skall kunna meddelas gäller enligt *första stycket* att sökanden skall ställa säkerhet för den skada som kan tillfogas motparten. Domstolen har möjlighet att i undantagsfall befria sökanden från att ställa säkerhet, om han inte förmår detta. Hänvisningen till 2 kap. 25 § utsökningsbalken innebär att säkerheten skall bestå av pant eller borgen. Också bankgaranti får godtas som säkerhet. Vid domstolens prövning av säkerheten måste tas i beaktande att säkerheten vid behov skall kunna realiserars och därvid täcka den skadeståndsskyldighet som avses bli säkerställd (jfr prop. 1980/81:84 s. 234).

I *andra stycket* görs en hänvisning när det gäller överklagande av ett beslut om bevisundersökning till RB regler om överklagande av beslut som avses i 15 kap. Det innebär bl.a. att talan mot beslut i fråga om bevisundersökning skall föras särskilt (49 kap. 5 § första stycket 6 och 54 kap. 4 RB) och att högre rätt får meddela inhibition (52 kap. 7 § RB).

33 d §

Enligt paragrafen skall i domstolens beslut om bevisundersökning anges ändamålet med undersökningen och de handlingar som får eftersökas. Vidare får domstolen ställa upp andra villkor för verkställandet.

Domstolen har mot bakgrund av den intresseavvägning som skall utföras enligt 33 a § *andra stycket* att ta ställning till omfattningen av bevisundersökningen och under vilka villkor som verkställigheten får utföras.

Enligt *första stycket punkt 1* har domstolen att inom ramen för sökandens begäran ange vilket ändamålet med undersökningen skall vara. Det torde därvid vara nödvändigt att ange den misstänkta överträdelsen. Vidare kan det behöva anges närmare vad som skall bevisas med de handlingar som får eftersökas.

Enligt *punkt 2* skall domstolen ange vilka handlingar som får eftersökas. Det torde sällan vara möjligt att precisera exakt vilka handlingar som skall få eftersökas. Domstolen bör dock sträva efter att ange det så noga som möjligt. Förhållandena torde många gånger vara sådana att domstolen inte kan komma längre än att ange vilken slags handling det är. Det torde ofta vara nödvändigt att ange en handling som en viss typ eller kategori av handlingar vilken relateras till den misstänkta överträdelsen.

Om det behövs, t.ex. för att upprätthålla proportionalitet mellan mål och medel, skall domstolen enligt *andra stycket* ta in ytterligare begränsande villkor i beslutet. Exempelvis kan domstolen ställa upp villkor till skydd för företagshemligheter. Domstolen kan också behöva föreskriva hur skyddet för vissa yrkeskategoriers tystnadsplikt skall beaktas, jämför 36 kap. 5 § RB.

Se vidare avsnitt 6.3.7.

33 e §

Paragrafen innehåller regler om att domstolens beslut gäller omedelbart och om att beslutets giltighetstid är begränsat till två månader. Som har diskuterats i avsnitt 6.3.9 skall beslutet om bevisundersökning gälla omedelbart. Beslutets rättsverkan kan naturligtvis upphöra om domstolen finner anledning att ändra beslutet efter det att svaranden avgivit yttrande. Detsamma gäller om beslutet ändras efter överklagande. Ett beslut om bevisundersökning gäller inte längre än två månader efter beslutet.

33 f §

Paragrafen innehåller regler om verkställighet av beslut om bevisundersökning.

Ett beslut om en bevisundersökning skall enligt *första stycket* verkställas av kronofogdemyndigheten i Stockholm. Verkställigheten sker på begäran av sökanden. Kronofogdemyndigheten skall följa de villkor domstolen föreskrivit (jfr 33 d §). I övrigt tillämpas reglerna i 1–3 kap. 17 kap. 1–5 §§ samt 18 kap. utsökningsbalken. Sökandens motpart skall underrättas om verkställigheten endast om beslutet om undersökning har tillkommit efter motpartens hörande. Myndigheten har rätt att bereda sig tillträde till motpartens lokaler och kan ha rätt att gå igenom exempelvis affärs- och verksamhetshandlingar för att söka efter de handlingar som domstolen har angett enligt 33 d § första stycket andra punkten. Om myndigheten kan identifiera de angivna handlingarna har myndigheten rätt att ta kopior eller göra utdrag av dessa handlingar. Kronofogdemyndigheten har dock inte rätt att avlägsna några föremål eller originalhandlingar från de lokaler som undersöks.

Kronofogdemyndigheten får enligt *andra stycket* anlita biträde av sakkunniga för att bistå vid undersökningen. I många fall, och särskilt om en undersökning skall avse handlingar som finns lagrade i datorer, torde anlitan av sakkunniga ofta vara en förutsättning för undersökningens genomförande. En sakkunnig skall vara en oberoende expert som är fristående från parterna. Det är kronofogdemyndigheten som beslutar om vilka sakkunniga biträden som skall anlitas. Kronofogdemyndigheten måste i varje enskilt fall pröva expertens lämplighet och beakta eventuella jävsproblem.

33 g §

Som har behandlats i avsnitt 6.3.3 får en bevisundersökning inte avse sådana handlingar som avses i 27 kap. 2 § RB, dvs. skriftliga handlingar vilkas innehåll omfattas av advokats tystnadsplikt. Om kronofogdemyndigheten anser att en sådan handling skall omfattas av undersökningen och den som undersökningen avser åberopar att handlingen är skyddad gäller motsvarande bestämmelser som i 54 § andra stycket. Då skall handlingen förseglas och överlämnas till domstolen, som skall pröva frågan utan dröjsmål. (se vidare prop. 1997/98:130 s. 40 ff.).

33 h §

I paragrafen föreskrivs hur omhändertagna handlingar skall hantearas hos kronofogdemyndigheten efter bevisundersökningen. Som framgår av avsnitt 6.3.10 skall myndigheten skilja uppgifterna som rör föremålet för bevisundersökningen från andra uppgifter som ligger utanför föremålet med undersökningen.

Enligt *första stycket* skall handlingar som ligger inom ramen för undersökningen hållas tillgängliga för sökanden och motparten. Härmed avses att sökanden har rätt att ta del av uppgifterna i handlingarna. Även om uppgifterna i sig kan innehålla uppgifter som omfattas av sekretess enligt 9 kap. 19 § sekretesslagen, torde i de allra flesta fall en skyldighet föreligga att lämna ut uppgifterna till sökanden, med hänvisning till rätten till partsinsyn i kap. 14 i sekretesslagen. Beträffande uppgifter som ligger utanför föremålet för undersökningen, torde sekretess gälla gentemot sökanden med stöd av 9 kap. 19 § i den mån uppgifterna rör affärshemligheter. Om uppgifterna inte skyddas av någon sekretessbestämmelse, kan även dessa uppgifter på begäran lämnas utan till sökanden, trots att de inte rör föremålet för undersökningen.

Innan kronofogdemyndigheten håller handlingarna tillgängliga för sökanden, skall myndigheten enligt *andra stycket* underrätta det undersökta företaget om vilka uppgifter som myndigheten anser faller under föremålet för undersökningen. Om företaget begär det, kan dock frågan underställas domstolens prövning. En sådan begäran bör företaget göra utan dröjsmål, annars kan kronofogdemyndigheten låta tillse att handlingarna hålls tillgängliga för sökanden. Om en begäran sker, skall domstolen skyndsamt överpröva myndighetens bedömning.

33 i §

Paragrafen innehåller regler om tillkallande av juridiskt biträde vid verkställighet av beslut om bevisundersökning. Se härom avsnitt 6.3.10.

Enligt *första stycket* har den som avses med undersökningen rätt att tillkalla en juridisk rådgivare och ha denne närvarande vid verkställigheten. Huvudregeln är att undersökningen inte får börja innan rådgivaren har inställt sig. Skulle undersökningen bli onödigt fördröjd genom att man väntar på en sådan person, får dock undersökningen börja utan dennes närvaro. Vad som är en rimlig tid att avvakta för att bereda en juridisk rådgivare möjlighet att inställa sig får bedömas från fall till fall. I regel bör en timme vara tillräcklig.

Också i den situationen att det finns risk för att handlingar som har betydelse för utredningen om ersättningsanspråket skaffas undan, förstörs eller förvanskas får undersökningen påbörjas utan att ett juridiskt biträde har kommit till platsen. Samma ordning införs nu vid Konkurrensverkets undersökningar enligt 52 § KL.

48 §

Paragrafen innehåller regler om undersökning hos tredje man. Som framgår av avsnitt 12 har paragrafens *första stycke* ändrats så att det numera uttryckligen sägs att en undersökning kan ske hos ett annat företag än det som är föremål för utredning. Se prop. 1992/93:56 s. 53 och 109. Vidare har ett tillägg gjorts med innebörden att ett beslut om undersökning också kan avse bostäder eller andra utrymmen som nyttjas av en styrelseledamot eller en anställd hos det företag som är föremål för utredning. (jfr artikel 21 i förordning 1/2003) Med andra utrymmen avses exempelvis mark, forskaffningsmedel etc. som personen disponerar. Bestämmelsen är inte tillämplig på utrymmen som tillhör styrelseledamöter eller anställda hos andra företag än det som är föremål för utredning. Detta har motiverats i avsnitt 9.2.

52 §

Andra stycket andra punkten har ändrats för att den skall få samma innebörd som före lagändringen i 49 § den 1 juli 1998, se avsnitt 9.2.2. Motsvarande bestämmelser för bevisundersökning och intrångsundersökning inom immaterialrätten har samma innebörd.

Övergångsbestämmelse

Eftersom 28 a § har ändrats så att ett företag kan åläggas högre konkurrensskadeavgift om det tidigare har överträtt artikel 81 eller 82 i EG-fördraget, har en övergångsbestämmelse införts om att den nya bestämmelsen bara får tillämpas på överträdelse efter ikraftträdandet. Härmed avses att den överträdelse som skall sanktioneras skall ha skett efter ikraftträdandet för att bestämmelsen skall kunna träda i tillämpning, oavsett om den tidigare överträdelsen av artikel 81 eller 82 har skett före ikraftträdandet.

Vidare har en övergångsbestämmelse införts om att den nya preskriptionstiden på tio år (33 § andra stycket) tillämpas även på fordringar som har kommit till före ikraftträdandet och som inte har preskriberats dessförinnan enligt äldre bestämmelser. Övergångsbestämmelsen är utformad efter förebild från övergångsbestämmelserna till preskriptionslagen (1981:130).

11.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskaperna konkurrens- och statsstödsregler

I 5 § lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler har funnits en uppräkningslista av EG-rättsakter vartill har hänvisats i 3 och 4 §§ i lagen. Utredningen har i delbetänkandet Reformerad konkurrensövervakning, SOU 2003:73, föreslagit att en av rättsakterna, förordning 17/62, skall utgå ur uppräkningslistan, eftersom den inte skall gälla efter den 1 maj 2004. Genom moderniseringsreformen och tillämpningsförfattning 1/2003, se avsnitt 2, har procedurreglerna i tre sektorsförfattningar inom konkurrensrätten, som räknas upp i 5 § i lagen, upphävts från och med den 1 maj 2004. Därmed återstår endast en rättsakt i 5 §, rådets förordning nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer.

Tekniken att hänvisa från 3 och 4 §§ till uppräkningslistan i 5 § framstår därmed inte längre som rationell. I stället anges nu koncentrationsförfattningen direkt i 3 och 4 §§, varvid 5 § har upphävts.

Särskilda yttranden

Särskilt yttrande av experten Ann-Charlotte Bragsjö

Med inspiration från ett amerikanskt konkurrensrättsligt förfarande benämnt ”discovery” föreslår utredningen att ett nytt civilprocessuellt institut (bevisundersökning) skall införas på konkurrensrättens område. Jag anser att förslaget i denna del inte är tillräckligt belyst och övervägt av utredningen.

Jag delar utredningens uppfattning att det kan finnas ett behov av effektiva möjligheter att säkra bevis i en tvistemålsprocess om skadestånd på grund av en överträdelse av konkurrensreglerna. Enligt utredningen finns en närmare förebild för det föreslagna institutet bevisundersökning i institutet intrångsundersökning på immaterialrättens område. En intrångsundersökning torde emellertid i regel vara mer begränsad än en föreslagen bevisundersökning. Vidare finns på immaterialrättens område inte, som på konkurrensrättens område, en tillsynsmyndighet med särskild uppgift att övervaka efterlevnaden av reglerna. På immaterialrättens område torde således inte en konflikt uppstå mellan allmänna och enskilda intressen.

Konkurrensverket fungerar som övervakande myndighet av konkurrensreglernas efterlevnad och har särskilda befogenheter. Verket har som övervakande myndighet att verka för konkurrens inom olika marknader, vilket i slutänden är till nytta för konsumenterna. Konkurrensverkets agerande mot överträdelser av förbudsbestämmelserna har t.ex. till syfte att verka handlingsdirigerande på företagen. Verket kan ålägga ett företag att upphöra med överträdelser av förbudsbestämmelserna. Vidare kan Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket besluta att ett företag skall betala konkurrensskadeavgift. Av förarbetena till KL framgår att konkurrensskadeavgiften skall bestämmas på sådant sätt att den verkar

avhållande på företaget i fråga och avskräckande för andra företag.¹ Bestämmelserna i KL om ålägganden och konkurrensskadeavgift har således en preventiv funktion.

Bestämmelsen om skadestånd i KL har både en reparativ och en preventiv funktion.² Skadeståndet och skadeståndsprocessen kan bidra med en preventionsverkan som kompletterar och förstärker de offentliga sanktionerna. Syftet med en skadeståndsprocess synes emellertid främst vara att säkerställa att enskilda får sina anspråk tillgodosedda. I förarbetena till KL betonas att det är viktigt att det konkurrensrättsliga sanktionssystemet får en sådan utformning att det i möjligaste mån blir självgående.³ 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.⁴

På konkurrensrättens område finns således regler till skydd för såväl allmänna som enskilda intressen. Även om privata initiativ bör uppmuntras, är det angeläget att Konkurrensverkets, annan EU-medlemsstats konkurrensmyndighets eller Europeiska kommissionens utredningar och undersökningar inte onödigt störs eller till och med omöjliggörs genom privata initiativ. Det är nödvändigt att närmare väga intresset av en effektiv privat bevisundersökning mot de eventuella konsekvenser en sådan undersökning kan få för Konkurrensverkets och EU:s undersökningar samt för den mot vilken åtgärden riktas. Vidare måste närmare belysas vilka regler som skall ges företräde om olika intressen står mot varandra. I betänkandet saknas exempelvis bestämmelser om hur allmänintresset skall kunna beaktas då domstol beslutar om bevisundersökning utan hörande av sökandens motpart. Jag anser att förslaget i dessa delar inte är tillräckligt belyst och övervägt av utredningen.

¹ Prop. 1992/93:56 s. 93.

² Prop. 1992/93:56 s. 34.

³ Prop. 1992/93:56 s. 34.

⁴ Prop. 1992/93:56 s. 34.

Särskilt yttrande av experten Anders Stenlund

Det är angeläget att överträdelser av konkurrensreglerna beivras, givetvis särskilt ifråga om allvarigare sådana. Att ingripa är en uppgift som i första hand ligger på Konkurrensverket, och måste så göra. Man får dock, som utredningen konstaterar, räkna med att verket inte kan agera i vartenda fall som i och för sig skulle motivera det. Det är också viktigt att möjligheten till skadestånd inte framstår som illusorisk, utan de som har berättigade anspråk kan komma till sin rätt. Onekligen är i en del fall svårigheterna att skaffa fram bevisning ett betydande hinder. Jag sympatiserar därför med utredningens försök att finna förbättringar på den punkten, såsom det föreslagna institutet *bevisundersökning*.

Förslaget har den immaterialrättsliga intrångsundersökningen som modell, låt vara med viktiga modifieringar. Konkurrensområdet är dock i flera hänseenden väsentligt annorlunda. Intrångsundersökningen är också en tämligen udda företeelse och det är inte givet att denna typ av "private enforcement" med tvångsmedel enkelt och naturligt passar in i det svenska rättssystemet. Ann-Charlotte Bragsjö har i sitt särskilda yttrande bl.a. redovisat Konkurrensverkets roll och pekat på behovet av bättre analys vad gäller avvägningen mellan det offentliga ingripanden och privata initiativ. Jag kan i stort dela det som där anförs.

Det finns en fara för att ett instrument som bevisundersökningen utnyttjas för helt andra än det avsedda syftet, t.ex. för att skaffa sig otillbörlig insyn hos konkurrenter. Hur stor denna risk egentligen är, ter sig svårt att avgöra, men den minskas i vart fall av att undersökning enligt förslaget bara kan begäras när skadeståndstalan väckts. Min största tvekan gäller dock de risker för läckage av företagshemligheter som naturligen uppträder inom ramen för förfarandet, helt enkelt därför att företag får tillgång till material och uppgifter som tillhör andra företag. Detta är ett svårbemästrat problem, om institutet inte skall omgärdas med så starka restriktioner att det närmast förlorar sin funktion. Det sammanhänger med den inneboende svårigheten att vid denna typ av undersökningar i förväg rätt och preciserat avgränsa "sökområdet", liksom att vid sorteringen av materialet avgöra vad som kan vara relevant som bevisning. Här är risken tydlig för att sökanden kan få del av information som det senare visar sig att denne inte rätteligen bort ha. I vissa fall kan detta orsaka betydande och irreparabla skador hos det utsatta företaget.

Jag vill säga, att utredningen gjort lovvärda ansträngningar att bygga in ett adekvat och tillförlitligt skydd för företagshemligheter. Förslaget har i det sista, tidspressade skedet förbättrats avsevärt, men jag är inte säker på att det är tillräckligt. Jag menar därför att förslaget under alla förhållanden kräver ytterligare analys och överväganden.

En olöst fråga är hur man bör se på det faktum att den relevanta bevisning, som åtkommit vid en undersökning, kan innehålla kvalificerade uppgifter om svarandeföretagets aktuella förhållanden etc. Det kan vara information som en klagande hos Konkurrensverket inte – och inte ens en intervenient på verkets sida – skulle få del av. Anledningen är förstås att det åsamkar motsidans företag skada, men också att det kan inverka negativt på konkurrensen; det kan röra sig om information som de berörda företagen annars vore förbjudna att utväxla, just av konkurrensskäl. Vad det egentligen är som får skadeståndsintresset att här väga över, ter sig oklart. Jag anser att utredningen knappast haft underlag att ta ställning till detta och således att frågan är otillräckligt belyst.

Kommittédirektiv



**Effektivisering av det
konkurrensrättsliga regelverket för
företagen m.m.**

**Dir.
2003:2**

Beslut vid regeringssammanträde den 9 januari 2003.

Sammanfattning av uppdraget

En särskild utredare tillkallas för att analysera frågor som uppkommer med anledning av rådets beslut om en ny tillämpningsförfordning för genomförandet av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, det s.k. moderniseringsarbetet. Utredaren skall föreslå de ändringar av det svenska regelsystemet som bedöms motiverade.

I uppgiften ingår att pröva om det behövs och är lämpligt att från förbudet i 6 § konkurrenslagen (1993:20) mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag införa ett ständigt gällande generellt undantag för sådana avtal m.m. som uppfyller de förutsättningar som anges i 8 § konkurrenslagen, ett s.k. legalundantag. Vidare skall samma prövning göras av om rätten för företag att ansöka och få beslut om icke-ingripandebesked bör avskaffas. Utredaren skall även pröva om det behövs och är lämpligt att förändra Konkurrensverkets befogenheter motsvarande vad som föreslås för kommissionen i fråga om strukturella förändringar och möjligheter att göra åtaganden från företag bindande. Dessutom skall utredaren överväga förändringar i de svenska processuella reglerna med anledning av den nya tillämpningsförfordningen om samarbete mellan kommissionen och nationella domstolar och i annan lagstiftning. Uppdraget innefattar vidare att analysera i vilken utsträckning nuvarande regler i konkurrenslagen som gäller förfarandet samt regler om undersökningar, sanktioner m.m. kan tillämpas och är ändamålsenliga mot bakgrund av den nya tillämpningsförfordningen. Slutligen skall utredaren överväga om de regler om bistånd till kommissionen i samband med undersökningar som

finns i lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler bör ändras.

Det står utredaren fritt att ta upp ytterligare frågor som har samband med moderniseringsarbetet och som denne anser bör övervägas inom ramen för uppdraget.

Ett annat uppdrag för utredaren är att göra en allsidig prövning av om kretsen av skadeståndsberättigade enligt konkurrenslagen bör utvidgas och, om det anses lämpligt, föreslå ändrad reglering.

Utredaren skall därutöver se över sättet att beräkna konkurrens-skadeavgift i koncernförhållanden samt rättstillämpningen i samband med accessoriska begränsningar. Utredaren får dessutom lämna förslag till ändringar även i andra avseenden om det visar sig att det finns skillnader mellan EG-rätten och den nationella rätten.

EG-rätten och den nya tillämpningsförfordningen

EG-fördragets konkurrensregler för företag

Genom EG-fördraget har ett system skapats som syftar till att förhindra att konkurrensen inom den gemensamma marknaden hindras, begränsas eller snedvrids. De grundläggande konkurrensreglerna för företag finns i artiklarna 81 och 82, som har direkt tillämplighet och direkt effekt i medlemsstaterna. De skapar därmed sådana rättigheter och skyldigheter för enskilda rättssubjekt som kan åberopas vid nationella domstolar.

Artikel 81.1 innehåller ett generellt förbud mot sådana avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som dels kan påverka handeln mellan medlemsstater, dels har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden.

Avtal eller beslut som är förbjudna enligt artikel 81.1 är civilrättsligt ogiltiga enligt artikel 81.2. Av artikel 81.3 följer att bestämmelserna i artikel 81.1 kan förklaras icke tillämpliga, om de negativa verkningarna av ett konkurrensbegränsande förfarande under vissa förutsättningar som anges i artikeln uppvägs i tillräcklig grad av vissa positiva verkningar. Undantag ges i enskilda fall av kommissionen efter anmälan dit. Dessutom har kommissionen bemyndigats av rådet att utfärda förordningar om undantag för vissa grupper av avtal, s.k. gruppundantag. Sådana förordningar finns på en rad områden.

Artikel 82 innehåller ett förbud mot vissa åtgärder som företag med marknadsdominerande ställning vidtar på marknaden. För att ett förfarande skall vara förbjudet krävs dels att det är fråga om missbruk av marknadsdominans, dels att förfarandet kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Artikeln medger ingen möjlighet till undantag.

En ny tillämpningsförfordning

EG-fördraget innehåller inga tillämpningsregler till artiklarna 81 och 82. Sådana regler har tillkommit genom särskilda förordningar. Den grundläggande förordningen, som ersätts av den nya tillämpningsförfordningen, är rådets förordning nr 17 - första förordningen om tillämpningen av fördragets artiklar 85 och 86¹ (förordning nr 17). I denna uttalas principen att alla konkurrensbegränsande avtal, beslut, och samordnade förfaranden som avses i artikel 81.1 och missbruk av dominerande ställning som avses i artikel 82 är förbjudna, utan att det krävs något föregående beslut om det. Kommissionen kan efter konstaterad överträdelse av artikel 81 eller 82 ålägga de berörda företagen att upphöra med överträdelsen. Om avtalen m.m. inte faller under något gruppundantag, måste de i princip anmälas till kommissionen och beviljas individuella undantag för att bli tillåtna. Enligt förordning nr 17 ges också möjligheter att efter ansökan till kommissionen få ett s.k. icke-ingripandebesked om att ett avtal eller ett förfarande inte omfattas av förbuden i artiklarna 81 och 82. Förordningen innehåller vidare sanktionsregler enligt vilka kommissionen bl.a. kan döma ut böter för överträdelse av förbuden samt vid vite ålägga företag att upphöra med pågående överträdelser.

Den 28 april 1999 antog kommissionen en vitbok om modernisering av tillämpningsföreskrifterna för artikel 81 och artikel 82. I denna föreslogs bl.a. att anmälningssystemet för individuella undantag skall avskaffas. Vitboken har beretts med medlemsstaterna och andra berörda. I det svenska yttrandet uttalades att systembytet måste leda till återverkningar för de nationella regelverken och att det med stor sannolikhet kommer att leda till - i vart fall i Sverige - sådana verkningar på lagstiftningsplanet. Vidare anfördes att nationella notifierings- och undantagssystem enligt svensk uppfattning knappast torde kunna behållas.

¹ EGT P 013, 21.2.1962 s. 204 (Celex 31962R0017).

Kommissionen överlämnade den 27 september 2000 ett förslag till en ny tillämpningsförordning till rådet. Efter att i två års tid ha berett förslaget i en rådsarbetsgrupp för konkurrens beslutade rådet den 26 november 2002 att anta den nya tillämpningsförordningen, rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget². Förordningen skall tillämpas från och med den 1 maj 2004.

Nationella myndigheters tillämpning av EG-rätten m.m.

I den nya förordningen behålls principen att avtal m.m. som avses i artikel 81.1 och missbruk av dominerande ställning som avses i artikel 82 är förbjudna, utan att det krävs något föregående beslut om det. Genom förordningen avskaffas det nu gällande systemet med individuella undantag enligt artikel 81.3 från förbudet i artikel 81.1. Systemet ersätts med att undantagsreglerna gäller generellt utan särskilt beslut, dvs. ett så kallat legalundantag. Även rätten för företagen att ansöka om icke-ingripandebesked avskaffas. Kommissionen kan dock på eget initiativ fatta beslut om artiklarna 81 och 82 inte är tillämpliga. Vidare decentraliseras tillämpningen av artikel 81 och 82 till nationella myndigheter och domstolar vilka ges en med kommissionen parallell behörighet. Dessa nationella organ kommer att ta över tillämpningen i en rad fall som i dag handläggs av kommissionen. Reformen har som övergripande syfte att frigöra resurser som kan sättas in mot de allvarliga fallen, att effektivisera tillämpningen och därmed stärka konkurrensen samt att minska belastningen för företagen.

Reformen aktualiserar en rad ändringar i de nuvarande EG-reglerna om förfarandet och sanktionerna m.m. Systemet med generella regler om undantag för grupper av avtal i form av förordningar om gruppundantag bibehålls dock.

Strukturella åtgärder och bindande åtaganden

Kommissionen har enligt bestämmelserna i artikel 3 i förordning nr 17 rätt att ålägga företag att upphöra med en överträdelse. Det kan vara fråga om att företaget skall upphöra att tillämpa ett visst avtal,

² EGT L 1, 4.1.2003, s. 1 (Celex 32003R0001).

villkor eller annat förbjudet förfarande. Ett åläggande kan även avse en annan åtgärd, t.ex. att sälja till ett visst företag, att vidta rättelse eller att förändra priser. Motsvarande bestämmelse återfinns den nya tillämpningsförfordningen med två förändringar. För det första klargörs att kommissionen har befogenhet att fatta beslut där den konstaterar att en överträdelse tidigare har förelegat. För det andra ges kommissionen befogenhet att ålägga de berörda företagen att vidta alla korrigerande åtgärder som är nödvändiga för att effektivt bringa en överträdelse att upphöra. Detta innefattar även strukturella åtgärder, dvs. avskiljande av en del av ett företag eller avhållande av tillgångar.

I anslutning till denna bestämmelse införs ett nytt instrument som saknar motsvarighet i förordning nr 17. I samband med ett förfarande genom vilket kommissionen avser att fatta beslut om att en påstådd överträdelse skall upphöra ges kommissionen en befogenhet att fatta beslut om att godta ett företags åtaganden. Mottagaren är bunden av beslutet med åtagandena. Beslutet är inte bindande för nationella domstolar eller nationella konkurrensmyndigheter utan dessa kan besluta om mer ingripande åtgärder än vad kommissionen har gjort. I beslutet skall det konstateras att det inte längre finns skäl för ingripande. Endast under vissa särskilda omständigheter får kommissionen ta upp förfarandet på nytt.

Samarbete med nationella domstolar

Genom den nya förordningen har det ansetts nödvändigt att inrätta metoder för att förstärka samarbetet mellan kommissionen och de nationella domstolarna för att främja en enhetlig tillämpning av artiklarna 81 och 82.

Den ordning som hittills gällt för samarbetet mellan nationella domstolar och kommissionen finns tillkännagiven i ett meddelande från kommissionen.³ I meddelandet erbjuder kommissionen de allmänna domstolarna en möjlighet att i en aktuell rättegång begära yttrande av kommissionen i rättsfrågor. Vidare erbjuds domstolarna en möjlighet att av kommissionen få information om olika sakuppgifter, t.ex. statistik, marknadsundersökningar och ekonomiska uppgifter.

³ Notice on cooperation between national courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty, OJ C 39.2.1993 s.6.

Av artikel 15 i den nya förordningen följer att medlemsstaternas domstolar vid tillämpningen av artiklarna 81 och 82 får begära upplysningar eller yttranden från kommissionen när det gäller tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler. Vidare framgår att medlemsstaterna till kommissionen skall sända en kopia av avgöranden där artikel 81 eller 82 tillämpats. Medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och kommissionen får dessutom på eget initiativ lämna skriftliga yttranden till en nationell domstol. Efter domstolens tillåtelse får även muntliga yttranden lämnas. För detta ändamål får medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och kommissionen begära att domstolen översänder alla handlingar som är nödvändiga för bedömningen av målet.

Befogenheter vid utredningar

Enligt förordning nr 17 har kommissionen rätt att utföra inspektioner i företagens lokaler och skriftligen begära in information. Kommissionen kan bötfälla företag för överträdelse av materiella regler och procedurregler samt förelägga viten.

För att säkerställa en effektivare tillämpning av artiklarna 81 och 82 innehåller den nya förordningen vissa förändringar, bl.a. regleras möjligheterna att få ett domstolsbeslut på nationell nivå för att stävja ett företags möjliga försök att motsätta sig en inspektion. Även de befogenheter som ges till en kommissionstjänsteman under inspektionerna regleras i förordningen. Om det finns ett domstolsgodkännande skall kommissionens tjänstemän vara bemyndigade att undersöka privata utrymmen såsom bostäder, om misstanke finns att relevanta affärshandlingar förvaras där. Kommissionens tjänstemän får även befogenhet att försegla lokaler och affärshandlingar för att säkerställa att dokument inte avlägsnas eller förstörs. De bemyndigas även att ställa muntliga frågor som rör föremålet för inspektionen. Nivån på böter för överträdelse av procedurregler och viten höjs. Det nya systemet grundar sig på belopp uttryckta som procent av företagets omsättning.

De svenska konkurrensreglerna

Den svenska konkurrenslagen är utformad med förbuden i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget som förebild. Konkurrensbegränsande avtal mellan företag är såsom enligt EG-reglerna i princip förbjudna enligt 6 § konkurrenslagen och missbruk av dominerande ställning förbjuds i 19 § samma lag.

Konkurrensverket har enligt 8 § konkurrenslagen en möjlighet att i särskilda fall besluta om undantag från förbudet i 6 § samma lag. Bestämmelsen stämmer i sak överens med artikel 81.3 i EG-fördraget bortsett från att denna artikel också innehåller beslut om gruppundantag och inte anger vilken myndighet som beslutar om undantag.

Av 20 § konkurrenslagen följer att Konkurrensverket efter ansökan av ett företag får förklara att ett avtal eller förfarande inte omfattas av något av förbuden i 6 eller 19 § enligt de uppgifter som lämnats av företaget eller som annars är tillgängliga för verket och att det därför inte finns anledning för verket att ingripa enligt konkurrenslagen (icke-ingripandebesked).

Konkurrensverket fungerar som övervakande myndighet av de svenska konkurrensreglerna och har särskilda befogenheter. I 23 § konkurrenslagen ges Konkurrensverket en möjlighet att ålägga ett företag att upphöra med överträdelser av förbuden i 6 och 19 §§. Bestämmelsen motsvarar artikel 3 i förordning nr 17. Verket kan föra talan vid domstol om konkurrensskadeavgift. Domstolsprövning i mål och ärenden enligt konkurrenslagen sker vid Stockholms tingsrätt och i Marknadsdomstolen.

Konkurrenslagens regler om uppgiftsskyldighet och undersökning bygger på motsvarande bestämmelser inom EG-rätten. Konkurrensverket får i likhet med kommissionen vid äventyr av vite begära upplysningar från både fysiska och juridiska personer. Verket har också möjlighet att kalla till förhör.

Även i lagen om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler finns vissa bestämmelser som har relevans i sammanhanget. Där regleras bland annat vad svenska myndigheter har att iaktta när kommissionen har beslutat om undersökningar hos företag och företagssammanslutningar här i landet. I Sverige är det Konkurrensverket som är behörig nationell myndighet med de uppgifter som framgår av de gemensamma konkurrensreglerna. Vidare framgår av lagen om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler att

Konkurrensverket sedan den 1 januari 2001 även får tillämpa artikel 81 och 82 i EG-fördraget. Också Marknadsdomstolen och Stockholms tingsrätt har en sådan behörighet. När artiklarna tillämpas är reglerna i konkurrenslagen om undersökningar och sanktioner m.m. tillämpliga.

Uppdraget med anledning av den nya tillämpningsförelagningen

Vikten av rättslikhet mellan det gemenskapsrättsliga regelverket och de svenska konkurrensreglerna har understrukits i flera lagstiftnings-sammanhang (se prop. 1992/93:56, s. 19 och prop. 1998/99:144, s. 43 f.) Detta möjliggör för företag och andra aktörer att arbeta med samma regler i sak, oavsett om det är EG-rätten eller svensk rätt som är tillämplig.

Förelagningen innebär en direkt reglering genom EG-rätten och får därför inte införlivas. Den nya ordningen leder dock till återverkningar för det svenska regelverket eftersom detta byggts upp med EG-rätten som förebild. Det kan tänkas att förelagningen i flera avseenden förutsätter nationella regler som redan finns eller som behöver skapas. Det kan i andra fall finnas avvikande svenska regler som bör göras konforma för att de inte skall behöva åsidosättas eller för att det i något annat avseende bedöms lämpligt.

Reglerna i konkurrenslagen om individuella undantag har tillkommit med EG-rätten som förebild. I den nya tillämpningsförelagningen föreskrivs ett ständigt gällande legalundantag för avtal som uppfyller vissa angivna förutsättningar. Motsvarande förändringar i den svenska konkurrenslagen bör övervägas. Utredaren skall således pröva om det behövs och är lämpligt att införa ett sådant legalundantag i svensk lagstiftning.

Vidare innebär den nya tillämpningsförelagningen att rätten för företag att ansöka och erhålla beslut om icke-ingripandebesked avskaffas. Även på denna punkt skall utredaren överväga lämpligheten och behovet av motsvarande ordning i svensk rätt.

Konkurrensverket har i dag befogenheter i fråga om ålägganden som motsvarar vad som hittills har gällt för kommissionen. Förändringarna ger kommissionen vissa befogenheter att vid tillämpningen av artiklarna 81 och 82 besluta om strukturella förändringar och göra företagens åtaganden bindande. Utredaren skall mot denna bakgrund bedöma om det behövs och är lämpligt att förändra även Konkurrensverkets befogenheter i dessa avseenden.

Beslut om att göra åtaganden bindande utesluter enligt den nya EG-förordningen i princip en utförligare beslutsmotivering då beslutet inte kommer att innehålla någon analys av om en överträdelse förelåg innan åtagandena lämnades eller om det föreligger en överträdelse efter åtagandena. Vikten av att utredarens analys innefattar rättssäkerhetsaspekter måste därför understrykas. Sverige får bedömas inte ha någon förpliktelse att inrätta samma ordning i fråga om beslutsmotivering.

Artikel 15 i förordningen reglerar kommissionens samarbete med nationella domstolar. Bestämmelsen innebär att förändringar i de svenska processuella reglerna på detta område måste övervägas. Exempel på ändringar och tillägg som kan behövas är regler för att göra aktuella yttranden till processmaterial, regler om parter rätt att ta del av yttranden, regler för hur kommissionens och den nationella konkurrensmyndighetens yttranden skall behandlas vid en huvudförhandling, regler för information om pågående processer samt regler för expediering av relevanta avgöranden. En särskilt viktig aspekt är att överväga bestämmelser som ger den nationella domstolen processuella befogenheter att avvisa yttranden eller dylikt som vållar olägenheter av viss betydelse i rättegången. Dessa kan yttra sig i form av förseningar, ökade kostnader för parterna eller på annat sätt. Utredaren skall analysera de frågor som kan uppkomma med anledning av de föreslagna samarbetsformerna och överväga om de svenska processuella reglerna behöver förändras samt i förekommande fall föreslå nya eller ändrade regler.

Utredaren skall därutöver analysera i vilken utsträckning de regler i konkurrenslagen som gäller förfarandet samt regler om undersökningar, sanktioner m.m. kan tillämpas och är ändamålsenliga mot bakgrund av den nya EG-förordningen. Vidare skall utredaren pröva om de regler om bistånd till kommissionen i samband med undersökningar som finns i lagen om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler bör kompletteras eller ändras.

Det står utredaren fritt att ta upp de ytterligare frågor som denne anser behöver övervägas inom ramen för uppdraget samt föreslå de ändringar av regelsystemet som bedöms motiverade.

Skadestånd

Kretsen av skadeståndsberättigade enligt konkurrenslagen

Fråga om skadestånd på grund av överträdelse av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget prövas enligt medlemsstaternas nationella lagstiftning.

Av 33 § första stycket konkurrenslagen följer att ett företag som uppsåtligt eller av oaktsamhet överträder förbudet mot konkurrensbegränsande avtal mellan företag eller missbruk av dominerande ställning skall ersätta den skada som därigenom uppkommer för ett annat företag eller en avtalspart.

Enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer har bara den som kan sägas omfattas av lagens skyddsintresse rätt till skadestånd. Hit hör enligt förarbetena till konkurrenslagen konkurrerande företag men också företag i andra eller tidigare säljled som berörs mer direkt av förfarandet. Även den som inte kan anses som företag i lagens mening, men som träffat avtal med företag som deltar i ett förbjudet samarbete, kan enligt förarbetena ha rätt till ersättning för den skada som han drabbats av till följd av det förbjudna samarbetet. Det gäller främst när det förbjudna samarbetet är inriktat på en enskild avtalssituation, varvid en förbjuden anbudskartell är ett tydligt exempel på detta. Obestämda kretsar av konsumenter som indirekt berörs av ett förbjudet samarbete har, enligt nämnda förarbeten, inte rätt till skadestånd. Det uttalas vidare att även om ett syfte med lagen är att främja det totala konsumentintresset kan dessa inte anses ingå i lagens skyddsintresse med hänsyn till lagens inriktning på förhållandena inom näringslivet. (Se prop. 1992/93:56 s. 96.)

Grupptalan

Den 1 januari 2003 trädde lagen (2002:599) om grupprättegång i kraft. En ny taleform - grupptalan - infördes. Lagen infördes som ett komplement till det vanliga rättegångsförfarandet. Syftet med reformen är ytterst att förbättra genomslagskraften hos redan gällande materiella rättsregler. Med grupptalan avses att någon utan rättegångsfullmakt för talan för medlemmarna i en grupp. Gruppmedlemmarna är inte parter i rättegången och behöver inte medverka aktivt. En dom i processen gäller mot alla som ingår i gruppen. En grupptalan kan väckas av enskilda fysiska och juridiska per-

soner (enskild grupptalan), organisationer (organisationstalan) eller myndigheter (offentlig grupptalan). Regeringen har beslutat att två myndigheter Konsumentombudsmannen och Naturvårdsverket, får föra offentlig grupptalan.

Uppdraget i fråga om skadestånd

Skadeståndet inom svensk konkurrensrätt kan sägas ha både en reparativ och en preventiv funktion. Skadeståndet och skadeståndsprocessen kan bidra med en preventionsverkan som kompletterar och förstärker de offentliga sanktionerna. I dag är kretsen av skadeståndsberättigade enligt konkurrenslagen begränsad och bestämmelsen gäller enligt förarbetena till konkurrenslagen inte obestämda kretsar av konsumenter som mer indirekt berörs av ett förbjudet samarbete.

Med grupptalaninstitutet kan en konsument som ingår i ett kollektiv och endast har lidit en mindre skada lättare ta till vara sin rätt. En utvidgning av kretsen skadeståndsberättigade enligt konkurrenslagen skulle därför kunna få ett annat genomslag med den nya lagstiftningen än vad som tidigare varit möjligt. Aspekter som måste beaktas är dock konsumenternas möjligheter att bevisa skadans storlek och orsakssambandet.

Effekterna av en ökning av kretsen skadeståndsberättigade enligt konkurrenslagen är, även med det nya institutet grupptalan, svåra att förutse. Dock kan positiva verkningar i form av ökad reparativ effekt tänkas uppstå. Även den preventiva effekten kan komma att öka eftersom företag som bryter mot konkurrenslagen utöver att betala konkurrensskadeavgift riskerar att få betala skadestånd till en bredare krets än nu. Effekterna av detta, även med det nya institutet grupptalan, är dock svåra att förutse. Mot denna bakgrund och de nya möjligheter institutet grupptalan erbjuder finns det skäl att se över konkurrenslagens skadeståndsbestämmelse i fråga om kretsen av skadeståndsberättigade. Utredaren skall göra en allsidig prövning av frågan och, om det anses lämpligt, föreslå ändrad reglering. För det fall utredaren finner att gruppen av skadeståndsberättigade bör utvidgas i fråga om konsumenter, skall utredaren också pröva om det är lämpligt att Konkurrensverket ges möjlighet att föra offentlig grupptalan enligt lagen om grupprättegång.

Andra frågor

Bakgrund

Vikten av rättslikhet mellan det gemenskapsrättsliga regelverket och de svenska konkurrensreglerna har understrukits i flera lagstiftningssammanhang. I vissa avseenden stämmer dock inte den svenska lagstiftningen med EG-rätten. Detta kan bero på medvetna ställningstaganden eller på att EG-rättslig praxis ändrats på ett sådant sätt att den svenska regleringen kan behöva omprövas.

Beräkning av böter respektive konkurrensskadeavgift i koncernförhållanden

De grundläggande förutsättningarna för att döma ut böter enligt EG-rätten respektive konkurrensskadeavgift enligt konkurrenslagen torde vara desamma. Konkurrenslagens regler om storleken på konkurrensskadeavgiften är i stort sett identiska med motsvarande bestämmelser i EG-rätten. Det finns emellertid en skillnad. Enligt förarbetena till konkurrenslagen (prop. 1992/93:56 s. 93) skall endast det berörda företags omsättning beaktas när avgiften bestäms. Enligt EG-rättslig praxis kan däremot en hel koncerns omsättning ligga till grund för beräkningen av böter. I samband med att Konkurrensverket gavs rätt att tillämpa artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget gjorde regeringen den bedömningen att konkurrenslagens nuvarande bestämmelser om konkurrensskadeavgifter var tillräckligt verkningsfulla för att kunna tillämpas på överträdelser av EG-rätten.

Prövning av accessoriska begränsningar i samband med företagskoncentrationer

En företagskoncentration skall enligt 34 a § andra stycket konkurrenslagen förbjudas om den har vissa negativa effekter på konkurrensen. Enligt 34 b § andra stycket samma lag skall ett beslut av Konkurrensverket att lämna en företagskoncentration utan åtgärd även omfatta sådana begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av den anmälda koncentrationen. Bestämmelsen infördes den 1 april 2000 i samband med övergången till begreppet företagskoncentration och motsvaras av

artikel 8.2 i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer.⁴ Regeringen ansåg att det fanns starka skäl för att även när det gäller accessoriska begränsningar införa en nationell ordning som nära överensstämmer med gemenskapsrätten. Regeringen hänvisade till att kommissionens dåvarande tillkännagivande om accessoriska begränsningar⁵ borde ge värdefull vägledning också vid prövningen av motsvarande frågor enligt konkurrenslagen och att regler borde införas om att pröva accessoriska begränsningar inom ramen för koncentrationsprövningen.

I linje med arbetet med den nya tillämpningsförordningen har kommissionen nu antagit en ny policy för behandlingen av accessoriska begränsningar⁶. I fortsättningen avser kommissionen att inte i sina beslut i koncentrationsärenden göra någon bedömning av accessoriska begränsningar.

Uppdraget i övrigt

Vikten av rättslikhet mellan det gemenskapsrättsliga regelverket och det svenska har understrukits i flera lagstiftningssammanhang samtidigt som reglerna om hur konkurrensskadeavgiftens storlek bestäms är betydelsefulla för sanktionernas effektivitet. Utredaren skall därför överväga om det finns anledning till ett annat ställningstagande än tidigare i fråga om sättet att beräkna konkurrensskadeavgiften i koncernförhållanden.

De förändringar som skett i EG-rättslig praxis när det gäller accessoriska begränsningar innebär att motsvarande förändringar bör övervägas nationellt. I detta sammanhang blir det aktuellt att se över om förändringar krävs i den svenska lagstiftningen.

Utredaren får föreslå ändringar av regelsystemet även i andra avseenden om det visar sig att det finns skillnader mellan EG-rätten och den nationella rätten.

⁴ EGT L 395, 30.12.1989 s. 1 (Celex 31989R4064).

⁵ Commission notice regarding restrictions ancillary to concentrations OJ C 203, 14.8.1993, p.5.

⁶ Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration, EGT C 188, 4.7.2001, s.5.

Konsekvensbeskrivning

Utredaren skall belysa konsekvenserna av tillämpningsförordningen och lämnade förslag för Konkurrensverkets, Stockholms tingsrätts och Marknadsdomstolens verksamhet. Utredaren skall särskilt uppmärksamma budgetära konsekvenser av sådana utbildningsinsatser som kan behövas. Utredaren skall också uppmärksamma hur förändringarna i övrigt påverkar ianspråktagandet av resurser inom Konkurrensverket och de tillämpande domstolarna. För eventuella budgetära konsekvenser skall utredaren föreslå finansiering. Utredaren skall, vad gäller redovisning av förslagets konsekvenser för små företag, samråda med Näringslivets nämnd för regelgranskning.

Redovisning av uppdraget

Utredaren skall redovisa sitt uppdrag med anledning av en ny tillämpningsförordning, där svenska regelförändringar bedöms nödvändiga inför förordningens tillämpning, senast den 31 juli 2003 och i övrigt senast den 31 januari 2004.

(Näringsdepartementet)