



# Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Lisa Slotte

Ny konkurrenskadslag  
Om möjligheter och svårigheter att få ersättning för  
konkurrensskada

Särtryck ur häfte 1/2017

# NY KONKURRENSSKADELAG

## OM MÖJLIGHETER OCH SVÅRIGHETER ATT FÅ ERSÄTTNING FÖR KONKURRENSSKADA

Av Lisa Slotte<sup>1</sup>

*Sedan år 1993 har det funnits en möjlighet att med stöd av svensk lag utkräva skadestånd för skada som orsakats av överträdelse av konkurrensrättens förbudsregler ("konkurrensskadestånd").<sup>2</sup> Trots detta har möjligheten till konkurrensskadestånd använts i mycket begränsad omfattning och det har länge uttryckts bekymmer över avsaknaden av vägledande prejudikat på området.<sup>3</sup> Konkurrensskadeståndsrätten är ett område som präglas av olika syften. Reparation och prevention gör sig gällande inom konkurrensskadeståndsrätten, liksom inom skadeståndsrätten i allmänhet. Den reparativa funktionens roll är dock inte lika självklar inom konkurrensskadeståndsrätten eftersom prevention och syftet att åstadkomma effektiv konkurrens i hög utsträckning gör anspråk på att styra skadeståndets utformning. En risk med att lagstiftningen tillämpas så sällan är att dess syften äventyras och att de intressen som lagstiftningen ämnar garantera gås om intet. Möjligen har det dock, i och med en ny lag om konkurrensskadestånd, blivit ändring på den saken. Tidigare reglerades konkurrensskadorna i konkurrenslagen (2008:579) ("KL") men sedan december 2016 har de givits en egen plats i den nya konkurrensskadelagen (2016:964) ("KSL")<sup>4</sup>. Lagen föregicks av ett EU-direktiv<sup>5</sup> med syfte att*

1 Juristexamen vid Stockholms universitet 2017 och associate på Mannheimer Swartling Advokatbyrå. Artikeln bygger på författarens examensarbete med samma namn, författad under hösten 2016. De ställningstaganden som görs i artikeln är helt och fullt författarens egna och ska inte ligga någon annan till last. Ett särskilt tack riktas till Marcus Radetzki och Teresia Danielsson för värdefulla synpunkter på detta arbete.

2 Att utkräva skadestånd p.g.a. konkurrensskada kan teoretiskt sett ha varit möjligt redan innan år 1993, då på avtalsrättslig grund eller utomobligatoriskt med stöd av allmänna regler om ren förmögenhetsskada. Med det skrivna menas att det år 1993 i KL infördes en uttrycklig möjlighet att göra detta varför det året får anses vara startskottet på rättsutvecklingen på området.

3 Se bl.a. Wahl, N., 2000, *Konkurrensskada – skadeståndsansvar vid överträdelse av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen*, Jure CLN AB, Stockholm, s. 108 [cit. Wahl, N.], Sandin, R., *Metoder för att beräkna privat konkurrensskada och krav på precision i domstol*, Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2006:1, s. 9 [cit. Konkurrensverkets rapport], Andersson, H. & Legnerfält, E., *Skadestånd vid brott mot konkurrensreglerna – ligger svensk lagstiftning i framkant?*, Europarättslig tidskrift nr 2 2006, s. 298, Lidgard, H. (2009) *Konkurrensrättsligt skadestånd*, SvJT 2009 s. 34 och Jones, C., 1999, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford University Press, New York, s. 275.

4 Författarens egen förkortning.

5 Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa

*tillförsäkra var och en som lidit konkurrensskada rätten till full ersättning och till att ge den konkurrensrättsliga unionslagstiftningen full effekt. I denna artikel görs en ansats till att utvärdera konkurrensskadelagstiftningens olika delar ur ett ändamålsperspektiv. Vid en sådan utvärdering bör den äldre såväl som den nya lagstiftningen beaktas. Även utblickar mot alternativa lösningar är av intresse för att undersöka lagstiftningens ändamålsenlighet. Efter att först ha presenterat lagstiftningens bakgrund och syfte diskuteras den skadeståndsberättigade kretsen, ansvarsförutsättningarna, beräkningsproblematiken och lagstiftningens processuella aspekter. Frågan är om den nya lagstiftningen i högre utsträckning tillgodoser konkurrensskadeståndets syften.*

## I. INTRODUKTION TILL KONKURRENSSKADELAGSTIFTNINGEN

### I.1 KONTEXT OCH FRAMVÄXT

I korthet innebär konkurrensskadeståndsrätt en möjlighet för enskilda att få skadestånd för skador som de orsakats till följd av en otillåten överträdelse av konkurrensrättsliga förbud. Konkurrensskaderätten har utvecklats parallellt i nationell rätt och EU-rätt. Ändamålet med den nationella konkurrensrätten är att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter, vilket anges i KL 1 kap. 1 §. Inom ramen för det EU-rättsliga samarbetet stadgas att ett av de grundläggande målen för gemenskapen är en fri konkurrens som främjar en effektiv resursfördelning.<sup>6</sup> Detta mål har sin bakgrund i det övergripande ändamålet för det EU-rättsliga samarbetet: en integrerad fri marknad utan handelshinder mellan medlemsstaterna. I primärrätten genomförs målet med en fri konkurrens initialt genom två grundläggande förbudsregler i artikel 101 och 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, förbudet mot konkurrensbegränsande avtal respektive förbudet mot missbruk av dominerande ställning.<sup>7</sup> KL innehåller förbudsregler motsvarande de EU-rättsliga förbuden, KL 2 kap. 1 och 7 §§.<sup>8</sup> Bestämmelserna överensstämmer med fördragsartiklarna med undantag för det s.k. *samhandelskriteriet*. Rör det sig om interna nationella förhållanden tillämpas enbart den nationella lagen, men om samhandeln mellan medlemsstater i EU potentiellt kan påverkas ska även unionsrätten tillämpas.<sup>9</sup> Den svenska konkurrensrätten är utformad

---

*regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser [cit. konkurrensskadedirektivet].*

6 Fördraget om Europeiska unionen, artikel 2.

7 Artiklarna hade tidigare numreringarna 85 och 86. Här används den nya numreringen genomgående.

8 Ds 2015:50 s. 26.

9 Bergman, M. & Carlsson, K., 2015, *Konkurrenslagen: En kommentar*, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, s. 17, 80 och 163–164 [cit. Bergman, M. & Carlsson, K.].

med den EU-rättsliga konkurrensrätten som förebild. Konkurrensskadeansvar rätten i sig har ursprung i den amerikanska federala konkurrensrätten (*antitrusträtt*), som även den stadgar ett civilrättsligt skadeståndsansvar för överträdelse av konkurrensrättsliga förbud. I amerikansk rätt betraktas överträdelse som mycket allvarliga och straffvärda varför en överträdare riskerar att betala tredubbla skadestånd (*treble damages*).<sup>10</sup>

I svensk rätt kan en överträdelse dels leda till en offentligrättslig sanktion, konkurrensskadeavgift, dels föranleda en civilrättslig skyldighet att betala konkurrensskadeansvar.<sup>11</sup> Införandet av konkurrensskadeansvaret motiverades av att man ville möjliggöra för den enskilde att själv ta tillvara sin rätt och skapa ett självgående system med incitament för enskilda näringsidkare att oberoende av Konkurrensverket ingripa mot konkurrensbegränsande förfaranden.<sup>12</sup> Den EU-rättsliga utvecklingen gick aningen långsammare men i och med EU-domstolens dom i målet *Courage mot Crehan* år 2001 introducerades konkurrensskadeansvar även på den EU-rättsliga arenan.<sup>13</sup> I målet konstaterades att den fulla verkan av förbudslagstiftningen på konkurrensrättens område skulle äventyras om inte varje person kunde begära ersättning vid skador orsakade genom en överträdelse. De praktiska verkningarna av införandet av rätten till skadestånd dröjde dock. I den s.k. Ashurst-studien genomförd på uppdrag av Europeiska kommissionen år 2004–2005 visades att det förelåg häpnadsväckande stora skillnader i regleringen av konkurrensskador i medlemsstaternas nationella rättsordningar.<sup>14</sup> Europeiska kommissionen uttalade efter studien följande i sin grönbok *Skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler* från 2005:

”Trots att gemenskapslagstiftningen således kräver ett effektivt system för ersättningsanspråk i samband med överträdelse av antitrustreglerna, är detta ett rättsområde där det i samtliga 25 medlemsstater råder ’total underutveckling’.”<sup>15</sup>

10 SOU 2004:10 s. 67.

11 Beträffande avgiften, se KL 3 kap. 5 §.

12 Prop. 1992/93:56 s. 33–34.

13 Mål C-453/99, *Courage Ltd mot Bernard Crehan*, EU:C:2001:465, p. 26.

14 Wawlbroeck, D., Slater, D. & Even-Shoshan, G., *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – comparative report*, Ashurst (2004), tillgänglig på Europeiska kommissionens hemsida: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative\\_report\\_clean\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf), hämtad den 26 mars 2017 [cit. Ashurst study].

15 Europeiska kommissionens Grönbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler, KOM(2005) 672 slutlig av den 19 december 2005, s. 4 [cit. 2005 års Grönbok].

Kommentaren om den totala underutvecklingen får främst anses syfta på att så få mål om konkurrensskadestånd väckts i EU:s medlemsstater.<sup>16</sup> Grönboken var ett led i en EU-rättslig målsättning att kartlägga hinder för ett effektivt regelverk för konkurrensskador eftersom det, trots såväl EU-rättsliga som nationella ambitioner, var ytterst få som krävde skadestånd för konkurrensskada och att skadestånd än mer sällan dömdes ut. Detta resulterade i att de skadelidande i EU uppskattningsvis gick miste om flera miljarder euro i omsättning varje år. Den ”totala underutvecklingen” ansågs dels bero på att den sakliga och ekonomiska analys som krävs i konkurrensskademål är mycket komplicerad, dels på karendens bristande tillgång till bevismaterial.<sup>17</sup> Även nationellt förekom kritik mot lagstiftningen och bekymmer uttrycktes över bristen på praktisk tillämpning. I en rapport från Konkurrensverket år 2006, då konkurrensskadestånd ännu aldrig hade dömts ut av en svensk domstol, beklagade man att förarbeten och praxis teg avseende tillvägagångssätt för beräkning av ersättning.<sup>18</sup> Kommissionen angav att de åtgärder som skulle råda bot på det otillfredsställande rättsläget skulle ha sina rötter i europeisk rättskultur och återspegla en s.k. ”genuint europeisk lösning”.<sup>19</sup> I detta går att utläsa att man inte åsyftade någon amerikansk motsvarighet i EU. USA har visserligen ett väsentligt högre antal skadeståndsmål men den amerikanska antitrustlagstiftningen innehåller aspekter som är mycket främmande för de europeiska rättstraditionerna varför en amerikansk motsvarighet inte varit ifråga för europeisk del.<sup>20</sup> Det senaste EU-rättsliga krafttaget är *Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser* (”konkurrensskadedirektivet”)<sup>21</sup>. I Sverige har direktivet införlivats genom KSL.

## 1.2 KONKURRENSSKADESTÅNDETS SYFTEN OCH FUNKTIONER

Konkurrensskadestånd har både ett reparativt och ett preventivt syfte.<sup>22</sup> *Reparation* innebär att den skadelidande ska kompenseras ekonomiskt för sin skada och försättas i samma situation som om skadan inte hade

---

16 Ashurst study, s. 1.

17 Europeiska kommissionens *Vitbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler*, KOM(2008) 165 slutlig av den 2 april 2008, s. 2 [cit. 2008 års Vitbok].

18 Konkurrensverkets rapport, s. 9.

19 2008 års Vitbok, s. 3.

20 Bernitz, U., *Det nya direktivet om konkurrensrättslig skadeståndstalan – Bakgrund, huvudlinjer och genomförande*, Europarättslig tidskrift nr 3 2015, s. 497–498 [cit. Bernitz, U.].

21 Författarens egen förkortning.

22 Prop. 1992/93:56 s. 33–34.

ägt rum.<sup>23</sup> Med det preventiva syftet menas att skadeståndet ska verka avhållande för framtida överträdelser.<sup>24</sup> Konkurrensskadeståndet syftar även till att upprätthålla en *effektiv konkurrens* genom att komplettera den offentligrättsliga övervakningen av konkurrensrätten och ge incitament till enskilda att på egen hand beivra överträdelser.<sup>25</sup> Tanken har också varit att skadeståndet får en sådan utformning att det blir *självgående*, m.a.o. oberoende av offentliga myndigheters ingripanden.<sup>26</sup> Från EU-rättsligt håll har dessa syften återgivits bl.a. i 2005 års grönbok där det angavs att skadeståndssanktionen både åsyftade kompensation för de skadelidande och en garanti för fördragsreglernas efterlevnad.<sup>27</sup>

”Om det blir enklare att väcka talan vid brott mot antitrustlagstiftningen kommer det inte bara att bli lättare för konsumenter och företag som har lidit skada i samband med överträdelser av antitrustreglerna att få ersättning från den som har begått överträdelsen, utan det kommer också att innebära en förstärkning av hela tillämpningen och efterlevnaden av antitrustlagstiftningen.”<sup>28</sup>

Här tycks man förutsätta att de huvudsakliga syftena går hand i hand – om man säkerställer att skadelidande får full ersättning och har tillgång till ett rättssystem där man enkelt och effektivt kan utkräva skadestånd ger det per automatik bättre efterlevnad av EU:s konkurrensregler eftersom risken för skadeståndsansvar även avskräcker potentiella överträdare. Detta skulle i slutändan leda till en sund konkurrens, ekonomisk effektivitet och bättre förutsättningar för konsumenterna.<sup>29</sup> Alla delar dock inte denna bild. Som vi ska se nedan (avsnitt 2) kan vitt skilda lösningar åstadkommas beroende på vilket syfte som tillmätts störst vikt.

I KSL anges inte lagens syften uttryckligen men de kommer till uttryck i direktivet. Artikel 1.1 ger uttryck för reparationssyftet och anger att de som lidit konkurrensskada ska kunna kräva full ersättning. Därtill anges att en sund konkurrens på den inre marknaden eftersträvas med direktivet. Vad som enligt min mening framför allt är märkbart är att direktivet i hög grad ger uttryck

23 Hellner, J. & Radetzki, M., 2010, *Skadeståndsrätt*, 8 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, s. 39–40 [cit. Hellner, J. & Radetzki, M.].

24 A.a., s. 42–45.

25 Se t.ex. SOU 2004:10 s. 78, EU-domstolens dom i mål C-557/12, *Kone AG m.fl. mot ÖBB Infrastruktur AG*, EU:C:2014:1317, p. 23.

26 Prop. 1992/93:56 s. 33–34.

27 2005 års Grönbok, s. 4.

28 2005 års Grönbok, s. 3.

29 2008 års Vitbok, s. 3.

för syftet att upprätthålla en effektiv konkurrens. Med detta är inte sagt att de andra syftena inte givits genomslag på området. I sin helhet kan sägas att den svenska konkurrenskaodelagstiftningen kommit att präglas av reparation, men vad gäller direktivet menar jag att det bär tydliga spår av intresset av en effektiv konkurrens. Exempel på detta är reglerna om solidariskt ansvar (avsnitt 3.4), editionsbegränsningarna (avsnitt 5.1) och den nya regleringen om bindande verkan av nationella beslut (avsnitt 5.2). Det är tydligt att det skadeståndsrättsliga regelverket existerar som en integrerad del av konkurrensrättens större kontext och att lösningar med preventiva och reparativa hänsyn till förmån för de skadelidande inte får försvåra den offentlighetsrättsliga övervakningen.

## 2. DEN SKADESTÅNDSBERÄTTIGADE KRETSEN

### 2.1 TALERÄTTSMONOPOL FÖR DIREKT SKADELIDANDE?

Idag har *var och en* som lider konkurrensskada rätt att väcka talan om skadestånd.<sup>30</sup> En sådan ordning är dock inte en självklarhet eftersom det kan finnas preventions- och effektivitetsfördelar med ett "talerättsmonopol" för de direkt skadelidande, som normalt har långt bättre förutsättningar att visa skada, där de indirekt skadelidande inte skulle erkännas talerätt. Wahl förespråkar, ur ett processekonomiskt perspektiv, en begränsad krets skadeståndsberättigade där enbart de som med lätthet kunde upptäcka skadan och driva en skadeståndsprocess skulle omfattas.<sup>31</sup> Indirekt skadelidande är sådana köpare eller leverantörer som befinner sig längre ifrån överträdaren i distributionskedjan och som inte är direkta avtalsparter med överträdaren. De indirekt skadelidande drabbas av skada genom s.k. övervältring vilket kan förklaras genom följande fiktiva exempel: ett företag (A) drabbas av konkurrensskada som beror på att deltagarna i en priskartell överenskommit om högre priser för en produkt som A är köpare av. Företaget A säljer produkterna vidare ytterligare ett led, till slutkunderna som är konsumenter. För att täcka de högre inköpspriserna säljer företaget A produkten till ett högre pris än vad som annars skulle tillämpats. Om den förlust som företaget A gör helt går att föra vidare till konsumenterna kan det ifrågasättas varför företaget A skulle vara ersättningsberättigat eftersom skadan inte drabbar A utan konsumenterna.<sup>32</sup> Övervältring innebär alltså att

---

30 EU-domstolens dom i mål C-295/04, *Vincenzo Manfredi mot Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA och Antonio Cannito mot Fondiaria Sai SpA och Nicoló Tricarico och Pasqualina Murgolo mot Assitalia SpA*, EU:C:2006:461, p. 63 och 2008 års Vitbok, s. 2.

31 Wahl, N., s. 52. Se även Cengiz, F., *Passing-On Defence and Indirect Purchaser Standing in Actions for Damages against the Violations of Competition Law: What Can the EC Learn from the US?*, CCP Working Paper nr 07-21, s. 8 [cit. Cengiz, F.].

32 Scenariot är förenklat, enbart det faktum att det direkt skadelidande företaget lyckats övervältra skada till en indirekt skadelidande innebär inte att det inte kan ha lidit skada av andra skäl, t.ex. minskad försäljning p.g.a. de högre priserna.

skadan på detta sätt stjälpas vidare av den som först lidit skada och det har länge diskuterats hur detta ska hanteras.<sup>33</sup> Frågeställningen har två sidor – ska den indirekt skadelidande ha talerätt, och ska svaranden ha möjlighet att åberopa övervältring som argument mot att den direkt skadelidande kâranden lidit en ersättningsgill skada?

Ur ett svenskt perspektiv kan synen på ett talerätsmonopol tyckas främmande eftersom det kan innebära att de som faktiskt lider skada många gånger inte kan begära ersättning, vilket strider mot hela den reparativa tanken. Wahl, som generellt kan sägas förespråka ett högre inslag av prevention på området, anser att det finns goda skäl för att begränsa skadelidandekretsen till att enbart avse de direkt skadelidande så att endast *en* part är berättigad att föra talan för hela skadan. Han är av denna åsikt eftersom han menar att ett rent reparativt system inte i tillräcklig utsträckning skulle verka avhållande för överträdare medan däremot ett preventivt system skulle innebära färre konkurrensbegränsningar.<sup>34</sup> Ett resonemang baserat på det reparativa syftet innebär inget talerätsmonopol men medför andra problematiska frågor. När skadeståndet syftar till att kompensera den skadelidande finns det inget intresse av att ge skadestånd åt det direkt skadelidande företaget som övervältrat skadan vidare. De som lidit ersättningsgilla skador i ett sådant scenario är istället de som betalat högre priser på sina varor eller tjänster till följd av överträdelsen. Det ska noteras att verkligheten ofta är mer komplicerad än det ovan nämnda exemplet och att den indirekt skadelidande inte sällan befinner sig många led ifrån överträdelsen.<sup>35</sup> Indirekta köpare och avtalsparter som befinner sig långt ifrån överträdaren i distributionskedjan möter stora svårigheter med att bevisa att de lidit en skada och hur stor denna skada är. Lyckas inte de indirekt skadelidande visa att de drabbats av konkurrensskada samtidigt som överträdaren kan åberopa övervältring i en process med den direkt skadelidande kan det innebära att skadestånd inte kan dömas ut i någon av processerna. Detta skulle i sin tur innebära en orättmätig vinst för överträdarföretaget som undkommer ansvar.

33 Se bl.a. Wahl, N., s. 48, Cengiz, F., SOU 2004:10 s. 70 och Europeiska kommissionens Arbetsdokument från kommissionens avdelningar – *Praktisk vägledning för beräkning av skada vid skadeståndstalan vid överträdelse av artikel 101 eller 102 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt*. Följedokument till Europeiska kommissionens meddelande om beräkning av skada vid skadeståndstalan vid överträdelse av artikel 101 eller 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, C 157/07 av den 13 juni 2013, s. 160–169 [cit. Riktlinjerna].

34 Wahl, N., s. 48 ff.

35 Cengiz, F., s. 8.



Den reparativa lösningen står i kontrast till den amerikanska antitrustlagstiftningen där prevention spelar en större roll. Där har argument om övervältring som åberopats av svaranden underkänts i USA:s högsta domstol, som resonerat att om sådana invändningar skulle godkännas skulle bevisfrågorna i konkurrensskademålen bli alltför avancerade, vilket skulle leda till att överträdaren gör en vinst.<sup>36</sup> Europa och USA präglas dock av helt olika rättspolitiska kulturer och konkurrensbegränsande beteenden ses som mycket mer klander- och straffvärda i amerikansk rätt jämfört med europeisk rätt. Wahl anser att det är mer rimligt om den direkt skadelidande, som förvisso kan ha övervältrat en del eller hela sin skada, överkompenseras och gör en obehörig vinst än att den klandervärda överträdaren gör en sådan vinst genom ett system där skadan är så svårbevisad att överträdaren undkommer ansvar.<sup>37</sup> Det är helt enkelt bättre att den direkt skadelidande gör en obehörig vinst än att överträdaren gör det.<sup>38</sup> Att motverka vinster för överträdarföretag är även syftet med konkurrens-skadeavgiften.<sup>39</sup> Det kan därför, mot Wahls argument, hävdas att obehöriga vinster inte är önskvärda oavsett skuld och att obehöriga vinster hos överträdaren tas om hand inom ramen för den offentligt rättsliga regleringen.

## 2.2 ÖVERVÄLTRINGSREGLERINGEN I KSL

KSL introducerar uttryckliga lagbestämmelser om övervältring. I direktivet anges att skada som drabbat den direkt skadelidande men som övervältrats inte ska ersättas hos denne. Detta återspeglar principen om full ersättning, reparationssyftet och tanken om att den skadelidande inte ska överkompenseras. Argument om övervältring som försvar tillåts uttryckligen och det åligger svaranden i en process med den direkt skadelidande att bevisa förekomsten och omfattningen av en övervältring om denne påstår att övervältring har skett.<sup>40</sup> KSL 3 kap. 2 § anger att om anspråk på ersättning för faktisk skada omfattar ett över- eller underpris ska ersättningen minska med ett belopp som motsvarar den delen av över- eller underpriset som den direkt skadelidande övervältrat på sina köpare eller leverantörer förutsatt att svaranden kan bevisa detta. I konkurrensskadedirektivet artikel 12 anges också att situationer där överträdaren undkommer ansvar ska undvikas. Detta åstadkoms bl.a. genom att bevislätnadsregler har införts för indirekt skadelidande. KSL 3 kap. 5 och 6 §§ gäller för indirekta köpare respektive

---

36 Se avgörandena *Hanover Shoe, Inc. mot United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968) och *Illinois Brick Co. mot Illinois*, 431 U.S. 720 (1977). Se även SOU 2004:10 s. 70.

37 Wahl, N., *Skadestånd i konkurrensrättsmål*, Europarättslig tidskrift nr 4 2001, s. 578–579.

38 SOU 2004:10 s. 67–72, SOU 2006:99 s. 203 och 2008 års Vitbok, s. 9.

39 Bergman, M. & Carlsson, K., s. 448.

40 Konkurrensskadedirektivet, artikel 13.1 och skäl (39).

leverantörer och innebär att ett över- respektive underpris anses ha övervälrats på dem såvida de kan visa att överträdelsen lett till ett över- eller underpris hos den direkta köparen eller leverantören (se avsnitt 4).<sup>41</sup> Genom dessa motbevisbara presumptioner kan man komma till bukt med den problematik som diskuterades ovan, att risken med att tillåta övervärling skulle bli att ingen fick skadestånd eftersom de indirekt skadelidande har så svårt att bevisa sin skada. Detta innebär sannolikt en mer ändamålsenlig reglering eftersom både reparations- och preventionsintresset gynnas av att de indirekt skadelidande ges förbättrade möjligheter att nå framgång med sina skadeståndsanspråk.

Redan i kommissionens vitbok *Skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler år 2008* talas om en genuint europeisk lösning för konkurrensskadestånd i Europa.<sup>42</sup> Den lösning som valts, med det reparativa syftet som ledstjärna, ligger visserligen i linje med svensk rättstradition men det är inte alltid det mest effektiva sättet att uppnå konkurrenslagstiftningens övriga syften. Konkurrensskadedirektivet är ett steg i riktning mot en europeisk lösning men det bör ändå påpekas att det finns en risk att skadorna inte ersätts över huvud taget p.g.a. bevissvårigheter och obenägenhet hos de indirekt skadelidande att väcka talan. Praxis på konkurrensskadeområdet är gles och målen drivs av de bolag som kan bära risken för en förlust och har möjlighet att insamla det omfattande bevismaterial som krävs. Transaktionskostnaderna blir för höga för att mindre resursstarka företag ska känna sig manade att väcka talan. Lite talar för att indirekt skadelidande, som var och en bär en mindre del av skadan, skulle väcka talan om konkurrensskadestånd. Det kan argumenteras för att det krävs ett talerättsmonopol för de direkt skadelidande för att på så vis åstadkomma maximal prevention eftersom de direkt skadelidande har överlägset bäst förutsättningar att nå framgång med sina skadeståndsanspråk.<sup>43</sup> Rent samhällsekonomiskt torde även denna lösning vara mer fördelaktig eftersom hela skadan samlas i samma process. En lösning på detta problem är möjligheten till grupptalan enligt lag (2002:599) om grupprättegång. I USA har motsvarigheten *class action* kommit till stor användning inom antitrusträtten och lyfts fram som ett av de viktigaste skälen till att konkurrensskadeståndsmålen är så vanliga där.<sup>44</sup> Att *class actions* är så mycket vanligare

41 Konkurrensskadedirektivet, artikel 14 och skäl (41).

42 2008 års Vitbok, s. 3.

43 Cengiz, F., s. 9.

44 Venit, J. (2003) *Brave new world: The modernization and decentralization of enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, Common Market Law Review vol. 40 nr 3, s. 572 [cit. Venit, J.], Wils, W. (2000) *The Modernization 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,*

i USA beror sannolikt delvis på att USA präglas av en stark konkurrenskultur, en mer kärandevänlig civilprocessreglering och att amerikanska skadelidande anses mer processbenägna.<sup>45</sup> Att skadestånden är tredubblade i USA har givetvis också en stor betydelse. I svensk rätt synes möjligheten till grupptalan aldrig ha utnyttjats.<sup>46</sup>

Med KSL är det min uppfattning att man tillskapat ett system som är i koherens med den svenska skadeståndsrätten i övrigt och ett system som dessutom eftersträvar att hantera de problem som uppstår med en reparativ lösning. Den motsatta lösningen hade inneburit att en stor del av de som lider de faktiska skadorna aldrig skulle ha möjlighet att få ersättning, vilket skulle ligga alltför långt ifrån den svenska modellen där reparation är så centralt. Mot detta måste givetvis invändas att de indirekt skadelidande i stor utsträckning troligen inte heller får ersättning i och med att så få väcker talan om skadestånd. Det måste därför ifrågasättas huruvida lösningen är ändamålsenlig i praktiken.<sup>47</sup> Ett system där var och en kan få ersättning för sina skador kan vid en snabb anblick tyckas uteslutande positivt eftersom fler skadestandsprocesser sannolikt väcks om fler har denna möjlighet. Mot bakgrund av det som ovan diskuterats vet vi att lösningen inte är fullt så enkel. Att var och en ska ges möjligheten att få skadestånd stämmer som sagt väl överens med reparationstanken men för att uppnå något mått av prevention krävs även regler som underlättar för de indirekt skadelidande. Genom den övervältringsreglering som införs genom KSL görs en ansats att hjälpa de skadelidande i bevishänseende, vilket förhoppningsvis leder till att antalet enskilda initiativ mot överträdelse ökar.

### 3. ANSVARSFÖRUTSÄTTNINGAR

#### 3.1 KONKURRENSSKADORNAS KARAKTÄR OCH UPPKOMST

Sedan den 27 december 2016 regleras konkurrensskadestånd i KSL vars 2 kap. 1 § stadgar att:

Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet gör sig skyldig till en överträdelse, ska ersätta den skada som uppkommer genom överträdelser.

---

Fondham International Law Journal vol. 24, nr 5, s. 1704 [cit. Wils, W.] och SOU 2004:10 s. 72.

45 SOU 2004:10 s. 68 och Lindblom, P.H. (2005) *Lagen om grupprättegång – bakgrund och framtid*, SvJT 2005 s. 138.

46 Eklund, E. & Jansson, O. (2014) *Ökade möjligheter att kräva skadestånd vid konkurrensrättsliga överträdelse inom EU – hot eller möjligheter för ditt företag?*, Delphi Nyheter, tillgänglig på: [http://delphi.se/\\$-1/file/nyhetsbrev/2014/1406-elisabetheklundoscarjansson-konkurrensrattsligaovertradelser.pdf](http://delphi.se/$-1/file/nyhetsbrev/2014/1406-elisabetheklundoscarjansson-konkurrensrattsligaovertradelser.pdf), s. 5, hämtad den 22 april 2017, [cit. Eklund, E. & Jansson, O.].

47 2008 års Vitbok, s. 2.

Bestämmelsen återspeglar i allt väsentligt vad som gällde även enligt tidigare reglering i dåvarande KL 3 kap. 25 §. En förutsättning för att ersättningsansvar ska vara för handen är att skadan uppkommit till följd av en *överträdelse* av konkurrensrätten. Detta innebär alltså att en skada av ett visst slag krävs för att ersättningsansvar ska inträda. Det krävs även adekvat kausalitet mellan överträdelsen och skadan, d.v.s. ett krav på orsakssamband där alltför avlägsna och opåräknliga följder utesluts.<sup>48</sup> Därtill tillämpas den s.k. normskyddsläran som innebär att i och för sig påräkneliga skador ändå inte ersätts eftersom de inte omfattas av skyddsändamålet för den ifrågakvarande skadeståndsregeln.<sup>49</sup> Den typ av skador som normalt är ifråga är rena förmögenhetsskador, d.v.s. skador som uppkommer utan samband med att någon samtidigt lider en person- eller sakskada (se skadeståndslagen [1972:207] [”SkL”] 1 kap. 2 §).<sup>50</sup> Det bör även nämnas att konkurrensöverträdelser ofta innebär skada för samhällsekonomin och marknaden men det är dock inte denna typ av ”samhällsskador” som ersätts inom ramen för konkurrensskadestånd i Sverige utan dessa tillgodoses främst genom den offentlighetsregleringen.<sup>51</sup>

Generellt kan sägas att konkurrensskador kan uppkomma på många olika sätt och dessutom är de svårupptäckta.<sup>52</sup> Två huvudkategorier av ageranden som kan orsaka konkurrensskada kan nämnas, dels *prishöjande åtgärder*, dels *utestängande åtgärder*.<sup>53</sup> Exempel på den första kategorin är då aktörer i en priskartell gemensamt överenskommer om att höja priserna för sina köpare. Höjda priser kan också orsakas av att konkurrerande företag ingår horisontella avtal om uppdelning av marknaden vilket innebär snedvriden konkurrens, vilket i sin tur ofta medför högre priser än vad som hade förekommit på en marknad med perfekt konkurrens.<sup>54</sup> Gemensamt för utestängande åtgärder är att dominerande företag på olika sätt förmår stärka sin egen ställning

48 Prop. 1992/93:56 s. 96 och Schultz, M. (2011) *Kausalitetspraktikan*, SvJT 2011 s. 465.

49 Hellner, J., & Radetzki, M., s. 204–207 och 210–212. Detta kan jämföras med den amerikanska federala antitrusträtten som föreskriver att det är fråga om en s.k. *antitrust injury*. För fördjupning se avgörandet *Brunswick Corp. mot Pueblo Bowl-O-Mat Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

50 Prop. 1992/93 s. 96. Se även Bergman, M. & Carlsson, K., s. 510.

51 Lidgard, H.H. & Levinsohn, M. (2002) *Skadestånd som sanktion mot karteller*, Konkurrensverkets A4-serie, s. 11–13 och Wahl, N., s. 31.

52 Jones, A. & Sufrin, B., 2014, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, uppl. 5, Oxford University Press, Oxford, s. 677.

53 Denna indelning följer av Riktlinjerna, s. 14 och 43–69.

54 För exempel på skada p.g.a. prishöjning i svensk rättspraxis, se MD 2009:11 och Stockholms tingsrätt dom den 10 juli 2007 i mål nr T 5467-03, *Konkurrensverket mot NCCAB m.fl.* samt Stockholms tingsrätt mål nr T 7896-02, *Hydro Aluminium Sverige AB och Energi E2 A/S mot Staten genom Affärsverket svenska kraftnät* (förlikt).

på marknaden och minska marknadsandelarna för sina konkurrenter.<sup>55</sup> Konkurrenterna drabbas av utebliven vinst exempelvis p.g.a. att prissättningen påverkas och inte minst p.g.a. att de riskerar att utestängas helt från marknaden och därmed tvingas i konkurs.<sup>56</sup>

## 3.2 KRAVET PÅ CULPA

### 3.2.1 EU-RÄTTSLIGT OCH NATIONELLT

KSL 2 kap. 1 § föreskriver att skadeståndsansvar förutsätter uppsåt eller oaktsamhet (culpa).<sup>57</sup> Denna ansvarsförutsättning har behållits i den svenska konkurrensskaderätten trots visst motstånd. Det kan ifrågasättas om ett culpaansvar är det mest ändamålsenliga alternativet sett till konkurrensskadestiftningens syften. EU-rätten ställer inte krav på att de nationella rättsordningarna ska tillämpa ett culpakrav men föreskriver vissa villkor för de medlemsstater som valt en sådan lösning. Principerna om ändamålsenlighet och likvärdighet ska beaktas och så även EU-domstolens praxis. Ändamålsenlighetsprincipen innebär att det inte ska vara praktiskt omöjligt eller överdrivet svårt att utöva den rätt till full ersättning som följer av unionsrätten. Likvärdighetsprincipen innebär i sin tur att nationella regler gällande skadestånd för överträdelse av de unionsrättsliga konkurrensförbuden inte får vara mindre fördelaktiga än regler beträffande överträdelse av motsvarande nationell rätt.<sup>58</sup> Så länge som dessa villkor tillgodoses står det medlemsstaterna fritt att själva bestämma ansvarsgrund.

### 3.2.2 CULPÖST SUBJEKT

Sedan tidigare gäller att om ansvarssubjektet var en juridisk person i form av ett företag skulle culpa konstateras hos en person som intar en ledande ställning i den juridiska personen.<sup>59</sup> I detta avseende innebär KSL ingen skillnad men en intressant aspekt i sammanhanget är att culpakravet har tolkats annorlunda i praxis än vad som står angivet i förarbetena. I två mål om

---

55 För exempel på skada p.g.a. utestängande åtgärder i svensk rättspraxis, se Stockholms tingsrätt mål nr T 8-738-96, *CityMail Sweden AB mot Posten Sverige AB* (förlikt), Stockholms tingsrätt mål nr T 8-1093-98, *BK Tåg mot Statens Järnvägar* (förlikt), Stockholms tingsrätt dom den 7 februari 2014 i mål nr T 20621-10, *Verizon Sweden Aktiefbolag mot Tele2 Sverige Aktiefbolag*, Stockholms tingsrätt dom den 7 mars 2016 i mål nr T 15382-06, *Yarps Network Services AB mot TeliaSonera Aktiefbolag*, s. 132 [cit. Yarps] och Stockholms tingsrätt dom den 26 maj 2016 i mål nr T-10956-05, *Tele2 Sverige Aktiefbolag mot Telia Company AB*, s. 142 [cit. Tele2].

56 Riktlinjerna, s. 14 och 56.

57 För beskrivning av begreppet, se Hellner, J. & Radetzki, M., s. 127.

58 Se t.ex. prop. 2016/17:9 s. 23.

59 Prop. 1992/93:56 s. 96. Se även prop. 2016/17:9 s. 27.

konkurrensskadestånd mot TeliaSonera från Stockholms tingsrätt år 2016 resonerade tingsrätten som följer:

”I förarbetena till såväl skadeståndsbestämmelsen som bestämmelsen om konkurrensskadeavgift utgår man alltså från att uppsåtet eller oaktsamheten ska kunna hänföras till en viss individ. Kravet har dock inte tillämpats på sådant sätt av domstolarna. När det gäller konkurrensskadeavgift görs prövningen i stället, enligt praxis, med utgångspunkt i företaget som sådant, utan att någon viss individ identifieras. [...] Det finns inte lika många avgöranden som gäller skadestånd på grund av överträdelser av konkurrensrätten. Den begränsade praxis som finns talar dock för att kravet på uppsåt eller oaktsamhet bör tillämpas på motsvarande sätt när det gäller skadestånd.”<sup>60</sup>

Att culpa således ska konstateras hos ”företaget som sådant” kan förefalla märkligt men kan möjligen jämföras med det som inom ramen för principalansvaret kallas för anonym culpa där culpa kan konstateras hos ett bolag, en kommun eller staten utan att en culpös individ kan identifieras.<sup>61</sup> Att domstolarna frångått lagens förarbeten kan ändå tyckas anmärkningsvärt, särskilt då det generellt kan sägas att svenska domstolar i hög utsträckning ger uttryck för en stark bundenhet till motivuttalanden.<sup>62</sup> En möjlig förklaring till varför domstolen gjort en sådan bedömning kan förklaras utifrån en jämförelse med den bedömning som görs i konkurrensavgiftsmålen. Även för utdömande av konkurrensskadeavgift krävs culpa men där räcker det att culpa kan konstateras hos företaget som sådant.<sup>63</sup> I avgiftsmålet mellan Konkurrensverket och TeliaSonera konstaterade Marknadsdomstolen att kravet på oaktsamhet är uppfyllt om företaget, eller någon som handlat å företagets vägnar, bort förstå att ett förfarande begränsat konkurrensen. Därtill yttrade domstolen att ett företag i princip känner till sina egna kostnader vilket även TeliaSonera ansågs göra och kunde därmed anses ha handlat oaktsamt.<sup>64</sup> Förklaringen kan också till viss del vara att denna lösning leder till mest rimliga resultat om man istället för att försöka identifiera en oaktsam individ som handlar för företagets räkning konstaterar culpa hos företaget som sådant. Vid överträdelser av de handlingsnormer som här är ifråga

60 Yarps, s. 136 och Tele2, s. 145.

61 Hellner, J. & Radetzki, M., s. 160 och SOU 1964:31 s. 79.

62 Bratt, P. & Tiberg, H. (1989) *Domare och lagmotiv*, SvJT 1989 s. 408.

63 Bergman, M. & Carlsson, K., s. 447–450.

64 MD 2013:5, p. 284–286. Se även EU-domstolens förhandsavgörande i mål C-52/09, *Konkurrensverket mot TeliaSonera AB*, p. 45 och Bergman, M. & Carlsson, K., s. 452–454.

kanske en sådan culpabedömning, som är strängare mot överträdaren då denne får mindre utrymme för snedsteg, är motiverad.<sup>65</sup> I förarbetena till KSL uppmärksammades det faktum att domstolarna frångått förarbetena och valt en tillämpning som liknar den i avgiftsmålen och det konstaterades att så länge som samma bedömning skulle göras vid en tillämpning av den EU-rättsliga regleringen är tillämpningen förenlig med ändamålsenlighetsprincipen.<sup>66</sup> Vi kan därför förvänta oss att fortsätta se denna typ av bedömning framöver även i skadeståndsmål enligt KSL.

### 3.2.3 EN ÄNDAMÅLSENLIG LÖSNING?

Ansvarsgrunden skiljer sig åt mellan EU:s medlemsstater. I många medlemsstater återfinns ett krav på culpa och bland dessa föreskriver vissa en presumption för culpa då ett företag agerat i strid med konkurrensrättens förbud.<sup>67</sup> Ansvarsgrunden har diskuterats inom EU under en längre tid och ett av förslagen har varit att använda sig av ett strikt ansvar.<sup>68</sup> Kommissionen föreslog i 2008 års vitbok en lösning där en överträdare endast kan undgå ansvar om denne gjort ett ”verkligt ursäktligt fel”. Ett fel var ursäktligt om en omdömesgill och omsorgsfull person inte skulle ha varit medveten om att beteendet var konkurrensbegränsande.<sup>69</sup> Frågan om ansvarsgrund lämnades dock åt medlemsstaterna vilket för svensk rätt innebar ett bibehållet culpa-krav.<sup>70</sup> Wahl förespråkar en inte alltför sträng tillämpning av culpaprekvisitet och att överträdare endast i undantagsfall ska kunna undgå skadeståndsansvar. Det långtgående ansvar som Wahl förespråkar ligger närmare ett strikt ansvar än vad lagens ordalydelse ger uttryck för men han menar att kravet på culpa i svensk rätt är uttunnat bl.a. mot bakgrund av att EU-rätten inte innehåller motsvarande krav.<sup>71</sup>

Alternativet strikt ansvar lyftes av några remissinstanser inför KSL:s införande dels p.g.a. svårigheterna med att fastställa culpa hos en juridisk person och dels eftersom ett strikt ansvar är lämpligt ur ett skadelidandeperspektiv.<sup>72</sup> Wahl förespråkar ett strikt ansvar då detta skulle betona lagstiftningens preventiva syfte mot bakgrund av det klandervärda i att företag gör vinst genom att bryta mot konkurrensrättens regler.<sup>73</sup> Ett strikt ansvar kan anses

---

65 Hellner, J. & Radetzki, M., s. 128–131.

66 Ds 2015:50 s. 42 och prop. 2016/17:9 s. 30.

67 2005 års Grönbok, s. 6 och Ds 2015:50 s. 37–38.

68 2005 års Grönbok, s. 6–7.

69 2008 års Vitbok, s. 7 och Ds 2015:50 s. 38.

70 Prop. 2016/17:9 s. 29 f.

71 Wahl, N., s. 209–236.

72 Prop. 2016/17:9 s. 29.

73 Wahl, N., s. 211.

som mer ändamålsenligt både ur reparations- och preventionssynpunkt – den skadelidande behöver inte bevisa culpa hos sin motpart, vilket underlättar processen för denne och detta i sin tur kan innebära att möjligheten för den skadelidande att få sin skada reparerad är större. Presumptiva överträdare som axlar ett så strängt ansvar får då anledning att i ännu större utsträckning undvika konkurrensbegränsande beteenden. Mot remissinstansernas förslag hävdade regeringen att ett strikt ansvar skulle strida mot svensk rättstradition då ett sådant ansvar främst aktualiseras vid olika typer av farlig verksamhet. Strikt ansvar motiveras annars med att en viss aktivitet är förknippad med en viss risk som fordrar krav på stor aktsamhet.<sup>74</sup> Ett strikt ansvar skulle också riskera att leda till tillämpningssvårigheter för domstolarna som redan har ont om vägledande praxis. Att införa ett strikt ansvar i strid med svensk rättstradition skulle innebära att domstolarna inte kan använda sig av praxis från närallgande rättsområden vid svåra bedömningar där de direkt tillämpliga rättskällorna tigger. Ett starkt vägande skäl mot införandet av ett strikt ansvar är att det riskerar att hämma konkurrensen. Ett agerande som i vissa fall är förbjudet är i andra fall rentav konkurrensfrämjande och fullt tillåtet, och om ansvaret vore strikt skulle utrymmet för misstag bli obefintligt.<sup>75</sup> Detta skulle kunna leda till att företag undviker ett visst handlande som skulle främja konkurrensen för att företag riskerar att drabbas av skadeståndsanspråk.

Ytterligare ett alternativ som föreslagits men som varken lett till lagstiftningsåtgärder eller närmare utredning är presumtionsansvaret, alltså ett culpaansvar med omkastad bevisbörda.<sup>76</sup> Denna ansvarsform är mest lik det EU-rättsliga förslaget där överträdaren undantagsvis kan undkomma ansvar genom att visa att denne gjort ett verkligt ursäktligt fel. Med denna ansvarsform finns fortfarande en ventil för misstag samtidigt som den skadelidande slipper föra bevisning om förekomsten av culpa hos överträdaren. Dessutom åstadkoms en åtstramning av ansvaret för att betona det preventiva syftet med lagstiftningen och inte minst kommer man åt problemet med att det bevismaterial som krävs ofta finns hos svaranden och är oåtkomligt för käranden. I direktivet talas det om att det föreligger en informationsasymmetri mellan parterna. Om den potentiella överträdaren har tillgång till majoriteten av det material som är relevant har denne bättre förutsättningar än den skadelidande att föra bevisning i skuldfrågan.<sup>77</sup> Det anförda leder till slutsatsen att även ett presumtionsansvar skulle vara mer ändamålsenligt inte minst eftersom det leder till ett högre mått av prevention. Orsaken till att presumtionsansvaret inte införts

74 Hellner, J. & Radetzki, M., s. 174.

75 Prop. 2016/17:9 s. 29.

76 A. prop.

77 Konkurrensskadedirektivet, skäl (15) och (46)–(47).



torde stå att finna i de ovanstående skälen mot strikt ansvar, en culpagrund är mest förenlig med svensk rättstradition och dessutom finns inget krav från EU att ändra den nationella lagstiftningen. Presumtionsansvar är också relativt ovanligt i svensk rätt, med undantag för principen att den som omhändertar egendom ska exculpera sig om egendomen förstörs.<sup>78</sup>

Ett krav på culpa strider alltså inte i sig mot direktivet.<sup>79</sup> I departementspromemorian undersöktes om kravet på culpa kunde anses strida mot EU-domstolens praxis med slutsatsen att EU-domstolen inte uttryckligen tagit ställning i frågan, varför kravet på culpa inte kunde anses oförenligt med domstolens praxis.<sup>80</sup> Bernitz menar, liksom Wahl, att culpakravet är urholkat och konstaterar i sin analys av direktivet att utrymmet för överträdare att i praktiken hävda att överträdelsen inte varit culpös är ytterst litet.<sup>81</sup> De svenska domstolarna har fått uppgiften att tolka kravet på culpa på sådant sätt att det inte strider mot ändamålsenlighetsprincipen.<sup>82</sup> Detta torde även innebära att i den mån lagstiftningen skulle få orimliga konsekvenser i ett enskilt fall har domstolen möjlighet att tolka lagen så att den överensstämmer med EU-rättens övergripande principer.

Avslutningsvis kan det konstateras att culpakravet inte är det mest ändamålsenliga alternativet i förhållande till målet att uppnå reparation och prevention. Med detta är inte sagt att culpa är ett olämpligt alternativ. Mot bakgrund av den ovanstående problematik som görs gällande vid strikt ansvar och vid presumtionsansvar får culpa anses som en lämplig lösning. En strängare ansvarsform skulle kunna motiveras ur ändamålshänseende men det bör tas med i beräkningen att culpakravet på konkurrensskaderättens område fått en marginell betydelse. Det kan därför med fog ifrågasättas vilken praktisk skillnad det skulle få om culpakravet slopades till fördel för ett strängare ansvar. Min uppfattning är att Wahl och Bernitz har rätt i att culpakravet har en begränsad innebörd i praktiken. Mot bakgrund av detta är diskussionen om culpakravets vara eller inte vara kanske främst av teoretisk natur med följderna att ändamålsenlighet uppfylls på ett tillfredsställande sätt med den befintliga lagstiftningen.

---

78 Bengtsson, B. (2008) *Om skadestånd vid konsumenttjänster*, SvJT 2008 s. 262.

79 Konkurrensskadedirektivet, skäl (11).

80 Ds 2015:50 s. 38–42.

81 Bernitz, U., s. 500.

82 Prop. 2016/17:9 s. 30.

### 3.3 FÖRETAGSBEGREPPET

KSL anger att *den* som uppsåtligen eller av oaktsamhet gör sig skyldig till en överträdelse blir ersättningskyldig. I förarbetena anges ansvarssubjektet vara ett företag eller en sammanslutning av företag.<sup>83</sup> En fråga som aktualiserats tidigare i svensk praxis är hur koncerner hanteras vid utpekande av ett ansvarssubjekt vid konkurrensskada när ett moderbolag hävdar att överträdelsen begåtts av dotterbolaget.<sup>84</sup> Den linje som valts i praxis är att företagsbegreppet ska tolkas på samma sätt i skadeståndsmålen som i avgiftsmålen. För konkurrensskadeavgiftsmålen anges i förarbetena att företagsbegreppet ska överensstämma med den EU-rättsliga innebörden av begreppet och inom EU-rätten råder den s.k. ekonomiska enhetens princip.<sup>85</sup> Enligt EU-domstolens praxis är ett moder- och dotterbolag samma ekonomiska enhet om moderbolaget utövar ett avgörande inflytande på dotterbolagets affärspolitik. Om moderbolaget innehar 100 procent av aktierna i dotterbolaget uppkommer en presumtion för avgörande inflytande.<sup>86</sup> I propositionen till KSL uppmärksammade Konkurrensverket frågan om ansvarssubjekt vid skadeståndstalan och menade att det är oklart om man i civilrättsliga mål kan rikta talan mot samma subjekt som i mål om konkurrensskadeavgift varpå propositionen förtydligade att företagsbegreppet ska ha samma betydelse i de civilrättsliga som i de offentlighetsrättsliga målen.<sup>87</sup>

Den tolkning som domstolarna gjort, och som nu även får anses vara gällande rätt mot bakgrund av förarbetsuttalandet, är fördelaktigt utifrån ett ändamåls- perspektiv. Nu har parterna fått klarhet i innebörden av företagsbegreppet vilket medför att de inte behöver uppehålla sig vid denna fråga i samma utsträckning som förut. Att svarandeparten är medveten om att denne presumeras ansvara för helägda dotterbolags ageranden skapar även incitament för moderbolagen att utöva tillsyn över sina dotterbolag vilket får en preventiv effekt. Denna tolkning motverkar också, som ovan nämnts, risken för missbruk bestående i att koncernbolag undgår ansvar genom att ”skylla ifrån sig”. Min uppfattning är att detta gynnar konkurrensskadeståndets syften med reparation och prevention och därmed leder tolkningen till ett högre mått av ändamålsenlighet. Det reparativa syftet främjas eftersom den skadelidande har bättre chanser att nå framgång i en process där svaranden inte tillåts försvara sig med att överträdelsen begicks av dotterbolaget. Det preventiva syftet och syftet

83 A.prop., s. 28.

84 Yarps, s. 110–112 och 134–135 och Tele2, s. 114–117 och 143–45.

85 Prop. 1992/93:56 s. 66.

86 EU-domstolens dom i mål C-97/08, *AKZO mot kommissionen*, EU:C:2009:536, p. 60.

87 Prop. 2016/17:9 s. 26–30.

med en effektiv konkurrens främjas härmed p.g.a. de högre krav som ställs på överträdarföretaget.

### 3.4 SOLIDARISKT ANSVAR

En nyhet i KSL är dess detaljerade regler om solidariskt ansvar och regress. Sedan tidigare gällde solidariskt ersättningsansvar vid konkurrensskador enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer och SkL. Nu regleras det solidariska ansvaret explicit i KSL 2 kap. 2 §. Nyheten ligger i KSL 2 kap. 3–5 §§ som begränsar det solidariska ansvaret för vissa skadevällare under bestämda förutsättningar. Framför allt motiveras undantagen av skäl som anknyter till konkurrensmyndigheternas arbete och intresset av en effektiv konkurrens. Exempelvis kan företag som förlikts med den skadelidande få ett begränsat ersättningsansvar. Detta uppmuntrar överträdarföretag att träda fram och försöka nå förlikning med de skadelidande. Annars kan företag som ger sig till känna drabbas av oskäligt betungande skadeståndsanspråk av den anledningen att dessa bekänner färg först.<sup>88</sup> Även överträdare som beviljats sanktionsavgiftsbefrielse kan under vissa förutsättningar ges ett begränsat ansvar. Sanktionsavgiftsbefrielse innebär att en överträdare som anmäler en överträdelse till Konkurrensverket under vissa förutsättningar kan undgå skyldigheten att betala konkurrensskadeavgift. Begränsningen av det solidariska skadeståndsansvaret för dessa överträdarföretag har motiverats av att man vill ge incitament åt företag att samarbeta med myndigheterna och avslöja hemliga karteller.<sup>89</sup> Båda dessa begränsningsregler är försedda med undantag för de fall då den skadelidande inte kan få ersättning från någon annan. Detta kan ses som ett uttryck för att principen om full ersättning får genomslag trots dessa överträdarens begränsade ansvar.

Ersättningsansvaret begränsas även för små och medelstora företag, KSL 2 kap. 3 §.<sup>90</sup> För dessa företag begränsas det solidariska ansvaret till ersättning för skador som uppkommit hos företagets direkta eller indirekta köpare eller leverantörer under förutsättning att företagets marknadsandel på den relevanta marknaden har understigit fem procent vid någon tidpunkt under överträdelsen och om en tillämpning av det solidariska ansvaret skulle äventyra företagets ekonomiska bärkraft och medföra att dess tillgångar förlorade allt värde. Skälen för begränsningen är inte angivna i direktivet eller i de svenska förarbetena men de torde åsyfta att ansvaret inte ska slå för

---

<sup>88</sup> Ds 2015:50 s. 49, prop. 2016/17:9 s. 37 och Konkurrensskadedirektivet, skäl (38).

<sup>89</sup> Konkurrensskadedirektivet, skäl (38).

<sup>90</sup> Vad som utgör ett litet eller medelstort företag följer av definitionen i *Europeiska kommissionens rekommendation nr 2003/361/EG av den 6 maj 2003 om definitionen av mikroföretag samt små och medelstora företag*.

hårt mot känsliga företag som riskerar att tvingas i konkurs p.g.a. oskäligt betungande ersättningsanspråk. Begränsningsregeln ska dock inte tillämpas om vissa försvarande omständigheter föreligger, exempelvis om företaget förmått andra att medverka i överträdelsen eller tidigare gjort sig skyldigt till en överträdelse.

De nu beskrivna begränsningarna tycks vara legitimerade utifrån sina ändamål att under vissa förutsättningar skydda överträdarföretag, och välvägd i det att de innehåller undantag för grova överträdelser och för fall där den skadelidandes rätt till full ersättning skulle äventyras. Framför allt är dessa regler positiva sett ur ett effektivt konkurrensperspektiv eftersom de uppmuntrar samarbete med konkurrensmyndigheten.

## 4. BERÄKNINGSPROBLEMATIKEN

### 4.1 ERSÄTTNINGSBERÄKNING

När förekomsten av en konkurrensskada har konstaterats uppstår frågan om ersättningens omfattning. Här finns skäl att återkomma till det reparativa syftet med konkurrensskadedestånd – att försätta den skadelidande i samma situation som om skadan inte hade ägt rum.<sup>91</sup> Ersättningen för konkurrensskador ska motsvara skadan och de skadelidande ska inte under- eller överkompenseras.<sup>92</sup> Frågan återstår hur man med exakthet kan föra bevisning om skadans omfattning. Varken i lagen eller i förarbetena ges ledning med avseende på skadeståndsberäkningen samtidigt som i princip samtliga förarbeten nämner svårigheterna med skadeståndsberäkningen.<sup>93</sup> Konkurrensskadedirektivets tredje artikel anger att:

Medlemsstaterna ska säkerställa att alla fysiska eller juridiska personer som har lidit skada som orsakats av en överträdelse av konkurrensrätten ska kunna kräva och få full ersättning för den skadan.

Principen om full ersättning tjänar som en god utgångspunkt vid fastställandet av ersättningens omfattning, men mer specifika riktlinjer har länge saknats.<sup>94</sup> Konkurrensskadedirektivet uppmärksammar medlemsstaterna om att det bör finnas en möjlighet i nationell rätt för domstolen att uppskatta skadan till skäligt belopp.<sup>95</sup> I svensk rätt finns redan en sådan möjlighet enligt RB 35 kap. 5 §.<sup>96</sup>

91 Se bl.a. prop. 1992/93:56 s. 34, prop. 2004/05:117 s. 24, prop. 2016/17:9 s. 44 och 104.

92 Bergman, M. & Carlsson, K., s. 510.

93 Se bl.a. prop. 2004/05:117 s. 29, prop. 2016/17:9 s. 48 och 2005 års Grönbok, s. 7.

94 Se bl.a. konkurrensskadedirektivet, artikel 1.

95 Konkurrensskadedirektivet, skäl (46).

96 Bergman, M. & Carlsson, K., s. 513.

Regeln har tillämpats åtskilliga gånger i konkurrensskadeståndsmål eftersom det visat sig vara omöjligt att lägga fram full bevisning om skadans storlek.<sup>97</sup> Utan möjligheten för domstolen att uppskatta skadeståndets storlek efter skälighet skulle de skadelidande riskera att helt gå miste om sina chanser till skadestånd. Nackdelen med att domstolarna tillämpar RB 35 kap. 5 § är bristen på förutsebarhet för parterna. Skadeståndsberäkningen bygger på en rad osäkra faktorer. Är någon av dessa inte bevisad i tillräcklig utsträckning kan kärandens beräkning inte godtas i sin helhet men däremot tjäna som grund för domstolens skälighetsbedömning.

Frågan om ersättningens beräkning i konkurrensskademål är omdiskuterad på både nationell och internationell nivå. I 2008 års vitbok uttalade kommissionen att principen om full ersättning är den främsta vägledande principen för att tillgodose målet att de skadelidande ska få ersättning för konkurrensskador.<sup>98</sup> Detta är ett utflöde av att man inom EU utgår ifrån det reparativa syftet med skadestånd och valt en genuint europeisk lösning. I vitboken uttalade kommissionen också att kravet på beräkningen inte får sättas oproportionerligt högt och att beräkningen kan bli ytterst svår eller till och med praktiskt omöjlig om man strikt håller fast vid tanken att beloppet för den lidna skadan alltid ska beräknas exakt.<sup>99</sup> Några år senare utkom kommissionen med riktlinjer för beräkning av konkurrensskadestånd. Inledningsvis konstaterar kommissionen i riktlinjerna att den skadelidande ska försättas i samma situation som om överträdelsen inte inträffat och för att åstadkomma detta ska göras en ”om inte”-analys av vad som sannolikt hade hänt om inte överträdelsen ägt rum. Detta innebär ett tillskapande av ett hypotetiskt scenario som ska jämföras med verkligheten de facto. Därpå framhålls att det är omöjligt att med exakthet veta någonting om det hypotetiska scenariot eftersom marknaden utgörs av ett komplext samspel mellan många olika aktörer och många faktorer som samverkar. Som om inte det vore nog är uppgifter och bevismaterial svåra för de skadelidande att få tillgång till, vilket gör bedömningen ännu svårare. Detta innebär att beräkningen kommer att bygga på antaganden och att det inte är eftersträvänsvärt att försöka få fram ett ”sant” svar, eftersom ett sådant inte existerar.<sup>100</sup> På svensk nivå har Konkurrensverket utfärdat en rapport med en sammanställning av de beräkningsmetoder som kan tillämpas och vilka beviskrav som bör ställas i konkurrensskademål.<sup>101</sup> I konkurrensskadedirektivet anges att det ankommer på medlemsstaterna att fastställa

---

97 Se bl.a. Yarps, s. 90 och Tele2, s. 151.

98 2008 års Vitbok, s. 3.

99 2008 års Vitbok, s. 7.

100 Riktlinjerna, s. 11–13.

101 Konkurrensverkets rapport, se not 3.

regler för beräkning av skada och att de nationella domstolarna ska avgöra vilka metoder som kan användas vid beräkningen. De enda krav som direktivet ställer är att likvärdighets- och ändamålsenlighetsprinciperna ska iaktas samt att hänsyn bör tas till den informationsasymmetri som råder mellan parterna.<sup>102</sup>

#### 4.2 BEVISPROBLEM

De indirekt skadelidande får utstå ytterligare svårigheter vid bevisning av skadans omfattning eftersom de måste visa hur stor del av skadan som övervältrats till dem. Den direkt skadelidande kan övervältra skadan både helt och delvis. Även här gäller att den skadelidande ska få full ersättning, varken mer eller mindre, vilket innebär stora beräkningsproblem för de indirekt skadelidande. Till deras hjälp införs regler om presumtion vid övervältring i KSL 3 kap. 5–6 §§. Reglerna tar sikte på när talan om skadestånd väcks av en indirekt köpare (5 §) eller leverantör (6 §). När ersättningen till en indirekt köpare bestäms presumeras ett överpris ha övervältrats på denne om överträdelsen lett till ett överpris hos den direkta köparen. Motsvarande gäller för indirekta leverantörer men beträffande underpriser. Köparen/leverantören behöver endast visa att överträdelsen lett till ett över- respektive underpris varpå detta aktiverar en motbevisbar presumtion om övervältring. Reglerna motiveras med svårigheterna för indirekta skadelidande att bevisa skadans omfattning. Många skador övervältras vidare i distributionskedjan och ju längre ifrån överträdelsen den skadelidande befinner sig desto svårare har denne att bevisa skadan.<sup>103</sup> Det ankommer dock fortfarande på käranden att visa omfattningen av skadan varför problemen för de indirekt skadelidande sannolikt kvarstår i hög utsträckning. I konkurrensskadedirektivet anges att kommissionen ska utfärda klara, enkla och heltäckande riktlinjer för uppskattningen av den del av en överprissättning som övervältrats på en indirekt köpare.<sup>104</sup> Förhoppningsvis kan detta underlätta situationen en aning.

En stor del av förklaringen till att så få mål om konkurrensskadestånd väcks i svensk domstol beror sannolikt på det svåra bevisläget beträffande beräkningen som de skadelidande möter. Det blir en ond cirkel: få skadelidande väcker talan p.g.a. höga kostnader, svårigheter att föra bevisning och stor oförutsebarhet om utgången vid en process. Detta leder till en gles praxis på området och svårigheter för domstolarna att finna vägledning i de få mål som väl prövas. KSL kommer inte att innebära några stora förändringar i detta avseende eftersom den inte innehåller några nya beräkningsregler, vilket

<sup>102</sup> Konkurrensskadedirektivet, skäl (46).

<sup>103</sup> Konkurrensskadedirektivet, skäl (41).

<sup>104</sup> Konkurrensskadedirektivet, artikel 16 och skäl (42).

å andra sidan inte varit önskvärt. Konkurrenskadedirektivet anger att kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter ska ge vägledning åt domstolarna i beräkningsfrågan.<sup>105</sup> Att reglera beräkningen genom sådana vägledande dokument är mer lämpligt än att göra detta genom lagstiftning eftersom det inte är en fråga som kan besvaras med en enkel regel, utan ambitionen är att komma så nära sanningen som möjligt. Dessutom är beräkningsmetoderna många gånger komplexa och det är inte alltid samma metod som lämpar sig vid beräkningen. Förhoppningsvis kan kombinationen av fler riktlinjer och en mer frekvent tillämpning styra utvecklingen framåt.

Som nämnts är problemet med att så få mål om konkurrenskadestånd prövas i längden att syftena med lagstiftningen äventyras. Reparationssyftet kan rimligtvis inte uppfyllas när många sannolikt lider skada men endast ett fåtal får ersättning. Preventionssyftet uppfylls inte heller eftersom överträdare kan undgå ansvar när skador inte ersätts fullt ut eller över huvud taget. Även samhälls- och konsumentintresset av en effektiv konkurrens kan äventyras, även om detta tillgodoses i hög grad genom den offentlighetsliga regleringen. Mot bakgrund av den EU-rättsliga ändamålsenlighetsprincipen kan frågan ställas om kraven för beräkning av skada medför att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rätten till skadestånd. Svaret på frågan torde vara nekande – det är inte kraven som konstituerar svårigheterna utan svårigheterna beror på konkurrensskadornas natur och kan sannolikt inte lösas genom en enkel åtgärd. Det kan sammanfattningsvis konstateras att det finns brister i lagstiftningen med avseende på beräkningen men att de är svåra att åtgärda annat än genom de bevislättnader som redan finns. Beräkningen är och förblir en svår fråga som i bästa fall kan göras lättare genom fler riktlinjer och en ökad praxis.

I sammanhanget bör nämnas att behörig domstol i mål om konkurrensskada sedan september förra året är Patent- och marknadsdomstolen (KSL 5 kap. 1 §). Domstolens sammansättning förstärks med ledamöter med ekonomisk expertis vilket sannolikt kommer vara behjälpligt i ersättningsbedömningen (se lag [2016:188] om patent- och marknadsdomstolar, 4 kap. 4 §). Att målen nu lämnas åt domstolar som förstärkts med ekonomisk expertis är en god förutsättning för en effektiv och ändamålsenlig tillämpning i praktiken vilket troligen gynnar rättsutvecklingen.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> Konkurrenskadedirektivet, skäl (46).

<sup>106</sup> Se även 2005 års Grönbok, s. 11.

## 5. PROCESSUELLA FRÅGOR

### 5.1 TILLGÅNG TILL BEVISNING

Ett stort problem i konkurrensskadeprocessen är att käranden har svårt att få tillgång till bevismaterial.<sup>107</sup> Detta är sannolikt en av de främsta orsakerna till att så få mål om konkurrensskadestånd prövas i svenska domstolar.<sup>108</sup> En skadelidande är obenägen att väcka talan om dennes utsikter till framgång i processen är små p.g.a. bevissvårigheter.<sup>109</sup> Härmed äventyras ändamålen med lagstiftningen eftersom skador inte repareras och överträdare undkommer ansvar.

I svensk rätt finns en viss möjlighet att få tillgång till bevis som innehas av motparten genom edition. RB 38 kap. 2 § stadgar att om någon innehar en skriftlig handling som kan antagas äga betydelse som bevis är han eller hon skyldig att förete den, och enligt RB 38 kap. 4 § kan domstolen förelägga innehavaren att förete handlingen. Undantag från skyldigheten finns i RB 38 kap. 2 § 2 och 3 st., bl.a. för handlingar som omfattas av advokatsekretess. Under den moderniseringsreform av konkurrensrätten i EU som pågick i början av 2000-talet sneglade man i Sverige på ett amerikanskt rättsinstitut som används inom antitrusträtten kallat *pre-trial discovery*. Detta rättsmedel ger parterna insyn i varandras bevismaterial och innebär att en part får göra efterforskningar genom muntliga och skriftliga förhör för att införskaffa och säkra bevisning. *Pre-trial discovery* har flera gånger lyfts fram som ett av de element i den amerikanska antitrusträtten som gör den amerikanska konkurrensskaderätten så framgångsrik.<sup>110</sup> En liknande lösning föreslogs i svensk rätt – s.k. bevisundersökning – som skulle innebära att domstolen i ett skadeståndsmål skulle få besluta om att en undersökning får göras hos en part för att insamla bevis om skadeståndsanspråket.<sup>111</sup> I en utredning från år 2004 framhölls att konkurrensskadeståndsmål sannolikt enbart följde i efterdyningarna av de offentligrättsliga målen (s.k. *follow on*-processer), p.g.a. svårigheterna för de enskilda att få tillgång till bevis, och att det fanns behov

<sup>107</sup> 2005 års Grönbok, s. 4.

<sup>108</sup> SOU 2004:10 s. 97–101, 2005 års Grönbok, s. 6, 2008 års Vitbok, s. 2 och Konkurrensskadedirektivet, skäl (14)–(15).

<sup>109</sup> Truli, E. (2016) *Will Its Provisions Serve Its Goals? Directive 2014/104/EU on Certain Rules Governing Actions for Damages for Competition Law Infringements*, Journal of European Competition Law & Practice vol. 7 nr 5, s. 301 [cit. Truli, E.].

<sup>110</sup> Se även SOU 2004:10 s. 73, Lindblom, P.H. (1991) *Discovering discovery – Praktisk processprolog eller Pandoras ask?*, Elwing, C.M. (red.) *Festskrift tillägnad Ulla Jacobsson*, Norstedts Juridikförlag, Stockholm, s. 148–160, Venit, J., s. 572, Wils, W., s. 1704 och Jungermann, S. & Mazur, T. (2013) *How to Obtain and Use US Discovery in European Private Antitrust Actions*, International Financial Law Review, s. 2.

<sup>111</sup> SOU 2004:10 s. 103.



av mer effektiva möjligheter för att säkra bevisning. Svårigheterna var enligt utredningen även orsaken till att processerna är så sällsynta och dessutom en anledning till att de är så kostsamma för parterna.<sup>112</sup>

Förslaget om bevisundersökning realiserades dock aldrig p.g.a. att de eventuella fördelarna inte vägde upp för de risker som det rättsinstitutet skulle innebära. Riskerna bestod i läckage av företagshemligheter och skador på konkurrensen och samhällsekonomin.<sup>113</sup> Det uttalades även att det var osäkert om bevisundersökningar skulle leda till ett ökat antal processer i nämnvärd utsträckning.<sup>114</sup> Måhända att det stämmer; de som förespråkade ett rättsinstitut liknande *pre-trial discovery* har framhållit institutet som *ett* av de viktiga incitament som de skadelidande har för att väcka talan i USA – men inte som det *enda*.<sup>115</sup> Här finns en poäng med att påminna om att ett av syftena med konkurrenslagstiftningen är att upprätthålla en effektiv konkurrens och att förhindra överträdelser av konkurrensrättens förbud. En lagstiftning som innebär en stor risk för att företagshemligheter läcker, vilket leder till skador på konkurrensen, skulle stå i direkt strid mot dessa intressen. Mot detta står de skadelidandes intresse av reparation som enligt 2004 års utredning inte kan tillgodoses i tillräcklig utsträckning med editionslagstiftningen.<sup>116</sup> Inte heller uppfyller lagen sitt syfte att vara självgående då de enskilda skadestandsprocesserna i princip måste följa i den offentliga utredningens fotspår. Bevisundersökningsinstitutet skulle vara mer ändamålsenligt i detta avseende eftersom det skulle innebära att de skadelidande blev mer självständiga. Dessutom anger direktivet att *var och en* ska ha rätt att begära ersättning men det kan ifrågasättas om alla, oavsett ekonomisk ställning, verkligen har en realistisk möjlighet att göra det.

Inför KSL:s införande har problemet kring tillgång till bevis lyfts på nytt.<sup>117</sup> I konkurrens-skadedirektivet anges att processerna präglas av komplicerade faktamässiga och ekonomiska analyser, att bevismaterial ofta innehas av andra än den skadelidande samt att det i detta sammanhang inte får ställas alltför höga krav på att den skadelidande parten ska kunna presentera detaljerad bevisning med risk för att det annars kan utgöra hinder mot ett effektivt utövande av rätten till ersättning. Informationsasymmetri leder enligt direktivet till att medlemsstaterna måste tillse att parterna har möjlighet att

---

112 SOU 2004:10 s. 99.

113 SOU 2004:10 s. 97–125 och prop. 2004/05:117 s. 36–41.

114 Prop. 2004/05:117 s. 45.

115 Venit, J., s. 572 och Wils, W., s. 1704.

116 Prop. 2004/05:117 s. 38 f.

117 Prop. 2016/17:9 s. 48.

utfå bevismaterial genom domstolsförelägganden mot innehavaren, motparten eller en tredje part.<sup>118</sup> KSL medför inga vidgade möjligheter för de skadelidandes tillgång till bevisning, snarare begränsningar i de möjligheter som finns sedan tidigare. KSL 5 kap. 4 § begränsar edition av handlingar hos en konkurrensmyndighet. Föreläggande får inte riktas mot myndigheten om handlingen utan olägenhet kan företas av någon annan eller om det kan antas att beslut om föreläggande allvarligt försvårar myndighetens möjlighet att fullgöra sina uppgifter. Regeln motiveras av att utlämnandet inte ska störa konkurrensmyndigheternas handläggning.<sup>119</sup> Enligt KSL 5 kap. 5 § omfattar editionsplikten inte heller vissa specifika handlingar som finns hos Konkurrensverket, bl.a. förklaringar inom ramen för eftergiftsprogram och förlikningsinlagor. En regel av mycket speciell karaktär finns i KSL 5 kap. 8 §. Den anger att sådana handlingar som anges i 5 § inte får åberopas som bevis i skadeståndsmål enligt KSL förrän ärendet hos konkurrensmyndigheten är avslutat. Denna regel utgör ett avsteg från principerna om fri bevisföring och fri bevisprövning. Reglerna har motiverats av upprätthållandet av eftergiftssystemets effektivitet. Överträdarföretag som exempelvis kan avslöja en hemlig kartell kanske tvekar inför detta om de riskerar en skadeståndprocess.<sup>120</sup> Eftergiftsprogrammet har haft stor betydelse för kommissionens arbete mot karteller inom EU och det civilrättsliga systemet bör inte äventyra det arbete som bedrivs där.<sup>121</sup> Fördelen med den nya lagstiftningen är att editionsreglerna anpassats till konkurrenslagstiftningens syfte att skapa incitament för överträdarföretag att samarbeta med myndigheterna. Detta tjänar i längden även till att motverka konkurrensskador på så vis att det kan minska antalet överträdelser och att fler överträdelser uppdragas, vilket är positivt med hänsyn till intresset av en effektiv konkurrens.

## 5.2 BINDANDE VERKAN AV NATIONELLA BESLUT

En av de sannolikt mer betydelsefulla nyheterna i KSL är att konkurrensmyndigheternas slutliga beslut ges bindande verkan i efterföljande skadeståndsmål, KSL 5 kap. 9 §. Bestämmelsen införlivar artikel 9.1 i direktivet som anger att om en konkurrensmyndighet eller domstol genom ett slutligt beslut konstaterat att en överträdelse föreligger ska detta anses vara ett faktum som inte kan vederläggas i en senare skadeståndprocess. Regeln har motiverats med att den ökar rättslig förutsebarhet och effektivitet samt

<sup>118</sup> Konkurrensskadedirektivet, skäl (23). Se även Bernitz, U., s. 503 och Westberg, P. (2013) *Nordiskt fiskafänge*, SvJT 2013 s. 443.

<sup>119</sup> Konkurrensskadedirektivet, skäl (21) och (32).

<sup>120</sup> Prop. 2016/17:9 s. 83.

<sup>121</sup> Bernitz, U., s. 504.

möjliggör smidigare förfaranden.<sup>122</sup> Denna regel innebär att de offentligrättsliga avgörandena får positiv rättskraft vid en efterföljande civilrättslig process. Det bör noteras att rättskraften enbart avser avgörandena av innebörden att en överträdelse fastslagits och inte avgörandena av motsatt innebörd.<sup>123</sup>

Bestämmelsen har uppenbara processekonomiska fördelar sett från ett skadelidandeperspektiv eftersom de skadelidande som väcker talan efter det att slutligt beslut fattats i den offentligrättsliga processen inte behöver föra bevisning om förekomsten av en överträdelse. Detta är dock en sanning med modifikation. En förutsättning för tillämpligheten av regeln är att den skadelidande håller sig inom samma ramar som det offentligrättsliga beslutet bl.a. beträffande inom vilken tidsram överträdelsen ägt rum.<sup>124</sup> Det finns även samhällsekonomiska fördelar med den nya bestämmelsen i och med att samma fråga inte behöver prövas i de två parallella processerna varför lagstiftningen även är mer ändamålsenlig med hänsyn till intresset av en effektiv konkurrens.

### 5.3 PRESUMTION FÖR SKADA

Ytterligare en nyhet som är värd att uppmärksamma är en regel som innebär en presumtion för skada vid kartellöverträdelser, KSL 3 kap. 4 §.<sup>125</sup> Bakgrunden till regeln är att det visades i en studie genomförd på uppdrag av kommissionen att karteller i 93 procent av de undersökta kartellärendena ledde till överpriser.<sup>126</sup> Presumtionen, som kan motbevisas, omfattar förekomsten av skada men inte skadans omfattning. I direktivet motiveras regeln med att man vill råda bot på den informationsasymmetri som kännetecknar konkurrens-skaderätten. Möjligen är det tänkt att käranden har sämre möjligheter att bevisa skada än vad svaranden har att ta fram bevismaterial som stöder motsatsen. Att just kartellöverträdelser utpekats uppges bero på deras hemliga karaktär som gör det särskilt svårt för den skadelidande att få fram bevis om dess förekomst.<sup>127</sup>

Denna regel är ett tydligt försök att underlätta för de skadelidande i skadeståndprocessen och det bakomliggande syftet är att avhjälpa beräknings-svårigheterna och effektivisera processen. Regeln har också tagits väl emot

---

122 Konkurrensskadedirektivet, skäl (34).

123 Prop. 2016/17:9 s. 93.

124 A.prop. och konkurrensskadedirektivet, skäl (34).

125 Konkurrensskadedirektivet, skäl (47) och artikel 17. Se även prop. 2016/17:9 s. 8 och 48–52.

126 Europeiska kommissionens *meddelande om beräkning av skada vid skadeståndstalan vid överträdelse av artikel 101 eller 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt*, C 167/07 av den 13 juni 2013, p. 142.

127 Konkurrensskadedirektivet, skäl (47).

och det har uttryckts höga förväntningar på dess genomslag.<sup>128</sup> Vad som inte riktigt förklaras är dock hur denna regel förhåller sig till att de skadelidande fortfarande måste bevisa omfattningen av sin skada. Visserligen finns möjligheten för domstolen att uppskatta skadeståndet efter skälighet men RB 35 kap. 5 § förutsätter att käranden lägger fram den utredning som skäligen kan åstadkommas.<sup>129</sup> Det är i min mening en aning oklart vilken praktisk förändring som presumtionen kommer att innebära för de skadelidande då de alltså kommer att behöva föra bevisning om skadans omfattning.

#### 5.4 FÖRÄNDRAD PRESKRIPTIONSTID

Även preskriptionsregeln för skadeståndsanspråk har förändrats i och med KSL, från tio till fem år.<sup>130</sup> Preskriptionsfristen börjar dock löpa vid ett senare tillfälle än tidigare. Fristen börjar då överträdelsen upphört och den skadelidande fått kännedom om eller skäligen kan antas ha fått kännedom om i) överträdelsen, ii) att överträdelsen orsakat denne skada samt iii) överträdarens identitet, KSL 2 kap. 6 §. Tidigare började fristen löpa vid skadans uppkomst. Det finns en risk att processerna tyngs med anledning av att dessa mer subjektiva rekvisit, där den skadelidandes insikt får avgörande betydelse, nu har införts. De nya preskriptionsbestämmelserna kan i min uppfattning trots detta vara till fördel för de skadelidande. Preskriptionsfristen börjar löpa tidigast när överträdelsen upphört, vilket innebär ett senareläggande av fristens början. Startpunkten tar även hänsyn till den skadelidandes vetskap om överträdelsen och det faktum att den orsakat skada, vilket rimligtvis ökar den skadelidandes chanser att väcka skadeståndstalan inom preskriptionstiden. Det är även startpunktens senare inträde som motiverat en kortare preskriptionstid.<sup>131</sup> Viss oro har framförts för att preskriptionstiden riskerar att bli väldigt lång.<sup>132</sup> Detta inte minst med beaktande av att preskriptionstiden kan avbrytas för Konkurrensverkets, ofta långdragna, handläggning, KSL 2 kap. 7 §. En lång preskriptionsfrist innebär risker för företag som påstås ha gjort sig skyldiga till överträdelser då de kan behöva sväva i ovisshet om huruvida de kommer drabbas av skadeståndsanspråk. Det får även betydelse för räntan som riskerar att bli mycket hög. Inte minst

128 Se bl.a. Bernitz, U., s. 500 och 505.

129 Fitger, P. m.fl. *Rättegångsbalken m.m. – tredje avdelningen: om bevisning*, Wolters Kluwer, publicerad på zeteo.wolterskluwer.se, kommentaren till RB 35 kap. 5 §.

130 Konkurrensskadedirektivet, skäl (36)–(38), (49) och (51)–(52) samt artikel 10–11, 18.1 och 19.1. Se även prop. 2016/17:9 s. 7–8 och 31–42.

131 Prop. 2016/17:9 s. 40.

132 Eklöf, S. (2015) *Skadeståndsdirektivet vid konkurrensrättsliga överträdelser – troliga praktiska implikationer*, Ny Juridik nr 1:15, s. 11.

kan tidsutdräkt försvåra den faktamässiga bedömning som domstolen ska göra.<sup>133</sup>

## 6. KSL – EN ÄNDAMÅLSENLIG LAGSTIFTNING?

Förväntningarna på den nya lagens praktiska verkan har varit höga.<sup>134</sup> Vissa indikationer finns också på att KSL kan bidra till en ökad tillämpning och därmed tillgodose syftena med lagstiftningen på ett mer ändamålsenligt sätt. Effekten av att direktivet genomförs genom en ny lag som väcker uppmärksamhet ska inte underskattas. Dessutom förtydligar lagen i många avseenden vad som redan varit gällande rätt i Sverige och samlar regler om skadestånd vid konkurrensskador i en egen väl systematiserad lag.

I ljuset av det *reparativa* syftet finns flera fördelar i den nya lagstiftningen, inte minst regleringen av övervältring och indirekt skadelidandes rätt att begära ersättning. Jag tror att övervältringspresumtionen är en viktig del i att uppmuntra skadeståndstalan från indirekt skadelidande. Frågan är bara om det är tillräckligt för att vi de facto kommer få se en sådan skadeståndstalan i svensk domstol inom den närmaste framtiden. De indirekt skadelidande kommer troligtvis även fortsatt ha en tillbakadragen roll i framtida processer men presumptionsreglerna är en bra början. Även reglerna om solidariskt ansvar har utformats med det reparativa syftet i beaktande då begränsningarna av ansvaret inte gäller om den skadelidandes rätt till full ersättning äventyras. Att det reparativa syftet varit vägledande i lagstiftningen och teorin innebär dock inte att det per automatik är uppfyllt. Det återstår att se vilken praktisk reparativ effekt som följer av de nya reglerna och om reglerna är tillräckliga för att stimulera de skadelidande att ta tillvara sin rätt.

KSL kan i viss mån anses bidra till ökad *prevention*, t.ex. genom ett förtydligt företagsbegrepp, presumptionsreglerna till förmån för de indirekt skadelidande och regeln om bindande verkan för nationella beslut. En faktor som kan bidra till en positiv utveckling och ökad prevention är presumptionsregeln att karteller orsakar skada. Presumptionsregeln är en av direktivets mest välkomnade

---

<sup>133</sup> För exempel på detta se Yarps, s. 90 och Tele2, s. 85.

<sup>134</sup> Se bl.a. Fasth, E. (2016) "Avskräckande" straff i ny konkurrenslag, VVS-forum, tillgänglig på VVS Forums hemsida: <http://www.vvsforum.se/nyheter/2016/augusti/avskrackande-straff-i-ny-konkurrenslag/>, hämtad 1 december 2016, Karlsson, J. (2015) *Telia krävs på över en miljard i skadestånd*, Svenska Dagbladet, tillgänglig på Svenska Dagbladets hemsida: <http://www.svd.se/telia-riskerar-over-en-miljard-i-skadestand>, hämtad 1 december 2016, Eklöf, S., Eklund, E. & Jansson, O och Salomon, U., Lekås, H. & Svantesson, J. (2017) *Månadens föreläsare: "Konkurrensrätten är en viktig del av compliancearbetet"*, Blendow Group Institute, tillgänglig på Blendow Groups hemsida: <https://www.bg-institute.se/2017/04/manadens-forelasare-konkurrensratten-ar-e-viktig-del-av-compliancearbetet/>, hämtad 13 april 2017.

nyheter men jag är en aning skeptisk med tanke på att den skadelidande alltjämt måste visa skadans omfattning vilket ju inte alltid är helt enkelt. Min bedömning är därför att den praktiska effekten av denna regel inte ska överdrivas. En annan positiv utveckling ur en preventionssynpunkt är den om ansvarssubjekt vid koncerner. Att tillämpningen tagit den riktning som den gjort bidrar sannolikt till att moderbolag finner större anledning att ha god översikt över potentiella överträdelse även i sina dotterbolag. Den konkurrensskaderättsliga regleringen kunde förvisso innehålla högre mått av prevention exempelvis genom införande av ett strikt ansvar, bevisundersökning, talerättsmonopol för direkt skadelidande och förbud mot övervältringsargument från överträdare i processen med den direkt skadelidande. Starka skäl talar dock som vi har sett emot många av de åtgärder som kan vidtas för ett ökat mått av prevention. Exempel på detta är att förbud mot talerätt vid övervältring strider helt mot den kompensatoriska tanken att den som lider skada ska få ersättning. Ett sådant förbud skulle innebära att skadeståndet fick en helt annan funktion inom konkurrensrätten än vad som annars gäller. Det rimmar alltså illa med både principen om full ersättning och med svensk rättstradition varför den preventiva effekten av en sådan reglering inte väger upp för de negativa följderna den skulle föra med sig.

Skadeståndet är *en* av de sanktioner som kan drabba överträdare av konkurrensrättens förbud. Skadeståndssanktionen kompletterar och förstärker effekten av de offentliga sanktionerna och syftar även till att åstadkomma en effektiv konkurrens. Här kan editionsundantagen tas upp som exempel på en ny åtgärd som tillgodoser *syftet med en effektiv konkurrens*. Skadeståndet bör inte sätta det arbete som pågår inom ramen för eftergiftsprogrammet ur spel eller innebära att känslig information som kan skada företaget ifråga läcker ut. Sett ur detta perspektiv är bevisundersökningsinstitutet inte önskvärt. Begränsningen i förhållande till små och medelstora företag är positiv sett ur detta perspektiv eftersom den minimerar risken för att skadeståndsanspråk ruinerar överträdarföretag som då skulle gå i konkurs och försvinna helt från marknaden. Begränsningen av det solidariska ansvaret med hänsyn till företag som samarbetar med Konkurrensverket är också en positiv åtgärd med hänsyn till en effektiv konkurrens. Överträdarföretag som överväger att samarbeta kommer sannolikt inte tvivla inför detta i lika hög grad som om de riskerade att drabbas av oskäligt stora skadeståndsanspråk. Det primära syftet med skadeståndet är dock inte upprätthållandet av en effektiv konkurrens i sig utan det ska ses i sitt sammanhang tillsammans med konkurrensskadeavgift och offentlig övervakning.<sup>135</sup> KSL:s regler kan sammanfattningsvis sägas vara

---

135 SOU 2004:10 s. 91.

bättre anpassade till intresset av en effektiv konkurrens varför lagstiftningens ändamålsenlighet förbättras i detta avseende.

Syftet att konkurrenskadeståndet ska vara *självgående* har kommit i skymundan en aning. Detta gällde även sedan tidigare men KSL innebär ingen förbättring i detta avseende – snarare tvärtom. Incitamenten att invänta Konkurrensverkets bedömning har blivit starkare i och med att Konkurrensverkets beslut blir bindande i överträdelsefrågan och att preskriptionstiden inte riskerar att löpa ut under tiden. Regeln om bindande verkan för nationella beslut är en välkomnad nyhet i KSL eftersom den bidrar till processeffektivitet och underlättar processen för de skadelidande. Domstolarna behöver inte pröva samma omständigheter igen utan kan utgå från beslutet i avgiftsmålet och enbart fokusera på de skadeståndsrättsliga frågorna i civilprocessen. Den skadelidande kan förlita sig på det offentlighetsrättsliga beslutet och slippa lägga fram bevisning om överträdelsen. Nackdelen med regeln är att den ökar sannolikheten för *follow on*-processer vilket motverkar lagens självgående syfte. Det finns dock risker med att inte ingripa snabbt, inte minst för att bevisläget blir än svårare när överträdelsen ägt rum långt bak i tiden.

Truli beskriver direktivets försök att tillgodose sina ändamål som *wishful thinking*.<sup>136</sup> Jag är beredd att hålla med henne. Mot bakgrund av lagstiftningens samtliga ändamål finns skäl att rikta kritik mot KSL. Samtidigt kan man inte vara nog tydlig med att påpeka att det är en svår nöt att knäcka. Gemensamt för den äldre regleringen och den nya i KSL är att det reparativa syftet är framträdande i teorin men inte tillgodoses i praktiken. Den preventiva idén står ofta stick i stäv med svensk rättstradition varför den inte givits fullt genomslag. Syftet med en effektiv konkurrens är i vissa avseenden bättre tillgodosett genom KSL eftersom lagen innehåller regler som tar hänsyn till det offentlighetsrättsliga regelverket. Det självgående syftet är som nämnts en aning försummat men kanske är det också fråga om ett önsketänkande från lagstiftarens sida att sträva efter ett självgående system på ett område där de skadelidande möter så pass stora processuella svårigheter som inom konkurrenskaderrätten. Dessvärre är min prognos att KSL inte kommer att innebära några storslagna lösningar på de grundläggande problem som finns på konkurrenskaderrättens område, framförallt beträffande beräkning och tillgång till bevisning, även om lagen innehåller flera steg i rätt riktning. Vi kan troligtvis inte förvänta oss någon större anstormning av mål inom den närmaste framtiden och domstolarna kommer i vissa avseenden ställas

---

136 Truli, E., s. 311.

inför helt nya bedömningsvårigheter med anledning av KSL. Detta inte minst vid invändningar om övervältring, om undantag från det solidariska ansvaret och preskriptionsfristen. Den nya lagen förmår i några hänseenden tillgodose sina ändamål bättre än den tidigare regleringen men stora brister föreligger alltjämt. 