

Regeringskansliet  
(Näringsdepartementet)  
103 33 Stockholm

## Remiss: Promemoria- Konkurrensskadelag (Ds 2015:50)

### *Inledning*

Juridiska fakultetsnämnden har granskat promemorian huvudsakligen utifrån ett konkurrensrättsligt perspektiv. Fakultetsnämnden noterar att utredningens uppdrag varit begränsat till konkurrensrättsliga frågor, dock inkluderande frågor om mål om skadestånd med anledning av konkurrensbrott. En bredare genomsyn av vissa processrättsliga frågor som promemorian väcker skulle vara ändamålsenlig, särskilt eftersom utredningen föreslår vissa nyheter för konkurrensrättsmål som är, om inte unika, ovanliga inom svensk processrätt och som kan anses strida mot grundläggande principer för hur svenska domare och domstolar arbetar.

Utöver ovanstående anmärkning, som utvecklas nedan, så tillstyrker fakultetsnämnden utredningens slutsatser och förslag, med följande kommentarer.

### *Kommentarer till enskilda föreslagna paragrafer*

I 1 kap 2 § förslag till konkurrensskadelag anges en lista av definitioner. Det är första gången inom moden svensk konkurrensrätt där lagstiftaren, i nummer 8, ”karteller”, har försökt definiera kartell. Definitionen kan härledas från direktiv 2014/104/EU om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser (”direktivet”), artikel 2, punkt 14, men de exempel som ges i direktivet har utgått i förslaget. Nu finns det en definition i direktivet, men frågan är om karteller bör definieras överhuvudtaget. Det resultat som direktivet anger kan uppnås utan att karteller definieras. Definitionen kan komma att spridas till andra delar av konkurrensrätten vilket kan anses vara otillfredsställande eftersom definitionen är bred. Såsom den är skriven nu skulle t.ex. ett forsknings- och utvecklingssamarbete mellan två konkurrenter kunna falla in under definitionen även om ett sådant samarbete troligen inte skulle anses vara en kartell och troligen omfattas av gruppundantaget för FOU-samarbeten.

I 2 kap 1 § anges att endast uppsåtlig eller av oaktsamhet förorsakad skada skall ersättas. Det kan dock vara svårt att identifiera uppsåt eller oaktsamhet när det är frågan om företag. Det bör således övervägas om det inte skall föreligga strikt ansvar vid

överträdelser av konkurrensrätten. EU-domstolens praxis och direktivet ger utrymme för att införa denna förenkling.

I den föreslagna 2 kap 7 § är det otydligt om det blir en ny frist om 1 plus 5 år eller om den frist som avbryts börjar löpa igen, efter det att slutgiltigt överträdelsebeslut meddelats eller om förfarande avslutats på annat sätt. Detta kan förtydligas.

I 3 kap 1 § 2 st anges regler om beräkning av ränta. Utan någon större komparativ studie av dessa regler kan de likväl anses vara relativt generösa sett i ett europeisk perspektiv. Om alla medlemsstater genomför direktivet på ett liknande sätt bör givetvis inga problem uppstå, men om Sverige skulle ha mer generösa regler för ränteberäkning kan det föra med sig att mål om konkurrensrättskadestånd vad gäller internationella karteller angörs vid svenska domstolar.<sup>1</sup>

Principen om att EU acceptera att indirekta köpare och indirekta leverantörer (3 kap 5 och 6 §§) även har en rätt att erhålla skadestånd från en överträdare innebär att kretsen skadeståndsberättigade ökar (jmf med Amerikansk antitrusträtt där vanligtvis enbart företag eller personer med kontrakt med en kartellmedlem har talerätt i skadeståndsmål.<sup>2</sup> Detta ställningstagande eller denna princip som EU har anammat, att indirekta köpare och leverantörer kan erhålla skadestånd genom principen om övervältring, innebär att övervältring kan användas som ett försvar av svaranden i dessa mål (Se artikel 13 och skäl 39 i direktivet). En trolig invändning från svarandeparten vid domstolen i de mål som omfattas av utredningen är att käranden inte lidit skada eftersom denne har övervältrat överträdelsens skador på nästa försäljnings- eller inköpsled. Möjligen bör det framgå av 3 kap 5 och 6 §§ att ett sådant försvar är möjligt.

Vid en jämförelse mellan 2 kap 4 § och 4 kap 2 § framgår tydligt att ett företag som erhållit sanktionsbefrielse aldrig behöver betala för skada som vållats andra överträdarens direkta eller indirekta köpare eller leverantörer. Direktivet (se art 11.4 led b) är möjligen inte så kategoriskt. Ett offer för en kartell bör, om inte ersättning kan erhållas någon annanstans, i sista hand, kunna vända sig mot den sanktionsbefriade.

I förslag till lag om ändring i konkurrenslagen anges att vid bestämmande av konkurrensskadeavgiftens storlek kan konkurrensmyndigheten ta i beaktning det som en överträdare frivilligt har betalat en skadelidande. Det bör påpekas att konkurrensskadeavgiftens storlek möjligen skall reflektera storleken på den skada konkurrensöverträdelsen åsamkat samhället, och inte den skada eventuella kontrahenter till överträdaren åsamkats. Vad gäller t.ex. en kartell är den för samhället betydande skadan inte det högre pris som kunder till kartellen måste betala, utan den felallokering av begränsade resurser som de kunder som inte köpt varan representerar (p.g.a. att priserna var för höga). Vidare finns det forskning som påstår att den konkurrensskadeavgift (och det skadestånd) som utgår när en kartell lagförs i normalfallet inte kommer upp i den vinst som kartellen har skapat eller den kostnad som kartellen troligen har åsamkat kunder, leverantörer och samhället i stort.<sup>3</sup> Detta talar för att ingen 'rabatt' på

<sup>1</sup> Ett flertal skadeståndsmål i tyska och holländska domstolar, med anledning av internationella karteller, drivs av så-kallade CDC:s (Cartell Damages Companies). Hur ränteberäkningsregler i olika europeiska jurisdiktioner är utformade har en inverkan på var dessa bolag väljer att driva sina processer. Eckart Bueren, Kai Hüscherlath and Tobias Veith, "Time is Money — How Much Money is Time? Interest and Inflation in Competition Law Actions for Damages" ZEW, Centre for European Economic Research Discussion Paper No.14-008. Se även Hanna Laurila, Toni Kalliokoski, Developments in Finnish Private Antitrust Litigation: Finland Fast-Forwards into the Future? (2014) 35 E.C.L.R., Issue 11, 519, för den finska erfarenheten av dessa bolag.

<sup>2</sup> *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977)

<sup>3</sup> T.ex. Fines against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Overenforcement, Emmanuel Combe

konkurrensskadeavgiften bör ges för det fall en överträdare frivilligt har betalat en skadelidande. Förarbetena till den nya konkurrensskadelagen bör därför ange att den nya regeln som införs (att vid bestämmande av konkurrensskadeavgiftens storlek kan konkurrensmyndigheten ta i beaktning det som en överträdare frivilligt har betalat en skadelidande) endast ska nyttjas i undantagsfall.

### ***Utelämnande och användning av bevis***

I 5 kap 5-10 §§ förslag till konkurrensskadelag behandlas frågorna om utelämnande av bevis och användning av bevis i svensk domstol. Reglerna som här föreslås återfinns i direktivet (artikel 6 och 7). De föreslagna bestämmelserna innebär inskränkningar i handlingsoffentligheten och de för svensk processrätt grundläggande principerna om fri bevisföring och fri bevisprövning. Utredningen har dock försökt att minimera de effekter dessa regler får på grundläggande principer inom svensk processrätt. Som utredningen anger utgör dock vissa delar av dessa föreslagna regler ett avsteg från gällande (svenska) processrättsliga principer, framförallt vad gäller principen om den fria bevisföringen.

Det pågår en diskussion inom doktrinen om att direktivets regler i denna del (artikel 6.6. jmf 7.1), om att förklaringar inom ramen för eftergiftsprogrammet och förlikningsinlagor inte ska få läggas fram som bevis i skadeståndsmål, inte är i överstämmelse med EU-domstolen avgöranden.<sup>4</sup> EU-domstolen verkar framhärda att det alltid ska göras en proportionalitetsbedömning om bevis ska utges av konkurrensmyndigheten och om dessa ska få läggas fram vid domstol eller inte.<sup>5</sup> Om artikel 6.6 jmf 7.1 i direktivet inte skulle överstämja med EU-domstolens avgörande, uppkommer frågan om Sverige är skyldigt att genomföra de ny föreslagna reglerna.

Av de föreslagna reglerna framgår att det kommer bli mycket svårt att få in förklaringar inom ramen för eftergiftsprogrammet och förlikningsinlagor i domstolen som bevis (5 kap. 6, 10 §§). Påståendet att detta inte är ett intrång även i principen om domarens fria prövningsrätt, som utredningen anger, är enbart korrekt ur ett lagtekniskt perspektiv. Om dessa bevis inte kan presenteras i domstol bör det anses begränsa också den fria prövningsrätten. I vart fall begränsar dessa regler det större syftet som den fria prövningsrätten skyddar, nämligen att domstolen kommer till ett, baserat på fakta och rättsregler, korrekt domslut. I de fall där skuldfrågan (dvs. om det förelåg t.ex. en kartell) ska bedömas i skadeståndsprövningsprocessen är det således teoretiskt möjligt att domstolen kommer till en annan bedömning än konkurrensmyndigheten eftersom domstolen inte hade tillgång dessa bevis/handlingar.

Utredningen har på ett föredömligt sätt snävat av definitionen av 'förklaringar inom ramen för eftergiftsprogrammet' och 'förlikningsinlagor' (2 kap 1 §, punkterna 10 och 12). Möjligen skulle förarbetena kunna precisera att bilagor till dessa dokument troligen kommer falla utanför definitionerna.

---

Constance Monnier, The Antitrust Bulletin June 2011 56: 235-275.; och Do European fines deter price fixing?, Mario Mariniello 22 September 2013, <http://www.voxeu.org/article/do-european-fines-deter-price-fixing>.

<sup>4</sup> Se Mål C-536/11 Bundeswettbewerbsbehörde v Donau Chemie et al EU:C:2013:366 och mål C-360/09 Pfleiderer AG v Bundeskartellamt EU:C:2011:389 .

<sup>5</sup> See eg C Kersting ' Removing the Tension Public and Private Enforcement : Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants ' ( 2014 ) 5 Journal of European Competition Law & Practice 2, 3 . Compare with speech by A Italianer, ' Competition Law within a Framework of Rights and the Commission ' s Proposal for a Directive on Antitrust Damage Actions ' 12th Annual Conference of the Association European Competition Law Judges, Luxembourg, 14 June 2013, available at [ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013\\_06\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_06_en.pdf).

Mot bakgrund av ovanstående anser fakultetsnämnden att en bredare genomsyn av de ovan angivna processrättsliga/EU-rättsliga frågorna bör genomföras.

***Avslutande synpunkter***

Utredaren har följt direktivet till stora delar. Fakultetsnämnden tillstyrker utredningens slutsatser och förslag, med de smärre kommentarer som anges ovan.

Vad gäller reglerna för användning av bevis vid domstol vill fakultetsnämnden dock framhålla att en bredare genomsyn av vissa processrättsliga frågor som promemorian väcker bör genomföras. Det är inte säkert att direktivet i dessa delar överensstämmer med EU-domstolens avgörande, vilket kan innebära att direktivets regler till denna del inte bör genomföras. Utöver detta påpekande bör möjligen ett avsteg från grundläggande processuella principer betänkas noga innan de genomförs.