
Juni 2014

Ökade möjligheter att kräva skadestånd vid konkurrensrättsliga överträdelser inom EU – hot eller möjligheter för ditt företag?

Europaparlamentet antog den 17 april 2014 Kommissionens förslag om ett direktiv för att minimera de praktiska problem som konsumenterna och företag möter vid skadeståndsprocesser i domstol rörande skada som de har lidit vid konkurrensrättsliga överträdelser. Efter Europeiska rådets antagande och publicering av direktivet har medlemsstaterna två år på sig att införliva direktivet i de nationella rättsordningarna och antalet skadeståndsprocesser får därefter antas öka runt om i EU. Partner Elisabeth Eklund och associate Oscar Jansson redogör nedan för det nya skadeståndsdirektivet.

Bakgrund till skadeståndsdirektivet

Europeisk konkurrensrätt innehåller två förbud inom ramen för det konkurrensrättsliga regelverket, dels förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten (som följer av Artikel 101 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt), dels förbudet mot missbruk av dominerande ställning (som följer av Artikel 102 i samma fördrag). EU-domstolen har slagit fast att företag och konsumenterna som lider skada av sådana konkurrensrättsliga överträdelser har rätt till ersättning i form av skadestånd från det eller de företag som har brutit mot reglerna (Eng: betecknas som private enforcement). Ett sådant skadeståndsanspråk kan drivas tillsammans med en talan som syftar till att slå fast själva överträdelsen. Vanligen riktas dock en skadeståndstalan mot det skadevällande företaget/en efter det att konkurrensmyndigheter och/eller domstolar har fattat beslut om att en konkurrensrättslig överträdelse föreligger (en s.k. follow-on-talan).

EU-domstolen fastslog redan 2001 i det s.k. Courage v. Crehan-målet (C-453/99) att rätt till skadestånd föreligger vid överträdelser av EU:s konkurrensrätt. Kommissionen har därefter efterlyst enhetliga regler som underlättar för privata aktörer att agera mot företag som ingår otillåtna samarbeten eller missbrukar sin dominerande ställning i strid med konkurrensrättsliga regler. Kommissionen har genom en omfattande kartläggning under de senaste tio åren försökt att utreda hur lagstiftningen ser ut och vilka problem som finns i de olika medlemsstaterna. Specifika regler har saknats i en mängd medlemsstater och Kommissionen har även identifierat andra praktiska problem för att konsumenterna och företag effektivt ska kunna utnyttja sina rättigheter. Mot bakgrund av de problem som Kommissionen har identifierat lade Kommissionen i juni 2013 fram [ett förslag](#) till det [direktiv som nu har antagits](#), efter vissa justeringar från Europaparlamentets sida. Vid sidan av detta förslag har Kommissionen även

Juni 2014**Ökade möjligheter att kräva skadestånd vid konkurrensrättsliga överträdelser inom EU – hot eller möjligheter för ditt företag?**

föreslagit att regler om grupp-talan ska införas i medlemsstaterna, d.v.s. möjligheten för flera parter att tillsammans kräva ersättning mot skadevällare på samma grund. Detta är i många fall en förutsättning för att konsumenter överhuvudtaget ska anse det vara värt att rikta skadeståndskrav rörande konkurrensrättsliga överträdelser mot företaget i fråga.

Även om Sverige har legat i framkant när det gäller möjligheten att föra talan om konkurrensrättsliga skadestånd eftersom vi sedan 1993 har haft regler om skadestånd i konkurrenslagen har dock väldigt få skadeståndsmål avgjorts i svenska domstolar. Detta kan komma att ändras av det nya direktivet. Hittills har flertalet skadeståndsprocesser inom EU förts i England, Nederländerna och Tyskland p.g.a. förmånliga processuella regler för de skadelidande.

Vad innebär det nya skadeståndsdirektivet?

Skadeståndsdirektivet innehåller åtgärder som ska säkerställa, i större utsträckning än i dag, att alla som drabbats av överträdelser har likvärdig tillgång till effektiva rättsmedel som kan leda till full kompensation för uppkomna skador. Direktivet syftar även till att optimera samspelet mellan konkurrensmyndigheternas tillämpning av konkurrensreglerna och tillämpningen av dessa regler när det gäller skadestånd i nationella domstolar. De viktigaste bestämmelserna kommenteras kort nedan.

Vem har rätt till skadestånd?

I enlighet med EU-domstolarnas praxis anger direktivet att alla som har lidit skada har rätt till skadestånd, d.v.s. både direkta och indirekta köpare i förhållande till den skadevällande och vid inköpskarteller även leverantören. Det är dock upp till nationell rätt att avgöra frågor om kausalitet, d.v.s. om den påstådda skadan har samband med den skadevällande händelsen.

EU-domstolen meddelade den 5 juni 2014 dom i mål C-557/12 (Kone AG och andra ./ ÖBB-Infrastruktur AG), ett mål som kan få stor betydelse vad gäller vilka som anses lida skada vid en kartell genom s.k. umbrella pricing. Domstolen fann att företag som köpt varor på en marknad av ett företag som inte ingår i en kartell, men där priserna har påverkats av kartellmedlemmarnas prisöverenskommelse, kan få skadestånd från en kartellmedlem för det högre priset som det har tvingats betala på grund kartellens existens. Detta kräver dock, i enlighet med direktivets bestämmelser, samband mellan kartellens överenskommelse om pris och att priserna på marknaden har gått upp.

Beslut från den nationella konkurrensmyndigheten och domstolar har bevisverkan i skadeståndsmål

En viktig nyhet är att lagakraftvunna beslut från den nationella konkurrensmyndigheten och domar från domstolar ska ha bevisverkan i skadeståndsmål i den aktuella medlemsstaten. Redan idag gäller detta för beslut från Kommissionen och domar från EU-domstolarna. Beslut från konkurrensmyndigheter och domstolar i andra länder ska kunna användas som bevis men kan angripas av den påstådda skadevällaren.

Juni 2014**Ökade möjligheter att kräva skadestånd vid konkurrensrättsliga överträdelser inom EU – hot eller möjligheter för ditt företag?**Utelämnande av bevis

Ett generellt problem vid en skadeståndstalan är att den skadelidande själv inte alltid har tillgång till den nödvändiga dokumentationen som behövs för att kunna bevisa att en överträdelse har skett eller hur stor skadan är. Detta är en av de viktigaste frågorna som direktivet försöker lösa.

Direktivet uppställer därför krav på att en skadelidande ska kunna begära att en domstol fattar beslut om att det eller de företag som misstänks för överträdelserna ska lämna ut information som har betydelse som bevisning i målet. I undantagsfall ska detta även kunna ske direkt från konkurrensmyndighetens akt. Utan sådan information kan det i praktiken vara omöjligt att beräkna skadan eller ens kunna bevisa att en överträdelse har skett. Direktivet medger dock inte en begäran som är alltför bred och generell, s.k. fishing expeditions. En begäran ska därför formuleras så smalt och specifikt som möjligt. Två undantag för utgivandeskyldigheten för konkurrensmyndigheterna är eftergiftsansökningar och förlikningsförslag som har skickats till konkurrensmyndigheten. Dessutom ska information som skyddas av advokatsekretess hållas hemlig.

Eftergiftsprogram (eng: "leniency programs") ger företag som har varit delaktiga i en kartell möjlighet att slippa undan de böter de riskerar eller ge möjlighet till en väsentlig nedsättning av dessa böter om de "skvallrar" till konkurrensmyndigheterna om kartellen. Flera konkurrensmyndigheter, särskilt Kommissionen, har haft stor framgång med denna modell och de allra flesta av de kartellerna som har blivit avslöjade de senaste åren har haft sin grund i eftergiftsansökningar. Därför har myndigheterna önskat säkerställa att effektiviteten av dessa program inte påverkas negativt av direktivet. Annars finns en risk att det företag som erkänner sin medverkan "gräver sin egen grav" genom att skicka information till konkurrensmyndigheten som en skadelidande sedan använder som grund för en skadeståndstalan. Det kan noteras att bedömningar av var gränsen går för när en skadelidande har rätt till eftergiftsansökningar har varit föremål för flera processer i EU-domstolen under de senaste åren (se mål C-360/09, Pfeiderer AG ./. Bundeskartellamt och mål C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde ./. Donau Chemie AG och andra).

Medlemsstaterna ska dessutom införa sanktioner för bl.a. underlåtenhet att fullgöra editionsplikten och förstörelse av bevisning.

Vilken skada ska ersättas?

Huvudregeln enligt direktivet är att full ersättning ska betalas för skador som ett eller flera företag har orsakat genom överträdelse av konkurrensreglerna. Full ersättning ska försätta en person som lidit skada i den ställning som den personen skulle ha haft om överträdelserna inte hade begåtts. Den ska därför omfatta rätten till ersättning för direkta förluster och utebliven vinst samt ränta. Det är dock ofta förenat med betydande praktiska svårigheter att beräkna denna skada. Direktivet uppställer därför ett krav på medlemsstaterna att domstolarna dels ska presumera att karteller har orsakat skada (en presumtion som dock kan motbevisas), dels att domstolarna självständigt ska kunna uppskatta skadan som överträdelserna har inneburit. Medlemsstaterna ska se till att en nationell konkurrensmyndighet, om den anser det lämpligt, ska kunna bistå vid

Juni 2014**Ökade möjligheter att kräva skadestånd vid konkurrensrättsliga överträdelser inom EU – hot eller möjligheter för ditt företag?**

fastställandet av skadans omfattning på begäran av en nationell domstol. I samband med direktivförslaget publicerade Kommissionen också en vägledning för hur skadan bör beräknas (se [Kommissionens meddelande om beräkning av skada vid skadeståndstalan vid överträdelse av artikel 101 eller 102 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt](#)).

Direktivet uppställer också ett krav på solidariskt ansvar mellan kartelldeltagarna, d.v.s. vart och ett av dessa företag är skyldigt att ersätta skadan fullt ut, och den skadelidande parten har rätt att kräva full ersättning från vilket som helst av företagen till dess att han eller hon fått full ersättning. Däremot är det solidariska ansvaret begränsat för de företag som deltar i eftergiftsprogrammet. Begränsningen innebär att eftergiftsansökanden endast måste ersätta de faktiska direkta och indirekta skadorna som företaget i fråga har orsakat, det gäller dock inte om den skadelidande inte kan få full ersättning från andra skadevällare. För små och medelstora företag med små marknadsandelar under 5 % finns det som huvudregel vissa begränsningar rörande det solidariska ansvaret för att säkerställa att sådana företag inte drabbas för hårt ekonomiskt av skadeståndsanspråk.

Ett viktigt försvar som används av skadevällare i många skadeståndsmål är att det har skett en övervältring av skadan (eng: "passing-on"). Det innebär att ett företag som har lidit skada av en konkurrensrättsöverträdelse men som i sin tur har tagit ut ett motsvarande högre pris av sina kunder för att kompensera för det högre priset inte har lidit någon skada. Går detta att visa är konsekvensen att det skadelidande företaget därför inte har rätt till skadestånd för prisökningen. Däremot kan det finnas annan skada i form av t.ex. förlorade kunder. Direktivet specificerar tydligt att ett sådant försvar ska tillåtas men att bevisbördan för sådana försvar ska ligga på den som har överträtt de konkurrensrättsliga reglerna.

Därutöver innehåller förslaget en bestämmelse som syftar till att säkerställa en enhetlig rättstillämpning när skadeståndstalan väcks av kändanden på olika nivåer i leveranskedjan, t.ex. en köpare och en indirekt köpare, rörande samma konkurrensöverträdelse.

Preskriptionstid

Preskriptionstiden för att väcka talan skall vara minst fem år. Medlemsstaterna ska se till att preskriptionsfristen inte får börja löpa förrän överträdelserna har upphört och den skadelidande har kännedom om, eller rimligtvis kan förväntas ha fått kännedom om agerandet och det faktum att det utgör en överträdelse av konkurrensreglerna, det faktum att överträdelserna orsakat denne skada och identiteten för det företag som har begått överträdelserna.

Möjligheter till förlikning

Direktivet uppställer även ett krav på att preskriptionstiden ska frysas under tiden som förlikningsdiskussioner pågår mellan parterna. Det innebär att skadevällare och skadelidande inte tar några risker i förhållande till preskriptionsfristen genom att diskutera om ersättningen för skadan kan lösas utom domstol. Maximalt kan sådana diskussioner pågå i två år innan preskriptionstiden än en gång börjar löpa.

Juni 2014**Ökade möjligheter att kräva skadestånd vid konkurrensrättsliga överträdelser inom EU – hot eller möjligheter för ditt företag?****Skadestånd vid konkurrensrättsliga överträdelser i Sverige**

Till skillnad från många andra medlemsstater har det sedan länge i svensk rätt funnits möjligheter att driva skadeståndsmål mot företag som har överträtt de konkurrensrättsliga reglerna. Redan i 1993 års konkurrenslag fanns en skadeståndsmöjlighet för företag som drabbades av brott mot konkurrenslagens bestämmelser. Denna regel modifierades under 2005 så att även indirekta köpare och konsument kunde få skadestånd. I samband med denna bestämmelse förlängdes också preskriptionsfristen för att väcka skadeståndstalan från fem till tio år. Den nuvarande bestämmelsen återfinns i 3 kap. 25 § konkurrenslagen. Ett mål om skadestånd handläggs i allmän domstol enligt bestämmelserna i rättegångsbalken om dispositiva tvistemål. Dessa regler innefattar bl.a. bestämmelser om edition, d.v.s. möjlighet för en part att begära att den andra parten ska överlämna viss handling eller bevis i en process. Reglerna innefattar också principerna om fri bevisvärdering. Sverige har också sedan många år haft regler om grupptalan vilket är en möjlig väg för ett antal företag eller konsumenter att tillsammans kräva skadestånd. Än så länge har denna möjlighet inte utnyttjats i något konkurrensrättsligt mål.

Trots dessa goda förutsättningar att driva skadeståndsmål har, såvitt vi är medvetna, endast ett skadeståndsmål där skadestånd har dömts ut avgjorts av domstol i Sverige, det s.k. VPC- eller Euroclear-målet. Två bolag begärde, och fick, skadestånd från Euroclear för att Euroclear, som ensam leverantör av aktieägarinformation, hade slutat leverera denna information vilket ansågs utgöra missbruk av dominerande ställning. Ett antal andra skadeståndsmål har dock förlikts, bl.a. förliktes skadeståndskraven från de kommuner som drabbades av den s.k. asfaltkartellen. I flera domar har käranden inte heller lyckats visa att det har varit fråga om en konkurrensrättslig överträdelse varför frågan om skadestånd har fallit.

Våra kommentarer

I svensk konkurrensrätt har det, som nämnts ovan, länge funnits möjligheter att få skadestånd vid konkurrensrättsliga överträdelser varför direktivet enligt vår bedömning inte kommer att innebära någon större ökning av antalet konkurrensrättsliga skadeståndsmål i svenska domstolar. Däremot har det varit svårare att väcka talan i en mängd andra medlemsstater. Det innebär att företag som är aktiva i flera medlemsstater kan få en större riskexponering genom att skadeståndsanspråk kan bli vanligare runt om i Europa. Direktivet är också viktigt för företag som har drabbats av en konkurrensrättslig överträdelse i en annan medlemsstat eftersom direktivet säkerställer att företaget ska ha motsvarande möjligheter till skadestånd i alla medlemsstater.

I Sverige har det hittills varit få skadeståndsmål sedan 90-talets början då reglerna infördes. En möjlig anledning till att så få skadeståndsmål har förts i Sverige är att Konkurrensverket tar få fall till domstol. Det är avsevärt mycket lättare för företag eller konsumenter att driva en skadeståndsprocess när en konkurrensmyndighet eller domstol redan har fattat beslut om att en överträdelse har skett än att själv

Juni 2014**Ökade möjligheter att kräva skadestånd vid konkurrensrättsliga överträdelser inom EU – hot eller möjligheter för ditt företag?**

försöka påvisa både överträdelsen och skadan. Därför tror vi att antalet skadeståndsmål överlag i Europa kommer öka eftersom många andra konkurrensmyndigheter är mycket aktiva med att bötfälla företag för överträdelser av konkurrensreglerna. Vi tror inte att direktivet kommer att drastiskt öka antalet svenska skadeståndsmål men skadeståndsmålen kan komma att öka om Konkurrensverket blir mer aktivt och för talan i domstol oftare. I t.ex. Finland har en mängd skadeståndsmål väckts i domstol i mål som har koppling till utredningar där den finska konkurrensmyndigheten har vunnit framgång.

Det finns ett antal frågetecken när direktivet ska införlivas i de olika medlemsstaterna, t.ex. hur direktivets regler om tillgång till handlingar vid eftergiftsprogram förhåller sig till EU-domstolens praxis på området och hur en sådan regel kommer att inverka på de faktiska möjligheterna att kräva skadestånd från ett företag som sökt eftergift. En annan fråga är hur skadan som indirekta köpare lider ska beräknas och hur reglerna om passing-on i praktiken kommer att tillämpas. Även om direktivet är detaljerat och Kommissionen lämnat vägledning för hur skador ska beräknas uppkommer alltid svårigheter i praktisk tillämpning. Det skulle därför inte förvåna oss om frågor om hur bestämmelserna i direktivet ska tolkas därför kommer att underställas EU-domstolens prövning framöver.

Vi får anledning att återkomma när direktivet ska införlivas i svensk rätt men i avvaktan på implementeringen bör svenska företaget redan nu ta eventuella skadeståndskrav i beaktande i sina riskvärderingar vid konkurrensrättsliga bedömningar och företag som anser sig drabbade av konkurrensrättsliga överträdelser bör överväga om detta är värt att föra en skadeståndstalan om.



Elisabeth Eklund,
Partner / Advokat



Oscar Jansson,
Associate