

Juridiska institutionen
Handelshögskolan
Göteborgs universitet
Tillämpade studier, 20 p (JJURY 920)
Handledare: Filip Bladini
Författare: Eva Elvingsson
VT 2002

Konkurrensrättsligt straffansvar

En diskussion om införandet av regler
om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift
och regler om straffansvar i den svenska konkurrenslagen.

Innehåll

Inledning

1. Regler om eftergift och nedsättning 5

- 1.1 Bakgrund till nuvarande möjlighet till eftergift och nedsättning 5
- 1.2 EG-rätten 7
 - 1.2.1 Överträdelsen och sanktionen 7
 - 1.2.2 Kommissionens meddelande om befrielse eller nedsättning av böter 8
- 1.3 De amerikanska amnestiprogrammen 10
- 1.4 Det svenska förslaget till regler om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift 12
 - 1.4.1 Regler om eftergift 13
 - 1.4.2 Regler om nedsättning 14
- 1.5 Förhållandet mellan sanktion och möjlighet till eftergift 14
- 1.6 Kronvittnen och regler om eftergift och nedsättning – en analys 16
- 1.7 Konkurrensskadeavgiftens likhet med en straffrättslig sanktion 18

2. Kriminalisering 19

- 2.1 Bakgrund till det svenska sanktionssystemet i konkurrenslagen 19
- 2.2 Straffrätten och EU 21
- 2.3 Det svenska förslaget 22
- 2.4 Allmänt om kriminalisering 22
- 2.5 Bör kriminalisering ske? 23
- 2.6 Jämförelser med andra länder 29
 - 2.6.1 Norge 29
 - 2.6.2 USA 30
- 2.7 Allmänt om straffrättens förhållande till ekonomisk teori 30

3. Om kriminalisering i kombination med regler om eftergift 32

- 3.1 Sanktionens betydelse 32
- 3.2 Kronvittnen 33

4. Konsekvenser i förhållande till EG-rätten 34

- 4.1 Straffrättsliga sanktioner i kombination med ett eftergiftssystem och EG-rätten 34
- 4.2 Administrativa sanktioner i kombination med ett eftergiftssystem och EG-rätten 35
- 4.3 Straffrättsliga sanktioner utan möjlighet till eftergift och EG-rätten 35

5. Avslutning 37

Källförteckning 38

Inledning

I mars 2002 lade regeringen fram en proposition om ändringar i konkurrenslagen i syfte att uppnå en effektivare kartellbekämpning. Många frågor utreds i förslaget, men i denna uppsats skall endast två frågor behandlas, frågan om huruvida regler om eftergift och nedsättning skall införas och frågan om regler om straffansvar skall införas vid sidan av konkurrensskadeavgiften.

Avslöjandet av flera stora karteller, t ex inom vitamin-, fjärrvärmerör-, flyg-, asfalts- och bensenbranschen, gör att allmänhet och expertis ställer krav på regeringen att vidta åtgärder för att effektivisera kartellbekämpningen. Genom att införa regler om eftergift och nedsättning i konkurrenslagen vill man skapa en effektiv lagstiftning, man skapar ett incitament, ett lockbete, för den som hjälper Konkurrensverket i kampen mot konkurrensbegränsningar på den svenska marknaden.

Redan enligt gällande rätt är en nedsättning av konkurrensskadeavgiften möjlig om företaget väsentligen underlättat Konkurrensverkets utredning eller någon annan förmildrande omständighet. Någon lagstadgad möjlighet till eftergift av konkurrensskadeavgift finns ej, men eftersom det är Konkurrensverket som väcker talan om att konkurrensskadeavgift skall påföras, har Konkurrensverket i dag en möjlighet att inte väcka talan överhuvudtaget. För att konkurrenslagen skall bli effektiv krävs dock att möjligheten till eftergift befästs i lag.

Frågan om huruvida regler om eftergift och nedsättning aktualiserar dock frågor av principiell natur, kan införandet av regler om eftergift betraktas som skapandet av ett kronvitnesssystem? Kan en administrativ avgift jämföras med en straffrättslig sanktion? Införs en ny princip i svensk rätt genom att regler om eftergift införs?

Förutom dessa principiella problem som aktualiseras i förhållande till svensk rätt, når frågan om regler om eftergift och nedsättning ännu en dimension, nämligen förhållandet mellan nationell rätt och EG-rätt. Kan vi av den svenska konkurrensrättens utveckling se, att intresset att uppnå en så hög grad av materiell rättslikhet med EG:s konkurrensrätt, skulle kunna avgöra frågan om regler om eftergift och nedsättning skall införas?

Samtidigt höjs många röster för en kriminalisering av förbuden i konkurrenslagen. Man vill att kartellsamarbete och andra konkurrensbegränsningar skall medföra straff och inte en administrativ avgift. Att kriminalisera konkurrenslagen är dock inte en helt problemfri åtgärd. Det är inte svårt att förstå att om regler om straffansvar införs vid sidan om konkurrensskadeavgiften skulle incitamentet, d v s reglerna om eftergift och nedsättning, att ange en kartell vara borta.

Om man istället skulle ta bort nuvarande sanktion, konkurrensskadeavgiften, och införa straffansvar, uppstår en annan komplikation. Då kan inte heller reglerna om möjlighet till eftergift och nedsättning finnas kvar. Det är inte förenligt med svenska straffrättsliga principer att erbjuda en person som begått ett brott amnesti i utbyte mot t ex bevis om en kartells existens. Då skulle vi ha infört ett kronvitnesssystem.

I frågan om en kriminalisering av konkurrenslagen blir konflikten mellan straffrätt och ekonomisk effektivitet tydlig. Man vill å ena sidan ha en effektiv konkurrenslag och å andra sidan vill man med straffrättens unika sätt markera gärningens förkastlighet och avskräcka individer från att begränsa konkurrensen genom att hota med straff.

När frågorna om huruvida regler om eftergift och nedsättning och regler om straffansvar skall avgöras är det nödvändigt att de principiella problemen uppmärksammas och att konflikterna tydliggörs så att de kan lösas. Det är detta som är denna uppsatsens syfte.

Först kommer frågan om regler om eftergift och nedsättning behandlas, och därefter frågan om regler om straffansvar skall införas vid sidan av konkurrensskadeavgiften. I anslutning till det andra avsnittet om kriminalisering, diskuteras även frågan om vilka konsekvenser som uppstår om regler om straffansvar skulle ersätta konkurrensskadeavgiften. Slutligen diskuteras vilka konsekvenser olika konkurrensrättsliga system får i förhållande till EG-rätten. De olika systemen är; straffrättsliga sanktioner i kombination med ett eftergiftssystem, administrativa sanktioner i kombination med ett eftergiftssystem och slutligen, straffrättsliga sanktioner utan möjlighet till eftergift.

1. Regler om eftergift och nedsättning

1.1 Bakgrund till nuvarande möjlighet till eftergift och nedsättning

Genom införandet av vår nuvarande konkurrenslag avkriminaliserades överträdelse av förbudet i konkurrenslagen och istället infördes en konkurrensskadeavgift som sanktion. Om hur konkurrensskadeavgiftens storlek skulle bestämmas sades både i SOU:n och i departementspromemorian att det borde vara möjligt att ta hänsyn till företagets samarbetsvilja.¹ Med anledning av vad som yttrats i frågan kom följande år ytterligare en departementspromemoria.² I denna ansåg man att det krävdes ett förtydligande av 28 § i konkurrenslagen, så att det framgick att hänsyn till ett företags samarbetsvilja skulle tas vid fastställandet av konkurrensskadeavgiftens storlek.

År 2000 lade Konkurrensverket fram en rapport om konkurrensen i Sverige under 90-talet, som visade hur och varför konkurrensen i Sverige ej fungerade tillfredsställande på vissa marknadsområden. Även förslag lades fram och ett av dessa var att förtydliga det som sagts i SOU:n och departementspromemorian från 1992, om vilka hänsyn som skall tas vid fastställandet av konkurrensskadeavgiftens storlek. Konkurrensverket sade också att man sedan kommissionens meddelande om befrielse eller nedsättning av böter, tagit sådan hänsyn och tillämpat kommissionens principer vid bedömningen av ärenden som rör den svenska marknaden och t o m avstått att framställa yrkande om konkurrensskadeavgift.^{3 4} Genom en lagändring år 2000, infördes i 28 § en punkt som sade att hänsyn till företagets vilja att samarbeta skall tas då konkurrensskadeavgiften bestäms.⁵

Genom departementspromemorian från 1993 hade dock frågan om huruvida regler om eftergift eller nedsättning borde införas i konkurrenslagen väckts. Frågan behandlades också i prop. 1999/2000:140, men man kom då endast fram till att frågan krävde en mer omfattande utredning.

I och med SOU 2001:74 och prop. 2001/02:167 står vi alltså inför frågan om en förändring av den svenska konkurrenslagen skall ske med kommissionens nya meddelande om befrielse och nedsättning av böter i kartellärenden som förebild.

Den svenska konkurrensrättens utveckling sedan 1993 visar att rättslikhet med EG-rätten är något som Sverige eftersträvar. Med början av tillkomsten av 1993 års konkurrenslag har vi haft EG:s konkurrensregler som förebild. Genom Konkurrensverkets tillämpning av principerna i kommissionens meddelande från 1996 har dessa principer inarbetats i den svenska konkurrensrätten. Samtidigt som arbetet med ett nytt meddelande från kommissionen pågick, utreddes och utarbetades ett förslag till ett liknande system i Sverige, d v s SOU 2001:74 och prop. 2001/02:167.

Den svenska utvecklingen är en medveten och naturlig följd av det så kallade moderniseringsarbetet.⁶ En materiell rättslikhet har dessutom många fördelar, både av

¹ SOU 1991:59, del 2, s 471 f., Ds 1992:18, s 95.

² Ds 1993:20 Regler om nedsättning av konkurrensskadeavgift enligt konkurrenslagen.

³ Konkurrensverkets beslut dnr 913/1998.

⁴ Konkurrensverkets rapportserie 2000:1, s 295.

⁵ Lag 2000:1021

⁶ The Modernisation White Paper, (1999) OJ C-132/1.

praktisk och principiell karaktär. Materiell rättslikhet underlättar för både tillämparen och alla aktörer på marknaden. En stor fördel av principiell karaktär är att det helt enkelt inte är önskvärt med för stora materiella skillnader mellan systemen, eftersom det inte alltid är klart var ett ärende skall behandlas och avgöras och en sådan osäkerhet bör så långt möjligt undvikas.

Att bedöma rättslikheten som argument i en bestämd fråga kan bli missvisande, som här då vi diskuterar införandet av regler om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift. Det är nödvändigt att beakta den utveckling som skett och som tog sin början i och med 1993 års konkurrenslag. Med detta perspektiv förstås betydelsen av rättslikhet och den är därför ett viktigt argument för att införa regler om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift i Sverige.

Möjlighet till eftergift och nedsättning enligt gällande rätt

Enligt gällande svensk konkurrenslagstiftning finns det en möjlighet till nedsättning av sanktionsavgiften genom uppfyllandet av förmildrande omständigheter vid konkurrensskadeavgiftens bestämmande. Dessa kan vara en god samarbetsvilja från företagets sida under utredningen eller om företaget upphört med beteendet då det påtalats eller om företaget endast medverkat i begränsad omfattning.⁷ Någon lagstadgad möjlighet till eftergift finns dock inte, däremot har Konkurrensverket i ett per ärenden avstått från möjligheten att väcka talan om konkurrensskadeavgift, d v s i praktiken har sanktionen eftergivits.⁸

Även i svensk straffrätt finns möjlighet till straffnedsättning, det finns till och med möjlighet till påföljdseftergift. Möjligheten till påföljdseftergift är mycket begränsad och ges endast om det på grund av särskilda omständigheter är uppenbart oskäligt att döma till påföljd och då ett straff skulle framstå som ”uppenbart stötande för den allmänna rättskänslan”.^{9 10} För att eftergift eller nedsättning skulle komma i fråga krävdes också att det inte kom i konflikt med hänsynen till den allmänna laglydnaden.¹¹ Påföljdseftergift har inga likheter med ett kronvitnesssystem, bortsett från att påföljden helt bortfaller, eftersom den tilltalade inte erbjuder domstolen något i gengäld.

Nedsättning av straff kan ges enligt regler i brottsbalken.¹² En omständighet av betydelse i denna diskussion och som skall betraktas som förmildrande, är om den tilltalade frivilligt angett sig själv.¹³ I detta fall belönas eventuellt den tilltalades handlande med ett mildare straff. I denna del är möjligheten till nedsättning likt ett kronvitnesssystem, men straffrihet kan aldrig erhållas och det är en viktig skillnad. Principen om att ingen skall kunna köpa sig fri från straff uppehålls därmed och reglerna om straffnedsättning kommer aldrig i konflikt med principen.

För både eftergift och nedsättning gäller att möjlighet till eftergift eller straffnedsättning endast kan komma i fråga av den tilltalades egna överträdelse.

⁷ Prop. 1992/93:56 s 93.

⁸ Konkurrensverkets beslut dnr 913/1998.

⁹ Prop 1987/88:120 s 60, 29 kap 6 § BrB.

¹⁰ Prop. 1962:10 s C 381.

¹¹ Prop. 1962:10 s C 380.

¹² 29 kap 3, 5, 7 §§ BrB.

¹³ 29 kap 5 § 3 p BrB.

1.2 EG-rätten

1.2.1 Överträdelsen och sanktionen

Överträdelser av art 81.1 och 82 kan delas in i två huvudtyper, överträdelser av processuella regler eller av materiella regler, i denna uppsats skall endast överträdelser av materiell karaktär behandlas. Dessa överträdelser sanktioneras genom administrativa böter och för att böter skall utgå krävs att överträdelsen begåtts av oaktsamhet eller med uppsåt.¹⁴ Förutom att böter utdöms, så blir alla avtal i strid med artiklarna ogiltiga. Böter kan endast dömas ut av kommissionen, förstainstansrätten och EG-domstolen. De böter som utdöms åläggs den som bedriver verksamheten, dvs ett företag eller en företagssammanslutning. Bötesbeloppet kan uppgå till lägst 1000 euro och högst en miljon euro eller 10 procent av företagets årsomsättning föregående år. Om det visar sig att det företag som gjort sig skyldig till en överträdelse av art 81.1 genom att ingå i en kartell, är ett helägt dotterbolag, råder i EG-rätten en presumtion att moderbolaget har kontroll över dotterbolaget. Därigenom kan bötesbeloppet uppgå till mycket stora belopp, då beräknas nämligen bötesbeloppet på hela koncernens årsomsättning.

Enligt förordning 17/62 skall vid bötesbeloppets bestämmande först ett grundbelopp fastställas med hänsyn till överträdelsens allvar och varaktighet. Några närmare anvisningar än så ges inte i förordningen, därför utfärdade kommissionen år 1998 riktlinjer för beräkning av böter, för att uppfylla kravet på förutsebarhet.¹⁵

En överträdelses allvar delas enligt riktlinjerna upp i tre olika kategorier, mindre allvarliga, allvarliga och mycket allvarliga överträdelser. Mindre allvarliga överträdelser är t ex sådana vertikala begränsningar som har en begränsad påverkan på marknaden och berör den gemensamma marknaden i en betydande, men smal, del. Den del av grundbeloppet som bestäms utifrån överträdelsens allvar kan för mindre allvarliga överträdelser uppgå till mellan 1000 euro och en miljon euro. Allvarliga överträdelser är vertikala eller horisontella begränsningar som har en större påverkan på marknaden och som även kan påverka stora delar av den gemensamma marknaden. Även missbruk av dominerande ställning räknas som en allvarlig överträdelse. För allvarliga överträdelser kan kommissionen fastställa ett belopp som uppgår till mellan en miljon euro och 20 miljoner euro.

Som mycket allvarliga överträdelser räknas framförallt horisontella begränsningar som stör den inre marknaden, genom t ex uppdelning av marknader som drar upp osynliga nationsgränser, eller missbruk av dominerande ställning. Vid denna typ av allvarliga överträdelser kan kommissionen fastställa ett belopp på över 20 miljoner euro.

När storleken på bötesbeloppet med hänsyn till överträdelsens allvar inom varje intervall skall bestämmas, skall hänsyn tas till företagets ekonomiska kapacitet att åsamka skada, t ex på konsumentkollektivet, dessutom skall beloppet ha en avskräckande effekt. Vidare skall stora företags ekonomiska och juridiska kunskaper beaktas, eftersom företag med dessa kunskaper oftast kan bedöma huruvida förfarandet är lagligt eller ej.

¹⁴ Förordning 17/62

¹⁵ Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning 17/62 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (98/C 9/03).

Gör flera företag tillsammans sig skyldiga till en överträdelse av artikel 81.1 eller 82, dvs en kartell, skall för det första det belopp som kommer av överträdelsens allvar bestämmas individuellt för varje företag och det kan även ske att beloppet varierar för de olika kartellmedlemmarna med hänsyn till vart och ett av företagens inblandning i överträdelsen och vad ett enskilt företags handlande har fått för konsekvenser. Dessa faktorer kan nämligen variera med hänsyn till den enskilda företagets storlek, för samma överträdelse kan således olika belopp utgå.

När beloppet knutet till överträdelsens allvar har bestämts, skall beloppet justeras i förhållande till överträdelsens varaktighet, detta belopp kallas för ett tilläggsbelopp. Även varaktigheten delas in i tre kategorier, kort varaktighet, då överträdelsen pågått under en period kortare än ett år, medellång varaktighet, då överträdelsen pågått i mellan ett och fem år och slutligen lång varaktighet i fall då överträdelsen pågått i över fem år. Vid kort varaktighet utgår inget tilläggsbelopp. Däremot vid medellång eller lång varaktighet kan det belopp som hänför sig till överträdelsens allvar ökas med 50 procent respektive 10 procent för varje år som överträdelsen pågått.

När grundbeloppet fastställts kan detta sedan höjas eller sänkas med hänsyn till försvårande eller förmildrande omständigheter. Omständigheter som verkar i försvårande riktning är om företaget eller företagen upprepar överträdelsen eller vägrar att samarbeta eller motarbetar kommissionens undersökning. Om företaget haft en ledande roll eller uppmuntrat andra företag att delta i överträdelsen, betraktas detta som försvårande omständigheter. Vidare kan bestraffningsåtgärder från ett företags sida som syftar till att få andra företag att ”respektera” överträdelsen, beaktas som en försvårande omständighet. Grundbeloppet kan också ökas för att överstiga de vinster som gjorts genom överträdelsen. Slutligen ges en möjlighet för kommissionen att beakta övriga omständigheter som föranleder en höjning av grundbeloppet.

Som förmildrande omständigheter betraktas om ett företag i en kartell endast haft en efterföljande eller passiv roll. Om företaget ej heller tillämpat ett konkurrensbegränsande avtal eller om företaget upphört med överträdelsen sedan kommissionen agerat, räknas detta som förmildrande omständigheter. Vidare kan grundbeloppet sänkas om företaget varit osäkert om förfarandets laglighet eller olaglighet. Har överträdelsen begåtts av oaktsamhet eller har företaget samarbetat med kommissionen i enlighet med kommissionens meddelande om befrielse eller nedsättning av böter eller finns det någon övrig förmildrande omständighet, så kan grundbeloppet sättas ned.

En självklar begränsning då bötesbeloppet skall fastställas är att det aldrig får överstiga 10 procent av företagets årsomsättning föregående år, som enligt förordningen 17/62 är det högsta bötesbelopp som får utgå för överträdelser av artikel 81.1 och 82.

1.2.2 Kommissionens meddelande om befrielse eller nedsättning av böter¹⁶

Det första meddelandet från kommissionen om befrielse eller nedsättning av böter i kartellärenden kom år 1996. Fem år senare, i februari 2002, kom ett nytt meddelande och som vi skall se så skiljer sig de båda meddelandena i vissa avseenden från varandra.

Av naturliga skäl värnar kommissionen om en väl fungerande gemensam marknad. Därför betraktas karteller som en av de allvarligaste formerna av överträdelser i EG-rätten. Dessutom

¹⁶ 2002/C 45/03.

är överträdelsen mycket svår att upptäcka. Kommissionen ansåg att det fanns en risk att de företag som överväger att upphöra med överträdelsen, avskräcks att göra så på grund av de höga böter som åläggs ett företag vid denna typ av överträdelse. Av denna anledning ansåg kommissionen att det fanns ett behov av att utfärda ett meddelande som stadgade en förmånlig behandling av det företag som avslöjade en kartell.

Kommissionen har uppmärksammat att det i frågan finns en konflikt mellan moral och effektivitet, d v s mellan önskan att bötfälla den som överträtt en viktig regel och bl a konsumenternas nytta av att överträdelser upptäcks. I denna konflikt har kommissionen ansett att effektiviteten är viktigare än önskan att bötfälla även den kartellmedlem som avslöjar kartellen.

Vid tillämpning av kommissionens meddelande om befrielse eller nedsättning av böter är det viktigt att komma ihåg att meddelandet endast utgör en del i den bedömning som görs för att fastställa bötesbeloppet enligt kommissionens riktlinjer.

Den förmånliga behandling som en kartellmedlem kan komma att åtnjuta genom meddelandet delas in i fyra olika nivåer. I den första kategorin kan bötesbeloppet efterges om företaget uppfyller följande kriterier. Kommissionen kan bevilja fullständig befrielse från böter till den kartellmedlem som först uppmärksammar kommissionen på ett ännu oupptäckt kartellsamarbete. Kartellmedlemmen måste ge tillräcklig information för att kommissionen skall kunna vidta en inspektion av de misstänkta företagen. Fullständig befrielse får även den som ger kommissionen avgörande bevisning när kommissionen redan har information som räcker för en inspektion, men ej för att fastställa en överträdelse. Detta gäller dock ej om en kartellmedlem redan beviljats befrielse genom den först beskrivna möjligheten till befrielse.¹⁷ Dessutom kräver kommissionen att kartellmedlemmen samarbetar fullständigt under utredningen, att kartellmedlemmen överlämnar allt bevismaterial och upphör med överträdelsen. Kartellmedlemmen får ej heller ha tvingat andra företag att delta i kartellen.¹⁸

Det nya meddelandet skiljer sig från det tidigare i ett viktigt avseende. I det tidigare meddelandet var den förmånliga behandlingen uppdelad i tre kategorier där den första bestod av en möjlighet till nedsättning av bötesbeloppet med 75 procent eller att hela bötesbeloppet eftergavs, enligt samma förutsättningar som befrielse kan beviljas enligt det nya meddelandet. Detta innebar att ett företag som uppfyllde kriterierna i den förmånligaste kategorin enligt det tidigare meddelandet, inte kunde förutse huruvida bötesbeloppet skulle efterges eller endast sättas ned med 75 procent. För meddelandets effektivitet var denna osäkerhet en stor nackdel, därför bröts möjligheten till eftergift ut och utgör i det nya meddelandet en egen kategori.

Ett företag som uppfyller villkoren för befrielse kommer omedelbart att motta ett brev från kommissionen där befrielsen bekräftas under förutsättning att villkoren i meddelandet följs.¹⁹ Detta förfarande infördes också genom det nya meddelandet i syfte att stärka förutsebarheten, kommissionen vill skapa en trygghet för den kartellmedlem som avslöjar kartellen.

De företag som inte uppnår kraven för befrielse av böter kan dock få bötesbeloppet nedsatt.²⁰ För att detta skall komma ifråga, krävs att företaget presterar bevisning som i jämförelse med

¹⁷ Punkt 8-10.

¹⁸ Punkt 11.

¹⁹ Punkt 15.

²⁰ Punkt 20.

de bevis kommissionen redan innehar, har ett ”betydande mervärde”. För att nedsättning skall beviljas krävs också att företaget omedelbart upphör med överträdelsen.²¹

Det första företaget som uppfyller kraven för att nedsättning skall ske, kan få bötesbeloppet nedsatt med 30 – 50 procent. Det efterföljande företaget som uppfyller samma villkor kan få en nedsättning med 20 – 30 procent. Övriga företag kan komma att få bötesbeloppet nedsatt med upp till 20 procent. Förutom att kommissionen kräver att villkoren är uppfyllda, tar kommissionen även hänsyn till hur väl företaget samarbetat under utredningen.²²

1.3 De amerikanska amnestiprogrammen

Bakgrund till den amerikanska antitrustlagstiftningen

Ekonomisk teori utgör idag en ofrånkomlig del av den amerikanska antitrustlagstiftningen. En korrekt förståelse av antitrustsystemet kräver en förståelse av de bakomliggande ekonomiska tankegångarna.

Nytan med en kartell är uppenbar för de deltagande. Större förtjänst vid ett lägre utbud av varor. Det finns dock ett problem, en deltagare kan göra ännu större förtjänster genom att fuska, d v s inte följa kartellavtalet. Anledningen till att fusk i en kartell är lönsamt, beror på att kartellmedlemmars beteende är svårt att kontrollera.

Antag att en kartell består av företagen A och B. Helt plötsligt börjar A att förlora intäkter. Det är dock svårt att ta reda på vem som bär skulden till de förlorade intäkterna. A skulle förmodligen inte få svaret från B, om det är B som har ökat utbudet. A kan heller inte lita på svaret från sina återförsäljare, de kanske skyller på B, för att de vill att A skall ge dem ett bättre pris. Det kan också vara så att B i hemlighet har gjort en liten förbättrande förändring i sin produkt och att A av den anledningen förlorar intäkter.²³ Karteller innehåller alltså i sig själva ett osäkerhetsmoment. Kartellsamarbete är därför till sin natur bräckligt.

Den enda möjliga sanktionen som fanns att tillgå innan tillkomsten av Sherman Act, d v s för år 1890, var att avtalet drabbades av civilrättslig ogiltighet. Trots att karteller till sin natur är bräckliga, var denna sanktion en otillräcklig åtgärd. Osäkerheten och ogiltigheten var inget hinder mot kartellsamarbete.

För att förhindra fusk och säkra att kartellavtalen efterlevdes, sökte kartellmedlemmarna hitta vägar att kontrollera varandra. Snart uppkom s k ”common sales agencies”, varigenom kartellen sålde sina produkter. På detta sätt kontrollerades utbudet och tillintetgjorde möjligheten för en kartellmedlem att fuska, samtidigt som kartellens svaga punkt åtgärdades.

När Sherman Act kom till förstod man att utnyttja denna svaghet i systemet och ”common sales agencies” förbjöds och regler om straffansvar infördes.²⁴ Osäkerhetsmomentet blev ett effektivt vapen.

²¹ Punkt 21.

²² Punkt 23 b.

²³ Posner, R, Economic Analysis of Law, s 114.

²⁴ Posner, R, Economic Analysis of Law, s 115.

Det ovan beskriva förhållandet är detsamma idag, karteller har en svag punkt. Vid varje förändring av ett konkurrensrättsligt system bör man ha detta i åtanke. Det är ett grundläggande förhållande av stor betydelse vid utformandet av ett effektivt konkurrensrättsligt system. Denna osäkerhet använde staten till sin fördel genom införandet av amnestiprogram.

Amnestiprogrammen

Överträdelse av förbudet i Sherman Act, förbud mot konkurrensbegränsande samarbete och förbud mot monopolisering medför straffansvar för juridiska eller fysiska personer. De straffrättsliga påföljderna enligt Sherman Act kan dock efterges eller nedsättas om den som överträtt förbudet uppfyller vissa kriterier i ett amnestiprogram. Det finns ett amnestiprogram för fysiska personer och ett för juridiska personer.

Det amnestiprogram som tillämpas i dag infördes år 1994, men det första amnestiprogrammet kom redan år 1978.²⁵ Dagens amnestiprogram tillkom för att tidigare amnestiprogram bedömdes ej fungera tillfredsställande. Till 1994 års amnestiprogram finns inga offentliga förarbeten eftersom det ej presenterades för kongressen.²⁶ Ungefär hälften av justitiedepartementets alla utredningar tog under år 1999 sin början i en ansökan om amnesti och amnestiprogrammen kom i fråga i nästan samtliga av internationella karteller under samma år.²⁷

Genom att studera det amerikanska kronvitnesssystemet kan vi se vilka beståndsdelar som är av fundamental betydelse för att ett amnestiprogram skall fungera.

I det amerikanska amnestiprogrammen spelar tillförlitlighet en mycket stor roll. Genom att verkligen ge amnesti och anstränga sig för att de fysiska eller juridiska personer som samarbetar skall uppnå kraven för att amnesti skall beviljas, försöker Antitrust Division skapa en tilltro till systemet.

En kartellmedlem kan få full amnesti oberoende vid vilken tidpunkt framträdandet sker, dock ej då utredningen är slutförd.²⁸ Den kartellmedlem som först uppmärksammar Antitrust Division om en överträdelse av Sherman Act, ges total amnesti medan efterföljande erkännanden av övriga kartellmedlemmar ger aldrig total amnesti men dock en nedsättning i förhållande till informationens värde. För att åtnjuta amnestiprogrammens fördelar ställs krav på fullständig medverkan från anmälarens och de erkännandes sida, de måste till exempel samarbeta, ge all tillgänglig information och ge skriftliga vittnesmål.

En ansökan om amnesti tar ofta sin början i en hypotetisk fråga ställd av en advokat. Advokaten kan då ge vissa uppgifter, dock ej detaljerade, i syfte att vara första anmälare kartellmedlem. När, eller om, en ansökan om amnesti kommer, gör Antitrust Division en preliminär bedömning om anmälaren kommer att beviljas amnesti eller ej. Det har aldrig hänt, enligt Antitrust Division, att en anmälare som beviljats preliminär amnesti ej erhållit slutlig amnesti.²⁹

²⁵ SOU 2001:74 s 70.

²⁶ SOU 2001:74 s 70.

²⁷ SOU 2001:74 s 71.

²⁸ B punkt 2.

²⁹ SOU 2001:74 s 72.

1.4 Det svenska förslaget till regler om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift

Regeringen föreslår att ett nedsättnings- och eftergiftsprogram för konkurrensskadeavgift skall införas. Eftergift skall endast vara möjlig för överträdelser av 6 §, och kraven för amnesti överensstämmer i huvudsak med kommissionens meddelande om eftergift och nedsättning av böter i kartellärenden från 2002. Möjligheten till nedsättning av konkurrensskadeavgiften utökas något genom det tidigare kravet, på att endast uppgifter om den egna överträdelsen kan tillmätas betydelse, tas bort.

Regeringen framhåller att det är av oerhörd betydelse att konkurrenslagens förbudsregler får stor genomslagskraft med hänsyn till de stora samhällsekonomiska och konsumentpolitiska värden det rör sig om. Regeringen hänvisar till att förslaget främjar den konkurrenspolitik som slogs fast i prop. 1999/2000:140 Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald, där regeringen kommer fram till att en ”väl fungerande konkurrenspolitik har stor betydelse för uppfyllandet av de allmänpolitiska målen.”³⁰

Regeringen anser vidare att ett nedsättnings- och eftergiftsprogram främjar avslöjandet och bekämpandet av karteller eftersom ett sådant program ger ett incitament att avslöja kartellen och därmed förstärks osäkerheten i kartellen. Regeringen hänvisar till EU:s och USA:s eftergiftsprogram som exempel på effektiv kartellbekämpning.³¹ Konkurrensverket delar denna uppfattning med regeringen, och framhåller att tydlighet och förutsebarhet är avgörande inslag i s k leniencyprogram.³²

Om förslaget förhållande till EG-rätten anser regeringen att det finns ett behov av att ha tillgång till ett nedsättnings- och eftergiftsprogram som överensstämmer med EU:s. Anledningen till detta är att Konkurrensverket, Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen sedan januari 2001 är internrättsligt behöriga att tillämpa artikel 81 och 82. Dessutom bedriver kommissionen ett moderniseringsarbete på det konkurrensrättsliga området som innebär en större decentralisering av tillämpningen av den gemensamma konkurrensrätten. Om Sverige hade ett system motsvarande EU:s, skulle enligt regeringen mycket vinnas, exempelvis skulle mål som lika gärna kunde handläggas i nationell domstol inte styras till kommissionen och öka den redan höga arbetsbelastningen. Sverige har dessutom ett intresse av att gemenskapens resurser används på det mest effektiva sättet och därför anser regeringen att argumenten med styrka talar för Sverige bör införa ett liknande system.

Som vi inledningsvis konstaterat, är frågan om rättslikhet med EG-rätten inte endast aktuell i frågan om huruvida regler om eftergift och nedsättning skall införas, att uppnå rättslikhet med EG-rätten är en process som pågått under lång tid. Av denna anledning är argumentet om rättslikhet mer kraftfullt än vad som märks i en isolerad fråga, det kan mycket väl vara så att intresset av att uppnå rättslikhet har avgjort frågan om huruvida regler om eftergift och nedsättning skall införas i konkurrenslagen.

Avslutningsvis anser regeringen, i likhet med utredningen att hänsyn till artikel 6 i Europakonventionen skall tas vid utformningen av reglerna.³³

³⁰ Prop 2001/02: 167 s 32.(Prop. 1999/00:140 s 55)

³¹ Prop. 2001/02:167 s 33.

³² Konkurrensverkets remissvar till prop. 2001/02:164.

³³ Prop. 2001/02:167 s 36.

1.4.1 Regler om eftergift

Regeringen anser att överträdelser av 6 § Konkurrenslagen är särskilt allvarliga, eftersom detta är ett dolt samarbete till skillnad från missbruk av dominerande ställning som sker öppet t ex genom att ett dominerande företag utnyttjar leverantörer. Därför anser regeringen att regler om eftergift skall kopplas till överträdelser av 6 § Konkurrenslagen. Regeringen uppmärksammar att 6 § har ett vitt tillämpningsområde, men finner att det skulle verka egendomligt att eftergift av konkurrensskadeavgift ej skulle vara möjlig vid mindre allvarliga överträdelser, utan endast vid allvarliga sådana. Därför anser regeringen att ett eftergiftsprogram bör vara tillämpligt på alla de förfaranden som 6 § Konkurrenslagen rymmer.³⁴

Ett förbud mot att inte efterge konkurrensskadeavgiften för en kartellmedlem som haft en ledande ställning i kartellen bör inte införas. I likhet med utredningen anser regeringen att ett begränsat undantag bör införas, för de fall där omständigheterna talar för att det vore uppenbart oskäligt att efterge konkurrensskadeavgiften.³⁵

För att beviljas amnesti krävs enligt förslaget att företaget anmäler överträdelsen till Konkurrensverket innan de har tillräckliga egna bevis för ett ingripande, och att inte ett annat företag redan anmält överträdelsen till Konkurrensverket. Företaget måste vidare ge Konkurrensverket all information om överträdelsen som företaget kan ge. Förutom detta anser regeringen att det bör införas ett krav på att företaget samarbetar fullt ut till dess att utredningen är avslutad. Anledningen till detta krav är att Konkurrensverket annars får svårt att få information om övriga kartellmedlemmar utan den anmälade kartellmedlemmens hjälp.³⁶ Utredningen skall anses avslutad i och med att konkurrensverket beslutat huruvida talan om konkurrensskadeavgift eller annat ingripande med stöd av Konkurrenslagen skall väckas.³⁷

I likhet med utredningen anser regeringen att finns ett uppenbart behov av att införa ett krav på att företaget omedelbart skall avsluta sin medverkan i den olagliga verksamheten för att företaget skall beviljas amnesti och även att avslöjandet sker på företagets vägnar.³⁸

Det är Konkurrensverket som skall fatta beslut om konkurrensskadeavgiften skall efterges. Konkurrensverket för talan om konkurrensskadeavgift hos Stockholms tingsrätt, som beslutar om konkurrensskadeavgift skall utgå och avgiftens storlek. Avgörandet kan överklagas hos Marknadsdomstolen. Eftersom reglerna om tvistemål där förlikning ej är tillåten tillämpas, kan domstolen ej fastställa avgiftens storlek till ett högre belopp än vad Konkurrensverket yrkat.³⁹ Regeringen anser i likhet med utredningen att Konkurrensverket beslut om att efterge konkurrensskadeavgiften ej kan överklagas.

Utredningen har föreslagit att ett provisoriskt beslut om att talan om konkurrensskadeavgift ej kommer att väckas, skall kunna ges utan särskilt författningsstöd, utan endast enligt de kriterier som ställs upp i 28 b § Konkurrenslagen. Lagrådet ansåg dock att förfarandet har väsentlig betydelse för det enskilda företaget och att det därför måste ställas krav på

³⁴ Prop. 2001/02:167 s 37.

³⁵ Prop. 2001/02:167 s 40.

³⁶ Prop. 2001/02:167 s 41.

³⁷ Prop. 2001/02:167 s 42.

³⁸ Prop. 2001/02:167 s 42.

³⁹ 17 kap 3 § RB.

rättssäkerheten. Regeringen föreslår därför, i enlighet med lagrådets förslag, att en 28 c § införs. Genom denna paragraf kan Konkurrensverket med bindande verkan fatta beslut om eftergift av konkurrensskadeavgift.⁴⁰

1.4.2 Regler om nedsättning

Vid sidan om en möjlighet att eftergift bör även finnas en möjlighet till nedsättning av konkurrensskadeavgiften, som ytterligare ett incitament att medverka i utredningen.⁴¹ Reglerna om nedsättning skulle dock omfatta överträdelser av både 6 och 19 §§ i Konkurrenslagen.⁴² Redan i gällande rätt finns en möjlighet till nedsättning av konkurrensskadeavgiften, se 28 § Konkurrenslagen. Men denna möjlighet gäller endast vid utredningen av den *egna* överträdelser. Eftersom regeringen föreslagit att ett företag skall kunna befrias helt en konkurrensskadeavgift, anser regeringen att det inte finns några principiella hinder att bevilja nedsättning av konkurrensskadeavgiften grundat på information som även innefattar andras överträdelser.⁴³ Regeringen föreslår därför att 28 § 1 st 3 p tas bort, detta innebär att 28 § utvidgas något.

Enligt nuvarande regler om nedsättning kan konkurrensskadeavgiften efterges om det rör sig om ringa fall.⁴⁴ Regeringen anser att denna möjlighet skall finnas kvar. Regeringen föreslår även, till skillnad från utredningen, att konkurrensskadeavgiften får efterges även enligt detta lagrum om utredningen underlättats i högst väsentlig mån.⁴⁵

Det svenska förslaget överensstämmer i allt väsentligt, men inte ordagrant, med kommissionens nya meddelande om befrielse och nedsättning av böter.

1.5 Förhållandet mellan sanktion och möjlighet till eftergift

Den grundläggande tanken bakom ett system där en sanktion kombineras med ett amnestiprogram är att man utnyttjar en kartells stora svaghet, nämligen osäkerheten. Kartellsamarbete är till sin natur osäkert eftersom det dels är förbjudet och dels svårt för medlemmarna att utöva kontroll över varandra. Genom att lagstiftaren lockar med amnesti förstärks osäkerheten.

Det krävs dock att lockbetet är attraktivt. Detta uppfylls genom att den förste att anmäla kartellen beviljas full amnesti från sanktionen. Därigenom skapar lagstiftaren en nervös tävlan mellan kartellmedlemmarna, det är bara en som kan erhålla bytet och vem frestas eller vem vågar inte riskera att någon annan kartellmedlem hinner före? Detta är syftet bakom att erbjuda en möjlighet till amnesti.

För att systemet skall fungera krävs också att förutsebarheten är i det närmaste perfekt. Ett företag måste kunna räkna med att amnesti verkligen beviljas. Finns det ingen garanti, finns det inget incitament att ansöka om amnesti. Enligt ett ekonomiskt resonemang så minskar

⁴⁰ Prop. 2001/02:167 s 47-48.

⁴¹ Prop. 2001/02:167 s 43.

⁴² Prop. 2001/02:167 s 49.

⁴³ Prop. 2001/02:167 s 44.

⁴⁴ 28 § Konkurrenslagen.

⁴⁵ Prop. 2001/02:167 s 49.

brottsligheten väsentligt, när man i högre grad kan förvänta sig ett straff.⁴⁶ På samma sätt bör incitamentet att ”tjalla” öka, när vissheten om immunitet ökar.

För att möjliggöra stor förutsebarhet bör amnesti beviljas i ett mycket tidigt stadium av utredningen. Kommissionen har tillgodosett förutsebarheten i sitt meddelande⁴⁷, genom att kommissionen meddelar att ett företag som uppfyller villkoren för amnesti omedelbart kommer att erhålla ett brev från kommissionen där amnestin bekräftas om villkoren i meddelandet följs. Företaget får därmed, förutom trygghet, ytterligare incitament att samarbeta. Företagets tilltro till systemet är också viktig. För att visa systemets pålitlighet anstränger sig till exempel det amerikanska justitiedepartementet för att få företagen att uppfylla villkoren för amnesti. När ett företag uppfyller villkoren beviljas provisorisk amnesti och det har, enligt det amerikanska justitiedepartementet, aldrig inträffat att en provisorisk amnesti dragits tillbaka.⁴⁸

Enligt min mening är ett konkurrensrättsligt system som inte kombineras med ett eftergiftssystem, oavsett sanktionstyp, ineffektivt, eftersom det inte finns någon anledning för ett företag i en kartell att avslöja den, utan tvärtom, dölja den till varje pris. Låt oss ta den norska konkurrenslagstiftningen som exempel. Den norska konkurrenslagen liknar det system Sverige hade innan nuvarande lagstiftning kom. Det är en traditionellt utformad strafflagstiftning. Överträdelse av den norska konkurrenslagen faller dessutom under allmänt åtal, i Sverige kunde åtal väckas endast efter medgivande av NO.

Den norska konkurrenslagstiftningen har i första hand ett traditionellt straffrättsligt syfte, prevention.⁴⁹ Effektiviteten kan på grund av lagens nuvarande konstruktion inte få en större roll i förhållande till preventionen. Men effektivitetens roll har diskuterats i allt större omfattning. I mars 2001 utgav ett särskilt utskott tillsatt av Konkurransetsilsynet, en rapport, ”Sanktionering – er der verdt prisen?” som diskuterade konkurrensrätten ur ett ekonomiskt perspektiv, effektivitetens betydelse och olika sanktionstyper. Utgångspunkten i rapporten var att finna förbättrande lösningar som kan genomföras inom ramen för dagens system. Efter detta har en statlig utredning tillsatts för att undersöka huruvida konkurrenslagen bör avkriminaliseras och/eller ett eftergiftssystem bör införas, utredningens resultat beräknas komma i november 2002. Den norska rättstraditionen avvisar dock, i likhet med den svenska, tanken på att införa ett kronvittnessystem.

Även nuvarande svensk konkurrenslagstiftning bygger på samma principer som den norska konkurrensrätten. De är båda uppbyggda av förbudsregler och sanktioner är knutna till förbuden. Inget av systemen har, för närvarande, någon lagstadgad möjlighet till eftergift av sanktionen. Den svenska synen på ett konkurrensrättsligt system har dock förändrats. Effektivitetens betydelse i förhållande till den svenska konkurrenslagens preventiva syfte har ökat, i kartellbekämpningsutredningen med efterföljande proposition tillmäts ett konkurrensrättsligt systems effektivitet stor vikt.⁵⁰ Därför föreslår regeringen att regler om nedsättning och eftergift skall införas i konkurrenslagen.

⁴⁶ Cooter/Ulen, Law and Economics, s 460.

⁴⁷ 2002/C 45/03.

⁴⁸ SOU 2001:74, s 72.

⁴⁹ Sanktionering – er der verdt prisen?, s 4.

⁵⁰ SOU 2001:74 och prop. 2001/02:167.

1.6 Kronvittnen och regler om eftergift och nedsättning – en analys

Grundtanken bakom ett kronvitnesssystem är att en person erbjuds strafflindring i utbyte mot information om brott som personen själv inte varit delaktig i, d v s han/hon anger någon annan och belönas. Detta system tillämpas i den amerikanska federala antitrustlagstiftningen, men är främmande för svensk rätt. Enligt gällande svensk konkurrenslagstiftning finns det däremot en möjlighet till nedsättning av sanktionsavgiften genom uppfyllandet av förmildrande omständigheter vid konkurrensskadeavgiftens bestämmande. Det kan vara en god samarbetsvilja från företagets sida under utredningen eller om företaget upphört med beteendet då det påtalats eller om företaget endast medverkat i begränsad omfattning.⁵¹ Någon lagstadgad möjlighet till eftergift finns inte, men Konkurrensverket kan i praktiken avstå från att väcka talan om konkurrensskadeavgift.

Regeringen föreslår att den första kartellmedlemmen som anger en kartell, som personen själv är medlem i, erhåller full amnesti från sanktionen, d v s träffas ej av någon konkurrensskadeavgift. Som argument anges att ett eftergiftssystem ej kommer i konflikt med gällande straffrättsliga principer, eftersom konkurrensskadeavgiften inte är en straffrättslig sanktion.

Principen om att en lagöverträdare ej skall kunna köpa sig fri från ett straff, torde dock gälla både administrativa och straffrättsliga sanktioner, eftersom sanktioner, oavsett om de är administrativa eller straffrättsliga, enligt gällande rätt i princip ej efterges, utan endast en lindrigare sanktion är möjlig i normalfallet. Undantagsvis kan dock straff efterges, men då i fall där ett straff vore stötande. Enligt min mening har därför argumentet att sanktionen har en administrativ karaktär mindre betydelse, att efterge en sanktion i utbyte mot något skulle vara en ny princip i svensk rätt, oavsett om det rör en administrativ eller en straffrättslig sanktion.

Fängelsestraffkommittén i SOU 1986:14 tar upp tre huvudargument mot att införa ett kronvitnesssystem. Fängelsestraffkommittén ansåg för det första att det inte var rätt att uppmuntra en person att skvallra på någon annan. För att få amnesti, krävs enligt förslaget bland annat att kartellmedlemmen ger Konkurrensverket information som är tillräcklig för att ingripande mot kartellen kan ske och att kartellmedlemmen måste samarbeta lojalt under hela utredningen. Detta innebär att kartellmedlemmen anger övriga kartellmedlemmar. Detta står i strid med principen att en tilltalad inte skall få någon fördel av att ange någon annan.⁵²

Jag anser att även denna princip gäller oavsett sanktionstyp. Visserligen är en kartellmedlems samarbete med Konkurrensverket enligt gällande rätt en förmildrande omständighet, men detta innebär inte att kartellmedlemmen måste ange en annan medlem, utan en förmildrande omständighet kan vara att ett företag underlättar Konkurrensverkets utredning om det egna brottet. Möjligheten till nedsatt konkurrensskadeavgift är enligt gällande rätt inte ett lockbete.

Utredningen uppmärksammar problemet men anser att den första amnesti-sökande kartellmedlemmen anger sig själv först och främst. Att kartellmedlemmen därigenom indirekt även anger övriga kartellmedlemmar är oundvikligt och verkar vara av underordnad betydelse. Utredningen menar att det konkurrensrättsliga amnestiprogrammet endast gäller ”vad som förekommit i den egna kartellen”.⁵³ Det verkar som kartellen ses som en enhet och inte företagen var för sig. Konkurrensskadeavgift påförs dock inte kollektivt, utan bestäms

⁵¹ Prop. 1992/93:56 s 93.

⁵² SOU 1986:14, del 2, s 452.

⁵³ SOU 2001:74 s 103

individuellt för varje kartellmedlem.⁵⁴ Utredningen gör vidare en avvägning mellan effektivitet och moral och kommer fram till att effektivitetshänsynen väger tyngre.⁵⁵

Skall man få dra nytta av att man talar om andras överträdelser? Nej, inte enligt gällande svensk rätt. Detta är ett kronvitnesssystems grundpelare, det har dock en funktion, det är effektivt. Skall man få nedsatt straff på att man berättar om sina egna överträdelser, såsom frivillig angivelse och även erkännande av andra brott när en person ertappas för en brottslig gärning? Ja, enligt svensk rätt.⁵⁶ Med stöd av detta anser utredningen i SOU 2001:74 att införandet av ett amnestiprogram ej kommer i konflikt med svenska straffrättsliga principer.

Att försvara införandet av ett eftergiftssystem i förhållande till den svenska ståndpunkten i frågan om ett kronvitnesssystem är inte rätt, när detta sker genom att luta sig på argumentet om att brottslingen endast anger sina egna överträdelser. Enligt det föreslagna eftergiftssystemet så erhåller den första angivaren total amnesti. Straffet efterges för att angivaren anger kartellen, dvs sig själv och de andra kartellmedlemmarna. Detta är enligt min mening ett kronvitnesssystem. Vad skulle det föreslagna eftergiftssystemet fylla för funktion om en kartellmedlem endast angav sig själv och fick full amnesti? Ingen, det skulle bara vara stötande och strida mot våra straffrättsliga principer.

Själva tanken med ett eftergiftsprogram är att den förste att ange kartellen belönas eftersom konkurrensverket får fast alla kartellmedlemmar. Angivaren anger inte bara sig själv, utan även alla andra kartellmedlemmar. Varför skulle en angivare belönas om personen endast angav sig själv? Därför anser jag att förslaget om ett nytt eftergiftssystem bryter mot svenska rättsprinciper, oavsett om sanktionen är av straffrättslig eller civilrättslig karaktär. Genom att införa ett eftergiftssystem inför vi ett kronvitnesssystem.

Fängelsestraffkommittén ansåg också att det fanns en risk att en dominant part kanske försöker att skaffa sig själv fördelar genom att ge felaktig information om övriga parter. Men utredningen bemöter detta med att ett företag som vill att konkurrensskadeavgiften skall efterges, har ett eget intresse av att samarbeta lojalt. En person som försöker ljuga eller ljuger uppfyller ej kravet på till exempel amnesti. Av alla parter utsagor görs dessutom en objektiv bedömning av domstolen.⁵⁷

Det sista av de tre argumenten poängterar att det finns en risk att för att de som utlovar strafflindring förespeglar större fördelar än vad domstolen sen beslutar. Detta är ett straffrättsligt problem och därför avfärdar utredningen problemet. Har man endast en administrativ sanktion, så existerar inte problemet, eftersom reglerna för tvistemål där förlikning ej är tillåten tillämpas. Då är domstolen bunden av Konkurrensverkets yrkande, Konkurrensverket kan sätta den högsta gränsen för konkurrensskadeavgifts storlek.

Även om konkurrensskadeavgiften inte är en straffrättslig sanktion och även om Konkurrensverket redan efterger sanktionen genom att underlåta att väcka talan om konkurrensskadeavgift, så uppstår betänkligheter om huruvida införandet av regler om eftergift är riktigt. Enligt min mening befinner sig trots allt systemet på gränsen till att vara ett kronvitnesssystem, inte till formen men till innehållet. Genom att införa en lagstadgad

⁵⁴ 27 § Konkurrenslagen.

⁵⁵ SOU 2001:74 s 103.

⁵⁶ SOU 1986:14, s 452.

⁵⁷ SOU 2001:74 s 104.

möjlighet att slippa en sanktion genom att erbjuda något i gengäld, anser jag att en ny princip införs i svensk rätt.

1.7 Konkurrensskadeavgiftens likhet med en straffrättslig sanktion

I SOU 2001:74 är utredningens huvudargument i frågan om kronvittnen att den nuvarande sanktionen inte är straffrättslig och därför strider införandet av regler om eftergift inte mot den straffrättsliga principen att ingen skall kunna köpa sig fri från ett straff. Påståendet är i juridiska mening korrekt, men frågan är om principen att det inte skall vara möjligt att köpa sig fri från ett straff, inte redan är övergiven. Om man betraktar ekonomiska och straffrättsliga sanktioner som likvärdiga, har detta en konsekvens. Vid införandet av ett amnestiprogram i ett konkurrensrättsligt system, oavsett sanktion, har man i samma ögonblick övergivit principen om att ingen skall kunna köpa sig fri från straff.

I Europakonventionen artikel 6 stadgas olika rättsäkerhetsgarantier vid prövning av en persons civila rättigheter och skyldigheter eller vid anklagelse för brott. Vid flera tillfällen har Europadomstolen haft att avgöra huruvida en handling som sanktionerats genom en nationell administrativ sanktion kan jämföras med en brottslig gärning.⁵⁸ I flera fall har även Europadomstolen kommit fram till att artikel 6 är tillämplig på en nationell administrativ sanktionsavgift. Regeringsrätten har kommit fram till samma slutsats angående institutet skattetillägg.⁵⁹ Artikel 6 är även tillämplig vid utdömande av böter vid överträdelse av EG:s konkurrensregler.⁶⁰

Europadomstolens praxis talar för att skillnaden mellan en ekonomisk och en straffrättslig sanktion egentligen inte är så stor. Åtminstone inte ett fall som vårt, då sanktionen är tänkt att vara kännbar och avhållande för den som överträder förbuden. Jämför till exempel med en överträdelse av trafiklagstiftningen där överträdelsen förutom ett straff har en särskild rättsverkan i form av indraget körkortstillstånd. Denna rättsverkan, som mycket väl upplevs som ett straff, inträder av hänsyn till övriga trafikanters säkerhet.

Med hänvisning till syftet med den svenska konkurrenslagens sanktion och till Europadomstolens praxis anser jag att argumentet, att vår ekonomiska sanktion i kombination med ett amnestiprogram inte innebär att en person kan köpa sig fri från sitt straff, brister. Det skall dock poängteras att det faktum att sanktionerna är lika enligt Europakonventionens mening inte medför att de är lika i rättslig mening eller är jämförbara i stränghet, utan endast att de för den drabbade framstår som ett straff.

En administrativ sanktions likhet med en straffrättslig sanktion visar att frågan om att införa regler om eftergift av konkurrensskadeavgift, befinner sig i gränslandet mellan straffrätten och konkurrensrätten. Därför bör man vara försiktig med att införa regler om eftergift i konkurrenslagen, principen är densamma som i ett renodlat kronvitnesssystem och det är endast en hårfin juridisk definition som skiljer dem åt.

⁵⁸ Östurk mot Tyskland (1984, Serie A nr 85), Bendenoun mot Frankrike (1994, Serie A nr 284)

⁵⁹ RR 2000 ref 66.

⁶⁰ SOU 2001:74 s 102

2. Kriminalisering

2.1 Bakgrund till det svenska sanktionssystemet i konkurrenslagen

Den första lagen i Sverige som syftade till att kontrollera konkurrensbegränsningar var 1925 års undersökningslag. Möjligheten att ingripa mot karteller var mycket begränsade, vid den här tiden ansåg man inte ens att karteller var ett hot mot samhället, konkurrensbegränsande samarbete ansågs vara en naturlig ”fas i kapitalismens utveckling”.⁶¹ Undersökninglagen ersattes år 1946 av lagen om övervakning av konkurrensbegränsning inom näringslivet, enligt denna lag skulle ingripande endast ske då konkurrensbegränsningar bedömdes ge en skadlig verkan.⁶²

Den första lagen med en egentlig sanktion var lagen om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning inom näringslivet (KBL), som tillkom år 1953.

Sanktionssystemet i KBL

KBL omfattade två straffsanktionerade förbud. Dessa var förbud mot bruttopriser och förbud mot anbudskarteller. Överträdelser av förbuden gav dagsböter eller vid grovt brott fängelse i högst ett år eller böter.⁶³ Att dessa beteenden var förbjudna innebar att de alltid ansågs ha skadlig verkan från allmän synpunkt. Möjlighet till dispens från förbuden fanns dock. Det fanns även vissa typer av beteenden som i det enskilda fallet skulle avgöras huruvida de medförde skadlig verkan. Dessa beteenden delades upp i kartellfall och monopolistfall. Med kartellfall respektive monopolistfall avsågs situationer där kartellavtal ingåtts respektive situationer där ett företag eller en grupp av företag som hålls samman genom ett gemensamt ägarintresse och får en dominerande ställning.

Handläggandet av konkurrensbegränsningsfrågor gjordes av tre myndigheter, statens pris- och kartellnämnd (SPK), näringsfrihetsombudsmannen (NO) och näringsfrihetsrådet (NR). NO var den som vid överträdelser påkallade förhandling med företaget inför NR för att få det konkurrensbegränsande beteendet att upphöra.⁶⁴ För att kunna påkalla en förhandling fick NO värdefull information genom SPK:s arbete, SPK ansvarade för det offentliga registret. Mycket av NO:s arbete initierades dock av enskilda företags anmälningar, även konsument- och löntagargrupporganisationer och press kunde ha värdefull information.

Innan förhandling inför NR påkallades av NO, upprättade NO en skrivelse som parten fick ta del av, där redogjorde NO för omständigheterna i fallet som medförde skadlig verkan. De flesta konkurrensbegränsande beteenden undanröjdes redan på detta stadium. Beslutade NO att ej anhängiggöra ett ärende inför NR, kunde enskilda personer som företag eller konsumentorganisationer själva påkalla förhandling. Kravet var dock att de själva direkt berördes av konkurrensbegränsningen.⁶⁵ Även underlåtelse att följa rådets förelägganden var belagt med straffansvar. Det är viktigt att notera att överträdelser av förbudet mot anbudskarteller och förbudet mot bruttopriser prövades av allmän domstol och ej NR. Åtal kunde endast väckas efter medgivande eller anmälan av NO.

⁶¹ Bernitz, U, Marknadsrätt, 412.

⁶² Martenius, Å, Konkurrenslagstiftningen, s 18.

⁶³ 29 § KBL.

⁶⁴ Prop. 1953:103 s 264, 16 § i KBL.

⁶⁵ Prop. 1953:103 s 264.

I förarbetena till KBL ansåg utredningen till en början att ett civilrättsligt förhandlingssystem vore den bästa lösningen för att komma tillrätta med överträdelser.⁶⁶ Systemet förutsatte dock att förhandlingsparterna, d v s staten och näringslivet, hade en gemensam uppfattning om rekvisitet skadlig verkan i 1 §. Utredningen fann att någon enighet om begreppet ej kunde nås och valde en ren förhandlingslinje som kombinerades med straff för underlåtenhet att följa rådets förelägganden.⁶⁷

Departementschefen tillstyrkte utredningens förhandlingslinje, men föreslog att förhandlingsinstitutet kompletterades med två förbud, förbud mot ett bruttoprissystem och förbud mot vissa slag av anbudskarteller. Anledningen till detta var att departementschefen ansåg att en ren förhandlingslinje skulle innebära en alltför låg grad av förutsebarhet för näringsidkare. Det skulle vara svårt för en näringsidkare att veta vilket beteende som var önskvärt, som ej gav upphov till skadlig verkan.⁶⁸ Departementschefen ansåg att överträdelse av förbuden skulle medföra straffansvar, ställningstagandet är dock inte motiverat.⁶⁹

KBL ersattes år 1982 av en ny konkurrensbegränsningslag.

Sanktionssystemet i 1982 års lag

1982 års sanktionssystem hade stora likheter med 1953 års lag. En nyhet som 1982 års lag förde med sig var möjligheten för, numera, MD att vid vite förbjuda konkurrensbegränsande beteenden. Men de straffsanktionerade förbuden var desamma som i 1953 års lag. Vissa förändringar genomfördes dock i sanktionssystemet. I propositionen framhölls att det med hänsyn till risk för skada för prisbildningen, fanns anledning att skärpa konkurrenslagstiftningen. I enlighet med propositionen höjdes straffskalan för grovt brott från ett års fängelse till två år och för normalfallet från dagsböter till böter eller ett års fängelse. Vid ringa brott dömdes ej till ansvar.⁷⁰

Under lagstiftningsarbetets gång påtalades även svårigheten att visa uppsåt.⁷¹ NO föreslog därför att förbuden även skulle avse oaktsamhet och lagen ändrades i enlighet med förslaget. I likhet med 1953 års lag fick åtal endast väckas efter medgivande av NO. Det kan noteras att åklagaren naturligtvis inte var skyldig att fullfölja åtal efter medgivande, det var åklagaren som formellt fattade beslut om åtal.

Gällande sanktionssystem

1991 kom ett förslag till en ny konkurrenslag där den straffrättsliga sanktionen skulle ersättas med en konkurrensskadeavgift. Tillkomsten av vår nuvarande lagstiftning har sin grund i kritiken av 1982 års lag, som kritiserades för att vara för svag och bristfällig. Kommittén bakom förslaget ansåg att det med hänsyn till de samhällsekonomiska värden som stod på spel var angeläget att införa en sanktion som effektivt skulle bekämpa överträdelser av förbuden i konkurrenslagen.

⁶⁶ Prop. 1953:103 s 93.

⁶⁷ Prop. 1953:103 s 94.

⁶⁸ Prop. 1953:103 s 98, 100.

⁶⁹ Prop. 1953:103 s 100.

⁷⁰ 34 – 36 §§.

⁷¹ Prop. 1981/82:165 s 142-143, 144.

I propositionen gjordes bedömningen att den straffrättsliga sanktionen hade en för liten preventiv verkan vid en jämförelse med de ekonomiska förtjänster som ett företag kunde göra genom att t ex ingå i en kartell. Regeringen ansåg inte att längre fängelsestraff skulle göra lagen effektivare. Istället poängterades att det faktum att konkurrensskadeavgiften skulle kunna uppgå till mycket höga belopp, skulle ge en preventiv effekt genom att de höga avgifterna speglade samhällets nya, skärpta syn på överträdelser av förbuden i konkurrenslagen. När konkurrensskadeavgiften ersatte straffet i konkurrenslagen gjordes detta alltså i skärpande riktning.

Vid utarbetandet av den gällande konkurrenslagen lade man mycket stor vikt vid att efterlikna EG:s konkurrensregler och vår nuvarande konkurrenslag motsvarar i princip helt de EG-rättsliga reglerna på området, med undantag för att det s k samhandelskriteriet ej behöver vara uppfyllt.

Konkurrensskadeavgiften skall på talan av Konkurrensverket vid Stockholms tingsrätt fastställas till lägst 5 000 kronor och högst fem miljoner kronor eller till ett högre belopp, som dock inte får överstiga tio procent av företagets omsättning föregående år. För att konkurrensskadeavgift skall utdömas krävs att överträdelsen har begåtts av oaktsamhet eller uppsåtligen. Konkurrensskadeavgiften träffar den person som vid överträdelsen drev verksamheten, antingen en fysisk eller en juridisk person. Konkurrensverkets beslut och beslut och domar av Stockholms tingsrätt får överklagas hos Marknadsdomstolen.

2.2 EU och straffrätten

Varför är konkurrensbegränsningar inte kriminaliserade i EU? Svaret på frågan är enkel, EU omfattar inget straffrättsligt samarbete, det finns därför inga regler i EG-rätten som är kriminaliserade. Den enda möjliga sanktionen som står till kommissionens förfogande är administrativa avgifter, som t ex böter för överträdelser av artikel 81.1 eller artikel 82.

EG-rätten kan dock bakvägen påverka hur EG-rätten sanktioneras i den nationella lagstiftningen, genom att poängtera att de EG-rättsliga intressena skall skyddas på samma sätt som motsvarande intressen skyddas i den nationella rätten. EU kräver dessutom att när överträdelser sanktioneras genom nationell rätt, att sanktionen skall vara verklig och effektiv. Vidare kan lojalitetsplikten i artikel 5 i Romfördraget ses som en allmän skyldighet att bevaka de EG-rättsliga intressena på bästa sätt.⁷²

I EG-rätten används dock en mycket snäv definition av vad som är ett straff och kommissionens administrativa avgifter kan i vissa fall jämföras med ett straff utifrån Europakonventionens definition av ett straff. Detta beror på att Europadomstolen utgår från en sanktions innehåll och inte dess form.⁷³

⁷² Jareborg, N, Allmän kriminalrätt, s 44.

⁷³ Jareborg, N, Allmän kriminalrätt, s 44.

2.3 Det svenska förslaget

Utredningen och regeringen anser att det ej bör införas regler om straffansvar för överträdelse av förbuden i konkurrenslagen vid sidan av konkurrensskadeavgiften.⁷⁴

2.4 Allmänt om kriminalisering

Att kriminalisera en handling innebär att genom ett politiskt beslut bestämma att vidtagandet av eller underlåtenheten att vidta denna handling medför straffansvar. Den som vidtar en kriminaliserad gärning gör sig skyldig till ett brott. Syftet med en kriminalisering är att styra människors beteende, att avhålla dem från att företa vissa handlingar genom ett hot om straff. Detta kallas för medelbar avskräckning, ett begrepp skapat av en man som verkade i Bayern i början av 1800-talet vid namn Paul Johann Anselm von Feuerbach, som fortfarande är centralt inom straffrätten.⁷⁵ Jareborg benämner statens försök att påverka människors beteende som formell social kontroll, formell därför att den kommer av ett politiskt organ eller en myndighet, som sedan även verkställer straffhotet.

Att ett samhälle bestraffar en individ som begått ett brott, d v s att ett samhälle kriminaliserar gärningar, ses ibland som ett primitivt sätt att utöva social kontroll. För det första så finns det andra sätt att styra människors beteende, genom t e x belöning, och för det andra så behöver bestraffning inte vara det bästa sättet att ändra människors beteende. Ett straff innebär ju ett lidande eller är något obehagligt för den som straffas. Dessa frågor ligger dock utanför denna uppsatsens räckvidd, vi skall istället diskutera kriminaliseringens syfte lite utförligare.

Enligt svensk straffrättstradition delas straffets avskräckande syfte upp i allmänprevention och individualprevention. Allmänprevention betecknas den effekt som ett verkställt straff får på de individer som ej begått en brottslig gärning, genom att straffa en brottsling statuerar samhället ett exempel för övriga individer i samhället. Individualprevention syftar till att få den som begått en brottslig gärning dels att upphöra med brottsligheten, genom att t e x sätta brottslingen i fängelse och dels att förhindra att individen begår nya brott, t e x genom att ge individen behandling. Ett straffrättsligt system kan vara mer eller mindre inriktat på antingen allmänprevention eller individualprevention. I svensk straffrätt försöker man att uppfylla båda dessa syften, men individualpreventionen har i förhållande till allmänpreventionen en underordnad roll, dess roll har överhuvudtaget minskat i betydelse under senare år.⁷⁶

Förutom att samhället vill styra människors beteende, syftar straffhotet till att ha en normbildande effekt. Hur stor normbildande effekt en kriminalisering har är mycket svårt att uttala sig om, och det finns de som tycker att det finns betydligt bättre sätt att påverka normbildning än genom hot om straff.⁷⁷

Som skäl till en kriminalisering anges ofta att beteendet som skall kriminaliseras är förkastligt och att man från samhällets sida på ett tydligt sätt vill markera detta. En kriminalisering utgör förmodligen det tydligaste sättet ett samhälle kan visa sitt avståndstagande till en viss handling. Straffrätten talar om för samhällets individer vilka gärningar som betraktas som förkastliga och speglar ett samhälles värderingar. Enligt Jareborg anses den kriminaliserade

⁷⁴ Prop. 2001/02:167 s 55.

⁷⁵ Jareborg, N, Allmän kriminalrätt, s 50.

⁷⁶ Jareborg, N, Allmän kriminalrätt, s 49.

⁷⁷ Bl a Jareborg, Allmän kriminalrätt, s 47.

gärningen så motbjudande att samhället tar sig rätten att gå emot den etiska principen att tillfoga andra skada genom straffet.⁷⁸

Den naturliga frågan är om en kriminalisering av överträdelser av förbuden i konkurrenslagen skulle uppfylla dessa syften. Man kan konstatera att kartellsamarbete förekommer på den svenska marknaden, trots att förfarandet enligt nuvarande lagstiftning är förbjudet. Det kan vara så att förfarandet allmänt inte ses som en allvarlig överträdelse, det kan också vara så att de som överträder förbuden i konkurrenslagen anser att ekonomisk lönsamhet överträffar vikten av en fungerande konkurrens. Ekonomisk lönsamhet är utan tvekan en stark drivkraft, det är ju den som grunden för en fungerande, effektiv marknad där fri konkurrens råder, men denna drivkraft missbrukas och används istället för att motverka en fungerande konkurrens när förbuden i konkurrenslagen överträds. Det är mycket möjligt att t e x lönsamheten att ingå i en kartell överstiger den konkurrensskadeavgift som företaget eventuellt kan komma att drabbas av.

Lönsamhetens möjlighet att verka i båda riktningar är en nackdel för det konkurrensrättsliga systemet. Det kan vara så att en avgift inte avskräcker från att överträda konkurrenslagens förbud, avgiften kanske endast betraktas som en ekonomisk risk. Ett straff däremot kan aldrig betraktas som en ekonomisk risk eller något som kan räknas som en kostnad som lönsamheten av kartellsamarbetet kommer att överstiga. Av denna anledning är det troligt att en kriminalisering av förbuden i konkurrenslagen skulle ha en märkbar genomslagskraft på detta område och fylla ett allmänpreventivt syfte.

Införandet av ett personligt straff kan tänkas få stor verkan på en företagslednings handlande, enligt gällande konkurrenslagstiftning träffar konkurrensskadeavgiften endast den som bedriver verksamheten och därför är det mycket sällan en fysisk person t e x en verkställande direktör, som får svara för avgiften. Riskerar däremot en fysisk person att dömas för en brottslig gärning, finns det stor anledning att anta att en ledning i ett företag överväger att avstå från ett lönsamt kartellsamarbete. Kartellsamarbete är dessutom osäkert till sin karaktär och en kartellmedlem har små möjligheter att kontrollera eller påverka en annan kartellmedlems handlande.

En kriminalisering uppfyller framförallt ett allmänpreventivt syfte, men även ett individualpreventivt syfte, eftersom en fysisk person som sätts i fängelse direkt hindras från att fortsätta överträdelserna och även i framtiden torde ha svårt att begå liknande brott, eftersom det förmodligen skulle bli svårt för den straffade att nå en liknande position i ett nytt företag.

2.5 Bör kriminalisering ske?

En kriminalisering är ett politiskt beslut, det finns ingen ursprunglig katalog över vilka handlingar som förtjänar straff. Bakgrunden till det politiska beslutet kan vara av skiftande karaktär och anledningar, men riksdagen har fastställt ett antal av regeringen utarbetade principer som bör beaktas vid avgörandet av om kriminalisering skall eller inte ske.⁷⁹ I diskussionen om huruvida straffansvar borde införas för överträdelser av konkurrenslagens förbud använde regeringen sig av dessa fem kriterier.

⁷⁸ Jareborg, N, Allmän kriminalrätt, s 48.

⁷⁹ Prop. 1994/95: 23 s 55.

För det första skall det vara fråga om ett beteende som kan föranleda påtaglig skada eller fara. Detta kriterium anser utredningen vara uppfyllt.⁸⁰ Det andra kriteriet som bör vara uppfyllt är att det inte finns några alternativa sanktioner, eller så är de inte rationella eller så kräver de oproportionerligt höga kostnader. Utredningen anser inte att det andra kriteriet var uppfyllt. En alternativ sanktion finns genom konkurrensskadeavgiften, om den är rationell ansåg sig utredningen inte med säkerhet kunna bedöma, eftersom det inte finns tillräckliga erfarenheter av tillämpningen.⁸¹

Konkurrensverket anser att nuvarande sanktion har en begränsad preventiv verkan och att detta förmodligen beror på de stora vinster som kan uppnås genom att begränsa konkurrensen. I t ex en kartell inom EU som rörde fjärrvärmerör, fortsatte kartellsamarbetet trots att kommissionen gjort gryningsräder och inlett en undersökning. Detta exempel visar vilken brist på respekt som finns för förbuden mot konkurrensbegränsningar och vilken begränsad preventiv verkan nuvarande sanktionssystem har.⁸²

För det tredje så bör en straffsanktion krävas med hänsyn till gärningens allvar. Utredningen anser att konkurrensbegränsande beteenden visserligen kunde vara allvarliga, men att det inte är ett tillräckligt skäl för att införa straffansvar.⁸³ I denna fråga har Konkurrensverket en annan uppfattning. Konkurrensverket anser att det på den svenska marknaden finns en tradition av samarbete och branschsammanhållning, med detta följer ofta förekomsten av karteller. Att de vanligaste formerna av klagomål som inkommer till Konkurrensverket rör leveransvägran i syfte att utesluta ett nytt företag, d v s en ny konkurrent, från de etablerade företagens marknad, styrker detta påstående.⁸⁴

Enligt Konkurrensverket bedömer näringslivet samverkan mellan företag som ett uttryck för solidaritet, medan ett annorlunda beteende, t ex lägre priser, betraktas som en illojal handling mot företagen i samma bransch. Konkurrensverket hävdar även att det för dessa företag är en främmande tanke att beteendet är förkastligt och orsakar stor skada för konsumentkollektivet.⁸⁵ I en kartell som rör prissättning på bensin, beräknar Konkurrensverket att kartellsamarbetet kommer att kosta konsumenterna upp emot en halv miljard kronor. Ärendet behandlas för närvarande i Stockholms tingsrätt och Konkurrensverket har yrkat en konkurrensskadeavgift på 740 miljoner kronor.⁸⁶ Konkurrensverkets erfarenhet talar för att en kriminalisering behövs för att förändra synen på överträdelser av förbuden i konkurrenslagen.

För det fjärde skall den eventuella straffsanktionen utgöra ett effektivt medel för att motverka det icke önskvärda beteendet. Om detta anser utredningen att det, för att uppfylla kriteriet, krävs en konsekvent och bestämd tillämpning av straffsanktionen. Detta kräver i sin tur att erforderliga resurser finns tillgängliga för de myndigheter som skall utreda och lagföra överträdelserna. Det femte villkoret föreskrev just detta, att rättsväsendet skall ha resurser att klara av den ytterligare belastning som kriminaliseringen innebär. Därför drar utredningen den slutsatsen att eftersom inte heller femte villkoret kan uppfyllas, det inte fanns skäl att införa straffansvar vid överträdelse av konkurrenslagens förbud och påpekade att den

⁸⁰ SOU 2001:74 s 132.

⁸¹ SOU 2001:74 s 131, 132.

⁸² Nykvist, A, Kriminalisera kartellbrotten, Ny teknik 2002-02-27.

⁸³ SOU 2001:74 s 132-133.

⁸⁴ Konkurrensverkets rapportserie, 2000:1, s 282.

⁸⁵ Konkurrensverkets rapportserie, 2000:1, s 283.

⁸⁶ Nykvist, A, Kriminalisera kartellbrotten, Ny teknik 2002-02-27.

nuvarande sanktionen inte är bevisat otillräcklig.⁸⁷ Dessutom hänvisar utredningen till erfarenheten av 1982 års lag, som visar att böter var ineffektivt som normalstraff.⁸⁸

Det är dock inte endast en konsekvent tillämpning som ger en effektiv lagstiftning. Med anledning av det fjärde kriteriet poängterar Konkurrensverket att avkriminaliseringen av konkurrenslagen gjordes i skärpande riktning, 1982 års lag bedömdes vara alltför ineffektiv. Av detta kan man enligt Konkurrensverket inte dra konsekvensen att införandet av regler om straffansvar idag skulle resultera i en ineffektiv lagstiftning. Konkurrensverket menar att argumenten för en kriminalisering inte kan avfärdas med hänvisning till hur lagstiftningen såg ut innan nuvarande lagstiftning. Konkurrensverket hänvisar till dåtidens syn på konkurrensbegränsningar, de registrerades i offentliga register och ett gemensamt agerande från t ex en branschorganisation ansågs som naturligt. Av denna anledning är det troligt att åklagare och domstolar inte betraktade konkurrensbegränsningar som ett allvarligt brott och de prioriterades därför inte.

För en effektiv tillämpning anser Konkurrensverket att det krävs en förändrad syn på överträdelsens allvar, Konkurrensverkets erfarenhet visar att nuvarande lagstiftning inte ger en tillräckligt tydlig signal till näringslivet att beteende i strid med konkurrenslagen är förkastligt.⁸⁹ En kriminalisering av förbuden i konkurrenslagstiftningen skulle därför kunna ge en effektivare lagstiftning.

Förutom att endast ett av fem uppställda villkor var uppfyllda, anser utredningen att 6 och 19 §§ vida tillämpningsområden är ett starkt skäl till att ej införa straffansvar. För t ex 6 § tillämplighet krävs att det skall röra sig om ett avtal mellan företag. Detta kan bli problematiskt vid beslut av t ex en branschorganisation, som avser medlemmarnas agerande på marknaden. Ett enskilt företag kan vara bunden vid ett sådant beslut genom sitt medlemskap, utan att ha varit med och fattat beslutet.

Utifrån dessa kriterier når utredningen slutsatsen att kriminalisering ej bör ske. För jämförelsens skull skall här frågan om huruvida straffansvar bör införas för överträdelser av förbuden i konkurrenslagen diskuteras i förhållande till ett par kriterier uppställda av Nils Jareborg, kriterier som han anser bör vara uppfyllda för att kriminalisering skall komma i fråga. Dessa kriterier har dock en väldigt juridiskt teoretisk karaktär, men tillsammans med de mer konkreta kriterierna fastställda av riksdagen utgör de en god grund för en bedömning huruvida regler om straffansvar skall införas i konkurrenslagen.

”1. Brott förutsätter att gärningen typiskt sett kränker eller hotar ett rättsligt erkänt intresse eller värde, som är möjligt att konkretisera och som ytterst kan föras tillbaka på individers intressen och värderingar.

- 2 Kriminalisering får inte avse enskilda fall eller personer, utan den måste vara generell, d v s avse brottstyper.
- 3 Bestraffning är samhällets mest ingripande och förnedrande sanktion; kriminalisering bör därför tillgripas endast i sista hand eller för de mest förkastliga gärningarna.

⁸⁷ SOU 2001:74 s 134.

⁸⁸ SOU 2001:74 s 137.

⁸⁹ Konkurrensverkets rapportserie, 2000:1, s 290.

- 4 Ett brott består i enstaka onda eller kränkande gärningar; straffrätten riktar sig direkt mot handlingar eller underlåtenheter, endast indirekt riktar den sig mot gärningsmannen.
- 5 Brott förutsätter att gärningsmannen kan anses vara moraliskt ansvarig för gärningen; straffrättsligt ansvar får inte åläggas om gärningsmannen saknade ansvarsförmåga eller om han handlade utan uppsåt eller oaktsamhet eller om han på annan grund måste anses vara ursäktad.
- 6 Brottstyperna måste vara definierade i lag (generell normgivning, tillgänglig för allmänheten).
- 7 Brottstyperna måste vara begripligt och bestämt definierade.
- 8 Kriminalisering får inte ske retroaktivt till gärningsmannens nackdel.
- 9 Kriminaliseringen bör genom straffskalans utformning återspegla också måttet av förkastlighet hos brottstypen.
- 10 Repressionsnivån , d v s straffhotet sådant det kommer till uttryck i påföljdspraxis, bör inte vara strängare än vad som är nödvändigt för att hålla brottsligheten på en tolerabel nivå.⁹⁰

Det första kriteriet kan sägas vara uppfyllt, eftersom en fungerande konkurrens i allra högsta grad är ett rättsligt erkänt intresse och dessutom ett samhällspolitiskt mycket viktig intresse. En fungerande konkurrens har stor betydelse för alla konsumenter och begränsningar i konkurrensen orsakar stor samhällsekonomisk skada eftersom det rör sig om överträdelser på en hög nivå som berör många fysiska och juridiska personer. Konkurrensverket jämför konkurrenslagens skyddsintresse med t ex skattebrottslagens, skattebrottslagen syftar till att skydda skattebetalarkollektivet mot brott, på samma sätt syftar även konkurrenslagen att skydda ett kollektiv, konsumentkollektivet.⁹¹

En kriminalisering skulle inte avse enskilda fall eller personer och den skulle få en generell karaktär och därmed uppfylla det andra kriteriet. Eftersom beteendena i nuvarande ordning är förbjudet är gärningarna redan väl avgränsade och praxis finns på området.

Enligt det tredje kriteriet som Jareborg uppställer så skall en kriminalisering på grund av dess karaktär endast tillgripas i sista hand. Om detta kriterium kan sägas att erfarenhet av en ren förbudslagstiftning finns, eftersom nuvarande konkurrenslagstiftning varit i kraft sedan år 1993. Därför skulle en kriminalisering inte vara en överilad och ogenomtänkt åtgärd, man har försökt att hindra beteendet på annat sätt.

Enligt Konkurrensverket finns det en gräns för konkurrensskadeavgiftens preventiva effekt, med hänsyn till de stora förtjänster som kan göras genom förfaranden i strid med konkurrenslagens förbud, särskilt om förfarandet pågår under lång tid. Den preventiva effekten minskar om ett företag medvetet väger risken att bli upptäckt mot den vinst som skulle göras genom konkurrensbegränsningen. Ett personligt straff kan däremot aldrig sättas

⁹⁰ Jareborg, N, Allmän kriminalrätt, s 63 – 64.

⁹¹ Konkurrensverkets rapportserie, 2000:1, s 288.

upp som en kostnad och därför anser Konkurrensverket att det finns skäl att överväga om inte en kriminalisering av förbuden i konkurrenslagen borde ske.⁹²

En kriminalisering av förbuden i konkurrenslagen syftar till att säkerställa en väl fungerande konkurrens i Sverige med så lite konkurrensbegränsningar som möjligt. Den riktar sig således inte direkt mot gärningsmannen och därför skulle en kriminalisering även uppfylla det fjärde kriteriet.

Det femte kriteriet som kräver att den som åläggs ett straff har förmåga att ta ansvar och kan vara moraliskt ansvarig för gärningen, är också uppfyllt. En verkställande direktör t e x, bör definitivt ha förmåga att ta ansvar eftersom ämbetet i sig innebär ett mycket stort ansvarstagande och detta bör varje fysisk person i den positionen vara medveten om. En verkställande direktörs ställning och stora ansvar gör förfarandet än mer angeläget att kriminalisera, eftersom den personens handlande kan få konsekvenser för så många personer.

Av samma anledning som det andra kriteriet är uppfyllt, är även punkterna sex och sju uppfyllda, d v s eftersom gärningarna redan i dag är förbjudna, så är de för de första definierade i lag och för det andra begripligt och bestämt definierade.

Det åttonde kriteriet kan tyckas vara ett självklart krav och är förmodligen det i vår rättsstat och syftar till att garantera att individens rättssäkerhetsintressen tas tillvara. Det näst sista kriteriet talar om gärningens straffskala och hur denna skall motsvara gärningens allvar. Hur straffskalan för överträdelser av konkurrenslagen skall utformas sträcker sig utanför omfattningen av denna uppsats, men med hänsyn till den omfattande ekonomiska skada som konkurrensbegränsningar kan ge upphov till för fysiska och juridiska personer och för staten bör konkurrensbegränsningar betraktas som ett allvarligt brott. I USA är straffet för konkurrensbegränsande samarbete eller monopolisering böter, upp till 10 000 000 \$ för en juridisk person och upp till 350 000 \$ för en fysisk person, och/eller fängelse i upp till tre år. Konkurrensverket anser att straffskalan skall avspegla hur allvarligt samhället ser på gärningarna och att straffskalan i 1982 års lag kan vara vägledande då denna skall fastställas.⁹³

Enligt den sista punkten skall högre straff än nödvändigt inte dömas ut, om högre straff ändå inte minskar att brott mot konkurrenslagen begås. Detta är ett ekonomiskt rationellt argument, ett straff skall inte ha ”god marginal”, utan motsvara gärningens allvar. Att döma ut t e x ett längre fängelsestraff än nödvändigt är inte ekonomiskt försvarbart, att driva fängelser är dyrt för ett samhälle.

Tillämpningen av 6 och 19 §§ innebär enligt regeringen också komplicerade bedömningar, t ex att avgöra den relevanta marknaden. Utredningen och regeringen befarar att risken för olika bedömningar av t ex Konkurrensverket och domstolen är för stor.⁹⁴ En jämförelse med t ex amerikansk antitrustlagstiftning, visar att det är endast de allvarligast formerna av konkurrensbegränsningar som är kopplade till regler om straffansvar. Att avgöra vilka konkurrensbegränsningar som är särskilt allvarliga är svårt och skulle enligt utredningen och regeringen ge upphov till utredningssvårigheter. I likhet med utredningens och regeringens åsikt om vilka överträdelser eftergiftssystemet skulle kopplas till, anser man att om

⁹² Konkurrensverkets rapportserie, 2000:1, s 290.

⁹³ Konkurrensverkets rapportserie, 2000:1, s 292.

⁹⁴ SOU 2001:74 s 136.

straffansvar skulle införas, detta skulle begränsas till särskilt allvarliga överträdelser. Med detta avses överträdelser av 6 § konkurrenslagen.⁹⁵

Tillämpning av paragraferna ger utan tvekan upphov till komplicerade bedömningar, men enligt Konkurrensverket finns ingen anledning att göra skillnad på mindre allvarliga och särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar. Eftersom konkurrensskadeavgiften och ett straffansvar har samma syfte, d v s att ha en preventiv verkan, borde ett straffansvar, om det införs, kopplas till samma regler som sanktioneras genom en konkurrensskadeavgift.⁹⁶

I förhållande till Europakonventionen diskuterar utredningen om införandet av straffansvar för överträdelser av 6 § konkurrenslagen skulle kunna strida mot *ne bis in idem*-principen, som stadgas i art 4 sjunde tilläggsprotokollet. Denna princip innebär att en person som en gång åtalats och dömts eller frikänts för en brottslig gärning inte skall kunna åtalas eller dömas ytterligare en gång för samma gärning. Utredningen ställde sig frågan om ett straffansvar i kombination med en konkurrensskadeavgift skulle strida mot denna princip. Högsta domstolen har i ett rättsfall, NJA 2000 s 622, kommit fram till att det svenska skattetillägget inte kommer i konflikt med nämnda artikel, skattetillägg är enligt svensk rätt ingen straffrättslig sanktion och utgör därför inget hinder mot ett senare åtal. Samma borde gälla för konkurrensskadeavgiften, men eftersom konkurrensskadeavgiften kräver ett subjektivt rekvisit, uppsåt eller oaktsamhet, så liknar avgiften en straffrättslig sanktion. Utredningen uppger att det skulle kunna stå i mindre god överensstämmelse med *ne bis in idem*-principen att införa straffansvar.⁹⁷

Till sist anser utredningen att syftet med ett nedsättnings- och eftergiftsprogram kopplat till konkurrensskadeavgiften motverkas om även regler om straffansvar infördes. De fysiska företrädarna för företagen skulle då inte uppmuntras till att avslöja en kartell om de riskerar ett personligt straffansvar. För att hindra detta måste även ett nedsättnings- och eftergiftsprogram för straff införas, men detta strider mot den svenska rättstraditionen att ingen skall kunna köpa sig fri från ett straff. Utredningen ville ej föreslå att ett kronvitnesssystem införs.⁹⁸ Av dessa anledningar föreslår utredningen att straffansvar för överträdelser av 6 § konkurrenslagen inte skall införas.

Enligt min mening talar syftet med en kriminalisering för att regler om straffansvar införas i konkurrenslagen. Men det är också riktigt att en kriminalisering kan minska effekten av reglerna om eftergift och nedsättning. I grunden rör det sig om en konflikt mellan moral (straffrätt) och effektivitet (ekonomi). I lagförslaget väljer man att prioritera effektiviteten, precis som kommissionen, med den skillnaden att kommissionen inte kan införa regler om straffansvar.⁹⁹ Effektivitetsintresset är dock inte så starkt att det rättfärdigar ett avsteg från principen om att ingen skall kunna köpa sig fri från ett straff, därför är den enda möjligheten till en effektiv lagstiftning enligt lagförslaget, att man avstår från en kriminalisering.

Konkurrensverket förespråkar en kriminalisering med hänsyn till de skador som konkurrensbegränsningar orsakar, den nuvarande sanktionens begränsade preventiva effekt och att det behövs en tydlig markering att förfarande i strid med Konkurrenslagen är

⁹⁵ SOU 2001:74 s 137.

⁹⁶ Konkurrensverkets rapportserie, 2000:1, s 292.

⁹⁷ SOU 2001:74 s 141.

⁹⁸ SOU 2001:74 s 142.

⁹⁹ SOU 2001:74 s 104.

förkastligt. Samtidigt tycker man att regler om eftergift och nedsättning är bra, men man berör däremot inte de principiella problem en kombination av straffansvar och regler om eftergift kan medföra. Konkurrensverket måste välja, en kriminaliserad konkurrenslag eller en effektiv konkurrenslag.

2.6 Jämförelser med andra länder

2.6.1 Norge

I Norge har överträdelser av konkurrensrätten varit kriminaliserade sedan år 1953, sedan dess har reglernas utformning och omfång ändrats, men handlande i strid med reglerna har alltjämt medfört straffansvar. Straffet består av böter eller fängelse i upp till tre år i normalfallet, vid ”sjerpende omstendigheter” kan fängelsestraffet uppgå till maximalt sex år.

När den norska konkurrenslagstiftningen omarbetades 1990-1991 till den idag gällande konkurrenseloven, angavs som skäl till en fortsatt kriminalisering att: ”Etter utvalgets syn er det fortsatt behov for regler om straff ved overtredelse av konkurrenselovens forbud. Ved økonomisk reguleringslovgivning av denne art kan fristelsen til å berike seg vare stor. Det er også mulig å tjene store beløp på å sette seg ut over konkurrenseloven. Det er viktig at samfunnet markerer sin misbilligelse gjennom regler om straff.”¹⁰⁰

Vid sidan av de straffrättsliga sanktionerna finns en möjlighet att tillämpa regler om vinningsavståelse.¹⁰¹ Vinningsavståelse är ingen straffrättslig sanktion och innebär att ett företag tvingas avstå från den vinst företaget gjort med anledning av en överträdelse av konkurrenseloven. Även den vinst som tredje man gjort på grund av ett företags överträdelse måste avstås, eftersom principen är att ingen skall vinna på att ett brott begås. Kan vinstens storlek ej fastställas till ett exakt belopp, görs en skönsmässig bedömning och Konkurrensetilsynet kan kräva att vinsten skall avstås helt eller delvis. Någon hänsyn till överträdelsens grovhet eller varaktighet tas ej, med motiveringen att bestämmelsen då skulle bli alltför lik den straffrättsliga sanktionen i konkurrenseloven.¹⁰²

Denna regel innebär Konkurrensetilsynet har en möjlighet att tillämpa en alternativ, icke-straffrättslig sanktion vid överträdelser av konkurrenseloven, denna möjlighet har dock ej ännu utnyttjats.¹⁰³ Fängelsestraff har heller aldrig blivit utdömt, något som skulle kunna påverka den allmänpreventiva effekten och kan ge uttryck för en ineffektiv lagstiftning.

På senare år diskuterats om konkurrenseloven borde avkriminaliseras och om regler om eftergift och nedsättning skall införas. Eftersom Norge tillämpar EES-avtalets konkurrensregler skulle nämligen en förändring väsentligt förenkla tillämpningen av dessa regler och även gynna ett informationssamarbete mellan Norges och EU:s konkurrensmyndigheter. En utredning har tillsatts och resultatet av denna beräknas komma i november 2002.

¹⁰⁰ NOU 1991:27 s 205, andra spalten.

¹⁰¹ Konkurrenseloven § 6 – 5.

¹⁰² Evensen, H (red.), Konkurrenseloven med kommentarer, s 487.

¹⁰³ Sanktionering – er der verdt prisen?, s 9.

2.6.2 USA

Överträdelser av förbuden i Sherman Act har varit kriminaliserade sedan lagens tillkomst år 1890. Konkurrensbegränsningar betraktades vid utarbetandet av lagen, och betraktas fortfarande, som ett allvarligt brott, eftersom överträdelser berörde ett stort antal fysiska och juridiska personer och dessutom äventyrade konkurrensbegränsningarna hela den marknadsekonomiska utvecklingen i USA.

Den som gör sig skyldig till en överträdelse av förbuden i Sherman Act åläggs ett straff som består av böter på upp till 10 000 000 \$ för ett företag, 350 000 \$ för en fysisk person, och/eller fängelse i upp till tre år. I likhet med den norska konkurrenseloven finns det en möjlighet att tillämpa andra, icke-strafrättsliga sanktioner, dock av en annan sort än den norska möjligheten. De icke-strafrättsliga sanktionerna består t ex av dissolution, som innebär att företaget bryts upp, och en annan möjlighet är divestiture, som innebär att företaget tvingas att avhända delar av företagets tillgångar eller verksamhet.¹⁰⁴

Enligt uppgift från det amerikanska justitiedepartementet fungerar den amerikanska antitrustlagstiftningen väl, systemet är mycket effektivt.¹⁰⁵ Detta beror till stor del att man tillämpar ett kronvitnesssystem, där exempelvis en kartellmedlem beviljas immunitet mot straff när denne avslöjar kartellen. Effektiviteten i det amerikanska systemet är tilltalande, det är dess största fördel, men frågan är hur Sverige ställer sig i frågan om att införa ett kronvitnesssystem, starka principiella skäl talar emot.

2.7 Allmänt om straffrättsens förhållande till ekonomisk teori

Som tidigare slagits fast i denna uppsats har straffrätten en speciell funktion, att vara norm- och moralbildande och ha en preventiv verkan på samhällets individer. Är detta mål förenligt med ekonomiska mål, kan en lagstiftning som bygger på ekonomiska antaganden uppnå samma mål som straffrättsens? Har t ex en ekonomiskt effektiv konkurrenslagstiftning en moralbildande effekt? I förhållande till det straffrättsliga målen har ekonomiska resonemang en begränsad nytta, en begränsning som märks i frågan om kompensation.

Kompensationen är perfekt när en individ lika gärna utsätts för en skada som när individen slipper utsättas för en skada. Skadeståndsrätten t ex, syftar till att upprätthålla denna princip. Om någon t ex av misstag förstör din cykel, är den personen enligt skadeståndsrättsliga principer skyldig att kompensera dig för skadan, så att du skall befinna dig i samma situation som innan skadan inträffade. Så länge som kompensationen är perfekt finns inget behov av någon straffrättslig lagstiftning.

Om du t ex skulle acceptera att någon fick misshandla dig mot en summa pengar är inte längre kompensationen perfekt. Ett brott kan inte kompenseras i pengar, straffrätten syftar inte till att kompensera, utan att avskräcka individer från att begå brott. Därför är straffrätten nödvändig då kompensationen är imperfekt.¹⁰⁶ Straffrätten kompletteras dock av skadeståndsrätten för att ge ”plåster på såren”, men skadeståndsrätten kan aldrig ersätta straffrätten.

¹⁰⁴ Areeda, P, Antitrust analysis, s 193 – 194.

¹⁰⁵ SOU 2001:74, s 90.

¹⁰⁶ Cooter/Ulen, Law and Economics, s 433.

Straffrätten existensberättigande kan också förklaras genom att se skillnaden på att försvara ett intresse och på att försvara en rättighet. Genom konsumentköplagen skyddas en individs välstånd, t ex vid konsumentköp skall en konsument gå skadefri vid fel på varan, medan straffrätten skyddar t ex en individs äganderätt vid stöld.¹⁰⁷

Straffrätten fyller således en funktion som inte kan ersättas med någon annan typ av lagstiftning. Konflikten mellan moral (straffrätt) och effektivitet (ekonomi) märks återigen. Frågan är om man med hjälp av argumenten ovan kan besvara frågan om vilka handlingar som skall kriminaliseras. Av påståendena kan man enligt Cooter/Ulen dra slutsatsen att handlingar skall medföra straffansvar då målet är prevention. Målet skall vara prevention då den ekonomiska kompensationen är imperfekt och då individerna vill att deras rättigheter skall bevakas och inte intressen.¹⁰⁸

Enligt Jareborgs kriterier för en kriminalisering görs ingen skillnad på intresse och rättighet, utan för att kriminalisering skall komma ifråga krävs ett ”erkänt rättsligt intresse”. Det kan diskuteras vad konkurrenslagens förbud avser att skydda, om det är ett intresse eller en rättighet. Å ena sidan kan man argumentera att förbuden syftar till att bevaka ett allmänt intresse att upprätthålla en fungerande konkurrens, å andra sidan så berövar kartellsamarbete individens rätt att välja. Konkurrensbegränsningar skadar inte bara konsumenterna som en grupp, utan också varje enskild konsument. Konkurrensbegränsningar är enligt min mening mer än ett allmänt intresse.

Närmare än så kan man inte avgöra vilka handlingar som skall kriminaliseras med hjälp av ekonomiska antaganden, de lämnar fortfarande den svåraste uppgiften åt juridiken, nämligen att bestämma vad som individerna skall skyddas ifrån, vilket beteende som skall medföra straffansvar. Detta beror återigen på att straffrätt och marknadsekonomi är två helt olika områden med vitt skilda mål. En lagstiftning som bygger på ekonomiska principer, t ex effektivitet, kan aldrig uppnå samma mål som straffrätten. Därför kan man aldrig kriminalisera en gärning med hänsyn till ekonomisk effektivitet, om man anser att de straffrättsliga målen är något som är värt att hålla fast vid. I USA har man avvikit från den straffrättsliga principen att ingen skall kunna köpa sig fri från ett straff, när man införde möjligheten till amnesti. I konflikten mellan moral och effektivitet, vann effektiviteten genom att det straffrättsliga syftet ersattes med ett ekonomiskt syfte.

Om ekonomiska resonemang inte kan vara en grund för kriminalisering, kan de dock vara till god nytta i ett redan befintligt straffrättsligt system. Ekonomiska antaganden kan mycket väl användas inom straffrätten, för att effektivisera brottsbekämpningen. Att effektivisera en lagstiftning är inte samma sak som att ändra lagens mål. Ekonomiska antaganden visar t ex att ju högre grad en individ kan räkna med att bli straffad, i samma utsträckning sjunker brottsligheten.¹⁰⁹ Som avslutningsvis sagts då frågan om kriminalisering diskuterades, måste man välja mellan en effektiv lag eller en kriminaliserad lag. Även om ett sådant val måste göras, finns det alltså en möjlighet att effektivisera en kriminaliserad lagstiftning. Om konkurrenslagen kriminaliseras kan t ex kartellbekämpningen effektiviseras genom att ge Konkurrensverket mer resurser och i domstolen prioritera brott mot konkurrenslagen.

¹⁰⁷ Cooter/Ulen, Law and Economics, s 433.

¹⁰⁸ Cooter/Ulen, Law and Economics, s 435.

¹⁰⁹ Cooter/Ulen, Law and Economics, s 460.

Med denna bakgrund ser vi att en lag som bygger på ekonomisk teori kan förhindra brott och minska brottslighet, men kan aldrig uppnå straffrättsliga syften och inte ha någon moralbildande effekt och därför får en gärning aldrig kriminaliseras för att uppnå ekonomisk effektivitet. En kriminaliserad lag kan dock effektiviseras utan att lagens syfte ändras.

3. Om kriminalisering i kombination med regler om eftergift

I juni 2002 antog riksdagen regeringens förslag att införa regler om eftergift och nedsättning i konkurrenslagen. Näringsutskottet delade dock inte regeringens uppfattning att det för närvarande inte finns anledning att gå vidare i frågan om kriminalisering. Utskottet anser att Kartellbildning är mycket skadlig för samhällsekonomin och att det är konsumenterna som får betala. Näringsutskottet anser att en kriminalisering kan vara ett verksamt instrument vid bekämpandet av kartellsamarbete. Därför anmodade riksdagen, genom ett tillkännagivande, regeringen att utreda frågan om kriminalisering ytterligare och även följa utvecklingen av reglerna om eftergift och nedsättning.¹¹⁰

Med anledning av utskottsbetänkandet skall vi diskutera om typen av sanktion kan ha någon betydelse för ett eftergiftssystem och därefter vilka juridiska, principiella problem som uppstår om konkurrensskadeavgiften ersätts med regler om straffansvar och kombineras med regler om möjlighet till eftergift av straff.

3.1 Sanktionens betydelse

Vi har tidigare berört förhållandet mellan sanktion och möjligheten till eftergift, ur ett perspektiv som fokuserar på eftergiftsprogrammet betydelse för konkurrenslagstiftningens effektivitet.¹¹¹ Ett grundläggande incitament till att ansöka om amnesti är dock att det finns en sanktion som kartellmedlemmen vill undvika. Här skall vi därför ägna oss en stund åt sanktionstypens betydelse.

Enligt min mening utgör en straffrättslig sanktion allmänt en strängare sanktion än en administrativ sanktion. Genom att kriminalisera en handling vill lagstiftaren på ett tydligt sätt visa att samhället tar avstånd från handlingar av det aktuella slaget.¹¹² En administrativ sanktion kan till exempel ett företag ”räkna med” på ett sätt som inte är möjligt med ett personligt straff. En administrativ sanktion ger inte heller förövaren beteckningen ”brottsling”.¹¹³ Det finns således avsevärda skillnader mellan en straffrättslig och en administrativ sanktion.

Frågan är hur stor betydelse sanktionstypen har för systemets effektivitet. Drar man det till sin spets vet vi att en obefintlig sanktion inte skulle locka ett företag att söka amnesti. Vi vet också att en sanktion, administrativ eller straffrättslig, å andra sidan ger ett incitament att ansöka om amnesti. I OECD:s rapport om leniency-program¹¹⁴ når man den slutsatsen att

¹¹⁰ 2001/02:NU 16, Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning m m.

¹¹¹ Se avsnitt 1.5.

¹¹² Se prop. 1984/85:157 s 45 (insiderstrafflagen) eller NOU 1991:27 s 205 (konkurrenseloven)

¹¹³ Konkurrensverket, Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag, s 290-291.

¹¹⁴ Se not 11 på s 95 i SOU 2001:74.

sanktionernas grad har stor betydelse för leniency-programmens effektivitet. Att personligt ansvar har betydelse anser både OECD och företrädare för de amerikanska konkurrensmyndigheterna.¹¹⁵

Enligt min mening framstår det som klart att ju strängare sanktionen är, desto högre är önskan att slippa den. Konkurrensverket anser dessutom att det nuvarande sanktionssystemet inte ger en tillräckligt tydlig signal om överträdelsens allvarliga karaktär.¹¹⁶ Det är möjligt att en administrativ sanktion är den bästa ur andra perspektiv, t ex för att nå rättslikhet med EG:s konkurrenslagstiftning, men i ett system där relationen sanktion – eftergift skall fungera optimalt, anser jag att en straffrättslig sanktion är effektivare.

Men, kriminalisering skall ej ske för att få en effektiv lagstiftning, utan kriminalisering skall ske utifrån straffrättsliga principer. Eftersom moralbildning inte är ett ekonomiskt mål, så anser jag att uppfyllandet av ekonomiska mål, t ex effektivitet, är ett otillräckligt skäl för en kriminalisering. Ekonomiska mål kan omöjligt uppnå t ex den moralbildande effekt som avses med en kriminalisering. Däremot är det mycket väl möjligt att med hjälp av ekonomiska argument effektivisera en straffrättslig lagstiftning, se t ex den amerikanska antitrustlagstiftningen.

3.2 Kronvittnen

När införandet av regler om eftergift och nedsättning diskuterades, framfördes argument som visade på konkurrensskadeavgiftens likhet med en straffrättslig sanktion. Det diskuterades också hur principen om att ingen skall kunna köpa sig fri från ett straff i viss mån har övergetts när regler om eftergift införs, eftersom det alltid har varit främmande för svensk rätt att ge en förmånlig behandling åt den som erbjuder domstolen något i gengäld. Det är dock fortfarande så, att regler om eftergift knyts till en administrativ sanktion, och principen om att inte kunna köpa sig fri är en straffrättslig princip. Därför strider förslaget inte mot principen i juridisk mening. Om man kan diskutera om regler om eftergift som kopplats till en administrativ sanktion eventuellt står i strid mot denna straffrättsliga princip, råder det däremot ingen tvekan om att en kriminaliserad lagstiftning som kombineras med regler om eftergift skulle stå i strid med en av de mest grundläggande principerna i svensk straffrätt. Kriminaliserar vi konkurrenslagen och samtidigt låter den som ger Konkurrensverket information gå fri från straff, då har vi infört ett kronvitnesssystem i Sverige.

Att inte kunna köpa sig fri från ett straff är en så grundläggande straffrättslig princip i svensk rätt att det aldrig skall vara möjligt att göra avsteg från den. Rättvisan får aldrig bli förhandlingsbar, släpper vi på denna princip så mister straffrätten sin viktigaste egenskap, nämligen att visa vilka gärningar som anses vara så förkastliga att samhället tar sig rätten att bestraffa den som begår en sådan gärning. I förhållande till denna princip, väger effektivitetsintresset ganska lätt.

Det finns inget som hindrar att regler om straffansvar för överträdelse av förbuden i konkurrenslagen införs i enlighet med Konkurrensverkets och näringsutskottets önskemål, men vi kan ej tillåta att straff efterges.

¹¹⁵ SOU 2001:74 s 142 och 95.

¹¹⁶ Konkurrensverket, Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag, s 290, 293.

4. Konsekvenser i förhållande till EG-rätten

Här behandlas förhållandet mellan EG:s konkurrensrätt och tre olika typer av nationella konkurrensrättsliga system.

4.1 Straffrättsliga sanktioner i kombination med ett eftergiftssystem och EG-rätten

Om vi skulle införa ett system med den amerikanska federala antitrustlagstiftningen som mönster, får det vissa konsekvenser i förhållande till EG-rätten. Vi kan börja med att konstatera att nationell konkurrenslagstiftning och EG:s konkurrensregler existerar parallellt. När EG:s konkurrensregler är tillämpliga skall alltid dessa tillämpas framför nationell rätt. Nationell rätt tillämpas då det EG-rättsliga samhandelskriteriet inte är uppfyllt.

Sedan januari 2001 är Konkurrensverket, Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen internrättsligt behöriga att tillämpa art 81 och 82. Behöriga att utdöma EG-rättsliga sanktioner för överträdelse av EG:s konkurrensregler är endast kommissionen, förstainstansrätten och EG-domstolen. Därför kan en nationell domstol endast tillämpa nationella sanktioner för överträdelse av EG-rätten. EG-rättsliga överträdelse kan då komma att sanktioneras genom ett straff vid en nationell tillämpning, eftersom konkurrenslagen i vårt exempel är kriminaliserad. Detta strider ej mot EG-rätten eftersom medlemsstaten ej är behörig att utdöma EG-rättsliga sanktioner, men likväl har ett krav på sig att överträdelse skall sanktioneras genom motsvarande nationell lagstiftning, samt att denna sanktion skall vara verklig och effektiv.¹¹⁷

Enligt ett förslag från kommissionen skall ett samarbete i form av informationsutbyte inledas på gemenskapsnivå. Det innebär att de nationella konkurrensmyndigheterna och kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna sinsemellan kommer att utbyta information för att effektivisera kartellbekämpningen. För närvarande diskuteras förslaget i en rådsarbetsgrupp.¹¹⁸

Information som fås genom gemenskapens samarbete får däremot inte ligga till grund för straffrättsliga domar. Detta beror på att gemenskapen inte omfattar något straffrättsligt samarbete. Om Sverige kriminaliserar sin konkurrenslagstiftning, så skulle vi därför inte ha så stor nytta av informationssamarbetet.

Även utredningen och regeringen uppmärksammar de svårigheter som kan uppstå i informationssamarbetet och hänvisar också till andra medlemsstaters negativa inställning till straffrättsliga sanktioner av konkurrenslagstiftning och att detta skulle kunna försvåra Sveriges samarbete med EU.¹¹⁹

Ett förslag för en europeisk, effektiv kartellbekämpning med bibehållen frihet att välja sanktionssystem är ett informationssamarbete mellan medlemsstaterna utom EU:s regi. Ett

¹¹⁷ Steiner s 278, se Rewe-Zentralfinanz v Landwirtschaftskammer für das Saarland (case 33/76) och Harz v Deutsche Tradax GmbH (case 79/83).

¹¹⁸ SOU 2001:74 s 141.

¹¹⁹ SOU 2001:74 s 142.

sådant samarbete skulle endast användas för att beivra överträdelser av nationell rätt, inte art 81 och 82 i EGF. Representanter för de nordiska konkurrensmyndigheterna har i en gemensam rapport föreslagit hur ett nordiskt informationssamarbete skulle kunna utformas.¹²⁰

4.2 Administrativa sanktioner i kombination med ett eftergiftssystem och EG-rätten

Ett av de största argumenten för att införa administrativa sanktioner i kombination med ett eftergiftssystem är av praktisk karaktär. Genom att införa ett system motsvarande EG:s i Sverige, underlättas den praktiska tillämpningen, Sverige och EG skulle då tillämpa samma regler och principer. Detta underlättar arbetet för alla parter, såväl näringsidkare som jurister. Det förestående informationssamarbetet mellan kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna och de nationella konkurrensmyndigheterna sinsemellan skulle inte bli lidande, eftersom informationen aldrig skulle läggas till grund för straffrättsliga domar.

I detta system har man anammat den amerikanska tanken att kombinera sanktioner med ett amnestiprogram. Det finns en tanke bakom systemet där man tillmäter förhållandet mellan sanktion och amnesti stor vikt. Systemet strävar efter att vara effektivt och handlingskraftigt, till skillnad från system av huvudsakligen preventiv karaktär som den norska konkurrenslagstiftningen med straffrättsliga sanktioner utan möjlighet till eftergift.

En svårighet med att bedöma systemets för- och nackdelar består i just det faktum att det är ett EG-rättsligt system. Anledningen till utformningen av systemet är uppenbar, systemet speglar EG-rättens bakgrund och tillämpningsområde. Så förhåller det sig naturligtvis med alla rättsliga system, men då frågan om vilket system som är det bästa för Sverige skall besvaras, så är detta faktum nödvändigt att ha i åtanke. Ekonomiska sanktioner är helt enkelt den enda möjliga typen av sanktion som EG-rätten kan använda sig av. Därför ser jag inte sanktionstypen som ett frivilligt val. Om gemenskapen hade haft en federal struktur hade det däremot funnits ett val mellan att använda straffrättsliga eller administrativa sanktioner. Av denna anledning blir det svårt att argumentera för systemet. Det är i detta fall endast en medlemsstat som kan göra en objektiv bedömning av vilken sanktion som är den bästa, eftersom de faktiskt har ett alternativ. Svårigheten för en medlemsstat i denna bedömning är dock att rättslikhet med EG-rätten är ett intresse i sig.

4.3 Straffrättsliga sanktioner utan möjlighet till eftergift och EG-rätten

Den norska konkurrenslagstiftningen och EG:s konkurrensregler hade många likheter, innan meddelandet om leniency-programmet utfärdades. Båda systemen var uppbyggda av förbudsregler med sanktioner knutna till förbuden. Visserligen skilde sanktionerna sig åt, men av naturliga förklaringar kan inte EG-rätten sanktioneras genom straff.

Om vi valde att kriminalisera vår konkurrenslagstiftning uppstår samma problem som vid införandet av ett system liknande den amerikanska antitrustlagsiftningen. Eftersom art 81 och art 82 har direkt effekt så kan de åberopas i svensk domstol och sedan januari 2001 är Konkurrensverket, Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen internrättsligt behöriga att tillämpa art 81 och 82.¹²¹ Endast kommissionen, förstainstansrätten och EG-domstolen får

¹²⁰ Nordisk samarbeid på konkurranseområdet. Rapport fra de nordiske konkurransemyndigheter. Nr. 1/1999.

¹²¹ Steiner, J, Woods, L, Textbook on EC Law, s 276. Direkt effekt skall skiljas från direkt tillämplighet, när Sverige anslöt sig till unionen 1995 blev alla fördrag och andra rättsakter, avtal och beslut direkt tillämpliga i

dock döma ut EG-rättsliga sanktioner. Överträdelse av artiklarna kan därför endast sanktioneras enligt motsvarande nationell lagstiftning.¹²² Det finns dock inget som hindrar att överträdelse av EG-rätten sanktioneras genom straff. Att EG:s konkurrensregler har direkt effekt är inte helt problemfritt för svensk del.

Samarbetet mellan kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna och de nationella konkurrensmyndigheterna sinsemellan, har länge varit en viktig fråga.¹²³ För tillfället diskuteras ett förslag till en ny tillämpningsförfordning av art 81 och art 82 framlagt av kommissionen, som skall ersätta förordning 17/62.¹²⁴ Förslaget innehåller en bestämmelse som innebär att endast ekonomiska sanktioner får utdömas i de fall där talan i en nationell domstol grundas på information som framkommit genom informationssamarbetet mellan kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna eller de nationella konkurrensmyndigheterna sinsemellan.¹²⁵

Informationssamarbetet skulle bli lidande om en kriminalisering av den svenska konkurrenslagstiftningen genomfördes. Det norska systemet tillhandahåller dock en lösning på problemet. I den norska konkurrenslagstiftningen finns en möjlighet att välja mellan en straffrättslig (böter eller fängelse) sanktion och ett administrativt rättsmedel (vinningsavståelse). Då en överträdelse av art 81 eller 82 skall lagföras med hjälp av information från gemenskapens informationsarbete på det konkurrensrättsliga området, skulle domstolen kunna välja det administrativa rättsmedlet.

Om den nationella sanktion som skall ersätta EG:s sanktion för överträdelse av konkurrensrätten, har EG-domstolen sagt i *Harz v Deutsche Tradax GmbH* att sanktionen måste vara verklig och effektiv, för att dels skydda individers gemenskapsrättigheter och dels för att bekämpa överträdelse av gemenskapsrätten.¹²⁶ Den norska regeln om vinningsavståelse innefattar inte en bedömning av överträdelsens varaktighet, omfattning osv. Anledningen till detta var att den då ansågs bli för lik den straffrättsliga sanktionen och den skulle inte ha karaktären av en sanktion, utan endast vara ett civilt rättsmedel.¹²⁷ Enligt min mening är det därför tveksamt om den norska vinningsavståelsen uppfyller kraven på en sanktion jämförbar med EG:s konkurrensrättsliga sanktioner. I Norge pågår just nu en utredning huruvida även en administrativ sanktion skall införas i den norska konkurrenslagen, utredningen beräknas vara slutförd i november 2002.¹²⁸

Sverige, d v s tillämplig som en del av vår nationella rätt, se lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

¹²² Steiner, J, Woods, L, Textbook on EC Law, s 278. se the Commission's Notice on Cooperation (1993), para. 11.

¹²³ Steiner, J, Woods, L, Textbook on EC Law, s 285.

¹²⁴ KOM (2000) 582, Kommissionens förslag den 27.9.2000 till Rådets förordning om genomförande av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.....se SOU 2001:74 s 141 not 3.

¹²⁵ SOU 2001:74 s 141.

¹²⁶ Case 79/83, Steiner, J, Woods, L, Textbook on EC Law, s 278, 447.

¹²⁷ Evensen, , Harald (red.), Konkurransloven med kommentarer, s 487.

¹²⁸ Uppgift från Konkurransetilsynet, Oslo, Sigrid.Steine-Eriksen@konkurransetilsynet.no

5. Avslutning

Den svenska hållningen mot ett kronvitnesssystem talar mot införandet av regler om straffansvar. Även om Konkurrensverket redan nu kan underlåta att föra talan om konkurrensskadeavgift, och även om avgiften i rättslig mening är en administrativ sanktion, kan man ändå ställa sig frågan om inte en ny princip införs i svensk rätt när regler om eftergift av konkurrensskadeavgift införs i konkurrenslagen.

Som vi sett är ett kronvitnesssystem är mycket effektivt, detta talar för att införa ett kronvitnesssystem, *men inte för en kriminalisering*. För kriminalisering är effektiviteten inget självständigt argument, en kriminaliserings syfte är norm- och moralbildande och inte ekonomiskt, att kriminaliseringen skyddar ett ekonomiskt intresse gör inte att den behöver underkasta sig den ekonomiska teorin.

Uppsatsen har visat att intresset att uppnå rättslikhet med EG-rätten är ett starkt argument för att införa regler om eftergift och nedsättning i konkurrenslagen. Processen att uppnå rättslikhet startade redan 1993 genom införandet av gällande konkurrenslag, och har fortsatt sen dess, därför är införandet av regler som i stort sett överensstämmer med kommissionens meddelande om befrielse och nedsättning av böter, inte en oväntad förändring.

Uppsatsen tydliggör också den konflikt som finns mellan straffrättsliga mål, som moralbildning, och ekonomiska mål, som effektivitet. En kriminalisering kan ej grundas på ekonomiska mål som t ex ekonomisk effektivitet, eftersom straffrätten inte har ekonomisk effektivitet som mål. Om vi inför ett kronvitnesssystem bryter vi mot denna princip, då har vi övergivit de straffrättsliga målen och ersatt dem med ett annat mål. För att bevara straffrättens unika mål och syfte är man helt enkelt tvungen att välja mellan moral och effektivitet, d v s välja mellan att kriminalisera konkurrenslagen utan att ge någon möjlighet till eftergift av straffet, en nedsättning av straffet borde dock vara möjlig och möjligheten till eftergift av konkurrensskadeavgiften kan behållas, *eller* att inte kriminalisera konkurrenslagen men behålla möjligheten till eftergift av konkurrensskadeavgiften.

Källförteckning

Offentligt tryck

Proposition 1953:103

Proposition 1962:10

Proposition 1981/82:165 med förslag till konkurrenslag

Proposition 1987/88:120

Proposition 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning

Proposition 1994/95:23 Ett effektivare brottmålsförfarande

Proposition 2001/02:167 Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning mm.

SOU 1986:14 Påföljd för brott

SOU 1991:59 Konkurrens för ökad välfärd, del 2

SOU 2001:74 Kartellbekämpning

Ds 1992:18 Ny konkurrenslag

Ds 1993:20 Regler om nedsättning av konkurrensskadeavgift enligt konkurrenslagen

Näringsutskottets betänkande 2001/02:NU16 Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning mm

Rättsfall

Från Högsta domstolen

NJA 2000 s 622

Från Regeringsrätten

RR 2000 ref 66

Från Europadomstolen

Özturk mot Tyskland (1984, Serie A nr 85)

Bendenoun mot Frankrike (1994, Serie A nr 284)

JJ mot Nederländerna, RJD 1998 s 603

Från EG-domstolen

Rewe – Zentralfinanz v Landwirtschaftskammer für das Saarland (case 33/76)

Harz v Deutsche Tradax GmbH (case 79/83)

Litteratur

Areeda, Phillip, *Antitrust analysis*, 2nd ed 1974

Bernitz, Ulf, *Marknadsrätt*, Stockholm 1969

Cooter, Robert, Ulen, Thomas, *Law and Economics*, 3rd ed 2000

Evensen, Harald (red.), *Konkurrenseloven med kommentarer*, Gjøvik 1999

Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*, Uppsala 2001

Konkurransetsynet, *Sanktionering – er der verdt prisen?*, Oslo 2001

Konkurrensverket, *Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag*, Konkurrensverkets rapportserie 2000:1

Martenius, Åke, *Konkurrenslagstiftningen*, Lund 1985

Posner, Richard A, *Economic Analysis of Law*, 1972

Steiner, Josephine, Woods, Lorna, *Textbook on EC Law*, 7th ed 2000

Övrigt

Nykvist, Ann-Christin, Kriminalisera kartellbrotten, Ny teknik 2002-02-27

europa.eu.int/comm/competition/antitrust/leniency