TORBJÖRN ANDERSSON

DISPOSITIONSPRINCIPEN OCH EG:S KONKURRENSREGLER

EN STUDIE I SNITTET AV SVENSK CIVILPROCESS OCH EG-RÄTTEN

EXEMPLAR

68

SKRIFTER FRÅN JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

IUSTUS FÖRLAG

JURIDISKA BIBLIOTEKET
VID UPPSALA UNIVERSITET

347 SWE

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f44c9

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

68

Redaktör: Nils Jareborg

DISPOSITIONSPRINCIPEN OCH EG:S KONKURRENSREGLER

EN STUDIE I SNITTET AV SVENSK CIVILPROCESS OCH EG-RÄTTEN

Torbjörn Andersson

FRIEXEMPLAR FRÅN
IUSTUS FÖRLAG

Juridiska biblioteket
2006 -01- 19
Uppsala

IUSTUS FÖRLAG

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 1999
ISSN 0282-2040
ISBN 91-7678-398-7
Omslag: IdéoLuck AB
Sättning: Schweitz Produktion
Tryck: Graphic Systems AB, Göteborg 1999

Förord

Det bereder mer lättnad än tillfredsställelse att skriva detta förord. Tack och lov att det fanns ett slut på ansträngningarna! Och tack och lov till alla som på olika sätt hjälpt till med och underlättat genomförandet av den studie som fångats inom pärmarna på den här boken.

Eftersom arbetet med detta projekt till stor del bedrivits under min doktorandtid är jag givetvis stort tack skyldig min före detta handledare Per Henrik Lindblom. Men hans intresse har långt ifrån svalnat. Den senaste tvåårsperioden har Per Henrik oförtröttligt läst nybearbetningar och omarbetningar av delar av det tidigare manuskriptet. Hans engagemang är beundransvärt inte minst mot bakgrund av att han har varit och är i färd med att färdigställa en omfattande monografi, "Miljöprocess". Jag vill tacka alldeles särskilt för få delta i detta kontinuerliga tankeutbyte. Och jag ber om ursäkt för eventuella idéstölder.

Vidare vill jag tacka Torleif Bylund och Håkan Andersson för att de läst flera kapitel av manuskriptet, kommit med konstruktiv kritik och värdefulla uppslag. Även Hans Eklund har läst avsnitt och lämnat synpunkter, vilka tacksamt mottagits. Vissa delar av manuskriptet har vid olika tillfällen diskuterats och kommenterats vid mikroseminarier i processrätt i Uppsala. För detta är jag de enskilda seminariedeltagarna tacksam. Jag vill vidare uttrycka min tacksamhet och uppskattning för att jag under diverse högre seminarier och kurser samt studentseminarier fått tillfälle att diskutera frågor som sedermera inrymts i denna bok.

Merparten av arbetet med att slutföra projektet har ägt rum på kvällar, helger och ledigheter. Här är inte rätt plats att vara ångerfull. Men jag beklagar att boken drabbat familjelivet och det sociala livet. Jag är däremot mycket glad att Katarina och Viggo ännu inte tröttnat på mig. Tack för er insats!

I raden att avtackas följer nu Andreas Carlsson, vilken korrekturläst första halvan av boken. Per Widman har fyllt i sidnummer i sakordsregistret. Sättarna Robert Schweitz och Kristian G. Madsen har satt boken och redaktören Eva Thorell förlagt den. Tack för det!

Slutligen vill jag tacka de beneficiärer som tillhandahållit ekonomiskt stöd till projektet. Under min doktorandtid höll mig juridiska fakulteten med en doktorandtjänst som Riksbankens Jubileumsfond finansierade. Riksbankens Jubileumsfond samt Emil Hejnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning har dessutom bidragit med medel för tryckning av boken.

Eftersom projektet pågått under ganska lång tid är det ofrånkomligt att såväl det beskrivna rättsområdet som författarens framställningssätt förändras. Jag har försökt att göra framställningen stilistiskt konsistent och beakta rättsutvecklingen. Viss risk finns dock för stilistiska luftgropar och förbisedda rättskällor. En föresats har dock varit att beakta rättskällematerial som förelegat sommaren 1998.

Uppsala december 1998 och mars 1999

Torbjörn Andersson

Innehåll

FÖRORD 5

FÖRKORTNINGAR 12

INLEDNING: OM STUDIEN

KAPITEL 1: SYFTE OCH UPPLÄGG 17
1.1 Ämne 17
1.2 Metod 23
1.3 Disposition 26
1.4 Läsanvisningar 29

FÖRSTA AVDELNINGEN AV STUDIEN: OM EG:S KONKURRENSREGLER OCH DERAS CIVILRÄTTSLIGA VERKAN I SVERIGE

KAPITEL 2: DE KONKURRENSRÄTTSLIGA REGLERNA 33
2.1 Inledning och avgränsningar 33
2.2 De materiella bestämmelserna 35
2.2.1 Ändamålen 35
2.2.2 Bestämmelserna och deras struktur 39
2.2.3 Artikel 85(1) 40
2.2.4 Artikel 85(3) 48
2.2.5 Artikel 86 50
2.2.6 Bestämmelsernas tillämpningsområde 53
2.3 Övergångsbestämmelserna 53
2.4 Förordning 17/62 55
2.5 Förfarandet vid EG-kommissionen 58
2.6 Gruppundantagsförordningar 65
2.7 Sammanfattning 67

KAPITEL 3: NATIONELLA DOMSTOLARS BEHORIGHET ATT TILLÄMPA KONKURRENSREGLERNA – REGLERNAS DIREKTA EFFEKT 70
3.1 Bakgrund 70
3.2 Följer nationella domstolars behörighet direkt av artikel 85 och 86? 73
3.3 Närmare om nationella domstolars behörighet att tillämpa artikel 85(1) 77
3.4 Artikel 85(3) – nationella domstolars "halva" behörighet 82
3.5 Gruppundantag och enskilda beslut av EG-kommissionen 87
3.6 Villkorat giltiga avtal 92
3.7 Sammanfattning 103

KAPITEL 4: CIVILRÄTTSLIGA SANKTIONER I SVERIGE 106
4.1 Inledning 106
4.2 Ogiltighet 111
4.3 Konkurrensreglernas användning i kontraktsförhållanden 117
4.4 Tredje man 120
4.5 Tredje mans rättsföljder: ogiltighet av avtal, kontraheringsplikt och förbud 123
4.6 Skadestånd – bakgrund 129
4.7 Utrymme för skadestånd enligt svenska regler 131
4.8 Ersättning enligt principen om likabehandling 139
4.9 Individuell kompensation enligt rättsskyddsprincipen 146
4.10 Sammanfattning 159

ANDRA AVDELNINGEN AV STUDIEN: OM DEN SVENSKA CIVILPROCESSEN OCH EG:S KONKURRENSREGLER – FRÅGAN OM DISPOSITIONSPRINCIPENS TILLÄMPNING

KAPITEL 5: DEN SVENSKA DISPOSITIONSPRINCIPEN 165
5.1 Inledning 165
5.1.1 Kapitlets plats i den fortsatta framställningen 165
5.1.2 Något om dispositionsprincipen som begrepp 166
5.1.3 Dispositionsfrihetens konsekvenser 168
5.2 Processuella dispositionsmedel 170
5.2.1 Yrkande 170
5.2.2 Åberopande 176
5.2.3 Bevisning 178
5.2.4 Disposition över rättsanvändningen 179
5.3 Dispositionsrättens omfattning 183

5.3.1 Dispositionsfrihetens motivering 183
5.3.2 Indispositivitet 185
5.3.3 Tvingande lagstiftning och dispositionsfrihet i processen 189
5.4 Sammanfattning 193

KAPITEL 6: ÄR EG:S KONKURRENSREGLER INDISPOSITIVA? 195
6.1 Inledning 195
6.2 EG-rättens krav på officialprövning 196
6.2.1 EG-rättens krav generellt 196
6.2.2 Särskilt om tillämpning av konkurrensreglerna i tvistemål 198
6.3 Konkurrensstridiga avtal enligt svensk rätt 205
6.4 Begränsningar av indispositiviteten 213
6.5 Slutsatser 216

KAPITEL 7: OFFICIALPRÖVNING 221
7.1 Inledning 221
7.1.1 Allmänt om officialprövning 221
7.1.2 Argumentation de lege lata och de lege ferenda 227
7.2 Förhandsavgörande och officialprövning – osäkerhet i rättsfrågan 229
7.3 Osäkerhet i sakfrågan 236
7.3.1 Officialprövning och informationsbörda 236
7.3.2 Informationsbördan och officialföreläggande 239
7.3.3 Handhavandet av osäkert indispositiva moment de lege ferenda 252
7.4 Avvisning eller ogillande som officialmetod 255
7.5 Vilandeförklaring 263
7.6 Återgångsyrkanden 268
7.7 Sammanfattning och utvärdering 281

KAPITEL 8: OFFICIALPRÖVNING OCH RÄTTSKRAFT 285
8.1 Inledning 285
8.2 Underlåten officialprövning 287
8.2.1 Rättskraftsverkan 287
8.2.2 Accessoriska frågor – domens rättskraft och bevisverkan 301
8.2.3 Stadfästelse av förlikning 306
8.3 Officialavgörandets rättskraft 314

8.3.1 Rättskraft vid avvisning respektive ogillande 314
8.3.2 "Ny omständighet" 317
8.3.3 Avvisningsbeslutets rättskraft och "saken" 332
8.4 Sammanfattning 339

KAPITEL 9: EXTRAORDINÄRA RÄTTSMEDEL VID UNDERLÅTEN OFFICIALPRÖVNING 344
9.1 Inledning 344
9.1.1 Rättskraft, officialprövning och extraordinära rättsmedel 344
9.1.2 Allmänt om officialprövningsskyldighet och extraordinära rättsmedel 346
9.1.3 Kapitlets uppläggning 351
9.2 Domvilla 351
9.2.1 Indispositivitet som materiellt bifallshinder 351
9.2.2 Indispositiviteten som processhinder 357
9.2.3 De kvalificerade förutsättningarna 361
9.3 Resning 369
9.3.1 Inledning 369
9.3.2 Nya omständigheter och nya bevisfakta 370
9.3.3 Felaktig rättstillämpning 380
9.3.4 Tidsfrister vid resning 388
9.4 Sammanfattning 389

KAPITEL 10: KONKURRENSREGLERNA I RENT DISPOSITIVA MÅL 397
10.1 Inledning 397
10.2 Domens preklusionsverkan 399
10.3 Parts dispositionsrätt 400
10.4 Materiell processledning 406
10.4.1 Krav på materiell processledning 406
10.4.2 Konsekvenser av underlåten processledning 413
10.4.3 Kriterier för bedömningen av materiell processledning 420
10.5 Alternativ rättslig kvalificering 427
10.5.1 Kan eller ska domstolarna beakta konkurrensreglerna ex officio? 427
10.5.2 Jura novit curia och artikel 177 433
10.5.3 Konsekvenserna av underlåten alternativ kvalificering 435
10.6 En särskild forumfråga 440

10.7 Motstridiga regleringar av rättslägen: skäl för modifikationer? 444
10.8 Sammanfattning 446

AVSLUTNING: SAMMANFATTNING AV STUDIEN OCH DÄRTILL SLUTSATSER

KAPITEL 11: SUMMERING 457
11.1 Sammanfattning 457
11.2 Rapsodisk utvärdering och ett kvarvarande ställningstagande 470
11.2.1 Några nedslag 470
11.2.2 Avvisning eller ogillande som officialavgörande 472
11.3 Slut 474

KÄLLOR 476
Offentligt tryck m.m. 476
EG-rättsligt material 476
Svenskt material 480
Litteratur 480

RÄTTSFALL 496
EG-domstolen och förstainstansdomstolen (kronologiskt) 496
EG-domstolen och förstainstansdomstolen (alfabetiskt efter cit.) 503
Svenska domstolar 515
Andra nationella domstolar 516

SAKORDSREGISTER 519

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen
AG	Advocate General
A.J.C.L.	American Journal of Comparative Law
C.D.E	Cahiers de droit européen
C.M.L.R.	Common Market Law Reports
C.M.L.Rev.	Common Market Law Review
Cambridge L.J.	Cambridge Law Journal
CEE	Communauté Economique Européenne
Ch. D.	Chancery Division
CJCE	Cour de Justice de Communautés Européennes
Dalloz Jur.	Dalloz Jurisprudence
E.C.L.R.	European Competition Law Review
E.C.R.	European Court Reports
E.L.Rev.	European Law Review
EC	European Community
EEC	European Economic Community
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsavtalet
EG	Europeiska gemenskaperna
EGT	Europeiska gemenskapernas tidning
EuR	Europarecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Fordham Int. L.J.	Fordham International Law Journal
F.S.R.	Fleet Street Reports
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
G.R.U.R.	Gewerblicher Rechtsschutz unt Urheberrecht
G.R.U.R. Int.	Gewerblicher Rechtsschutz unt Urheberrecht (Internationaler Teil)
HD	Högsta domstolen
I.C.L.Q	International and Comparative Law Quarterly
JCP	Jurisclasseur Périodique (Semaine Juridique)
JT	Juridisk tidskrift
L.I.E.I.	Legal Issues of European Integration

L.Q.R.	Law Quarterly Review
M.L.R.	Modern Law Review
MD	Marknadsdomstolen
Michigan L.R.	Michigan Law Review
N.I.L.Q.	Northern Ireland Law Quarterly
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
O.J.	Official Journal
PLB	Processlagberedningen
Prop.	Proposition
Q.B.D.	Queen's Bench Division
RB	Rättegångsbalken
Rec.	Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes
RegR	Regeringsrätten
RH	Rättsfall från Hovrätten
R.I.W.	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rpl	Retsplejeloven
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidskrift for Rettsvitenskap
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Y.E.L.	Yearbook of European Law
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ÄRB	Äldre rättegångsbalken

INLEDNING:

Om studien

Kapitel 1: Syfte och upplägg

1.1 Ämne

Denna bok är ett slags fortsättning på min avhandling Rättsskyddsprincipen (1997). Jag vill redan inledningsvis passa på att understryka skillnaden i ämne och avgränsningar mellan detta arbete och det förra. I min avhandling analyseras och struktureras EG-rättens krav på den nationella processen och de nationella domstolarna. Även om den skrevs i ett svenskt civilprocessuellt perspektiv, var det uttalade syftet inte att undersöka EG-rättens närmare konsekvenser för den svenska processen.

Om *Rättsskyddsprincipen* var avsedd att beskriva EG-rättens förhållande till och påverkan på nationell sanktions- och processrätt på ett allmänt plan och att utgöra en utgångspunkt för analys av mer partikulära processuella problem, är *Dispositionsprincipen* avsedd att beskriva EG-rättens påverkan på en specifik del av den svenska civilprocessen när vissa särskilda EG-rättsliga regler tillämpas. Man kan uttrycka det som att den förra studien är den allmänna utgångspunkten för den här undersökningen.

Syftet som motiverat denna bok och studien som boken innehåller kan således formuleras som att *inom ett avgränsat område påvisa hur EG-rätten kan påverka den svenska civilprocessen.* Jag har valt att avgränsa studien till en viss del av EG-rätten samt till en specifik del av den svenska civilprocessen: *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler.*

Det kan vara värt att framhålla att vissa frågor som kunde inrymmas inom denna avgränsning inte behandlas. Exempelvis berörs knappast koncentrationsförordningen,[1] trots att den ingår bland EG:s konkurrensregler. Detsamma gäller för övrigt den konkurrensrättsliga regleringen av medlemsstaternas aktiviteter. Vidare diskuteras inte frågor avseende parallella förfaranden i nationell domstol och vid

[1] Se nedan 2.1.

EG-kommissionen. Spörsmålet om konkurrensreglernas tillämplighet i nationella och internationella skiljeförfaranden är inte omedelbart föremål för studier här. De behöriga nationella konkurrensvårdande myndigheternas tillämpning av konkurrensreglerna berörs inte annat än i förbigående. Dessutom diskuteras inte civilprocessuella frågor som uppkommer i anledning av att konkurrensreglerna kan vara civilrättsligt tillämpliga på samma fall i flera medlemsstater samtidigt.

Den valda avgränsningen till den svenska civilprocessuella dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler kan motiveras på följande vis. Konkurrensrätten är ett förhållandevis inarbetat område under EG-rätten. I princip har konkurrensreglerna i Romfördraget, artiklarna 85 och 86, tillämpats i nationella domstolar sedan början av 1960-talet. Därför finns en relativt rikhaltig flora av avgöranden från EG-domstolen avseende den materiella innebörden av reglerna och även beträffande tillämpningen av bestämmelserna vid nationella domstolar. Vidare finns praxis från andra nationella domstolar än de svenska. Utländska domstolsavgöranden har givetvis primärt relevans i den utländska processuella kontexten, men har i viss begränsad omfattning använts som jämförelsematerial i den här undersökningen.

Vidare sätter konkurrensreglerna normer för företag och för förhållanden mellan företag. Eftersom företag är att räkna som enskilda subjekt och inte som allmänna, har konkurrensreglerna *civilrättslig betydelse*. Detta i sin tur medför att reglerna ska tillämpas i *civilprocessen* på det nationella planet.

En förutsättning för att bestämmelser som artiklarna 85 och 86 i Romfördraget ska kunna tillämpas av nationella domstolar, och då bl.a. i civilprocessen, är att de har *direkt effekt*. Av undersökningen framgår att konkurrensreglerna besitter denna kvalitet. Från avgränsningssynpunkt kan detta inge betänkligheter. Det vanliga på civilrättens område är att det EG-rättsliga inflytandet sker via direktiv. Eftersom direktiv saknar kapacitet att ha direkt effekt i rättsförhållanden mellan enskilda, uppkommer vid tillämpningen av nationellrättslig implementeringslagstiftning en rad frågeställningar som i hög grad förbigåtts i denna framställning. I den mån syftet med undersökningen hade varit att skildra den typiska, i den mån ordet kan användas, tillämpningen av EG-rättslig materia i tvistemål och därtill anknytande processuella frågor skulle detta kunna karaktäriseras som en brist i avgränsningen av ämnet.

Nu är dock inte det närmare syftet med studien att försöka fånga den typiska tillämpningen av EG-regler i domstolarna. För det första

saknas ännu tillräcklig erfarenhet av vilka som är de typiska frågorna då EG-rätten tillämpas i svensk civilprocess. För det andra kan det vara dags att snäva in perspektivet till mer specifika frågor. Det senaste året har det framlagts ett antal studier om EG-rättens påverkan på nationell rätt generellt, liksom om EG-rättens påverkan på särskilda materiella och processuella rättsområden.[2] Visserligen behöver EG-rättens generella påverkan på skilda svenska processformer utsättas för en fortsatt granskning, men detta borde inte utesluta att också EG-rättens påverkan på specifika processuella institut undersöks.

Syftet med att snäva in föremålet för denna studie till att avse den svenska dispositionsprincipen i tvistemål vid tillämpningen av EG:s konkurrensregler är att utifrån en relativt specifik frågeställning kunna borra tämligen djupt in i RB:s regleringar. Detta är omöjligt på grund av arbetsekonomiska skäl och kraven på omfångsknapphet om man väljer att lägga studien på ett mer generellt plan.

En mer avgränsad inriktning medför också viktiga sidovinster. Som jag ser det finns ett egenvärde i det att EG-rätten tvingar den tillämpande och tolkande juristen att reflektera över olika processrättsliga reglers ändamål och funktion i den nationella processen, i den mån fråga uppkommer om processreglerna hindrar genomdrivandet av EG-anspråk.

Å ena sidan ska detta inte övervärderas. Rättsvetenskapsmän har också EG-rätten förutan anledning att analysera processreglers ändamål och funktion. Å andra sidan tillkommer med EG-rätten den insikten att EG-regler faktiskt kan utöva en normativ verkan i den situation som analyseras; analysen behöver nödvändigtvis inte stanna vid lösa funderingar de lege ferenda, den kan vara av direkt relevans de lege lata och t.o.m. i ett pågående mål. Det är en sak att framhålla att en regel fungerar dåligt. Det är något annat att påstå att en regel inte kan tillämpas för att den verkar i fel riktning.

Om en studie med EG-rättsligt anslag riktas in mer specifikt, menar jag, möjliggörs en EG-rättslig prövning av svenska civilprocessregler vilka annars inte kunnat beröras mer än mycket ytligt. De övergripande EG-rättsliga kraven på nationell processrätt fungerar nästan som en utgångspunkt för en rättsdogmatisk metod. Dels framkommer givetvis, vilket kan sägas vara det omedelbara syftet, i vad mån vissa

[2] De mer renodlade nordiska framställningarna i denna kategori är Wahl, Konkurrensförhållanden, Werlauff, T. Andersson, Rättsskyddsprincipen, Asp, EG:s sanktionsrätt samt Fenger.

regler inte kan tillämpas eller åtminstone i vad mån deras tillämpning behöver modifieras. Dels ger EG-rätten oberoende av om en svensk processregels tillämpning måste modifieras i vissa fall ett nytt perspektiv på regeln. Med det EG-rättsliga ifrågasättandet kan en förändrad ändamålsstruktur uppenbaras.

Med denna studie har jag inte velat stanna vid antydningar om hur civilprocessen i många avseenden kan påverkas. Jag har istället velat, på ett avgränsat område, fullfölja antydningarna till fullfjädrade analyser, ställningstaganden och slutsatser rörande de stundtals ganska konkreta problem som framkommer. I det följande ska jag dock bidra med några invändningar mot studien och dess avgränsningar.

Det kan förefalla som att många av de problem som identifierats och analyserats är sökta, liksom att många av de slutsatser som därvidlag dragits har en lätt artificiell, teoretiserad karaktär. Mot bakgrund av att det hittills endast föreligger ett exempel på att en allmän svensk domstol i tvistemål varit i närheten av att tillämpa EG:s konkurrensregler,[3] är det befogat att hysa uppfattningen att en studie som i processuellt hänseende behandlar underlåten officialprövning, extraordinära rättsemedel etc., utgör en soppa kokad på en mycket tunn spik.

Vidare kan det förefalla helt missriktat att inrikta studien på tillämpningen av konkurrensreglerna i just civilprocessen. Den primära tillämpningen av konkurrensreglerna handhas av EG-kommissionen och i viss utsträckning också av behöriga nationella konkurrensmyndigheter, bland vilka det svenska konkurrensverket snart kan vara att räkna in. I Sverige förekommer det knappast alls att de svenska konkurrensreglerna tillämpas av allmänna domstolar i tvister mellan enskilda och i ännu lägre grad tillämpas EG:s konkurrensregler. Hade det inte varit mer praktiskt intressant att behandla EG-kommissionens processregler eller de förfaranderegler konkurrensverket lyder under?

Det framstår som en ytterligare svaghet i avgränsningen att konkurrensreglerna rent materiellt sällan är tillämpliga i sådana rättsförhållanden mellan företag som kan bli föremål för prövning av svensk domstol. För det första krävs att ett konkurrensbegränsande förfarande påverkat handeln mellan EG:s medlemsstater. För det andra krävs, då det är fråga om konkurrensbegränsande avtal, att det rör stora avtal mellan stora företag.[4] Visserligen finns det ganska stora

[3] Stockholms Tingsrätt 1993-10-11 (mål T 7-358/92) Kvaerner mot Ahlström.
[4] Se nedan 2.2.3.

företag i Sverige och visserligen är konkurrensreglerna tillämpliga också på rättsförhållanden mellan stora företag och små. Men det lär inte vara varje vecka som en civilprocess inkluderar ett konkurrensrättsligt förhållande av EG-rättslig karaktär.

Själv menar jag dock givetvis att studien inte är praktiskt betydelselös. Visserligen kan det tänkas vara relativt sällan som de konkurrensrättsliga reglerna aktualiseras i civilprocessen i jämförelse med andra civilrättsligt relevanta regler av rent inhemskt ursprung. Man måste dock betänka, för det första, att det att parterna inte använder reglerna i processen inte nödvändigtvis betyder att reglerna *inte* är tillämpliga i processen. I Sverige finns en ovana hos parter såväl som hos domstolar vid att använda just konkurrensrättsliga regler inom ramen för civilprocessen. Dessa hänförs symptomatiskt nog till området *marknadsrätt*. Erfarenheten från andra medlemstater är en annan än den svenska. Visserligen använder ännu också utländska parter hellre EG-kommissionen än de nationella domstolarna för att lösa konkurrensrättsliga frågor. Men i jämförelse med den icketillämpning som sker i Sverige används den nationella civilprocessen ändå ofta.

Vidare kan man anta att konkurrensreglerna har betydelse i civilrättsliga relationer mellan företag, utan att det behöver gå till något rättsligt förfarande. Min uppfattning är att de svenska allmänna domstolarna inom en tämligen snar framtid i högre omfattning kommer att drabbas av mål med konkurrensrättslig anknytning och därmed ställs inför att bedöma konkurrensrättsliga frågor. I förstone kan man anta att detta kommer att gälla den svenska konkurrenslagen, men det finns även anledning att anta att EG:s konkurrensrätt kommer att tillämpas i ökad utsträckning.

I denna riktning talar den policy som EG-kommissionen tagit med avseende på sin ärendehantering. Kommissionen har flera gånger uttryckligen uttalat att den förbehåller sig rätten att endast inleda prövning av ärenden för det fall frågan är av gemenskapsrättsligt intresse. Också rent allmänt understryker EG-kommissionen vikten av att konkurrensövervakningen decentraliseras, vikten av att nationella domstolar bidrar till efterlevnaden av EG:s konkurrensregler. Mot bakgrund av denna policy och den ärendeanhopning som är skälet till den kan man anta att företag hellre kommer att vända sig till de nationella domstolarna än att vänta på formella beslut av kommissionen.

Vidare väntar frågan om konkurrensstridighet är ogiltighetsgrund och hinder för verkställighet med avseende på skiljedom på ett avgö-

rande från EG-domstolen.[5] I den mån EG-domstolen fastslår att konkurrensrättslig ogiltighet slår igenom nationellrättsliga skiljedomsregler kommer kanske den nationella domstolsprocessen att få ökad betydelse också vad gäller potentiellt konkurrensstridiga avtal som idag kan antas vara föremål för skiljedomsavtal.

Av dessa skäl menar jag alltså att det ämne som studien ägnas åt i sig är av ökande praktisk betydelse för svenska domstolar. Men, vilket ovan nämndes, undersökningen kan vidare sägas mer indirekt bidra till att ett antal relevanta frågeställningar blivit belysta.

För det första är studien avgränsad till tillämpningen av EG:s konkurrensregler i dispositiva tvistemål, men i många avseenden är den relevant också för tillämpningen av de materiella reglerna i den *svenska konkurrensreglerna* i civilprocessen.

För det andra bidrar studien till att skänka ytterligare ljus åt hanteringen av *indispositiva moment* inom ramen för den dispositiva tvistemålsprocessen. Spänningen mellan parternas dispositionsfrihet i civilprocessen och legalförbjudna avtal, t.ex. konkurrensstridiga sådana, framkommer särskilt tydligt genom avgränsningen till EG:s konkurrensregler och dispositionsprincipen. Visserligen har frågan om officialprövning i civilprocessen varit föremål för omfattande utredningsinsatser i det förflutna.[6] Men vissa nya aspekter kan ha tillkommit med denna undersökning.

För det tredje ägnas åtminstone ett av undersökningens kapitel (10) åt frågor som är av relevans inte bara då konkurrensregler tillämpas, utan *när EG-rättsliga regler generellt tillämpas i den svenska civilprocessen*. Här bör också påpekas att EG-rättens påverkan i praktiken måhända inte begränsar sig till de fall, eller de områden, där materiell EG-rätt kan eller ska tillämpas. Erfarenheten från andra medlemsstater och i viss mån också från den svenska förvaltningsprocessen visar på svårigheten att upprätthålla s.k. *dubbla standards* vid tillämpning av EG-rätt respektive nationell rätt.

För det fjärde ägnas ett omfattande kapitel åt frågan om *den civilrättsliga verkan* av EG:s konkurrensregler i Sverige. Även om analysen i denna del i många avseenden är översiktlig och allmän har jag inte någon annanstans sett en sammanhållen framställning rörande

[5] Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton. Se närmare nedan 6.2.2.
[6] Se framförallt Westberg, Officialprövning.

konkurrensreglernas civilrättsliga verkan i Sverige. Här finns det mer att göra för forskare inom den disciplinen.

För det femte och sista, men inte minst, skulle jag vilja påstå att upplägget av den här studien utgör ett värde i sig. Att utifrån ett avgränsat ämne röra sig från Romfördraget, via frågor om de nationella domstolars behörighet och de civilrättsliga konsekvenserna av reglerna, till den svenska dispositionsprincipen och därtill anknutna regleringar, åskådliggör det vida spektrum av fundamentala respektive detaljerade frågeställningar som till följd av EG-rätten uppkommer också på ett avgränsat område.

Även om ämnet för studien är noggrant avgränsat till området i snittet av EG:s konkurrensregler och dispositionsprincipen i svensk civilprocess har studiens uppläggning varit öppen för att inkludera de frågor och problem som uppkommer under nedstigningen från EG-rätten till den svenska processen. I *den* meningen är inte arbetets avgränsning precis. Det kan ha medfört att alltför perifera frågor inrymts i studien eller givits alltför stort utrymme. Och mer centrala frågeställningar har kanske förbigåtts eller behandlats alltför styvmoderligt.

1.2 Metod

Det finns olika slag av metoder som beskriver skilda aspekter av tillvägagångssättet vid utförandet av studien. Vad gäller min *arbetsmetod*, dvs. hur jag konkret gått tillväga då jag utfört min forskning, finns väl inte mycket av intresse att nämna. Från rättsvetenskapliga utgångspunkter är i allmänhet utfallet av en undersökning och motiveringen till utfallet, *the process of justification*, mer intressant än hur det rent faktiskt gått till, *the process of discovery*. Angående den senare processen kan det dock påpekas att datoriseringen underlättat hanteringen av EG-rättsligt källmaterial högst väsentligt. När jag började söka konkurrensrättsligt material från EG-domstolen och EG-kommissionen 1992 anlände notisreferat från EG-domstolen med ungefär ett halvårs fördröjning och flera årgångar av European Court Reports saknades i översättning till engelska. Nu är problemet snarare att sovra i det tillgängliga materialet och försöka smälta det.

Angreppssättet på ämnet är en annan och viktigare aspekt av tillvägagångssättet. Det sönderfaller dels i rättsteoretiska överväganden och ställningstaganden avseende *urval och hantering av rättskällor* av

betydelse för studien, dels i överväganden avseende *redovisningen av de slutsatser* jag dragit och *de resonemang* som fört fram till dessa. I den mån dispositionen kan sägas ingå i angreppssättet bör anmärkas att den berörs nedan i avsnitt 1.3.

Vad gäller urvalet och hanteringen av rättskällorna i denna studie, bör först framhållas att arbetet gör anspråk på att ha rättsdogmatiska kvaliteter. Avsikten är att fastställa hur svenska civilprocessuella regler i vissa sammanhang och under vissa förutsättningar ska tillämpas. I vissa delar övergår dock ambitionen från att fastställa gällande rätt till påståenden om hur rättsläget borde vara beskaffat.

Metodologiskt och teoretiskt utgår studien ifrån ett traditionellt rättsdogmatiskt synsätt, vilket inbegriper det ständiga och svårbeskrivna oscillerandet mellan auktoritativa, hierarkiskt ordnade, rättskällor och ändamålsöverväganden. Inkluderandet av EG-rättsliga källor och den EG-rättsliga normhierarkin lägger förvisso till en dimension och komplicerar såväl rättskällebilden som analysen. Men EG-rätten medför ingen principiell förändring med avseende på de teoretiska och metodologiska utgångspunkterna. I ett nationellt processrättsdogmatiskt perspektiv kan knappast EG-rätten sägas ha skapat en ny form av rättsordning; den har endast medfört att den nationella processrätten måste tillämpas under nya slag av hänsynstaganden och ställas under mer kritisk granskning i tillämpningssituationer. Men effekten av detta bör, mot bakgrund av det som framhölls ovan i avsnitt 1.1, inte undervärderas.

Vad gäller urvalet och hanteringen av rättskällematerialet kan följande sägas. Vid beskrivningen av innehållet i EG:s konkurrensregler har givetvis EG-rättsligt material varit bestämmande. Det mest auktoritativa materialet härvidlag är, i nu nämnd ordning, avgöranden av EG-domstolen, av Förstainstansdomstolen samt av EG-kommissionen. En svårplacerad men viktig rättskälla är generaladvokaternas utlåtanden. I viss omfattning har också stöd och ledning hämtats i oförbindande rättskällematerial som emanerar från EG-kommissionen. Vidare har den europarättsliga doktrinen beaktats.

Även med avseende på analysen av svensk civil- och civilprocessrätt kan EG-domstolens avgöranden sägas vara den hierarkiskt förnämsta rättskällan, om än domstolens vikt balanseras av den svenska grundlagen i konstitutionellt hänseende. Men även om EG-domstolen står högst har inte EG-rätten mycket specifikt att säga om svenska civilprocessuella regler då sådana tillämpas samtidigt som EG:s konkurrensregler. Detsamma gäller i princip för konkurrensreglernas

civilrättsliga verkan. EG-rätten fastställer endast allmänna principer, utvecklade av EG-domstolen, för konsekvenserna av konkurrensreglernas nedstigning till den svenska processrätten.

Vid analysen av svenska civilprocessuella regler i situationer då EG:s konkurrensregler är tillämpliga har jag varit hänvisad å ena sidan till de tämligen allmänna principer som fastslagits av EG-domstolen, å andra sidan till de svenska reglerna och uttalanden om deras innebörd i förarbeten och doktrin. Som ovan sades finns till dags dato endast ett tingsrättsavgörande som aktualiserat tillämpning av EG:s konkurrensregler i Sverige. I doktrin och förarbeten framgår snart sagt ingenting om tillämpningen av civilprocessuella regler i mål med anknytning till EG:s konkurrensregler. Det medför att det finns ett relativt stort rättskälletomt glapp mellan EG-rätten och svensk civilprocess.

Därför har också utrymmet för självständiga analyser blivit stort, stundtals oroväckande stort. Det har föranlett mig att ofta fullfölja alternativa och motstridiga resonemangslinjer s.a.s. hela vägen, hellre än att snabbt ta ställning och utgå ifrån ett visst ställningstagande i den följande framställningen. Vissa frågor behandlas löpande över flera kapitel från olika aspekter innan det kommer ett slutligt ställningstagande.

Framställningsmässigt har det fått den, för vissa läsare kanske olyckliga, konsekvensen att många avsnitt är långa, av resonerande karaktär och att det definitiva svaret kan låta vänta på sig. Jag hoppas dock att den otåliga läsaren har användning av de stundom ganska omfattande sammanfattningar som avslutar varje kapitel. För innehållet och slutsatserna måste jag säga att valet av framställningssätt har varit framgångsrikt. Det är helt enkelt lättare att komma fram till bärande slutsatser när man har hela bilden och alla alternativ någorlunda klara för sig. Det kan påpekas att situationen i princip är densamma med avseende på frågor som ligger i snittet av EG:s konkurrensrätt och svensk *civilrätt*. Här har jag dock insett mina begränsningar och avstått från djupare analyser.

Nu verkar det som att beskrivningen av rättskällehanteringen mer eller mindre naturligt glidit över i den andra delen av val av angreppssätt: *redovisningen av slutsatser och motiveringar till slutsatser*. Här vill jag poängtera en sak som sagts ovan på skilda ställen. Jag har åsyftat att driva analysen av de civilprocessuella regler som aktualiseras tämligen långt. Denna karaktäristik låter sig försvaras åtminstone om man beaktar att studien utgår ifrån EG-rättsliga regler och att

framställningen belastas av många frågor normalt förbigås i processrättsdogmatiska arbeten.

En konsekvens av att fokusera så starkt på de civilprocessuella frågorna i vissa delar som rör dessa är att den specifika konkurrensrättsliga problematiken, om inte förbigås, så åtminstone uppmärksammas endast indirekt. Jag måste tillstå att detta är något av en brist i arbetet; en mer konsekvent och genomarbetad syntes mellan EG:s konkurrensrätt och den svenska civilprocessen hade varit optimal. Samtidigt vet jag att framställningen i sådant fall hade blivit mer tungrodd eller splittrad. Det hade gått ut antingen över läsvänligheten eller över innehållet i studiens processrättsliga delar. Jag har därför funnit det motiverat att redovisa studien i det skick den befinner sig.

1.3 Disposition

Själva studien är indelad i två *avdelningar*. I boken tillkommer den *inledning*, vari detta skrives, och en *avslutning*. Den första avdelningen betitlas *EG:s konkurrensregler och deras civilrättsliga verkan i Sverige* och består av kapitel 2, 3 och 4.

I kapitel 2 beskrivs de konkurrensrättsliga reglernas innehåll, ändamål och materiella tillämpningsområde. Vidare beskrivs den processform som är reglernas primära kontext, dvs. förfarandet vid EG-kommissionen, samt de olika beslutsformer som inrymmer EG-kommissionens hantering av olika typer av konkurrensärenden.

I kapitel 3 behandlas frågan om konkurrensreglernas tillämplighet i den nationella, bl.a. den svenska, civilprocessen. Ämnet kan också karaktäriseras som frågan om konkurrensreglernas direkta effekt eller om de svenska domstolarnas behörighet att tillämpa reglerna.

I kapitel 4 diskuteras frågor rörande konkurrensreglernas civilrättsliga verkan i Sverige. En utgångspunkt för diskussionen är det faktum att EG:s konkurrensregler har direkt verkan och att svenska domstolar därför är förpliktade att bereda anspråk som stöds på reglerna effektivt skydd och samtidigt främja reglernas genomslag. Därför diskuteras innebörden av EG-rättens krav i ovannämnt avseende och kravens betydelse för tillämpningen av bl.a. ogiltighets- och skadeståndsregler i konkurrensrättsliga sammanhang. Vissa av de frågeställningar som identifieras i detta kapitel diskuteras vidare i den andra avdelningen av studien.

Kapitel 2 och 4 tillsammans kan sägas ge underlag för frågor

rörande om en viss individ i en relation till en eller flera andra är civilrättsligt berättigad till något, och i så fall till vad. Kapitel 3 ger svar på frågor rörande förutsättningarna för konkurrensreglerna att överhuvudtaget ha civilrättslig, och därmed civilprocessuell, verkan. De tre kapitlen i den första avdelningen hade inte ingått i en studie av EG-rättens påverkan på dispositionsprincipen i den svenska civilprocessen utan ytterligare avgränsningar. Som ämnet är formulerat och avgränsat är det dock nödvändigt att ägna utrymme åt de tre övergripande frågorna i kapitel 2–4: konkurrensreglernas innehåll och ändamål, svenska domstolars behörighet att tillämpa reglerna i civilprocessen samt konkurrensreglernas civilrättsliga verkan i Sverige.

Varför är detta nödvändigt? Ja, om ambitionen att föra de EG-rättsliga kraven på nationell process långt ned i det svenska civilprocessuella systemet inte ska falla platt, måste såväl läsaren som forskaren ha den konkurrensrättsliga och civilrättsliga bakgrunden någorlunda klar för sig innan den processrättsliga analysen tar vid. Därför finns ett behov av att veta vilka ändamål som konkurrensrätten är avsedd att realisera, liksom hur den är strukturerad. Det är önskvärt att det framgår i vad mån konkurrensrätten verkligen kan och får tillämpas i den svenska civilprocessen. Och, inte minst, det är nödvändigt att känna till hur konkurrensreglerna slår igenom i civilrättsliga relationer enligt svensk rätt. För en realistisk diskussion av frågor om rättskraft, officialprövning, domvilla, resning, materiell processledning etc., förutsätts att är någorlunda klart vilka civilrättsliga rättsförhållanden och rättsföljder som konkurrensreglerna ger upphov till.

Den andra avdelningen är betitlad Den svenska civilprocessen och EG:s konkurrensregler – frågan om dispositionsprincipens tillämpning och innehåller kapitel 5–10.

I kapitel 5 beskrivs den svenska dispositionsprincipen utan att kopplas till EG-rätten annat än i förbigående. Här beskrivs parternas dispositionsrätt i dispositiva tvistemål vad avser yrkanden, åberopanden, medgivanden, etc. Vidare berörs konsekvenserna av underlåtna partsdispositioner, samt dispositionsprincipens begränsningar, t.ex. vad beträffar indispositiva moment.

Kapitel 6 ägnas åt det för denna studie fundamentala ställningstagandet till om EG:s konkurrensregler är dispositiva eller indispositiva i den svenska civilprocessen. Redan här kan sägas att jag kommer fram till att *konkurrensstridiga avtal*, med vissa kvalificeringar, bör ses som indispositiva moment, medan konkurrensreglerna i övrigt bör anses som dispositiva i tvistemål.

I kapitel 7 går jag vidare i studien av konkurrensstridiga avtal som indispositiva moment. Jag ställer frågan om hur officialprövningen i detta sammanhang ska bedrivas. Stort utrymme ägnas åt officialprövningens utformning med hänsyn tagen till att det ofta råder ovisshet om huruvida avtal är konkurrensstridiga eller inte. Om ovissheten är hänförlig till rättsfrågeplanet kan svenska domstolar använda sig av möjligheten till begäran om förhandsavgörande från EG-domstolen. Om däremot ovissheten är hänförlig till bevisfrågor förefaller den svenska civilprocessrätten lämna domstolen i sticket. Vidare väcks frågan om officialavgörandet bör ges formen av ogillande eller avvisning, dvs. om konkurrensenlighet bör ses som officialfaktum eller processförutsättning. Bägge varianterna förefaller möjliga. Frågor rörande vilandeförklaring, såväl vid begäran om förhandsavgörande som vid officialprövning diskuteras, liksom det mer materiellrättsliga spörmålet om behandlingen av återgångsyrkanden.

I kapitel 8 behandlas olika rättskraftsrelaterade frågor som materialiseras i anledning av att domstolarna är underkastade krav på officialprövning. Frågan om rättskraftsverkan vid underlåten officialprövning diskuteras, liksom förhållandet mellan den rättskraftiga domen och till den avgjorda saken accessoriska frågor. Skillnaden mellan avvisning och ogillande som officialavgörande berörs ånyo, nu utifrån frågeställningen om det föreligger någon skillnad mellan de två slagen av avgöranden med avseende på rättskraftens omfång.

I kapitel 9 diskuteras frågan om tillämpningen av extraordinära rättsmedel i händelse av underlåten officialtillämpning. Här behandlas förutsättningarna för domvilloklagan respektive resning. Denna del av kapitlet är strukturerad utifrån utfallet av de extraordinära rättsmedlen för det fall konkurrensenlighet utgör officialfaktum respektive processförutsättning. Vissa skillnader visar sig.

Kapitlen 7–9 rör olika processuella frågor som uppkommer då EG:s konkurrensregler är att behandla som indispositiva i den svenska civilprocessen. I kapitel 10 behandlas några spörsmål som aktualiseras när konkurrensreglerna är att se som dispositiva och alltså ska behandlas i helt dispositiv ordning. Här berörs frågor om intraprocessuell preklusion, materiell processledning samt principen jura novit curia. Vidare diskuteras tämligen kortfattat en forumfråga och risken för motstridiga regleringar av rättslägen.

Vissa frågeställningar – som t.ex. frågan om officialavgörandet bör ges i form av avvisning eller ogillande – behandlas löpande i flera kapitel, men lämnas obesvarade. I det avslutande kapitel 11 ägnas ett

avsnitt åt att sammanfatta och utvärdera de slutsatser som dragits inom ramen för studien, men också åt att underkasta dittills obesvarade frågor ett slutligt ställningstagande.

1.4 Läsanvisningar

Den första avdelningen av denna bok rör främst EG:s konkurrensregler och reglernas civilrättsliga verkningar i Sverige. I den mån det finns läsare som är fullständigt ointresserade av svensk civilprocessrätt, kan dessa koncentrera sig på den första avdelningen och möjligen leta sig fram till de ställen i andra avdelningen där civilrättsliga resonemang fördjupas. På motsvarande sätt kan den som är ointresserad av materiell konkurrensrätt möjligen hoppa över kapitlen 2 och 3, men bör nog läsa kapitel 4 åtminstone översiktligt.

Den läsare som vill läsa översiktligt eller vill studera en speciell fråga kan förskräckas över att vissa kapitel är tämligen omfattande och att det är långt mellan rubrikerna. Men förhoppningsvis kan de relativt grundliga sammanfattningar som avslutar varje kapitel vara till hjälp, liksom det tämligen omfattande sakordsregister som återfinns längst bak i boken.

FÖRSTA AVDELNINGEN AV STUDIEN:

Om EG:s konkurrensregler och deras civilrättsliga verkan i Sverige

Kapitel 2: De konkurrensrättsliga reglerna

2.1 Inledning och avgränsningar

I en av inledningsbestämmelserna till Romfördraget uppställs som en av de övergripande målsättningarna att skapa ett system som garanterar att konkurrensen på den inre marknaden inte snedvrids.[7] Effektiv konkurrens anses generera tillväxt och vara samhällsnyttig.[8] Men dessutom antas EG:s konkurrensrätt medverka till integreringen av medlemsstaternas ekonomiska system, till skydd för småföretag,[9] till teknisk utveckling och till uppnående av andra ekonomiska och sociala mål.[10]

De materiella bestämmelser som reglerar konkurrensrätten i vid mening finns i artiklarna 85, 86, 90, 92 och 93 i Romfördraget. Artiklarna 90, 92 och 93 är adresserade till medlemsstaterna och sätter normer för staternas påverkan på konkurrensen mellan företag. Dessa artiklar ska inte behandlas i den här framställningen. Artiklarna 85 och 86 är riktade till och reglerar ekonomiska och rättsliga förhållanden mellan företag. Det gör också förordning 4064/89 rörande företagskoncentrationer.[11] Den förordningen behandlas dock inte i den här framställningen. Avhandlingen är avgränsad till frågor rörande svenska domstolars tillämpning av artiklarna 85 och 86 i Romfördraget. Om inte annat sägs är det dessa bestämmelser som avses med uttryck som

[7] Artikel 3(g).

[8] Wahl, Konkurrensförhållanden s. 53.

[9] Sådana behöver inte alltid gynnas av att ett optimalt effektivt konkurrenstillstånd råder på en marknad, se Korah, Concept of Dominant Position s. 414.

[10] Se Stelzer, Economic Defences s. 264. Jfr dock Vogelenzang s. 77, som hävdar att EG:s konkurrensregler kommit att tillämpas för att uppnå främst effektiv konkurrens, och att andra ändamål hamnat i bakgrunden.

[11] Förordning 4064/89/EEG om kontroll av företagskoncentrationer, ändrad genom Förordning 1310/97.

"EG:s konkurrensrätt", "konkurrensbestämmelserna i Romfördraget", "de materiella konkurrensreglerna" och liknande.

I detta kapitel beskrivs först de materiella konkurrensbestämmelsernas uppbyggnad och innehåll. Därefter behandlas vissa *tillämpningsregler*. Av dessa är Förordning 17/62 den ojämförligt viktigaste. Andra tillämpningsregler som berörs är övergångsbestämmelserna i Romfördraget. Vidare beskrivs översiktligt det administrativa förfarandet vid EG-kommissionen. Tonvikten är lagd på de frågor som är av betydelse för interaktionen mellan den administrativa processen och nationell (svensk) civilprocess. Avslutningsvis berörs EG-kommissionens möjlighet att utfärda gruppundantagsförordningar.

Det sägs ofta att de materiella reglerna syftar till att skydda konkurrensen och inte konkurrenter och konsumenter.[12] Reglerna är kanske därför främst utformade för att läggas till grund för "administrativa ingripanden" som värnar om marknadsmekanismens funktion.[13] Möjligen kan också frånvaron av privaträttsliga regleringar i tillämpningsföreskrifterna förklaras av att konkurrensreglerna primärt skyddar allmänna och inte individuella intressen. Det hindrar inte att konkurrensreglerna ger innehåll åt rättsförhållanden mellan enskilda och ska tillämpas i nationell civilprocess.[14] Däremot har reglernas primärt offentligrättsliga struktur och ändamål betydelse för innehållet i de privaträttsliga rättigheter reglerna skapar på nationell nivå.[15] Vidare har det administrativa förfarandet vid EG-kommissionen betydelse för den nationella processen i flera avseenden.[16] Därför är det motiverat att ge en översiktlig bild av såväl de materiella reglerna som den administrativa kontext i vilken de "normalt" eller primärt tillämpas.

Kapitlet är längre än önskvärt med tanke på avhandlingens inriktning på svensk processrätt, men samtidigt mycket kort om man betänker vilka frågeställningar som behandlas. Mot bakgrund av det senare är det lätt insett att framställningen är allmän. Många, för att inte säga de flesta, frågor lämnas hängande i luften.

Detta är av flera skäl beklagligt. En noggrannare genomgång av EG-domstolens praxis skulle naturligtvis bättre klargöra det "materi-

[12] Se Temple Lang, Definition of Abuse s. 351.

[13] Vogelenzang s. 77.

[14] Se nedan kapitel 3.

[15] Se nedan kapitel 4.

[16] Se t.ex. nedan i kapitel 3 ang. "villkorad giltighet" hos anmälda gamla avtal; vidare influerar det administrativa förfarandet nationella institut som vilandeförklaring, rättskraftsverkan etc.

ella rättsläget". En fylligare bakgrundsbild skulle kanske också underlätta tolkningen av de svenska processregler som styr tillämpningen av bestämmelserna. Jag har ändå valt att avstå ifrån att göra en grundlig undersökning av de frågor som behandlas här. Det övergripande syftet med framställningen är att beskriva hur den svenska civilprocessen i vissa avseenden påverkas av att den används till skydd för enskilda EG-rättigheter, närmare bestämt sådana rättigheter som emanerar från konkurrensreglerna. I den mån ytterligare utredning av en viss materiellrättslig fråga krävs för att besvara ett civilprocessuellt spörsmål kommer frågan att beröras senare i framställningen i samband med det problem den anknyter till.

De materiella bestämmelserna och förfarandet vid EG-kommissionen har behandlats utförligt i andra sammanhang.[17] Jag anser därför att det är onödigt att försöka tillföra något ytterligare på det materiellrättsliga planet; mina anspråk begränsas till att söka beskriva huvudlinjerna i den EG-rättsliga konkurrensregleringen och jag försöker bortse från de strikt materiellrättsliga frågor, liksom administrativa förfarandefrågor, som saknar betydelse för nationell civilprocess och som inte är nödvändiga för att fullständiggöra bakgrundsbilden av EG:s konkurrensreglering.

2.2 De materiella bestämmelserna

2.2.1 Ändamålen

All konkurrensrättslig reglering har till ändamål att skapa förutsättningar för effektiv konkurrens mellan företag. Till grund för EG:s konkurrensrätt ligger antagandet att effektiv konkurrens mellan företag leder till att konsumenternas önskemål om bästa möjliga varor till lägsta möjliga pris tillfredställs och att dessutom samhällets samlade resurser används på bästa sätt.[18] Med *Ekelöfs* ordval kan man säga att konkurrensregleringar utgår ifrån marknadsekonomin som samhällsekonomisk ideologi.[19] Konkurrensregleringar anses, i varierande

[17] På svenska se främst Wahl, Konkurrensförhållanden, Carlsson m.fl., Dhunér/Hedström, Westin, Wetter m.fl.
[18] Se t.ex. Pathak I s. 75.
[19] Se t.ex. Ekelöf/Boman, Rättegång I s. 53.

mån,[20] motiverade för att korrigera olika ekonomiska defekter som marknaden själv är oförmögen att korrigera.

I artikel 3 i Romfördraget uppställs ett antal delmål som är avsedda att förverkliga det övergripande målet i artikel 2, dvs. upprättandet av en gemensam marknad och en ekonomisk och monetär union. I artikel 3 g) stadgas att det ska upprättas en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids. Allmänt kan man säga att det som avses är att tillskapa en ordning för korrektion av sådana marknadsekonomiska defekter som talades om ovan. Det marknadstillstånd som eftersträvas brukar karaktäriseras som *effektiv konkurrens*. De materiella regler som antas bevara eller realisera detta tillstånd är då bland andra artikel 85 och 86 i Romfördraget.

Om man ska försöka specificera vad som menas med effektiv konkurrens, utan att hänfalla till djuplodande ekonomiska resonemang, är det tillräckligt att ge den allmänna teoretiska bakgrunden.[21] Perfekt konkurrens definieras som ett tillstånd som präglar marknader varpå ett stort antal konkurrenter bjuder ut samma slags vara till försäljning.[22] Marknadspriset på varan kommer att vara detsamma som marginalkostnaden.[23] Företag som inte kan tillhandahålla varor till detta pris är ineffektiva och kommer att slås ut från marknaden.

På monopolistiska marknader däremot är priset högre än marginalkostnaden. Vidare är utbudet av varor mindre än det hade varit i en effektiv konkurrenssituation. Företag kan ta ut övervinster eftersom prissättningen är oavhängig priskonkurrens.[24] Detta innebär att marknader reglerade av monopol genererar få varor till högt pris och att den totala användningen av samhällets resurser är felallokerad – det medför att den ekonomiska tillväxten i samhället inte blir vad den borde vara enligt det marknadsekonomiska grundantagandet. Om alla marknader däremot präglades av perfekt konkurrens skulle samhällets

[20] Ang. olika ekonomiska teorier, t.ex. 'Neo-classical Economics', 'the Harvard School', 'the Chicago School' och 'the New Industrial Economics', som grund för konkurrensreglering, se Burton.

[21] Se t.ex. Burton s. 4 m.hvsn.t. Klein i Matthewson m.fl. 'The Law and Economics of Competition Policy' (1990) ang. begreppet "perfekt konkurrens".

[22] Werin s. 99 använder också uttrycket "fullkomlig konkurrens".

[23] Marginalkostnad, eller gränskostnad, är den extra kostnad som företag får då de ökar produktionen av en vara med en enhet, se Werin s. 315 f. Vinsten är maximerad då marginalkostnaden är lika stor som marginalintäkten, dvs. den extraintäkt som uppkommer till följd av produktionsökningar. I ett tillstånd av perfekt konkurrens antas konkurrerande företags vinster vara maximerade; en ökad produktion kan inte medföra vinst, det finns inte utrymme för höjda priser. Se Werin s. 317 och Kingdon s. 349.

[24] Kingdon s. 349.

resursanvändning vara optimal. Konsumenternas önskemål skulle inte kunna tillgodoses bättre genom något alternativt marknadstillstånd.[25]

Man kan kanske något långsökt säga att EG:s konkurrensregler bygger på en strävan efter perfekt konkurrens på alla ekonomiska marknader. Men det är lätt insett att en sådan strävan är omöjlig att realisera.[26] Verkligheten stämmer alltför dåligt överens med antaganden om att varje marknad skulle kunna rymma ett oräkneligt antal köpare och säljare, vilka är oförmögna att påverka det gällande marknadspriset på något annat sätt än via produktion och utbud. Vidare är det orealistiskt att anta att varorna på respektive marknad är helt homogena och att köparna inte låter sina önskemål påverkas av ovidkommande saker som varumärken och olika företags rykte. Teorin om perfekt konkurrens tar inte heller hänsyn till att kunder och producenter i verkligheten saknar total kännedom om vilka priser olika företag tar ut.[27]

Det är därför mer realistiskt att EG:s konkurrensregler avses förverkliga ett mer imperfekt konkurrenstillstånd. Detta tillstånd kallas *effektiv konkurrens*.[28] Företag ska vara hänvisade till att agera på olika marknader utan regleringar från medlemsstaterna eller från andra företag. Konkurrensbegränsande åtgärder, särskilt sådana som innebär territoriellt skydd och marknadsdelning, hindrar EU:s konsumenter att åtnjuta de bästa *möjliga* produkterna och tjänsterna till lägsta *möjliga* pris.[29] Målet är alltså att uppnå de konkurrenssituationer som är realistiska genom att ingripa mot åtgärder som har försämrat konkurrensstrukturen på en marknad, åtgärder som kan försämra konkurrensen och åtgärder som förhindrat en förbättrad konkurrensstruktur genom att avvärja potentiellt marknadsinträde.

Men effektiv konkurrens på olika marknader inom EU är inte det enda, eller ens det primära, ändamålet bakom konkurrensreglerna.[30]

[25] Pathak I s. 75; Burton s. 5; Kingdon s. 348.

[26] Wahl, Konkurrensförhållanden s. 53.

[27] Burton s. 6.

[28] Metro I (1977), [20] st. 1: "The requirement contained in Articles 3 and 85 of the EEC Treaty that competition shall not be distorted implies the existence on the market of *workable competition*, that is to say the degree of competition necessary to ensure the observance of the basic requirements and the attainment of the objectives of the Treaty, in particular the creation of a single market achieving conditions similar to those of a domestic market". (Min kursiv.)

[29] Temple Lang, Competition Policies s. 20.

[30] Se t.ex. Wahl, Konkurrensförhållanden s. 55 och s. 60. Observera också att effektiv konkurrens inrymmer andra ändamål än priskonkurrens, se t.ex. Metro I (1977) [19] och [21] ang. selektiv distribution.

KAPITEL 2

Det hävdas faktiskt att *integrationsmålet* är överordnat strävan efter effektiv konkurrens, eftersom det förra också är det övergripande målet för samarbetet inom ramen för EG och EU.[31] Det primära ändamålet bakom artiklarna 85 och 86 skulle alltså vara att eliminera enskilt handlande som stör marknadsintegrationen.[32]

Vidare framgår av EG-kommissionens första rapport om konkurrenspolitiken att politiken är avsedd att gynna ärlig affärsverksamhet och att den också är den bästa vägen till ett enat Europa.[33] Dessutom modereras strävan mot effektiv konkurrens inom EG-rätten[34] av hänsynstaganden av social art och av hänsyn till skälighet.[35] Till exempel faller visst "oskäligt utnyttjande" av dominerande ställning under artikel 86 trots att det inte har någon påverkan på marknadsstrukturen överhuvudtaget.[36]

Sammanfattningsvis kan man alltså säga att konkurrensreglerna avses realisera tre övergripande målsättningar. En är rent *ekonomisk*: att främja en effektiv konkurrens till fromma för konsumenter och samhällsekonomin. En andra är *politisk*: att integrera de olika medlemsstaternas ekonomier till en gemensam marknad för att knyta staterna samman.[37] Den tredje är snarast *skälighetsmotiverad*, vilket inkluderar *sociala hänsyn*: dels ska alla beredas möjlighet att på anständiga villkor delta i den kommersiella handeln på den gemensamma marknaden, dels är vissa slag av åtgärder immuna mot konkurrensrättslig reglering om åtgärderna tillgodoser olika slag av skyddsvärda intressen.[38]

[31] Se t.ex. Hawk, Lessons for the EEC s. 54 och Gerber, s. 102. Ang. förhållandet mellan integration och ekonomisk effektivitet, särskilt avseende frågan om nationella eller EG-rättsliga konkurrensregler bör tillämpas, se Wahl, Konkurrensförhållanden s. 56 f.

[32] Kingdon s. 376; Hawk, Lessons for the EEC s. 54.

[33] Se EG-kommissionen, First Report on Competition Policy (1971).

[34] Här finns en skillnad i förhållande till den amerikanska konkurrensrätten, se Bodoff s. 56 f.

[35] Se t.ex. Hawk, Contrast and Convergence s. 46, och Wahl, Konkurrensförhållanden s. 60 f.

[36] Se också Wahl, Konkurrensförhållanden s. 61 ang. vissa gruppundantagsförordningar.

[37] Se t.ex. Kingdon s. 376; Bodoff s. 55; Stelzer, Economic Defences s. 301.

[38] Se Bodoff s. 56 samt Wahl, Konkurrensförhållanden s. 61.

2.2.2 Bestämmelserna och deras struktur

Artikel 85 har följande lydelse:[39]

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

a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,

b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,

c) marknader eller inköpskällor delas upp,

d) olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,

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

(2) Avtal eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga

(3) Bestämmelserna i punkt 1 får dock förklaras icke tillämpliga på

- avtal eller grupper av avtal mellan företag,
- beslut eller grupper av beslut av företagssammanslutningar,
- samordnade förfaranden eller grupper av samordnade förfaranden,

som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som producenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte

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

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

Bestämmelsen består av tre stycken. I det första anges vilka rekvisit som måste uppfyllas för att någonting ska anses som en förbjuden konkurrensbegränsning. Andra stycket föreskriver att överenskommelser som är förbjudna ska anses ogiltiga. Tredje stycket anger förut-

[39] Svensk text från SFS 1994:1501, Tillkännagivande av fördrag och andra instrument med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

sättningarna för att en överenskommelse som är förbjuden enligt första stycket ska kunna undantas.

Artikel 86 innehåller följande regel:

> Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet.
>
> Sådant missbruk kan särskilt bestå i att
>
> a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäliga inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäliga affärsvillkor,
>
> b) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
>
> c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
>
> d) ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

Till skillnad från artikel 85 ställer artikel 86 upp ett undantagslöst förbud mot missbruk av dominerande ställning. Bestämmelsen innehåller, om man använder straffrättslig terminologi, ett handlingsdelikt: det är företagens beteende som artikeln i första hand rör, inte effekterna av sådant beteende. Till skillnad från artikel 85 saknar bestämmelsen förutsättningen att "konkurrensen begränsas" genom företagens beteende, låt vara att handeln mellan medlemsstaterna måste påverkas. Vidare saknar bestämmelsen helt föreskrifter om rättsföljder.

2.2.3 Artikel 85(1)

Första stycket av artikeln innehåller tre kumulerade rekvisit som måste täckas för att bestämmelsen ska vara tillämplig på konkreta överenskommelser mellan enskilda företag. För det första ska något slag av *samarbete* ha företagits. För det andra ska detta samarbete ha *hämmat*,[40] eller haft till syfte att hämma, konkurrensen på den gemensamma marknaden. För det tredje ska en sådan konkurrensbegrän-

[40] Detta används i det följande som en samlande beteckning för hindra, begränsa och snedvrida.

sande överenskommelse kunnat påverka[41] *handeln mellan medlemsstaterna*. Före genomgången av rekvisiten bör påpekas att den uppräkning av "särskilt" konkurrensbegränsande förfaranden som återfinns i första stycket inte är uttömmande.[42]

Samarbete mellan företag behöver inte vara rättsligt bindande för att falla under förbudsbestämmelsen. Förutom avtal nämns beslut av företagssammanslutningar och samordnat förfarande. Dessa tre slag av samarbete överlappar varandra. Som konkurrensbegränsande beslut av företagssammanslutningar räknas i princip allt som speglar en önskan att samordna medlemmarnas beteende på marknaden.[43] Överenskommelser som verkställs inom ramen för en sådan sammanslutning kan ses antingen som beslut av sammanslutningen eller som en överenskommelse mellan medlemmarna.[44]

Samordnat förfarande täcker de flesta slag av samarbete som inte är att beteckna som avtal eller beslut av företagssammanslutningar. Det blotta faktum att två eller flera företag uppför sig på ett likartat sätt på marknaden (*parallel conduct*) ska inte i sig anses utgöra samordnat förfarande.[45] Det måste föreligga någon slags direkt eller indirekt kontakt mellan företagen[46] genom vilken de påverkar varandras beteende eller åtminstone röjer sina egna marknadsavsikter.[47]

Som företag räknas varje *enhet* som ägnar sig åt *ekonomisk verksamhet*, vilket inkluderar t.ex. arbetsförmedling.[48] Allmänna organ som bedriver ekonomisk verksamhet kan t.ex. ses som företag enligt bestämmelsen.[49] Själva syftet med artikel 85 är att varje ekonomisk aktör oberoende av andra ska kunna välja handlingskurs på den gemensamma marknaden. Men företag måste vara kapabla att självständigt bestämma sitt marknadsuppträdande också för att kunna

[41] Observera att samarbetet inte nödvändigtvis måste ha påverkat konkurrensen. Se nedan t.ex. vid not 82.

[42] Se t.ex. Weatherill/Beaumont s. 663.

[43] Se IAZ-fallet (1983), [19-24].

[44] BNIC v. Claire (1985), [19-20].

[45] Hoffman-La Roche (1979), [39]; jfr också Suiker Unie (1975) samt ICI-fallet (1972), [118-119] och se Gijlstra/Murphy s. 58 f. och jfr Schödermaier s. 29 ff.

[46] Se ICI (1972), [118]. Se också Wahl, Konkurrensförhållanden s. 129 f.

[47] Se Gijlstra/Murphy s. 59, vilka också påpekar att frågan om vad som konstituerar samordnat förfarande bör skiljas från vad som är tillräcklig bevisning för samordnat förfarande, se s. 58 ff. Jfr också CRAM & Rheinzink (1984), [14].

[48] Se Höfner & Elser (1991), [21-23].

[49] Höfner & Elser (1991), [23], jfr [24] ang. fall när allmänna organ fullgör uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse.

företa konkurrensbegränsningar. Artikel 85 täcker endast sådant konkurrensbegränsande samarbete som ett företag vid utnyttjande av sin handlingsfrihet *väljer* att gå in i.[50]

Dotter- och moderföretag kan inte ingå konkurrensbegränsande överenskommelser med varandra för det fall dotterföretaget i utgångsläget inte kunnat bestämma sitt marknadsuppträdande självständigt i förhållande till moderbolaget. Ensidiga konkurrensbegränsningar är inte förbjudna enligt artikel 85.[51] Om vidare ett dotterföretag av moderföretag beordras att ingå en konkurrensbegränsande överenskommelse med ett företag utanför koncernen, anses dotter- och moderföretagen utgöra ena sidan i den konkurrensbegränsande överenskommelsen.[52]

Detta innebär inte att dotterbolag *inte* kan ingå konkurrensbegränsande överenskommelser med moderbolaget. Det innebär inte heller att dotterbolag *inte* kan ingå överenskommelser med företag utanför koncernen, utan att moderbolaget anses ansvarigt. Återigen: det avgörande är om dotterföretaget självständigt kan bestämma sitt marknadsuppträdande. Sådana självständighetsbedömningar ska göras praktiskt/ekonomiskt och oberoende av nationella juridiska kriterier för t.ex. rättssubjektivitet.[53] Det innebär å ena sidan att moderbolag kan komma att tillskrivas ansvar för handlande som företagits av dotterbolag. Å andra sidan innebär det att koncerninterna överenskommelser ses som ensidigt handlande och faller utanför artikel 85:s tillämpningsområde.[54]

Det andra grundrekvisitet innehåller ett krav på att samarbetet ska ha hämmat konkurrensen på den gemensamma marknaden. Detta är i praktiken det mest svårtillämpade av rekvisiten. Delvis beror detta på konceptuella svårigheter: varje typ av bindning innebär ju ett slags frivillig begränsning av den egna framtida handlingsfriheten och är mer

[50] Se Centrafarm v. Sterling (1974), [41] och Bodson (1988), [18]. Därför faller konkurrensbegränsningar som företas som en direkt följd av nationell lagstiftning (dvs. i sådana situationer där det inte finns utrymme för företaget att inte bryta mot konkurrensreglerna) utanför artikel 85. Jfr NSO (1985), [26] och [30] samt Stichting Sigarettenindustrie m.fl. (1985), [36] och [40]. Medlemsstaterna kan bryta mot artiklarna 85 och 86 då dessa läses samman med artiklarna 3 g) och 5 i Romfördraget. Frågan om den nationella lagstiftarens ansvar enligt den mämnda grunden behandlas inte i den här framställningen. Se dock vidare t.ex. Fenger/Broberg, Bøegh Henriksen, Bach och Bacon.

[51] Se t.ex. Viho v. EG-kommissionen (1996), [48] samt [52].

[52] Hydrotherm (1985), [11]. Jfr Lenz (AG) s. 232 f.

[53] Se Viho v. EG-kommissionen (1996), [50]. Jfr vidare t.ex. Lenz (AG) i Hydrotherm-fallet s. 232 f. och Bodson (1988), [19].

[54] Assant s. 69, påpekar att detta kriterium är luddigt och antagligen tillämpas olika i olika medlemsstater. Se dock Sundell, Ekonomisk enhet s. 138 f.

eller mindre potentiellt konkurrensbegränsande. Delvis är rekvisitets problematik hänförlig till att EG-domstolens praxis framstår som motsägelsefull och oklar.[55] Det senare beror i sin tur antagligen på att artikel 85 ska tillgodose tre skilda ändamål: ekonomisk effektivitet, sociala behov och integration.[56] I det följande ges endast en översiktsbild av rekvisitet.

I praxis har utvecklats en minimiregel. En överenskommelse måste ha *märkbar effekt* på konkurrensen för att kunna falla under artikel 85.[57] För att bestämma om en viss överenskommelse varit märkbart konkurrensbegränsande måste man ta *den relevanta marknaden* till utgångspunkt. Den relevanta *produktmarknaden* är antalet produkter[58] som av konsumenterna anses utbytbara mot dem som den aktuella överenskommelsen gäller.[59] Den relevanta *geografiska* marknaden är det område inom gemenskapen som överenskommelsen påverkar, dvs. det område varpå de aktuella produkterna kan utbytas mot andra. Observera dock att den geografiska marknaden kan begränsas av höga transportkostnader eller andra hinder mot att förflytta de relevanta produkterna.[60] Lägger man samman den geografiska marknaden och produktmarknaden får man den relevanta marknaden.

I Tillkännagivande 97/C372/03 om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning anbefaller EG-kommissionen användandet av det s.k. SSNIP-testet vid bestämmande av relevant marknad. Detta test innebär att den relevanta marknaden består av den minsta samling produkter som en hypotetisk etablerad monopolist skulle anse som *möjlig* och *vinstgivande* att utsätta för en "liten[61] men märkbar och ej övergående prisökning".

[55] Bellamy & Child, 2-056.

[56] Hawk, Lessons for the EEC s. 58. Se också ovan 2.2.1.

[57] Se Völk v. Vervaecke (1969). Jfr även Hoffman-La Roche (1979), [122-123]. Se också kommissionens underrättelse om överenskommelser av mindre betydelse, 86/C231/02 samt 94/C368/06.

[58] Minimiregeln är tillämplig också på tjänsteföretag, se kommissionens underrättelse 86/C231/02, [7], samt jfr Greenwich Film Production (1979), [11].

[59] Se Continental Can (1973), [32]; L'Oréal (1980), [25]. Gyselen/Kyriazis s. 140 f., framhåller att man också bör beakta utbytbarhet på tillgångssidan vid bestämmandet av den relevanta marknaden. Det kan t.ex. ha betydelse om det förekommer hinder mot att ändra produktion för att möta en förändring av efterfrågan.

[60] Kommissionens underrättelse om överenskommelser av mindre betydelse 86/C231/02, [14].

[61] Enligt tillgännagivandet [17] ska prisökningen vara mellan 5 och 10 %.

Antagligen är det främst de inblandade företagens sammanlagda marknadsandelar samt deras sammanlagda storlek som har betydelse för om en konkurrensbegränsning ska anses märkbar.[62] Enligt kommissionen har inte en överenskommelse märkbar effekt så länge företagen tillsammans har en andel om högst 5 procent av den relevanta marknaden och företagens samlade årsomsättning understiger 300 miljoner ecu.[63]

I ett nytt meddelande om avtal av mindre betydelse (december 1997) har EG-kommissionen ändrat ståndpunkt.[64] Nu upprätthåller inte längre EG-kommissionen en fixerad demarkationslinje med de inblandade företagens samlade årsomsättning som kriterium. Det borde innebära att överenskommelser mellan företag med större gemensam årsomsättning än 300 miljoner ecu kan anses vara av mindre betydelse och falla utanför artikel 85(1):s tillämpningsområde. Samtidigt borde också avtal mellan företag med lägre sammanlagd årsomsättning än 300 miljoner ecu kunna bli föremål för artikel 85, låt vara att ett avtal mellan små och/eller medelstora företag går fria under förutsättning att de inte avsevärt hindrar konkurrensen inom en väsentlig del av den relevanta marknaden och att de inte ingår i parallella nät av likartade avtal.[65, 66] De relevanta kriterierna är istället om de inblandade företagens marknadsandelar överstiger 5 % på någon av de aktuella relevanta marknaderna vad gäller *horisontella* avtal eller 10 % vad gäller *vertikala* avtal.[67]

Efter att ha konstaterat att en överenskommelse har kapacitet att märkbart påverka konkurrensen blir det fråga om att bestämma överenskommelsens faktiska eller åsyftade påverkan. Vissa typer av överenskommelser anses dock konkurrensbegränsande till sin natur.[68] Det finns inga fastlagda kriterier för vilka överenskommelser som är

[62] Se Bellamy & Child, 2-105; Wahl, Konkurrensförhållanden s. 139.

[63] Se kommissionens tillkännagivande om överenskommelser av mindre betydelse 86/C231/02 och 94/C368/06, [7]. Jfr också NSO-fallet (1985), [47-49].

[64] Se meddelande om avtal av mindre betydelse som inte omfattas av artikel 85.1 i Fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen, 97/C373/04.

[65] Se meddelandet [19-20]. Små och medelstora företag är, enligt definitionen i annexet till EG-kommissionens Recommendation concerning the definition of small and medium-sized enterprises 96/280/EC, företag med färre än 250 anställda och antingen lägre årsomsättning än 40 miljoner ecu eller en "annual balance-sheet not exceeding" 27 miljoner ecu, samt uppfyller vissa självständighetskriterier.

[66] Ang. visserligen små, men många och parallella, avtal, se Delimitis (1991) samt Almelo (1994).

[67] Se meddelandet [9].

[68] Se Consten & Grundig (1966), s. 343; Windsurfing (1986), [89-94].

naturligt konkurrensbegränsande. Antagligen bör man väga in om överenskommelsen motverkar fundamentala marknadsintegreringsmål.[69] Vidare har EG-domstolen funnit att följande typer av överenskommelser har naturligt konkurrensbegränsande syfte: horisontala prisfixeringsöverenskommelser,[70] marknadsdelningsöverenskommelser,[71] vertikala överenskommelser med exportförbudsvillkor,[72] samt vertikala överenskommelser som begränsar återförsäljares rätt till vidareförsäljning.[73]

När det är fråga om att avgöra om en överenskommelse påverkat konkurrensen bör det betänkas att mallen för bedömningen är det ideala konkurrenstillstånd som avses råda då varor och tjänster fritt flödar över gränserna i gemenskapen.[74] Överenskommelsens påverkan behöver alltså inte avse den faktiska konkurrenssituation som skulle ha rått överenskommelsen förutan.[75] Man bedömer dels vilken faktisk förändring av konkurrenssituationen som överenskommelsen orsakat, dels på vilket sätt potentiell konkurrens påverkats.[76]

Överenskommelser som inte är konkurrensbegränsande av naturen måste studeras i sitt ekonomiska och rättsliga sammanhang.[77] Faktorer av betydelse för att avgöra om de är konkurrensbegränsande är tillgången på de relevanta produkterna, avtalsparternas ställning och storlek,[78] huruvida överenskommelsen är en engångsföreteelse eller en i en rad,[79] konkurrenternas antal och storlek, konsumenternas "märkestrohet",[80] förekomsten av immaterialrättigheter och nationell lagstiftning.[81]

[69] Se Bellamy & Child, 2.-071.
[70] BNIC v. Claire (1985), [28-30].
[71] ACF Chemiefarme (1970), [128].
[72] Consten & Grundig (1966), s. 340 och s. 343; BMW (1979), [28-33]; Dunlop-Slazenger (T-1994), [52]; Herlitz (T-1994), [29]; Miller (1978), [7].
[73] Hasselblad (1984), [46].
[74] Jfr t.ex. Lagrange (AG) i Bosch (1962) s. 15, som framhåller att konkurrensreglerna är ett medel för att nå en ideal konkurrenssituation. Konkurrensstridighetsbedömningen tar därför inte till utgångspunkt det faktiska marknadsläge som skulle ha rått det bedömda beteendet förutan, utan om den framtida utvecklingen kan ha motverkats eller försvårats.
[75] Consten & Grundig (1966), s. 341 f.; Lancôme (1980), [24].
[76] Maschinenbau Ulm (1966), s. 249 f.; L'Oréal (1980), [18].
[77] Maschinenbau Ulm (1966), s. 249 f.; jfr Nungesser (1982), [44] och det följande.
[78] Kerse 1.10.
[79] Brasserie de Haecht I (1967), s. 415; jfr Concordia (1977), [31].
[80] Delimitis (1991), [22].
[81] Bellamy & Child, 2-104.

"Resultat" och "syfte" är alternativa rekvisit.[82] Det är jämförelsevis enkelt att fastställa att en överenskommelse haft ett konkurrensbegränsande syfte.[83] Även om det krävs marknadsanalyser också för detta är det mycket svårare att påvisa en faktisk påverkan på marknaden.[84]

Det är tveksamt om varje slag av påverkan med märkbara effekter på marknaden strider emot artikel 85(1). EG-kommissionens tillämpning av artikel 85(1) har, åtminstone fram till det senaste decenniet, varit extensiv.[85] Delvis kan detta förklaras med att EG-kommissionen sökt kontroll över artikel 85:s utveckling.[86] Om ett avtal formellt sett är förbjudet enligt artikel 85(1) måste det anmälas till EG-kommissionen för att genom undantagsbeslut bli tillåtligt enligt artikel 85(3). Och EG-kommissionen har i princip exklusiv kompetens att tillämpa artikel 85(3).[87] En konsekvens av den strikta synen på artikel 85(1) är att många avtal med ringa konkurrensbegränsande verkan är förbjudna enligt 85(1).[88]

EG-domstolens praxis ger dock vid handen att avtal som innehåller *ancillary restraints* inte behöver strida mot artikel 85(1);[89] konkurrens-

[82] Se t.ex. BNIC v. Clair (1985), [22]. "Överenskommelsens syfte" ska utrönas genom en objektiv bedömning, utan hänsyn till parternas (subjektiva) avsikter med överenskommelsen. Se CRAM v. Rheinzink (1984), [25-26]. Det bör vidare påpekas att en överenskommelse jämte att begränsa konkurrensen kan ha andra objektiva syften som är legitima. Detta hindrar inte att artikel 85 är tillämplig, se IAZ-fallet (1983), [25].

[83] Bellamy & Child s. 93 not 97, noterar dock att det verkar som om EG-domstolen går enbart på "syftesrekvisitet" endast om det rör sig om en uppenbar konkurrensbegränsning. Se t.ex. Remia (1985) ang. konkurrensklausuler, vilka ju knappast kan sägas ha andra syften än att begränsa konkurrensen. Ändå fann EG-domstolen det nödvändigt att bedöma klausulens verkan mot bakgrund av konkurrenssituationen på marknaden, se [17-18].

[84] EG-kommissionens ekonomiska resonemang har utsatts för tämligen hård kritik av främst Korah, se s. 301 ff.; Se också t.ex. Uitermark s. 12 f.

[85] Se t.ex. Green, Article 85 s. 200 f.; Korah, 14.1.2; Bellamy & Child, 2-092; Kerse, 1.10.

[86] Forester/Norall s. 12 f.; Hawk, Contrast and Convergence s. 49.

[87] Se Korah, 14.1.2; Bellamy & Child, 2-092. Observera att detta har stor betydelse för nationella domstolars tillämpning av konkurrensreglerna. Nationella domstolar saknar behörighet att tillämpa artikel 85(3) men är förpliktade att tillämpa artikel 85(1). Om EG-kommissionens traditionella tolkning av konkurrensbegränsningsrekvisitet upprätthålls uppkommer två konsekvenser. Artikel 85(1) blir förhållandevis lättillämpad för nationella domstolar. Men samtidigt kommer en mängd avtal, som vore tillåtna enligt artikel 85(3) att hållas för förbjudna i nationell process. Se också nedan 3.4.

[88] Hawk, Lessons for the EEC s. 70.

[89] Ett typexempel på detta är Remia (1985). Fallet rörde en konkurrensklausul. EG-domstolen fann att klausulen i fallet var nödvändig för att möjliggöra företagsöverlåtelse, vilket i långa loppet ansågs önskvärt mot bakgrund av att fler aktörer kunde inträda på marknaden, [19-20].

begränsningar som är nödvändiga för att uppnå ett *pro-competitive goal* faller inte nödvändigtvis under artikel 85(1).[90] Vidare har EG-domstolen funnit att frivilliga begränsningar av marknadsuppträdandet är tillåtna om de bidrar till en bättre distribution av högteknologi- och högkvalitetsprodukter,[91] liksom begränsningar för utveckling av ny teknologi och nya tekniker.[92] Generellt sägs det därför att samarbete som formellt är konkurrensbegränsande inte strider mot artikel 85(1) om det är nödvändigt för att uppnå en bättre konkurrenssituation på marknaden eller för att uppnå objektivt sett samhällsnyttiga mål.[93] EG-domstolens tillämpning av 85(1) skiljer sig från EG-kommissionens, vilket föranleder att rättsläget är inkonsistent i vissa avseenden.[94]

Det sista rekvisitet i artikel 85(1) är att den konkurrensbegränsande överenskommelsen ska ha påverkat handeln mellan medlemsstaterna. Detta kan förstås som ett jurisdiktions- eller ett behörighetskriterium:[95] alla konkurrensbegränsande överenskommelser som har återverkningar på ett EG-rättsligt plan ska regleras av EG-rätten.[96] Det som avgör ifall en överenskommelse har sådana återverkningar är om det är "möjligt att förutse med en tillräcklig grad av sannolikhet ... att den kan påverka, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, handelsmönstret mellan medlemsstater, vilket kan motverka uppnåendet av en enda marknad i alla medlemsstater".[97]

Det är inte nödvändigt att fastställa att en överenskommelse faktiskt

[90] Green, Article 85 s. 196.

[91] Se t.ex. Metro II (1986), [45] och Pronuptia (1986), [27].

[92] Nungesser (1982), [56-58] samt Erauw-Jacquery (1988), [10-11].

[93] Wahl, Konkurrensförhållanden s. 136, ansluter till Whish' kategorisering av tillåtna begränsningar: Begränsningar nödvändiga för en särskild kategori av avtal, avtal där den kommersiella risken kräver vissa begränsningar, och begränsningar rörande selektiv distribution (sui generis).

[94] Hawk, Lessons for the EEC s. 70.

[95] Termen jurisdiktion i betydelsen legislativ, eller normgivande, behörighet, ska inte sammanblandas med behörighet eller jurisdiktion att tillämpa konkurrensreglerna, en fråga som är av större betydelse i denna avhandling och behandlas nedan. Samhandelskriteriet avgör vilka överenskommelser som faller utanför 85(1), dels sådana som ska handhas av nationella myndigheter enligt nationella regler (se Consten & Grundig (1966) och Commercial Solvents (1974)), dels sådana som berör handeln på andra territoriella marknader än den europeiska gemenskapen (se Bulk Oil (1986), [42-45]), se Hugin (1979), [13]. Här bör vidare påpekas att den ekonomiska enhetens princip (se ovan vid not 49 och det följande) också fungerar som ett slags praktiskt behörighetskriterium, se t.ex. J.Karlsson, Extraterritoriell tillämpning av konkurrenslagen s. 1022 f., samt nedan not 129.

[96] Bellamy & Child, 2-126.

[97] Se t.ex. Remia (1985), [22].

påverkat samhandeln. Det är tillräckligt att den *kan* ha sådan verkan. Det räcker inte med en fri uppskattning av påverkan på samhandeln; det måste visas med "sufficient degree of probability" på vilket sätt samhandeln (potentiellt) påverkats.[98]

Det är vidare irrelevant ifall en överenskommelses påverkan består i att den ökar samhandeln.[99] Kriteriet täcks ofta trots att överenskommelser rör marknader i en enda medlemsstat eller ingås av parter i en medlemsstat. Sådana överenskommelser har antagits begränsa potentiell import från andra medlemsstater eller potentiell etablering av företag från andra medlemsstater.[100] Också överenskommelser som endast rört export från ett företag inom EG till icke-medlemsstat, har ansetts påverka samhandeln. Dylika överenskommelser kan ha återverkningar på konkurrensstrukturen inom den gemensamma marknaden.[101]

Det kan tilläggas att också handeln mellan medlemsstaterna måste påverkas *märkbart*.[102]

2.2.4 Artikel 85(3)

Även om en överenskommelse uppfyller rekvisiten i artikel 85(1) och alltså är att betrakta som en konkurrensbegränsning, kan den undantas från förbud. I artikel 85(3) anges förutsättningarna för undantag. Det är fyra villkor, två positiva och två negativa, som måste uppfyllas.

För det första måste överenskommelsen bidra till produktions- eller distributionsförbättringar[103] eller bidra till teknisk och/eller ekonomisk utveckling. Produktions- eller distributionsförbättringar måste uppvisa objektiva fördelar som överväger den negativa påverkan på konkurrensen.[104] Det kan påpekas att kommissionen i viss mån förskjutit

[98] Remia (1985), [22]. Se också t.ex. Hugin (1979), [18-26].

[99] Korah, 2.2.1; Bellamy & Child, 2-129. Romfördraget uppställer inte ökad samhandel som ett självändamål, utan syftar till att etablera ett system av ohämmad konkurrens, se kommissionsbeslut 85/76 Milchförderungsfonds (1985), [31].

[100] Cementhandelaren (1972), [28-39]; Belasco (1989), [33-38].

[101] Commercial Solvents (1974), [32-35]. Fallet gällde samma rekvisit i artikel 86.

[102] Béguelin (1971), [16]. I tyska nationella processer har detta rekvisit varit svårast att bevisa och generellt utgjort en stötesten för framgångsrik enskild talan, se Roth s. 171 f.

[103] Det är möjligt att detta gäller också för tjänsteöverenskommelser, se Wahl, Konkurrensförhållanden s. 174 samt ANCIDES (1987). Jfr dock Korah s. 68.

[104] Consten & Grundig (1966), s. 348; se också Wahl, Konkurrensförhållanden s. 175. Detta har karaktäriserats som ett femte villkor, se Kerse 1.13 not 7.

tyngdpunkten från produktionsförbättringar till teknisk och ekonomisk utveckling när det gäller att bevilja undantag.[105]

För det andra måste en konkurrensbegränsande överenskommelse bereda konsumenterna en skälig del av vinsten. Med konsument avses i sammanhanget snarast "slutanvändare". Vad gäller t.ex. bussar ska transportföretag och inte passagerare eller turister ses som "konsumenter".[106] Det företas inga noggranna beräkningar av utfallet av specifika överenskommelser. Konsumenterna antas få en skälig andel av vinsten av en konkurrensbegränsande överenskommelse för det fall det fortfarande råder konkurrens på den relevanta marknaden[107] eller om överenskommelsen leder till nyetablering och ökade valmöjligheter på en viss marknad.[108] EG-kommissionen har kritiserats för att inte ta detta villkor på allvar.[109]

För det tredje får inte konkurrensbegränsningen vara mer långtgående än vad som är nödvändigt för att uppfylla de två positiva kriterierna. Om det t.ex. är tillräckligt att två konkurrenter samarbetar genom licensavtal för att utveckla en produkt som inte funnits tidigare, är det inte rättfärdigat att företagen binder sig i ett tätare samarbete inom ramen för ett joint venture. Och för det fjärde kan aldrig ett konkurrensbegränsande samarbete tillåtas om det öppnar en möjlighet att eliminera konkurrensen avseende en väsentlig mängd av produkterna ifråga.[110] Vid tillämpningen av detta villkor måste alltså bedömas den relevanta marknaden och de inblandade företagens möjligheter att enligt överenskommelsen konkurrera med andra och varandra.

Det sägs ofta att dessa fyra villkor är kumulativa, dvs. att vart och ett av dem måste vara uppfyllt för att en överenskommelse ska kunna undantas.[111] Därför är det av intresse att också överenskommelser som faller utanför kriterierna i 85(3) kan undantas. I inledningen till bestämmelsen stadgas att artikel 85(1) *kan* förklaras icke tillämplig enligt de uppställda villkoren.[112] Det framgår också av EG-domstolens praxis att EG-kommissionen kan bevilja undantag för överens-

[105] Se Korah. 3.1.

[106] Se t.ex. Evans s. 428 f.

[107] Metro II (1986). Detta är f.ö. ett ytterligare villkor, se nedan vid not 110. Se också Evans s. 428.

[108] Korah s. 3.1.

[109] Se Evans s. 436.

[110] Detta rekvisit förefaller delvis hänga ihop med kravet på att konsumenterna ska tillförsäkras en skälig andel av vinsten.

[111] Se t.ex. Wahl, Konkurrensförhållanden s. 174.

[112] Se ovan 2.2.2.

kommelser som bidrar till andra goda ändamål än de uppräknade, under förutsättning att konkurrensen inte elimineras för en väsentlig del av de aktuella produkterna.[113]

2.2.5 Artikel 86

Artikeln föreskriver att missbruk av dominerande ställning, av ett eller flera företag, är förbjudet. Artikeln täcker i motsats till artikel 85 ensidigt handlande av företag. För att bedöma om bestämmelsen ifråga är tillämplig måste det avgöras 1) om det föreligger en dominerande ställning på en väsentlig del av den gemensamma marknaden, 2) om denna ställning missbrukats[114] och 3) om missbruket påverkat handeln mellan medlemsstaterna.

Ett företag innehar dominerande ställning om det har ekonomisk styrka nog att hindra den effektiva konkurrensen på den relevanta marknaden. Dess ställning ska tillåta företaget att i märkbar omfattning uppträda oberoende av sina konkurrenter, kunder och i slutändan oberoende av konsumenterna.[115] Dominerande ställning kan också karaktäriseras av en förmåga att utesluta existerande konkurrens eller förhindra marknadstillträde.[116] Vidare har ett företag en dominerande ställning om det är en "oundviklig handelspart på en viss marknad".[117]

För att avgöra om ett företag intar en dominerande ställning måste först den relevanta marknaden bestämmas. Detta har berörts ovan.[118] För att bedöma om ett företag är dominerande på den relevanta mark-

[113] Metro I (1977): "... the establishment of supply forecasts for a reasonable period constitutes a stabilizing factor with regard to the provision of employment which, since it improves the general conditions of production, especially when market conditions are unfavourable, comes within the framework of the objectives to which reference may be had pursuant to Article 85(3)".

[114] Vogelenzang s. 66, påpekar att det också måste föreligga ett kausalsamband mellan missbruk och dominerande ställning för att det företagna beteendet ska falla under artikel 86. Jfr dock Wahl, Konkurrensförhållanden s. 214.

[115] Se t.ex. United Brands (1978), [65]; Hoffman-La Roche (1979) [38-39]; Michelin (1983), [30].

[116] Jfr Hoffman-La Roche (1979), [39] st. 1.

[117] Hoffman-La Roche (1979), [41]. Jfr Gyselen/Kyriazis s. 134, vilka framhåller att EG-domstolens bestämning av dominansrekvistet gör det svårt att särhålla det från missbruksrekvisitet. Wahl, Konkurrensförhållanden s. 212, påpekar vidare att det finns en risk för cirkelresonemang om man använder företagets möjlighet att uppträda oberoende av konkurrens som kriterium på dominans.

[118] Se ovan 2.2.3.

naden är företagets marknadsandel den viktigaste bedömningsfaktorn,[119] men också andra faktorer är av betydelse.[120] Det är relevant under hur lång tid ett företag haft en stor marknadsandel.[121] Också möjligheten av potentiell konkurrens kan påverka bedömningen,[122] t.ex. kan en marknad belastas av stora hinder för marknadsinträde på grund av know how, höga kapitalkostnader,[123] och/eller copyright.[124]

Vid bedömningen av väsentlighetsrekvisitet, dvs. om det dominerande företagets ställning omfattar en väsentlig del av den gemensamma marknaden, är det fråga om att avgöra företagens ekonomiska inflytande, inte kvadratmeteryta.[125] En medlemsstat som Holland och kanske t.o.m. Luxemburg kan anses som en väsentlig del av den gemensamma marknaden.[126]

Redan av fördragsbestämmelsen framgår att fler än ett företag kan missbruka dominerande ställning. Numera är det också fastslaget att flera företag kollektivt kan *inneha* dominerande ställning.[127] Det bör påpekas att den ekonomiska enhetens princip[128] är högst relevant vid bestämmandet av dominerande ställning. I de fall ett moderföretag kan antas känna till eller på något sätt tagit del i dotterföretagets missbrukande aktiviteter, tillräknas de moderbolaget och företagens sammanlagda marknadsandelar läggs till grund för dominansbedömningen.[129]

Att inneha en dominerande ställning är inte i sig förbjudet.[130] Om ett företag genom "normalt" marknadsuppträdande erövrar monopolställning på en marknad föreligger inget brott mot artikel 86. Däremot

[119] Korah, Concept of Dominant Position s. 413.

[120] Se t.ex. Wahl, Konkurrensförhållanden s. 212. Det är inte nödvändigtvis så att var och en av dessa faktorer behöver implicera dominans, se Hoffman-La Roche (1979) [39]. Ang. problemet att bedöma företags marknadsandelar och styrka på marknader präglade av dynamisk konkurrens, se Bishop/Caffarra.

[121] Gyselen/Kyriazis s. 135.

[122] A.s., samt Korah, Concept of Dominant Position s. 414.

[123] Korah, Concept of Dominant Position s. 413.

[124] Se Farr ang. Hilti-fallet (T-1992), s. 176.

[125] Se Suiker Unie (1975).

[126] Weatherill/Beaumont s. 735 not 85. Ang. väsentlighetsrekvisitet se Almelo (1994), [41] och det följande.

[127] Dafra-Lines A/S (T-1994), [60]; Almelo (1994), [42].

[128] Se ovan vid not 48.

[129] Se Bodson (1988), [20] samt Bellamy & Child, 9-036. Se också Sundell, Ekonomisk enhet s. 138. Den ekonomiska enhetens princip underlättar vidare att fälla företag med moderbolag utanför EG till ansvar.

[130] Se t.ex. Michelin (1983).

anses följa särskilda krav på marknadsuppträdandet vad gäller företag i dominerande ställning.[131] Det beror på att företag i sådan ställning kan handla oberoende av, och är immuna mot korrektion genom, konkurrensen på marknaden. Följaktligen inryms inte enbart åtgärder med negativ påverkan på *konkurrensen* under bestämmelsen.[132] I viss mån skyddas också enskilda konkurrenter och konsumenter som kan drabbas av att en marknadsdominant utnyttjar sin ställning. Detta gäller även för det fall företagets beteende inte påverkar konkurrensen på marknaden[133] eller tillochmed då ett dominant företags uppträdande leder till en effektivare ekonomisk situation på marknaden.[134]

Man brukar därför skilja mellan åtminstone två slags missbruk. Utnyttjande (exploitative) missbruk kallas varje typ av marknadsuppträdande som medför fördelar för det dominerande företaget, eller lägger bördor på kunder eller konsumenter, bördor som är väsentligt större än vad som vore möjligt i en effektiv konkurrenssituation.[135] Missbruk som har negativ inverkan på konkurrenssituationen kallas rätt och slätt konkurrensbegränsande[136] eller "exkluderande" om det består i att konkurrenter utestängs från en marknad.[137]

Också ett missbruk av dominerande ställning måste påverka handeln mellan medlemsstaterna för att falla under artikel 86.[138] Detta kriterium har berörts ovan.

[131] Jfr Michelin (1983), [70].

[132] Temple Lang, Definition of Abuse s. 351.

[133] Temple Lang, Definition of Abuse s. 348; Hawk, Contrast and Convergence s. 60.

[134] Det är tänkbart att ett dominerande företags utslagning av mindre effektiva konkurrenter leder till att fler bättre varor kan säljas billigare, se Korah, Concept of Dominant Position s. 414. Jfr dock Vogelenzang s. 64, som hävdar att det alltid i långa loppet är mest effektivt att skydda små och medelstora företag från att slås ut från en marknad. Jfr också Pais Antunes s. 90, i annat sammanhang.

[135] Se t.ex. United Brands (1978), [249]. Temple Lang, Definition of Abuse s. 348; Wahl, Konkurrensförhållanden s. 213. Vogelenzang s. 76 f., väljer att inte kalla "exploaterande missbruk" för konkurrensbegränsning, utan otillbörlig konkurrens ('unfair competition'). Avseende äldre svensk rätt har Bernitz, Otillbörlig konkurrens I, berört frågan om skillnader mellan skydd för konkurrensen och konkurrenter, se t.ex. s. 125 ff.

[136] Temple Lang, Definition of Abuse s. 345 och s. 348 ff. Wahl, Konkurrensförhållanden s. 213, använder tillsammans med bl.a. Whish den kvalificerade termen "strukturellt missbruk", för de fall då dominerande företag genom att helt eliminera konkurrensen på marknaden söker ändra konkurrensstrukturen.

[137] Bellamy & Child s. 618; Temple Lang, Definition of Abuse s. 348 f.

[138] Se t.ex. Greenwich Film Production (1979), [11].

2.2.6 Bestämmelsernas tillämpningsområde

Ovan har beskrivits att gränsen för bestämmelsernas tillämpningsområde i rummet dras med ledning av samhandelsrekvisitet i respektive regel.[139] Här ska bara påpekas att tillämpningen begränsas också i "sakligt" hänseende. I princip reglerar bestämmelserna all slags kommersiell aktivitet som inte uttryckligen undantagits.[140] Det finns tre sådana undantag.

Det ena är handel med kol- och stålprodukter.[141] Den kommersiella verksamheten på dessa fält regleras av CECA-fördraget. Det andra undantaget är handel med jordbruksprodukter. I artikel 42 i Romfördraget stadgas att konkurrensreglerna är tillämpliga på sådan handel endast i den mån som ministerrådet bestämmer mot bakgrund av den gemensamma jordbrukspolitiken. I artikel 2 i förordning 26/62 stadgas uttryckligen att artikel 85(1) inte ska tillämpas på överenskommelser som utgör en del av en inhemsk organisering av jordbruksmarknaden eller på överenskommelser som är nödvändiga för att uppnå de gemensamma jorbrukspolitiska mål som anges i Romfördragets artikel 39. I övrigt är dock konkurrensreglerna tillämpliga också på jordbruksområdet.[142]

Det tredje undantaget rör produktion av, och handel med, militära produkter. I artikel 223(1b) fastslås att varje stat får vidta åtgärder som den anser nödvändiga för att skydda sina egna väsentliga säkerhetsintressen vad gäller tillverkning av och handel med vapen, ammunition och krigsmateriel. Undantaget är dock begränsat till just produkter avsedda speciellt för militära ändamål: åtgärder vidtagna i nationellt säkerhetsintresse får inte försämra konkurrensvillkoren för andra, mindre renodlat militära produkter.

2.3 Övergångsbestämmelserna

Romfördraget och därmed de materiella konkurrensreglerna trädde ikraft 1957. I artikel 87 i Romfördraget delegeras till ministerrådet att anta sådana förordningar och direktiv som behövs för att tillämpa principerna i artikel 85 och 86. Ministerrådet fullgjorde denna uppgift

[139] Se ovan vid not 95.
[140] Verband der Sachversicherer (1988), [12-14].
[141] Romfördraget artikel 232(1).
[142] Se t.ex. BNIC v. Clair (1985), [15], och SOU 1995:117 s. 73-96.

genom Förordning 17/62.[143] Tillämpningen av artikel 85 och 86 reglerades dock fram till Förordning 17/62:s ikraftträdande i enlighet med artiklarna 88 och 89 i fördraget (övergångsbestämmelserna). På ett mycket begränsat område reglerar övergångsbestämmelserna fortfarande tillämpningen av de materiella reglerna.[144]

Artikel 88 stadgar att "myndigheterna i medlemsstaterna" ska avgöra om överenskommelser mellan företag är tillåtna i konkurrensrättsligt avseende och bedöma fall av missbruk av dominerande ställning på den gemensamma marknaden. Sådana bedömningar ska göras enligt myndigheternas nationella rätt samt enligt artikel 85, "särskilt tredje stycket", och 86.

Enligt övergångsbestämmelserna ges EG-kommissionen en blygsam roll i konkurrensbevakningen i jämförelse med dess befogenheter och uppgifter enligt Förordning 17/62.[145] EG-kommissionen ska enligt artikel 89 undersöka fall av förmodade överträdelser av principerna i de materiella bestämmelserna. Om EG-kommissionen finner att en överträdelse skett ska den föreslå lämpliga medel för att få överträdelsen att upphöra. Vidare ges EG-kommissionen i uppgift att fastställa att en överträdelse skett för det fall de felande företagen inte rättar sig efter kommissionens förslag. De sanktioner som står EG-kommissionen till buds är att publicera sina beslut samt att bemyndiga medlemsstaterna att vidta de mått och steg som EG-kommissionen finner nödvändiga för att korrigera överträdelserna.

Man kan notera att "myndigheterna i medlemsstaterna" är de enda organ som ges kompetens att tillämpa hela artikel 85 och "särskilt" 85(3). EG-kommissionen ges överhuvudtaget inga "tillämpande" uppgifter. Kommissionen kan inte fatta undantagsbeslut eller ålägga böter för överträdelser av bestämmelserna. EG-kommissionen har snarast samma funktion som en åklagarmyndighet. Ingenting stadgas om nationella domstolars möjlighet att tillämpa konkurrensreglerna i tvistemål.[146]

[143] Se 2.4 nedan.

[144] Se nedan vid not 151 samt 3.3.

[145] Se nedan 2.4.

[146] Ända fram till 1986 respektive 1989 var det i princip oklart om nationella domstolar var behöriga att tillämpa artikel 85 respektive 86 oberoende av övergångsbestämmelserna, enligt artikel 88 eller inte alls. Se nedan 3.6.

2.4 Förordning 17/62

Förordningen innehåller det grundläggande regelverket för tillämpningen av konkurrensreglerna. Förordningen ger EG-kommissionen en central roll som bevakare av konkurrensreglernas efterlevnad. Vidare ges EG-kommissionen en central normgivande position vid utvecklandet av EG:s konkurrensrätt.[147] I artikel 9(1) stadgas att EG-kommissionen ska ha *sole power* att tillämpa artikel 85(3). Vidare ges kommissionen makt att tillämpa artikel 85(1) och 86.[148] Myndigheterna i medlemsstaterna har enligt Förordning 17/62 endast makt att tillämpa artiklarna 85(1) och 86. De nationella myndigheternas tillämpning ska fortfarande ske i enlighet med artikel 88 i Romfördraget, men myndigheternas behörighet villkoras av att EG-kommissionen inte inlett något förfarande.[149]

Förordning 17/62 täcker inte det fullständiga tillämpningsområdet för artiklarna 85 och 86. Genom Förordning 141/62 undantas transportsektorn. På transportområdet finns följande tillämpningsbestämmelser. Förordning 1017/68 reglerar järnvägs- och vägtransporter samt transporter längs "inland waterway"; Förordning 4056/86 reglerar sjötransporter; Förordning 3975/87 reglerar lufttransporter. De luckor som återstår är "tramp shipping" samt lufttransporter mellan medlemsstat och icke-medlemsstat.[150] Eftersom artiklarna 85 och 86 fortfarande är tillämpliga på dessa begränsade sektorer styrs tillämpningen där av övergångsbestämmelserna.[151]

EG-kommissionen har tämligen långtgående befogenheter vad gäller insamlande av information. Kommissionen kan under bötes- och viteshot begära information från företag[152] och den kan göra undersökningar på plats hos företag (motsvarande husrannsakan).[153] Sådana undersökningar kan företas i anledning av en enskild misstänkt konkurrensbegränsning, men de kan också avse hela sektorer av samhällsekonomin som uppvisar ett stört konkurrensmönster.[154]

EG-kommissionen ges vidare, till skillnad från svenska myndigheter

[147] Deringer, Enterprise Law s. 63.
[148] Artikel 9(2).
[149] Artikel 9(3).
[150] Se också nedan i not 292.
[151] Se ovan vid not 144.
[152] Artikel 11.
[153] Artikel 14.
[154] Artikel 12.

med liknande uppgifter, makt att självständigt besluta om sanktioner. EG-kommissionen kan utdöma böter,[155] kan vitesbelägga[156] samt kan i beslut kräva att överträdelser av artiklarna 85 och 86 ska upphöra.[157]

EG-kommissionen kan också utfärda s.k. *negativattester*.[158] Sådana beslut innehåller försäkranden om att EG-kommissionen inte kommer att vidta åtgärder i anledning av att kommissionen på grundval av de fakta som förelagts funnit att det aktuella företagsbeteendet faller utanför artiklarna 85(1) och 86. Vidare kan kommissionen som ovan sagts undanta överenskommelser enligt artikel 85(3).[159]

En förutsättning för att EG-kommissionen ska kunna fatta beslut om undantag eller utfärda negativattest är att överenskommelsen eller förfarandet *anmälts* till EG-kommissionen.[160] Om ett förfarande anmäls blir det också immunt mot bötespåföljd.[161, 162] En ren ansökan om negativattest gör inte att överenskommelsen undkommer bötespåföljd.[163] Vissa avtal behöver inte anmälas.[164] Syftet med anmälnings-

[155] Artikel 15. Böter kan utdömas i anledning av företagens uppträdande under utredningen, t.ex. vägran att tillhandahålla korrekt information, se 15(1), eller i anledning av överträdelser av de materiella reglerna, 15(2).

[156] Artikel 16.

[157] Artikel 3.

[158] Artikel 2.

[159] Se ovan efter not 147.

[160] Artikel 4(1) respektive artikel 2. Observera också att det krävs att anmälan görs genom det föreskrivna formuläret A/B, se t.ex. BNIC v. Aubert (1987), [21].

[161] Artikel 15(5); detta gäller dock inte konkurrensbegränsningar företagna efter att kommissionen vid en preliminär bedömning kommit fram till att en överenskommelse inte ska undantas och informerat berörda företag om det, 15(6).

[162] Däremot kan nya avtal som anmälts bli ogiltigförklarade av nationell domstol enligt artikel 85(2); gamla avtal och s.k. anslutningsavtal åtnjuter dock s.k. villkorad giltighet fram tills dess att EG-kommissionen vidtagit någon åtgärd i anledning av att de anmälts, se nedan 3.6.

[163] John Deere (1985).

[164] Artikel 4(2). Förutsättningarna för detta är att det rör sig om en överenskommelse mellan endast två företag från samma medlemsstat, att överenskommelsen inte rör export eller import mellan medlemsstaterna; alternativt ska det vara fråga om två parter vars överenskommelse endast gäller villkor eller pris för vidareförsäljning av produkten ifråga, eller två parter som avtalar om begränsningar i användning av immaterialrättigheter eller know how; eller överenskommelser som enbart gäller standardutveckling, forskning och utveckling eller specialisering av tillverkning. Gemensamma förutsättningar är att överenskommelserna rör en liten del av den relevanta marknaden och företagens årsomsättning är liten. Också gamla överenskommelser och anslutningsavtal kan under samma förutsättningar vara befriade från anmälningsplikt, se 5(2).

plikten är att underlätta EG-kommissionens övervakningsuppgifter; företagen ges ett intresse av att fästa EG-kommissionens uppmärksamhet på potentiella konkurrensbegränsningar.[165]

Överenskommelser som gällde då Förordning 17/62 trädde i kraft, s.k. gamla överenskommelser, ska ha anmälts före den 1 november 1962 eller, om det är fråga om endast två avtalsparter, den 1 februari 1963.[166] För anslutningsavtal, dvs. överenskommelser som faller under artikel 85 som en följd av att nya stater ansluter sig till gemenskapen, gäller att de ska anmälas inom sex månader från anslutningen.[167] Om en gammal överenskommelse eller ett anslutningsavtal inte uppfyller kriterierna i artikel 85(3) och parterna modifierar eller avslutar överenskommelsen, så kan EG-kommissionen s.a.s. retroaktivt giltiggöra överenskommelsen för den tid den egentligen varit förbjuden.[168] Därigenom skiljer sig gamla överenskommelser och anslutningsavtal från nya överenskommelser.[169] De senare kan inte anses retroaktivt tillåtna.

Gamla överenskommelser och anslutningsavtal blir också villkorat, eller provisoriskt, *giltiga* genom anmälan. Det innebär att nationella domstolar och myndigheter inte får ogiltigförklara överenskommelserna förrän EG-kommissionen bedömt dem.[170] Denna verkan uppstår inte då nya avtal anmäls enligt artikel 4(1). Nationella domstolar kan ogiltigförklara dem. Anmälan har dock indirekt betydelse för en nationell process eftersom en anmälan gör det möjligt för EG-kommissionen att besluta om undantag enligt artikel 85(3). Individuella undantagsbeslut av EG-kommissionen anses ha prejudicerande verkan i efterföljande nationella mål och dessutom anmodas nationella

[165] Forrester/Norall s. 12 f.

[166] Det ursprungliga datumet var 1/8 1962, men det ändrades genom Förordning 59/62 1(1) och 1(2).

[167] Artikel 25. Sexmånadersfristen gäller dock inte för avtal som kom att strida emot artikel 85 genom Finlands, Sveriges och/eller Österrikes anslutning till EU. Se Artikel 172 i anslutningsfördraget. Dhunér/Hedström s. 61, hävdar att detta gör att problematiken avseende "villkorad giltighet" undviks, se ovan not 162 och nedan 3.6. Se också Kerse s. 360 f.

[168] Artikel 7(1). En förutsättning är att gamla anmälningspliktiga överenskommelser anmälts före den ovan angivna relevanta tidpunkten och gamla icke anmälningspliktiga överenskommelser anmälts före 1/1 1967, se 7(2). Vad gäller "anslutningsavtal" gäller anmälningsfristen t.o.m. sex månader efter respektive anslutning, med undantag för Finlands, Sveriges och Österrikes anslutningar, se ovan not 167.

[169] Kerse, 6.30.

[170] Se nedan 3.6.

domstolar i vissa fall vilandeförklara mål där det är tänkbart att undantag enligt artikel 85(3) kan komma att meddelas.[171]

2.5 Förfarandet vid EG-kommissionen

Ett ärende kan anhängiggöras hos EG-kommissionen genom ansökan om negativattest eller anmälan av överenskommelse. Vidare kan EG-kommissionen initiera förfarande ex officio,[172] eller efter klagomål[173] från medlemsstater eller fysiska/juridiska personer som kan hävda ett *legitimate interest*.[174] Varje person som kan visa att han/hon/den lider skada eller förlust direkt på grund av en påstådd konkurrensbegränsning kan antagligen anses ha "legitimate interest".[175] Konsumenter och t.o.m. konsumentorganisationer har ansetts ha tillräckligt intresse för att uppträda som klagande.[176] Detta hindrar inte att EG-kommissionen kan initiera förfaranden ex officio efter ett informellt påpekande.[177] EG-kommissionen är dock inte förpliktad att vidta åtgärder i anledning av varje ansökan: kommissionen är fri att prioritera bland misstänkta konkurrensbegränsningar och välja vilka den vill gå vidare med mot bakgrund av hur högt gemenskapsintresse de olika fallen har.[178]

För tillvaratagandet av tredjemans intresse är det dock av största betydelse om vederbörande formellt uppträder som klagande eller informellt fäst EG-kommissionens uppmärksamhet på potentiella missförhållanden. Antagligen är EG-kommissionen tvingad att, på begäran från klaganden, fatta ett formellt beslut för det fall kommissionen

[171] Se Delimitis (1991).

[172] Artikel 3(1).

[173] Termen 'application' används i Förordning 17/62 (liksom beträffande negativattester); i Transportförordningarna används termen 'complaints', som också används i doktrinen avseende Förordning 17/62. Jag har valt att liksom Dhunér/Hedström använda de svenska termerna *klagomål* och *klagande* i dessa sammanhang. Det är då lättare att skilja från en *ansökan* om negativattest och en *anmälan* av avtal för undantagsbeslut.

[174] Artikel 3(2).

[175] Se Metro I (1977); Demo-Studio Schmidt (1983); ANCIDES (1987).

[176] Se t.ex. BEUC v. EG-kommissionen (1991).

[177] Kerse, 2.30.

[178] Se Automec II (T-1992), [83-87]; Syndicate Francaise (1994); EG-kommissionen kan dock inte avvisa ansökningar med en abstrakt hänvisning till "community interest", utan måste motivera i detalj varför det fall som ansökan avser saknar tillräckligt intresse. Ett skäl kan vara att tredje mans rätt/intresse kan tillgodoses i nationell domstol, se Automec II. Se också Dhunér/Hedström s. 74 f.

lägger ned ärendet.[179] I sådana fall kan beslutet överklagas till Förstainstansdomstolen enligt artikel 173 i Romfördraget.[180, 181] För det andra kan klaganden, då EG-kommissionen förkastar klagandens argument i ett individuellt undantagsbeslut riktat till den påstådda konkurrensbegränsaren, överklaga beslutet.[182]

För det tredje har klaganden rätt att ta del av viss information från EG-kommissionen;[183] för det fall sökanden skulle kunna initiera en civilprocess på nationell nivå med utgångspunkt i de omständigheter som EG-kommissionen bedömer är detta naturligtvis en fördel.[184] Det bör påpekas att en berörd tredje man, även utan att genom ansökan initiera ett förfarande, har rätt att intervenera i kommissionsförfarandet[185] samt intervenera i överklagandeprocessen enligt artiklarna 173

[179] Kerse, 2.36; se också Temple Lang, Third Parties s. 180 f. Jfr också Dhunér/Hedström s. 73. Detta gäller antagligen inte om det konkurrensbegränsande företaget ändrat sitt beteende i enlighet med EG-kommissionens önskemål, se Temple Lang, a.s.

[180] Förstainstansdomstolens kompetens att pröva överklaganden enligt artiklarna 173 och 175 härleds från artikel 168A i Romfördaget (tillagd genom Single European Act) samt Rådsbeslut 24710 1988, OJ L319/1. Se vidare Schermers, The European Court of First Instance s. 541 ff.

[181] För det fall EG-kommissionen enbart underlåter att reagera i anledning av en ansökan står artikel 175 i Romfördraget sökanden till buds. I GEMA-fallet (1979) framhöll EG-domstolen att det är omöjligt att framtvinga ett formellt beslut av EG-kommissionen genom ett artikel 175-förfarande. Dock framgår av Asia Motors France v. EG-kommissionen (1991) att det går att framtvinga s.k. artikel 6-brev från kommissionen (i Förordning 99/63 on the hearings provided for in art 19(1) & (2) in Regulation 17). Sådana brev ger sökanden besked om att det mot bakgrund av information i EG-kommissionens besittning saknas grund att uppta ansökan. Detta är dock i princip en återvändsgränd. EG-domstolen framhöll nämligen vidare i Asia Motors att sådana artikel 6-brev inte kan bli föremål för annulleringstalan enligt artikel 173 (notera dock att om EG-kommissionen informerat tredje man att ansökan inte kommer att föranleda åtgärd, så kan detta ses som ett formellt beslut, se BEUC v. EG-kommissionen (T-1994).). Det lämnas alltså åt EG-kommissionen att efter eget skön avgöra om den vill fatta ett formellt beslut. Mot bakgrund av dess arbetsbelastning kommer sannolikt kommissionen att avstå från allt som den inte finner nödvändigt att göra, se Cummings s. 37.

[182] Metro I (1977).

[183] Se Doherty, Playing Poker with the Commission s. 10. Sökanden får inte nödvändigtvis tillgång till all information i ärendet. Viss information som är förborgad för allmänheten, "professional secrets", är tillgänglig för sökande, men "business secrets" är det inte, se AKZO I (1986). Jfr BEUC (1991), som rörde antidumping.

[184] En mer illegitim anledning att uppträda som sökande är förstås att försöka få kännedom om konkurrenternas affärshemligheter; det verkar som om en anledning till att göra "business secrets", som är relevanta för fallet och relevanta för bedömning av ansökan, otillgängliga för sökanden är just att EG-domstolen inte vill uppmuntra att ansökningar görs av denna anledning. Se AKZO I (1986), samt Dohertys kommentar s. 9.

[185] Förordning 17/62 artikel 19 och Förordning 99/63 artiklarna 5 och 7. Temple Lang, Third Parties s. 182 använder termen intervention för detta.

och 175.[186] En intervenient har sämre möjligheter att ta del av information än en sökande.[187]

Vidare har berörd tredje man rätt att ensam överklaga ett beslut även om han inte uppträtt som part i kommissionsförfarandet. För att självständigt kunna överklaga ett EG-kommissionsbeslut krävs antingen att det är riktat mot klaganden eller är av "direct and individual concern", en hårdare förutsättning än "legitimate interest", för honom.[188] Förutsättningen direkt och individuell berördhet är uppfylld av personer till vilka ett beslut inte är riktat om beslutet "affects them by reason of certain attributes which are peculiar to them or by reason of a factual situation which differentiates them from all other persons and distinguishes them individually in the same way as the persons addressed".[189] Dock är bedömningen av förutsättningarna direkt och individuell berördhet enligt artikel 173 striktare när tredje man inte har deltagit som part i kommissionsförfarandet.[190] Om tredje man istället *intervenerar* i artikel 173-förfarandet saknas möjlighet att göra gällande att överklagandet ska avvisas, något som visserligen ligger inom EG-domstolens behörighet ex officio när det är fråga om indispositiva rättegångshinder.[191]

Efter att EG-kommissionen tagit upp ett ärende och fullgjort sina undersökningar utger den en *anmärkningsskrivelse*,[192] "statement of objections".[193] Denna skickas till de företag som är föremål för undersökning och i den anges de invändningar EG-kommissionen har mot företagens uppträdande.[194] Anmärkningsskrivelsen drar upp ramen

[186] EG-domstolens stadgar, artikel 37. Detta är fråga om en motsvarighet till osjälvständig intervention.

[187] Doherty, Playing Poker with the Commission s. 9. Det räcker med att någon av de ursprungliga parterna begär att deras dokument ska behandlas konfidentiellt. Jfr också Postbank v. EG-kommissionen (T-1994). Förstainstansdomstolen beslöt under förfarandet att EG-kommissionen inte fick lämna ut processmaterial till tredje man att användas av denne i nationell process.

[188] Se artikel 173.

[189] Se EG-kommissionen v. Frankrike (Kali+Salz) (1998), [53].

[190] Se Kruidvat (T-1996), [67] samt EG-kommissionen v. Frankrike (Kali+Salz) (1998), [54].

[191] Se EG-kommissionen v. Frankrike (Kali+Salz) (1998), [72-73].

[192] Dhunér/Hedström s. 88, för svenska termen.

[193] Detta fastslås i Förordning 99/63 artikel 2.

[194] Förordning 99/63 artikel 2.

för den administrativa processen. EG-kommissionen får endast fatta beslut rörande frågor som föreligger vid anmärkningsförfarandets slut.[195]

Enligt artikel 19(1) har berörda företag rätt till *hearing* innan EG-kommissionen fattar beslut om att bevilja negativattest, förbudsbeslut, undantagsbeslut, beslut om återtagande av undantag, beslut om böter, beslut om utsättande av vite samt interimistiska beslut enligt 15(6) samma förordning.[196] Av praxis framgår också att EG-kommissionen måste höra klaganden innan den formellt avvisar ett klagomål.[197] Med berörda företag avses i artikel 19(1) de som är föremål för undersökning, dvs. de som erhållit en anmärkningsskrivelse från EG-kommissionen. EG-kommissionen fullgör alltså sin skyldighet gentemot berörda företag enligt artikel 19(1) i Förordning 17/62 när den uppmanar företagen att ge sin syn på kommissionens invändningar.

Enligt 19(2) har dock också andra företag än de som är föremål för undersökningen rätt till "hearing". Detta gäller för rättssubjekt med *sufficient interest*. Rekvisitet täcker med säkerhet den samling rättssubjekt som har besvärsrätt enligt artikel 173 och är antagligen t.o.m. vidare än kretsen berättigade klagande med "legitimate interest" enligt artikel 3 Förordning 17/62.[198]

Artikel 19 i Förordning 17/62 stadgar ingenting om att företag har rätt till muntlig "hearing". I förordning 99/63 artikel 7 slås fast att företag, efter skriftlig ansökan, ska beredas möjlighet till detta om EG-kommissionen avser bötes- eller vitesbelägga företaget eller om företaget har "sufficient interest".[199]

Förfarandet kan avslutas genom att EG-kommissionen fattar ett formellt beslut.[200] Exempel på sådana gavs ovan.[201] Formella beslut

[195] Förordning 99/63 artikel 4. Det torde i praktiken räcka att företagen informeras om "the essential factual elements on which the objections are based", se Dyestuffs (1972). Dhunér/Hedström s. 88 f., påpekar att EG-kommissionen visserligen senare kan införa nya påståenden i processen, men att kommissionen måste upprätta en ny anmärkningsskrivelse och låta företaget bemöta denna.

[196] Det föreligger dock ingen skyldighet för företag att besvara en anmärkningsskrivelse, se Hilti-fallet (T-1992).

[197] Automec II (T-1992), samt BEUC v. EG-kommissionen (1993).

[198] Se Temple Lange, Third Parties s. 181; Kerse, 4.19.

[199] Se vidare Kerse, The Oral Hearing s. 40 ff.; Dhunér/Hedström s. 92 ff.

[200] Det bör påpekas att den s.k. Rådgivande kommittén har rätt att yttra sig innan EG-kommissionen fattar slutligt beslut, se Förordning 17/62 artikel 10(1) och 10(3).

[201] Se ovan vid not 155 och det följande.

KAPITEL 2

överklagas på grunder angivna i artikel 173[202] till Förstainstansdomstolen. Klagorätt har den för vilken beslutet är av *direct and individual concern*. Förstainstansdomstolens beslut kan överklagas till EG-domstolen. Det är som ovan nämnts möjligt att väcka passivitetstalan mot EG-kommissionen enligt artikel 175. Det kan påpekas att EG-domstolarna i dylika förfaranden fullgör uppgifter av förvaltningsprocessuellt slag.

Lejonparten av alla ärenden avslutas dock utan att EG-kommissionen fattat slutliga beslut enligt Förordning 17/62. År 1997 fattade EG-kommissionen 12 slutliga beslut (rörande överträdelser samt avvisningar av klagomål). Samma år tillskapades 14 s.k. oppositionsundantag (utan publicering),[203] och drygt 200 ärenden avslutades genom comfort letters.[204]

Termen förlikning[205] betecknar i den administrativa konkurrensprocessen EG-kommissionens nedläggande av ärenden i anledning av att undersökta företag gör "åtaganden".[206] Sådana kan bestå i att företagen avslutar ett konkurrensbegränsande samarbete, eller på annat sätt rättar sitt beteende efter konkurrensreglerna.[207] Ett ärende kan nedläggas också på grund av att de aktuella avtalens betydelse är alltför begränsad för att motivera ytterligare åtgärder, på grund av att utredningar visat att inga överträdelser föreligger eller på grund av att avtal eller klagomål blivit inaktuella.[208] Med *comfort letters* förstås administrativa brev utfärdade av EG-kommissionen eller tjänstemän vid EG-kommissionen som försäkrar de undersökta företagen att inga åtgärder kommer att vidtas.[209] Sådana brev kan innehålla motiveringar till varför ett företags beteende anses falla utanför konkurrensreglerna eller under en gruppundantagsförordning.[210]

Fördelen med förlikningar och comfort letters är att de sparar tid.[211]

[202] Artikel 173, st. 1: "lack of competence", överträdelse av väsentliga formföreskrifter, överträdelse av fördraget eller av rättsregel rörande dess tillämpning eller maktmissbruk.

[203] Ang. oppositionsundantag, se nedan 2.6.

[204] Se EG-kommissionen, XXVIth Report on Competition Policy (1997) s. 156 ff.

[205] "Settlements"; för svenska termen se Dhunér/Hedström s. 97.

[206] Van Bael, Settlement Practice s. 64.

[207] Van Bael, Settlement Practice, 62.

[208] Dhunér/Hedström s. 97.

[209] Van Bael, Settlement Practice s. 63. Det förekommer emellertid också att comfort letters innehåller villkor, vars uppfyllande aldrig kontrolleras, se Marty (1980). Se också nedan framförallt not 408.

[210] Stevens s. 81; Kerse, 6.54.

[211] Stevens s. 81; Kerse, 6.53.

EG-kommissionen kringgår den tidsödande byråkratiska process som föregår slutliga beslut.[212] Det är också tacksamt för de undersökta företagen att slippa avvakta en formell negativattest eller ett slutligt undantagsbeslut.[213]

Det finns vissa nackdelar med att avsluta ärenden utan slutliga beslut. I praktiken är varken förlikningar eller comfort letters bindande. De flesta förlikningar ingås av tjänstemän vid EG-kommissionen vilka saknar behörighet.[214] Därför är i princip kommissionen oförhindrad att återuppta förlikta ärenden.[215] Tredje man och nationella domstolar är vidare helt obundna av förlikningar.[216]

Det finns i princip ingenting som hindrar att comfort letters skulle kunna vara bindande för såväl EG-kommissionen som tredje man.[217] Inom EG-rätten är det inte en rättsakts form utan dess innehåll som avgör vilka verkningar den har.[218] EG-domstolen har dock slagit fast att comfort letters inte är att likställa med formella beslut enligt Förordning 17/62. EG-kommissionen bör inte genom administrativa brev, som inte föregås av offentliga uppmaningar till tredje man att inkomma med synpunkter[219] och som inte publiceras[220], kunna binda tredje man.[221] Däremot blir antagligen EG-kommissionen i viss mån bunden av ett utfärdat comfort letter. Det har hävdats att EG-kommissionen inte kan eller bör återuppta ett ärende som avslutats genom comfort letter i andra fall än då brevet utfärdats på felaktig grund eller då de faktiska omständigheterna förändrats.[222]

[212] Van Bael, Settlement Practice s. 63. Se t.ex. Lauwaars/Raab s. 422 för ett exempel.

[213] Stevens s. 82; en grundlig kommissionsundersökning kan ta drygt tio år, se Meade s. 106. Det kan tilläggas att EG-kommissionen inte avslutar några ärenden genom comfort letter om inte de undersökta företagen samtyckt till det, se EG-kommissionen, XIII[th] Report on Competition Policy (1983).

[214] Också om en förlikning skulle ingås av en beslutsbehörig EG-kommission kan ärendet återupptas om nya omständigheter framkommer eller förhållandena ändras, se Van Bael, Settlement Practice s. 81.

[215] Kerse, 6.60; Van Bael, Settlement Practice s. 80 f.

[216] Kerse, 6.60.

[217] Individuella undantagsbeslut, men inte negativattester, anses prejudicerande för efterföljande nationella processer, se nedan 3.5.

[218] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 47 f.

[219] Jfr Förordning 17/62 artikel 19(3).

[220] Jfr Förordning 17/62 artikel 21.

[221] Se nedan 3.5.

[222] Reischl (AG), i L'Oréal (1980) s. 246; se också Mackenzie Stuart, Legitimate Expectations s. 53.

Eftersom förlikningar och comfort letters inte utgör formella beslut är de inte möjliga att överklaga enligt artikel 173. Det har hävdats att detta äventyrar rättssäkerheten för de företag som mottar comfort letters.[223] Det är svårt att förstå; vad skulle ett företag som accepterar att få sitt marknadsuppträdande reglerat av ett mer eller mindre oförbindande administrativt brev vara betjänt av att kunna överklaga detta brev?

Däremot kan tredje man hamna i en besvärlig situation. För det fall berörd tredje man uppträder som klagande har han möjlighet att framlägga sina synpunkter inom ramen för det administrativa förfarandet. Dessutom är EG-kommissionen förpliktad att formellt avslå vederbörandens ansökan enligt artikel 6 i Förordning 99/63 innan ärendet läggs ned.[224] Säg däremot att ett comfort letter utfärdas av EG-kommissionen i anledning av en ansökan om negativattest eller som svar på anmälan av en överenskommelse för undantag, vilket torde vara det vanliga. I sådant fall kommer tredje man inte att ha någon chans att få sina synpunkter beaktade i den administrativa processen. Detta är också anledningen till att comfort letters inte är bindande för tredje man eller nationella domstolar.[225] Men nationell civilprocess kan vara en dyr och osäker lösning för tredje man och kan i vissa avseenden också framstå som mindre lyckad för genomdrivandet av EG:s konkurrensrätt.[226]

Efter *Parfym*-fallen (1980) sökte EG-kommissionen motverka de brister som föranlett EG-domstolen att frånkänna comfort letters rättslig verkan. Kommissionen deklarerade att tredje män skulle underrättas om förestående comfort letters genom notiser i Official Journal.[227]

[223] Stevens s. 84.

[224] Se ovan vid not 179.

[225] Se nedan 3.5.

[226] Comfort letters bygger enbart på de undersökta företagens uppgifter. Även om sådana brev inte är bindande för tredje man och även om EG-kommissionen kan återuppta ett ärende om det framkommer nya uppgifter eller om det visar sig att de framlagda uppgifterna är oriktiga, så är mot bakgrund av dess arbetsbörda möjligheterna mycket små att EG-kommissionen återupptar ett ärende som nedlagts. Dessutom finns en risk för att nationella domstolar i praktiken kommer att använda varje möjlighet för att slippa tillämpa den både obekanta och tekniskt besvärliga konkurrensrättsliga materian och kanske ge comfort letters större tyngd som "factual elements" än de förtjänar.

[227] Ang. ansökan om negativattester i EG-kommissionen, XIIth Report on Competition Policy (1982) och ang. anmälan av avtal i EG-kommissionen, XIIIth Report on Competition Policy (1983). Publicering skulle alltså ske analogt med artikel 19(3) i Förordning 17/62, se t.ex. EG-kommissionen, XIIth Report on Competition Policy (1982) s. 38.

Denna uppstramning var ingen succé. Publicering förutsätter att de undersökta företagen samtycker och dessa verkar regelmässigt föredra tysthet och snabbhet framför sin egen rättssäkerhet.[228]

2.6 Gruppundantagsförordningar

I artikel 85(3) sägs att förbudet i artikel 85(1) kan förklaras icke tillämpligt på överenskommelse eller kategorier av överenskommelser. Men EG-kommissionen ges inte behörighet att att anta gruppundantagsförordningar genom Förordning 17/62. Enligt artikel 87(2b) ankommer det på ministerrådet att fastlägga detaljerade regler för tillämpningen av artikel 85(3).[229] Antagligen kunde inte EG-kommissionen besluta om annat än individuella undantag fram till 1965 då ministerrådet första gången delegerade kompetens att göra generella undantag.[230]

Ministerrådet har givit EG-kommissionen behörighet att utfärda undantag för grupper av avtal beträffande vissa kategorier av exklusivavtal och vissa överenskommelser rörande begränsad användning av "industrial property rights",[231] beträffande forsknings-, utvecklings- och specialiseringsöverenskommelser,[232] beträffande överenskommelser inom försäkringsbranschen,[233] samt beträffande vissa överenskommelser inom luft- respektive sjötransportsektorerna.[234]

Följande områden täcks av *gruppundantagsförordningar.* Ensamåterförsäljaravtal,[235] exklusiva inköpsavtal,[236] avtal om försäljning av

[228] 1991 föregicks 5 av 146 utfärdade comfort letters av notiser i OJ, se XXI[st] Report on Competition Report (1991) s. 60. Det bör påpekas att EG-domstolen inte har bedömt om uppstramningen gör comfort letters bindande.

[229] "Taking into account the need to ensure effective supervision on the one hand ans to simplify administration to the greatest possible extent on the other", se artikeln.

[230] Korah 3.2.

[231] Förordning 19/65.

[232] Förordning 2671/88.

[233] Förordning 1534/91 och 3932/92.

[234] Förordning 3976/87 respektive 479/92.

[235] Kommissionens Förordning 1983/83 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av ensamåterförsäljaravtal.

[236] Kommissionens Förordning 1984/83 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av exklusiva inköpsavtal.

motorfordon och vidhängande service,[237] specialiseringsavtal,[238] forsknings- och utvecklingsavtal,[239] franchisingavtal,[240] delar av försäkringssektorn[241] samt tekniköverföring[242].

Gruppundantagsförordningarna kan liknas vid ventiler. Genom att EG-kommissionen givits exklusiv kompetens att tillämpa artikel 85(3) skapas ett mycket hårt tryck på kommissionen i form av anmälningar av avtal, ansökningar om negativattesteroch klagomål.[243] Om en överenskommelse faller under en gruppundantagsförordning krävs inte anmälan till EG-kommissionen för att överenskommelsen ska undantas. Vidare kan nationella domstolar tillämpa gruppundantagsförordningarna direkt.[244] Detta gör att avtalsparterna kan inrätta sig efter en överenskommelse som de anser kunna undantas enligt dylika förordningar, utan att de behöver gå igenom den tidsödande processen av anmälan och inväntande av beslut eller comfort letter. Genom att EG-kommissionen på begränsade områden delegerar till avtalsparter och nationella domstolar att göra undantagsbedömningar minskar alltså trycket på EG-kommissionen.

I gruppundantagsförordningar anges vilka typer av avtalsvillkor som är förbjudna (svarta listan) och vilka som är tillåtna (vita). För vissa typer av avtal[245] har genom gruppundantagsförordningarna skapats ett speciellt förfarande kallat "opposition procedure". Detta innebär att överenskommelser som är varken uttryckligen förbjudna eller

[237] Kommissionens Förordning 1475/95 om tillämningen av fördragets artikel 85.3 på vissa kategorier av avtal rörande distribution av motorfordon och service.

[238] Kommissionens Förordning 417/85 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av specialiseringsavtal; Kommissionens Förordning 151/93 om ändring av bl.a. nyssnämnda gruppundantagsförordning.

[239] Kommissionens Förordning 418/85 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av avtal om forskning och utveckling. Med ändringar i Förordning 151/93.

[240] Kommissionens Förordning 4087/88 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av franchiseavtal. Se Larsson/Remnelid.

[241] Commission Regulation 3932/92 on the application of Article 85.3 of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector.

[242] Kommissionens Förordning 240/96 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring. Se Korah, Technology Transfer Agreements.

[243] Som ovan framgått måste överenskommelser och annat potentiellt konkurrensbegränsande beteende anmälas till EG-kommissionen för att kunna undantas enligt artikel 85(3), för att undkomma bötes- och vitesbestraffning samt, i händelse av att det rör sig om gamla överenskommelser eller anslutningsavtal, för att kunna åtnjuta villkorad giltighet, se också nedan 3.6.

[244] Se nedan 3.5.

[245] Patentlicensavtal, forsknings- och utvecklingsavtal, specialiseringsavtal, know how-licensiering och franchising.

uttryckligen tillåtna kan anmälas till EG-kommissionen. Om EG-kommissionen inte reser någon invändning mot avtalet inom en sex- eller fyramånadersperiod från anmälan anses överenskommelsen undantagen enligt gruppundantagsförordningen. Detta förfarande är tillskapat på grund av att många företag som ingått "gråa" överenskommelser inte vågat chansa utan anmält sina avtal på traditionellt sätt. Det finns skäl för det; ett företag som felaktigt underlåter anmälan riskerar som ovan berörts bötes- och vitespåföljd samt inte minst att få sitt avtal ogiltigförklarat.

Detta "undantagsförfarande" har kritiserats.[246] Bland annat befaras att förfarandet erbjuder en väg att kringå formkraven som föregår individuella undantagsbeslut enligt Förordning 17/62, t.ex. hörandet av tredje man.[247] Vidare kan det vara tveksamt om EG-kommissionen handlat inom ramarna för den behörighet den fått sig delegerad från ministerrådet då den tillskapat en s.a.s. ytterligare anmälningsmöjlighet.[248]

2.7 Sammanfattning

Konkurrensreglerna har tre ändamål. Viktigast av dessa är integration av de ekonomiska marknaderna inom EG-fördraget, tätt följt av ekonomisk effektivitet. I viss mån avses konkurrensreglerna också främja, eller åtminstone inte motverka, skäligt marknadsuppträdande samt sociala värden.

Bestämmelserna har en förbudsstruktur. De är inte konstruerade som lagstöd för ad hoc-ingripanden med anknytande förhandlingsförfarande. Artikel 85 i Romfördraget förbjuder konkurrensbegränsande samarbete i olika former mellan flera företag. Bestämmelsen kan sägas innehålla tre grundrekvisit: det ska vara fråga om ett samarbete mellan företag, samarbetet ska ha konkurrensbegränsande syfte eller effekt och samarbetet ska ha påverkat handeln mellan medlemsstaterna.

Artikel 86 tar till skillnad från artikel 85 sikte på ensidigt marknadsuppträdande. Regeln förbjuder missbruk av en dominerande ställning på en relevant marknad som utgör en väsentlig del av den

[246] Se Kerse, 2.42; Korah, 10.4.4: "the procedure is a technical minefield".
[247] Se 2.5 ovan.
[248] Se Korah, 10.4.4. i f.

ekonomiska gemenskapen. Sådant missbruk ska ha påverkat konkurrensen eller konkurrenter. Liksom beträffande artikel 85 förutsätter tillämpningen av artikel 86 att handeln mellan medlemsstaterna påverkats.

Förutom en beskrivning av konkurrensreglernas ändamål och innebörd innehåller detta kapitel en översiktlig genomgång av den vanliga, för att inte säga primära, kontext som konkurrensreglerna tillämpas i. Med detta avser jag de regler som styr det förfarande av offentligrättslig karaktär vilket reglerar EG-kommissionens tillämpning av reglerna.

I kapitlet observerades att övergångsbestämmelserna i Romfördragets artiklar 87 och 88 styrde tillämpningen av reglerna fram till ikraftträdandet av Förordning 17/62. På mycket begränsade områden är fortfarande övergångsbestämmelserna aktuella. Förordning 17/62 sätter EG-kommissionen i en central normbildande och övervakande position. Den kan företa utredningar av misstänkta konkurrensbegränsningar, fatta beslut och påföra företag ingripande offentligrättsliga sanktioner.

I förfarandet vid EG-kommissionen kan berörda tredje män delta och kan under vissa förutsättningar såväl intervenera som överklaga beslut enligt artikel 173. EG-kommissionen kan fatta följande slutliga beslut i ett ärende. Kommissionen kan fastställa att ett företag överträtt konkurrensreglerna och utdöma böter; kommissionen kan vidare efter ansökan meddela negativattest; efter anmälan kan EG-kommissionen meddela ett individuellt undantag enligt artikel 85(3).

På vissa områden har EG-kommissionen givits behörighet att utfärda gruppundantagsförordningar, dvs. rättsakter som i enlighet med förutsättningarna i artikel 85(3) undantar grupper av avtal från förbudet i artikel 85(1). Denna makt har EG-kommissionen gjort bruk av med avseende på ett antal väsentliga områden. Gruppundantagsförordningarna möjliggör för företag att utgå ifrån att deras avtal är bindande trots att avtalet inte anmälts och trots att därför också ett individuellt undantagsbeslut av kommissionen saknas. Detta är inte bara förmånligt för företagen. Det lindrar också EG-kommissionens arbetsbelastning. Vissa gruppundantagsförordningar förutsätter dock anmälan enligt en s.k. opposition procedure. I den mån kommissionen inte inom en viss i förordningen angiven tidsfrist gör invändning mot avtalet i anledning av anmälan sker ett slags undantagsbeslut genom passivitet.

Den ojämförligt största andelen av ärenden hos EG-kommissionen

uttryckligen tillåtna kan anmälas till EG-kommissionen. Om EG-kommissionen inte reser någon invändning mot avtalet inom en sex- eller fyramånadersperiod från anmälan anses överenskommelsen undantagen enligt gruppundantagsförordningen. Detta förfarande är tillskapat på grund av att många företag som ingått "gråa" överenskommelser inte vågat chansa utan anmält sina avtal på traditionellt sätt. Det finns skäl för det; ett företag som felaktigt underlåter anmälan riskerar som ovan berörts bötes- och vitespåföljd samt inte minst att få sitt avtal ogiltigförklarat.

Detta "undantagsförfarande" har kritiserats.[246] Bland annat befaras att förfarandet erbjuder en väg att kringå formkraven som föregår individuella undantagsbeslut enligt Förordning 17/62, t.ex. hörandet av tredje man.[247] Vidare kan det vara tveksamt om EG-kommissionen handlat inom ramarna för den behörighet den fått sig delegerad från ministerrådet då den tillskapat en s.a.s. ytterligare anmälningsmöjlighet.[248]

2.7 Sammanfattning

Konkurrensreglerna har tre ändamål. Viktigast av dessa är integration av de ekonomiska marknaderna inom EG-fördraget, tätt följt av ekonomisk effektivitet. I viss mån avses konkurrensreglerna också främja, eller åtminstone inte motverka, skäligt marknadsuppträdande samt sociala värden.

Bestämmelserna har en förbudsstruktur. De är inte konstruerade som lagstöd för ad hoc-ingripanden med anknytande förhandlingsförfarande. Artikel 85 i Romfördraget förbjuder konkurrensbegränsande samarbete i olika former mellan flera företag. Bestämmelsen kan sägas innehålla tre grundrekvisit: det ska vara fråga om ett samarbete mellan företag, samarbetet ska ha konkurrensbegränsande syfte eller effekt och samarbetet ska ha påverkat handeln mellan medlemsstaterna.

Artikel 86 tar till skillnad från artikel 85 sikte på ensidigt marknadsuppträdande. Regeln förbjuder missbruk av en dominerande ställning på en relevant marknad som utgör en väsentlig del av den

[246] Se Kerse, 2.42; Korah, 10.4.4: "the procedure is a technical minefield".
[247] Se 2.5 ovan.
[248] Se Korah, 10.4.4. i f.

ekonomiska gemenskapen. Sådant missbruk ska ha påverkat konkurrensen eller konkurrenter. Liksom beträffande artikel 85 förutsätter

Kapitel 3: Nationella domstolars behörighet att tillämpa konkurrensreglerna – reglernas direkta effekt

3.1 Bakgrund

Romfördraget saknar reglering av fördragsbestämmelsernas verkan på det nationella planet.[249] I enlighet med principen om direkt effekt borde dock artiklarna 85 och 86 kunna tillämpas av nationell domstol om de anses tillräckligt precisa, ovillkorliga och inte förutsätter ytterligare implementeringsåtgärder.[250] Eftersom artiklarna reglerar rättsförhållanden mellan företag, skulle de i sådant fall ha horisontal direkt effekt.[251] Frågan om nationella domstolars behörighet att tillämpa konkurrensreglerna kunde då reduceras till en bedömning av om reglerna uppfyller villkoren för direkt effekt.

Men frågan är dessvärre mer komplicerad än så. Tillämpningen av artiklarna 85 och 86 regleras vidare av vad jag valt att kalla *tillämpningsbestämmelser.* Dessa återfinns dels i Förordning 17/62, i artiklarna 87, 88 och 89 i Romfördraget, där i form av övergångsbestämmelser.[252] Fram till 1962 tillämpades konkurrensreglerna i enlighet med övergångsbestämmelserna i artiklarna 88 och 89. Sedan ikraftträdandet av Förordning 17/62 styrs konkurrensreglernas offentligrättsliga tillämpning av denna.

Tillämpningsbestämmelserna säger egentligen ingenting om nationell domstols behörighet i tvistemål. Fram till Förordning 17/62:s kraftträdande skulle *myndigheterna i medlemsstaterna* i överensstämmelse

[249] Först 1963 i Van Gend en Loos slog EG-domstolen fast att fördragsbestämmelserna kunde ha direkt effekt.

[250] Se t.ex. T. Andersson, Rättsskyddsprincipen kapitel 2.

[251] Ang. skillnaden mellan vertikal och horisontal direkt effekt, se a.a. m.hvsn.

[252] I EG-kommissionens Green Paper s. 77, hävdas att artiklarna 87–88 syftar till att undvika decentralisering av övervakningen och de problem som uppstår i samband därmed.

med sina inhemska rättsordningar tillämpa förbudsbestämmelserna, "särskilt artikel 85(3)".[253] EG-kommissionen gavs vissa begränsade befogenheter att tillämpa förbudsbestämmelserna tills dess att tillämpningsbestämmelserna antagits. EG-kommissionen kunde t.ex. i beslut riktade till felande företag och/eller nationella myndigheter fastslå att överträdelser förelåg och föreslå åtgärder för avhjälpande.

I artikel 9(2) i Förordning 17/62 slås fast att EG-kommissionen är behörig att tillämpa artikel 85(1) och 86. Vidare sägs i artikel 9(3) att "myndigheterna i medlemsstaterna" även efter förordningens ikraftträdande ska ha behörighet att tillämpa artikel 85(1) och artikel 86. En förutsättning för detta är dock att EG-kommissionen inte inlett något förfarande som rör samma fråga. I artikel 9(1) framhålls att EG-kommissionen ska ha *sole power* att tillämpa artikel 85(3). Även om alltså EG-kommissionens och de nationella myndigheternas respektive kompetens är svårbestämd med avseende på tiden före och efter Förordning 17/62 är det uppenbart att förordningen ger EG-kommissionen en utvidgad makt på de nationella myndigheternas bekostnad.[254]

När frågan om nationella domstolars tillämpning av konkurrensreglerna aktualiserades under första delen av 1960-talet, kom EG-domstolen att ställas inför problemet med tillämpningsreglernas relevans för behörighetsfrågan i nationell civilprocess. Rättsläget var inledningsvis mycket oklart. I enlighet med principen om direkt effekt kunde det tänkas att konkurrensreglerna vore möjliga att tillämpa oberoende av tillämpningsföreskrifter.[255] Det var också möjligt att domstolarnas behörighet var villkorad av övergångsbestämmelserna och de påföljande tillämpningsföreskrifterna.

Enligt en uppfattning från tiden före Förordning 17/62 sågs konkurrensreglerna enbart som allmänna principer.[256] Utan de förutskickade tillämpningsföreskrifterna ansågs de alltför generella att läggas till grund för enskilda rättsförhållanden.[257] Enligt en annan uppfattning från samma tid ansågs de materiella bestämmelserna kunna tillämpas i den mån tillämpningsreglerna tillät myndigheter i medlemsstater att

[253] Se ovan 2.3.
[254] Jfr ovan 2.4.
[255] Picañol s. 3.
[256] Picañol s. 3 m.hvsn.t. avgörande av Tribunal du Commerce (Brasserie Henry Funck v. Kieffer) i Luxemburg 8/12 1960. I artikel 87 sägs ju också, som nämnts, att principerna i förbudsbestämmelserna ska specificeras genom tillämpningsbestämmelserna.
[257] Se Picañol s. 3.

ingripa mot konkurrensbegränsningar. Därmed likställdes nationella domstolar med "myndigheter i medlemsstaterna". Detta var ett slags e contrario-slut utifrån tillämpningsbestämmelserna. De materiella konkurrensbestämmelserna ansågs inte ha någon "självständig" verkan i medlemsstaterna.[258]

Det kommer att framgå av det följande att EG-domstolen i princip bringat klarhet i rättsläget. Tillämpningsbestämmelsernas betydelse för nationella domstolars behörighet att tillämpa konkurrensreglerna i tvistemål är bestämd. Artikel 86 kan tillämpas oberoende av tillämpningsföreskrifterna. Artikel 85(1) kan tillämpas direkt av nationella domstolar, men endast på de områden som täcks av tillämpningsbestämmelser. Eftersom Förordning 17/62 täcker nästan alla samhällsområden som kan beröras av konkurrensreglerna innebär detta i praktiken att också artikel 85(1) generellt kan tillämpas direkt av nationella domstolar. Däremot råder i princip tillämpningsförbud beträffande artikel 85(3) på det nationella planet.[259]

Två saker är förvånande vad gäller dessa tillämpningsbestämmelsers betydelse för konkurrensreglernas nationella verkan. För det första *har* bestämmelserna betydelse för nationell domstols behörighet i tvistemål, trots att frågan inte uttryckligen berörs av själva bestämmelserna. För det andra *begränsar* tillämpningsbestämmelserna nationell domstols behörighet. Detta tycks märkligt mot bakgrund av de ändamål som ligger bakom t.ex. rättsskyddsprincipen,[260] dvs. strävan efter EG-rättens genomslag och integrering i de nationella rättsordningarna.

Nedan kommer att framgå att skälet till de nationella domstolarnas halva behörighet vad gäller tillämpningen av artikel 85 är att låta EG-kommissionen behålla kontrollen över rättsutvecklingen. Men detta förenas samtidigt med en strävan efter ökad tillämpning vid nationell domstol. En decentraliserad tillämpning av EG-rättsliga regler motiveras av EG-rättens effektiva genomslag, integrering och skydd för enskilda rättigheter.[261] På konkurrensrättens område tillkommer ytterli-

[258] Detta tycks svårförenligt med karakteristiken av de materiella bestämmelserna som direkt effektiva, åtminstone om man med det avser den traditionellt folkrättsdoktrinära kvalitet som är synonym med "self-executing". Vidare skulle detta ha inneburit att nationella domstolar haft att tillämpa konkurrensreglerna i överensstämmelse med sina nationella rättsordningar.

[259] Detta är något tillspetsat; nationell domstol får pröva om rekvisiten för undantag är uppfyllda, men de får inte s.a.s. utdöma undantag.

[260] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 267 f.

[261] Jfr T. Andersson, Rättsskyddsprincipen 7.2.

gare ett skäl. På grund av sin centrala funktion som konkurrensbevakare har EG-kommissionen kommit att belastas med allt fler ärenden. Det faktum att det kan ta upp till fem år att få ett ärende avgjort är inte bara belastande för de företag som direkt berörs. De långa tidsutdräkterna gör också att EG-kommissionen fyller sina rättsutvecklande och konkurrensbevakande uppgifter mindre väl. Och därmed minskar givetvis konkurrensrättens genomslag, dess effektiva verkan i relationer mellan enskilda i de olika medlemsstaterna.[262]

EG-domstolen har alltså under den trettioårsperiod som konkurrensreglerna tillämpats successivt klarlagt i vilken omfattning de kan tillämpas i tvistemål. Två svårförenliga värden har varit bestämmande för rättsutvecklingen – centraliserad rättsutveckling och decentraliserad rättstillämpning. Det kommer att visa sig nedan att detta har fått vissa negativa konsekvenser.

3.2 Följer nationella domstolars behörighet direkt av artikel 85 och 86?

Det har betydelse om nationella domstolars behörighet följer av konkurrensreglernas direkta effekt, oberoende av Förordning 17/62. Det framgår nämligen av förordningen att "myndigheterna i medlemsstaterna" har behörighet, men endast under förutsättning att EG-kommissionen inte inlett något förfarande avseende "samma fråga".[263] Vore nationella domstolar att räkna som "myndigheter", skulle deras behörighet vara villkorad av att EG-kommissionen inte inlett något förfarande avseende samma fråga.

Efter *Bosch*-fallet (1962) var den EG-rättsliga doktrinen tämligen enig om att man skulle kategorisera de nationella domstolarna utifrån i vilken kapacitet de kunde komma att tillämpa konkurrensreglerna.[264] I en kategori placerades de domstolar som tillhör de "myndigheter i medlemsstaterna som anförtrotts att tillämpa konkurrensreglerna".[265]

[262] Jfr t.ex. Ehlermann, National Anti-Trust Authorities s. 88 f.

[263] Se Förordning 17/62 artikel 9(3).

[264] Gijlstra/Murphy s. 106.

[265] Domstolar som alltså antingen är besvärsinstans eller första instans i administrativ process. I Sverige är t.ex. Stockholms Tingsrätt och Marknadsdomstolen domstolar som utgör en del "av myndigheterna som anförtrotts tillämpningen av konkurrensreglerna". Vid Stockholms Tingsrätt kan dock också konkurrensbestämmelserna tillämpas i civilrättslig ordning, se t.ex. SOU 1997:20 s. 212 f. Det är dock tveksamt om den svenska konkurrenslagens forumregel, som ger Stockholms Tingsrätt behörighet att vara forum i alla civila

I en andra kategori sorterades domstolar *a titre incident* inför vilka bestämmelserna åberopas inom ramen för privaträttsliga tvister.[266] Det ansågs att administrativa domstolars behörighet följer av artikel 88 och artikel 9(3) i Förordning 17/62. Domstolar med uppgift att slita privaträttsliga tvister ansågs vara behöriga att tillämpa konkurrensbestämmelserna på grund av reglernas direkta effekt. Följaktligen var nationella domstolar vid lösande av privaträttsliga konflikter inte att ses som "myndigheter i medlemsstaterna". Deras behörighet skulle följa oberoende av artikel 9 i Förordning 17/62 och artikel 88 i Romfördraget.[267]

I rättsfallet *Bilger v. Jehle* (1970) hävdade dock EG-domstolen att nationella domstolar vid lösandet av privaträttsliga tvister träffas av artikel 9(3).[268] Domstolen motiverade det med att artikel 9(3) hänvisar till artikel 88, som stadgar att nationella process- och behörighetsregler ska avgöra i vad mån ett judiciellt organ är behörigt.[269] Och om också nationella domstolar i civilprocessuell kapacitet var underkastade artikel 9(3) skulle deras behörighet vara villkorad av att EG-kommissionen inte inlett något förfarande angående samma sak. Det har dock hävdats att domstolens resonemang, eftersom det är *obiter dictum*,[270] endast har relevans för gamla avtal.[271] *Bilger v. Jehle*-fallet skulle därmed inte säga någonting om nationella domstolars "normala" behörighet, avseende t.ex. nya avtal. Det skulle alltså i princip finnas utrymme för det betraktelsesätt som gällde efter *Bosch*.

Det framgår dock tämligen klart att EG-domstolen menade att de nationella domstolarnas behörighet i tvistemål bestäms av tillämpningsföreskrifterna.[272] Detta intryck förstärks av *de Haecht II*-fallet

---

tvister i anledning av lagen, täcker också tillämpningen av de EG-rättsliga konkurrensbestämmelserna. Möjligen är den analogt tillämplig, se nedan 10.6.

[266] Gijlstra/Murphy s. 106.

[267] Gijlstra/Murphy s. 106, se not 120 för hänvisning till litteratur.

[268] Waelbroeck, Concurrance s. 159, kommenterade detta med orden : "(l)a surprise fut donc grande".

[269] Se Bilger v. Jehle (1970), [9].

[270] Se t.ex. Forrester s. 175; jfr Faull/Weiler s. 118 m.hvsn. Domstolen diskuterade i sammanhanget frågan om nationella domstolar kan ogiltigförklara gamla avtal och målet gällde om gamla, icke anmälningspliktiga avtal kan ogiltigförklaras.

[271] Gamla avtal är sådana som ingåtts innan Förordning 17/62 trädde ikraft 13/3 1962; om sådana avtal anmälts i enlighet med övergångsbestämmelserna i Förordning 17/62 kan de, i motsats till nya avtal, bli villkorat giltiga. Ang. detta, se nedan 3.6.

[272] EG-domstolen framhåller att artikel 88 i Romfördraget och 9(3) i Förordning 17/62 inte säger någonting om eventuell retroaktiv verkan av nationella domstolars ogiltighetsförklaring av avtal, men att det i varje fall inte kan vara meningen att icke anmälningspliktiga

(1973). EG-domstolen framhöll här lakoniskt att det inte var nödvändigt att åter bedöma "om artikel 9, genom orden 'myndigheterna i medlemsstaterna', också syftar på nationella domstolar som handlar i enlighet med artikel 85(2)".[273]

Detta skulle innebära att de nationella domstolarnas behörighet är villkorad av att EG-kommissionen inte inlett något förfarande enligt artikel 9(3) i Förordning 17/62. Å andra sidan framhöll EG-domstolen i målet att de nationella domstolarna "*by virtue of the direct effect of Article 85(2)*" kan ogiltigförklara avtal.[274] Det tycks som om nationella domstolar i tvistemål, trots att de är att räkna som myndigheter i medlemsstaterna enligt artikel 9(3) i Förordning 17/62, får sin kompetens oberoende av förordningen. Det borde då vara oväsentligt för behörighetsfrågan om domstolarna ska räknas som myndigheter.[275] Men vad menade egentligen EG-domstolen i fallet?[276]

Rättsläget klarnade betydligt efter rättsfallet *BRT v. SABAM* (1974). I ett ofta citerat stycke hävdade domstolen att de nationella domstolarnas kompetens att tillämpa förbuden i artiklarna 85 och 86, särskilt vad gäller civilrättsliga tvister,[277] följer av artiklarnas direkta effekt.[278] Domstolen fann att förbuden i artikel 85(1) och 86 genom sin blotta natur har direkt effekt i förhållanden mellan enskilda. Därigenom skapar artiklarna direkta rättigheter mellan berörda individer, rättigheter

---

överenskommelser ska kunna ogiltigförklaras retroaktivt, [10]. Med EG-domstolens grundligt anlagda ansats fram till besvarandet av den nationella domstolens frågor, vore det märkligt om den förtigit en implicit distinktion mellan normal behörighet enligt de materiella reglernas direkta effekt och en behörighet grundad på tillämpningsföreskrifterna då det gäller gamla avtal.

[273] de Haecht II (1973), [16].

[274] de Haecht II, [4].

[275] Se Faull/Weiler s. 119.

[276] Den frågan har många ställt sig; se Gijlstra/Murphy s. 107 m.hvsn. Faull/Weiler (s. 119) hävdar att förhandsavgörandet kan förstås som att frågan om nationella domstolar som privaträttsliga tvistelösare (och inte nationella domstolar i allmänhet) bör betraktas som myndigheter i medlemsstaterna inte tas upp igen. Detta löser dock inte på något sätt den grundläggande motstridigheten i de Haecht II-fallet (1973): dels hävdar domstolen att nationella domstolar vid slitandet av privaträttsliga tvister får sin behörighet att ogiltigförklara avtal av artikel 85(2):s direkta effekt, dels hävdar den med hänvisning till Bilger v. Jehle-fallet (1970) att nationella domstolar är att betrakta som myndigheter i medlemsstaterna, vilket implicerar att deras behörighet villkoras av att EG-kommissionen inte inlett något förfarande. Se vidare nedan not 278.

[277] Också t.ex. franska brottmålsdomstolar, som inte ingår i den nationella konkurrensvårdande myndighetsorganisationen får sin jurisdiktion på detta sätt, se t.ex. Lucas Asjes-fallet (1986) nedan 3.3 vid not 294.

[278] BRT v. SABAM (1974), [15].

som de nationella domstolarna måste skydda.[279] Domstolen framhöll att det skulle beröva individerna de rättigheter som de bär *'under the Treaty itself'* att på grund av artikel 9 i Förordning 17/62 förvägra de nationella domstolarna behörighet att tillhandahålla sådant skydd.[280]

EG-domstolen återkom vidare till den distinktion som tidigare återfunnits i doktrinen.[281] Eftersom artikel 9(3) hänvisar till sådana myndigheter som är kompetenta att tillämpa artikel 85 och 86 i enlighet med artikel 88, måste den syfta *enbart* på sådana myndigheter vars kompetens emanerar från artikel 88. Detta innebär att nationella domstolar med administrativ funktion har behörighet att tillämpa reglerna endast under förutsättning att EG-kommissionen inte inlett något förfarande.

Detta, framhöll EG-domstolen, kan inte hindra en domstol "inför vilken den direkta effekten av artikel 86 åberopas att avkunna dom".[282] Och det medför alltså att artikel 86 kan tillämpas av nationell domstol också för det fall EG-kommissionen inlett ett förfarande avseende samma sak.[283]

[279] BRT v. SABAM, [16-17].

[280] BRT v. SABAM, [18]. Mayras (AG) (259-269) menade tvärtom att artikel 9(3) inkluderar nationella domstolar, dels på grund av ordalydelsen och tolkning av tidigare rättsfall, dels på grund av ändamålsskäl, främst den enhetliga tillämpningen av konkurrensbestämmelserna. Han menade att den belgiska domstolen skulle ha vilandeförklarat målet i avvaktan på EG-kommissionens beslut och att domstolen som en nödvändig konsekvens av detta inte kunde begära förhandsavgörande av EG-domstolen. Därför fanns inget behov av förhandsavgörande.

[281] Se ovan vid not 264 och det följande.

[282] Det kan ifrågasättas om domstolens sätt att uttrycka sig är välvalt. Även om den nationella domstolen vore förhindrad att tillämpa artikel 86, skulle väl inte dess kompetens att ge dom i *målet* hindras. Gamla avtal ska ges full verkan enligt tillämplig kontraktsrätt även om inte konkurrensreglerna får tillämpas (se De Bloos v. Bouyer (1977), [15]). EG-domstolen menade väl snarast att nationella domstolar ska vara behöriga att avkunna dom över *konkurrensfrågan*.

[283] BRT v. SABAM, [20-21]. Jfr Bilger v. Jehle (1970) ovan, vari framhölls att nationella domstolar var behöriga att tillämpa ogiltighetssanktionen just på grund av att de inrymdes under artikel 9(3) och artikel 88. Det kan hävdas att rättsfallen är förenliga eftersom det i det äldre rättsfallet var fråga om ett gammalt avtal och frågan gällde dess provisoriska giltighet. Underförstått är då att konkurrensbestämmelserna inte har direkt effekt med avseende på gamla avtal. Man frågar sig då varför domstolen inte i Bilger v. Jehle-fallet inledde med att förklara att bestämmelserna inte hade direkt effekt vad gäller gamla avtal och att man därför var tvungen att utröna huruvida nationella domstolars kompetens gick att fastslå via artikel 88 och 9(3). Jag finner det mycket tveksamt att EG-domstolen högst underförstått upprätthöll distinktionen mellan konkurrensreglernas direkta effekt med avseende på nya avtal och den "villkorade" effekten av bestämmelserna med avseende på gamla. Jfr dock doktrinen, däribland Kerse 10.02, som hävdar att EG-domstolen i Bilgers v. Jehle inte tog ställning till om domstolarna inrymdes bland medlemsstaterna vad gäller deras tvistlösande funktion.

Det kan påpekas att rättsfallen *Bilger v. Jehle* och *de Haecht II* båda rörde artikel 85:s verkan i medlemsstaterna. *BRT v. SABAM* gällde verkan av artikel 86. Trots det förklarade EG-domstolen att båda bestämmelserna hade direkt effekt. Nedan kommer dock att framgå att artikel 85(1) egentligen inte verkar kunna tillämpas utan tillämpningsföreskrifter, men att artikel 9 i Förordning 17/62 ändå inte begränsar nationella domstolars behörighet.[284] Detta innebär att EG-domstolens slutsats i BRT v. SABAM-fallet måste modifieras.[285]

Artikel 86 har däremot "ren" direkt effekt. Detta konfirmerade EG-domstolen i *Ahmed Saeed*-fallet (1989).[286] Domstolen slog fast att inga begränsningar finns vad gäller nationell domstols behörighet att tillämpa artikel 86.[287] Bestämmelsen är alltså ovillkorligt direkt tillämplig på alla områden som faller under EG:s konkurrensrätt och följaktligen oberoende av tillämpningsföreskrifter.[288]

3.3 Närmare om nationella domstolars behörighet att tillämpa artikel 85(1)

EG-domstolen har i ett antal rättsfall slagit fast att artikel 85(1) kan tillämpas av nationella domstolar.[289] Vidare står det klart att nationella domstolars tillämpning av artikel 85(1) inte hindras av att EG-kommissionen inlett förfarande avseende samma sak.[290] Detta brukar tas till intäkt för att artikel 85(1) har direkt effekt, att bestämmelsen kan tillämpas oberoende av Förordning 17/62.[291] Detta måste dock modifieras i ljuset av *Lucas Asjes*-fallet (1986) och *Ahmed Saeed*-fallet (1989).

Båda fallen rör konkurrensbegränsande verksamhet inom delar av lufttransportsektorn som när fallen avgjordes saknade tillämpnings-

[284] Se 3.3.
[285] Se nedan vid not 301.
[286] Ahmed Saeed (1989), [21].
[287] Ahmed Saeed (1989), [32-33].
[288] Detta är inte en självklar slutsats; se det holländska rättsfallet Malibu Travel v. KLM (1988), anmälan av Dutilh.
[289] Se t.ex. Marty (1980).
[290] Se t.ex. Kerse, 10.02, samt ovan 3.2.
[291] Se t.ex. Bellamy & Child, 10-004.

föreskrifter.[292] Eftersom Förordning 17/62 täcker nästan alla ekonomiska verksamhetsfält[293] har rättsfallen praktiskt prejudikatvärde på ett ytterst begränsat område. De hade i och för sig haft relevans för hur artikel 85(1) skulle tillämpas av nationella domstolar fram till 1962. Men den frågan är enbart av rättshistoriskt intresse. Jag anser ändå att fallen bör belysas. De åskådliggör nämligen den förvirring som präglat ändamålsstrukturen bakom nationella domstolars behörighet att tillämpa artikel 85(1) i tvistemål.

I Lucas Asjes-fallet uppkom frågan om (fransk) brottmålsdomstol har behörighet att tillämpa konkurrensreglerna på områden som saknar tillämpningsbestämmelser.[294] Domstolen fann att övergångsbestämmelserna i artiklarna 88 och 89 fortsätter att gälla till följd av att inga tillämpningsföreskrifter antagits i enlighet med artikel 87 i Romfördraget. Domstolen tog inte ledning av *BRT v. SABAM* (1974) för att avgöra vilket utrymme artikel 88 lämnar åt nationella domstolar att tillämpa artikel 85(1). Istället återvände domstolen till ett tidigare obiter dictum i *Bosch*-fallet (1962). Med stöd av detta fann domstolen att artiklarna 88 och 89 inte är av sådan natur att en komplett och konsistent tillämpning av artikel 85 tillförsäkras; övergångsbestämmelsernas existens kunde inte leda till slutsatsen att artikel 85 varit "*fully effective*" från Romfördragets ikraftträdande.[295] EG-domstolen fann vidare att nationell brottmålsdomstol inte heller faller under rekvisitet

[292] De materiella konkurrensreglerna gäller för all slags kommersiell verksamhet i den mån den inte är uttryckligt undantagen, se Lucas Asjes [40]. Förordning 17/62 täcker dock inte alla de ekonomiska verksamhetsfält som faller under konkurrensreglerna. Genom Förordning 141/62 undantas transportsektorn från Förordning 17/62:s tillämpningsområde. 1968 antogs Rådsförordning 1017/68 med tillämpningsföreskrifter för järnvägstransport- och vägtransportsektorerna samt för transport längs "inland waterway". 1987 antogs tillämpningsförfattningar inom lufttransportsektorn: Förordning 3976/87, Direktiv 87/60 1/EEC ang. "Fares for scheduled air services between member states", Beslut 87/602/EEC ang. "Sharing of passenger capacity between air carriers on scheduled air services between member states and on access for air carriers to scheduled air service routes between member states". Lucas Asjes-fallet rörde bland annat de konkurrensrättsliga bestämmelsernas verkan i medlemsstaterna på ett område som då saknade tillämpningsförfattningar. När Ahmed Saeed-fallet avgjordes fanns visserligen tillämpningsförfattningar, men de täckte inte all verksamhet som de inblandade företagen ägnat sig åt. EG-domstolen fann att tillämpningsförfattningarna inte gällde lufttransport inom ett EG-land eller lufttransporter till och från flygplatser i icke EG-länder, se [21]. Ang. Förordning 17/62:s sakliga tillämpningsområde, se också ovan efter not 149.

[293] Se Bourgeois s. 338.

[294] En tilltalad i brottmål hävdade att den franska straffbestämmelsen var konkurrensbegränsande; en förutsättning för att denna rättsinvändning skulle vara framgångsrik ansågs då vara att domstolen ifråga var behörig att tillämpa EG:s konkurrensbestämmelser direkt.

[295] Lucas Asjes, [61]; jfr Bosch s. 45.

"myndigheterna i medlemsstaterna" i artikel 88.[296] Samma sak borde gälla domstol i tvistemål på området utanför Förordning 17/62.[297]

Konsekvensen av *Lucas Asjes*-fallet är att en nationell domstol inte kan tillämpa de konkurrensrättsliga reglerna på områden som saknar tillämpningsföreskrifter, inte med stöd av bestämmelsens direkta effekt och inte med stöd i artikel 88.[298] Men, frågar man sig, hur går detta ihop med att förbudet i artikel 85(1) genom sin blotta natur ger upphov till individuella rättigheter som nationella domstolar måste skydda, rättigheter som t.ex. artikel 9 i Förordning 17/62 inte kan beröva individer genom att förneka nationella domstolar behörighet?[299] Svaret är att det inte går ihop.[300] Därför måste EG-domstolens beskrivning av rättsläget i *BRT v. SABAM* (1974) modifieras. Artikel 85 ger inte genom sin blotta natur upphov till rättigheter som de nationella domstolarna måste skydda; de nationella domstolarna kan skydda individuella rättigheter emanerande från artikel 85 endast om det finns tillämpningsföreskrifter som reglerar det aktuella området.[301]

Man frågar sig då *varför* inte artikel 85(1) är direkt tillämplig på områden som inte täcks av Förordning 17/62. Och kanske än mer relevant är frågan varför artikel 85(1) är tillämplig på områden som täcks av Förordning 17/62. Om man läser rättsfallen *BRT v. SABAM* och *Lucas Asjes* tillsammans verkar det som om artikel 85(1):s "natur" genomgår någon slags metamorfos efter det att tillämpningsföreskrifter antas och plötsligt blir kapabel att skänka bestämmelsen direkt effekt. I det följande ska jag försöka beskriva EG-domstolens motivering till det rådande rättsläget.

I *Ahmed Saeed*-fallet (1989) motiverade EG-domstolen de olikartade verkningarna av artikel 85 och 86 med att bestämmelserna uppställer skilda regleringsstrukturer. Artikel 86 är ett blankt förbud – om

[296] Lucas Asjes, [55-56].

[297] EG-domstolen hänvisade till BRT v. SABAM (1974) då den fastställde vilka judiciella organ som faller under rekvisitet "myndigheter i medlemsstaterna" och det målet gällde domstol i tvistemål. Om EG-domstolen ansåg att det gick att använda sin tidigare tolkning av artikel 9(3) i Förordning 17/62 för att tolka ett likadant rekvisit i artikel 88 i Romfördraget, borde den slutsats den kom till ha bäring också under de förutsättningar som gällde i det tidigare rättsfallet. Rimligen måste därför också domstol i tvistemål anses sakna behörighet enligt artikel 88 i Romfördraget.

[298] Se också Bourgeois s. 334.

[299] BRT v. SABAM, [16-17], se ovan vid not 280.

[300] Se också Bourgeois s. 334.

[301] Se ovan vid not 284.

ett visst kommersiellt handlande faller under bestämmelsens rekvisit måste handlandet ovillkorligt ses som en förbjuden konkurrensbegränsning. Avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnat förfarande som faller under förbudet i artikel 85(1) kan däremot undantas genom artikel 85(3).[302]

För att förklara varför artikel 85(1) i princip saknar direkt effekt på områden utanför Förordning 17/62 måste bestämmelsen ses i sammanhang med artikel 85(3). Nationella domstolar saknar "normalt" behörighet att tillämpa artikel 85(3), eftersom artikel 9(1) i Förordning 17/62 stadgar att EG-kommissionen har exklusiv kompetens att tillämpa bestämmelsen.[303] EG-domstolen förutsatte i Ahmed Saeed- och Lucas Asjes-fallen att nationella domstolar saknar behörighet att tillämpa artikel 85(3) också på området utanför Förordning 17/62.[304, 305] EG-domstolen har framhållit att tillämpningen av artikel 85(3) är ett led i utvecklingen av EU:s konkurrenspolitik och att denna uppgift endast faller på de institutioner (läs: EG-kommissionen) som givits behörighet till det enligt tillämpningsföreskrifterna.[306] Domstolen poängterade i *Ahmed Saeed* att "*the sole justification*" för att fortsätta tillämpa artiklarna 88 och 89 på områden utan tillämpningsföreskrifter är att artikel 85 har denna konstruktion.[307]

EG-domstolen fann i *Lucas Asjes*- och *Bosch*-fallen, som ovan sagts, att övergångsbestämmelserna, artiklarna 88 och 89, inte tillåter att artikel 85 "tillämpas komplett och konsistent". Därför följer inte av övergångsbestämmelserna att artikel 85 är fullt effektiv utan tillämpningsföreskrifter.[308] Detta framstår som både kryptiskt och märkligt. Antagligen menade EG-domstolen att övergångsbestämmelserna inte medger en enhetlig tillämpning inom gemenskapen, eftersom konkurrensvårdande myndigheters behörighet att tillämpa

[302] Ahmed Saeed (1989), [32].

[303] Denna fråga behandlas nedan i 3.4.

[304] Se Lucas Asjes, [63]; Ahmed Saeed, [32]; I Bosch-fallet (1962) är det dock tveksamt om domstolen inte menade att frågan om tillämpning av artikel 85(3) genom artikel 88 delegerats till den nationella rättsordningen.

[305] Eftersom det enda formella hindret mot att nationella domstolar tillämpar hela artikel 85 är artikel 9(3) i Förordning 17/62 och eftersom den nationella semijurisdiktionen ställt till betydande problem på områden som faller under Förordning 17/62, kan man tycka att det hade varit naturligt att låta nationella domstolar tillämpa hela artikel 85 utanför Förordning 17/62 där alltså inga formella hinder finns.

[306] Ahmed Saeed (1989), [32].

[307] Ahmed Saeed (1989), [32].

[308] Lucas Asjes (1986), [61].

artikel 85(1) enligt artikel 88 villkoras av myndigheternas inhemska regler. Dessutom har EG-kommissionen endast kompetens att tillämpa artikel 85:s två första stycken enligt artikel 89.[309] EG-domstolen menade att det av rättssäkerhetsskäl inte kan komma ifråga att avtal drabbas av automatisk ogiltighet bara för att de träffas av artikel 85(1).[310] Alltså, "the sole justification" för att frånkänna nationella domstolar behörighet enligt övergångsbestämmelserna är att EG-kommissionen annars inte skulle ges exklusiv kompetens att tillämpa hela artikel 85.

Därmed förefaller "the sole justification" för att frånkänna nationella domstolar behörighet enligt övergångsbestämmelserna vara att övergångsbestämmelserna ger för litet utrymme för EG-kommissionens rättsbildande och rättsutvecklande funktion. Tillämpningen av konkurrensreglerna skulle i alltför hög grad bli beroende av, och influeras av, nationella regler. EG-domstolen verkar således med hänvisning till rättssäkerhetsskäl ha funnit att konkurrensreglerna hellre inte bör tillämpas alls än att tillämpas och utvecklas vid sidan om hägnet av EG-kommissionens kontrollerande och policyskapande verksamhet.

Medför då Förordning 17/62 att tillämpningen av konkurrensreglerna är "komplett och konsistent" och motverkar förordningen rättssäkerhetsbrister? Det kan man knappast säga. Förordning 17/62 stadgar ingenting om nationella domstolars tillämpning av konkurrensreglerna i tvistemål. Praxis har istället utvecklats så att nationella domstolar kan tillämpa artikel 85(1) och (2) i tvistemål oberoende av om EG-kommissionen dessförinnan prövat eller samtidigt prövar samma fråga. Förordning 17/62 ger EG-kommissionen rätt att oberoende av nationella domslut tillämpa artikel 85(3) på alla avtal, och liknande, inom EU.

Detta tillämpningssystem skulle kanske medverka till en komplett och konsistent tillämpning av artikel 85 för det fall alla potentiellt konkurrensbegränsande avtal och motsvarande kom att bedömas av EG-kommissionen enligt artikel 85 som en helhet och om varje sådan bedömning utmynnade i ett formellt beslut. Som ovan påpekats ett flertal gånger tar dock EG-kommissionen lång tid på sig för att komma till beslut och avslutar ofta ärenden med oförbindande *comfort*

[309] Lucas Asjes (1986), [62]. Det bör påpekas att risken för att nationella domstolar hamnar i dennasituation är latent när dessa tillämpar artikel 85(1) på områden som täcks av Förordning 17/62, se nedan 3.4.
[310] Lucas Asjes (1986), [63-64].

letters.[311] Vidare har EG-kommissionens roll förändrats det senaste decenniet. Det anses inte längre att kommissionens integrerande och harmoniserande uppgifter bör fullgöras genom tillämpning av artikel 85(3) i enskilda fall. Istället har decentraliserings- och subsidiaritetssträvanden medfört att bördan av att tillämpa de materiella konkurrensreglerna lagts på nationella domstolar i allt större utsträckning.[312]

Mot denna bakgrund är det märkligt att som EG-domstolen framhålla att nationella domstolar inte kan tillämpa artikel 85(1) på grund av att övergångsbestämmelserna inte tillförsäkrar "komplett och konsistent" tillämpning och eftersom det skulle medföra rättssäkerhetsbrister. Det är just inkonsistens och rättssäkerhetsbrister som belastar tillämpningen av artikel 85(1) inom de områden som täcks av Förordning 17/62.[313] Faktum kvarstår dock: nationella domstolar kan inte tillämpa artikel 85 som direkt effektiv EG-rätt på områden som inte faller under Förordning 17/62.

3.4 Artikel 85(3) – nationella domstolars "halva" behörighet

I artikel 9(1) i Förordning 17/62 stadgas att EG-kommissionen, villkorat av EG-domstolens överprövning, har "sole power" att förklara artikel 85(1) icke tillämplig. EG-kommissionen har alltså exklusiv behörighet att tillämpa artikel 85(3).[314] Utifrån den bestämmelsen och mot bakgrund av EG-domstolens praxis[315] är det okontroversiellt att hävda att artikel 85(3) inte kan tillämpas av nationella domstolar.[316]

EG-domstolen framhöll i *Delimitis*-fallet (1991) att undantagsbeslut måste föregås av komplexa ekonomiska bedömningar och att

[311] Se ovan 2.5.

[312] Se t.ex. Van Bael, The Role of the National Court s. 1; Ehlermann, Verordnung 17 s. 997; Wolf/Fink s. 289 f.

[313] Se nedan 3.6 och 3.7.

[314] Samma skäl som talar mot att nationella domstolar tillämpar artikel 85(3), se nedan, talar mot att EG-domstolen i ett artikel 177-förfarande skulle kunna tillämpa artikel 85(3); se också Faull/Weiler s. 131, men jfr tillkännagivandet om samarbete mellan nationella domstolar och EG-kommissionen [32] samt Kon s. 552 f.

[315] I bl.a. följande rättsfall framgår mer eller mindre uttalat att en nationell domstol inte obegränsat får tillämpa artikel 85(3): Bosch (1962), s. 16; Portelange (1969), [63-66]; Bilger v. Jehle (1970), [9]; L'Oréal (1980), [13]; Lancôme (1980), [6]; V. A. G. (1986), [16]; Fonderies Roubaix-Wattrelos (1976), [4]; Delimitis (1991), [44-45]; Automec II (T-1992), [96].

[316] Se dock Kon s. 561.

undantagsbeslut tillhör en del av EG-kommissionens uppgifter, *"the implementation and orientation"* av EG:s konkurrenspolicy.[317] Det finns två skäl till artikel 9(1). Det bör från konstitutionell synpunkt inte ankomma på nationella domstolar att utforma EG:s konkurrenspolitik. De nationella domstolarnas uppgift är istället att "skydda enskilda individers subjektiva rättigheter i deras inbördes förhållanden".[318] Dessutom kan man anta att nationella domstolar är mindre lämpade att göra komplexa ekonomiska bedömningar.[319]

Till dessa skäl kan fogas ett tredje som EG-domstolen inte berörde i sammanhanget: eftersom konkurrensreglerna är allmänt hållna och ger utrymme för flera tillämpningsmöjligheter i samma fall, finns behov av ett centralt organ som på fallbasis kan leda rättsutvecklingen och motverka divergerande, och därmed disintegrerande, tillämpning i medlemsstaterna.[320]

Fram till *de Haecht II*-fallet (1973) framgick av EG-domstolens praxis att artikel 85(3) inte var tillämplig inom ramen för nationella civilprocesser. De mer konkreta konsekvenserna av att nationell domstol inte kunde tillämpa bestämmelsen var dock oklara. Det fanns utrymme för olika teorier rörande hur de nationella domstolarna skulle bete sig om de fann artikel 85 relevant för slitandet av en upptagen tvist.

Enligt en idé var nationell domstol obehörig att tillämpa också artikel 85(1) så snart en part invände att artikel 85(3) var tillämplig.[321] Det kan påpekas att detta är den lösning som EG-domstolen utmejslat på områden som inte täcks av Förordning 17/62 eller andra tillämpningsföreskrifter.[322] Lösningen ger en nationell domstol två alternativ

[317] Delimitis-fallet, [44].

[318] Automec II (T-1992), [85]; EG-kommissionens tillkännagivande om samarbete (1993), [4]; se också Mayras (AG) i BRT v. SABAM s. 261; Hutchings/Levitt s. 122.

[319] Picañol s. 27 f; Hutchings/Levitt s. 123 och s. 125; Forrester/Norall s. 12 f; Jacobs, Civil Enforcement s. 1368; jfr Bourgeois s. 334.

[320] Picañol s. 27; Steindorff, No Case for Application by National Courts s. 127 f.

[321] Se Faull/Weiler s. 24 f. Undantagsbeslut av EG-kommissionen enligt artikel 85(3) förutsätter att avtalet (eller motsvarande) anmälts till EG-kommissionen enligt de relevanta bestämmelserna i Förordning 17/62. Enligt den behandlade teorin skulle alltså åtminstone avtal som anmälts bli immuna mot hela artikel 85. Antagligen skulle detta gälla också avtal som är undantagna från anmälningsplikt enligt artikel 4(2) i Förordning 17/62. Man kan naturligtvis också tänka sig att nationell domstol skulle vara obehörig att tillämpa artikel 85(1) i alla fall där kriterierna för att tillämpa artikel 85(3) är uppfyllda, oavsett om avtalet anmälts eller inte. T.ex. verkar inte EG-kommissionen ha utdömt bötessanktionen i alla fall då ett avtal som materiellt sett faller under artikel 85(3) inte anmälts.

[322] Se ovan 3.3.

då den ställs inför fall där det kan misstänkas att artikel 85(3) är tillämplig. Antingen avvisas hela målet,[323] eller så ges avtalet (eller annat potentiellt konkurrensbegränsande beteende) den verkan det har enligt tillämpliga kontrakträttsliga regler.[324] Enligt en annan uppfattning borde nationell domstol, trots artikel 9(1) i Förordning 17/62 och EG-domstolens praxis, kunna tillämpa hela artikel 85, dvs. också dess tredje stycke.[325]

EG-domstolen valde en tredje väg: nationell domstol får inte tillämpa artikel 85(3) i tvistemål, men har behörighet och är förpliktad att tillämpa artikel 85(1) och (2) på konkurrensbegränsande avtal[326] och detta också om avtalet ifråga har anmälts till EG-kommissionen.[327] Detta betyder att en nationell domstol har behörighet att tillämpa artikel 85:s två första stycken även om domstolen finner att det skulle kunna vara aktuellt med ett undantag. Vänder man på detta, föreligger också en *skyldighet* för den nationella domstolen att tillämpa artikelns två första stycken i en sådan situation.

I *de Haecht II* framhöll EG-domstolen vidare att nationella domstolar inte är helt avskurna från artikel 85(3). En nationell domstol kan "tillämpa" alla tre (!) styckena i artikel 85 på ett avtal, om det är ställt utom tvivel att avtalet är oförenligt med både första och tredje styckena.[328] Nationella domstolar är tillochmed behöriga att avkunna dom efter en sådan helhetsbedömning. Men helhetsbedömningen får inte utmynna i slutsatsen att avtalet uppfyller undantagskriterierna; domstolen får inte låta domslutet grundas på en positiv tillämpning av undantagsbestämmelsen. EG-kommissionens exklusiva behörighet gäller med andra ord endast själva besluten att bevilja individuella undantag.[329] Detta har konfirmerats i efterföljande praxis.[330]

Den valda lösningen förenar två svårförenliga ändamål. Dels ges EG-kommissonen exklusiv kompetens att tillämpa artikel 85(3), dels genomdrivs konkurrensreglerna på nationell nivå genom att domstolar

[323] Jfr Faull/Weiler s. 125.

[324] Det senare alternativet är det som gäller för nationella domstolar när de ställs inför gamla anmälda avtal, se nedan vid not 387.

[325] Jfr EG-kommissionens "observations" i Fonderies Roubaix-Wattrelos (1976) s. 116, [3]; se också Kon s. 561, efter vad jag förstår de lege ferenda.

[326] de Haecht II (1973), [12].

[327] Ang. anmälningsförfarandet, se ovan vid not 160 och det följande.

[328] de Haecht II, [12].

[329] de Haecht II, [12].

[330] Se fall angivna i not 315.

i alla medlemsstater skyddar individuella rättigheter.[331] Det uppkommer dock vissa problem i anledning av att de nationella domstolarna kan och måste tillämpa de två första styckena av artikel 85, men är förbjudna att tillämpa det tredje stycket.

En nackdel med de nationella domstolarnas "semi-jurisdiktion" är risken för motstridiga avgöranden. EG-kommissionen och nationell domstol har på grund av artikel 85(1):s direkta effekt parallell behörighet att bedöma potentiellt konkurrensbegränsande avtals giltighet.[332] Risken för motstridiga avgöranden är dock i detta fall större än den risk för motstridiga avgöranden som "normalt" uppkommer då flera judiciella organ kan tillämpa samma regelmateria på samma rättsförhållande.[333] EG-kommissionen kommer ju, för det fall ett avtal har anmälts,[334] att kunna tillämpa artikel 85 som en helhet medan en nationell domstol enbart kan tillämpa artikelns första två stycken.

Förbudsbestämmelsen i första stycket är mycket allmänt hållen och avsedd att tillämpas enligt sin ordalydelse.[335] Detta innebär att en mängd avtal täcks av bestämmelsen.[336] Vad gäller distributionsavtal, patentlicensavtal, avtal om forsknings- och utvecklingssamarbete mellan företag, specialiseringsavtal och joint ventures, kan en stor mängd avtalsvillkor som anses normala, nödvändiga och önskvärda, och som tillåts enligt tredje stycket, bli ogiltigförklarade av nationell domstol enligt första stycket.[337] Det framstår som märkligt och närmast orättfärdigt mot enskilda företag att avtal kan komma att ogiltigförklaras enligt en vidsträckt förbudsregel som förutsätter möjlighet till undantag. Det förefaller vidare inkonsekvent att motverka avtal som enligt en helhetsbedömning vore tillåtliga och därmed samhällsekonomiskt sett mer nyttiga än skadliga.[338]

Nu har ju inte en nationell dom över ett specifikt avtal rättskraft i förhållande till administrativa förfaranden vid EG-kommissionen.[339] Formella beslut av EG-kommissionen anses ha företräde framför

[331] Se t.ex. Faull/Weiler s. 139.
[332] Se t.ex. Delimitis (1991), [47].
[333] Se t.ex. Teigum s. 774.
[334] Artikel 4(1) i Förordning 17/62.
[335] Forrester/Norall s. 12.
[336] Forrester/Norall s. 12.
[337] Forrester/Norall s. 24. Dock finns en reservutgång för det fall en gruppundantagsförordning är tillämplig, se nedan 3.5.
[338] Whish/Sufrin, Rule of Reason s. 2.
[339] Jfr Kon s. 59 f.

redan avkunnade nationella domar[340] och prejudicerande verkan i förhållande till efterföljande tvistemålsprocesser.[341] Detta innebär att eventuella rättsförluster som orsakats av att en nationell domstol inte tillämpat artikel 85(3) kan gottgöras om EG-kommissionen senare bedömer samma avtal enligt artikel 85 som en helhet. Vidare förebyggs därigenom framtida rättsförluster. På samma sätt motverkar prejudicialverkan av kommissionsbeslut negativa konsekvenser av motstridiga avgöranden.

EG-kommissionen tar dock mycket lång tid på sig för att fatta formella beslut.[342] Den största anledningen till detta är den höga tillströmningen av ärenden, vilken ironiskt nog kan förklaras av EG-kommissionens exklusiva behörighet att bevilja undantag.[343] Det medför att ett avtal som varit ogiltigförklarat av en nationell domstol enligt artikel 85(1) och (2) kan vara inaktuellt då det väl "giltiggörs" av EG-kommissionen. I sådana situationer är givetvis ett formellt kommissionsbeslut ett dåligt botemedel för potentiella rättsförluster.[344]

Dessutom avslutar kommissionen numera många ärenden genom *comfort letters*.[345] EG-kommissionen började utfärda sådana brev under slutet av sextiotalet för att kunna avsluta ärenden utan omfattande och tidsödande undersökningar och för att därigenom minska ärendeanhopningen.[346] Från och med 1983 är det uttryckligen EG-kommissionens policy att avsluta ärenden på sådant sätt om anmälningen eller klagomålet inte föranleder kommissionen att fatta formella beslut.[347] Comfort letters är inte prejudicerande för efterföljande nationella processer, bland annat på grund av att de inte föregås av uttömmande undersökningar.[348] EG-kommissionen förhör inte

[340] L'Oréal (1980) [22-23]. Se också Teigum s. 775.

[341] Se t.ex. tillkännagivande om samarbete mellan nationella domstolar och EG-kommissionen [7-8]; jfr dock nedan vid not 358 och det följande.

[342] Se ovan 2.5.

[343] Se t.ex. Groger/Janicke s. 994 f.

[344] Ang. frågan om kommissionens senfärdighet i detta avseende utgör skadeståndsgrund enligt artikel 215, jfr bl.a. Pantochime v. EG-kommissionen (T-1998).

[345] Se ovan 2.5.

[346] EG-kommissionen använde tidigt comfort letters för att avsluta fall; se t.ex. Forrester/Norall s. 46.

[347] Denna policy har tydligen varit lyckad: 1982 vilade 3 175 ansökningar och anmälningar hos EG-kommissionen jämfört med 2 287 år 1991, se EG-kommissionen, XXIst Report on Competition Policy (1991).

[348] Se t.ex. Guerlain-fallet (1980), [18].

avtalsparterna och tredje män hörs inte.[349] I den mån som EG-kommissionen avslutar ärenden med comfort letters finns därför utrymme för nationella domstolar att bedöma avtalet ifråga annorlunda.

En möjlig utväg för nationella domstolar som står inför ett anmält avtal som faller inom såväl 85(1) som 85(3) kunde vara att begära förhandsavgörande från EG-domstolen.[350] Men samma skäl som talar emot att nationella domstolar tillämpar artikel 85(3) talar också emot att EG-domstolen, utan föregående utredning av EG-kommissionen, fattar undantagsbeslut. Konstitutionellt har EG-kommissionen anförtrotts "the implementation and orientation" av EG:s konkurrenspolitik och undantagsbeslut förutsätter omfattande utredning och komplexa ekonomiska bedömningar.[351] Det framstår därför som olämpligt att EG-domstolen inom ramen för ett artikel 177-förfarande fattar undantagsbeslut, särskilt som det är tveksamt om beslutsproceduren i Förordning 17/62 med åtföljande rättssäkerhetsgarantier för (andra) tredje män (än parterna i det nationella förfarandet), är tillämplig i relevanta delar. Rättsläget förefaller dock osäkert också i detta avseende.

3.5 Gruppundantag och enskilda beslut av EG-kommissionen

En nationell domstol är inte helt avskuren från att ta hänsyn till rekvisiten i artikel 85(3) när den avgör frågor om avtals giltighet. Som ovan sagts har den halv behörighet: den kan pröva om ett avtal är tillåtligt enligt det tredje stycket, men den kan inte bevilja undantag för det. EG-kommissionen kan, efter delegation från ministerrådet, göra undantag för grupper av avtal som faller under artikelns tredje stycke.

Gruppundantagsförordningarna är direkt tillämpliga.[352] I rättsfallet *Fonderies Roubaix-Wattrelos* (1976) slog EG-domstolen fast att nationell domstol har behörighet att bedöma om ett kontrakt faller inom vissa kategorier av avtal som undantagits genom Förordning 67/67.[353]

[349] Dessutom finns inget krav på att comfort letters ska publiceras.
[350] Se tillkännagivande om samarbete mellan nationella domstolar och EG-kommissionen [32].
[351] Se ovan vid not 317 och det följande.
[352] Se bl.a. Bourgeois s. 338; Shaw s. 98; Whish/Sufrin s. 318.
[353] Fonderies Roubaix-Wattrelos (1976), [11].

Detta stöds också av senare praxis.[354] Därför kan man säga att nationella domstolar via gruppundantagsförordningarna indirekt kan tillämpa artikel 85(3.

Det är dock inte artikel 85(3) som blir tillämplig utan själva undantagsförordningarna. Det kan vara viktigt att påpeka då EG-domstolen föreskriver att nationella domstolar ska tillämpa gruppundantagsförordningarna restriktivt och inte analogivis inrymma andra avtal än sådana som uttryckligen undantas. Att utvidga utrymmet för undantagna avtal skulle vara ett intrång i EG-kommissionens normgivningskompetens.[355] Trots detta motverkar gruppundantagsförordningarnas direkta effekt risken för motstridiga avgöranden och rättsförluster. I takt med att förordningarna täcker fler verksamhetsområden och avtalstyper ges nationella domstolar större möjligheter att ta hänsyn till faktorer inom ramen för den stränga förbudsregeln i 85(1).[356]

EG-kommissionen framhåller också att nationell domstol kan "tillämpa" det materiella innehållet i ett *individuellt* undantagsbeslut.[357] Det framstår som ett märkligt uttryckssätt. Det EG-kommissionen avser är antagligen att individuella undantagsbeslut är prejudicerande för de nationella domstolarna, att ett beslut har positiv rättskraft med avseende på efterföljande prövning vid en nationell domstol. Om EG-kommissionen beviljar ett individuellt undantag för ett specifikt avtal mellan x och y kan inte en nationell domstol i ett efterföljande tvistemål ogiltigförklara avtalet.

EG-domstolen har fastslagit att *positiva* individuella undantagsbeslut har prejudicerande verkan.[358] Dock bör med avseende på enskilda undantagsbeslut *Förstainstansdomstolens* avgörande i fallet *Kruidvat* (T-1996) uppmärksammas. Här framhöll domstolen att ett företag,

[354] Se t.ex. Delimitis-fallet (1991), [46]. I De Bloos v. Bouyer (1977) tog EG-domstolen aldrig ställning till om den nationella domstolen kunde ha tillämpat gruppundantagsförordningen 67/67 på avtalet ifråga och inte heller om domstolen vid en sådan tillämpning skulle ha varit bunden av EG-kommissionens ställningstagande i ett comfort letter – avtalet ansågs provisoriskt giltigt, se nedan vid not 409. Se också Concordia-fallet (1977) vad gäller tillämpning av Förordning 67/67 vid nationell domstol.

[355] Delimits, [46].

[356] Jfr Stevens s. 82.

[357] Tillkännagivande om samarbete mellan nationella domstolar och kommissionen, [7-8], "The Court has on several occasions confirmed that the provisions of a regulation are directly applicable. The Commission considers that the same is true for the substantive provisions of an individual exemption decision."

[358] Se L'Oréal-fallet, CLMR 1981 s. 235, [22-23]. I EG-kommissionens Tillkännagivande om samarbete mellan nationella domstolar och kommissionen finns ingen hänvisning till detta fall.

vilket var svarande vid nationell domstol i ett mål om otillbörlig konkurrens och som invändningsvis gjorde gällande artikel 85(1), inte kunde överklaga det kommissionsbeslut som medgav undantag för det avtal som kärandeparten stödde sin civilrättsliga talan på. Kruidvat – svaranden i det nationella målet – ansågs inte vara direkt och enskilt berörd enligt artikel 173. Förstainstansdomstolen hävdade att om Kruidvat antog att giltigheten av EG-kommissionens undantagsbeslut hade betydelse för slitandet av den nationella tvisten, fanns det möjlighet att utverka förhandsavgörande enligt artikel 177.[359]

Vidare menade domstolen att det faktum att det pågick ett nationellt förfarande rörande det avtal som kommissionsbeslutet avsett endast var en slump; det nationella förfarandet kunde lika gärna ha inletts senare när tidsfristen i artikel 173 gått ut och då hade Kruidvat inte kunnat överklaga beslutet av den anledningen. Därför, menade domstolen, fanns inte mer än en indirekt koppling mellan kommissionsförfarandet och det nationella målet.[360] Därför utgjorde inte det pågående nationella målet ett tillräckligt starkt stöd för att Kruidvat skulle anses individuellt berört.

Rättsfallet ger upphov till tre möjliga tolkningar av rättsläget. Den första, att undantagsbeslut inte är prejudicerande, är inte trolig mot bakgrund av *L'Oréal* (1980). Den andra tolkningen är att individuella undantagsbeslut är helt orubbliga. Men om undantagsbeslut har prejudicerande verkan i den efterföljande nationella processen med avseende på avtalets konkurrensrättsliga giltighet, verkar Förstainstansdomstolens slutsats väl hård. Eftersom kommissionsbeslutet innebar att undantag medgavs, borde ju avtalet utan ett sådant beslut vara att anse som ogiltigt enligt artikel 85(1), varför utgången i det nationella målet förefaller ha berott helt på innehållet i EG-kommissionens beslut.

Den tredje tolkningen skulle innebära att EG-domstolen inom ramen för ett förhandsavgörande skulle kunna utsläcka den prejudicerande verkan av ett redan fattat kommissionsbeslut. Detta är möjligt; de skäl som talar emot att EG-domstolen fattar enskilda undantagsbeslut inom ramen för ett artikel 177-förfarande i lägen där det saknas ett kommissionsbeslut,[361] har givetvis inte samma bäring när det finns ett kommissionsbeslut som föregåtts av erforderlig utredning och ekonomisk bedömning. Det är därför möjligt att EG-domstolen, såsom

[359] Kruidvat (T-1996), [75].
[360] Kruidvat, [74].
[361] Se ovan vid not 351.

Förstainstansdomstolen tycks antyda, kan utsläcka den prejudicerande verkan av undantagsbeslut. Men rättsläget är osäkert.

EG-domstolen har dock inte, såvitt jag kunnat utröna, uttalat sig om verkan av kommissionsbeslut i vilka undantag *inte* beviljas. EG-kommissionen menar dock antagligen att också det sistnämnda slaget av beslut ska ha prejudicerande verkan.[362] Om EG-kommissionen funnit att undantag inte ska beviljas för ett avtal blir avtalet förbjudet enligt artikel 85(1). En nationell domstol som har att ta ställning till samma avtals tillåtlighet, men endast enligt artikel 85(1) borde förstås komma till samma slutsats som EG-kommissionen. Därför kan det tyckas betydelselöst om negativa undantagsbeslut har prejudiciell verkan. Man bör dock betänka att förfarandet vid nationell domstol i hög utsträckning utgår från partsinitiativ, att inhemska bevisregler antagligen gäller och att en nationell domstol i avsaknad av prejudicerande kommissionsbeslut har att självständigt avgöra om rekvisiten i artikel 85(1) är uppfyllda.

När det gäller verkan av negativattester är rättsläget oklart; trots att det saknas avgöranden från EG-domstolen i frågan förefaller den allmänna meningen i doktrinen vara att negativattester inte är prejudicerande för en efterföljande prövning i nationell domstol.[363]

I den mån ett beslut av EG-kommissionen har prejudicialverkan för efterföljande civilprocess, kan man kanske säga att den nationella domstolen har behörighet att tillämpa beslutet. Först bör dock betonas att ett prejudicerande beslut inte möjliggör för nationella domstolar att tillämpa *bestämmelsen* i artikel 85(3) och självfallet inte heller att komma till en annan slutsats än EG-kommissionen.[364]

Även om både gruppundantagsförordningar och individuella undantagsbeslut är resultat av att EG-kommissionen utövat sin kompetens

[362] Se t.ex. kommissionsbeslutet i Bloemenveilingen Aalsmeer, [167-168] (1988), vari EG-kommissionen fullföljde ett förfarande för att underlätta avgörandet av ett vilandeförklarat tvistemål. EG-kommissionens beslut i ärendet var att *inte* undanta den aktuella överenskommelsen.

[363] Se Bourgeois s. 339 m.hvsn.; jfr dock Berlin II s. 421.

[364] Man kan jämföra med den verkan ett comfort letter har för en nationell domstols jurisdiktion att ogiltigförklara ett avtal med villkorad giltighet, se nedan vid not 408. Ett avtal som är villkorat giltigt kan inte ogiltigförklaras av nationella domstolar, förrän EG-kommissionen fattat någon slags beslut rörande avtalets tillåtlighet, t.ex. i ett oförbindande comfort letter. Detta brev blir s.a.s. en inträdesbiljett för den nationella domstolen att självständigt tillämpa artikel 85(1); eftersom comfort letters saknar bindande verkan är de inte prejudicerande för den nationella domstolen. EG-kommissionen menar att den nationella domstolen får beakta brevet som ett faktaelement, se Tillkännagivande om samarbete mellan nationella domstolar och EG-kommissionen, [20].

enligt artikel 85(3) finns en väsentlig skillnad mellan dem. Gruppundantagsförordningar är normgivningsprodukter medan individuella undantag är resultatet av kommissionsbeslut i enskilda fall. När en nationell domstol, eller för den delen EG-kommissionen själv, tillämpar en gruppundantagsförordning på ett avtal ägnar den sig åt en subsumerande och självständigt värderande verksamhet i det att den avgör om den generellt avfattade regeltexten är tillämplig på avtalet ifråga. Även om EG-domstolen har föreskrivit restriktiv tolkning innehåller en sådan verksamhet tillräckligt av värdering och subsumtion för att den ska kallas rättstillämpning. När det gäller individuella undantagsbeslut finns inget utrymme för den nationella domstolen att självständigt avgöra subsumeringsfrågan; kommissonsbeslutet är, kort sagt, prejudicerande.

Man kan därför möjligen säga att artikel 85(3) indirekt får betydelse för utgången i en civil konkurrenstvist om ett prejudicerande individuellt undantagsbeslut läggs till grund för domen. Det är dock mindre lämpligt att säga att nationell domstol är sakligt behörig att tillämpa artikel 85(3) på grund av att det prejudicerande beslutet läggs till grund för domen. Det är också mindre lämpligt att säga att nationell domstol tillämpar undantagsbeslutet. Dels saknas vid sådan "tillämpning" en värderande subsumering. Dels är den nationella domstolens bundenhet på grund av prejudicialverkan av ett annat slag än bundenheten vid EG-domstolarnas och EG-kommissionens praxis i allmänhet. Man kan närmast säga att nationell domstol i det förra fallet är bunden som vid verkställighet eller som av en tidigare doms positiva rättskraft.

Det föreligger överhängande risk att blanda ihop två frågor vilka behandlas av EG-domstolen i *Parfym-fallen* (1980). Det är primärt den ena som diskuteras i den här framställningen: frågan huruvida olika slag av kommissionsbeslut avbryter ett gammalt avtals villkorade giltighet, vilket inkluderar huruvida beslut är prejudicerande för efterföljande tillämpning av *artikel 85* vid nationell domstol. Den andra frågan har i princip förbigåtts här: frågan om den parallella tillämpningen av EG:s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt, vilket inkluderar verkan av ett kommissionsbeslut för efterföljande tillämpning av *nationell konkurrensrätt* vid inhemska myndigheter och domstolar.[365]

[365] Ang. den senare frågan se Wahl, Konkurrensförhållanden, samt Temple Lang, National Authorities s. 118 f. Walz. Ang. den första frågan se nedan t.ex. vid not 404.

3.6 Villkorat giltiga avtal[366]

Konceptet villkorad giltighet lanserades av EG-domstolen i *Bosch*-fallet (1962).[367] Avtal som åtnjuter villkorad giltighet kan inte ifrågasättas i nationell civilprocess; nationella domstolar saknar behörighet att tillämpa artikel 85(1) på sådana avtal. Först sedan EG-kommissionen, eller möjligen nationella myndigheter, bedömt ett visst avtal och upphävt dess villkorade immunitet får nationella domstolar behörighet.

I *Delimitis*-målet (1991) hävdade EG-domstolen att den "*consistently held*" att nationella domstolar inte får ogiltigförklara gamla avtal enligt artikel 85(2) om inte först EG-kommissionen fattat beslut enligt Förordning 17/62.[368] Ogiltigförklaring av gamla avtal förutsätter att avtalet bedöms enligt hela artikel 85, dvs. enligt såväl det vidsträckta förbudet i första stycket som undantagskriterierna i tredje stycket.[369] Eftersom nationell domstol inte har behörighet att tillämpa det tredje stycket,[370] kan den inte göra en helhetsbedömning.[371] Därför bör inte nationell domstol utifrån endast artikel 85(1) kunna ogiltigförklara ett avtal utan att EG-kommissionen beslutat att det är förbjudet.

EG-domstolen har anfört ett antal motiveringar till varför det bör krävas en helhetsbedömning. En riktig värdering av de nödvändiga ekonomiska och juridiska argumenten för och emot ett förbud förutsätter en helhetsbedömning.[372] Det skulle vara inkonsistent med "tillämpningssystemet" att ge nationella domstolar behörighet att ogiltigförklara avtal under perioden mellan det att ett avtal anmälts till EG-kommissionen och till dess beslut fattats.[373] Det återkommande skäl

[366] Jag har i det följande använt termen *villkorad* giltighet istället för direktöversättningen *provisorisk* giltighet, vilken vanligtvis används också i den svenska litteraturen. Se dock Stenberg, Studier i EG-rätt, som tidigt använde uttrycket "giltighet tillsvidare". Det rättsliga institut som termen tänks svara mot är att avtal, under vissa förutsättningar, ska anses som giltiga i konkurrensrättsligt avseende tills dess EG-kommissionen fattat en viss typ av beslut avseende dem. Mot bakgrund av att detta slag av giltighet kan räcka avtalets hela livslängd finner jag termen provisorisk mindre träffande. Jag använder därför hellre uttrycket villkorad giltighet och hoppas att inte läsaren missleds av detta.

[367] Murphy/Gijlstra s 87; företeelsen hade dock tidigare aktualiserats enligt CECA-fördraget.

[368] Delimitis (1991), [48].

[369] Se också t.ex. Portelange (1969), [13].

[370] Se ovan 3.4.

[371] Se ovan 3.4.

[372] Portelange, [13].

[373] De Bloos v. Bouyer (1977), [11-13].

som framförts med störst tyngd är att det skulle strida mot den allmänna rättssäkerhetsprincipen att först låta avtal bli föremål för nationella ogiltighetsdomar för att sedermera bli "giltiggjorda" av EG-kommissionen. Kontraktuella förhållanden skulle bli osäkra.[374] Som ovan påpekats vore denna kontraktuella osäkerhet ett mindre problem om EG-kommissionen i rimlig tid fattade beslut i anledning av anmälningar.[375] EG-domstolen har också uttryckligen påpekat att EG-kommissionens senfärdighet ger upphov till de största svårigheterna i kölvattnet på att gamla avtal åtnjuter villkorad giltighet.[376]

Under vilka förutsättningar åtnjuter då ett avtal villkorad giltighet? Först och främst ska avtalet ha slutits före Förordning 17/62:s ikraftträdande, dvs. före den 13 mars 1962. Det är då ett "gammalt" avtal.[377] Dessutom krävs att det anmälts till EG-kommissionen i enlighet med artikel 5(1) i Förordning 17/62. Det innebär att avtalet måste ha anmälts före 1/11 1962. Om endast två avtalsparter finns räcker det att avtalet anmäldes 1/2 1963.[378] För det fall avtalet inte behöver anmälas enligt artikel 5(2) är det också villkorat giltigt utan anmälan.

Sannolikt är också s.k. anslutningsavtal[379] giltiga om de anmälts inom den sexmånadersfrist som följde efter den aktuella anslutningen.[380] Med anslutning menas i sammanhanget nya staters anslutning till EG. Och anslutningsavtal är avtal, beslut och samordnat förfarande som faller under artikel 85 "by virtue of accession".[381] Avtal som stridit mot artikel 85 redan före anslutningen räknas dock inte som anslutningsavtal.[382] Numera har antagligen konceptet villkorad

[374] Portelange, [15-16]; de Haecht II (1973), [9]; De Bloos v. Bouyer (1977), [10]; Lancôme (1980), [15-16]; KVB v. Free Record Shop (1997), [10].

[375] Se ovan vid not 311.

[376] Se Portelange, [15]; De Bloos v. Bouyer, [9].

[377] de Haecht II (1973), [8].

[378] Detta framgår av artikel 5(1) i Förordning 17/62 såsom bestämmelsen ändrats genom Förordning 59/62.

[379] "Accession agreements", dvs. avtal som blir föremål för artikel 85 på grund av nya staters anslutning till EG-fördraget. Wahl, Konkurrensförhållanden s. 164, använder termen "tillträdesavtal".

[380] EG-domstolen har inte tagit ställning till detta; EG-kommissionen har dock uttalat att de principer som gäller för gamla avtal ska vara anlogivis tillämpliga på anslutningsavtal, se III[rd] Report on Competition Policy s. 19 [5a].

[381] Förordning 17/62, artikel 25.

[382] I princip är artikel 85 tillämplig på konkurrensbegränsande avtal mellan t.ex. två japanska företag om bara handeln påverkar handeln mellan EG:s medlemsstater; konkurrensreglerna har extraterritoriell effekt, se Kerse, 8.01 ff. Om därför ett avtal mellan ett svenskt

giltighet störst relevans vad gäller anslutningsavtal.[383] Men fortfarande aktualiseras gamla, villkorat giltiga, avtal.[384] En anledning till detta är att den villkorade giltighet som tillkommer gamla, vederbörligt anmälda, standardavtal omfattar senare överenskommelser som ingåtts med standardavtalet som förlaga.[385] Därför har institutet villkorad giltighet mer än rättshistoriskt intresse också med avseende på gamla avtal.[386]

Nationella domstolar ska ge ett avtal med villkorad giltighet den verkan det har enligt tillämplig kontraktsrätt.[387] Ett sådant avtal kan inte ogiltigförklaras enligt artikel 85(1) och 85(2). Dock kan den nationella domstolen ogiltigförklara också ett gammalt anmält avtal enligt inhemska ogiltighetsregler, t.ex. konkurrensbestämmelser.[388]

Det är alltså jämförelsevis enkelt att avgöra när villkorad giltighet uppkommer. Det är betydligt svårare att ange förutsättningarna för att den upphör. I artikel 9(3) i Förordning 17/62 stadgas att myndigheterna i medlemsstaterna kan tillämpa artikel 85(1) under förutsättning att EG-kommissionen inte inlett något förfarande angående samma fråga. Därför kan man tänka sig att nationella myndigheter kunde upphäva ett gammalt avtals immunitet genom ett förbudsbeslut enligt 85(1). Emellertid hävdar EG-domstolen att upphörande av villkorad giltighet förutsätter en helhetsbedömning[389] och EG-kommissionen har exklusiv behörighet att tillämpa artikel 85(3).[390] Artikel 85(2):s effekt i förhållande till gamla anmälda eller icke-anmälningspliktiga avtal förefaller alltså helt villkorad av ett kommissionsbeslut efter en allsidig prövning enligt artikel 85.[391]

---

och ett finskt företag ingåtts före de båda staternas anslutning till EG (jfr Woodpulp Cartel (1993)) men avtalet hade negativa konsekvenser för konkurrensen på den gemensamma marknaden redan innan denna omfattade också Sverige och Finland, är inte avtalet att ses som ett anslutningsavtal. Detta sagt i princip; frågan om konkurrensreglernas territoriella verkan är inte helt klar. Se också J. Karlsson, Extraterritoriell tillämpning av konkurrenslagen s. 1023 f.

[383] Se också Wahl, Konkurrensförhållanden s. 163.

[384] Se KVB v. Free Record Shop (1997).

[385] Marcel Rochas v. Bitsch (1970).

[386] Se nedan vid not 435.

[387] Se t.ex. De Bloos v. Bouyer (1977), [15].

[388] Jfr Guerlain (1980), [18-19].

[389] Se t.ex. Portelange (1969), [10].

[390] Se artikel 9(1).

[391] Dock följer av praxis att också comfort letters genombryter villkorad giltighet, se nedan vid not 408 och det följande.

Det har hävdats att detta är felaktigt.[392] Det skulle strida mot den uttryckliga ordalydelsen av artikel 9(3) att frånkänna nationella myndigheter kompetens att fatta förbudsbeslut om inte EG-kommissionen inlett något förfarande. Och att frånkänna ett förbudsbeslut ogiltighetsverkan i förhållande till en överenskommelse skulle göra beslutet närmast meningslöst i civilrättsligt hänseende. Denna ståndpunkt stöds också av de äldre rättsfallen *Bosch* (1962) och *Bilger v. Jehle* (1970). Utifrån detta skulle alltså nationella domstolar kunna utdöma ogiltighetssanktionen i tvistemål också efter det att nationell myndighet enligt artikel 85(1) förbjudit ett avtal.[393] Men det kan påpekas att inte heller detta ger nationella domstolar behörighet att i tvistemål självständigt ogiltigförklara avtal.[394]

Av EG-domstolens praxis framgår också att villkorad giltighet upphävs om EG-kommissionen i beslut tillämpar artikel 85(3) på ett gammalt avtal.[395] Som ovan sagts binder ett positivt undantagsbeslut den nationella domstolen.[396] Det innebär att även om EG-kommissionen genom att bevilja undantag bryter den villkorade giltigheten, så avskärs nationell domstol från att göra en självständig prövning av giltighetsfrågan. Den villkorade giltigheten görs permanent. EG-kommissionen kan också avbryta den temporära giltigheten genom att fastslå att ett avtal inte uppfyller kriterierna i artikel 85(3). I sådana fall har kommissionen, om avtalsparterna modifierar avtalet, enligt artikel 7 i Förordning 17/62 möjlighet att skönsmässigt fixera en period under vilken avtalet ska anses ha varit förbjudet (och därmed

[392] Kerse 10.09.

[393] Detta skulle dock underminera EG-domstolens starkaste argument till stöd för att gamla avtal ska vara temporärt giltiga.

[394] I rättsfallen BRT v. SABAM (1974) och Lucas Asjes (1986) framkom att artikel 88 och 9(3) inte avsåg nationella tvistlösande domstolar, se ovan 3.2. Det kan vidare påpekas att de nationella konkurrensbevakande myndigheternas möjligheter att tillämpa artikel 85(1) praktiskt sett är små, se t.ex. Wahl, Konkurrensförhållanden s. 355 f. Se dock meddelande från EG-kommissionen om samarbete mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. I Sverige är konkurrensverket endast behörigt att biträda EG-kommissionen vid dess undersökningar av företag i Sverige, se lag (1994) om tillämpning av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler. Konkurrensverket förefaller inte, enligt svensk rätt, vara behörigt att självständigt tillämpa EG:s konkurrensregler, se prop. 1994/95:48 s. 11. Detta kan dock komma att ändras, se kommittédirektiv 1998:67 om nationell tillämpning av artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget.

[395] Se t.ex. KVB v. Free Record Shop (1997), [11-12].

[396] Jfr Mayras (AG) i De Bloos v. Bouyer (1977) som i och för sig menar att nationell domstol borde ha kompetens att tillämpa ogiltighetssanktionen, men som förutser att en ogiltighetsdom kan upphävas av ett följande undantagsbeslut av EG-kommissionen.

ogiltigt).[397] Detta gäller också om avtalet ifråga inte anmälts och är ickeanmälningspliktigt.[398] Denna typ av beslut underförstås vara prejudicerande för efterföljande nationell civilprocess.[399]

Om kommissionen däremot finner att de avtalsslutande parterna inte kan göra erforderliga tillägg till och förändringar av sitt avtal, förklarar kommissionen avtalet förbjudet. Ett sådant förbud gäller retroaktivt för anmälningspliktiga gamla avtal, men endast från och med förbudsbeslutet för icke anmälningspliktiga gamla avtal.[400] Nationell domstol skulle efter ett sådant beslut kunna tillämpa artikel 85(2), men också här vara bunden av innehållet i EG-kommissionens beslut.[401] Alltså, oavsett innehållet utsläcker ett kommissionsbeslut vid tillämpning av artikel 85(3) en gammal överenskommelses villkorade giltighet. Man kan säga att ett sådant beslut ger ogiltighetsbestämmelsen verkan i medlemsstaterna, även om ett sådant uttryckssätt kan låta krystat om också nationella domstolar anses vara bundna av innehållet i EG-kommissionens beslut.[402]

Antagligen utsläcker också en *negativattest* en överenskommelses villkorade giltighet. Genom negativattest förklarar EG-kommissionen att avtal är tillåtna enligt 85(1). I *Parfym*-fallen[403] förekom *comfort letters* i vilka det framgick att de aktuella avtalen föll utanför artikel 85(1):s tillämpningsområde. EG-domstolen fann att sådana mer eller mindre informella brev utsläcker gamla avtals villkorade

[397] Se också Lenz (AG) i KVB v. Free Record Shop (1997), [13]; jfr dock Wahl, Konkurrensförhållanden s. 163.

[398] En skillnad är att ett anmälningspliktigt avtal endast kan göras retroaktivt giltigt från och med anmälningsdatumet.

[399] Se nedan.

[400] Se t.ex. Wahl, Konkurrensförhållanden s. 163 f. Jfr dock Korah s. 138 samt Travers s. 88, vilka menar att det är ohållbart om nationella domstolar, kanske under lång tid, är förpliktade att betrakta ett gammalt avtal som giltigt, ett avtal som sedermera kan ogiltiggöras med retroaktiv verkan av EG-kommissionen. Mot bakgrund av EG-domstolens praxis är dock detta resonemang, de lege lata, svårt att godta. Se t.ex. de Haecht II (1973), [9].

[401] Lagrange (AG) framhöll redan 1962 i Bosch-fallet (s. 17) att ett beslut av EG-kommissionen, och särskilt om det fastställts av EG-domstolen, att visst bedömt beteende strider emot konkurrensreglerna bör vara rättsligt bindande om res judicata-principen anses tillämplig eller åtminstone moraliskt (!). Jfr dock Wahl, Konkurrensförhållanden s. 360.

[402] Ang. prejudicialverkan av kommissionsbeslut kan nämnas att alla argument som anförs för att gamla avtal ska ha villkorad giltighet kan, eftersom EG-kommissionen har exklusiv rätt att tillämpa artikel 85(3), anföras för att nationell domstol ska vara bunden av EG-kommissionens undantagsbedömning.

[403] Citeras i denna framställning också, och främst, som Guerlain (1980), Lancôme (1980) samt Marty (1980).

giltighet.[404] Därför borde också formella beslut, som t.ex. negativattester, avbryta gamla avtals immunitet. För det fall frågan om avtalets giltighet kommer upp i en nationell domstol borde frågan kunna prövas. Huruvida domstolen är bunden av en negativattest är en fråga om prejudicialverkan av kommissionsbeslut.[405]

I *Portelange*-fallet (1969) fann EG-domstolen att ett EG-kommissionsbeslut enligt artikel 15(6) i Förordning 17/62 kan upphäva ett avtals villkorade giltighet. Bestämmelsen ger EG-kommissionen möjlighet att upphäva företagens immunitet mot böter om kommissionen preliminärt bedömer att avtalet faller inom artikel 85(1) och att artikel 85(3) inte kan komma ifråga.[406, 407]

EG-domstolens syn på verkan av *comfort letters*[408] *varierar. I De Bloos v. Bouyer* (1977) förelåg ett brev som gav uttryck för kommissionens välvilliga inställning till ett gammalt anmält avtal. Brevet ansågs inte avbryta avtalets villkorade giltighet. EG-domstolen tog inget intryck av *Mayras* (AG) påpekande: EG-kommissionen skulle antagligen aldrig någonsin komma att göra en allsidig bedömning av avtalet. I *Lancôme*-fallet (1980) fann domstolen däremot att ett comfort letter avbröt ett avtals villkorade giltighet, bland annat på grund av att det inte kunde antas att EG-kommissionen inom överskådlig tid skulle komma att göra en allsidig bedömning av avtalet.[409]

Det förefaller därför som att rättsläget bör förstås som att comfort letters avbryter villkorad giltighet. Detta finner vidare stöd i ett uttalande

[404] Ang. negativattester, se också ovan vid not 363.

[405] Som framhölls ovan vid not 363 antas negativattester inte vara bindande för nationell domstol; se bl.a. Reischl (AG) i Marty (1980); Stevens s. 82. Jfr dock det franska fallet Société Tecnisom, berört av Berlin II s. 421 not 207 samt Stevens s. 85. Också Wahl, Konkurrensförhållanden s. 358, menar att negativattester inte är bindande och hänvisar till Guérlain (1980), [17-18], men avser möjligen negativattesters verkan i förhållande till tillämpningen av nationell konkurrensrätt. Jfr frågan om kommissionsbeslut betydelse för tillämpligheten av nationell konkurrensrätt ovan vid not 365.

[406] Som följer av att ett anmälningspliktigt gammalt avtal anmäls enligt artikel 15(5).

[407] Eftersom Portelange-fallet till vissa delar är föråldrat (se i de Haecht II-fallet (s. 293) Roemers (AG) flammande appell mot att ge domstolens slutsatser i Portelange-fallet generell giltighet) bör man kanske ta fallets prejudikatvärde också i andra delar med en nypa salt.

[408] Termen "comfort letters" definieras som "medel vilka EG-kommissionen använder för att informera inblandade parter om att det inte anses föreligga grund för att tillämpa artikel 85(1), men att ett formellt undantag enligt artikel 85(3) är osannolikt mot bakgrund av att det skulle ta för mycket tid i anspråk", se t.ex. Meade s. 107. Se också ovan vid not 206.

[409] Se också Edward, Constitutional Rules s. 142.

av *Lenz* (AG) i *KVB v. Free Record Shop* (1997).[410] Viss försiktighet måste dock iakttas. EG-domstolen fann i detta fall uttryckligen endast att *beslut* av EG-kommissionen avbryter gamla avtals villkorade giltighet.[411] Detta kan indikera en förestående avvikelse från den väg som verkar ha anvisats i Lancôme-fallet (1980). Men eftersom domstolen inte uttryckligen slår fast att comfort letters *inte* avbryter villkorad giltighet går det näppeligen att säga att Lancôme-fallet är överspelat i det här avseendet.

Det har riktats kritik mot att comfort letters avbryter villkorad giltighet. Comfort letters är inte formella beslut och kan därför inte överklagas.[412] Vidare kan det framstå som märkligt att informella kommissionsbeslut å ena sidan upphäver avtals villkorade giltighet, men å andra sidan inte är bindande för den nationella domstolen.[413] Eftersom den nationella domstolen kan/ska göra en självständig bedömning av avtalet, *men endast enligt artikel 85(1)*, uppstår precis de problem som institutet villkorad giltighet avses förebygga. Det tycks finnas två "rena" *de lege ferenda*-lösningar på detta rättsliga problem. Den ena är att, som EG-domstolen i De Bloos v. Bouyer (1977), inte låta ett comfort letter ha någon verkan alls på villkorat giltiga avtal. Nackdelen med den lösningen är att avtal antagligen blir villkorat giltiga för alltid.[414]

Den andra lösningen är att ge comfort letters status av formella beslut enligt artikel 189 och se dem som bindande för nationella domstolar vid efterföljande civilrättslig prövning. Nackdelen med denna lösning är att EG-kommissionen skulle tvingas genomgå den tidsödande processen att fatta formella beslut i alla enskilda fall. Båda dessa lösningar skulle dock garantera rättssäkerheten för företag som ingått misstänkt konkurrensstridiga avtal.

Det som komplicerar frågan om villkorad giltighet är just att EG-kommissionens undersökningar är tidskrävande.[415] Möjligen kan den kompromisslösning som EG-domstolen fann i *Parfym*-fallen motiveras

[410] Se Lenz (AG) i KVB v. Free Record Shop (1997), [20].

[411] Se KVB v. Free Record Shop, [11-12].

[412] Stevens s. 84 f.; Korah, 6.2.3; Ehlermann, Verordnung 17 s. 1001.

[413] Samma sak gäller förstås för alla oförbindande beslut och deklarationer av EG-kommissionen som upphäver villkorad giltighet men inte är prejudicerande för efterföljande nationell civilprocess. I Parfym-fallen (1980) sades att den nationella domstolen kunde beakta innehållet i ett comfort letter som en tolkningsfaktor; jfr BRT v. SABAM (1974) ang. kommissionsbeslut i almänhet.

[414] Jfr Lenz (AG) i KVB v. Free Record Shop (1997), [16].

[415] I vissa fall kan det ta över tio år innan beslut fattas, se Meade s. 106.

av att *De Bloos v. Bouyer*-fallet motverkar filosofin bakom EG-rättens direkta verkan och kraven på enskilt rättsskydd och effektivitet.[416] Skulle det krävas ett formligt beslut av EG-kommissionen för att avbryta det svävande avtalstillståndet vore många avtal villkorat giltiga hela sin livslängd.[417] Detta skulle omöjliggöra ett effektivt genomdrivande av konkurrensreglerna. Vidare skulle hela bördan av EG-kommissionens senfärdighet övervältras på berörda tredje män och på missnöjda avtalsparter. De senares intresse av att gamla avtal och anslutningsavtal ogiltigförklaras är kanske av lägre rättssäkerhetsdignitet. Men det är viktigt att enskilda individer inte binds av comfort letters utan att få sina synpunkter beaktade. Det vore märkligt att ge comfort letters prejudicerande verkan mot bakgrund av att sådana brev inte publiceras, att de inte föregås av någon utredning och att inte potentiellt berörda tredje män hörs innan breven utfärdas.[418]

Comfort letters utges av EG-kommissionen i en mängd olika situationer och deras innehåll kan variera en hel del.[419] Alla comfort letters bör därför kanske inte ha samma effekt för gamla avtals giltighet. Helt klart är att enbart EG-kommissionens begäran om mer information inte avbryter villkorad giltighet.[420] *Kerse* hävdar att ett avtal som kan ges retroaktiv giltighet av EG-kommissionen inte oreflekterat bör ogiltigförklaras av nationell domstol.[421] Istället bör domstolen utifrån innehållet i ett comfort letter göra en prognos rörande sannolikheten för att EG-kommissionen senare kommer att tillämpa artikel 85(3) på avtalet och göra det retroaktivt giltigt. Ett brev som meddelar att ärendet lagts ned på grund av t.ex. låg prioritet bör inte påverka avtalets villkorade giltighet.[422]

Detsamma skulle gälla om EG-kommissionen meddelar att den i ljuset av insänd information helt enkelt inte avser att vidta ytterligare åtgärder. Om det däremot framgår av brevet att kommissionen granskat

[416] Meade s. 107.

[417] Sannolikt var det detta som föranledde intervenerande Frankrike i KVB v. Free Record Shop (1997) att lansera det djärva förslaget att EG-domstolen skulle begränsa verkan av gamla avtals villkorade giltighet till en *skälig* tidsperiod. Generaladvokaten förefaller ha haft viss sympati för idén, men förkastade den med hänvisning till att det var en sak för ansvariga politiker snarare än för domstolarna, se Lenz (AG) [17]. EG-domstolen berör överhuvudtaget inte frågan.

[418] Marty (1980), [7-10]. Stevens s. 85.

[419] Se t.ex. Kerse 10.10.

[420] Eldi Records (1980), [13].

[421] Se Kerse 10.10.

[422] Se också Korah 6.2.3.

avtalet och om det dessutom framgår att kommissionen anser att avtalet faller utanför artikel 85(1) eller inom artikel 85(3), så borde, som i *Parfym*-fallen, den villkorade giltigheten upphävas.

Jag anser att *Kerses* resonemang förklarar hela EG-domstolens praxis i frågan. Han sätter, utan att uttryckligen säga det, fingret på att konceptet i dess nuvarande form motverkar motstridiga avgöranden snarare än rättssäkerhetsbrister i artikel 85:s konstruktion. Om EG-kommissionen inte tagit befattning med ett gammalt avtal som anmälts saknar nationell domstol behörighet att tillämpa artikel 85(1). Därför elimineras helt risken för motstridiga avgöranden. Dessutom undanröjs risken för att part får ett avtal ogiltigförklarat enligt artikel 85(1) trots att det skulle tillåtits enligt en helhetsbedömning av EG-kommissionen. Om däremot kommissionen utan särskilt grundlig undersökning utfärdat ett oförbindande comfort letter med litet värde i nationell process,[423] finns visserligen risk att part lider rättsförluster om avtalet ifråga ogiltigförklaras enligt enbart 85(1). Dock är risken liten att EG-kommissionen åter tar upp ärendet.[424] Om ändamålet är att undvika motstridiga avgöranden inses dessutom lättare varför ett EG-kommissionsbeslut enligt artikel 15(6) avbryter villkorad giltighet. Efter ett sådant beslut är sannolikheten för undantag liten.[425]

Kerses teori är emellertid svårtillämpad. En nationell domstols behörighet att tillämpa artikel 85(2) på ett gammalt avtal skulle villkoras av en prognos baserad på innehållet i ett kommissionsbrev till en av parterna. Denna prognos skulle avse sannolikheten för att EG-kommissionen i framtiden kommer att göra en allsidig bedömning av avtalet. En nationell domstol måste ha mycket svårt att utifrån innehållet i dessa ofta ganska allmänna brev dra slutsatser angående EG-kommissionens framtida hantering av avtalet ifråga.[426]

Hittills har jag endast diskuterat förutsättningarna för EG-kommissionen att genom positivt eller negativt beslut eller genom comfort letter, avbryta ett gammalt avtals villkorade giltighet. Men hur är det när avtalsparterna modifierar ett gammalt vederbörligen anmält avtal efter den relevanta tidpunkten?

[423] Jfr De Bloos v. Bouyer (1977) och Parfym-fallen (1980) samt brödtexten ovan från not 408.

[424] Därmed offras s.a.s. oskyldiga företags rätt i enskilda fall på den enhetliga rättstillämpningens altare.

[425] En konsekvens av resonemanget är dock att det blir svårt att motivera varför nya avtal inte är villkorat giltiga.

[426] Jfr Inntrepreneur Estates (England 1993), [44-56].

I fallet *Marcel Rochas v. Bitsch* (1970) var fråga om leveransavtal slutna efter Förordning 17/62:s ikraftträdande och inte anmälda i enlighet med artikel 5. Leveransavtalen hade dock identisk lydelse som ett standardavtal, vilket anmälts i enlighet med artikel 5 av Marcel Rochas, leverantören. EG-domstolen noterade att det var tillåtet att anmäla standardavtal[427] istället för en mängd individuella avtal. Vidare, menade domstolen, gjorde inte förordning 27/62 någon skillnad mellan individuella avtal slutna före respektive efter den relevanta tidpunkten. Därför ska ett avtal tillkommet efter den relevanta tidpunkten, men som är en exakt kopia av ett standardavtal som anmälts före denna tidpunkt, åtnjuta samma villkorade giltighet som standardavtalet.[428]

I *Eldi Records* (1980) uppkom bl.a. frågan om stadgar antagna av en branschorganisation och anmälda i tid till EG-kommissionen, men senare modifierade, var att anse som villkorat giltiga också efter modifieringen. Eftersom stadgeändringen bestod i att en kategori av varor uteslutits från tillämpningsområdet och därefter inkluderats, kan utgången i efterhand framstå som given. EG-domstolen framhöll att verkan av anmälan omfattar avtal sådana de ser ut då de anmäls, men att anmälningens verkan inte kan begränsas med avseende på förändringar som gör avtalet mindre konkurrensbegränsande. Det skulle strida mot konkurrensrättens anda. Alltså, om ett avtal som åtnjuter villkorad giltighet täcker en produktkategori som sedan exkluderas, medför inte ett återinförande av produktkategorin att avtalet förlorar sin villkorade giltighet.[429]

Problemet ställdes på sin spets först i fallet *KVB v. Free Record Shop* (1997). Återigen var det fråga om bindande branschvillkor som tillämpades av en branschorganisation mot alla företag verksamma på området, medlemmar såväl som icke-medlemmar. Branschvillkoren hade anmälts till EG-kommissionen i enlighet med artikel 5 i Förordning 17/62 utan att EG-kommissionen tagit ställning till villkorens förenlighet med artikel 85.[430]

Branschvillkoren hade under årens lopp genomgått två större omar-

[427] Se Förordning 27/62.

[428] Marcel Rochas v. Bitsch (1970), [5-6]; se också Delimitis (1991), [49]. Jfr f.ö. Lancôme (1980).

[429] Eldi Records (1980), [16].

[430] Av generaladvokatens utlåtande, se Lenz (AG) [15], framgår att EG-kommissionen fortfarande 1996 (!) studerade de anmälda branschvillkoren, vilket är högst anmärkningsvärt. Det är dock möjligt att generaladvokaten är ironisk.

betningar och frågan var nu om de fortfarande åtnjöt villkorad giltighet. Olika lösningar på problemställningen presenterades och förkastades av parterna, EG-kommissionen, de intervenerande medlemsstaterna samt generaladvokaten. EG-domstolen stannade för följande generella ståndpunkt. Först konfirmerades det som framgått i Eldi Records (1980): en förändring av ett gammalt villkorat giltigt avtal som leder till mindre negativ påverkan på konkurrensen ska inte medföra att avtalet förlorar sin villkorat giltiga status.[431] Men om förändringen av det ursprungligt anmälda avtalet medför en utvidgning av den ursprungliga konkurrensbegränsningen, oavsett om utvidgningen är minimal eller konstituerar en ny konkurrensbegränsning, så går den villkorade giltigheten förlorad. Det gamla avtalet ska anses ha ersatts av ett nytt. Inget rättssäkerhetsargument kan, menade domstolen, berättiga avtalsparterna att förstärka den konkurrensbegränsande verkan av ett gammalt avtal.[432]

Så långt hade EG-domstolen helt följt generaladvokatens linje, vilken gick emot EG-kommissionens uppfattning, nämligen att *endast* en förändring som märkbart ökar hela avtalets konkurrensstridighet skulle medföra förlust av giltigheten.[433] Men EG-domstolen gjorde ett viktigt avsteg från generaladvokatens hårda linje. Med stöd i *Maschinenbau Ulm* (1966) och den däri lanserade principen om konkurrensbegränsande avtalsvillkors särskiljbarhet framhöll domstolen att om den efterföljande modifikationen av avtalet skulle medföra en ny konkurrensbegränsning som är möjlig att särskilja från resten av avtalet och som inte påverkar dess väsentliga struktur och innehåll, ska inte det gamla avtalets giltighet beröras, endast den nya begränsningen.[434]

Utifrån detta definitiva ställningstagande av EG-domstolen måste man, inte minst på grund av att den villkorade giltigheten hos anmälda standardavtal smittar ner sina avkomlingar, hävda att konceptet villkorad giltighet fortfarande har betydelse för annat än anslutningsavtal.[435]

[431] KVB v. Free Record Shop (1997), [14].
[432] KVB v. Free Record Shop, [15].
[433] Se Lenz (AG) [36].
[434] KVB v. Free Record Shop, [16]. Ang. principen om särskiljbarhet av konkurrensbegränsande avtalsklausuler, se vidare nedan 4.2.
[435] Se t.ex. Travers s. 87 f. och jfr ovan not 386.

3.7 Sammanfattning

I inledningen till detta kapitel hävdades att de nationella domstolarnas behörighet är bestämd utifrån två svårförenliga ändamål: decentraliserad rättstillämpning och centraliserad rättsutveckling. I de olika delavsnitten ovan har jag sökt visa att EG-domstolen balanserat dessa motstridiga ändamål på ett ganska inkonsekvent sätt beroende på vilken fråga domstolen har avgjort.

Artikel 86 har direkt effekt. Bestämmelsens karaktär av ovillkorligt förbud gör att nationella domstolar har behörighet att tillämpa den oberoende av innehållet i tillämpningsföreskrifterna, vare det övergångsbestämmelserna eller Förordning 17/62. Artikel 86 anses m.a.o. "färdig" som den står inskriven i Romfördraget. Den ska inte utvecklas vidare, utan enbart tillämpas.

Artikel 85 har en annan "regleringsstruktur". Bestämmelsen innehåller tre stycken: ett förbud, rättsföljden ogiltighet och rekvisiten för undantag. Regeln har i sig inte direkt effekt, utan förutsätter tillämpningsföreskrifter för att kunna tillämpas av nationell domstol i tvistemål. Övergångsbestämmelserna, artiklarna 87 t.o.m. 89 i Romfördraget, ger inte nationell domstol behörighet att tillämpa bestämmelsen. Däremot ger Förordning 17/62 nationell domstol behörighet att tillämpa artikel 85(1) och (2) utan föregående beslut av EG-kommissionen eller nationella myndigheter.

Detta är svårt att förstå – Förordning 17/62 innehåller inga uttryckliga föreskrifter om nationella domstolars behörighet i tvistemål. Dessutom raserar Förordning 17/62 effektivt alla möjligheter till komplett tillämpning av artikel 85 på det nationella planet: EG-kommissionen har exklusiv behörighet att tillämpa artikel 85(3). Följaktligen saknar nationella domstolar behörighet att tillämpa artikel 85(3), såväl enligt Förordning 17/62 som på områden vilka inte täcks av förordningen. Och nationella domstolars behörighet att tillämpa också artikel 85(1) på området utanför Förordning 17/62 är dessutom villkorad av föregående kommissionsbeslut.

Retrospektivt kan man tycka att nationella domstolars tillämpning av artikel 85 hade blivit mer konsekvent om EG-domstolen kunnat välja antingen Skylla eller Karybdis och accepterat nackdelarna med endera alternativet. Nationella domstolar kunde ha givits behörighet att tillämpa hela artikel 85, dvs. också bestämmelsens tredje stycke. Eller nationella domstolar kunde ha givits behörighet endast under förutsättning att EG-kommissionen först bedömt avtalen ifråga enligt hela bestämmelsen. I sådant fall hade man undvikit risken av motstridiga

avgöranden som en konsekvens av att EG-kommissionen och de nationella domstolarna har parallell behörighet utan att kunna tillämpa samma regelmateria. Enligt min uppfattning har dessa negativa konsekvenser varit bestämmande för EG-domstolens ställningstaganden vad gäller nationell domstols behörighet att tillämpa artikel 85. Eftersom EG-domstolen inte velat släppa idén om att förena decentralisering och centralisering har den ad hoc försökt lösa problemen med motstridiga avgöranden allteftersom de aktualiseras.[436] Det är därför svårt att se en genomtänkt strategi bakom lösningen av frågan om nationella domstolars behörighet.[437]

I viss mån motverkas risken för enskilda rättsförluster och motstridiga avgöranden av att nationell domstol kan tillämpa gruppundantag utfärdade av EG-kommissionen enligt artikel 85(3). I viss mån motverkas också de negativa konsekvenserna av att kommissionens beslut är prejudicerande för efterföljande nationell civilprocess. Men bara i *viss* mån – i det stora hela kvarstår problemen.[438]

EG-kommissionen har praktiskt sökt lösa problemen också på det processuella planet. Nationell domstol ska/kan/bör t.ex. vilandeförklara i avvaktan på kommissionsutslag; nationell domstol ska/kan/bör t.ex. beakta oförbindande beslut och "kvasi-beslut" som faktaelement i den nationella processen.[439] Det finns av naturliga skäl luckor i "tillämpningssystemet" – det är förstås i det närmaste omöjligt att göra ett på fallbasis skapat "lapptäcke" heltäckande. Detta vore mindre problematiskt, framförallt från förutsebarhetssynpunkt, om det fanns en solid ändamålsstruktur att s.a.s. fylla luckorna utifrån. EG-domstolens teleologiska bestämning av rättsläget beträffande nationella dom-

[436] EG-domstolens rättsutveckling har inte följt en rak kurs, vilket kanske har framgått ovan. Jag kan inte underlåta att ge exempel på att detta kan skapa också praktiska problem. Två tyska underrätter har i avgöranden 1981 respektive 1987 förutsatt att ej anmälningspliktiga avtal är villkorat giltiga fram tills dess nationella myndigheter eller EG-kommissionen fattat beslut. Domstolarna grundade sina avgöranden på en dom av BgH, som avkunnades 1970 efter Bilger Jehle (1970), men före de Haecht II (1973), vari EG-domstolen ändrade kurs genom att fastslå att inga nya avtal kan vara villkorat giltiga. Se Roth s. 175. Detta exempel återkommer nedan i 8.2.1.

[437] Se också Edward, Constitutional Rules s. 142 f.

[438] Jfr lösningen de lege ferenda att ge de nationella konkurrensvårdande myndigheterna mer makt genom modifiering av artikel 9 i Förordning 17/62. Se Ehlermann, National Anti-Trust Authorities s. 93 ff. och dens., Verordnung 17 s. 997 ff.; Schütz s. 520 ff.; Wolf/Fink s. 289 ff.; Blaise/Idot s. 902 f.; Rily, More Radicalism s. 94 ff., samt kommissionens meddelande om samarbete mellan nationella konkurrensmyndigheter och kommissionen (1996).

[439] Se kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan nationella domstolar och kommissionen samt bl.a. Delimitis (1991).

stolars behörighet framstår dock som något av ett mysterium. Det är i princip klart vad som gäller, men inte varför. Jag tror att det till stor del beror på att domstolen motiverat ställningstaganden med t.ex. rättssäkerhetsargument, trots att strävan att undvika motstridiga avgöranden varit det verkliga skälet.[440] Även om dessa oklarheter har uppstått vid bestämmandet av kompetensuppdelningen mellan EG-kommissionen och de nationella domstolarna, kvarstår de på det processuella planet i interaktionen mellan nationell process och förfarandet vid EG-kommissionen.

Frågekomplexet rörande parallell tillämpning av artiklarna 85 och 86 vid EG-kommissionen och nationell domstol, samt eventuellt av nationella konkurrensmyndigheter och i skiljeförfarande, har under åtskillig tid varit en het potatis och utgör ett ytterst intressant forskningsområde.[441] I det föregående har ett antal frågor med anknytning till detta berörts, men området har inte underkastats, och kommer inte att underkastas, någon djupare analys inom ramen för detta arbete.[442]

[440] Van der Esch s. 381.

[441] Inte minst på grund av tillkännagivandet om samarbete mellan nationella domstolar och EG-kommissionen, meddelandet av samarbete mellan kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter samt målet C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton, som väntar på EG-domstolens avgörande.

[442] Jag hoppas kunna återkomma till problemområdet i ett annat sammanhang.

Kapitel 4: Civilrättsliga sanktioner i Sverige

4.1 Inledning

Hittills har jag beskrivit konkurrensreglernas materiella innehåll och förfarandet vid EG-kommissionen. Vidare har jag redogjort för konkurrensreglernas verkan i medlemsstaterna med avseende på nationella domstolars behörighet att tillämpa reglerna i civilprocessen. Jag har kommit fram till att nationella domstolar, däribland svenska, kan och ska tillämpa EG:s konkurrensregler i den mån reglerna aktualiseras inom ramen för konkreta tvister.

Konsekvensen av att EG:s konkurrensrätt har verkan i Sverige är att enskilda individer och företag berättigas och förpliktigas av reglerna och att enskilda ska kunna genomdriva anspråk vid svenska domstolar. Efter att ha konstaterat konkurrensreglernas tillämplighet är från svenska utgångspunkter den relevanta frågan att ställa följande: Vad berättigas respektive förpliktas enskilda individer och företag till i anledning av att EG:s konkurrensrätt är tillämplig?

För att klargöra denna fråga måste man först betänka hur EG-rättens rättighets- och rättsskyddsbegrepp är konstruerat. Man kan skilja mellan å ena sidan det att EG-rätten skapar rättigheter och å andra sidan att tillskapade rättigheter måste beredas skydd vid nationella domstolar. De enskilda rättigheter som primärt skapas av EG:s konkurrensregler är allmänna och ganska diffusa: individer och företag som kan antas berörda ska slippa bli utsatta för de negativa konsekvenserna av att vissa företag ägnar sig åt att begränsa konkurrensen. Det kan vara fråga om att köpare ska slippa betala överpris som fixerats inom ramen för kartellbildning, att konkurrerande företag ska kunna sälja varor till köpare oberoende av köparnas förhållande till andra säljande företag, att konsumenter ska kunna köpa en viss produkt till det pris och med den kvalitet den skulle ha haft i en effektiv konkurrenssituation etc.

De primära rättigheter som följer av konkurrensreglernas direkta effekt är oproblematiska att handha inom ramen för den nationella rätten så länge rättigheterna inte, med EG-domstolens terminologi, kränks. Om konkurrensreglerna iakttas behövs inte de nationella domstolarna för att garantera reglernas genomslag.

Men om konkurrensreglerna överträds, finns också en möjlighet att enskilda rättigheter kränks. I sådana fall aktualiseras EG-rättens krav på effektivt genomslag och enskilt rättsskydd – för att EG-regler med direkt effekt inte ska stanna på fördragspappret utan absorberas av den nationella rätten och bli en del av rättskulturen i medlemsstaterna, krävs att de upprätthålls av nationella domstolar. Därför kan man säga att det till de primära EG-rättigheterna kopplats också en sekundär klass av rättigheter, som i själva verket är en förutsättning för att överhuvudtaget räkna med de primära rättigheterna: enskilda individer som berättigas av EG-regler ska vid nationell domstol kunna korrigera konkurrensbegränsningar som drabbar, och har drabbat, individerna själva. Sekundärt är således enskilda individer berättigade dels till att få konkurrensbegränsningar att upphöra, dels till att få kompensation för att ha varit utsatta för konkurrensöverträdelser.

En rätt att kunna korrigera konkurrensbegränsningar samt erhålla kompensation för negativa konsekvenser av konkurrensöverträdelser aktualiserar frågan om sanktionsregler eller, med en anglosaxisk term, *remedies*. Uttrycket sanktionsregler täcker såväl materiell- som processrättsliga regler, även om det inte finns en klar rågång mellan dessa regelkomplex. I denna bok ägnas störst utrymme åt de processuella aspekterna påtillämpningen av EG:s konkurrensregler i Sverige. I detta kapitel ska jag dock behandla frågan om vilka materiellrättsliga *remedies* som aktualiseras i Sverige i händelse av en överträdelse av EG:s konkurrensregler.[443]

Ett problem som sammanhänger med den enskildes (sekundära) rätt till skydd mot rättighetskränkningar är att EG-rätten saknar dels självständiga materiella sanktionsregler, dels processuella regler för förfarandet vid nationell domstol då EG-regler tillämpas. På konkurrensrättens område innebär detta i materiellt avseende att Romfördraget i princip saknar reglering av de civilrättsliga konsekvenserna av en överträdelse av artikel 85 och 86.[444] I min avhandling (Rättsskydds-

[443] Ang. frågan om EG-rättens kapacitet att skapa förpliktelser för enskilda från tysk utgångspunkt, se Möllers s. 34.

[444] Redan av framställningen i kapitel 3 borde ha framgått att artikel 85(2) föreskriver en ogiltighetssanktion. Se vidare i 4.2 nedan.

principen 1997) analyserade jag förhållandet mellan EG-rätten och nationell sanktionsrätt i detta avseende på ett allmänt plan och kom fram till följande.

Av EG-domstolens praxis följer att, i avsaknad av EG-rättsliga bestämmelser,[445] nationella sanktionsrättsliga regler ska användas för att bereda det rättsskydd som krävs för att realisera enskilda rättigheter som uppkommer till följd av EG-rättsliga reglers direkta effekt. Detta har karaktäriserats som att det råder "nationell autonomi" på sanktions- och processrättens områden också när det är fråga om att tillämpa EG-regler med direkt effekt. Den nationella autonomin är dock i hög grad villkorad av rättsskyddsprincipen, vilken EG-domstolen utvecklat i praxis. Rättsskyddsprincipen innehåller krav på att de nationellrättsliga sanktioner som kopplas till överträdelser av EG-regler är effektiva med avseende på EG-rättens genomslag och det enskilda rättsskyddet. Allmänt kan rättsskyddsprincipen innebära att de materiell- och sanktionsrättsliga nationella regler som kopplas till de EG-rättsliga reglerna är underkastade krav på effektivt enskilt rättsskydd, effektiv avskräckning, proportionalitet (utifrån ändamål och överträdelsen) och likabehandling (i förhållande till liknande rent nationella anspråk).

Av detta följer att man måste ta sin utgångspunkt i den svenska rätten när man ska besvara frågan om vad en enskild i Sverige är berättigad respektive förpliktigad till i händelse av att EG-regler överträtts. Eftersom EG:s konkurrensregler i princip enbart reglerar förhållanden mellan enskilda (främst företag), måste jag, när jag i detta kapitel ska söka besvara frågan om EG:s konkurrensreglers materiellrättsliga konsekvenser i Sverige, utgå från den svenska civilrätten. Därför är kapitlet upplagt som en beskrivning av de existerande svenska regler och principer som kan kopplas till EG:s konkurrensrätt och som en diskussion av frågan om det svenska rättsläget motsvarar de krav som inryms i rättsskyddsprincipen på konkurrensrättens område.

Syftet med detta kapitel är alltså att försöka beskriva vilka rättsföljder som kan tänkas kopplas till överträdelser av konkurrensreglerna i Sverige. De slutsatser som dras är i allmänhet osäkra. För att utröna rättsläget måste man som ovan sagts koppla svenska rättsföljder till konkurrensreglerna och avgöra om de svenska rättsföljderna motsvarar EG:s krav på rättsskydd och effektivt genomslag. Svensk rätt är av naturliga skäl ännu oklar vad gäller "receptionen" av EG-rättsliga

[445] Se t.ex. Snyder, Effectiveness, vid not 188.

normer i allmänhet, även om det underlättar att den svenska konkurrenslagen är kopierad på Romfördragets konkurrensregler. Även EG-rättens rättsskyddskoncept är tämligen allmänt och svårtillämpat i avsaknad av prejudikat från EG-domstolen vad gäller nationell tillämpning av konkurrensreglerna. Till stora delar bygger mina ställningstaganden och slutsatser på sådana avgöranden av EG-domstolen som rör andra EG-rättsliga områden. Det gör resonemangen allmänna och de får ofta karaktär av rättspolitisk argumentation; detta är dock ofrånkomligt när den egentliga forskningsuppgiften är att försöka förutsäga hur EG-domstolen skulle ställa sig till olika specifika frågor.[446]

I viss mån syftar kapitlet också till att översiktligt beskriva vilka typer av rättsförhållanden som skapas, för att ge en fingervisning om hur reglerna kan tänkas komma att bli använda privaträttsligt. "Inventeringen" av vilka rättsförhållanden som kan uppstå blir naturligtvis i viss mån spekulativ. Det är alltid svårt att förutse vilka situationer som kan tänkas inträffa. Ännu svårare är det förstås då det inte finns någon domstolspraxis att tala om. Jag vill dock ändå göra en översiktlig beskrivning av detta slag för att ge läsaren en, om än översiktlig, osäker och ofullständig, bild av vilka rättsförhållanden som kan uppstå på det nationella planet och vad parter i olika situationer kan tänkas yrka och invända. Därför har jag valt att utgå ifrån de nationella mål som hamnat inför EG-domstolen i form av begäran om förhandsbesked av nationella domstolar,[447] samt från vissa nationella mål som inte kommit inför EG-domstolen. Jag gör inte minsta anspråk på att framställningen i detta avseende utgör en uttömmande komparativ undersökning, framförallt inte vad gäller den senare typen av mål. Men den ger ändå en grov bild av vad som kan tänkas bli yrkat också i svensk rätt. Man bör dock betänka att de nationella tvistefrågorna kan ha sin grund i civilrättsliga regleringar som skiljer sig från de svenska.

Redan i denna inledning bör påpekas att principen om (visserligen villkorad) nationell sanktionsrättslig autonomi är modifierad på konkurrensrättens område. I artikel 85(2) i Romfördraget stadgas att konkurrensbegränsande avtal är *ogiltiga*. Detta har förstås normativ betydelse framförallt på det privaträttsliga och nationella planet. Bestäm-

[446] Jag tror också att man kan påstå att den rättspolitiskt resonerande karaktären är tillbakahållen i den här framställningen i jämförelse med övrig EG-rättslig doktrin i ämnet.

[447] Mål där EG-domstolen alltså inte uttalat sig om nationella rättsföljders överensstämmelse med EG-rättsliga krav på rättsskydd och genomslag.

melsen är unik i Romfördraget[448] och i princip också om man medräknar EG:s skrivna sekundärrätt, i det att den ger innehåll åt individuella rättigheter.[449]

Det gör dock inte att artikel 85(2) kan tillämpas oberoende av nationella utfyllande regler. Nedan kommer att framgå att svensk rätt avgör om ett delvis ogiltigt avtal fortsätter att gälla mellan parterna i de delar som inte strider mot konkurrensbestämmelserna. Vidare kan "ogiltighet av avtal" vara en bristfällig beskrivning av vad parter konkret berättigas till i anledning av att ett avtal är konkurrensbegränsande. Artikel 85(2) flyttar egentligen endast ned demarkationslinjen mellan EG-rätt och svensk rätt ett steg. De mer konkreta rättsföljderna och konsekvenserna bestäms av svensk rätt under förutsättning att de motsvarar EG:s rättsskydds- och genomslagskrav. Därför avgör svensk rätt om ett subjekt är berättigat till återgång av vad som erlagts i enlighet med ett konkurrensbegränsande avtal och om ett subjekt (t.ex. tredje man) är berättigad att få fastställt att ett avtal är ogiltigt; svensk rätt avgör om tredje man är berättigad att få utövandet av ett konkurrensstridigt avtal förbjudet och om ett subjekt kan kräva att ett företag kontraherar med det.

Även om artikel 85(2) är tämligen unik i EG:s skrivna normmassa, är det inte självklart att just konkurrensreglerna på EG-rättslig nivå saknar föreskrifter om andra rättsföljder än ogiltighet. I *Deringer*-rapporten[450] framhölls att bestämmelser om kompensation till tredje man som drabbats av konkurrensbegränsningar borde infogas i Förordning 17/62. Samtidigt avråddes ifrån att skapa en enhetlig ersättningsregel så länge (de då sex) medlemsstaternas skadeståndsregler var outredda.[451] EG-kommissionen tillsatte en utredning vars resultat publicerades 1966.[452] I utredningen drogs slutsatsen att rättssubjekt som drabbats av överträdelser av konkurrensreglerna kunde kompenseras genom "erkända reparationsmekanismer" i alla medlemsstaterna.

[448] Se dock Green, National Courts s. 519 not 38, som påpekar att artikel 215 fastlägger skadeståndsansvar för EG-institutioner gentemot drabbade individer.

[449] Se Bourgeois s. 336 f.

[450] 7/9 1961. Doc. 57. Se också nedan vid not 572.

[451] Kommissionsrapport Doc. 104/1960.

[452] Rapport till EG-kommissionen 'La réparation des consequences dommageable d'une violation des articles 85 et 86 du traité instituant la Communauté Européenne' (1966). Se också Kommissionsrapport IV/292/85, Germer (red.).

Det ansågs finnas utrymme för skadestånd, förbudstalan, "astreinte",[453] och publicering. Det framhölls dock att den enskildes möjlighet till kompensation är beroende av de skilda rättsliga villkoren i medlemsstaterna samt att möjligheterna i viss mån var begränsade.[454]

Denna slutsats kan ha föranlett EG-kommissionen att inte ta initiativ till att på EG-rättslig nivå föreskriva vilka rättsföljder som ska kopplas till konkurrensreglerna.[455] Det har dock inte hindrat återkommande krav på EG-rättslig lagstiftning för att harmonisera de privaträttsliga konsekvenserna av överträdelser av Romfördragets konkurrensregler.[456] Det antas i princip finnas två sätt att genomföra en sådan reform, antingen genom ett harmoniserande direktiv med stöd av artikel 189(3) eller i form av tillämpningsföreskrifter med stöd av artikel 87.[457] Det förefaller dock som att de politiska förutsättningarna för harmoniserande lagstiftning saknas för tillfället.[458]

Avslutningsvis bör påpekas att detta kapitel har återkopplingar i senare kapitel där framställningen är renodlat civilprocessuell. Så behandlas t.ex. frågan om konkurrensrättslig ogiltighet i samband med spörsmålet processuell indispositivitet i avsnittet 5.3 och kapitel 6 nedan. Frågan om återgång behandlas såväl i detta kapitel som nedan i avsnitt 7.6.

4.2 Ogiltighet[459]

Den primära civilrättsliga rättsföljd som anknyts till brott mot EG:s konkurrensregler är ogiltighet av avtal. Ogiltighet sanktioneras redan

[453] Ang. detta se Lindblom, Harmony of the legal spheres s. 41 f. Ang. astreinte i en konkurrensrättslig kontext, se Moreau/Lascombe s. 86 f.

[454] La reparation s. 5.

[455] Se t.ex. Kerse 10.15; Davidson s. 179.

[456] Claydon s. 252; Friend/Shaw s. 192; Riley, More Radicalism s. 94; Temple Lang, Community Antitrust s. 341; Staines s. 54 och s. 70; Jacobs, Jurisdiction and Enforcement s. 214, denne är dock tveksam till att skapa dubbla uppsättningar rättsföljds- och processregler, se dens. Damages s. 356 samt Civil Enforcement s. 1376; jfr dock Green s. 519 if, som är övervägande positiv till långtgående rättsföljder men tveksam till harmoniserande lagstiftning. Jfr dock allmänt Cappelletti/Golay s. 315.

[457] Se ovan 2.3 ang. artikel 87. En vanlig uppfattning är dock att en sådan reform lämpligast borde genomföras genom en överenskommelse mellan medlemsstaterna.

[458] Se också Caruso, Private Law and European Integration s. 21 not 59.

[459] För en omfattande utredning av frågan om konkurrensrättslig ogiltighet, i en EG-rättslig såväl som rent svensk kontext, se Magnus Gustafsson, Ogiltighet i konkurrensrätten. Examensarbete. Uppsala vt 1998. Stencil.

genom Romfördragets artikel 85(2). Rättsföljden är föremål för vissa begränsningar på det nationella planet: nationell domstol i tvistemål kan inte utan föregående beslut av EG-kommissionen ogiltigförklara gamla avtal eller anslutningsavtal som anmälts enligt Förordning 17/62.[460] Det finns inga jurisdiktionella begränsningar av nationell domstols behörighet att ogiltigförklara nya avtal. Tvärtom, nationella domstolar är på grund av reglernas direkta effekt och rättsskyddsprincipen förpliktade att tillämpa artikel 85(2) och bereda fullgott skydd åt enskilda företag som är berättigade att få avtal ogiltigförklarade.[461]

I *Béguelin* (1971) framhöll EG-domstolen att ett avtal som inte undantagits enligt artikel 85(3) blir "null and void" och fann vidare att den ogiltighet det var fråga om är *absolut*, vilket gör konkurrensbegränsande avtalsvillkor verkningslösa mellan parterna samt i förhållande till tredje man.[462] I *de Haecht II* (1973) slog EG-domstolen vidare fast att ogiltigheten hade retroaktiv verkan, dvs. från avtalets ingående.[463] I det tidigare fallet *Maschinenbau Ulm* (1966) fann EG-domstolen med avseende på konkurrensstridiga avtalsvillkor att i den mån sådana kan särskiljas från resten av avtalet, den resterande delen av avtalet förblir giltig från konkurrensrättslig synpunkt.[464]

Detta är de konsekvenser av artikel 85(2) som är normativt givna i EG-rätten: konkurrensrättslig ogiltighet drabbar avtal retroaktivt från avtalets ingående, gör avtalet eller avtalsvillkoret verkningslöst mellan parterna och gentemot tredje man samt i den mån ett konkurrensstridigt avtalsvillkor kan särskiljas från resten av avtalet så förblir kvarvarande delar giltiga från EG-rättsliga utgångspunkter.

När man tar ställning till verkan av dessa imperativ i den svenska civilrätten bör betänkas att de endast är ett slags utgångspunkter. Olika konsekvenser av att ett avtal är verkningslöst mellan parterna måste utrönas utifrån svenska regleringar om återbäring, obehörig vinst etc. Vidare, trots att ett avtalsvillkor från EG-rättslig synvinkel är särskiljbart från ett avtal, hindrar inte EG-rätten att hela avtalet utifrån svenska civilrättsliga principer blir ogiltigt eller jämkas med stöd av t.ex. 36 § avtalslagen, förutsättningsläran eller principer om obehörig vinst. Här kan nämnas att frågan om konsekvenserna av den EG-

[460] Se ovan 3.6. Detta gäller också avtal som inte är anmälningspliktiga enligt Förordning 17/62.
[461] Se t.ex. Meade s. 108 f.
[462] Se Béguelin (1971), [26] och [29].
[463] de Haecht II (1973), [27].
[464] Maschinenbau Ulm (1966), s. 250.

rättsliga ogiltigheten i hög grad hänger samman med frågan om reglernas dispositivitet i den svenska civilprocessen.[465]

I artikel 86 sägs ingenting om att avtal som utgör missbruk av dominerande ställning är ogiltiga. Bestämmelsen saknar motsvarighet till artikel 85(2). Ett skäl till att rättsföljden ogiltighet kopplats direkt till artikel 85 är att bestämmelsen är avsedd att prevenera mot konkurrensbegränsande samarbete. Det kanske mest verkningsfulla sättet att undvika inbördes konkurrens är att ömsesidigt binda de samarbetande parternas individuella handlingsfrihet genom rättsligt sanktionerade avtal. Det är därför mest effektivt att använda ogiltighet av avtal som sanktion mot konkurrensbegränsningar: det omöjliggör för företag att inrätta sitt ekonomiska handlande efter förutsättningen att deras och medkontrahenternas överenskommelser är rättsligt genomdrivbara och oberoende av parternas (fortsatta) goda vilja.[466]

Vad gäller artikel 86 är ogiltighet en jämförelsevis ineffektiv sanktion.[467] Att en överenskommelse inte är rättsligt bindande är inte avhållande i samma grad för företag som kan bestämma sitt marknadsuppträdande oberoende av konkurrenterna och som är en ofrånkomlig avtalspart på viss marknad.[468] Missbruk av dominerande ställning kommer ofta till uttryck i att underlägsna företag inte ingår avtal på grund av att de stipulerade villkoren är för hårda eller i att vissa företag utsätts för kontraheringsvägran. I sådana fall etableras inga kontraktsförhållanden och ogiltighet är en verkningslös civilrättslig sanktion.

EG-domstolen har aldrig uttryckligen tagit ställning till frågan om avtal i strid med artikel 86 är ogiltiga. I några rättsfall framgår implicit att det ankommer på de olika nationella rättsordningarna att avgöra giltigheten hos de avtal som utgör missbruk av dominerande ställning.[469] Det tycks alltså som om gränsen mellan EG-rätt och nationell utfyllnad går mellan förbudet i artikel 86 och rättsföljden ogiltighet.

[465] Frågan om de närmare, kanske yttersta, implikationerna av konkurrensrättslig ogiltighet lämnas till den fortsatta framställningen, främst i kapitel 6; och där kommer behandlingen av frågan att utgå ifrån den översiktsbild av de civilrättsliga konsekvenserna som lämnas i detta kapitel 4.

[466] Se Schröter, EWG-Kommentar s. 1492 f. Rn 160.

[467] Temple Lang, Community Antitrust s. 336.

[468] Se ovan 2.2.5.

[469] Se BRT v. SABAM, [14] i den materiella delen av domen; jfr också Ahmed Saeed (1989), vari EG-domstolen framhåller att avtal i strid med artikel 85 är ogiltiga, men inget sägs om de civilrättsliga konsekvenserna av artikel 86.

Tysk doktrin intar denna ståndpunkt.[470] Det anses att avtal i strid med artikel 86 är ogiltiga enligt tysk nationell rätt och inte direkt på grund av artikel 86.[471]

Däremot är det osannolikt att det skulle finnas utrymme för nationell rätt att *inte* hålla avtal som strider mot artikel 86 för ogiltiga. Liksom all "rättighetsutfyllnad" är de nationella ogiltighetsregler som kopplas till artikel 86 underkastade EG-rättens krav på effektivt rättsligt skydd.[472] Det råder heller ingen tvekan i doktrinen om att avtal i strid med artikel 86 är "starkt" ogiltiga mer eller mindre analogt till artikel 85(2).[473] Det tycks svårförenligt med rättsskyddsprincipen att "underlägsna" företag som drabbats av marknadsdominanters missbruksbeteende inte civilrättsligt skulle komma ifrån avtal som är resultat av sådant missbruk.[474]

I svensk rätt är inte avtal i strid med *legala förbud* automatiskt ogiltiga.[475] Ogiltighetsverkan bestäms utifrån förbudets syfte, konsekvenserna av ogiltighetspåföljden samt behovet av att sanktionera förbudet med ogiltighet.[476] I den svenska konkurrenslagen specialregleras dock avtal som utgör förbjudna konkurrensbegränsningar enligt lagen: sådana avtal är ogiltiga enligt 7 §. I propositionen framhålls att förbjuden konkurrensbegränsning är en stark ogiltighetsgrund, dvs. ogiltigheten inträder direkt från avtalets slutande och oberoende av åberopande.[477]

[470] Se också Blok s. 509.

[471] Schröter, EWG-Kommentar, §§ 45 ff., m.hvsn. Enligt BGB §§ 134 och 138 medför brott mot artikel 86 samma starka ogiltighetsgrund (nichtigkeit) som följer direkt av artikel 85(2). Jfr dock Picañol s. 11.

[472] Bellamy & Child, 10-025 samt not 61, framhåller att ogiltigheten följer "by virtue of the direct effect" hos artikel 86 och hänvisar till den välkända [16] i processhindersdelen av BRT v. SABAM-fallet, se ovan 3.2. Se också Linder/Westin s. 51.

[473] Se t.ex. Whish/Sufrin, Competition Law s. 324 och Wahl, Konkurrensförhållanden s. 216; jag har dock inte sett distinktionen mellan artikel 85(2) och 86 i detta avseende noterad någon annanstans än i tysk doktrin och hos Blok s. 509, och inte heller någon annanstans stöd och argumentering för att nationell rätt tillhandahåller ogiltighetssanktionen för brott mot artikel 86, villkorat av rättsskyddsprincipen.

[474] Se också Whish/Sufrin, Competition Law s. 324; Linder/Westin s. 51.

[475] Se Nial, Legala förbud s. 6 ff.; Bernitz, Avtalsvillkorslagen s. 126 f. Prop. 1981/82:165 s. 237; Prop. 1969:78 s. 38 (Rhodesialagen); Förslag till lag om avtal m.m. (1914) s. 120; SOU 1970:19 s. 73. Se också NJA 1992 s. 717 (Nials responsum s. 721 f.).

[476] Se Nial, Legala förbud s. 6 ff.; Bernitz, Avtalsvillkorslagen s. 126. Se också NJA 1992 s. 717, HD på s. 727.

[477] Prop. 1992/93:56 s. 76. Ang. indelningen i stark och svag, absolut, kvalificerad och relativ ogiltighet, samt i nullitet och angriplighet, se Åhman s. 236 ff. Med risk att föregripa den följande undersökningen men till vinnande av större klarhet, vill jag redan här fram-

Man kan alltså lugnt anta att konkurrensbegränsande avtal, vare sig de strider mot artikel 85 eller 86, ska betraktas som civilrättsligt ogiltiga.[478] Det framgår av EG-domstolens praxis att avtal i strid med artikel 85 ska betraktas som ogiltiga från ingåendet[479] eller från den tidpunkt då de kommit att strida mot konkurrensreglerna.[480] Detta harmonierar alltså med "liknande" svenska regleringar av konkurrensbegränsande avtals civilrättsliga verkan. Med kringgående av den svenska ogiltighetsterminologin kan man säga att en brott mot EG:s konkurrensregler är att kategorisera bland de värre slagen av ogiltighetsgrunder och att avtal i strid med reglerna inte ska gå att genomdriva på rättslig väg.[481]

Även om det följer av EG-rätten att konkurrensbegränsande avtal är automatiskt ogiltliga avgörs de specifika konsekvenserna av sådan ogiltighet enligt de olika nationella reglerna.[482] Detta medför bland annat att ogiltigheten får olika verkan i de skilda medlemsstaterna.[483] Det framgår av EG-domstolens praxis att ogiltighet drabbar antingen de delar av ett avtal som är konkurrensbegränsande eller hela avtalet om de förbjudna delarna inte kan särskiljas från det.[484] Däremot avgörs av nationell rätt om de särskiljbara och icke konkurrens-

---

hålla att den ogiltighet som belastar konkurrensbegränsande avtal är bland de värsta sorterna oberoende av terminologi, se nedan 6.5. När jag i det följande omväxlande uttrycker det som att konkurrensstridighet är en stark ogiltighetsgrund, som att ogiltigheten är absolut och automatisk och som att konkurrensbegränsande avtal är nulliteter, avser jag inte att åskådliggöra subtila skillnader genom att spela över hela det terminologiska registret (eller snarare registren). Jag avser helt enkelt det som sägs i denna not: att konkurrensrättslig ogiltighet är att inrymma bland de riktigt grava slagen av ogiltighet och att den närmare innebörden av detta i processuellt hänseende kommer att framgå i de följande kapitlen.

[478] Se också Westin s. 38, som påpekar att artikel 85(2) är onödig om man antar att alla rättssystem i medlemsstaterna föreskriver ogiltighet för rättshandlingar i strid med lagstiftade förbud.

[479] Se Béguelin (1971), [29]. Se Schröter, EWG-kommentar s. 1454 Rn 163. Detta gäller också gamla avtal som blir föremål för civilprocessuell prövning efter att EG-kommissionen bedömt dem, se ovan vid not 400. Det finns dock ett undantag: EG-kommissionen kan retroaktivt giltiggöra gamla avtal enligt artikel 7(1) i Förordning 17/62, se ovan vid not 396.

[480] Detta gäller främst anslutningsavtal, se ovan vid not 379.

[481] Jfr Åhman s. 236 ff. Se också Blok s. 499 och Schröter, EWG-Kommentar Rn 163: "Unwirksamkeit schlechtin".

[482] Se t.ex. Blok s. 503 och s. 505 not 9. Jfr dock Stenberg, Studier i EG-rätt s. 510 f.

[483] Se Hall s. 42 f.; denne anför som exempel att erlagda prestationer enligt ogiltiga avtal ska återbäras i vissa medlemsstater men inte i andra.

[484] Maschinenbau Ulm (1966), s. 250. Ang. särskiljbarhet med avseende på efterföljande förändringar av ett villkorat giltigt avtal, se ovan mot slutet av 3.6.

begränsande delarna av kontraktet fortsätter att vara bindande mellan parterna.[485]

I svensk rätt finns ingen klar reglering av frågan om hel eller partiell ogiltighet; i vart fall verkar det klart möjligt att delar av ett i övrigt ogiltigt avtal kan förbli i kraft.[486] I förarbetena till den svenska konkurrenslagen sägs att endast de delar av ett avtal som är konkurrensbegränsande bör bli ogiltiga och att ett helt avtal *kan* bli ogiltigt om den förbjudna klausulen är av betydelse för icke konkurrensbegränsande delar av avtalet.[487] Därvid noteras också att EG:s konkurrensrätt föreskriver sådan ogiltighetsverkan.[488] I specialmotiveringen framhålls mycket kort att jämkning av icke-konkurrensbegränsande avtalsvillkor eller ogiltigförklaring av hela avtal kan aktualiseras enligt 36 § eller förutsättningsläran.[489] Möjligen kan också principen om obehörig vinst leda till att ogiltighetsverkan träffar andra avtalsvillkor än de konkurrensbegränsande i den mån principen täcker andra omständigheter än 36 § och förutsättningsläran.[490] Dessa allmänna ställningstaganden står oemotsagda i doktrinen.[491]

Ytterligare en fråga som aktualiseras i samband med avtal som är ogiltiga 'ab initio' på grund av brott mot EG:s konkurrensregler är i vad mån erlagda prestationer ska återgå. Också denna fråga regleras av de nationella rättsordningarna.[492] Det är antagligen, i ett EG-rättsligt perspektiv, egalt om erlagda prestationer återgår eller inte enligt nationella regler. Möjligen kan man tycka att ett underlägset företag som tvingats in i ett betungande samarbete med ett dominerande företag borde vara berättigat att återfå vad det utgett.[493] Vidare kan man möjligen tänka sig att återgång är av betydelse från handlingsdirigeringssynpunkt. Företag som presterat enligt konkurrensbegränsande

[485] V.A.G. (1988), [14-15]; se också t.ex. Teigum, s. 781; Blok s. 503; Linder/Westin s. 51.
[486] Se t.ex. beslut av Sundsvalls Tingsrätt i mål T 559/94; Wetter m.fl. s. 287. Jfr Hall s. 43, som hävdar att teknikerna för att särskilja ogiltiga klausuler från ett avtal är olika i common law- respektive civil law-länder. Jfr också Remnelid s. 7 f. För tysk rätts del blir avtalet i sin helhet ogiltigt, se Schröter, EWG-kommentar s. 1496 Rn 65. Se också Bayer v. Süllhöfer (1988), [8] ang. tillämpning i praktiken.
[487] Prop. 1992/93:56 s. 32.
[488] A.s.
[489] Prop. 1992/93:56 s. 77; se vidare Bernitz, Konkurrenslagen s. 86. Se också Magnus Gustafsson, Ogiltighet i konkurrensrätten.
[490] Om obehörig vinst, se Karlgren, Obehörig vinst och värdeersättning och Hellner, Om obehörig vinst; jämför nedan 4.7 i slutet.
[491] Bernitz, Konkurrenslagen s. 86.
[492] Se Hall s. 42 f.
[493] Jfr Bellamy & Child 10-030.

avtal har inget incitament att få det ogiltigförklarat om det inte därigenom återfår vad det utgett. Å andra sidan skulle det kanske verka avhållande på företags vilja att komma ifrån avtal om det skulle innebära att de tvingades återbära vad de mottagit.[494]

Frågan om vilka konsekvenser avtals ogiltighet har för erlagda prestationer är mycket litet utredd i svensk rätt.[495] Den allmänna utgångspunkten är att erlagda prestationer ska återgå,[496] men denna verkar inte rigoröst upprätthållen i ogiltiga rättsförhållanden där återgång är praktiskt svårgenomförbar eller där ogiltigheten är en konsekvens av att viss verksamhet står i strid med lag eller goda seder. Mot denna bakgrund är det omöjligt att säga vad som i Sverige principiellt gäller för avtal som är ogiltiga enligt EG:s konkurrensregler. I den mån ett avtal varit i kraft under lång tid och inneburit utnyttjande av good will, know how, immaterialrättigheter, varumärken,[497] eller avsett varor som sedan länge är konsumerade eller avskrivna är naturligtvis återgång in natura praktiskt omöjlig. Vidare borde EG:s konkurrensbestämmelser vara att karaktärisera som legala förbud; men det är inte säkert att avtal i strid med konkurrensreglerna är att likställa med "pactum turpe" eller med brottslig verksamhet.[498]

4.3 Konkurrensreglernas användning i kontraktsförhållanden

Man kan först påpeka att ogiltighet inte är en speciellt effektiv sanktion vad gäller vissa slag av konkurrensbegränsningar. Ovan har sagts att missbruk av dominerande ställning ofta tar sig andra uttryck än avtalsbindningar. Alla slag av konkurrensbegränsningar enligt artikel 85 utgör inte heller rättsligt bindande avtal. Som ovan sagts faller visst slag av konkurrensbegränsande samarbete, t.ex. "gentlemen's agreements" och samordnat förfarande under artikel 85 utan att

[494] Denna fråga diskuteras vidare nedan i 7.6.

[495] Se Bramsjö, framförallt s. 270 f. Ang. frågan om återgång efter konkurrensrättslig ogiltighet, se Deringer s. 145 ff., Bellamy & Child s. 94 f., samt Blok s. 505.

[496] Se Nial, Legala förbud s. 11 ff. Detta strider mot den romerska maximen att den som överträtt lag eller goda seder genom att prestera saknar rätt att återkräva det han presterat. Denna maxim har fortfarande viss bäring inom vissa kontinentala rättssystem, se van den Heuvel, Civil-Law Consequences s. 172 samt Nial, a.s.

[497] Blok s. 504 f.

[498] Se nedan 6.3 och 7.6.

det enligt svensk eller annan nationell rätt behöver kunna kvalificeras som bindande överenskommelser.[499]

Hemligt samarbete inom ramen för konkurrensbegränsande kartell er är oftast inte rättsligt bindande för kartellmedlemmarna ens förutan EG:s konkurrensregler.[500] Och för det fall dylikt samarbete skulle vara rättsligt bindande vore det antagligen de konkurrensbegränsande företagen främmande att försöka genomdriva konkurrensbegränsande förpliktelser på rättslig väg.[501] Därför uppkommer i nationell process sällan frågor om ogiltighet i samband med denna typ av överträdelser.[502]

I andra mindre extrema fall av konkurrensbegränsningar används civilrättsligt bindande avtal av och mellan företag som vill styra andras och varandras handlingsmönster på marknaden. Det anses befogat också från konkurrensrättslig synpunkt att avtalsparter i vissa situationer binder varandras marknadsuppträdande under lång tid. Exempel på detta är konkurrensklausuler i avtal om företagsöverlåtelse, konkurrensklausuler i joint ventures eller begränsande villkor i avtal om licenserad användning av patent eller varumärke.[503] Det är dock främst i just kontraktsförhållanden av varaktig karaktär som överträdelser av konkurrensreglerna aktualiseras inom ramen för nationella processer. En orsak är givetvis att sådana avtal på ett annat sätt än momentana avtal begränsar parternas framtida uppträdande på ekonomiska marknader och därför löper större risk att ha konkurrensbegränsande verkan. En annan orsak är att part i ett avtal med lång

[499] Se 2.2.3 ovan.

[500] Korah, 6.2.

[501] Whish/Sufrin, Competition Law s. 319. Hemligt kartellsamarbete med många inblandade företag och som pågår under lång tid bygger inte på att de inblandade företagen är rättsligt bundna, utan på att det är ekonomiskt fördelaktigt. Därför är ogiltighetssanktionen ineffektiv. Publicitet och bötesbestraffning är därför effektivare sanktioner. Se också Linder/Westin s. 52. Således, och också på grund av det omfattande utredningsarbete som föregår ett fastställande av överträdelser, är det svårt att tänka sig kontrollen av detta slag av samarbete skött av enskilda rättssubjekt. Detta är ett område där konkurrerande företag och den nationella civilprocessen är dåliga alternativ till EG-kommissionens övervakningsverksamhet. För denna typ av konkurrensbegränsningar se t.ex. kommissionsbeslut i Raznoimport (1984) 85/206/EEC samt Ahlström m.fl. (1993).

[502] Däremot skadestånd, se nedan vid not 605. De allvarligaste överträdelserna blir dock inte föremål för klagomål från tredje man till EG-kommissionen. Orsakerna antas vara ovetskap eller rädsla för vedergällning, se Temple Lang, Community Antitrust s. 336; dens. Abuse of Dominant Position s. 55; Wilks s. 4. Av samma skäl kan incitamentet att väcka skadeståndstalan i anledning av en skadeståndstalan vara lågt. Ett ytterligare problem med skadeståndstalan är bevissvårigheter, se nedan efter anförd not.

[503] Temple Lang, Community Antitrust s. 336.

löptid har större anledning att vilja komma ifrån sina bindningar eller att bryta mot avtalet. [504]

Frågan om ogiltighet på grund av konkurrensbegränsning har i ojämförligt störst omfattning aktualiserats i samband med avtal rörande framtida köpplikt eller försäljningsrätt av vissa slag av varor. Det vanliga är att en tillverkare av exklusiva eller åtråvärda varor knyter speciella återförsäljare till sig genom selektiva avtal som innehåller t.ex. mer eller mindre långtgående begränsningar av återförsäljarnas rätt att handla med varorna eller föreskrifter om minsta försäljningskvoter. Märkligt många avtal har rört löpande ölleveranser,[505] men det finns också exempel på att avtal rörande gjutjärnsprodukter,[506] kontorsutrustning,[507] reservdelar till bilar[508] och på att franchisingavtal[509] har sökts ogiltigförklarade vid nationell domstol. Tämligen ofta har också ogiltighet aktualiserats i samband med avtal om licenserad användning av immateriella rättigheter som patent-,[510] varumärkes-,[511] upphovs-[512] och växtförädlingsskydd[513]. I övrigt har frågan om avtals ogiltighet uppkommit i samband med bl.a. konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse.[514]

I de allra flesta fall uppkommer tvist genom att återförsäljaren eller licenstillverkaren bryter mot någon av de begränsningar som tillverkaren eller innehavaren av immaterialrättigheten inkluderat i avtalet. Den påstådda kontraktsbrytaren kan då invända att avtalet strider mot

[504] Se Temple Lang, Community Antitrust s. 337. Denne ger en rad exempel på situationer i vilka avtalsparter kan tänkas använda konkurrensreglerna för att komma ifrån avtal med lång löptid.

[505] Inför EG-domstolen: de Haecht I & II, (1969 respektive 1973); Bilger v. Jehle (1970); Concordia (1977); Delimitis (1991). Ang. ölleveransavtal och reformen av EG:s distributionsavtalsreglering, se Nazareli/Cowan, Beer Supply Agreements.

[506] Fonderies Roubaix-Wattrelos (1976).

[507] Portelange (1969).

[508] V.A.G. (1986).

[509] Pronuptia (1986).

[510] Bayer v. Sullhöfer (1988); BGH 21/2 1989, 1989 GRUR Int s. 689 (Tyskland); Ransburg GEMA (England 1989).

[511] De Bloos v. Bouyer (1977).

[512] BRT v. SABAM (1974).

[513] Se Erauw-Jacquery (1988) rörande möjligheten att i strid med en klausul om exportförbud i ett licensavtal sälja viss spannmålssort, vilken var föremål för växtförädlingsskydd. Jfr administrativa ärendet Meilland v. Royon (EG-kommissionsbeslut 85/56/EEC) vari ifrågasattes en anställds rätt att i strid med anställningsavtal exploatera muterad rosplanta som han funnit i arbetet.

[514] Se Comprifalt v. Compri Aluminium, (Holland 1989).

artikel 85 eller 86.[515] Detta är den i särklass vanligaste användningen av konkurrensreglerna i kontraktsförhållanden.[516] Men det förekommer också att företaget s.a.s. högst upp i den vertikala kedjan påstås bryta mot avtal om exklusiv eller selektiv distribution och då invänder att avtalet strider mot konkurrensreglerna.[517] Däremot är det ytterst sällsynt att företag intar kärandeställning under åberopande av avtals ogiltighet.[518]

4.4 Tredje man

Det är inte ovanligt att ogiltighet görs gällande i relationer mellan en avtalspart och en tredje man. I flera fall har en avtalspart/tillverkare som byggt upp ett distributionsnät av exklusivt eller selektivt slag väckt talan mot en tredje man som säljer de aktuella produkterna utan att ingå i distributionsnätet.[519] Enligt tysk rätt är det förbjudet för tredje man att sälja varor som omfattas av ett distributionsnät som är "lückenlos".[520] Också enligt andra kontinentala rättssystem[521] verkar avtal ha återverkningar för tredje man, även för det fall avtalen inte rör utnyttjande av immaterialrättigheter.[522]

Detta är märkligt i ett inhemskt perspektiv. Enligt svensk rätt kan inte två eller flera parter genom avtal ålägga tredje man förpliktelser.[523] S.k. tredjemansavtal kan endast ge tredje man (självständig) rättighet.[524] I rättsfallet NJA 1993 s 189 fann visserligen HD att ett dotterbolag kunde bryta mot en konkurrensklausul i ett avtal om företags-

[515] Detta kallas "eurodefence", se t.ex. Shaw s. 83.

[516] Se t.ex. Meade s. 110; Picañol s. 35.

[517] De Bloos v. Bouyer (1977).

[518] Se dock Delimitis (1991) i vilket utskänkaren stämde bryggeriet och yrkade återgång av den säkerhet som bryggeriet innehållit (kvittat) mot obetalda skulder enligt avtalet. Det är betydligt vanligare att tredje man som kärande stöder fastställelse- eller förbudsyrkande på att ett visst avtal är konkurrensbegränsande, se nedan samt Alsatel Novosam (1988).

[519] Se t.ex. Bosch (1962); Lancôme (1980); Marcel Rochas v. Bitsch (1970); L'Oréal (1980).

[520] Se t.ex. Bail/Lichtenberg s. 291. Se också Bernitz, Otillbörlig konkurrens I s. 205 f.

[521] Se t.ex. ang. Frankrike Lancôme (1980) samt Garage Massol (1996) och Nissan v. Sport Auto (1996), och vidare Belparfrance v. Assetwatch (Belgien 1990), kommenterat av Ravelingien. Jfr ang. anglosaxisk rätt Whish/Sufrin, Competition Law s. 319 not 10.

[522] Se Blok s. 501.

[523] Se t.ex. Bernitz, Otillbörlig konkurrens I s. 214,

[524] Jfr Adlercreutz I s. 135 ff.

överlåtelse ingånget av moderföretaget. HD framhöll dock att avtalet i princip inte kunde göras gällande mot dotterbolaget, men att undantag skulle göras för fall där moder- och dotterbolag ägdes av samma person, hade samma ledning och där bolagen samverkat för att kringgå konkurrensbegränsningsklausulen.[525] Det var alltså inte fråga om ett rent tredjemansförhållande.

Hade avtalet i 1993 års fall haft EG-rättsliga dimensioner skulle dotter-/moderbolaget ha kunnat invända att avtalet var konkurrensbegränsande.[526] Detsamma gäller om HD mot all förmodan skulle utvidga principen till att gälla rena tredjemansförhållanden. Tredje man har nämligen tämligen ofta med framgång invänt att försäljningsnät avseende exklusiv eller selektiv distribution strider emot artikel 85 eller 86, att sådana konglomerat av avtal är ogiltiga. För det fall ett specifikt företag i distributionsnätet försett tredje man med produkter har tredje man invänt att just avtalet mellan kontraktsparterna är ogiltigt.[527]

Tredje man kan vara avskuren från handel med vissa produkter. Ibland beror det, som ovan nämnts, på att tillverkare och speciellt utvalda återförsäljare ingått exklusiva köp- och/eller säljavtal. I andra fall beror det på att immaterialrättshavare ingått avtal med vissa utvalda exploatörer/tillverkare. Ett vanligt villkor i sådana avtal är att exploatören ensam kan förfoga över immaterialrätten inom ett visst begränsat geografiskt område mot att han enbart säljer till kunder inom sitt område. Sådana avtal är definitivt potentiellt konkurrensbegränsande. Dessutom finns i sådana förhållanden ett latent intresse hos parterna att bryta mot sina förpliktelser.

Tredje man kan därför vara intresserad av att befria den av parterna som skulle tjäna på att handla med honom från förpliktelserna enligt avtalet. Det händer också att tredje man i process gör gällande att ett visst avtal är ogiltigt. Beroende på situationen kan denna typ av anspråk ta sig konkreta uttryck i yrkande om fastställande av ogiltighet,[528] förpliktande att tillåta återförsäljare leverera till tredje man[529]

[525] Jfr ovan vid not 54 om den ekonomiska enhetens princip.

[526] I det specifika fallet hade det sannolikt varit utsiktslöst; den aktuella konkurrensklausulen framstår som en acceptabel sidoförpliktelse, se ovan vid not 89.

[527] Se t.ex. Marcel Rochas v. Bitsch (1970); jfr Fonderies Roubaix-Wattrelos (1976).

[528] Se t.ex. Picañol s. 6 f.

[529] Otto Versand m.fl. v. Westen van den Sigtenhorst m.fl. (Holland 1991).

eller förbud för producenter att tillämpa konkurrensbegränsande villkor i distributionskontrakt.[530]

Det förekommer att tredje män yrkar att företag ska förpliktas kontrahera med dem. Det vanliga är att grunda sådana yrkanden på att företaget missbrukar dominerande ställning enligt 86 och i sådana fall är den påstådda kontraheringsrätten oavhängig kontraktsförhållanden.[531] Därför framstår kanske termen "tredje man" som mindre adekvat i sådana situationer.[532] Men ibland åberopas att leveransvägrande företags beteende är förbjudet enligt artikel 85.[533] Man bör dock notera att det för en "tredje man" som framställer ett yrkande om kontraheringsplikt är mindre intressant om ett avtal är just civilrättsligt ogiltigt. Dels grundas en leveransvägran inte alltid på en rättsligt bindande överenskommelse. Dels medför enbart ett avtals ogiltighet inte att vederbörande får tillgång till de åtråvärda produkterna.

Vidare förekommer att "tredje man" för en mer renodlad förbudstalan, som avser att konkurrenter ska upphöra med aktiviteter som drabbar vederbörandes verksamhet.[534]

Avslutningsvis bör observeras att ett antal franska företag i bilbranschen har sökt använda gruppundantagsförordningen avseende selektiv distribution i bilbranschen[535] som stöd för förbudsyrkanden mot företag som omfattas av distributionsnätet. Kärandeparterna hävdade att eftersom deras säljorganisationer faller under gruppundantaget och eftersom villkoren för säljorganisationen fastställde exklusiv etableringsrätt och ensamrätt avseende återförsäljning m.m., skulle

[530] HB Ice Cream v. Masterfood (Mars), (Irland 1992). Jfr Langnese-Iglo v. EG-kommissionen (T-1992), samma typ av rättsförhållande fast i administrativ process med Mars som klagande.

[531] Volvo v. Veng (1988), mönsterskyddade reservdelar till bilar; Metro v. Cartier (1994) garantier avseende Cartier-klockor; (Italien) Pozzi Richard v. SNAM (1982) tillgång till metangas; (Tyskland) Container Service (1981) tillgång till järnvägsförbindelse; (Holland) van Gelderen v. Impressum Nederland (1981) förbud att leverera utländska tidningar; BMW (1979), försäljning av visst bilmärke.

[532] Jag sätter därför citationstecken runt tredje man när jag med termen åsyftar både någon utanför ett specifikt kontraktsförhållande och någon i ett helt renodlat utomobligatoriskt förhållande till ett eller flera konkurrensbegränsande företag.

[533] Automec II (T-1992) återförsäljning av bilar; (Belgien) Pex v. Peters-Lacroix (1973) kollektiv leveransbojkott riktad mot viss återförsäljare av tapeter, se Picañol s. 25.

[534] British Wool Marketing Board v. King (Skottland 1993); Leanport Ltd m.fl. v. Southern Chemicals m.fl. (Irland 1988).

[535] Förordning 123/85 om tillämpningen av artikel 85.3 på vissa grupper av försäljnings- och serviceavtal för motorfordon. Se ovan not 237

försäljare som sålde eller importerade de aktuella bilmärkena utan att vara del av säljorganisationen göra sig skyldiga till illojal konkurrens. I de fall som kom inför EG-domstolen framhöll denna att gruppundantagsförordningen inte utgör hinder mot att obundna återförsäljare bryter mot de märkesbundna företagens exklusivavtal.[536]

4.5 Tredje mans rättsföljder: ogiltighet av avtal, kontraheringsplikt och förbud

Från det som sagts ovan är det helt klart att parter i ett konkurrensbegränsande avtal kan göra gällande att avtalet är ogiltigt och därigenom bryta mot avtalet eller rättfärdiga kontraktsbrott. Men följer det av EG-rätten att "tredje man" i anledning av att ett företag överträtt EG:s konkurrensregler kommer i åtnjutande av en rättighet med innehåll att begränsningen ska upphöra?

Enligt EG-rätten avgör nationell rätt vilka rättssubjekt som berättigas av en specifik överträdelse av EG-rätten.[537] Vidare avgör nationell rätt i princip vad dessa berättigade subjekt berättigas *till*.[538] Denna gränsdragning mellan EG-rätt och nationell rätt villkoras dock av att de rättsföljder som tillhandahålls av den nationella rättsordningen är effektiva, proportionella och avhållande.[539]

Med utgångspunkt i de EG-rättsliga dogmerna ligger det nära till hands att anta att en tredje man, åtminstone generellt, bör anses berättigad att få överträdelser av konkurrensreglerna att upphöra.[540] Bestämmelserna är utformade som förbudsregler och syftar primärt till att få företag att avhålla sig från konkurrensbegränsande beteende och att få överträdelser att upphöra.[541] Till den delen rättsskyddsprincipen vilar på framåtblickande och handlingsdirigerande ändamål bör den ställa som minimikrav på de nationella rättsordningarna att berörda individer och företag ges möjlighet att självständigt uppnå

[536] Se Garage Massol (1996), [22]; Nissan v. Sport Auto (1996), [21]; Fontaine v. Aqueducs Automobiles (1997), [23].
[537] Se t.ex. Butterfahrten (1981).
[538] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 102 ff.
[539] A.a.
[540] Se också EG-kommissionen, Tillkännagivande om samarbete mellan nationella domstolar och kommissionen, [11].
[541] Se ovan vid not 14.

reglernas primära mål.[542] Om inte tredje man kunde utverka att överträdelser upphörde, vore den enskilda konkurrensbevakningen helt beroende av att avtalsparter fann konkurrensbegränsande bindningar oförmånliga. Mot bakgrund av att inte alla överträdelser sker genom avtal, särskilt inte brott mot artikel 86 och mot bakgrund av att avtalsparter naturligtvis kan ha starka incitament att kvarstanna i ett konkurrensbegränsande avtalsförhållande, skulle den decentraliserade konkurrensövervakningen bli mindre effektiv.

Dessutom kan man fråga sig om EG:s krav på effektivt skydd för den enskilde skulle bli rumphugget om endast kontraktsparter skyddades. Företag som ingått överenskommelser av fri vilja har de facto en möjlighet att välja att fortsätta ett konkurrensbegränsande samarbete eller att bryta det. Det framstår närmast som orättvist att ge kontraktsparter en sådan valrätt om tredje män, som direkt eller indirekt drabbas, inte hade någon möjlighet att självständigt ändra sin faktiska situation. Det borde därför följa av konkurrensreglernas direkta effekt och rättsskyddsprincipen att "tredje man" som berörs av konkurrensbegränsningar är berättigad att få dem att upphöra.[543] "Tredje man" som berörs av en konkurrensbegränsning bör därför kunna väcka fastställelsetalan om avtals ogiltighet och förbudstalan mot konkurrensbegränsande beteende.[544]

Däremot är det tveksamt om "tredje man" enligt svensk rätt kan göra anspråk på kontrahering, oberoende av motpartens inställning, t.ex. i anledning av att ett företag leveransvägrat inom ramen för ett samarbete i strid med artikel 85.[545] Som jämförelse kan nämnas att EG-kommissionen inte med stöd av artikel 85 kan förplikta företag att leverera till ett visst annat företag. Tvärtom avgörs av de respektive nationella rättsordningarna om avtalsparter är förpliktade att leverera till tredje man.[546] Därför följer antagligen *inte* att anspråk grundade

[542] Se t.ex. Davidson s. 181; Caruso, Private Law and European Integration; se vidare Jacobs, Jurisdiction and Enforcement s. 214. Den senare påpekar vidare att nationella domstolar är mer lämpade än EG-kommissionen att besluta om interimistiska "förbud", se Jacobs, Civil Enforcement s. 1375. Detta kan kanske tyckas som ett något "hemmablint" uttalande: han påstår vidare att interimistiska förbud kan beviljas på nationell nivå utan att något utslag i saken är i sikte (alltså i avvaktan på beslut av EG-kommissionen).

[543] Se också Bellamy & Child 10-042.

[544] Ang. förbudstalan i Danmark, se Germer/Wiingaard s. 293 ff. Ang. de holländska erfarenheterna av förbudstalan vid överträdelser av EG:s konkurrensregler, se Slot/Nieuwenhuis s. 125 f.

[545] Bernitz, Konkurrenslagen s. 90 f.

[546] Automec II (T-1992), [50].

på överträdelser av artikel 85 måste beredas effektivt skydd genom kontraheringstvång.[547]

Däremot följer av likabehandlingsprincipen att EG-rättsliga anspråk inte får beredas sämre rättsligt skydd i jämförelse med "liknande" inhemska anspråk. Om svensk rätt tillhandahåller kontraheringstvång som sanktion då tredje man på grund av konkurrensbegränsande samarbete förvägrats köpa varor ska därför detta gälla också vid tillämpning av artikel 85.[548] I svensk rätt råder i och för sig kontraheringsplikt för vissa rättssubjekt inom begränsade områden.[549] Men enligt den svenska konkurrenslagen följer ingen kontraheringsplikt enligt 6 §, en bestämmelse som motsvarar artikel 85. Därför borde inte tredje man i Sverige kunna resa ett anspråk på kontrahering mot ett eller flera företag som bryter mot artikel 85.

Vad gäller överträdelser av artikel 86 är dock antagligen rättsläget ett annat. EG-kommissionen kan förplikta företag att leverera till tredje man när det säljvägrat enligt artikel 86.[550] Det är kanske möjligt att konkurrensverket inför Stockholms Tingsrätt eller Marknadsdomstolen inom det indispositiva förfarande som primärt föreskrivs av den svenska konkurrenslagen, kan förplikta företag att kontrahera när de överträtt 19 § genom säljvägran. I förarbetena sägs visserligen inte att kontraheringsplikt ska följa, men det betonas att säljvägran utgör missbruk av dominerande ställning.[551] Det är å andra sidan möjligt att ogiltighets- och skadeståndssanktionerna som uttryckligen regleras i lagen uttömmande anger de civilrättsliga rättsföljder som kan hävdas med konkurrenslagen som grund.

Antagligen följer ändå direkt av ändamålen bakom artikel 86 att tredje man bör vara berättigad till kontrahering, åtminstone om överträdelsen av artikel 86 består just i att tredje man förvägrats leverans.[552] Om ett eller flera företag[553] dominerar en marknad är det eller de ofrånkomliga avtalsparter på denna marknad och kan bestämma

[547] Jfr dock för Belgiens del Club c. Agence et messageries de la presse et arts (Belgien 1992).

[548] Se t.ex. Jacobs, Civil Enforcement s. 1368.

[549] Se Bernitz, Konkurrenslagen s. 61 f.

[550] Commercial Solvents (1974); EG-domstolen fann utan stöd i ordalydelsen att artikel 3 i Förordning 17/62 ger EG-kommissionen makt att "order certain acts which have been wrongfully withheld". Se också Drijber s. 1240 n 3.

[551] Se prop. 1992/93:56 s. 87.

[552] Se också Temple Lang, Community Antitrust s. 339.

[553] Se ovan vid not 127 ang. kollektivt dominerande ställning. Se också Schödermaier s. 30 f.

sitt uppträdande oberoende av konkurrenter och egen kommersiell effektivitet.[554] Ett företag som förvägras köpa produkter i en sådan situation är närmast helt avskuret från handel på marknaden, det kan inte etablera sig.[555] Utbudet på marknaden ifråga kommer att regleras genom artificiella hinder och en ineffektiv konkurrenssituation bevaras. Till skydd för enskilda företag som vill konkurrera på ärliga villkor och för att möjliggöra effektiv konkurrens på marknader som domineras av ett eller ett fåtal företag, bör säljvägran i strid med artikel 86 leda till kontraheringsplikt.[556]

Om säljvägran företas inom ramen för ett samarbete i strid med artikel 85 är däremot inte den relevanta marknaden sluten. Det finns potentiella kontraheringsparter som inte är bundna av konkurrensbegränsande överenskommelser och som kommer att vara intresserade av att släppa in tredje man för det fall det är ekonomiskt gynnsamt. Därför är det inte nödvändigt att koppla kontraheringsplikt till överträdelser av artikel 85, vare sig till skydd för det enskilda företaget eller för uppnåendet av effektiv konkurrens på den relevanta marknaden.

Vilka rättssubjekt kommer då i åtnjutande av enskilda rättigheter i anledning av överträdelser av konkurrensreglerna? Ja, först och främst blir sådana företag som ingått konkurrensbegränsande överenskommelser berättigade att komma ifrån dem. När det gäller tredje man är det naturligtvis svårare att generellt avgränsa kretsen berättigade eller snarare finna kriterier för detta. Det är komplicerat att ta ställning till frågan om vilka subjekt, eller grupper av subjekt, som berättigas till vad av olika EG-regler med direkt effekt.[557] Det är kanske ännu värre att avgöra om ett företag, eller en kategori av företag, är berättigat till något specifikt efter en konkret överträdelse av EG:s konkurrensregler. EG-rätten saknar nämligen fastlagda kriterier för att bestämma kretsen materiellt berättigade eller taleberättigade.

Därmed är det inte sagt att det är helt överlämnat till den nationella rätten att avgränsa materiellt "saklegitimerade" personkategorier; det finns exempel på att EG-domstolen underkänt inhemska regler av nu nämnt slag och man måste nog, trots att fastlagda kriterier saknas, anta att det ankommer på EG-rätten att uppställa minimikrav också på

[554] Se Hoffman-La Roche (1979), [38-39]; se också Korah, Concept of Dominant Position s. 396 f.
[555] Jfr Gyselen/Kyriazis s. 135.
[556] Se också Staines s. 56.
[557] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 102 ff.

nationella regler som begränsar kretsen materiellt berättigade.[558] I avsaknad av klara normativa regleringar kan man som teoretisk utgångspunkt ta att den enskilde för att anses materiellt berättigad på något sätt ska anses drabbad av en överträdelse av konkurrensreglerna och att den enskilde ska anses omfattad av konkurrensreglernas "skyddssyfte".[559] Detta är en mycket allmän utgångspunkt och i praktiken kommer därför frågan att lämnas åt EG-domstolens bedömning ad hoc, i de fall den aktualiseras.[560]

I detta sammanhang ska inte göras någon grundlig genomgång av svenska regleringar av kretsen materiellt berättigade vid konkurrensöverträdelser eller dylika svenska reglers förhållande till EG:s rättsskyddskrav.[561] Det kan dock kanske antas att EG:s konkurrensregler täcker en vidare personkategori än de svenska konkurrensreglerna. Det är svårt att dra någon annan slutsats om man utgår från Förordning 17/62 och dess artikel 3(2b).[562] I denna bestämmelse sägs att fysiska eller juridiska personer som "claim a legitimate interest" kan initiera ett administrativt förfarande genom klagan. Det gör inte det administrativa förfarandet till "actio popularis": klaganden måste ha ett direkt, märkbart och praktiskt intresse i saken och måste antagligen riskera att drabbas av skada eller förlust av överträdelsen. Tillvaratagandet av tredjemans intresse/rättighet visar sig också i att avvisade klagomål måste kunna överklagas enligt artikel 173 i Romfördraget.[563]

Den senaste tioårsperioden har inneburit en allt starkare decentralise-

[558] Se a.a. ang. det problematiska att använda rättsskyddsprincipen i sådana sammanhang.

[559] Se J. Eklund, Konsumentinflytandet vid tillämpningen av EG:s konkurrensregler s. 32.

[560] T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 107.

[561] För en analys och diskussion av frågan i allmänhet, se J. Eklund, Konsumentinflytandet vid tillämpningen av EG:s konkurrensregler s. 30-32, och särskilt ang. konsumenters talerätt s. 32-37. Ang. holländsk rätt vid konkurrensöverträdelser och särskilt konsumentorganisationers talerätt, se Slot/Nieuwenhuis s. 126.

[562] Jfr dock Jacobs, Civil Enforcement s. 1373: "Community powers are without prejudice to the protection of individual rights"; vidare Green, National Courts s. 529: "the availability or absence of remedies at the Community level should have no bearing on those pertaining in the national court". Den senare framhåller att individuella rättigheter under EG-rätten respektive EG-institutionernas makt att säkra EG-rättens efterlevnad har skilda föremål, syften och verkningar och att inga paralleller ska dras. Det bör betonas att de administrativa processreglerna här inte har använts som förlagor för att ge nationella rättsföljder innehåll utan som utgångspunkt för vilken grupp subjekt som kan antas berättigade till vissa slag av rättigheter som kan antas följa av reglerna. Utan en sådan utgångspunkt vore det i avsaknad av inhemska regler närmast omöjligt att överhuvudtaget säga någonting i frågan.

[563] Se ovan vid not 179.

ringssträvan vad gäller tillämpningen av konkurrensreglerna.[564] Som en del i denna kan man förmoda, har EG-kommissionen tydligt annonserat sin avsikt att avvisa alla klagomål som inte rör saker av tillräckligt "EG-rättsligt intresse". Denna kommissionens inställning har vunnit Förstainstansdomstolens gillande.[565] Detta innebär att de "tredje män" som kunnat anföra klagomål och via EG-kommissionen kunnat utverka att konkurrensbegränsande beteende upphör, måste gå till nationell domstol.[566] För att detta ska vara en framkomlig väg måste dock "tredje man" självständigt kunna genomdriva att konkurrensbegränsningar som berör/drabbar honom upphör; tredje man måste vara materiellt berättigad att kräva förbud.[567]

I annat fall skulle först och främst EG-rättens krav på beredande av effektivt rättsskydd inte uppfyllas. Detta gäller åtminstone de rättssubjekt som är berättigade att initiera ett administrativt förfarande enligt Förordning 17/62 artikel 3 (2b). Vidare skulle de EG-rättsliga kraven på de nationella rättsföljdernas avhållande verkan inte uppfyllas. Den decentraliserade konkurrensbevakningen skulle definitivt bli ineffektiv om "tredje män" inte var materiellt berättigade till rättsföljden förbud.

Detta borde innebära att den svenska konkurrenslagens krav på att en skadeståndsberättigad ska vara avtalspart eller företag inte är garanterat tillämpligt vid fall av överträdelser av EG:s konkurrensrätt.[568] Och därför borde kravet på företagsanknytning inte vara tillämpligt heller i de fall då tredje man, dvs. icke avtalspart, yrkar något annat än skadestånd.

Här kan dock påpekas att exempelvis den tyska regleringen av urskillningen av berörda personkategorier förefaller snävare än den svenska.[569] Vidare bör framhållas att i den mån nationell rätt tillåter vidare personkategorier än sådana som anses direkt och individuellt berörda enligt artikel 3(2b) i Förordning 17/62 eller artikel 173 i

[564] Se ovan vid not 262 och not 312. Se också t.ex. Meade s. 120 f. samt meddelande om samarbete mellan EG-kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter 97/C313/3, [6].

[565] Automec II (T-1992), [77-78].

[566] Automec II, [87-96].

[567] Notera konsekvenserna av Förstainstansdomstolens resonemang i Automec II (T-1992): det förefaller som att ett klagomål kan avvisas endast om EG-kommissionen finner att effektivt rättsskydd kan beredas på nationell nivå. Mot bakgrund av att nationella domstolar *skall* bereda effektivt rättsskydd framstår detta resonemang som märkligt.

[568] Se nedan vid not 600.

[569] Se Caruso, Private Law and European Integration s. 20 f.

Romfördraget, EG-rätten inte gärna kan utöva en begränsande inverkan i detta avseende.[570]

4.6 Skadestånd – bakgrund

Det är oklart om EG-rätten normativt föreskriver att enskilda som har lidit skada av konkurrensbegränsningar är berättigade till kompensation. EG-domstolen har aldrig uttryckligen förklarat att enskilda är berättigade till skadestånd. EG-kommissionen har däremot till svar på en fråga från EG-parlamentet framhållit att konkurrensreglerna är avsedda att grunda skadeståndsansvar på nationell nivå.[571] Denna uppfattning stöds i viss mån av de överväganden som föranledde att rättsföljds-/skadeståndsbestämmelser inte intogs i Förordning 17/62.[572] Som ovan sagts kan antagligen Förordning 17/62:s avsaknad av civilrättsliga rättsföljder förklaras med att det nationella skyddet för rättigheter grundade på konkurrensreglerna ansågs tillräckligt.[573]

Men EG-kommissionens uppfattning manifesterad i ett svar på en parlamentsfråga för över tjugo år sedan har inte en sådan rättskällehierarkisk auktoritet att man kan bygga en skadeståndssanktion på den. Detsamma gäller naturligtvis i än högre grad en utredning författad av rättsvetenskapsmän för mer än trettio år sedan.[574] Frågan är alltså inte avgjord; det är fortfarande inte helt klart att individer som drabbats av konkurrensbegränsningar i strid med EG:s regler är berättigade till skadestånd med direkt stöd i EG-rätten. Helt klart är däremot att EG-rätten inte förbjuder att skadeståndssanktioner på det nationella planet kopplas till överträdelser av Romfördragets konkurrensregler.[575] Starkt stöd för detta finns i det faktum att EG:s institutioner stillatigande accepterat domstolsavgöranden på nationell nivå som erkänner artiklarna 85 och 86 som skadeståndsgrundande.[576] I de

[570] Jfr Kruidvat (T-1996) samt mer allmänt Verholen (1991).

[571] OJ 1973 C 67/54, se (1) tredje stycket.

[572] Se ovan vid not 455; Deringer-rapporten 1961 respektive utredningen "La Reparation" 1966. Jfr dock Claydon s. 250.

[573] Se bl.a. Davidson s. 179.

[574] Se ovan not 452 och not 572. Denna undersökning avsåg också endast de sex stater som då utgjorde gemenskapen. Det är mycket långsökt att hävda att kommissionens bevekelsegrunder för att inte föra fram ett lagstiftningsförslag med visst innehåll skulle binda de medlemsstater som senare tillträtt vad avser visst rättsskydd.

[575] Se t.ex. Green, National Courts s. 531 f., m.hvsn.t. Hans Just-fallet (1980).

[576] Se också t.ex. tillkännagivande om samarbete mellan nationella domstolar och EG-kommissionen, [11].

flesta medlemsstater finns internrättsliga förutsättningar för att utdöma skadestånd i anledning av överträdelser av artikel 86[577] och artikel 85.[578] Det bör dock påpekas det närmast fantastiska att inte ett enda fall har rapporterats från någon medlemsstat där ersättning faktiskt utdömts.[579]

Caruso beskriver situationen som att "the weight of private law tradition slows down the reception of EU law within the courts" och framhåller att "(e)mbodied in national legal cultures is the reluctance of state courts to let European regulation add to their own armoury of private remedies". Hon verkar mena att decentraliseringen av konkurrensreglernas tillämpning, på grund av de nationella domstolarnas motvilja mot att göra våld på nationell civilrätt, kommer att vara beroende av nationella konkurrensmyndigheter.[580]

Det är möjligt att Carusos förutsägelse är riktig. Jag är ändå tveksam. Låt vara att det inte är möjligt, och framförallt inte önskvärt, att harmonisera privaträtten inom EU; men nationell civilrätt, liksom andra rättsområden, bör väl vara öppen för yttre påverkan i form av samhällsförändringar. I viss mån oberoende av EG-rätten, men kanske särskilt tydligt på grund av den, förefaller det som om den rättsliga regleringen av förhållanden mellan enskilda, och framförallt av företag, tar sig formen av offentligrättslig lagstiftning. Jag har svårt att tänka mig att distinktionen mellan civilrättslig och offentligrättslig reglering av specifika rättsförhållanden kan upprätthållas i längden.[581] Hur kan man, annat än rent begreppsligt, motivera att ett avtal är civilrättsligt giltigt mellan två parter, men förbjudet och kanske straffbart offentligrättsligt? I takt med att den offentligrättsliga regleringen av förhållanden mellan enskilda ökar, inte minst kommersiella förhållanden, riskerar civilrätten att förtvina om inte de offentligrättsliga inslagen absorberas och tillåts vara normerande också mellan parterna.

[577] Det finns t.o.m. en tysk bestämmelse med skadeståndssanktion som exakt motsvarar artikel 86, se Roth s. 169. Se också Baur, Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche s. 263 f.

[578] Se BMW-fallet (1979). Se också Roth s. 173; Green, National Courts s. 523 f.; Picañol s. 4 f; Arean Lalin s. 248; Munari s. 633 f. För en allmän genomgång av medlemsstaterna, se Germer/Wiingaard s. 339 ff.

[579] Steindorff, Europäisches v. Kartellrecht s. 161 f.; Hutchings/Levitt s. 119; Whish/Sufrin, Competition Law s. 325; Hoskins, Availability of Damages s. 258. Jfr Caruso, Private Law and European Integration s. 18 not 36, å andra sidan a.a. s. 20.

[580] Caruso, Private Law and European Integration s. 21 f.

[581] Ang. distinktionen se Caruso, Private Law and European Integration s. 22; jfr den svenska distinktionen mellan civilrätt och näringsrätt.

När man som här har att ta ställning till frågan om skadestånd ska kunna utdömas vid svensk domstol i anledning av överträdelser av EG:s konkurrensregler är det viktigt att beakta att det mot bakgrund av det osäkra rättsläget finns två argumentationslinjer. Enligt den ena följer individuell ersättningsrätt, trots avsaknad av explicita regler och auktoritativa avgöranden, direkt av EG-rätten; ett anspråk grundat på överträdelser av konkurrensbestämmelserna kräver skydd i form av skadeståndssanktion. Alternativt kan rätt till ersättning följa av likabehandlingsprincipen. I den mån den nationella rättsordningen tillhandahåller en rätt till skadestånd "vid liknande anspråk" är den förpliktad att möjliggöra individuell ersättning också vid kränkningar av EG:s konkurrensregler.[582]

Det har betydelse om en kompensationsrätt följer direkt av EG:s krav på effektivt rättsskydd och genomslag. I sådant fall följer ersättningsrätten också om den nationella (svenska) rättsordningen saknar skadeståndssanktion vid liknande anspråk. Vidare kan omfattningen av en eventuell ersättningsrätt enligt svenska regler modifieras och dessutom kan svensk rätts ståndpunkt i frågan om vilka som ska anses berättigade till ersättning påverkas av EG:s krav på effektivitet och rättsskydd.[583]

I det följande ska jag ta ställning till vilken av dessa principiella ståndpunkter som har mest fog för sig under de rättsligt osäkra förhållanden som råder. Dessförinnan ska dock möjligheterna till ersättning för skada vållad genom konkurrensbegränsningar i Sverige diskuteras.

4.7 Utrymme för skadestånd enligt svenska regler

De skador som vållas av konkurrensbegränsande beteende kan klassificeras som rena förmögenhetsskador, dvs. verkningar som inte är följd-, person- eller sakskador.[584] I de flesta fall uppkommer sådana skador i vad som kallas *utomobligatoriska rättsförhållanden.*

[582] Se t.ex. Van Gerven (AG) i Banks-fallet (1994) [47]. Se också Bernitz, Konkurrenslagen s. 87 f.

[583] Se nedan 4.9. Se också t.ex. Hall s. 43 f. som menar att skadeståndssanktionens verkan i olika medlemsstater beror på hur vissa skadeståndsrättsliga moment/institut regleras i medlemsstaterna. Han verkar förutsätta att de uppräknade momenten inte kan modifieras i integrerande riktning av rättsskyddsprincipen.

[584] Se Hellner, Skadeståndsrätt s. 66 och prop. 1972:5 s. 451 f.; se också prop. 1992/93:56 s. 96 och Carlsson m.fl. s. 432.

Som framgår nedan är det tänkbart att en part i ett avtalsförhållande kan anses berättigad till skadestånd. I allmänhet är det emellertid svårt att härleda en sådan ersättningsrätt från ett avtalsbrott; dvs. skadestånd yrkas inte på grund av att motparten brutit mot sina förpliktelser enligt ett avtal. Snarare vill part ha ersättning på grund av att avtalet är konkurrensbegränsande och därigenom vållat honom skada. Skadeståndsanspråket grundas således snarare på att man följt avtalet än på att man brutit mot det. Inom ramen för den talan prövas visserligen omständigheter hänförliga till det kontraktuella förhållandet mellan parterna. Men grunden för skadeståndet är inte en kontraktuell förpliktelse utan den allmänna culpanormen.[585] Mot bakgrund av att bl.a. den svenska konkurrenslagen förutsätter att skadestånd ska kunna utgå till såväl tredje man som till avtalspart, förefaller distinktionen mellan utomobligatoriskt och kontraktuellt skadestånd inte ha sedvanlig relevans vid bedömningen. Möjligen kan konkurrensskador ses som en särskild skadetyp vid sidan om de nämnda.[586]

Skadeståndslagen 2:4 föreskriver att den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott blir ersättningsskyldig. Regeln är dock inte fullständigt klargörande. Uppkommer skadeståndsskyldighet för ren förmögenhetsskada *endast* om den vållats genom brott eller kan ren förmögenhetsskada ersättas också då sådan vållats på annat sätt?

I förarbetena till bestämmelsen framgår tre saker av relevans för denna fråga. För det första ansågs tidigare rätt innebära att ren förmögenhetsskada skulle ersättas endast då sådan vållats genom brott.[587] För det andra hävdades att skadeståndslagen inte avsågs förändra rättsläget. För det tredje gjordes gällande att lagen inte heller var avsedd att hindra en utveckling av skadeståndsansvaret i praxis.[588]

Domstolarnas utveckling av 2:4 har dock varit trög. Möjligen har domstolarna, liksom jurister i allmänhet, kommit att läsa regeln e contrario.[589] I två fall låter HD ana att annat än brottsligt beteende kan vara skadståndsgrundande också i avsaknad av specialregleringar.

I det ena fallet, NJA 1976 s. 282, yrkade käranden ersättning av ett förlag under åberopande att förlaget i strid med upphovsrättslagen

[585] Jfr Kleineman, Ren förmögenhetsskada s. 417 ff.

[586] Jfr Hellner, Skadeståndsrätt s. 22 f.

[587] Ang. detta se Kleineman, Ren förmögenhetsskada s. 139 ff.; Hellner, Skadeståndsrätt s. 67 f.; Dufwa, Skyddat intresse s. 205; Bernitz, Otillbörlig konkurrens I s. 118; se också Karlgren, Skadeståndsrätt s. 24.

[588] Se prop. 1972:5 s. 568.

[589] Kleineman, Ren förmögenhetsskada s. 140; Bernitz, Otillbörlig konkurrens I s. 119.

eller allmänna rättsgrundsatser använt kärandens bild i en reklamkampanj. HD:s majoritet fann att upphovsrättslagen eller någon allmän rättsgrundsats inte hade överträtts. Ett justitieråd fann ändå att goda skäl kunde anföras för att en enskilds bild inte borde få användas i reklam utan samtycke, men fann det "inte lämpligt" att i rättspraxis införa skadeståndsansvar på ett speciellt område mot bakgrund av pågående lagstiftningsarbete.

I det andra fallet, NJA 1993 s. 13, åberopade käranden 2:4. HD fann att ingen brottslig gärning begåtts och att talan därför inte kunde bifallas enligt 2:4, men fann enligt principen jura novit curia[590] att skadeståndsskyldighet följde av en allmän rättsprincip.[591] Eftersom HD uttryckligen framhöll att ersättningsansvaret inte följer av 2:4 måste väl den allmänna rättsprincipen ifråga ses som en oskriven specialreglering av ansvar för ren förmögenhetsskada. Rättsfallet understryker därför snarast att utrymmet för ersättningsansvar på grund av en utomobligatorisk förmögenhetsskada är försvinnande litet i de fall skadan inte vållas genom brott eller är föremål för specialreglering.[592]

I den svenska konkurrenslagen finns dock en specialreglerad ersättningsskyldighet för ren förmögenhetsskada. I 33 § stadgas att företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder förbuden i 6 § eller 19 § ska ersätta skada som uppkommer för ett annat företag eller en avtalspart.

Dolus eller culpa krävs för att skadestånd ska utgå.[593] För en överträdelse av *förbudet* i 6 § är det inte nödvändigt att en överenskommelse från konkurrensbegränsande företags sida är avsedd att begränsa konkurrensen. Det räcker att en överenskommelse faktiskt har sådan verkan.[594] Samma sak gäller enligt artikel 85 i Romfördraget.[595] Artikel 86:s konstruktion tydliggör inte på samma sätt att över-

[590] Åberopade omständigheter täcktes av den oskrivna rättsregeln ifråga.

[591] Antagligen fråga om obehörig vinst, se HD:s hänvisning till Hellner, Skadeståndsrätt 4 uppl. respektive Agell, Festskrift till Hellner.

[592] Se också nedan vid not 651.

[593] Jfr ang. nationell tillämpning av EG:s konkurrensregler Van Gerven (AG) i Banks-fallet [53] m.hvsn.t. Dekker-fallet (1990) (könsdiskriminering) som menar att ersättningsrätt på det nationella planet inte kan göras beroende av att den drabbade lyckas bevisa "fault" eftersom det skulle minska den avskräckande verkan av en enskilds möjlighet att föra skadeståndstalan.

[594] Prop. 1992/93:56 s. 72.

[595] Se van den Heuvel, Civil-Law Consequences s. 183. Däremot har uppsåt och oaktsamhet betydelse vid utdömande av bötespåföljd enligt Förordning 17/62 artikel 15(2).

trädelser är oberoende av uppsåt.[596] Men inom ramen för administrativa förfaranden har EG-domstolen uteslutande beaktat om företagens beteende objektivt sett strider mot artikel 86.[597] I förarbetena till konkurrenslagen sägs ingenting om huruvida det krävs uppsåt eller oaktsamhet för att missbruk av dominerande ställning ska vara *förbjudet* enligt 19 §.

Vidare bör noteras att skadeståndsregeln endast gäller för överträdelser av konkurrenslagen. Från ett strikt svenskt perspektiv är alltså bestämmelsen inte tillämplig på överträdelser av EG:s konkurrensregler. Dessutom preskriberas ersättningsrätten om inte talan väcks inom fem år från det skadan uppkom.

Det framgår av lagtexten att andra företag eller avtalsparter är skadeståndsberättigade. Detta innebär att tredje man kan komma att få rena förmögenhetsskador ersatta om vederbörande är "konkurrerande företag eller företag i andra eller tidigare säljled och berörs mer direkt av förfarandet".[598] Vidare medför lagtexten att tredje man som inte är företag i lagens mening inte ska ersättas för skador. I förarbetena framhålls att endast den som omfattas av lagens skyddsintresse är berättigad till skadestånd enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer;[599] "obestämda kretsar av konsumenter som indirekt berörs av ett samarbete" skyddas inte av lagen eftersom den är inriktad på förhållandena inom näringslivet, detta trots att den syftar till att främja det totala konsumentintresset.[600, 601]

[596] Se dock Whish/Sufrin, Competition Law s. 326.

[597] Temple Lang, Definition of Abuse s. 362 f. Denne menar att uppsåt eller oaktsamhet är bevisat om företaget visste eller borde ha vetat om att dess handlingar hade konkurrensbegränsande verkan; se också Bellamy & Child, 12-065; jfr dock van den Heuvel, Civil-Law Consequences s. 183. Enligt Temple Lang. s. 363, har bristande uppsåt endast betydelse då företaget inte skäligen kan antas ha känt till konsekvenserna av sitt handlande och om det därför rättat sitt beteende vid insikt om konsekvenserna.

[598] Prop. 1992/93:56 s. 96.

[599] Ang. skyddsändamålsläran, se H. Andersson, Skyddsändamål och adekvans.

[600] Prop. 1992/93:56 s. 96. Jfr också H. Andersson, Trepartsrelationer s. 38 ff. och s. 45 ang. avgränsning av klasser och s. 31 ff. ang. differentieringsmetoder i allmänhet. Jfr vidare för tysk rätt Baur, Schadenersatz- unt Unterlassungsansprüche s. 266, vad gäller avgränsning av skadeståndsberättigad krets av drabbade i en konkurrensrättslig kontext. Detta kan vara mycket besvärligt i fall då en konkurrensbegränsning under lång tid drabbat väldigt många människor ringa. Baur använder bananproducenters felaktiga prissättning som exempel. Se också Baur, Schadenersatz s. 16 ff.; Slot/Nieuwenhuis s. 124 f. Se också ovan vid not 568.

[601] Se Lindblom, Grupptalan s. 11 ff. ang. svårigheten att hantera kollektiva, diffusa och fragmentariska intressen och rättigheter i civilprocessen; se a.a. s. 180 ff. ang. kraven på att en klass måste vara lagom avgränsad samt käranden medlem av klassen vid grupptalan. Se

Om konsumenter eller andra icke-företag lidit skada som följd av ett *avtal* med konkurrensbegränsande företag har de dock rätt till kompensation. I förarbetena framhålls att detta främst är avsett att gälla då ett förbjudet förfarande är inriktat på en enskild avtalssituation, t.ex. anbudskarteller.[602]

I förarbetena ges ett antal exempel på när skadeståndsskyldighet kan föreligga.[603] De flesta exemplen är faktiskt hänförliga till kontraktsförhållanden. Återförsäljare som accepterat bruttoprissättning ska enligt förarbetena vara berättigade till ersättning för utebliven vinst orsakad av att omsättningen minskat. Återförsäljare ska också kompenseras då de drabbats av priskartellsamarbete; ersättning ska utgå för skillnaden mellan det erlagda priset och det pris som skulle ha betalats i en effektiv konkurrenssituation. Företag i dominerande ställning som orsakar underlägsna företag kostnader på grund av missgynnande affärsvillkor eller oberättigade krav på tilläggsprestationer, blir skadeståndsskyldiga.

I förarbetena finns ett rent exempel på utomobligatorisk skadeståndsskyldighet och det kopplas till missbruk av dominerande ställning. Exklusivavtal och säljvägran som försvårar konkurrerande företags näringsutövning är ersättningsgrundande om det leder till ökade kostnader och minskad omsättning.[604] Ett exempel som antagligen inrymmer såväl kontraktuell som utomobligatorisk skadeståndsskyldighet är marknadsdelningsfallet.[605] Det framhålls i förarbetena att höga priser som orsakats av marknadsdelning ska kompenseras ner till det pris som de relevanta produkterna skulle ha betingat i en effektiv konkurrenssituation. I denna situation antar jag att skadeståndsskyldighet i princip kommer att åvila alla företag som ingår i marknadsdelningskartellen. Själva skadan skulle enligt förarbetena bestå i

---

vidare Heuman, Målsägande s. 44 ff., särskilt s. 46 ff., ang. bestämning av målsäganderätt utifrån straffbudens skyddsintresse. Se f.ö. a.a. s. 498 särskilt om målsäganderätt vid brott mot äldre strafflagstiftning inom marknads- och konkurrensrätten samt vid angrepp på kollektiva intressen generellt.

[602] Prop. 1992/93:56 s. 96.

[603] Se prop. 1992/93:56 s. 97 för det följande. Jfr vidare ang. tysk rätt Baur, Schadenersatz s. 25 ff.

[604] Ang. ogiltighetssanktionens betydelse vid missbruk av dominerande ställning, se ovan vid not 502.

[605] Jfr Baur, Schadenersatz- unt Unterlassungsansprüche s. 264, som menar att konkurrenter, vilka har blivit utsatta för 'internationalen Belieferungssystemen' som strider mot artikel 85(1) och därigenom förhindrats marknadstillträde, är berättigade till skadestånd enligt tysk rätt.

att det drabbade företaget inte kunnat "spela ut" leverantörer mot varandra, dvs. få dem att sänka sina priser för att få sälja.[606]

Jag ser åtminstone fem svårigheter som är förknippade med denna skadeståndsreglering varav fyra inte alls berörs i förarbetena. Dessa svårigheter är aktuella i andra medlemsstater vid skadeståndstalan med EG:s konkurrensregler som grund och de har antagligen också relevans för tillämpningen av 33 §, oavsett om regeln kopplas till förbudsbestämmelserna i Romfördraget eller till reglerna i konkurrenslagen.

Den första svårigheten är att visa ett samband mellan överträdelse av förbudsregel och uppkommen skada.[607] Detta är speciellt svårt för tredje man; för en part som inte deltagit i en konkurrensbegränsning kan det vara besvärligt nog att visa att andra företag påverkat konkurrensen på marknaden eller åsyftat att göra det.[608] För det andra kan ersättningsrätten falla bort eller jämkas om den skadelidande medverkat till, eller varit medvållande respektive samtyckt till, konkurrensbegränsningen.[609] Ett typexempel på detta är det fall då ett företag först accepterar ett bruttoprisförbud som avtalsvillkor och därefter yrkar ersättning för inkomstförluster. Däremot är antagligen inte medvållande aktuellt i sådana kontraktsförhållanden där den skadegörande konkurrensbegränsningen ligger bortom företagets kontroll, t.ex. fallet då företag ovetandes avtalar om köp till pris som bestämts av en priskartell.

För det tredje är det svårt att i vissa fall, t.ex. då skador orsakats genom marknadsdelning, peka ut vem eller vilka som är ersättningsskyldiga.[610] Det som konkret händer vid en marknadsdelning är att

[606] I en sådan situation är antagligen en förbudstalan eller en fastställelsetalan rörande ogiltighet lättare att vinna framgång med; i sådant fall behöver "bara" förbjudet kartellsamarbete bevisas, inte något samband mellan överträdelse och skada, för att kartellmedlemmarna ska "befrias", jfr ovan not 502.

[607] Picañol s. 26. Detta gäller också andra rättsföljder än skadestånd, se Bellamy & Child, 10-032.

[608] Jfr Riley, More Radicalism s. 94, som de lege ferenda föreslår att allmänna EG-rättsliga regler bör kunna uppställa en presumtion för att konkurrensbegränsande beteende företagits och att bevisbördan alltså därmed skulle övervältras på de(t) företag som har störst möjlighet att bevisa vad som (inte) har skett.

[609] Jfr Waelbroeck, Concurrance s. 179, som framhåller att medvållande är ett koncept som följer konkurrensreglerna från s.a.s. EG-rättslig nivå. Jfr vidare Slot/Nieuwenhuis s. 122 ff., ang. frågan om 'in pari delicto' enligt holländska principer vid konkurrensstridighet. Ang. medvållande och kravet på skadebegränsning, se H.Andersson, Skyddsändamålsläran s. 478 ff.

[610] Hall s. 43; Picañol s. 28. Se också Linder/Westin s. 55 f.

återförsäljare inom andra områden vägrar att leverera och att företag som levererar kanske tar för högt pris. Antingen kan man väcka talan om skadestånd mot det företag som etablerat distributionsnätet eller kanske mot alla företag som ingår i det och vars verksamhet haft relevans för att skada uppkommit. Det är åtminstone klart att tämligen stora utrednings- och processkostnader är förenade med att söka genomdriva ersättningskrav vid vissa slag av konkurrensbegränsningar.

Ett fjärde problem är skadeberäkning.[611] I konkurrenslagen framgår att den skada som ska ersättas är kostnader som konkurrensbegränsningen medfört för företag. Det kan vara fråga om kostnader som pålagts genom att dominerande företag föreskrivit oskäliga avtalsvillkor, att företagens omsättning minskat eller att priset på en vara blivit för högt. I dessa fall utgörs skadan av skillnaden mellan den faktiskt föreliggande situationen vad gäller de drabbades kostnader och ett idealtillstånd då effektiv konkurrens råder på marknaden. Det är oerhört svårt att avgöra vilka kostnader företag skulle ha i en hypotetisk, ideal situation på en marknad som rent faktiskt regleras av konkurrensbegränsningar. I förarbetena till konkurrenslagen föreslås därför att domstolarna i enlighet med RB 35:5 ska uppskatta en skada till ett skäligt belopp.[612]

Ett femte problem har också att göra med skadeberäkning. I amerikansk antitrusträtt är det i skadeståndstvister vanligt att invända att den drabbade fört en eventuell skada vidare.[613] Företag som betalar ett för högt pris beroende på t.ex. priskarteller kommer naturligtvis att lägga en del av kostnaden för detta på priset för sina varor. Därför kommer konsumenterna till en del att betala för konkurrensbegränsningen. Till en del kommer överpriset orsaka att andra konsumenter överhuvudtaget inte köper företagets varor. Företagets omsättning

[611] Picañol s. 26.

[612] Prop. 1992/93:56 s. 97. Jfr Monaco, Schadenersatzansprüche nach italienischem Recht s. 114 f. ang. en liknande italiensk bevisregel. Jfr vidare Riley, More Radicalism s. 94, som, för att underlätta den nationella tillämpningen av konkurrensreglerna vad gäller skadeberäkning, föreslår att ett tariffsystem med olika ersättningsnivåer för olika slag av konkurrensöverträdelser utarbetas. Jfr vidare Lindblom, Tradition, precision och schablon.

[613] S.k. passing on-invändning. Se Landes/Posner, Should Indirect Purchasers Have Standing, t.ex. s. 603. EG-domstolen har slagit fast att detta är en giltig invändning också vid skadeståndstalan mot EG:s institutioner enligt artikel 215 i Romfördraget, se t.ex. Dumortier Frères (1979), [15]. Samma slag av invändning har använts av statliga myndigheter i Italien och Frankrike mot krav på restitution av olagligen uttagna avgifter, se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 100 f. m.hvsn. och senast Société Comateb (1997).

kommer att minska. Det är dock oerhört svårt att avgöra i vilken omfattning ett för högt pris blivit en kostnad för företaget och i vad mån kostnaden förts vidare. Om det är fråga om en konkurrensbegränsning högt upp i en vertikal kedja med många sälj- och köpled blir det en närmast omöjlig uppgift att spåra de subjekt som "extrakostnaden" slutgiltigt belastat.[614]

EG-domstolen har i ett antal rättsfall med avseende på rättsförhållanden mellan enskilda och medlemsstater i princip godtagit att staten, mot krav på återbetalning av felaktigt uttagna avgifter och med stöd i inhemsk rätt, gjort gällande s.k. passing on-invändningar.[615] Dock har EG-domstolen i princip krävt att bevisbördan för att avgifterna ifråga förts vidare lagts på medlemsstaterna, vilket i praktiken medför att en passing on-invändning blir meningslös.[616] I *Société Comateb* (1997) framhöll EG-domstolen att en passing on-invändning kan godtas endast när det är styrkt att avgiften i sin helhet burits av annan än det företag som erlagt den och när en återbetalning skulle medföra att företaget gjorde en obehörig vinst.[617] Vid obehörig vinst- och skadebedömningen ska hänsyn tas till den skada företaget lidit av att sälja till ett högre pris, vilket kan vara en följd av att avgiften förts vidare.[618] Vidare ska vid en obehörig vinst-bedömning beaktas huruvida företagets kunder – vilka belastats av den vidareförda avgiften – kan kräva ersättning direkt av medlemsstaten eller från företaget.[619]

Enligt *Van Gerven* (AG) i *Banks*-fallet (1994) ska nationella domstolar vid skadeberäkning i mål rörande konkurrensrättsligt skadestånd ta hänsyn till om skadan förts vidare.[620] Mot bakgrund av det och fallet *Société Comateb* (1997) vore det intressant att söka fastställa i vad mån principen om obehörig vinst enligt svensk skadeståndsrätt är tillämplig på konkurrensrättens område och i vad mån tredje man i senare säljled kan vända sig direkt mot en konkurrensbegränsare med ett skadeståndsanspråk.

Av den svenska konkurrenslagen framgår att obestämda kretsar av

[614] Se Landes/Posner, Should Indirect Purchasers Have Standing s. 602 ff.
[615] Se not 615 ovan.
[616] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 139 ff. samt Société Comateb (1997), [23] och [25].
[617] Se [35].
[618] Se [30-33].
[619] Se [24].
[620] Se nedan vid not 684 och det följande.

konsumenter inte omfattas av lagens skyddsintresse,[621] men att "företag i andra eller tidigare säljled som berörs mer direkt av förfarandet" gör det.[622] Enligt uttalandet i propositionen förefaller det som att företag i t.ex. andra säljledet skulle vara hänvisade att vända sig direkt mot konkurrensbegränsaren och alltså inte mot sin leverantör, vilken kanske inkluderat sin "konkurrensstridighetskostnad" i priset. I sådant fall borde konkurrensbegränsaren mot den direkta köparens skadeståndsanspråk kunna invända att denne gör en obehörig vinst till den del hans extrakostnad förts vidare till andra säljled.[623]

Under förutsättning att man vid en sådan obehörig vinst-bedömning tar hänsyn till den direkta köparens minskade avsättning för sina produkter och att man inte presumerar att den direkta köparen fört vidare den extra kostnaden, borde detta vara acceptabelt från EG-rättslig synvinkel. En förutsättning för att frågan överhuvudtaget ska vara relevant är dock att EG-domstolens praxis rörande obehörig vinst med avseende på skatter och avgifter är relevant också i horisontala rättsförhållanden med konkurrensreglerna som grund. Vidare måste man nog säga att det är tveksamt om den svenska principen om obehörig vinst kan förstås på detta sätt i en konkurrensrättslig, svensk eller EG-rättslig, kontext. Men den konstruktion som skisserats ovan förefaller, åtminstone för mig, vara den enda som låter indirekta köpare vända sig direkt mot konkurrensbegränsaren och samtidigt undviker att denne tvingas betala två gånger.

4.8 Ersättning enligt principen om likabehandling

Ovan framhölls att det har betydelse för förhandenvaron och omfattningen av individuell rätt till kompensation om en ersättningsrätt följer direkt av EG-rätten eller inte. Om rättsskyddsprincipen inte innehåller ett krav på skadeståndssanktion kan ändå EG-rätten *indirekt*

[621] Se ovan i detta avsnitt.

[622] Prop 1992/93:56 s. 96.

[623] En intressant fråga i sammanhanget är hur man ser på indirekta köpare som inte är tillräckligt direkt berörda för att vara skadeståndsberättigade i förhållande till konkurrensbegränsaren. Anses inte berörda indirekta köpare göra en obehörig vinst i den mån de fört sina kostnader vidare? Antar man att berörda företag regelmässigt för vidare sina extrakostnader i säljleden framstår skadeståndssanktionen som tandlös. Antar man istället att direkt berörda köpare som fört kostnaden vidare till ej direkt berörda köpare inte gör en obehörig vinst, framstår obehörig vinst-regleringen som märklig. Men i praktiken löses kanske problemen på bevisplanet.

förplikta medlemsstaterna att tillhandahålla sanktionen ifråga. Enligt principen om likabehandling krävs nämligen att EG-rättsliga anspråk inte får behandlas oförmånligare än inhemska anspråk av liknande slag.[624]

I nästa avsnitt av detta kapitel kommer jag att diskutera frågan om rättsföljden skadestånd enligt EG:s rättsskyddsprincip ovillkorligen måste kopplas till konkurrensreglerna på nationell nivå. Mitt ställningstagande är något osäkert jakande.[625] På grund av denna osäkerhet finner jag för gott att först diskutera rättsläget i händelse av att EG-rätten inte ställer ett sådant krav på medlemsstaternas rättsordningar. Och det bör betonas att detta långt ifrån är någon hypotetisk diskussion: av skäl som anges i nästa avsnitt är det trots allt tänkbart att individuell rätt till ersättning inte kan stödas direkt på EG-rätten.

En förutsättning för att EG-rätten genom likabehandlingsprincipen ska kräva av Sverige att subjekt som drabbats av konkurrensbegränsningar är ersättningsberättigade, är att svensk rätt verkligen tillhandahåller en möjlighet till skadestånd för anspråk av "liknande natur". I den mån som svensk rätt inte tillhandahåller en sådan möjlighet saknas förutsättningar att kräva ersättning i anledning av överträdelser av artikel 85 och 86.[626]

Här bör påpekas att EG-rättens krav på att nationella sanktioner ska vara effektivt rättsskyddande, proportionella och avskräckande *inte* diskuteras i samband med likabehandlingskravets skadeståndsrättsliga betydelse. Uppläggningsmässigt har jag valt att behandla likabehandlingskravet här och kraven på effektivt rättsskydd och genomslag senare. I den mån en rätt till skadestånd på grund av överträdelser av konkurrensreglerna *inte* följer direkt av EG-rätten bör det vara en konsekvens av att skadestånd inte är en nödvändig sanktion för att uppfylla kraven på enskilt rättsskydd, proportionalitet och avskräckning.

Därför kan man inte ställa effektivitets- eller genomdrivbarhetskrav på en svensk skadeståndsreglering som aktualiserats på grund av likabehandlingsprincipen. Det borde t.ex. inte gå att modifiera inhemska rättsföljder som kopplats till konkurrensreglerna enligt likabehand-

[624] Se t.ex. Picañol s. 22; Whish, Enforcement s. 63.

[625] Jfr dock t.ex. EG-kommissionen, Tillkännagivande om samarbete, [11]. Kommissionen förefaller inta den ståndpunkten att EG-rätten föreskriver skadestånd som rättsföljd endast om liknande inhemsk rätt ger skadeståndsrätt.

[626] Se t.ex. Whish, Enforcement s. 63.

lingsprincipen.[627] För det fall skadestånd inte anses som en nödvändig rättsföljd enligt rättsskyddsprincipen är det antagligen från EG-rättslig synvinkel egalt om skadestånd kan utvinnas endast i mycket begränsad omfattning. Möjligen skulle kraven på effektiva sanktioner och genomdrivbarhet vara tillämpliga om nationell rätt kopplade "omöjliggörande" processuella regler till liknande inhemska anspråk. En materiell rättighet skulle då göras praktiskt omöjlig att utöva.

Om vi då återvänder till principen om likabehandling bör man alltså fråga sig om skadeståndssanktioner är kopplade till "inhemska anspråk av liknande natur". Som framgått i 4.7 ovan är det antagligen omöjligt att enligt skadeståndslagen 2:4 utfå ersättning för ren förmögenhetsskada vållad genom överträdelse av EG:s konkurrensregler. Däremot erbjuder specialregleringen i konkurrenslagen 33 § en möjlighet till ersättning åt tredje män som är företag och till avtalsparter som drabbats av överträdelser av förbudsreglerna i konkurrenslagen.

Eftersom förbudsbestämmelserna i konkurrenslagen i det närmaste är kopior av de materiella reglerna i Romfördraget utgör förstås enskilda anspråk med konkurrenslagen som grund "liknande anspråk". Det är faktiskt svårt att på något område tänka sig ett inhemskt anspråk mer likt ett anspråk grundat på direkt effektiv EG-rätt. Därför borde alltså av likabehandlingsprincipen följa att 33 § kopplas också till överträdelser av artiklarna 85 och 86.

I 33 § framgår dock tydligt att ersättning ska utgå för skador som vållats vid överträdelser av *konkurrenslagen*. Detta innebär e contrario att ren förmögenhetsskada som vållats genom överträdelser av andra förbudsregler, som t.ex. Romfördragets konkurrensbestämmelser, inte ska ersättas enligt lagrummet. Detta är en rimlig tolkning och stöds också av det som ovan sagts om HD:s syn på rena förmögenhetsskador: skadeståndslagen 2:4 tillämpas restriktivt och ingen analogisk tillämpning av specialregleringar praktiseras, vare sig sådana är skrivna eller utgör allmänna rättsgrundsatser.[628]

Här föreligger tydligen en konflikt mellan EG-rätt och svensk rätt. Den EG-rättsliga principen om likabehandling av rättsliga anspråk grundade på EG-rättsliga bestämmelser fordrar att 33 §, såsom kopplad till "svenska anspråk av liknande natur", ska tillämpas också vid

[627] Se t.ex. Picañol s. 22; jfr dock med reservationer Whish/Sufrin, Competition Law s. 325.
[628] Se ovan 4.7.

överträdelser av Romfördragets konkurrensbestämmelser. Och rimligt tolkad ger den svenska regeln inte utrymme för det.

EG-rätten tillhandahåller en enkel lösning på konflikter mellan EG-rätt och nationell rätt: EG-rättsliga bestämmelser med direkt effekt ges företräde framför nationell rätt, oavsett vilken status de kolliderande normerna har inom respektive rättssystem.[629] Vidare följer det antagligen av RF 10:5 att detta gäller också i Sverige, åtminstone för sådana EG-rättsliga regler som det faller inom EG:s kompetensområde att skapa.[630]

Det råder ingen tvekan om att EG-rätten är behörig att föreskriva att den nationella tillämpningen av konkurrensreglerna ska ske i enlighet med likabehandlingsprincipen. EG-domstolens uppgift är att tolka "rätten" vid tillämpningen av Romfördraget.[631] I denna uppgift borde ingå att bestämma i vilka rättsliga relationer reglerna ska tillämpas, reglernas räckvidd och vilka grupper av subjekt som kan berättigas.[632]

För att nationella domstolar ska vara förpliktade att åsidosätta inhemsk lagstiftning som strider mot EG-rätten krävs dock vidare att den EG-rättsliga bestämmelse som är ifråga har direkt effekt. Det är inte heller helt självklart att likabehandlingsprincipen som sådan har denna kvalitet.[633] Principerna om effektivt rättsskydd och likabehandling har förankrats i artikel 5 i Romfördraget av EG-domstolen.[634] Denna artikel har ansetts för vag för att ge upphov till direkt effekt.[635] Det kan i och för sig tyckas som att principen vore helt meningslös för det fall den inte kunde tillämpas direkt på det nationella planet: principen är tillkommen som en konsekvens av att vissa regler har direkt effekt och den är avsedd att reglera själva den närmare verkan av sådana regler på det nationella planet.[636]

Å andra sidan är det fullt tänkbart att likabehandlingsprincipen saknar direkt effekt men ändå har indirekt verkan. I sådant fall skulle den endast ha normativ betydelse i förhållandet mellan EG och medlemsstaterna. Sverige skulle vara förpliktat att tillhandahålla 33 § för

[629] Se t.ex. Kovar, Voies de droit dans le cadre communautaire s. 252 f.

[630] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 55 ff.

[631] Romfördragets artikel 164.

[632] Därmed är inte sagt att likabehandlingsprincipen faller inom EG:s legislativa kompetens för det fall den kom ifråga vid tillämpning av illegala regler med påstådd direkt effekt, t.ex. EG-rättsliga straff för militärförseelser.

[633] Se Oliver, Enforcing Community Rights s. 885.

[634] Se t.ex. T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 50 och s. 252.

[635] Se Hurd v. Jones (1986), [49].

[636] Oliver, Enforcing Community Rights s. 885.

enskilda som drabbats av konkurrensbegränsningar. De nationella domstolarna skulle vid slitandet av enskilda tvister vara förpliktade att tillämpa 33 § i den mån inhemsk rätt tillät det, men inte vara absolut förpliktade att åsidosätta kolliderande nationell lagstiftning enligt principen om EG-rättens företräde.[637] Om en enskild, genom att nationell domstol inte tillämpat 33 § på grund av begränsningar i den svenska rätten gått miste om ersättning, kunde antagligen den enskilde resa ett ersättningsanspråk mot staten.[638]

Som ofta då man försöker tillämpa de allmänna EG-rättsliga principer på mer konkreta frågeställningar blir resonemangen litet märkliga. Varför skulle EG-rätten resa ett krav på likabehandling mot de nationella domstolarna och samtidigt *inte* kräva att detta efterföljs i det enskilda fallet? Vidare, när EG-domstolen kräver tillämpning av en viss rättsföljd i enlighet med likabehandlingsprincipen innebär ju kravet blott tillämpning av befintlig nationell rätt – finns något skäl till att svenska domstolar skulle vägra detta; eller snarare, finns något hinder för svenska domstolar att enligt svensk rätt tillämpa 33 § konkurrenslagen vid överträdelser av artikel 85 och 86? Det verkar ju strängt taget inte vara mycket till hinder att det i 33 § stadgas att bestämmelsen är tillämplig vid överträdelser av (enbart) konkurrenslagen.

Mot detta kan då invändas att RF 8:2 kräver lagstöd för reglering av förhållanden mellan enskilda, att visserligen EG-rätten tar över detta, men att likabehandlingsprincipen om den saknar direkt effekt endast ställer ett direkt krav på den svenska lagstiftaren, inte på medborgarna. RF 8:2 skulle därför resa betydande hinder mot att via EG-rättskonform tolkning pålägga överträdare av EG:s konkurrensregler förpliktelser som inte kan härledas till lagtext.

Jag tror ändå att principen om likabehandling, trots sin förankring i artikel 5 i Romfördraget, har direkt effekt och att därför principen om EG-rättens företräde kan användas på kollissioner mellan den och nationell rätt. Både principen om EG-rättens företräde och likabehandlingsprincipen reglerar verkan av direkt effektiva EG-bestämmelser på det nationella planet. Genom den senare specificeras det närmare innehållet i subjektiva EG-rättigheter. Det vore teoretiskt märkligt och praktiskt krångligt om principen hade verkan direkt mot

[637] Detta är alltså principen om EG-rättens indirekta effekt, se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 43 m.hvsn.
[638] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 52 ff.

medlemsstaterna och endast indirekt för de rättsförhållanden den avser att reglera.

Vidare vore det onödigt. Direktiv har indirekt verkan i horisontala rättsförhållanden av rättssäkerhetsskäl; de riktas till medlemsstater och inte till individer.[639] Fördragsbestämmelser och direktiv som inte uppfyller kriterierna för direkt effekt har ingen verkan, eftersom de inte tillräckligt precist pekar ut berättigade subjekt eller det som de reglerar.[640] Eftersom likabehandlingsprincipen förutsätter förhandenvaron av direkt effektiva rättigheter/bestämmelser finns inget bärande skäl till varför den inte skulle kunna tillämpas direkt på det nationella planet. Antagligen kan man anta att principen om likabehandling och andra principer för utövandet av "direkta" individuella rättigheter implicit förutsätts ha direkt effekt. Genom tillämpning av principen om EG-rättens företräde skulle därför den svenska rättsordningen vara förpliktad att koppla 33 § konkurrenslagen också till överträdelser av EG:s konkurrensregler.

Nästa fråga som uppkommer är då om den individuella skadeståndsrättighetens omfattning bestäms enbart av 33 §. Ska t.ex. de svenska beviskraven tillämpas, ska den svenska synen på "passing on-defences" användas och avgör svenska principer kretsen av ersättningsberättigade?

Det är tänkbart att i detta sammanhang tillämpa den princip som EG-domstolen använt i en rad fall rörande inhemska skadeståndsregler som implementerat direktivet om likabehandling i arbetslivet.[641] I direktivet finns inga föreskrifter om att medlemsstaterna måste koppla en skadeståndssanktion till överträdelser av förbudet mot könsdiskriminering som uppställs i direktivet. EG-domstolen har också hävdat att det är tänkbart att andra sanktioner än skadestånd kan möjliggöra att direktivets syfte uppnås.[642] Av direktivets artikel 6 framgår däremot att de sanktioner som införs ska möjliggöra för förfördelade individer att "pursue their claims by judicial process". Med detta som grund har EG-domstolen funnit att de sanktioner som kopplas till direktivet måste ha en avskräckande effekt på arbetsgivare samt garantera verkligt och effektivt rättsligt skydd. Därför måste medlemsstaterna om de väljer att implementera direktivet med skade-

[639] A.a. s. 46 f.
[640] A.a. s. 42.
[641] A.a. s. 91–97.
[642] Se t.ex. von Colson (1984), [18]. Medlemsstaternas plikt att implementera direktiv genom lagstiftning som uppnår direktivets syfte framgår av artikel 189 i Romfördraget.

ståndssanktion, också möjliggöra för förfördelade individer att utfå ersättning som är adekvat i förhållande till den skada de vållas.[643]

Rättsläget förefaller analogt till det som uppstår då 33 § konkurrenslagen via likabehandlingsprincipen kopplas till artiklarna 85 och 86: EG-rätten föreskriver inte att skadestånd måste utgå, men om Sverige "väljer" att koppla en skadeståndssanktion till brott mot konkurrensreglerna, underkastas den EG-rättens syn på hur en sådan sanktion bör utformas för att garantera adekvat rättsligt skydd och ha avskräckande verkan.

Antagligen går det inte att modifiera de ersättningsprinciper som följer av svensk rätt i allmänhet och 33 § på denna grund. Ovan sades att förutsättningen för att enligt principen om likabehandling koppla 33 § till överträdelser av konkurrensreglerna är att EG-rättens krav på individuellt rättsskydd och avskräckning inte föreskriver individuell kompensation för skada. Detta måste antas innebära att civilrättsliga sanktioner som förbud, ogiltighet och, i viss mån, kontraheringstvång fullt ut tillgodoser rättsskyddsbehovet i såväl preventivt som reparativt hänseende.

von Colson-fallet (1984) och de fall som följde efter det rörde däremot frågan om de nationella sanktionerna, dvs. skadestånd, uppfyllde de krav på avskräckning och kompensation som följer av artikel 189 i Romfördraget och artikel 6 i direktivet. Vad gäller överträdelser av konkurrensreglerna borde det alltså inte finnas några krav på innehållet i de nationella ersättningsprinciperna eftersom skadeståndssanktionen i den mån den följer enbart av likabehandlingsprincipen s.a.s. är en bonus. Den är inte nödvändig för att bereda fullgott rättsskydd och prevenera mot framtida överträdelser.

Sammanfattningsvis kan sägas att även om EG-rättens krav på rättsskydd och avskräckning inte innebär att individer ska kompenseras för den skada de lider till följd av överträdelser av konkurrensreglerna, följer individuell ersättningsrätt enligt likabehandlingsprincipen. Detta beror på att 33 § konkurrenslagen öppnar vägen för inhemska skadeståndsanspråk "av liknande natur" som anspråk enligt artiklarna 85 och 86. Skadeståndsanspråk begränsas dock av de förutsättningar som svensk rätt ställer upp; dessa förutsättningar kan inte modifieras av EG-rätten.

[643] von Colson, [23].

4.9 Individuell kompensation enligt rättsskyddsprincipen

Det är sannolikt att EG-rätten självständigt kräver att individer som lidit skada genom överträdelser av förbuden i artiklarna 85 och 86 ska vara berättigade till kompensation. Innan frågan diskuteras bör kort påpekas konsekvenserna av att rättsskyddsprincipen har en sådan verkan. Antagligen är medlemsstaterna tvingade att utveckla en skadeståndssanktion för det fall en sådan saknas vid nationella anspråk av "liknande natur".[644] I Sverige finns dock, som ovan sagts, en skadeståndssanktion vid liknande anspråk, ingen ny sanktion behöver utvecklas. Däremot är det fullt tänkbart att den svenska skadeståndssanktionen i 33 § konkurrenslagen kan behöva modifieras för att motsvara EG-rättens krav på individuellt skydd och avskräckning.[645] En förutsättning för detta är dock att EG-rätten innehåller ett direkt krav på individuell ersättning vid överträdelser av konkurrensreglerna. Om EG-rätten endast kräver att EG-rättsliga anspråk inte ska missgynnas finns, som ovan framhållits, inget utrymme för modifikationer.[646]

Som ovan sagts finns ingen skadeståndssanktion kopplad till de materiella konkurrensreglerna på EG-rättslig nivå, inte i Romfördraget och inte i tillämpningsföreskrifterna. I rättsfallen *BRT v. SABAM* (1974) och *Marty* (1980) framgår att de materiella konkurrensreglerna är tillämpliga vid nationell domstol och att reglerna är kapabla att skapa rättigheter mellan enskilda. I fallen hävdade EG-domstolen att nationella domstolar är förpliktade att skydda de individuella rättigheter som emanerar från bestämmelserna. Vad detta rättsskyddskrav innebär med avseende på materiella rättsföljder framgår inte direkt av EG-domstolens tolkning av de konkurrensrättsliga reglerna. I några fall framgår att nationella domstolar är förpliktade att ogiltigförklara avtal.[647] Trots att detta endast delvis besvarar frågan om vilka konkreta rättsföljder som erfordras i anledning av överträdelser av konkurrensregler har jag ovan antagit att EG:s krav på effektivitet, proportionalitet och avhållande innebär att enskilda individer är berättigade att få

[644] Se t.ex. Goh s. 115.

[645] Jfr Hoskins, Garden Cottage Revisited s. 262 f. Se också Van Gerven i Banks-fallet (1994) [46] som framhåller att enligt Simmenthal-fallet (1978) nationella domstolar skulle vara förpliktade att avstå från att tillämpa inhemska regler som kan hämma EG-rättsliga principer om reparation. Det är dock möjligt att han avser att en sådan förpliktelse gäller för det fall någorlunda detaljerade ersättningsprinciper är fastlagda, men antagligen inte.

[646] Åtminstone inte på det materiella planet, se ovan efter not 624.

[647] Jfr Béguelin (1971), [29].

konkurrensbegränsningar att upphöra samt, i viss mån, till kontraheringstvång.[648]

För att komma fram till de sistnämnda slutsatserna måste man i avsaknad av konkreta avgöranden på konkurrensrättens område utgå från EG-domstolens bedömning av nationella rättsföljder på andra områden än konkurrensrättens samt från vad som kan vara erforderligt utifrån konkurrensreglernas konstruktion och ändamål. På samma sätt måste man gå tillväga då det gäller att avgöra om kraven på rättsskydd ska anses omfatta individuell ersättningsrätt.

Det är betydligt osäkrare att dra några slutsatser rörande rättsföljden skadestånd i jämförelse med de rättsföljder som diskuterats förut. Det finns inget stöd i konkurrensreglernas konstruktion eller ändamål för att individuella skador är avsedda att kompenseras.[649] Reglerna är utformade som förbudsnormer och de sanktioner som primärt kopplats till dem syftar i första hand till att avhålla företag från konkurrensbegränsande beteende, i andra hand att få visst konkurrensbegränsande beteende att upphöra.[650] I tredje hand syftar reglerna till att straffa företag som brutit mot det föreskrivna beteendet, men detta är inget ändamål i sig utan syftar till att förstärka reglernas avhållande verkan. Reglernas ändamål är bl.a. att tillvarata det allmänna gemenskapsintresset av en effektiv konkurrens. Detta innebär bland annat att företag ska kunna konkurrera på lika och ärliga villkor och att konsumenter ska erbjudas största möjliga utbud av de bästa varorna till lägsta möjliga pris.[651]

Mot denna bakgrund är det relativt oproblematiskt att koppla rättsföljder som förbud, ogiltighet och i viss mån kontraheringstvång till de rättigheter som skyddas på nationell nivå.[652] Dels fyller det slaget av rättsföljder samma funktion som de primära administrativa rättsföljderna; de får konkurrensbegränsande beteende att upphöra och verkar avhållande för företag i allmänhet som skulle kunna dra ekonomisk nytta av konkurrensbegränsande uppträdande.[653] Dels fyller de

[648] Se ovan 4.3.

[649] Jfr t.ex. Temple Lang, Definition of Abuse s. 351, som hävdar att artikel 3(f) är avsedd att skydda konkurrensen och inte konkurrenter. Se dock Vogelenzang. s. 77, som framhåller att reglernas ändamål delvis är att skydda individer som agerar på marknaden.

[650] Se ovan 2.1.

[651] Se ovan 2.2.1.

[652] Se ovan 4.3. Jfr också "publicering" som kan betraktas som en självständig prospektivt verkande civilrättslig rättsföljd, se ovan vid not 453.

[653] Se ovan vid not 542. Antagligen har risken för ogiltigförklaring av avtal den största handlingsdirigerande effekten, se ovan 4.2.

nämnda rättsföljderna ett av rättsskyddsprincipens syften: genom att reglerna har direkt effekt och berättigar enskilda individer att få konkurrensbegränsningar att upphöra kommer reglernas efterlevnad att bevakas av enskilda.[654] Just de mål för vilka reglerna uppställts kommer att uppnås genom den enskilda intressebevakningen. På konkurrensrättens område är denna decentraliserade genomdrivningsfunktion viktigare än på andra områden mot bakgrund av EG-kommissionens överbelastning och tydligt uttalade avsikt att endast ta upp fall som innehåller viktiga gemenskapsaspekter.[655]

Av konkurrensreglerna, tillämpningsbestämmelserna eller deras ändamål framgår däremot inte att reglerna syftar till att kompensera tredje man som lidit skada till följd av konkurrensbegränsning.[656] Frågan är då om reglerna just genom att ha direkt effekt och genom att vara kapabla att grunda enskilda rättigheter ges ett slags ytterligare dimension som inte har stöd i reglerna och deras primära ändamål;[657] frågan är om en individuell reparationsaspekt inrangeras bland reglernas övriga ändamål/syften på grund av att de har verkan på det privaträttsliga planet.[658]

I avsaknad av auktoritativa ställningstaganden av EG-domstolen har man vid besvarandet av denna fråga att ta ställning till en rad argument i doktrinen för och emot att individuell ersättningsrätt följer utifrån den allmänna rättsskyddsprincipen. De flesta argument har, mot bakgrund av vad som sagts ovan dålig auktoritativ förankring och några är av rättspolitisk karaktär.

Ett vanligt påstående är att en enskilds möjlighet att få konkurrensbegränsningar att upphöra bara delvis skyddar det individuella intres-

[654] Se redan van Gend Loos (1963), vigilerande individer som övervakare av EG-rättens efterlevnad.

[655] Se ovan vid not 565.

[656] Jfr dock Temple Lang, Common Market and Common Law s. 480, som hävdar att gemenskapsintresset endast kan drabbas via företag som står i omedelbar kontakt med överträdare. Implicit skulle då det allmänna intresset återupprättas på ett närmast kantianskt vis genom att drabbade individer kompenseras. Det är Temple Langs uppfattning som jag förstår den, jag tror inte att han med denna passus avser att t.ex. konkurrensbevakningen rent faktiskt sköts noggrannare av individer om de har en morot i form av skadestånd.

[657] Se t.ex. Van Gerven (AG) i Banks-fallet (1994), [38].

[658] Davidson s. 181, framhåller att rättigheter som uppkommer genom konkurrensreglernas direkta effekt är av reflektiv natur. Dessa får inte bli 'adversely affected' av att företag driver verksamhet i strid med förbudsreglerna. Se också Van Gerven (AG) i Banks-fallet, [53].

set[659] och att rättsskyddsprincipen kräver att hela den inhemska arsenalen av rättsföljder, bl.a. skadestånd, kopplas till överträdelser av konkurrensreglerna.[660] Enskilda som drabbats av skador innan processen inleds blir inte kompenserade genom framåtverkande sanktioner.[661] Eftersom endast skadestånd kan kompensera enskilda för skador som redan har inträffat måste denna sanktion kopplas till konkurrensreglerna på det nationella planet då reglerna vinner direkt effekt.[662] Det som anförs till stöd för detta är att EG-domstolen vid tillämpningen och utvecklingen av rättsskyddsprincipen har funnit att andra EG-rättsliga regler ska förses med individuellt kompenserande rättsföljder.[663] Det skulle minska EG-rättens fulla verkan om ingen möjlighet till reparation fanns.[664]

I en rad fall har EG-domstolen framhållit att enskilda som erlagt skatter och avgifter till staten i strid med EG-rättsliga bestämmelser, har restitutionsrätt.[665] I *Factortame II* (1990),[666] *Zuckerfabrik*-fallen (1991) och *Atlanta* (1995) utvecklade EG-domstolen principerna för under vilka förhållanden nationella domstolar ska besluta om interimistiska åtgärder till undvikande av enskilda rättsförluster.[667] Från konkurrensrättens område kan *Camera Care* (1980) nämnas,[668] trots att det gällde ett administrativt förfarande vid EG-domstolen. I fallet fann EG-domstolen att EG-kommissionen utan direkt stöd i Förordning 17/62 hade rätt att besluta om interimistiska åtgärder inom ramen för den administrativa processen, om det är nödvändigt för att undvika enskilda rättsförluster samt framförallt om det är nödvändigt

[659] Se också Jacobs, Civil Enforcement s. 1367, som i och för sig är skeptisk till skadestånd, men framhåller som ett argument för skadestånd att "fairness" kan kräva att skadade individer kompenseras och att nationell skadeståndstalan skulle krävas bl.a. för att EG-kommissionen saknar möjligheter att kompensera individer.

[660] Green s. 519 f.; Davidson s. 188; Staines s. 54.

[661] Enskilda kan i sådana situationer heller inte kompenseras genom att hindrande inhemsk lagstiftning sätts åt sidan, se Van Gerven (AG) i Banks-fallet [44] med hänvisning till Simmenthal (1978) och Factortame II (1990).

[662] Se bl.a. Hoskins, Availability of Damages s. 259 f., m.hvsn.t. framförallt Denkavit (1980) vad gäller rättsskyddsprincipen.

[663] Maitland-Walker s. 4; Hoskins, Garden Cottage Revisited s. 258.

[664] Van Gerven, Banks-fallet (1994), [43].

[665] Denkavit (1980), Hans Just (1980), San Giorgio 1983, Comet & Rewe (1976).

[666] EG-domstolen, [19] hävdade: det åligger de nationella domstolarna att i enlighet med EG-domstolens praxis och i enlighet med samarbetsförpliktelsen i artikel 5 i Romfördraget "ensure the legal protection which persons derive from the direct effect of the provisions of Community law".

[667] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 86 ff.

[668] Se vidare Pais Antunes för efterföljande praxis.

för att ge reell verkan åt det efterkommande kommissionsbeslutet i sak.[669]

Vidare kan man av de fall som rör överträdelser av likabehandlingsdirektivet nästan dra slutsatsen att nationella rättsföljder för att tillgodose de allmänna kraven på individuellt skydd och avskräckning måste utgöras av skadestånd i de fall individer drabbas av överträdelser av EG-rättsliga bestämmelser.[670] *Francovich*-principen skulle som ovan nämnts kunna utgöra ett kanske ännu starkare stöd för att skadeståndsskyldighet för skada vållad genom överträdelser av EG-rättsliga regler är en allmän EG-rättslig norm.[671]

Jag tror dock att ingendera av de sistnämnda grunderna för en allmän EG-rättslig skadeståndsnorm håller, åtminstone inte ännu. Fallen rörande könsdiskrimineringsdirektivet slår fast ett krav på effektiva skadeståndssanktioner. Eftersom direktivet saknar direkt effekt mellan enskilda kan detta krav tillämpas fullt ut endast i den mån en medlemsstat implementerat direktivet genom skadeståndssanktion och om den inhemska rättsordningen ger domstolarna utrymme för det.[672] Om medlemsstaten inte implementerat direktivet borde det inte kunna åberopas till stöd för ett skadeståndsyrkande ens mot statliga arbetsgivare eftersom det inte har direkt effekt ens vertikalt. Ännu mindre borde direktivet kunna åberopas mot privata arbetsgivare. Direktivet ifråga har alltså indirekt effekt endast i den mån det implementerats med skadeståndssanktion och då både mot statliga och privata arbetsgivare. Om direktivet inte implementerats får däremot en enskild som drabbats antagligen en skadeståndsfordran mot *staten* enligt Francovich.[673]

[669] Se Camera Care (1980), [18-19].

[670] På sätt och vis borde det vara lättare att konstatera skada, om än antagligen inte att beräkna dess omfattning, vid överträdelser av konkurrensreglerna i jämförelse med könsdiskrimineringsdirektivet. Å andra sidan finns en specialreglering i könsdiskrimineringsdirektivet om att varje drabbad individ ska kunna hävda sin rätt vid domstol; detta har EG-domstolen ansett ha materiell betydelse, se Johnston-fallet (1986), [19]. Detta gör kanske att man kan säga att det finns ett speciellt starkt krav på individuellt skydd vid diskriminering och att det alltså inte finns något generellt EG-rättsligt krav på individuell kompensation.

[671] Se t.ex. Van Gerven (AG) i Banks-fallet, [43].

[672] Jfr dock Dekker (1990) och T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 94 ff. Ang. Dekker och Marshall II och frågan om direkt effekt av direktiv i horisontala rättsförhållanden, se Ward s. 69 ff.

[673] Se Faccini Dori (1994), [27-29]. Jfr t.ex. Goh s. 115; Temple Lang, New Legal Effects s. 30 f.

Denna situation är rätt avlägsen den som diskuteras här. På konkurrensrättens område är det fråga om direkt effektiva regler som gäller i horisontala rättsförhållanden och det som diskuteras är huruvida rättsskyddsprincipen medför ett krav på skadestånd. Om det är så att skadestånd krävs, krävs förstås också, som i de ovannämnda fallen, att sanktionerna är effektivt utformade.[674] Det vi inte vet är om skadestånd är nödvändigt på konkurrensrättens område; det vi vet från könsdiskrimineringsfallen är att skadestånd inte är nödvändigt på det området. Att det *inte* är nödvändigt på det senare området betyder alltså inte att det *är* nödvändigt på det förra! Och om det är nödvändigt att koppla en skadeståndssanktion till könsdiskrimineringsdirektivet är det inte säkert, eller ens troligt, att en sådan sanktion *därför* måste kopplas till konkurrensreglerna. *Om* däremot en skadeståndssanktion ska kopplas till konkurrensreglerna kan man sannolikt använda den princip som utvecklats i könsdiskrimineringsfallen för att modifiera den inhemska sanktionen, men principen i könsdiskrimineringsfallen stöder alltså inte i sig att skadestånd följer direkt av EG-rätten på konkurrensrättens område.

Francovich-fallet rörde verkan av ett oimplementerat direktiv som saknade direkt (vertikal) effekt. Direktivet kunde inte åberopas mot medlemsstaten. Däremot fann EG-domstolen att direktiv som är avsedda att skapa rättigheter för enskilda ger upphov till ersättningsrätt för individer som gått miste om sådana rättigheter på grund av att medlemsstat försummat att implementera direktivet. En förutsättning är att de tänkta rättigheternas innehåll låter sig utläsas av direktivet och att det finns ett kausalsamband mellan försummad implementering och den skada som orsakats den enskilde.

Francovich-avgörandet och de senare fallen *Brasserie du pêcheur & Factortame III* (1996), *Lomas* (1996), *British Telecommunications* (1996), *Dillenkofer* (1996) och *Denkavit International* (1996) medför att medlemsstaterna blir ersättningsskyldiga för all skada de vållar genom att bryta mot EG-rättsliga bestämmelser, också sådana som har direkt effekt.[675] Det har t.o.m. hävdats att Francovich indirekt

[674] Van Gerven (AG) i Banks-fallet [54] hävdar, utifrån förutsättningen att EG-rätten föreskriver skadeståndsskyldighet direkt, att EG-domstolens ställningstaganden i könsdiskrimineringsfallen stöder att det skadestånd som ska utdömas ska vara adekvat i förhållande till den skada som vållas, t.ex. att ränta ska utgå, se Marshall II (1993). Detta resonemang. måste förstås ha allmän betydelse.

[675] Innan Francovich-fallet blev konfirmerat, se t.ex. Temple Lang, New Legal Effects s. 30 f.; Smith, State Liability s. 132; Van Gerven (AG) i Banks-fallet [40]. Redan före Francovich-fallet talar Barav, Damages in Domestic Courts s. 151, om att en fällning av en

bekräftar att skadestånd ska utgå vid kränkningar av direkt effektiva rättigheter som vållats av enskilda, t.ex. vid överträdelser av konkurrensreglerna.[676] Dels är principen utvecklad för att få medlemsstaterna att uppfylla sina åtaganden, implementera direktiv under skadeståndshot och på så sätt ge genomslag för direktiv. Dels fungerar principen så att enskilda som skulle ha berättigats av implementering via skadeståndstalan mot staten kan kompenseras. Däremot uppkommer enligt Francovich-principen inte den verkan som uppstår enligt direkt effekt- eller indirekt effekt-principerna. Det skapas ingen rättighet i enlighet med direktivet – det är inte de syften och ändamål som uppställs i direktivet som får bestämma innehållet i enskildas rättsförhållanden till varandra eller staten enligt Francovich-principen.

Därför är det sannolikt så att det förra antagandet är riktigt. I den mån staten försummar att på ett eller annat sätt "skydda" individuella rättigheter på sätt som åtminstone implicit framgår av EG-rätten, borde staten bli skadeståndsskyldig. Som sagts i annat sammanhang framstår det, åtminstone teoretiskt, som tveksamt att staten kan ådra sig skadeståndsskyldighet för bristande skydd för individuella rättigheter som grundas på EG-regler med direkt effekt.[677] De nationella domstolarna är ju enligt principen om EG-rättens företräde, som den utvecklats i *Simmenthal-* och *Factortame II*-fallen, förpliktade att ge full effekt åt EG-rättsliga bestämmelser och principer och åsidosätta inhemska regler som står i vägen för detta. Det borde därför åligga den enskilde individen att uppmärksamma att hans eller hennes rättsliga relationer regleras av EG-rättsliga bestämmelser med direkt effekt. Staten kan näppeligen lastas för att inte tillhandahålla tillräckligt rättsligt skydd då enskilda rättsförluster beror på att den enskilde inte uppmärksammat sin rätt. Framförallt Brasserie du pêcheur (1996) talar dock tvärtom för att den enskilde, under vissa förutsättningar, utrustas med s.a.s. dubbla uppsättningar av rättigheter.

Vidare har, åtminstone vad gäller direktiv med vertikal direkt effekt, EG-domstolen funnit att den enskilde som försummat att på detta vis uppmärksamma att hans/hennes rättsförhållande till staten regleras av EG-rättsliga bestämmelser och därmed enligt nationella

---

stat vid EG-domstolen i förfaranden enligt artiklarna 169-171 i Romfördraget skulle förplikta nationella domstolar att döma ut skadestånd för skada vållad av lagstiftning i strid med EG-rätten.

[676] Temple Lang, New Legal Effects s. 46 f.; Maitland-Walker s. 4; Smith, State Liability s. 132; Van Gerven (AG) i Banks-fallet [43].

[677] T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 51 f.

preskriptions- eller preklusionsregler gått förlustig sin rätt, befunnit sig i ett tillstånd av ursäktlig rättsvillfarelse och därför kunnat driva sitt anspråk oberoende av nationellrättsliga regler.[678] I den mån medlemsstaten genom försumlighet omöjliggjort att den enskilde genom att direkt åberopa EG-rättsliga bestämmelser beredes skydd, borde uppkomma ett s.a.s. alternativt anspråk på skadestånd mot staten enligt principen om medlemsstaternas skadeståndsansvar.

När det gäller EG-rättsliga regler som liksom konkurrensreglerna har direkt effekt i horisontala rättsförhållanden är det möjligt att staten kan tillhandahålla otillräckligt rättsligt skydd. Det är t.ex. möjligt att EG-rätten föreskriver att skadeståndsskyldighet ska följa vid överträdelser av konkurrensreglerna och att samma krets av rättssubjekt som är berättigade att klaga vid EG-kommissionen ska vara berättigade till skadestånd. Det är vidare möjligt att den preskriptionsregel som uppställs i konkurrenslagens 33 § är förenlig med EG-rätten, dvs. att skadeståndstalan måste väckas inom fem år från det skadan uppkom.

Om i sådant fall en grupp konsumenter som är skadeståndsberättigade enligt EG-rätten, men inte enligt konkurrenslagen, felaktigt anser sig oberättigade och låter preskriptionsfristen gå ut, så kan inte gärna den skäliga preskriptionsfristen brytas analogt till *Emmot*-fallet (1991). Det konkurrensbegränsande företag som vållat skadan är i motsats till den irländska staten i Emmot-fallet inte ansvarigt för den lagstiftning som fyller ut EG:s konkurrensregler på det nationella planet. Företaget drar inte nytta av en egen försumlighet att formulera det nationella rättsskyddet på sådant sätt att det står i överensstämmelse med EG:s krav.[679] Sannolikt är företaget i samma mån som konsumentgruppen i ett tillstånd av ursäktlig rättsvillfarelse. Därför borde de individer som drabbats av att staten försummat att bereda deras

[678] Se Emmot-fallet (1991), [21-23].

[679] Läget blir naturligtvis ett annat för det fall det konkurrensbegränsande företaget är att klassificera som ett "statligt organ" enligt de mycket vida förutsättningar som EG-domstolen angivit i t.ex. Foster-fallet (1990), [34]: "a body, whatever its legal form, which has been made responsible, pursuant to a measure adopted by the State, for providing a public service under the control of the State and has for that purpose special powers beyond those which result from the normal rules applicable in relations between individuals". Se vidare Van Gerven i Banks-fallet (1994), [41]. Det bör påpekas att det är fullt möjligt för ett subjekt att räknas som ett företag enligt artiklarna 85 och 86, men ändå räknas till staten när det gäller ansvarighet för sina handlingar. Detta kan tyckas väl hårt för vissa subjekt som har ett endast avlägset samband med staten, se Steiner, Enforcing EC Law, s. 54 f.

rättigheter tillräckligt effektivt skydd analogt till *Francovich*-principen ha rätt till ersättning av staten.[680]

Jag tror att principen om medlemsstaternas skadeståndsskyldighet har sina begränsningar när det gäller att bestämma en eventuell individuell skadeståndsskyldighet i horisontala rättsförhållanden vid överträdelser av EG:s konkurrensregler. Principen åsyftar inte primärt att ge innehåll åt direkt effektiva rättigheter. Den etablerar en s.a.s. alternativ skadeståndsrättighet för det fall staten försummar att skapa individuella rättigheter eller när staten kränker sådana i vertikala rättsförhållanden.

Det hävdas i *Francovich*-fallet och dess efterlöpare att "skadeståndssanktionen är väsentlig för EG-rättens fulla genomslag". Om skadestånd är nödvändigt då medlemsstaterna bryter mot sina förpliktelser enligt artikel 5, varför skulle då inte en rätt till ersättning vara lika nödvändig när företag bryter mot artiklarna 85 och 86? Vid en bedömning av eller förutsägelse om hur EG-domstolen i framtiden kan komma att bedöma skadeståndsfrågan kan naturligtvis detta åberopas som ett bärande argument.[681] Men ännu är den skadeståndsprincip som etablerades i Francovich alltför begränsad till just medlemsstaternas skyldigheter enligt artikel 5 för att självständigt uppbära en allmän skadeståndsskyldighet vid skadevållande överträdelser av EG-rättsliga regler.

EG-domstolen hade i *Banks*-fallet (1994)[682] att ta ställning till just om en rätt till skadestånd följde av konkurrensreglernas direkta effekt. EG-domstolen kom fram till att CECA-fördragets konkurrensregler reglerade parternas mellanhavanden, att dessa regler saknade direkt effekt och alltså inte kunde åberopas vid nationell domstol.[683] *Van Gerven* (AG) kom till motsatt uppfattning och i en omfattande utläggning föreskrev han inte bara att CECA-fördragets konkurrensregler skulle ha direkt effekt och ge upphov till individuell ersättningsrätt. Han formulerade även detaljerat hur individuella skadeståndsanspråk bör utformas för att motsvara de EG-rättsliga kraven. Denna utläggning är inte bortkastad eftersom han poängterade att den var tillämplig

[680] Jfr Temple Lang, Article 5 s. 667 f., m.hvsn.t. Mackenzie Stuart, LIEI, 1983 s. 59, artikel 5 förpliktar medlemsstaterna att "clear the legal position which community law designed to bring about".

[681] Även de röster i doktrinen som förespråkar att Francovich medför skadeståndsskyldighet för alla subjekt som vållar skada genom överträdelser av EG-rättsliga regler, förefaller lägga principen till grund för kvalificerade gissningar om EG-domstolens framtida ställningstaganden, se t.ex. Smith, State Liability s. 132.

[682] För utförlig kommentar, se Wahl, Konkurrensförhållanden s. 289 f.

[683] Banks (1994), [10], [19] och [21].

också vad gäller Romfördragets konkurrensregler.[684] Det är dock omöjligt att säga i vad mån Van Gervens överväganden skulle ha bäring vid ett ställningstagande till individuell skadeståndsrätt i anledning av överträdelser av Romfördragets konkurrensregler.[685]

Van Gerven framhåller att Romfördragets artikel 215 som rör EG-institutionernas skadeståndsskyldighet bör vara tillämplig som ett slags mall för de nationella domstolarna då inhemska skadeståndssanktioners förenlighet med EG-rättens krav på effektivitet och rättsskydd prövas. Van Gerven anför egentligen två ändamål för att på EG-rättslig nivå reglera skadestånd i anledning av överträdelser av konkurrensreglerna. Dels uppnås en miniminivå av rättsskydd i alla medlemsstater, dels sker tillämpningen av skadeståndsregler efter någorlunda enhetliga kriterier. En anledning till att använda artikel 215 är att det i artikelns andra stycke framhålls att den bygger på allmänna principer om utomkontraktuell ersättning som erkänns i medlemsstaterna.[686]

Enligt Van Gervens tolkning av EG-domstolens tillämpning av artikel 215 skulle alltså EG-rätten kräva följande då de nationella domstolarna utdömer skadestånd i anledning av överträdelser av artiklarna 85 och 86. Det måste föreligga verklig skada eller fara för sådan.[687] Vidare är drabbade subjekt förpliktade att förebygga värre följdskador[688] och vid skadeberäkning ska tas hänsyn till om skadan förts vidare. Vid uppskattning av skada har EG-domstolen föreskrivit att "the sampling methods habitually used in economic surveys make it possible (for the court) to reach acceptable approximations provided that the basic facts are sufficiently reliable".[689, 690] Dessutom krävs kausalsamband mellan överträdelse och uppkommen skada,[691] samt

[684] Van Gerven (AG), [36].

[685] Jfr t.ex. Art/Van Liedekerke s. 967 not 138.

[686] Detta är ett vanligt men något märkligt argument: varför behöver man harmonisera tillämpningen av skadeståndssanktionerna om den redan är gemensam i alla medlemsstater? Dessutom har många nya medlemsstater införlivats i EU sedan bestämmelsen började gälla och sedan EG-domstolen började tillämpa den; är det säkert att också de nya erkänner de principer som bestämmelsen bygger på?

[687] Van Gerven (AG), [51].

[688] Detta torde innebära att medvållande ger möjlighet till jämkning av skadestånd eller bortfallande. Jfr H. Andersson, Trepartsrelationer s. 478 ff.

[689] Detta finns det antagligen utrymme för enligt RB 35:5. Jfr ovan vid not 612.

[690] Van Gerven (AG), [51].

[691] Van Gerven (AG), [52]. Detta innebär ett krav på direkt kausal förbindelse mellan överträdelse och skada. Avlägsna skador även om de kan anses orsakade av överträdelsen, är inte ersättningsbara.

att ersättningsnivån ska utjämna hela den kapitalskada som orsakats, vilket bl.a. inkluderar ränta.[692]

Ett slutligt ställningstagande är mot bakgrund av det ovan anförda rätt osäkert och kan i bästa fall utgöra en bedömning av hur EG-domstolen kommer att se på saken då den i framtiden ställs inför frågan. EG-domstolen har utvecklat rättsskyddsprincipen med alltmer långtgående detaljreglering av rättsliga institut till skydd för enskilda intressen mer eller mindre i avsaknad av direkt stöd i Romfördraget. Ett sådant exempel är interimistiska rättsmedel.[693] Ett annat exempel är restitution av avgifter uttagna i strid med EG-rätten. Vidare framgår, som ovan sagts och med nämnda reservationer, av *Francovich*-fallet att skadestånd är en nödvändig sanktion för att tillförsäkra EG-rättens fulla genomslag.

Inget fall som avgjorts av EG-domstolen uppbär ensamt idén att överträdelser av konkurrensreglerna medför skadeståndsskyldighet. Den samlade bilden av EG-domstolens utveckling av det individuella skyddet gör det dock troligt att en skadeståndsrättighet kommer att inläsas i konkurrensreglernas verkan på det privaträttsliga planet då domstolen till sist tar ställning i frågan. Det är strävan att skydda det enskilda intresset genom enskild kompensation som talar för detta. Det anses allmänt att en möjlighet till skadestånd ger större incitament till enskilda individer att bidra till den allmänna konkurrensövervakningen.[694] Mot bakgrund av att EG-kommissionen aviserat ett mindre aktivt deltagande i den breda konkurrensbevakningen är det kanske nödvändigt att uppställa ett skadeståndshot för att avhålla företag som frestas att ägna sig åt mindre spektakulära konkurrensbegränsningar.

Men det finns också skäl som talar mot att en skadeståndssanktion på det nationella planet kopplas till överträdelser av konkurrensreglerna. En invändning som brukar anföras är att allmänna domstolar saknar tillräcklig ekonomisk och konkurrensrättslig kompetens för att tillämpa artiklarna 85 och 86.[695] Denna invändning förefaller omöjlig

[692] Van Gerven (AG), [54].

[693] Se ovan vid not 667.

[694] Staines s. 54; Van Gerven (AG) i Banks-fallet, [44] med hänvisning till den amerikanska erfarenheten.

[695] Hutchings/Levitt s. 125; Jacobs, Civil Enforcement s. 1368, denne hävdar att det råder europeisk konsensus (och hänvisar till Tyskland och England) om att konkurrensbevakningen på grund av detta sköts bäst av administrativa myndigheter; jfr dock Bourgeois s. 351.

om den enbart riktas mot skadeståndssanktionen. Det råder ingen tvekan om att konkurrensreglerna kan och ska tillämpas vid nationell domstol i tvistemål. Också utan skadeståndssanktion tvingas de nationella domstolarna att tillämpa de materiella konkurrensbestämmelserna då parter yrkar ogiltighet, förbud eller kontraheringsplikt.[696] Låt vara att domstolarna vid det slaget av mål bl.a. inte behöver beräkna omfattningen av individuell skada som orsakats av överträdelser av reglerna; lika fullt krävs att domstolarna avgör om samhandelskriteriet är uppfyllt, om konkurrensen på den gemensamma marknaden har påverkats märkbart etc. Om domstolarna förutsätts vara kapabla att avgöra om de tämligen snåriga rekvisiten i de materiella bestämmelserna är uppfyllda, måste de väl klara av att göra sådana bedömningar som de normalt har erfarenhet av från den "vanliga" civilprocessuella verksamheten.

En annan invändning som faller platt om den hävdas enbart mot skadeståndssanktionen är att det är svårt att avgöra vem som berättigas eftersom en mängd företag och grupper av företag berörs av potentiella konkurrensbegränsningar.[697] I förlängningen skulle detta innebära en risk för motstridiga avgöranden eftersom möjlighet till "multiple actions by different plaintiffs in different states" skulle uppkomma.[698]

Dessa invändningar kan neutraliseras med bibehållande av skadeståndssanktionen om regleringen av ersättningsrätten och *övriga* rättsföljder harmoniseras i medlemsstaterna. Det finns två starka skäl som talar för att en EG-rättslig skadeståndssanktion bör harmoniseras eller åtminstone innehålla vissa minimikrav som gör att möjligheterna att få skadestånd är relativt likartade i alla medlemsstater. För det första kommer konkurrensreglernas bevakning och efterlevnad, och därmed deras genomslag, att bli likartat i alla medlemsstater. Vidare undviker man rättsförluster för vissa individer och företag som råkar vara hänvisade till oförmånliga regler eller råkar vara utsatta för mycket skadeståndsvänliga regler.[699] Visserligen finns möjlighet till s.k. forumshopping enligt Brysselkonventionen; EG-domstolen har förklarat att käranden har valrätt mellan domstol som är behörig på den plats där

[696] Se ovan 4.5.

[697] Se Jacobs, Civil Enforcement s. 1370.

[698] A.s. Jfr också H. Andersson, Trepartsrelationer s. 38 ff. ang. användandet av flood gate-argumentet generellt i skadeståndsrätten.

[699] Jfr Oliver, Enforcing Community Rights s. 888

skadan vållades eller "where the harmful event ocurred".[700] Detta behöver dock inte ge käranden möjlighet att resa skadeståndsanspråk i en stat som tillämpar "punitiv" skadeståndsberäkning. Vidare är det kanske värt att söka undvika forumshopping.[701]

Det finns således alltför många nackdelar förenade med att låta den enskilda reparationen helt villkoras av de nationella rättsordningarnas skadeståndsregleringar. Dessa, tillsammans med EG-domstolens harmoniserande detaljreglering av interimistiska rättsmedel vid tillämpning av direkt effektiva EG-bestämmelser i allmänhet samt mot bakgrund av att övervakningen av EG:s konkurrensregler i allt större omfattning överlåts på individuella intressenter, motiverar harmonisering av skadeståndssanktionen i någon form. Ingenting tyder på att det finns politiska förutsättningar för harmoniserande direktiv eller tillämpningsföreskrifter.[702] Därför kommer antagligen EG-domstolen, när den ges möjlighet att fastlägga något slag av minimikrav på ungefär samma sätt som Van Gerven föreslog i *Banks*-fallet. Därmed är inte sagt att EG-domstolen kommer att gå tillväga på det sätt Van Gerven föreslog.[703]

Slutsatsen måste alltså bli att EG-rätten, oberoende av den nationella sanktionsrätten, kräver att nationella rättsordningar tillhandahåller en möjlighet till ersättning för de rättssubjekt som drabbats av överträdelser av de materiella konkurrensreglerna i Romfördraget. För Sveriges del innebär detta att 33 § konkurrenslagen får tas till utgångspunkt vid bestämmandet av de närmare förutsättningarna för ersättning, liksom vid bestämmandet av vilka kretsar av subjekt som ska anses berättigade till skadestånd. Dock kommer antagligen de svenska regleringarna i dessa avseenden att vara underkastade vissa ospecificerade krav på effektivt skydd och avskräckning, som gör att de kan komma att modifieras. Kanske är artikel 215 i Romfördraget en allmän utgångspunkt för de modifikationer som kan komma ifråga.

[700] Se Jacobs, Civil Enforcement s. 1371 m.hvsn.t. fallet Handelswekerij G.J. Bier BV v. Mines de Pottasse d'Alsace SA (1976). Se också Bogaert, Ius Vigilantabus och Hartley, Unnecessary Europeanisation. Ang. litispendens, se Herzog, Brussels and Lugano.

[701] Se dock Trocker, Lis pendens s. 178 f.

[702] Se t.ex. Bourgeois s. 352 och Caruso, Private Law and European Integration s. 11 not 19. Här bör dock infogas en brasklapp. Genom Amsterdamfördraget infogas en avdelning IV i Romfördraget, vilken sannolikt gör det lättare att på EG-rättslig nivå vidta civilrättsliga och civilprocessuella harmoniseringsåtgärder. Ang. harmoniseringav medlemsstaternas civilrätt i allmänhet, se vidare t.ex. Van Gerven, Unification och Joerges, The Impact of European Integration on Private Law.

[703] Se ovan vid not 685 och det följande.

4.10 Sammanfattning

I detta kapitel har jag diskuterat konkurrensreglernas civilrättsliga verkan i Sverige. Min ambition har begränsat sig till att ge en översiktsvy. Detta förklarar delvis varför framställningen kan förefalla ytlig och mina slutsatser ganska osäkra. Delvis förklaras detta också av att EG-rätten har ett ganska osäkert innehåll, såväl materiellt som med avseende på vad den kräver i rättsföljdshänseende. Vidare aktualiserar just de EG-rättsliga konkurrensreglernas civilrättsliga verkan ett antal rättsområden och problem som är ganska outredda i svensk rätt – frågor om återbäring, tredje mans rätt att väcka negativ fastställelsetalan avseende avtals giltighet, rätt att framställa yrkanden om förbud och kontrahering, frågan om 33 § konkurrenslagens analoga tillämpning, frågorna om passing on-invändning och principen om obehörig vinst i olika säljled etc. När man från ett EG-perspektiv böjer sig ner för att koppla på de svenska rättsföljderna till konkurrensreglerna finner man att rättsföljderna inte är avpassade för att kopplas till den konkurrensrättsliga regelmaterian. Ett skäl till detta kan stå att finna i den traditionella svenska åtskillnaden mellan marknadsrätt och civilrätt, en åtskillnad som verkar kvarstå trots att den svenska konkurrenslagstiftningen uttryckligen har civilrättsliga verkningar.

Kapitlet ger alltså av dessa skäl en översiktsbild. Många frågeställningar hänger därför i luften. Vissa av dem kommer att behandlas vidare i den följande framställningen. Konkurrensbegränsande avtals ogiltighet, graden och konsekvenserna av ogiltigheten, behandlas vidare i 5.3 (den processuella dispositionsrättens omfattning) och i kapitel 6 ("Är EG:s konkurrensregler dispositiva?"). Frågan om återgång återkommer i 7.6 ("Återgångsyrkanden"). Andra mer eller mindre outvecklade frågeställningar återkommer inte. Exempelvis tar jag inte upp talerättsproblematiken som antyddes i såväl 4.5 som 4.7. Vidare diskuteras inte de skadeståndsrättsliga problem med kopplingar till obehörig vinst som noterades i 4.7. Utrymmet medger helt enkelt inte ett nedgrävande i alla högar av frågor som finns i vägen, särskilt som det svenska rättsläget civilrättsligt är såpass osäkert.

Nåväl, de slutsatser jag kan dra efter odyssén i skärningslandet mellan EG:s konkurrensrätt och svensk civilrätt är följande. Konkurrensbegränsande avtal är ogiltiga. Detta följer direkt av Romfördragets artikel 85(2) samt antagligen direkt av EG-rätten också vad gäller avtal i strid med artikel 86. Ett konkurrensbegränsande avtal är ogiltigt med retroaktiv verkan, dvs. från avtalets ingående. Även detta följer direkt av EG-rätten.

I det sammanhanget bör man dock ha i minnet vad som framkom i kapitel 3: gamla avtal och anslutningsavtal kan, under vissa förutsättningar, vara villkorat giltiga, dvs. giltiga i avvaktan på ett beslut av EG-kommissionen. Oavsett om sådana avtal är klart konkurrensstridiga måste de betraktas som i konkurrensrättslig mening giltiga. Vidare bör beaktas att svenska domstolar inte får tillämpa undantagsregeln i artikel 85(3), vilket, bortsett från en mängd processuella problem, föranleder den olyckliga konsekvensen att avtal som visserligen står i strid med artikel 85(1), men som är av karaktär att undantas, i princip är att betrakta som ogiltiga tills dess EG-kommissionen fattat ett undantagsbeslut. Dessutom bör observeras att avtal som strider mot artikel 85(1) och som inte är undantagna genom individuella beslut av EG-kommissionen kan falla under en gruppundantagsförordning. I sådant fall betraktas de som giltiga i konkurrensrättslig mening.

I kapitel 4 framkom vidare att det följer direkt av EG-rätten att ett konkurrensbegränsande avtalsvillkor som kan särskiljas från ett i övrigt icke konkurrensbegränsande avtal, inte smittar ner hela avtalet med sin ogiltighet. Dock hindrar denna särskiljbarhetsprincip inte att nationell civilrätt kan ha sådana regleringar som medför att hela avtalet, trots avtalsvillkorets särskiljbarhet, blir helt eller delvis ogiltigt. Det förefaller i svensk rätt åtminstone finnas utrymme för att jämka hela avtalet med stöd av 36 § avtalslagen för det fall en särskiljbar avtalsklausul blir ogiltig. Vidare kan kanske förutsättningsläran tillämpas, men antagligen inte principen om obehörig vinst.

Vad gäller tredje mans möjlighet att väcka fastställelsetalan om avtals ogiltighet förefaller svensk rätt helt sakna reglering. Med avseende på förbudstalan från tredje man riktad mot parter som konkurrensstridigt presterar enligt ett avtal verkar läget vara detsamma. Möjligen kan liknande exempel konstrueras med utgångspunkt i regleringar på särskilda rättsområden, som immaterialrätten. Därmed är dock inte sagt att svensk rätt inte accepterar tredje mäns möjlighet att rikta civilrättsliga anspråk mot avtalsparter. Det förefaller också som att en sådan rätt kan härledas ifrån konkurrensreglernas direkta effekt i Sverige. En osäker slutsats är alltså att tredje man genom fastställelse- och/eller förbudstalan är berättigad att få ett konkurrensstridigt marknadsuppträdande som drabbar honom att upphöra.

Det stora problemet i det sammanhanget är dock att avgöra kretsen materiellt saklegitimerade och taleberättigade. Antagligen kan konkurrenslagen och dess förarbeten tas till utgångspunkt för analogier,

vilket innebär att tredjemans "berättigade intresse" kan användas som kriterium. Eftersom sannolikt rätten att få konkurrensbegränsande avtal att upphöra följer direkt av EG-rätten, borde eventuella svenska urskiljningskriterier vara lättrubbade. Ytterligare ledning kan kanske hämtas i Förordning 17/62 respektive artikel 173 i Romfördraget med avseende på förutsättningarna för att delta som part i ett förfarande vid EG-kommissionen respektive att få överklaga ett kommissionsbeslut. Dock förefaller dessa förutsättningar vara snävare än de tyska urskiljningskriterier som underkändes av EG-domstolen i Brasserie du pêcheur (1996). Slutsatsen är att rättsläget är mycket osäkert.

Samma karaktäristik kan riktas mot tredjemans rätt till kontrahering oberoende av motpartens vilja. Svensk rätt erkänner, i närmast extrema situationer, en rätt att kontrahera utan föregående avtal.[704] Möjligen skulle det trots avsaknad av uttryckligt lagstöd gå att förena rättsfiguren med 19 § konkurrenslagen.[705] Mitt resonemang i kapitlet förde fram till den definitiva slutsatsen att EG-rätten inte medför någon rätt till kontrahering vid överträdelser av artikel 85. Däremot är leveransvägran av ett dominerande företag ett brott per se mot artikel 86. I den mån en vägran att kontrahera konstituerar missbruk av dominerande ställning borde det alltså vara möjligt också i Sverige att, oberoende av konkurrenslagens innebörd, genomdriva ett anspråk på kontrahering. Denna slutsats stöds vidare av att EG-kommissionen i det administrativa förfarandet fastställt att företag varit förpliktade att leverera till tredje man.

Med avseende på skadestånd är min slutsats att sådant ska kunna utdömas av svenska domstolar vid överträdelse av EG:s konkurrensregler. Men slutsatsen kan stödas på endera av två argumentationslinjer och själva skadeståndssanktionen kan få olika innehåll beroende på vilken argumentationslinje man väljer. Enligt ett sätt att se det hela, innebär inte EG-rättens krav på rättsskydd och effektivt genomslag att enskilda som drabbas ekonomiskt av en konkurrensbegränsning ska vara berättigade till ersättning. I sådant fall följer av EG-rättens krav på likabehandling av enskilda anspråk grundade på EG-rätt och anspråk grundade på nationell rätt, att ersättning ska vara möjligt att genomdriva. I 33 § konkurrenslagen stadgas nämligen att skador hänförliga till konkurrensbegränsningar ska ersättas. I den mån 33 § tillämpas analogiskt vid överträdelser av EG:s konkurrensregler är

[704] Se Bernitz, Konkurrenslagen s. 90 f.
[705] Se Bernitz, Konkurrenslagen s. 90.

givetvis också den bestämmelsen normerande för skadeståndsregleringen. Det innebär bl.a. att en femårig preskriptionsfrist ska tillämpas och att kretsen skadeståndsberättigade begränsas till företag och avtalsparter.

Om däremot ersättningsrätten följer direkt av EG-rättens krav på effektivt rättsskydd och genomslag – vilket jag efter viss tvekan finner att den gör – är det möjligt att den svenska skadeståndsregleringen måste modifieras för att motsvara de EG-rättsliga kraven. Två potentiella konfliktytor är just preskriptions- och personkategoribegränsningarna i 33 §. Men åtminstone preskriptionsfristen förefaller vara skälig i den mening EG-domstolen ger termen i bl.a. *Emmot*-fallet (1991).

Det stora problemet vid den praktiska tillämpningen av EG:s konkurrensregler i civilrättsligt hänseende är bevisrelaterat. Och detta problem är särskilt stort vad gäller just skadeståndsanspråk, eftersom då också skadans storlek samt ett kausalsamband mellan skadan och överträdelsen måste visas. Enligt den svenska konkurrenslagens förarbeten kan RB 35:5 användas för att uppskatta konkurrensskador till skäligt belopp. Men huvudfrågorna kvarstår: vem har bevisbördan för att en konkurrensbegränsning är förhanden och för att konkurrensbegränsningen orsakat konkret skada och vilket beviskrav ska uppställas? Möjligen ska de beviskrav tillämpas som gäller EG-kommissionen vid påvisande av överträdelser av artiklarna 85 och 86, men det är lika sannolikt att "sedvanlig" nationell bevisreglering ska användas i det nationella förfarandet.[706] Bevisrelaterade frågor vid tillämpningen av EG:s konkurrensregler i den svenska civilprocessen kommer att behandlas vidare nedan i kapitel 7.

[706] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 142 f. med hänvisning till följande nationella fall: SACEM v. Le Chinatown (Frankrike 1993); Sàrl le Montelan v. SACEM (Frankrike 1991); Soc. La Brocherie v. SACEM (Frankrike 1991); Basset v. SACEM (Frankrike 1989); Sàrl Pompes Funèbres Saint-Nicolas (Frankrike 1990); Waterlow Directories v. Reed Information Services (England 1990); Shearson Leaman Hutton Inc. V. Maclaine Watson (England 1989); Oberlandsgericht 28/6 1989 (Tyskland 1989); SA Odiac v. SA General Electronic (Belgien 1989). Sàrl Pompes Funèbres Saint-Nicolas (Frankrike 1990).

ANDRA AVDELNINGEN AV STUDIEN:

Om den svenska civilprocessen och EG:s konkurrensregler – frågan om dispositionsprincipens tillämpning

Kapitel 5: Den svenska dispositionsprincipen

5.1 Inledning

5.1.1 Kapitlets plats i den fortsatta framställningen

Så här långt har konkurrensreglernas materiella innehåll genomgåtts (kapitel 2), den aviga uppgiften att beskriva de nationella domstolarnas behörighet att tillämpa reglerna har utförts (kapitel 3) och en översiktsbild av de svenska rättsföljder som aktualiseras i anledning av reglernas tillämplighet här i landet har presenterats (kapitel 4).

Det framställningsmässiga upplägget av den här studien kan liknas vid en resa från allmänna EG-rättsliga regler till konkreta processuella frågor. Efter kapitlen 2–4 borde läsaren ha fått en bild av hur EG:s konkurrensregler kan tänkas fungera civilrättsligt i Sverige. De följande kapitlen (5–10) ägnas åt frågor som uppkommer i den svenska civilprocessen då EG:s konkurrensregler tillämpas. Framställningen i dessa kapitel bygger då givetvis på det som framkommit i kapitlen 2–4.

Den fortsatta framställningen är disponerad på följande vis. I detta kapitel 5 behandlas endast svensk rätt. Syftet är att beskriva parternas dispositionsfrihet i den svenska civilprocessen i mål där EG:s konkurrensregler kan aktualiseras. Kapitlet innehåller dels en beskrivning av olika dispositionsmedel som står till den enskildes förfogande (eller belastar denne, om man hellre vill uttrycka sig så), dels en analys av vad som kan vara föremål för parts dispositionsfrihet, dvs. i vad mån civilrättsliga regler är dispositiva eller indispositiva i processen och vilka kriterier som används för att göra en åtskillnad i det avseendet.

Eftersom detta verk är betitlat "Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler" hade kanske läsaren väntat sig att få frågan om konkurrensreglerna är indispositiva besvarad omedelbart efter

kapitel 4 där reglernas civilrättsliga verkan diskuteras, och åtminstone före kapitel 6. Men eftersom reglernas dispositivitet i processen, som det visar sig i kapitel 6, i hög grad beror på den svenska rättens dispositivitetskriterier, har jag funnit det lämpligt att ägna ett kapitel åt frågan om dispositionsrättens omfattning i svensk civilprocess, innan frågan om just konkurrensreglernas dispositivitet behandlas.

5.1.2 Något om dispositionsprincipen som begrepp

I den svenska processdoktrinen under 1800-talet användes en enda princip, förhandlingsmaximen, för att beskriva parternas inflytande över processen.[707] Den "klassiska läran"[708] kom dock att använda två principer: dispositions- respektive förhandlingsprincipen.[709] Den klassiska doktrinen var visserligen inte samstämmig i synen på vilka processuella moment som skulle hänföras under respektive princip,[710] men var överens om att principerna skulle anknyta till parts bestämmanderätt i rättegången.[711] Principerna ställdes emot official- respektive undersökningsprinciperna, vilka ansågs beskriva domstolens bestämmanderätt över processen.[712]

[707] Granfelt, Den materiella processledningen s. 45 m.hvsn.t. Annerstedt, Om domarens processledande värksamhet vid civila rättstvister; Schrevelius, Civilprocessrätt s. 80 f. talar om förhandlingsmaximen; Ekelöf, Processuella grundbegrepp s. 227, hänvisar till Grenander, Ur förhandlingsprincipens historia, Sthlm (1879) s. 6 och Broomé, Allm. civilprocessen, 2 uppl. (1890) s. 111. Se också Larsson, Dispositionsprinciper s. 577.

[708] För termen, se Olivecrona, Rätt och dom.

[709] Man kan fråga sig varför det är nödvändigt att skilja mellan dispositions- och förhandlingsprinciperna. I svensk civilprocess ansågs ju parterna ha det större inflytandet över processen, oavsett om det förklaras av parternas materiella förfoganderätt eller ändamålsskäl. Ekelöf menar att Kallenbergs uppdelning mellan principerna beror på svårigheten att av ÄRB utvinna besked om rättens respektive parternas inflytande över processen, se Processuella grundbegrepp s. 226. Ekelöf förmodar att Kallenberg inrymt sådant under dispositionsprincipen som uppenbart faller på parterna, medan sådant som han endast med tvekan kunde anse böra ankomma på part hänförts till förhandlingsprincipen, a.a. s. 226 f. Visserligen är det antagligen nödvändigt att abstrahera principer och bygga begreppssystem om relevanta rättskällor är knapphändiga och åldersdigna. Men samtida med Kallenberg användes samma principer för att beskriva partsinflytandet över processen i grannländer med relativt moderna processlagar (Retsplejeloven av 1919 och Rettergangmaaden for tvistemaal av 1915).

[710] Se Ekelöf, Processuella grundbegrepp s. 229 f. Kallenberg II s. 40, 42 och 21 f. not 5; jfr t.ex. Wrede I s. 68 f. och 70, Granfelt, Den materiella processledningen s. 69, Afzelius s. 34 och s. 32; Munch-Petersen II s. 239 f. och s. 238 och Matz s. 106 f. Hagerup s. 402 ff., verkar laborera med samma uppdelning som Kallenberg.

[711] Granfelt s. 71; Kallenberg II s. 48.

[712] Larsson, Dispositionsprinciper s. 578.

Man kan säga att uppställandet av dispositionsprincipen fyllde två funktioner. En karaktärisering av den svenska civilprocessen som präglad av dispositionsprincipen fyllde en *komparativ* funktion. Vidare utskildes med hjälp av principen de processuella moment över vilka parterna hade bestämmanderätt som en *logisk konsekvens* av sin materiella förfoganderätt.[713] *Ekelöf* kom att begagna principerna på ett nytt sätt. Han använde dem till att kategorisera de processregler som ger parterna rätt att vara verksamma i processen.[714] Förhandlingsprincipen inrymmer alla regler som ger parterna möjlighet att vara verksamma i processen, oavsett om parternas processhandlingar är bindande för domstolen eller inte.[715] Dispositionsprincipen inrymmer däremot sådana regler som föreskriver att rätten ska eller må företa viss processhandling endast på yrkande av ena parten, båda parterna eller någondera av dem.[716] De regler som inryms under dispositionsprincipen är således en mindre delmängd av alla regler som inryms under förhandlingsprincipen.[717]

Ekelöfs användning har en relativ karaktär.[718] När en regel inryms under dispositionsprincipen lämnas endast besked om att domstol uteslutande efter parts yrkande må eller skall företa viss processhandling. Det följer inte av själva principen vilket processuellt moment som parternas dispositionsrätt är hänförlig till. *Larsson* invänder mot att använda de båda principerna på detta sätt. Han menar att det finns en modern variant av "ordinär dispositionsprincip" som betecknar partsinflytandet över vissa specifika moment.[719] Han menar att Ekelöfs bestämning av principen gör att den inrymmer många regler som reglerar processuella företeelser som inte ryms inom den ordinära principen.[720] Larsson betonar dispositionsprincipens komparativa funktion[721] och menar att Ekelöfs konstruktion motverkar denna funktion

[713] Kallenberg II s. 2 f, 11 och 42; Wrede I s. 66 ff., särsk. s. 68; Granfelt s. 47 f.; Munch-Petersen II s. 223 och s. 225. Moment som inordnades under förhandlingsprincipen sågs däremot som underordnade parterna av ändamålsskäl.

[714] Ekelöf/Boman, Rättegång I s. 47.

[715] Rättegång I s. 47; Processuella grundbegrepp s. 262 f. och s. 258.

[716] Rättegång I s. 36; Processuella grundbegrepp s. 266.

[717] Rättegång I s. 48.

[718] Processuella grundbegrepp s. 258; Larsson, Dispositionsprinciper s. 587 och s. 588.

[719] Larsson, Dispositionsprinciper s. 579 f.

[720] Larsson, Dispositionsprinciper s. 584 och a.s. not 37.

[721] Larsson, Dispositionsprinciper s. 585.

eftersom den medför att dispositionsprincipen kan inrymma vilka processuella moment som helst som är dispositiva.[722]

Jag ska undvika diskussionen om dispositions- och förhandlingsprincipernas funktion och formulering eftersom syftet med denna framställning inte är att karaktärisera den svenska processordningen eller att jämföra den med utländska motsvarigheter. Det som intresserar är i stället i vad mån som parterna processuellt kan disponera över saken/rättsförhållandet på ett sätt som kan motverka EG-rättens genomslag. Parternas dispositionsmöjligheter i detta avseende sammanfaller med de processuella moment som kan hänföras till dispositionsprincipen, som en logisk konsekvens eller som motiverat av traditionen. Frågorna regleras också av vissa av de regler som Ekelöf inrymmer under dispositionsprincipen. Man kan säga att termen dispositionsprincipen i titeln till denna bok är en något diffus avgränsning – i framställningen tas inte upp alla processuella moment som faller under principen och vissa moment tas upp trots att de faller utanför principen. I själva verket är det gränsen för parternas respektive domstolens inflytande över processen i vissa EG-rättsliga avseenden som är intressant.

5.1.3 Dispositionsfrihetens konsekvenser

Dispositionsprincipen präglar förfarandet i de dispositiva tvistemålen. Parterna har den huvudsakliga bestämmanderätten över vad som ska avgöras av domstol i processen med verkan för parternas framtida förhållande.[723] I sammanhanget bör, för det första, observeras att domen på grund av sin rättskraft träder istället för de rättsfakta som varit tvistiga mellan parterna med avseende på den rättsföljd som yrkats i målet. Vidare kan civildomen medföra att parternas rättsförhållande får ett annat innehåll än som skulle följa av de civilrättsliga reglerna riktigt tillämpade med kunskap om alla relevanta omständigheter.[724]

Med domen prekluderas[725] de rättsfakta som åberopats av parterna till stöd för,[726] eller mot,[727] yrkandet. Men också omständigheter som

[722] Larsson, Dispositionsprinciper s. 586 f. Ekelöf är medveten om detta, men menar att principen med hans bestämning kan användas för att karaktärisera alla slag av processregler oavsett processordning

[723] Se t.ex. Taksœ-Jensen s. 492.

[724] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 158 f.

[725] För termen se bl.a. Larsson, Rättskraftsläran s. 407 not 8 och Lindell, Preklusion s. 15.

[726] Se och jfr Taksœ-Jensen s. 506.

[727] Jfr ang. motfakta Larsson, Rättskraft och teleologisk metod s. 454.

kunnat åberopas prekluderas om de kan inrymmas i saken.[728] Vidare prekluderas det yrkande som domstolen tagit ställning till. Samma yrkande kan inte prövas igen. Dessutom kan yrkanden som inte framställts under vissa förutsättningar bli prekluderade.[729]

Dispositionsprincipen innebär alltså att det är part och inte domstolen som drar upp ramen för den enskilda processen genom att framställa ett yrkande i sak[730] och åberopa omständigheter till stöd för yrkandet.[731] Domstolens avgörande av saken sker endast på grundval av åberopade omständigheter och framställt yrkande.[732] Till följd av partsdispositioner kan det civilrättsligt "riktiga" rättsläget mellan parterna förändras genom process och dom[733] – dels kan domen avges på grunder som inte överensstämmer med dem som föreligger mellan parterna, dels kan den avdömda saken omfatta fler omständigheter, och ha betydelse för andra rättsföljder än de som prövats av domstolen.[734]

Partsdispositioner kan bestå i uttryckliga handlingar eller i underlåtenhet. Sådana dispositioner kan företas respektive underlåtas i medvetande eller i okunskap om att dispositionen förändrar rättsläget mellan parterna. Det är därför inte enbart positivt för part att behöva välja vad som förs fram till domstolsprövning. Parts valfrihet, dispositionsfrihet över det egna rättsläget balanseras av att parten får bära bördan av risken för egen försummelse och egna felbedömningar.[735] Part kan

[728] Se dock Larsson, Rättskraftsläran s. 416, och Rättskraft och teleologisk metod s. 450 f.

[729] Dvs. "konkurrerande" rättsföljder som korresponderar mot tänkbara i processen ej framställda yrkanden. Detta är mer kontroversiellt, se t.ex. NJA 1995 s. 610, NJA 1994 s. 23, NJA 1977 s. 618 och Welamson, Rättspraxis II s. 103 f.; jfr Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 143, Olivecrona, Rätt och dom s. 312 ff. och Larsson, Rättskraftsläran s. 416 f. Se också Bolding, Skiljedom s. 162, vid och i not 16.

[730] RB 17:3 stadgar att dom inte får ges över annat än vad part i behörig ordning yrkat. Se också t.ex. NJA 1982 s. 69, HD på s. 93 f.

[731] Se också t.ex. NJA 1980 s. 352. "Saken" i RB 17:11:s mening kan ändå inrymma moment som part överhuvudtaget inte berört och den kan ha betydelse för "andra saker" som inte varit uppe till prövning, se nedan 5.2.1 och 8.2.2. Den sak som domstolen prövar behöver med andra ord inte vara samma sak som den domstolen avgör.

[732] Jfr också Jolowicz s. 91.

[733] Detta bör kanske modifieras: i en viss mening kan man antagligen säga att parts dispositioner i en process *konstituerar* det civilrättsligt "riktiga" rättsläget, eftersom processuella dispositioner (i princip) för att accepteras måste korrespondera med en motsvarande materiell dispositionsrätt som följer av civilrättsliga regler. Se mer nedan 5.3.3. Därför är det kanske inte riktigt korrekt att säga att en processuell disposition förändrar det materiellt riktiga rättsläget.

[734] Dom över en sak kan också ha prejudicerande verkan i förhållande till andra "saker".

[735] Se Westberg, Officialprövning s. 90 f.

i princip inte återkomma till domstol med samma krav på en modifierad grund,[736] eller t.ex. med ett yrkande på prisavdrag när ett yrkande om hävning tidigare ogillats.[737] Det har också påpekats att den kontradiktoriska civilprocessen präglas av en självansvarighetsprincip.[738] Som en utgångspunkt och utifrån denna korta introduktion kan dispositionsprincipen sägas vara en karaktäristik av att parterna har möjlighet att disponera över sitt rättsläge i process på sådant sätt att deras inbördes rättsliga positioner förändras.

5.2 Processuella dispositionsmedel

5.2.1 Yrkande

Vilka dispositionsmedel står då till den enskilda partens förfogande? Det mest rudimentära är att part genom yrkandet har kontroll över om det överhuvudtaget *väcks talan*.[739] Domstol kan inte ex officio å parts vägnar anhängiggöra dispositiva tvistemål.[740] I princip medför dock inte parts yrkandeprivilegium att part, på det sätt som sagts ovan, kan förändra det civilrättsliga rättsläget mellan parterna: om inte process inleds faller ingen dom, varför parternas rättsförhållande inte borde kunna förändras.

Det finns två möjliga undantag till detta. Dels kan ett civilrättsligt anspråk preskriberas om det inte bevakas.[741] Dels kan en materiellrättslig rättsföljd som korresponderar mot ett ej framställt yrkande på

[736] Se t.ex. Olivecrona, Rätt och dom s. 315.

[737] Jfr NJA 1994 s. 23 och NJA 1995 s. 610. Se också Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 143.

[738] Se Taksœ-Jensen s. 509; Westberg, Officialprövning s. 32 f.

[739] Principen *nemo judex sine actore* (ingen process utan kärande), se Kallenberg II s. 14; Ekelöf/Boman, Rättegång I s. 52 f.; Larsson, Dispositionsprinciper s. 580; Westberg, Officialprövning s. 835.

[740] Se t.ex. Westberg, Officialprövning s. 835. Bortsett från den rena enskilda dispositionsfriheten talar en del praktiska skäl emot detta: rättegångsväsendet skulle behöva omorganiseras och sannolikt ändå dras med effektivitetsbrister; vidare skulle domstolarnas opartiskhet kunna ifrågasättas.

[741] Man kan säga att preskription är ett materiellt civilrättsligt institut som medför att en rättsföljd som kunnat göras gällande med stöd av vissa omständigheter efter viss tid inte kan göras gällande. Se Lindskog, Preskription s. 31 och 24; Ekelöf, Processuella grundbegrepp s. 83 f.; Lindell, Preklusion s. 15. Part kan alltså medvetet eller omedvetet disponera över det materiella rättsförhållandet genom underlåtenhet.

olika sätt "drabbas" av en tidigare doms verkan. Den materiella rättsföljden kan komma att bli föremål för den tidigare domens rättskraft trots att rättsföljden skulle kunnat konstituera ett annat yrkande och ett självständigt mål.[742] Detta kan ske antingen genom att rättsföljden faller inom den avdömda saken enligt RB 17:11 eller genom att den tidigare domen läggs till grund för bedömningen av den nya rättsföljden, dvs. för den "sak" som inte anhängiggjorts.[743] Man kan säga att parts passivitet (hans "disposition") vad gäller att anhängiggöra ett mål genom att yrka dom över en viss rättsföljd betar honom möjligheten att få rättsföljden prövad, om den är accessorisk till den "sak" som redan har avgjorts.[744] Vidare kan en tidigare dom ha bevisverkan för en inte prövad rättsföljd.[745]

Det är dock i praktiken ganska besvärligt att avgöra i vilka fall en avdömd sak får betydelse för en "ny talan", ett "nytt yrkande" eller en "annan materiell rättsföljd". Därför är det också svårt att säga när parts, eventuellt underlåtna, disposition inom ramen för en tvist kan få betydelse för partens förhållande till motparten i ett (eventuellt) annat avseende än som varit under domstolens bedömning i den första processen.

Det som problematiserar dessa frågor är att doktrinen innehåller skilda uppfattningar på åtminstone två punkter som är väsentliga för att besvara frågorna: dels anförs skilda kriterier för vad som ska anses utgöra "en sak" och "samma sak",[746] dels råder olika meningar om

[742] Ekelöf/Boman, Rättegång II s. 165 samt 143 f., framhåller att alternativa yrkanden utgör olika mål om de korresponderar till kvalitativt skilda rättsföljder, t.ex. om köpare vid fel kan yrka avdrag på köpeskillingen respektive återgång. Se också Westberg, Officialprövning s. 837; Fitger s. 17:43. Jfr dock Westberg, Alternativyrkanden s. 818 not 13.

[743] Westberg, Officialprövning s. 836.

[744] Rättsläget efter NJA 1994 s. 23 och NJA 1995 s. 610 innebär att samma sak enligt RB 17:11 kan innehålla flera presumtiva mål varav vissa inte anhängiggjorts – en slags möjlig "dold kumulation"; jfr Ekelöf, Processuella grundbegrepp s. 114 ff.; Rättegång III s. 143 vid not 182; Fitger s. 17:46; Olivecrona, Rätt och dom s. 312. Se dock Welamson, Rättspraxis II s. 104. Enligt ett annat synsätt medför rättsläget efter 1994 års fall dessutom att det råder oöverensstämmighet mellan RB 13:3 och 17:11, dvs. "saken" omfattar också yrkanden som inte kunnat få framställas i högre rätt, jfr Westberg, Alternativyrkanden s. 819 ff.

[745] Se t.ex. Fitger 17:37.

[746] Se t.ex. Larsson, Rättskraftsläran s. 407. Ekelöf, Processuella grundbegrepp s. 103 ff., använder den med käromålet korresponderande civilrättsliga rättsföljden som kriterium på sakens identitet, vilket innebär att yrkanden/käromål som korresponderar med andra rättsföljder ska ogillas för det fall de drabbas av "sakens" rättskraft, se t.ex. Processuella grundbegrepp s. 110. Olivecrona, Grunden s. 332, anser att saken ska förstås som "yrkandet och det åberopade saksammanhanget i förening", varför varje "annat" yrkande (jfr Ekelöfs

rättskraftens verkan för förhållanden (frågor) som ligger utanför det som enligt skilda kriterier anses utgöra "saken" eller "samma sak"[747].

I princip anses RB 17:11 medföra att talan ska avvisas om samma yrkande framställs en andra gång.[748] Om däremot ett yrkande framställs[749] som saknar allt samband med den avdömda saken, är domstolen fri att sakpröva det nya målet oberoende av den tidigare domen. Det är i sådana fall inte fråga om "samma sak". Men för det fall ett "nytt" yrkande framställs, vilket av olika skäl anses bli drabbat av den första domens rättskraft, ska den tidigare domen läggas till grund för prövningen av den nya saken. Även om det alltså också i detta fall rör sig om "olika saker" har den tidigare domen prejudicerande verkan i förhållande till den efterföljande prövningen.

Efter rättsfallen NJA 1977 s. 618, NJA 1994 s. 23 och NJA 1995 s. 610[750] förefaller det dock som om åtminstone i vissa fall ett "annat yrkande", korresponderande med en "annan rättsföljd" som kvalitativt skiljer sig från den rättsföljd som bedömts i en tidigare rättegång, ska avvisas.[751] Det nya yrkandet ska alltså anses ingå i den sak som avgjorts enligt RB 17:11, trots att det inte prövats.[752] Den gamla domen ska inte i en ny rättegång föranleda ogillande utan avvisning och ny talan med ett alternativt yrkande ska inte anses konstituera en ny sak.[753]

---

rättsföljd) konstituerar en "annan sak" och inte ska avvisas enligt 17:11, se också Rätt och dom s. 312 (jfr Ekelöfs förtäckta invändning att Olivecronas kriterium skulle medföra att också varje avvikelse från grunden skulle konstituera en ny sak, Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 117).

[747] Se ett bland flera exempel Olivecrona, Rätt och dom s. 313 not 34, och Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 136. Det råder dock ingen principiell tvekan om att den avdömda saken har verkan för andra "frågor" än de som prövats förut, dvs. utanför "saken" liggande frågor (yrkanden, rättsföljder eller rättsförhållanden) kan prejudiceras eller besvaras utifrån tidigare bedömda frågor. Se dock Larsson, Rättskraftsläran s. 416.

[748] Jfr dock nedan 5.2.2 ang. anförande av helt ny grund till stöd för samma yrkande.

[749] Eller med Ekelöfs terminologi: om det andra yrkandet gör att käromålet korresponderar med en annan rättsföljd.

[750] Jfr också NJA 1984 s. 733.

[751] I NJA 1977 s. 618 hävdade dock HD att det rör sig om en kvantitativ skillnad. Se Westberg, Alternativyrkanden s. 816 f., jfr också Lindblom, Fakultativa fora s. 369.

[752] Jfr Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 143: om "talan nr 2 ogillas (i NJA 1994 s. 23 var det alltså fråga om att avvisa talan) på grund av res judicata, kommer domen emellertid i detta fall att tillerkännas rättskraft med avseende på en rättsföljd, som inte motsvaras av något yrkande i rättegången". Ett argument för avvisning finns hos Fitger s. 17:46: enligt Ekelöfs och Olivecronas lösningar skulle två rättegångar avseende hävning och prisavdrag kunna pågå parallellt. Jfr också Boman, Litispendens s. 39 och s. 55.

[753] Enligt Olivecronas och Ekelöfs syn på RB 17:11 står detta i strid med lagtexten.

Antagligen medför detta ingen större praktisk skillnad: de yrkanden som visserligen skiljer sig från tidigare yrkanden men som kan komma ifråga för avvisning enligt de förutsättningar som ställs upp i 1994 och 1995 års fall, skulle antagligen enligt doktrinens huvudlinje före rättsfallen kommit att ogillas med stöd av den tidigare domens prejudicerande verkan.[754] Oavsett om det nya yrkandet ogillas eller avvisas betas part möjligheten att göra det gällande på grund av den tidigare domen; parts "val" att inte ta initiativ till prövning av den ej prövade rättsföljden medför att den är s.a.s. förlorad för honom.

I vilka fall är det då fråga om att domen kan medföra preklusion av yrkanden som inte framställts i en tidigare rättegång, eller att sådana ogillas med utgångspunkt i den tidigare domen? Frågan om domens prejudicerande,[755] eller civilrättsliga,[756] verkan för rättsföljder som inte prövats, besvaras i doktrinen utifrån det civilrättsliga sambandet mellan den prövade och den oprövade frågan.[757] Om detta samband motiverar prejudicialverkan, eller att domstolen ska ta ställning till rättsföljden utan att vara bunden av den tidigare domen, verkar i sin tur främst bestämmas under beaktande av praktiska ändamålssynpunkter.[758]

Jag ska inte i detalj försöka besvara denna mycket snåriga fråga eller generellt söka utreda i vad mån som parts underlåtenhet att anhängiggöra ett mål kan medföra att hans rättsläge förändras i ett avseende som inte prövats. Mot bakgrund av att civildomens preklusions- och prejudicialverkan med avseende på ej prövade "konkurrensfakta" och alternativa yrkanden diskuteras längre fram,[759] bör

[754] Se ovan not 752. Dock finns antagligen ett större utrymme för att avgöra i vilka fall en tidigare dom bör tillmätas prejudicial- respektive endast bevisverkan i jämförelse med utrymmet för att låta ett yrkande (eller en mot detta korresponderande rättsföljd) som faller inom samma sak undslippa domens negativa rättskraft. Domens positiva rättskraft finns inte reglerad i RB. Det förefaller t.ex. märkligt om man med utgångspunkt från NJA 1994 s. 23 i något fall skulle pröva ett yrkande om prisavdrag efter att en talan om hävning ogillats. Det kan därför kanske antas att HD i rättsfallet, genom att hänföra ej framställda yrkanden under sakens identitet, har utsträckt den tidigare domens rättskraftsverkan jämfört med vad som varit fallet om den tillerkänts prejudicialverkan. Jfr exemplet i Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 143 f.

[755] Se Gärde m.fl. s. 192; Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 111.

[756] Olivecrona, Rätt och dom s. 238 f., 313 och 330. Jfr Hassler, Omröstning om res judicata s. 178 f.

[757] Ang. skillnaden mellan domens prejudicerande verkan i dessa avseenden (dess negativa respektive positiva rättskraft) se senast anförda arbeten samt också Olivecrona, Anm. av Ekelöf s. 139.

[758] Se Larsson, Rättskraftsläran s. 407 f.

[759] Se nedan 8.2.2.

dock kortfattat beröras de typsituationer i vilka *Ekelöf* menar att det kan diskuteras om domen bör ha prejudicialverkan för rättsföljder som inte prövats.

Ett första typfall är det där en rättsföljd, som görs gällande i en andra process, *ingår i ett rättsläge* som tidigare rättskraftigt avgjorts.[760] I de flesta fall anses inte en första dom ha verkan för den sedermera prövade saken.[761] Men i andra fall kan den önskvärda samhällsekonomiska funktionen av olika rättsligt etablerade positioner motivera att motstridiga domar inte ges.[762] En andra typgrupp innehåller situationer där rättsföljderna skiljer sig åt *kvalitativt* och enligt civilrättsliga regler kan utlösas *oberoende* av varandra. Ett exempel på detta är förbud respektive skadestånd i anledning av immissioner. Ekelöf verkar mena att man genom att balansera den vinnande partens trygghet mot parts intresse av att begränsa sina processkostnader till

[760] Jfr Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 139 f.; se också Boman, Litispendens s. 54 och jfr Heuman, Litispendens s. 340. Boman menar, liksom Ekelöf (Litispendens s. 38 f. samt Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 175), att 13:6 korresponderar med 17:11 st. 3 ("ej må fråga, som sålunda avgjorts, ånyo upptagas till prövning"), varför endast frågor som omfattas av en doms negativa rättskraft kan drabbas av 13:6. Bestämmelsen i RB 13:6 täcker "fråga, varom redan är rättegång mellan samma parter" – jag har svårt att se att denna lydelse, liksom uttryckssättet "föremål för annan rättegång" i RB 32:5 (jfr Rättegång V s. 168 not 20), *nödvändigtvis* utesluter prejudiciella, men inte prekluderande, frågor som är föremål för prövning i annan ordning. Jfr Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 173 ff.

[761] Exempel: skadeståndsdomen har inte prejudicerande verkan vad gäller culpafrågan i senare mål om andra skador hänförliga till "samma vållande" eller rörande fastställelse av skadeståndsskyldighet; rättsföljden "rätt att avverka skog på annans skogslott" har inte rättskraft med avseende på frågan om äganderätten till skogslotten. Se Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 133 f. och s. 139. Däremot har bifallen talan om fastställelse av skadeståndsskyldighet respektive bättre rätt till skogslott, prejudicialverkan till efterföljande talan om att utge viss ersättning för viss skada respektive utgivande av skadestånd i anledning av skogsavverkning; se Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 135 f. och s. 110 ff., samt Olivecrona, Rätt och dom s. 230. Detta skulle innebära att t.ex. ett förbudsyrkande riktat mot ett avtalsvillkor som stipulerar viss prisnivå inte kan bifallas om det föregåtts av en fastställelsedom som slår fast avtalets giltighet, se nedan 8.2.2.

[762] Se Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 140, som framhåller exemplet att besittnings- respektive äganderätt prövas i olika processer, men Ekelöf framkastar inte att besittningsfrågan ska vara prejudicerande för äganderätten, utan att en senare dom över äganderättsfrågan bör beröva den tidigare besittningsdomen dess betydelse. Jfr Larsson, Rättskraftsläran s. 414. Olivecronas paradexempel på att rättsföljder av betydelse för ett annat rättsläge kan ges prejudicerande betydelse av hänsyn till "frågornas civilrättsliga samband" är verkan av en fordrings kapitalbelopp i förhållande till ett ränteyrkande rörande samma fordran, se Rätt och dom s. 313 not 34. Ekelöf (Rättegång III s. 135 f.) menar däremot att frågan om fordringsförpliktelsen genom den första domen inte avgjorts med prejudicerande verkan för frågan om ränteförpliktelsen.

värdet av den rättsföljd som det tvistas om bör kunna komma fram till om rättsföljderna ska anses vara sinsemellan prejudicerande.[763]

En tredje fallgrupp innehåller situationer då olika rättsföljder kan göras gällande alternativt, men inte oberoende av varandra.[764] Är det fråga om endast *kvantitativa* skillnader ska den senare rättsföljden prekluderas.[765] Är det fråga om *kvalitativa* skillnader kan, om jag förstått Ekelöf riktigt, den senare domen drabbas av den tidigare domens prejudicerande verkan om rättsföljderna anses *likvärdiga*.[766] I de fall där rättsföljderna skiljer sig åt kvalitativt och inte är likvärdiga borde en dom över den ena inte ha vare sig preklusions- eller prejudicialverkan i förhållande till den andra.

Utifrån detta är det naturligtvis svårt att generellt säga i vilka fall som en oprövad rättsföljd drabbas av en tidigare doms positiva eller negativa rättskraft.[767] Möjligen kan man säga att part som inlåter sig i rättslig tvist med anknytning till tänkbara rättsföljder av stort värde, bör se till att inkludera de alternativa rättsföljderna om det är motiverat mot bakgrund av de ökade processkostnader det medför. Å andra sidan är det väl i sådana situationer som det enligt Ekelöf är motiverat att begränsa den tidigare domens prejudicerande verkan.[768]

De lege ferenda framhåller *Westberg* att domstol utan yrkande av part skulle kunna pröva alternativa rättsföljder som kan stödas på åberopad grund, i den mån det är påkallat av allmän-, tredjemans- eller partsintressen.[769] I ljuset av att alternativa ej framställda rättsföljder kan prekluderas av domen de lege lata framstår det som närmast nödvändigt att part åtminstone informeras om tänkbara alternativa yrkanden som inte framställts.[770] Detta skulle inte nödvändigtvis innebära

[763] Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 141. Detta exempel är i högsta grad intressant analogt till problematiken på konkurrensrättens område, se nedan 8.2.2.

[764] Gärde ger exemplet rättsföljden utfående av viss egendom i förhållande till rättsföljden ersättning för egendomens värde.

[765] Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 128 jfrd.m. s. 142; jfr också Gärde m.fl. s. 194 och s. 135.

[766] Se Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 143. Av NJA 1994 s. 23 och NJA 1995 s. 610 framgår att det i sådana situationer kan vara aktuellt med *preklusion* och inte prejudicialverkan.

[767] Se också Larsson, Rättskraftsläran s. 415, samt Lindblom, Fakultativa fora s. 359.

[768] Se t.ex. Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 141.

[769] Westberg, Officialprövning s. 837 och 985.

[770] Jfr Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 142, och Larsson, Rättskraftsläran s. 417. Publikt anhängiggörande av mål emot parts vilja, till skillnad från materiell processledning, kan väl däremot endast motiveras utifrån omsorg om tredje man och det allmänna, inte om part själv, se Westberg, Officialprövning s. 985.

en inskränkning av parts dispositionsfrihet, utan endast möjliggöra för part att företa en medveten disposition framför en kanske omedveten underlåtenhet.[771] Behovet av materiell processledning kan antas vara särskilt starkt då ett ej framställt yrkande som riskerar att prekluderas är förankrat i utomnationell rätt med ett ganska osäkert innehåll, t.ex. EG:s konkurrensregler.[772]

5.2.2 Åberopande

Domstolens bundenhet vid parts åberopande är ytterligare ett exempel på parts dispositionsrätt. Samma sak kan uttryckas som att *åberopsbördan* utgör ytterligare en del av parts dispositionsbörda. En omständighet måste åberopas för att domstolen ska få lägga den till grund för domen.[773] Detta innebär att part genom underlåtet åberopande kan åstadkomma att målet tappas och att domen blir materiellt oriktig.[774] Dessutom kan domens rättskraft prekludera sådana omständigheter som part kunnat åberopa till stöd för yrkandet och motfakta som kunnat anföras, trots att de inte varit föremål för domstolens bedömning.[775] Det bör poängteras att part alltså genom att inte åberopa en relevant omständighet inte undanhåller den från domens prekluderande verkan. Tvärtom, ett underlåtet åberopande kan medföra att omständigheten tappar all betydelse för den yrkade rättsföljden.[776]

Omständigheter som inte åberopats prekluderas om de kan sättas i samband med den sak som är rättskraftigt avgjord.[777] Enligt *Ekelöfs* uppfattning prekluderar domen alla omständigheter som kunnat anföras till stöd för yrkandet.[778] Utifrån *Olivecronas* syn på "saken" bör däremot omständigheter som inte åberopats kunna ha betydelse för

[771] Se t.ex. Lindblom i särskilt yttrande i SOU 1982:26 s. 617, samt Westberg, Officialprövning s. 91 och s. 620.
[772] Se nedan 10.4.
[773] Se RB 17:3, samt t.ex. NJA 1980 s. 352.
[774] Se t.ex. Boman, Åberopsbördan s. 7; Lindell, Preklusion s. 28.
[775] Se t.ex. Olivecrona, Grunden s. 333 och Rätt och dom s. 300. Larsson, vilken i likhet med Olivecrona menar att inte alla omständigheter till stöd för en rättsföljd behöver prekluderas, påpekar att också motfakta borde undslippa domens rättskraftsverkan i den mån de är av betydelse för ej åberopade och ej prekluderade omständigheter på kärandens sida, se Rättskraft och teleologisk metod s. 454.
[776] Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 116.
[777] RB 17:11.
[778] Se Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 120.

samma yrkande.[779] En förutsättning för detta är att de omständigheter som inte åberopats i den första processen anses utgöra en väsentlig förändring av det tidigare åberopade saksammanhanget eller ett fristående händelseförlopp i förhållande till det tidigare åberopade.[780]

Denna meningsmotsättning kan ha betydelse i rättsförhållanden med konkurrensrättsliga aspekter. Ekelöf anför som skäl mot Olivecronas uppfattning, och som illustration av svårigheten att avgöra det inbördes förhållandet mellan (olika) saksammanhang,[781] att part efter att ha åberopat svek till stöd för ett yrkande om avtals ogiltighet inte kan återkomma med samma yrkande under åberopande om bristande förutsättningar.[782] Antagligen skiljer sig de åberopade saksammanhangen åt i ett sådant exempel,[783] men frågan är alltså om de skiljer sig i tillräcklig grad för att väsentligen avvika från varandra.[784]

Men säg att käranden i första omgången åberopar svek och i andra omgången att avtalet har konkurrensbegränsande verkan och innebär ett oskäligt utnyttjande av en dominerande ställning på marknaden. Under de senare rättsgrunderna faller saksammanhang som kan skilja sig ganska avsevärt från dem som åberopats i den första processen.[785]

Beroende på vad som åberopas i den andra processen är det tänkbart att saksammanhanget anses väsentligt skilt från det som åberopats under svekbestämmelsen och att därför frågan om avtalets giltighet på den nya grunden bör prövas enligt Olivecronas synsätt. Enligt

[779] Olivecrona, Grunden s. 334 och s. 323 f., anför som exempel att käranden i en första omgång yrkar utfående av en byrå efter att ha åberopat arvsskifte, vilket ogillas. I andra omgången yrkar käranden åter att få byrån men åberopar nu gåva – Olivecrona menar att den andra talan ska prövas, så också Larsson, se Rättskraftsläran s. 408, se också s. 418 och Rättskraft och teleologisk metod s. 450 f.

[780] Olivecrona, Grunden s. 332 och Rätt och dom s. 320.

[781] Processekonomiskt medför Ekelöfs synsätt stora fördelar, jfr Larsson, Rättskraftsläran s. 410 f.

[782] Rättegång III s. 121 f.

[783] Avtalslagen 33 § och förutsättningsläran innehåller ju skilda rekvisit – om saksammanhanget ändå är identiskt och kan kvalificeras under den senare rättsliga grunden har domstolen gjort fel i första omgången, eftersom rättsgrunden inte beaktats ex officio, se t.ex. NJA 1989 s. 614 och jfr Larsson, Rättskraftsläran s. 412 ff. Från en annan synvinkel medför enbart en ny rättslig kvalificering av samma omständigheter inte att saken ändras, se t.ex. Olivecrona, Rätt och dom s. 310 och Lindell, Preklusion s. 273.

[784] Observera alltså att det väsentliga bör vara de omständigheter som åberopas, inte de *rättsliga* grunder som anförs. I doktrinen används dock av arbetsekonomiska skäl mycket regelnära exempel. Se också Jolowicz s. 81 not 8.

[785] Det kan röra sig om svarandens marknadsandelar, avtalets påverkan på den ekonomiska marknaden, kollusivt beteende mellan svaranden och tredje man, kärandens långvariga bundenhet av avtalet och avsaknaden av alternativa handelsparter.

Ekelöfs uppfattning prekluderas däremot alla omständigheter som kunnat åberopas till stöd för rättsföljden, vilket innebär att avtalets giltighet enligt konkurrensreglerna aldrig skulle prövas om inte "konkurrensfakta" åberopades i den första processen.[786] Eftersom ingen enhetlig lösning framgår av praxis är det också i denna fråga svårt att säga vad som gäller.[787] Sannolikt är dock risken för att en domstol kommer att anse ej åberopade omständigheter prekluderade i förhållande till samma rättsföljd större, och ett större praktiskt problem, än risken att en rättsföljd som korresponderar med ett yrkande som inte framställts prekluderas.

5.2.3 Bevisning

I RB 35:6 regleras vem som kan förebringa bevisning i processen. Utgångspunkten är att detta ankommer på parterna. Men också domstolen får "självmant föranstalta om bevisning" om det befinns erforderligt. I dispositiva mål – när förlikning är tillåten – får dock inte domstolen höra ett vittne utan framställan av part. I sådana mål får inte heller rätten meddela föreläggande om skriftlig bevisning.[788]

När det däremot är fråga om indispositiva tvistemål ska domstolen kunna inskaffa all bevisning som är erforderlig. I förarbetena till RB motiveras detta med hänvisning till "hänsynen till det allmänna intresset av utredningens fullständighet".[789] Detsamma gäller för indispositiva moment inom ramen för i övrigt dispositiva mål. PLB uttalar att inskränkningen i domstolens befogenhet att fullständiga bevisningen i

[786] Jfr Larsson, Rättskraft och teleologisk metod s. 450 och Lindblom, Fakultativa fora s. 362 not 53.

[787] Larsson menar att detta i sig motiverar att rättskraften endast drabbar åberopade grunder och framställda yrkanden, vilket verkar rimligt. Jfr också Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 120 not 78.

[788] Frågan om eventuella inskränkningar i rätten att *åberopa* viss *bevisning* diskuteras varken här eller i det följande. Visserligen kan eventuella bevisförbud sägas inskränka parts dispositionsfrihet i processen och de är inte aparta med avseende på det ämne som behandlas i den här boken i det att de inskränker parts processuella förfoganderätt av hänsyn till tredje mans eller det allmännas intresse. Men bevisförbud är inte okontroversiella och därför inte heller lättanalyserade. Jag har funnit att det skulle föra allt för långt att söka anknyta också den dimensionen till den här framställningen. För en utförlig behandling av frågan, se Lundqvist, Bevisförbud. När detta är skrivet vill jag bara påpeka att det efter en intuitiv bedömning framstår som att frågan om bevisförbud mycket väl kan aktualiseras i svensk civilprocess som inkluderar tillämpningen av EG:s konkurrensregler. Eftersom reglerna kan tillämpas parallellt av EG-kommissionen i ett förfarande som medför hantering av sekretessbelagda uppgifter, förefaller det finnas utrymme för problemet att uppkomma.

[789] SOU 1938:44 s. 382.

dispositiva mål (dvs. vad gäller hörande av vittne utan framställan samt föreläggande om skriftlig bevisning), "avser allenast fråga, som är underkastad parternas förfoganderätt". –"Erfordras bevisning rörande fråga varom parterna ej äga dispositionsfrihet, t.ex. för avgörande av huruvida rättegångshinder föreligger, som rätten skall självmant beakta, äger rätten ock självmant föranstalta om bevisning, även om parterna äga ingå förlikning om själva saken."[790]

Verkan av att part inte uppger visst bevis som kunnat åberopas är, liksom med avseende på åberopande av rättsfakta, att bevisets betydelse för bedömningen av det omtvistade rättsförhållandet prekluderas av domen. Enbart nya bevis kan inte föranleda ny prövning annat än efter resning.[791]

Den svenska civilprocessen bygger på fri bevisprövning.[792] Parterna kan därför inte omedelbart disponera över domstolens prövning eller värdering av bevisningen. Dock kan parterna erkänna omständigheter, vilket gör domstolens uppfattning om bevisningens värde irrelevant.[793] Domstolen ska emellertid lämna uppenbart oriktiga erkännanden utan avseende.[794] Domstolens fria prövning av om åberopade rättsfakta är bevisade kompletteras således av att erkännandeinstitutet ger viss dispositionsfrihet åt parterna. Denna frihet framstår dock alltså inte helt obeskuren.

5.2.4 Disposition över rättsanvändningen

Det som hittills diskuterats är parternas dispositioner över sitt inbördes förhållande genom medveten eller omedveten underlåtenhet;[795] dvs. genom underlåtande att väcka talan, framställa yrkanden och åberopa omständigheter kan parternas rättsläge i det avseende som prövas, och i andra avseenden, "förändras" i jämförelse med det förprocessuella rättsläget. Denna dispositionsbörda åvilar parterna vad gäller val av yrkande och valet av omständigheter. Med avseende på förebringande av bevisning har domstolen jämförelsevis större möjligheter att vara aktiv oberoende av partsdispositioner.

När det gäller frågan om de åberopade omständigheternas rättsliga

[790] Se SOU 1938:44 s. 383.
[791] Se nedan 9.3.2.
[792] RB 35:1.
[793] Se RB 35:3.
[794] Se SOU 1938:44 s. 380.
[795] Se Taksœ-Jensen s. 516.

betydelse för yrkandet saknar däremot parterna i princip dispositionsmöjligheter inom ramen för processen. Enligt principerna *jura novit curia* och *da mihi factum, dabo tibi jus* ska domstolen ex officio använda tillämpliga regler på de fakta parterna åberopar.[796] Part måste alltså inte åberopa rättsregler för att domstolen ska beakta dem.[797] Men inte nog med det: inte ens om båda parter uttryckligen framhåller att domstolens prövning av saken bör begränsas till vissa rättsregler är domstolen bunden.[798] Enligt svensk rätt kan part[799] eller domstolen[800] ex officio anföra nya rättsliga synpunkter hur sent som helst i rättegången.[801]

Domstolens obundenhet av partsdispositioner i den rättsliga bedömningen kan motiveras av hänsyn till part, arbetsfördelningen mellan parterna och domstolen[802] och rättstillämpningens stabilitet.[803] Men det gör också att parternas dispositionsmöjligheter i processen blir begränsade jämfört med deras förfogandemöjligheter på det materiella planet.[804] Parterna kan ju disponera över det rättsliga innehållet i sitt förhållande i visst avseende genom att ingå avtal.[805] Part gör då i domstolens ställe den rättsliga bedömningen av vad föreliggande omständigheter berättigar honom till, vilket är bindande för framtiden och i domstol.[806]

Men part kan också i process disponera över den rättsliga kvalificeringen av rättsläget. Käranden kan efterge käromålet och svaranden kan medge.[807] Detta innebär att domen grundas på eftergivandet respektive

[796] Se t.ex. Ekelöf/Boman, Rättegång I s. 54; Lindell, Partsautonomins gränser s. 33; Granfelt, Jura novit curia s. 183.

[797] Se dock Kleineman, Förutsättningsläran och Jura novit curia s. 891. Jfr vidare NJA 1957 s. 689 och Lindell, Preklusion s. 279 f.

[798] Granfelt, Jura novit curia s. 183; Lindell, Partsautonomins gränser s. 35 f.; Lind s. 596.

[799] Se t.ex. NJA 1987 s. 243, HD på s. 250.

[800] NJA 1989 s. 614, JustR Lind s. 621 f.; NJA 1993 s. 13.

[801] Detta verkar vara ett avvikande drag i svensk process i jämförelse med andra europeiska processordningar, se Jacobs (AG) i Van Schijndel-fallet (1995) (39). Jfr dock Lindell, Preklusion, t.ex. s. 300. Se å andra sidan Hellners, Anmälan av Lindell s. 858.

[802] Lindell, Partsautonomins gränser s. 33.

[803] Lindell a.s., samt Preklusion s. 271 f.

[804] Jfr Lindell, Partsautonomins gränser s. 95 ff.

[805] Se t.ex. Larsson, Rättskraft och teleologisk metod s. 452 f. Jfr dock nedan 5.3.2 ang. indispositiva moment.

[806] Se Ekelöf, Anm. av Olivecrona s. 369 ang. verkan av stadfäst förlikning; jfr Olivecrona, Ogiltigförklarande av förlikning s. 498. Se också NJA 1975 s. 507.

[807] RB 42:18 p. 3.

medgivandet utan att den materiella frågan prövas,[808] vilket alltså ger parterna en möjlighet att reglera sitt rättsförhållande oberoende av domstolens syn på rättsfrågan. Möjligheten till medgivande anses motiverad just av att parterna kan uppnå motsvarande rättsläge utom process eller genom stadfäst förlikning.[809]

Parts möjlighet att erkänna omständigheter kan visserligen inte karaktäriseras som dispositionsrätt över rättsanvändningen;[810] men part kan också erkänna att omständigheter har viss rättslig betydelse och vitsorda prejudiciella rättsförhållanden.[811] Part kan vidare disponera över rättsläget genom att utebli eller underlåta att ingå i svaromål och alltså medverka till tredskodom.[812] Dessutom kan parterna få ett förlikningsavtal stadfäst av domstol.[813]

Man bör observera att de ovannämnda dispositionsmöjligheterna förutsätter att parterna var för sig eller tillsammans företar ett *positivt* handlande.[814] Det är i princip alltså inte möjligt att disponera över rättsanvändningen genom omedveten underlåtenhet.[815] Vidare har de ovannämnda dispositionerna "endast" verkan i processen.[816] Det kan naturligtvis vara ingripande nog att en dom som meddelats i anledning av ett medgivande eller delvis på grundval av ett erkännande/vitsordande, träder istället för det preprocessuella rättsläget. Men domens

[808] Ekelöf/Boman, Rättegång IV s. 44.

[809] Se nedan vid not 864 och not 851. Se också NJA 1986 s. 205, JustR Lind, samt Boman, Åberopsbördan s. 59. Se dock nedan 8.2.3. Jfr också nedan 10.5.

[810] Jfr ovan 5.2.3.

[811] Ekelöf/Boman, Rättegång IV s. 48 ff.; Olivecrona, Rätt och dom s. 200 f.; Lindell, Partsautonomins gränser s. 49; Fitger s. 35:56. Se dock PLB s. 380, där det framhålls att rätten kan lämna uppenbart oriktiga erkännanden utan avseende. Liksom vid medgivande kan parternas möjlighet att förlikas med bindande verkan användas som argument, se Ekelöf/Boman, Rättegång IV s. 49.

[812] Se RB 44:2, 44:4 samt 44:7a och 44b. Jfr NJA 1986 s. 205. Se också Olivecrona, Rätt och dom s. 181 f.

[813] Se RB 17:6. Jfr vidare Fitger, 4:e avd. 1:5 f. ang. frågan om målets rubricering som dispositivt eller indispositivt nödvändigtvis medför att det får respektive inte får förlikas (jfr RB:s lokution "- där saken är sådan att förlikning är tillåten"). –Visst måste beaktande av indispositiva moment inom ramen för ett tvistemål som handläggs som dispositivt åtminstone i vissa fall kunna motivera att ett medgivande inte accepteras *och* att en förlikning inte stadfästs enligt RB 17:6, även om förlikning principiellt sett är möjlig, jfr HD i NJA 1986 s. 205.

[814] Se t.ex. SOU 1938:44 s. 380, ang. skälen mot att låta underlåtenhet ha betydelse som erkännande. Det är kanske tveksamt om underlåtenhet att infinna sig är att karaktärisera som positivt handlande, men det kan antagligen åtminstone antas att ett ignorerande av ett föreläggande är ett *medvetet* handlande.

[815] Jfr ovan 5.2.2 ang. åberopanden.

[816] Ekelöf/Boman, Rättegång IV s. 47.

eventuellt prejudicerande verkan i förhållande till t.ex. ett annat rättsförhållande, vars innehåll bestämts genom vitsordande i processen, avgörs av det "civilrättsliga sambandet mellan rättsföljderna".[817] Alltså, ett vitsordande av ett visst rättsläge behöver inte nödvändigtvis vara bindande utom process på det sätt som t.ex. ett civilrättsligt avtal skulle ha varit. Vidare kan ett medgivande och erkännande i varierande omfattning ensidigt återkallas inom ramen för rättegången i motsats till civilrättsliga rättshandlingar.[818]

Vad blir det då kvar av principen jura novit curia när man rensat bort alla möjliga partsdispositioner över rättsanvändningen? Ja, part kan aldrig begränsa domstolens prövning av de tvistiga frågorna till vissa av parterna framförda rättsgrunder.[819] Parterna kan s.a.s. endast disponera över vad som är tvistigt mellan dem och därigenom framtvinga ett rättsläge som avviker från det förprocessuella. Men parter kan inte enbart motsätta sig användningen av vissa rättssatser vid lösningen av tvistiga frågor. De måste i sådant fall s.a.s. lösa frågorna själva och avskära domstolen från att pröva dem. När väl domstolen har att ta ställning till saken, i den del den är tvistig, måste den kunna "ösa fritt ur rättskällorna".[820]

Det finns ett par problem som är anknutna till domstolens partsoberoende vad gäller bedömningen av åberopade omständigheters betydelse för yrkandet. Det första är egentligen hänförligt till skillnaden mellan abstrakta och konkreta rättsfakta och anknyter i lika mån till frågan om parts åberopsbörda: svårigheten att skilja mellan omständigheter och argument rörande omständigheternas rättsliga betydelse.[821] Detta har också vållat en del problem i praxis.[822]

Det andra problemet rör brister i själva idén att domaren ska känna till rätten. Det är olämpligt att domstolen tillämpar rättssatser som parterna inte bemött i processen och att utgången med hänsyn till det framstår som överraskande. Därför är det önskvärt att domstolen talar

[817] Se ovan 5.2.1.

[818] Ekelöf/Boman, Rättegång IV s. 47 och s. 52.

[819] Se t.ex. Lindell, Partsautonomins gränser s. 51 not 19. Se också Jolowicz s. 84 f. ang. denna fråga i fransk och engelsk rätt.

[820] Se Lind s. 596.

[821] Se t.ex. Lindell, Partsautonomins gränser s. 27 f. not 35, samt s. 37. Jfr Jolowicz s. 85 och s. 91. Jfr också Håstad, Festskrift till Bengtsson s. 227 ff., beträffande frågan om kravet på precision i åberopandet jämfört med rättslig kvalificering.

[822] Se t.ex. NJA 1957 s. 689, vari HD fann att HovR:n beaktat en grund som inte åberopats i tid, när det är möjligt att se "grunden" som ett argument i rättsfrågan. Jfr också NJA 1939 s. 662 med NJA 1987 s. 243.

om för parterna vilka alternativa rättssatser som kan tänkas vara tillämpliga.[823] Men det är naturligtvis fullt möjligt att en alternativ tidigare onämnd rättsgrund kommer för domstolen först under överläggning.[824] I sådant fall kan man kanske tänka sig att sätta ut målet till ny eller fortsatt huvudförhandling, eller komplettera utredningen på annat sätt;[825] alternativt accepterar domstolen olägenheten av att dess dom kan komma som en överraskning för parterna och tillämpar rättsregeln utan att parterna ges tillfälle att uttala sig om den.[826]

Men vad blir konsekvenserna om domstolen försummar att beakta en relevant rättssats i processen överhuvudtaget? Något sådant skulle förstås strida mot idén att domaren känner rätten, men är en insedd möjlighet.[827] Möjligen skulle förbiseende av en lagregel kunna anses som resningsgrund.[828] Konsekvenserna av att domstol underlåter att tillämpa konkurrensreglerna kommer att diskuteras nedan i kapitel 9 och 10.

5.3 Dispositionsrättens omfattning

5.3.1 Dispositionsfrihetens motivering

Hur motiveras då dispositionsprincipen *rättspolitiskt*? Som ovan sagts underordnades traditionellt parts dispositionsrätt på det processuella planet den materiellrättsliga förfoganderätten. *Kallenberg* utgår ifrån sin egen definition av processföremålet,[829] närmast aprioriskt given, och anknyter till denna en princip med innebörden att enskilda subjekt

[823] Se Lindell, Partsautonomins gränser s. 36 f., samt Preklusion s. 271 och s. 284. Se också NJA 1993 s. 13 och Lind s. 596. Detta är givetvis särskilt viktigt då domstolen samtidigt tolkar parts åberopande extensivt och utvidgar tillämpningsområdet för en regel, se Håstad, Festskrift till Bengtsson s. 228.

[824] Jfr Jolowicz s. 86, särskilt ang. att franska domstolar inte överväger rättsfrågor förrän efter parternas pläderingar.

[825] RB 44:14. Det senare är dock kanske tveksamt när kompletteringen avser enbart parternas synpunkter på en tidigare inte berörd rättslig regel.

[826] Se Lind, NJA 1989 s. 614, på s. 622.

[827] Se t.ex. T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 160.

[828] Det är tveksamt om förbiseende av allmänna, oskrivna rättsgrundsatser (jfr NJA 1989 s. 614 och NJA 1993 s. 13) skulle berättiga till resning, åtminstone om de inte är så klart tillämpliga på den avdömda saken att de uppenbart skulle ha tillämpats. Jfr dock Welamson, Rättegång VI s. 233.

[829] Kallenberg II s. 14.

ska ha förfoganderätt över sina materiella rättigheter. Från denna princip härleder han den processuella dispositionsprincipen.[830] Principen såväl harmonierar med som i viss mån följer av processföremålets innehåll samt av processens ändamål. Vid den faktiska tillämpningen av processuella normer kommer dispositionsprincipen till uttryck på olika sätt, t.ex. genom att käranden kan få ett käromål att förfalla genom att utebli från första rättegångstillfället.[831]

När modern processrättsdoktrin motiverar den dispositiva utformningen av civilprocessen i allmänhet framstår kopplingen mellan materiell och processuell förfoganderätt som en konsekvens av den marknadsekonomiska ideologin bakom förmögenhetsrätten.[832] Det talas t.ex. om "den individualistiska självansvarighetstanken"[833] och att det mot bakgrund av det rådande ekonomiska systemet och förmögenhetsrättens utformning är rimligt att den enskildes dispositionsrätt i process motsvarar den materiella.[834]

Ekelöf menar, liksom Kallenberg, att den processuella dispositionsrätten bör stå i samklang med parternas förfoganderätt på det civilrättsliga planet.[835] Han hävdar att detta motiveras av att processinstitutionen endast utgör ett av de medel som medborgarna kan använda sig av för att, i ett privatkapitalistiskt samhälle, tillvarata sina ekonomiska intressen.[836] Detta är den samhällsekonomiska motivering som enligt Ekelöf ger den enskilde makten att välja om tvistemålet är värt de kostnader och det besvär som en process kan medföra och om han t.ex. vill äventyra en affärsförbindelse.[837] Dispositionsprincipen kan sägas främja en övergripande systemkonformitet genom att anknyta den processuella förfoganderätten till parts avtalsfrihet och det samhällsekonomiska systemet. På det rent processuella planet antas principen

[830] A.s. och a.a. s. 41 f not 5 if. Jfr Taksœ-Jensen s. 511.

[831] Kallenberg II s. 24 not 22.

[832] Se t.ex. SOU 1982:26 s. 111.

[833] Taksöe-Jensen s. 509; Westberg, Officialprövning s. 32 f; Ekelöf, Rättegång I s. 38; Boman, Processrätt s. 145.

[834] Ekelöf/Boman, Rättegång I s. 53; Boman, Åberopsbördan s. 18; Westberg, Officialprövning s. 52 och s. 89.

[835] Ekelöf/Boman, Rättegång I s. 53.

[836] Ekelöf, Rättegång I s. 38. Se också SOU 1982:26 s. 111, något mer modererat, samt Westberg, Officialprövning s. 90.

[837] Ekelöf/Boman, Rättegång I s. 53. Också andra överväganden än rent ekonomiska kan motivera att part har bestämmanderätten över processen och processens föremål, se Boman, Åberopsbördan s. 21 f.

medföra att processen blir koncentrerad och att parternas processföring inte förslappas.[838]

5.3.2 Indispositivitet

Den yttersta gränsen för parternas dispositionsfrihet i processen dras vid det som kallas *indispositiva mål*. Sådana mål urskiljs i RB med hjälp av lokutionen "mål där förlikning är tillåten". Lokutionen har betydelse för kravet på åberopande enligt RB 17:3 p. 2 samt för domstolens möjlighet att självmant föranstalta om bevisning enligt RB 35:6. I indispositiva mål belastas följaktligen inte parterna av någon åberopsbörda; domstolen kan oberoende av åberopande lägga rättsfakta till grund för avgörandet. Vidare kan domstol, oberoende av begränsningen i 35:6, höra vittnen utan framställning av part samt meddela föreläggande om företeende av skriftligt bevis. Vad gäller domstolens bundenhet vid parts yrkande i sak finns dock enligt RB 17:3 p. 1 ingen skillnad mellan dispositiva och indispositiva mål.[839]

Men också i rent dispositiva mål finns begränsningar av parternas dispositionsfrihet. Den dispositiva civilprocessen kan inrymma *indispositiva moment*.[840] Nedan kommer att framgå att indispositiva mål och indispositiva moment inte är några fixerade företeelser med s.a.s. bestämd karaktär – dels är gränsen mellan indispositiva mål och indispositiva moment högst flytande, dels kan indispositiva moment på grund av skillnader i materiell och processuell reglering täcka företeelser av högst olikartad form och disparat innehåll. Detta diskuteras nedan i 7.1.1.

Att ett indispositivt moment aktualiseras inom ramen för en i övrigt dispositiv tvist betyder i princip att parternas dispositionsfrihet inte täcker den delen av deras materiella rättsförhållande. Alltså kan parterna inte i civilprocess förfoga över sitt rättsläge som det är bestämt av vissa (civil-)rättsliga regler. När indispositiva moment aktualiseras inom ramen för en tvist är följaktligen de möjligheter till partsdispositioner som beskrivits i avsnitt 5.2 ovan begränsade. Begränsningar av parternas dispositionsmöjligheter kan motiveras av hänsyn till part själv eller till skydd för andra än parterna. Det är tänkbart att parterna

[838] Se t.ex. Lindell, Preklusion s. 28. Jfr dock Olivecrona, Rätt och dom s. 317 och s. 312. Se å andra sidan igen Welamson, Svensk rättspraxis II s. 104.
[839] Jfr Westberg, Officialprövning s. 158 f.
[840] Jfr Lindblom, Processhinder s. 114 f.

i ett förfarande reglerat av regler som ger dem förfoganderätt över processens föremål kan skada olika skyddsvärda intressen.

Indispositiva moment kan således rymmas inom ramen för såväl indispositiva som dispositiva mål. I denna framställning är intresset fokuserat på dispositionsfrihetens begränsningar i dispositiva mål. Skälet till detta är att konkurrensstridighet på det civilrättsliga planet aktualiseras inom förmögenhetsrätten och tillhör det slag av indispositivitet som är svårupptäckt för utomstående och domstolar. I den mån överträdelser av EG:s konkurrensregler är att se som indispositiva, vore det ogörligt att hantera tvister med konkurrensrättsliga aspekter som indispositiva *mål*. Eftersom nästan alla kommersiella avtal har något slags konkurrensbegränsande implikation skulle själva kärnan av förmögenhetsrätten hamna framför domstolarna i form av indispositiva tvistemål. Rimligare och mer lämpligt är att, i de fall konkurrensstridighet konstituerar indispositivitet, se indispositiviteten som ett moment inom ramen för ett i övrigt dispositivt förfarande. Därför har denna framställning hittills utgått, och kommer i det följande att utgå, ifrån parternas dispositionsfrihet i rent dispositiva mål för att beskriva de begränsningar denna dispositionsfrihet kan bli underkastad då indispositiva moment aktualiseras.

Parts disposition över saken (och rättsläget) som inte företas för att skada tredje man kallas av *Boman* för en lojal disposition.[841] En illojal disposition skulle då föreligga när processen och dess förfogandemöjligheter används till att kolludera mot tredje man.[842] Vidare är det tänkbart att parterna försöker använda processen till att förfoga över moment som är tvingande på det civilrättsliga planet.[843] Sådana indispositiva moment kan tänkas vara uppställda i det allmännas intresse[844] eller i tredjemans intresse[845].

Ser man generellt till skälen för att inskränka parts dispositionsfrihet kan de inrymmas under vad *Westberg* kallar officialintressen, vilka då motsatsvis motiverar att domstol prövar olika moment oberoende av

[841] Boman, Åberopsbördan s. 60. Det kan väl i och för sig tänkas att tredje man kan drabbas av en disposition företagen utan sådana avsikter.

[842] Boman, Åberopsbördan s. 55.

[843] Boman, Åberopsbördan s. 55 och s. 67 f.

[844] Jfr NJA 1986 s. 205; Boman, Åberopsbördan s. 67 f.; Ekelöf/Boman, Rättegång I s. 57 f.

[845] Jfr Ekelöf/Boman, Rättegång I s. 57 och exemplen med överlåtelseförsök av fast egendom i strid med formföreskrifter i det allmännas intresse och med medgivande av överlåtelse i avsaknad av makes samtycke, dvs. en disposition i strid med en regel uppställd i tredje mans intresse.

partsdispositioner.[846] Officialintressen kan, enligt Westbergs kategorisering, indelas dels i parts- respektive tredjemansintressen, dels i enskilt, kollektivt respektive allmänt intresse.[847] Dessa olika intressen kan sammanfalla.[848] Ett tillvaratagande av tredjemans rätt kan sammanfalla med vissa allmänna intressen och ett tillvaratagande av allmänt intresse kan ligga i parts intresse.[849]

Det bör påpekas att dessa intressen då de aktualiseras inom ramen för dispositiva tvistemål inte enbart tillgodoses genom att vissa omständigheter eller moment görs indispositiva, till "officialfakta",[850] och alltså de korresponderande civilrättsliga reglerna uppfattas som tvingande i process. Tredjemansintresset anses t.ex. skyddat genom rättskraftens subjektiva begränsning till parterna,[851] utom i de fall då parterna utom process kunnat förfoga över tredjemans rättsläge.[852] I det senare fallet finns dock inget skäl till tredjemansskydd.[853] Såväl tredjemans-[854] som allmänintresset[855] motiverar tillämpning av talerättsregler i fall då rättskraftens subjektiva verkan kan tänkas sträcka sig längre än till parterna. I den mån partsintresset bör skyddas inom ramen för ett förfarande präglat av dispositionsprincipen, aktualiseras detta antagligen då part har försummat att vidta möjliga dispositioner eller inte är medveten om konsekvenserna av företagna dispositio-

[846] Se Westberg, Officialprövning s. 44 ff.

[847] Jfr SOU 1982:26 s. 112 som kategoriserar tredjemansintressen i två grupper, en där specifika enskilda kan beröras av en process mer direkt och en där obestämda kretsar av utomstående kan beröras. Vidare hänförs parts- och allmänintresset till separata kategorier.

[848] Westberg, Officialprövning s. 46.

[849] T.ex. för det fall part försummar att åberopa en omständighet som utan officialprövning hade kunnat prekluderas eller som part aldrig annars skulle ha kommit att tänka på.

[850] Lindblom, Processhinder s. 204 samt 246, använder termen officialfakta för rättsfakta som part inte får disponera över i processen. Jfr också Boman, Åberopsbördan s. 67.

[851] Ekelöf menar, se Ekelöf/Boman, Rättegång IV s. 45 not 21, att medgivande i syfte att kolludera mot tredje man bör godtas av domstol eftersom tredje man inte drabbas av en åtföljande doms rättskraft och eftersom tredje man skyddas av regler om återvinning i konkurs. Se också Welamson, Domvillobesvär s. 115, samt Westberg, Kulissdom s. 369. Ang. andra tredjemansskyddande processuella institut, särskilt domvillobesvär, se Welamson, Domvillobesvär s. 12; vidare Klintberg, Processgemenskap s. 118 ang. den tredjemansskyddande funktionen hos institutet nödvändig processgemenskap.

[852] Ekelöf, Interventionsgrunden s. 82 f.

[853] Ekelöf, Interventionsgrunden s. 82 och s. 143 f. Tredje mans materiella rättsläge förändras då inte av en partsdisposition; såväl tredje mans som parts dispositionsrätt är densamma i som utom process trots att rättskraften inte begränsas till de processande parterna.

[854] Welamson, Domvillobesvär, t.ex. s. 120, 123; Lindblom, Processhinder, t.ex. s. 203, 204 och 220 ff.; Klintberg, Processgemenskap, t.ex. s. 112 och 206 f.

[855] Welamson, Domvillobesvär s. 113 f.; Lindblom, Processhinder s. 223 m.hvsn.t. Nyman SvJT 1969 s. 368.

ner.[856] Partsintresset kan antagligen inom ramen för dispositiva tvistemål tillgodoses tillräckligt genom materiell processledning;[857] partsintresset ensamt anses inte motivera att parts uttryckliga dispositioner avvisas av domstolen eller att olika civilrättsligt disponibla moment betraktas som indispositiva i processen.[858]

Man kan alltså säga att officialprövning tillgodoser ett allmänintresse av att en viss materiellrättslig reglering upprätthålls oberoende av partsdispositioner; värdet av den civilrättsliga regleringens verkan är högre än parternas möjlighet att förfoga. Allmänintresset av en viss materiell reglering motiverar att dispositionsbördan lyfts från part och åläggs domstol, och staten. Det är alltså i viss omfattning motiverat att bryta upp den principiella uppgifts- och ansvarsfördelningen mellan domstol och parter inom ramen för civilprocessen.

I kapitel 7 nedan kommer olika former för domstols officialprövning att diskuteras mot bakgrund av vad som är ändamålsenligt för att främja genomslaget av EG:s konkurrensregler i de fall de bör behandlas som indispositiva moment i för övrigt dispositiva mål.[859] Här ska bara påpekas att domstols officialprövning kan vara mer eller mindre långtgående. Det är t.ex. tänkbart att domstolen griper in i tvisten för att genom prövning och dom, oberoende av parternas dispositioner, "förverkliga" det rättsförhållande som antas vara dolt bakom processföremålet. Ett exempel på detta kan vara att domstol oberoende av parts yrkande, ja kanske mot parts vilja, anhängiggör och bifaller alternativa yrkanden.[860]

Det är också tänkbart att domstol ex officio beaktar omständigheter som inte åberopats och självständigt införskaffar utredning. Vidare kan, när det anses framgå att processföremålet står i strid med "indisponibla" civilrättsliga regler, officialprövning ta sig uttryck i hinder för "reell sakprövning". Istället för att genom att t.ex. ex officio pröva yrkanden söka "förverkliga" det bakomliggande rättsförhållandet, förvägras viss typ av talan som kan medföra risk för dom i strid med det indispositiva momentet. Sådan officialtillämpning kan ske genom

[856] Se Westberg, Officialprövning s. 90 f.

[857] Westberg, Officialprövning s. 985.

[858] Se Westberg, Officialprövning s. 91; SOU 1982:26 s. 113. Se också Lindblom i särskilt yttrande i SOU 1982:26 s. 617: "Domaren kan inte tvinga parterna att processa om annat än de själva önskar."

[859] I kapitel 10 kommer konkurrensreglernas tillämpning i rent dispositiva mål att behandlas.

[860] Westberg använder uttrycket "publikt anhängiggörande av mål" för detta.

att talan avvisas och det indispositiva momentet ses då som ett processhinder. Men detta slag av officialprövning kan också föranleda ogillande. I sådant fall ses det indispositiva momentet som ett "officialfaktum" som utgör en del av "saken", ett materiellt bifallshinder.

I avsnitt 6.3 och 6.5 nedan dras slutsatsen att EG:s konkurrensregler under vissa förutsättningar bör ses som indispositiva moment i den svenska civilprocessen och föranleda officialprövning. Utformningen av officialprövningen diskuteras dock vidare löpande i kapitlen 7, 8, 9 och 11.

5.3.3 Tvingande lagstiftning och dispositionsfrihet i processen

Ovan sades att dispositionsprincipen motiveras av den ideologi som ligger till grund för förmögenhetsrättens utformning och av att det bör råda överensstämmelse mellan parts materiella och processuella förfoganderätt. Man kan dock ifrågasätta om det alla gånger är praktiskt att ta parts materiella förfoganderätt till utgångspunkt för den processuella dispositionsfriheten. Dessutom verkar delar av doktrinen mena t.ex. att domstol inte ska acceptera ett medgivande i processen om det inte finns ett rimligt samband mellan åberopade omständigheter och det begärda domslutet.[861] *Boman* påpekar dock att det är möjligt att genom ett civilrättsligt avtal eller ett förlikningsavtal, disponera över rättsförhållandet på sådant sätt att samma verkan uppkommer som om ett uppenbart "felaktigt" medgivande accepterats av domstolen.[862] Det verkar alltså meningslöst att inte godta partsdispositioner i en process om de är tillåtna civilrättsligt.[863] Likafullt verkar åtminstone delar av doktrinen hålla fast vid den uppfattningen.[864]

Finns det då någon bristande överensstämmelse mellan parts materiella och processuella dispositionsrätt åt s.a.s. andra hållet, dvs. tillåts

[861] Olivecrona, Rätt och dom s. 194, menar att grunden ska vara plausibel i dubbel bemärkelse: dels bör omständigheterna vara rimliga som underlag för yrkandet, dels ska omständigheterna inte vara uppenbart oriktiga. Larsson, Partshandlingar s. 19, skiljer mellan *abstrakt* medgivande (dvs. riktat mot yrkandet oberoende av grunden) och medgivande av yrkande på viss grund, varav det senare slaget av medgivande inte ska accepteras om ej plausibelt. Se också Larsson, Om åberopande s. 13.

[862] Boman, Åberopsbördan s. 54 f.

[863] Boman, Åberopsbördan s. 55.

[864] Olivecrona, Rätt och dom s. 194, verkar dock mena att medgivandemöjligheten har till ändamål att avlasta parterna besvär förenade med en fullt utvecklad process, men att detta inte kan motivera att rätten medverkar till att parterna uppför "en rättslig komedi". Inskränkandet av förfoganderätten har alltså andra skäl än att *hindra* parterna att företa vissa dispositioner.

processuella dispositioner vars materiellrättsliga motsvarigheter inte är tillåtna? Det finns antagligen exempel på undantag från den antagna systematiska harmonin mellan parts materiella och processuella förfoganderätt, vilket problematiserar frågan om domstolarna i konkreta fall ska godta partsdispositioner i strid med tvingande regler.[865] Men den grundläggande komplikationen verkar ligga i att termen indispositiv har olika betydelser processuellt och materiellt.[866]

Vissa civilrättsliga regler medför att varken avtal eller avtalets fullgörande hindrar part att stöda sig på regeln. *Conradi* verkar mena[867] att vissa regler av detta slag kan åsidosättas (endast) genom processuella dispositioner, som t.ex. medgivande.[868] Men åtminstone av HD:s praxis förefaller det som att parts dispositionsfrihet avgörs med utgångspunkt i parts förfogandemöjligheter på det materiellrättsliga planet.[869]

På det processuella planet karaktäriserar termen indispositiv i alla sammanhang att part inte får förfoga över sitt rättsläge som det är bestämt av materiellrättsliga regler. Detta medför problem av begreppsligt slag eftersom de civilrättsligt tvingande reglerna brukar indelas i åtminstone två kategorier.[870] Vanligen menas med tvingande regler regler som inte får åsidosättas genom avtal med verkan för framtiden, men som inte hindrar frivilliga uppgörelser (i efterhand) eller att domstol i process beaktar medgivande som står i strid med rättsregeln.[871]

[865] Se t.ex. Ekelöf/Boman, Rättegång II s. 57 och s. 77; Lindblom, Processhinder s. 219 f., jfr också s. 204 och s. 209; Welamson, Domvillobesvär s. 218, särskilt fideikommissexemplet i not 58.

[866] Se också Ekelöf/Boman, Rättegång I s. 47 not 89. Ang. tvingande civilrättsliga regler, se Malmberg, Anställningsavtalet s. 82 ff.

[867] Med hänvisning till Kallenberg I s. 1221 ff., särsk. 1223.

[868] Jfr ovan. Conradi s. 357; Grönfors, Tvingande rättsregler s. 214, hänför jämkning av vite och konkurrensklausuler till denna grupp.

[869] Se NJA 1986 s. 205, NJA 1986 s. 747, NJA 1987 s. 167.

[870] Conradi s. 357 f.

[871] Conradi s. 358. Han anför som exempel lag om avbetalningsköp 17 § och lag om rätt till arbetstagares uppfinningar. Se också Grönfors, Tvingande rättsregler s. 214 f. Bramsjö s. 28 not 1 ang. ogiltighetsgrunderna i avtalslagens 3:e kapitel. Se också SOU 1982:26 s. 112, vari vidare anförs exemplet regler om hyra i 12 kap. jordabalken. Se vidare prop. 1973:129 "förslag till lag om anställningsskydd m.m." s. 129 och NJA II "konsumentkreditlagen" s. 165; vidare a.s. där lagrådet framhåller m.hvsn.t. betänkande 31/1 1914 (lag om avbetalningsköp) att erfarenheten visar att köparen efter att ha gjort sig skyldig till kontraktsbrott är bättre i stånd att tillvarata sitt intresse, än innan försummelse lagts honom till last. Se också Westberg, Officialprövning s. 89. En konsekvens av detta borde vara att parts möjligheter att disponera civilrättsligt och processuellt är vidare än parts möjlighet att ingå avtal; jfr dock Larsson, Dispositionsprinciper s. 591 not 60. Lind, NJA 1986 s. 205.

Sådana regler karaktäriseras alltså som tvingande på det civilrättsliga planet, trots att de under vissa förutsättningar kan frångås, men dispositiva i civilprocessen.[872] En andra grupp regler har så stark tvingande verkan att rättsordningen "icke kan taga någon som helst befattning med förfoganden i strid med regeln".[873] Dessa regler är alltså civilrättsligt *och* processuellt tvingande.[874]

Den begreppsliga sidan av problemet kan man leva med trots att den vållar viss förvirring. Det är en sak att man i den civilrättsliga doktrinen *kategoriserar* olika tvingande regler utifrån om man processuellt kan disponera över dem, medan den processrättsliga doktrinen *beskriver* gränserna för parts dispositionsfrihet med hänvisning till om part civilrättsligt kan förfoga över vissa regler.

Värre är att frågan om part processuellt kan förfoga över tvingande civilrättsliga regler ska avgöras med utgångspunkt i om det är tillåtet på det materiella planet, dvs. enligt de aktuella civilrättsliga reglerna.[875] Det framgår nämligen sällan direkt av de civilrättsliga reglerna om de är avsedda att ha tvingande verkan och, i så fall, vilken grad av tvingande verkan.[876] Istället kan reglernas avsedda verkan framgå av förarbeten på skilda områden och ytterst är det domstolen som i det enskilda fallet måste bestämma om den aktuella regeln har mycket

[872] Se t.ex. Boman, Åberopsbördan s. 56 och Processrätt s. 145; Westberg, Officialprövning s. 89 och 618; Fitger s. 17:11; Ekelöf/Boman, Rättegång I s. 57; Lindblom, i särskilt yttrande, SOU 1982:26 s. 617. Se också Grönfors, Tvingande rättsregler s. 223. Jfr dock Lindell, Partsautonomins gränser s. 51.

[873] Conradi s. 357. Han anför som exempel talan om fullgörande av bordellköp. Se också Grönfors, Tvingande rättsregler s. 214, som uttrycker det som att den oskrivna rättsprincipen om förbud mot avtal i strid med lag eller goda seder är tvingande på sådant sätt att möjligheten till förhandsdisposition från parternas sida är utesluten. Se också Bramsjö s. 28.

[874] Se Grönfors, Tvingande rättsregler s. 215. Grönfors framhåller vidare att det finns en marginell tredje grupp av tvingande regler, som under vissa förutsättningar tillåter partsdispositioner redan innan omständighet vartill regeln anknyter har inträffat. Om det fortfarande finns regler av det slag Grönfors refererar till utgör de en tredje grupp och en fjärde grupp skulle utgöras av regler som är fullständigt tvingande utom process, men disponibla i process, jfr ovan not 868 och not 865.

[875] Se t.ex. NJA 1993 s. 319.

[876] Se Lindell, Partsautonomins gränser s. 51. Också oskrivna civilrättsliga regler kan vara tvingande, se t.ex. Grönfors, Tvingande rättsregler s. 211, m.hvsn.t. till NJA 1948 s. 138 (jämkning av oskäligt arrendevillkor). Redan det att skilja mellan en civilrättsligt dispositiv och en civilrättsligt tvingande regel är besvärligt, se Grönfors, Tvingande avtalsvillkor s. 211.

stark tvingande verkan civilrättsligt och alltså är indispositiv i processen.[877]

När en domstol i ett konkret fall ställs inför att bedöma om en viss partsdisposition i strid med en civilrättslig regel bör tillåtas, är den hänvisad att söka ledning från tillgängliga rättskällor; vid tillämpning av inhemsk rätt kan man anta att domstolen i praktiken tar den aktuella lagens förarbeten till utgångspunkt.[878] Om förarbetena, praxis och övriga rättskällor tiger still måste domstolen själv utifrån regelns ändamål bedöma vidden av parts materiella och processuella dispositionsfrihet.[879] Vid bedömningen av den tvingande verkan av Romfördragets konkurrensregler är domstolarna uteslutande hänvisade till EG-domstolens knapphändiga praxis och till mer eller mindre fria ändamålsbedömningar.[880]

Ovan framhölls att det kan vara opraktiskt att försöka bestämma dispositionsprincipens tillämpning utifrån parts förfoganderätt över sitt rättsläge på det materiella planet. Det innebär inte att det är olämpligt att den materiella och processuella förfoganderätten har samma omfång.[881] Men i brist på uttrycklig civilrättslig reglering av den materiella dispositionsfriheten kommer domstolens bedömning att bygga på de olika skäl som kan uppbringas för och emot att tillåta partsdispositioner materiellrättsligt *och* inom rättegångens ram. Om man sedan finner det lämpligt att den materiella och processuella förfoganderätten är densamma, och det är det väl,[882] kommer dessa skäl i

[877] Se Westberg, Officialprövning s. 832, m.hvsn.t. Grönfors, Tvingande rättsregler s. 209 f.; den senare talar dock i sammanhanget om hur man ska avgöra om en rättsregel är dispositiv eller tvingande i strikt civilrättslig mening.

[878] Westberg, Officialprövning s. 832; SOU 1982:26 s. 113.

[879] Se dock SOU 1982:26 s. 114, vari framhålls att det måste "krävas av civilrätten att den uttrycker i vad mån undantag från de vanliga reglerna för dispositiva tvistemål skall göras. Har icke så skett bör den processrättsliga utgångspunkten vara att målet skall handläggas som dispositivt." Därvidlag ska det inte spela någon roll om den civilrättsliga lagstiftningen är tvingande eller dispositiv (i civilrättslig mening antar jag). Se också s. 240. Jfr dock Lindblom, Särskilt yttrande i SOU 1982:26 s. 616 f., som framhåller att "särskilda handläggningsregler" bör framgå av RB och inte av den civilrättsliga lagstiftningen.

[880] Se 6.2 nedan.

[881] Se dock Conradi s. 357, och Kallenberg I s. 1223. Vidare, se Olivecrona, Rätt och dom s. 194; jfr också Hassler, Förlikning i brottmål s. 244 f.

[882] Jfr dock att parternas dispositionsmöjligheter över *rättsfrågan* är betydligt mer begränsade i process jämfört med på det privaträttsliga planet, se ovan 5.2.4. Se också Larsson, Rättskraft och teleologisk metod s. 453.

det enskilda fallet att motivera en likartad lösning på det materiella och det processuella planet.[883]

Det är möjligt att det är nödvändigt att låta den materiella dispositionsrätten vara utgångspunkt för bedömningen av parts processuella dispositionsrätt. Men åtminstone i de fall den materiella rätten är oklar förefaller hänvisningen till den enskilda dispositionsfrihetens "konstanta" omfång vara en onödig resonemangsomgång.[884] Det är bättre att redovisa skälen till att part bör få disponera över rättsläget, materiellt och processuellt. När domstolarna har en koppling mellan materiell och processuell dispositionsrätt att stöda sig på finns en risk att de "gömmer sig" bakom ett "framletat" materiellt rättsläge (som många gånger kan vara långt ifrån uppenbart) och inte uttryckligen redovisar skälen till sin bedömning av (det materiella och det processuella) rättsläget.[885]

5.4 Sammanfattning

I detta kapitel har parternas dispositionsfrihet i den svenska civilprocessen beskrivits. Därvid har jag utgått ifrån förhållandena i *dispositiva mål.*

Förfarandet i sådana mål präglas i hög grad av dispositionsprincipen. Det är parterna, och inte domstolen, som genom yrkanden och åberopanden avgör processens föremål och omfång. Förebringande av bevisning ankommer primärt på parterna, även om domstolen, också i dispositiva tvistemål, har utrymme för jämförelsevis stor aktivitet. När det gäller rättsanvändningen i processen tillämpas principen jura novit curia, vilken innebär att domstolen i princip är obunden av parternas rättsliga kvalificering av olika frågor samt av deras argumentation. Dock kan parterna genom förlikning, medgivande, eftergivande, vitsordande, utevaro och erkännande i viss mån disponera också över rättsfrågor.

Att förfarandet i hög grad bygger på partsinitiativ kan ses som en

[883] Se också Lindell, Partsautonomins gränser s. 51; jfr också Lindblom i särskilt yttrande i SOU 1982:26 s. 616.

[884] Jfr dock SOU 1982:26 s. 113, "det (måste) anses vara en materiellt-civilrättslig uppgift att bestämma i vilken utsträckning civilrättens genomslagskraft behöver garanteras (sanktioneras) genom att avtalsfrihet under rättegången undandras parterna. Processrättens funktion blir i detta fall att bestämma vilka konsekvenser indispositiviteten skall ha för rättegångens utformning, för att uppnå syftet med den bristande avtalsfriheten."

[885] Jfr NJA 1993 s. 319.

frihet för parterna, men också som en börda. Konsekvensen av ett underlåtet initiativ vad gäller åberopande av rättsfakta eller bevisning, eller vad gäller att rikta domstolens uppmärksamhet mot en viss rättsregel, är att den undanhållna informationen tappar sin betydelse för parternas rättsförhållande till den del detta är omprocessat. Genom den lagakraftvunna domen prekluderas allt som haft betydelse för den sak som avgjorts. Rättsläget måste dock sägas vara oklart med avseende på i vad mån ej framställda yrkanden prekluderas samt i vad mån samma yrkande kan framställas igen om en helt ny grund åberopas. Här kan vidare framhållas att frågor rörande intraprocessuell preklusion av t.ex. yrkanden och omständigheter inte behandlats i detta kapitel.

I kapitlets andra del diskuterades tämligen kortfattat omfattningen av parternas dispositionsfrihet i dispositiva mål. Intresset fokuserades primärt på s.k. indispositiva moment och sådana moments karaktäristika. Om ett moment klassificeras som indispositivt medför det att det inte är föremål för partsdispositioner som andra moment av rättsförhållandet. Domstolen är inte bunden av vad som åberopats eller inte åberopats av parterna. Domstolen kan ta initiativ vad gäller förebringande av bevisning oberoende av parternas framställningar.

Diskussionen utmynnade i slutsatsen att den materiella regleringen bör vara avgörande för om ett moment är att ses som dispositivt eller indispositivt i processen, men att de civilrättsliga rättskällorna ofta lämnar öppet om en viss reglering ska vara tvingande i processen. I sådana lägen måste domstolen i det enskilda fallet göra en självständig bedömning och bör tydligt redovisa skälen till sitt ställningstagande. I nästa kapitel besvaras frågan om EG:s konkurrensregler är indispositiva och då kommer närmare att redovisas vilka civilrättsliga kriterier som kan användas för att avgöra en civilrättslig reglerings tvingande verkan i processen.

Kapitel 6: Är EG:s konkurrensregler indispositiva?

6.1 Inledning

Så här långt i boken har jag kommit fram till att EG.s konkurrensregler har direkt effekt, att reglerna ska tillämpas i Sverige samt att de ger upphov till vissa rättsföljder. I förra kapitlet flöt framställningen över till den rena svenska civilprocessens område – frågan om hur långt parternas dispositionsfrihet sträcker sig i civilprocessen utreddes. Här ställs så frågan om EG:s konkurrensrätt är dispositiv eller indispositiv i den svenska processen.

Frågeställningen besvaras lämpligen i två steg, vilket i sig åskådliggör ett generellt sätt att behandla problem föranledda av mötet mellan EG-rätt och nationell processrätt på ett specifikt område. För att avgöra om EG:s konkurrensregler ska behandlas som indispositiva eller dispositiva måste man först och främst bedöma vilka normativa krav som följer direkt av EG-rätten på grund av reglernas direkta effekt och på grund av de därmed sammanhängande kraven på effektivt genomslag och individuellt rättsskydd. För det andra måste man bedöma konkurrensreglernas "dispositionsmässiga" status enligt svensk rätt oberoende av EG-rättens krav på rättsskydd och genomslag.

I den mån som utfallet av dessa båda bedömningar skiljer sig åt kan det föreligga en konflikt mellan svensk processrättslagstiftning och EG:s rättsskyddsprincip. I detta kapitel kommer jag fram till att det inte föreligger någon sådan konflikt. En bidragande orsak till avsaknaden av konflikt mellan EG-rätten och svensk rätt med avseende på dispositionsprincipens tillämpning i konkurrenstvister är att den svenska regleringen av dispositiva och indispositiva regler samt uppdelningen mellan olika slag av tvingande regler, gör det möjligt att låta konkurrensreglernas ändamål påverka tillämpningen av svenska civilprocessuella regler.

Kapitlets framställning anknyter i många delar till det som sagts i kapitel 5 om den processuella tillämpningen av civilprocessuellt indispositiva regler. Men initialt tar jag ställning till EG-rättens ståndpunkt till konkurrensreglernas dispositivitet. Därefter besvaras kapitlets huvudfråga och slutsatsen är att konkurrensreglerna i vissa avseenden bör betraktas som indispositiva. I andra avseenden bör de behandlas som dispositiva i processen. Med ett annat uttryckssätt kan sägas att reglernas dispositivitet bör vara begränsad under vissa förhållanden.

6.2 EG-rättens krav på officialprövning

6.2.1 EG-rättens krav generellt

I *Van Schijndel-* och *Peterbroeck*-fallen (1995) lade EG-domstolen fast ett antal allmänna bedömningskriterier utifrån vilka det ska avgöras om nationella processregler hindrar genomdrivandet av enskilda rättigheter vid nationell domstol.[886] Bedömningen ska göras mot bakgrund av *processreglernas roll i den aktuella processen sedd som en helhet, med beaktande av processens förlopp och dess särdrag*.[887]

I det förra fallet fann EG-domstolen, efter att ha tillämpat de nämnda kriterierna, att den holländska "intraprocessuella preklusionsregeln" inte försvårade genomdrivandet av enskilda rättigheter i sådan omfattning att regeln skulle åsidosättas.[888] Följaktligen föreligger inte en generell plikt för nationella domstolar att ex officio beakta EG-rättsliga regler som kan ha betydelse för en tvist som anhängiggjorts. Motsatsvis är det inte generellt förbjudet att tillämpa inhemska preklusionsregler och "dispositionsrelaterade" regler då de begränsar EG-rättens genomslag. Mer dogmatiskt kan detta uttryckas som att preklusionsregler, trots att de de facto påverkar enskilds rättsställning

[886] Se också Werlauff s. 46 ff. samt Himsworth s. 296 ff., för en genomgång av frågan.
[887] Van Schijndel (1995), [19]. EG-domstolens grund förefaller innehålla en oklar syftning: "... each case which raises the question whether a national procedural provision renders application of Community law impossible or excessively difficult must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national instances." Heukels s. 342, menar att domstolen åsyftat processens, och inte regelns, förlopp och särdrag, vilket verkar rimligt.
[888] Van Schijndel (1995), [21].

negativt, inte nödvändigtvis anses "begränsa" det enskilda anspråkets genomdrivbarhet orimligt mycket.

I *Peterbroeck*-fallet fann däremot EG-domstolen vid tillämpning av de nämnda kriterierna att en preklusionsregel i den belgiska skatteprocessen försvårade genomdrivandet av enskilda EG-rättigheter i sådan omfattning att regeln skulle åsidosättas.[889] Följaktligen kan man inte heller säga att nationella domstolar *alltid* kan tillämpa inhemska preklusionsregler när dessa begränsar den enskildes EG-rättigheter och genomslaget för EG-rätten. I vissa fall måste nationella domstolar beakta EG-rättsliga regler (ex officio) oberoende av nationella regler som förbjuder detta. I vilka fall detta kan komma ifråga avgörs utifrån de kriterier som EG-domstolen slog fast i fallen. Följaktligen kan man inte utifrån EG-rättsliga utgångspunkter slå fast en generell princip eller regel beträffande nationella domstolars plikt att åsidosätta inhemska preklusionsregler eller dispositionsrelaterade regler, eller processregler i allmänhet, då de kan antas försvåra genomdrivandet av EG-rättigheter. Med ledning av de fastlagda kriterierna får bedömningen göras från fall till fall utifrån de specifika processrättsliga regler som aktualiseras.[890]

De nationella preklusionsregler som aktualiserades i de ovannämnda fallen var obligatoriska för de nationella domstolarna. De holländska civilprocessuella reglerna, vilka är av störst intresse i sammanhanget, föreskriver ett förbud mot att i högre rätt föra in annat än nya rättsfrågor i tvisten. Vidare balanseras domstolarnas möjlighet att ex officio beakta ej åberopade *rättsgrunder* av en princip om "non-interference"; denna innebär att domstolen, vid ett införande av nya rättsfrågor ex officio, inte får gå utöver "tvistens gränser". Efter vad jag förstår innebär detta att domstolen – bortsett från att den inte får gå utöver parternas yrkanden – inte får göra en rättslig omkvalificering av den prövade saken. *Hoge Raad* framhöll att denna princip hade omöjliggjort för underrätten att beakta EG-rättsliga regler.[891]

[889] Peterbroeck (1995), [20–21].

[890] Se Heukels s. 349, som påpekar att det faktum att bedömningen av Peterbroeck och Van Schijndel ledde till skilda resultat illustrerar att EG-domstolens kriterer kan karaktäriseras som en "ad hoc approach". Hoskins, Tilting the Balance s. 375, framhåller att principen är vag och begreppsjuridisk. Se också T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 122 f.

[891] Den holländska högsta domstolen förefaller att tillmäta partens yrkande stor betydelse – domstolen hävdar att underrätten inte kunde beakta EG:s konkurrensregler ex officio eftersom kärandena inte ifrågasatt sitt obligatoriska medlemsskap i den aktuella pensionsfonden, utan endast fondens vägran att medge deras utträde. EG:s konkurrensregler skulle kunnat medföra att obligatoriskt medlemsskap varit förbjudet; man tycker att EG:s kon-

Man kan också tänka sig att nationella processregler förpliktar domstolen att ex officio ta upp frågor.[892] I den mån sådana regler aktualiseras i samband med ett anspråk med EG-rättslig anknytning följer av likabehandlingsprincipen att den EG-rättsliga aspekten ska beaktas av domstolen ex officio.[893] När det gäller obligatoriska inhemska regler som underlättar genomdrivandet av EG-rättigheter är det alltså lättare att i enlighet med likabehandlingsprincipen ställa upp en generell regel.

Samma sak kan sägas om *fakultativa* processregler. EG-domstolen menar att det följer av artikel 5 i Romfördraget och domstolarnas samarbetsplikt och skyldighet att tillförsäkra enskilda personer rättsligt skydd, att domstolarna ska tillämpa EG-rättsliga regler oberoende av åberopande om den nationella rättsordningen tillåter det.[894] Fakultativa inhemska processregler blir alltså genom artikel 5 obligatoriska för domstolarna om reglerna främjar genomdrivandet av EG-rättigheter. Nationella domstolar *skall alltså ex officio beakta direkt effektiva EG-rättsliga regler om inhemska processregler lämnar utrymme för det.*[895]

6.2.2 Särskilt om tillämpning av konkurrensreglerna i tvistemål

Det ovannämnda *Van Schijndel*-fallet är ytterst relevant för det ämne som behandlas i denna framställning. Fallet rörde förhållandet mellan EG-rättens krav på rättsskydd och inhemska civilprocessuella preklusionsregler och det var fråga om just EG:s konkurrensregler skulle beaktas ex officio av domstolarna. Ovan har sagts att avtal i strid med artikel 85 är ogiltiga enligt artikel 85(2) och att också artikel 86 medför ogiltighet.[896] Därför är det förvånande att EG-domstolen överhuvudtaget inte berör frågan om ogiltighetsanktionens särskilda betydelse inom konkurrensrätten motiverar att reglerna tillämpas ex officio.

---

kurrensregler kunnat vara aktuella också för frågan om kärandenas möjlighet att utträda ur pensionsfonden utan att därigenom saken/frågan/tvisten ändrats. En sak som inte berörs i målet är i vad mån kärandenas möjlighet att ifrågasätta sitt obligatoriska medlemsskap prekluderats genom en dom som slår fast att de inte får utträda ur pensionsfonden.

[892] För svensk rätts del se ovan 5.3.2.

[893] Van Schijndel, [13].

[894] Van Schijndel, [14–15]; Kraaijeveld (1996), [58] och [60].

[895] Se också Werlauff s. 48.

[896] Se ovan 4.2.

EG-domstolen påpekar visserligen att principen om domstolarnas passitivitet i civilprocessen vanligen begränsas av att domstolarna kan handla ex officio "only in exceptional cases where the public interest requires its intervention".[897] Men det är helt klart att EG-rätten inte generellt uppbärs av ett sådant "public interest" och det kan vidare förefalla som om konkurrensreglerna inte heller gör det. EG-domstolens tystnad är svårförklarlig mot bakgrund av att argumentet att direkt effektiva EG-rättsliga regler är att se som frågor om *ordre public* och därför ska beaktas ex officio, framfördes upprepade gånger under förhandlingen.[898]

Generaladvokaten *Jacobs* berör dock frågan i Van Schijndel-fallet. Han menar att det kan förekomma situationer i vilka en nationell domstol kan vara förpliktad att beakta en regel som inte åberopats av parterna, också i fall då detta innebär att gå utöver "tvistens gränser".[899] Och han tar som exempel att nationella domstolar bör vara förpliktade att inte medverka till att genomdriva ett avtal som är *manifestly illegal* på grund av att det strider mot EG:s konkurrensregler; part bör inte kunna utverka skadestånd i anledning av att motparten brutit mot ett prisfixeringsavtal klart i strid med artikel 85, oberoende av om motparten åberopat bestämmelsen eller inte.[900]

Men Jacobs menar att detta sannolikt inte behöver medföra någon modifiering av inhemska processregler. Han antar att ingen domstol i medlemsstaterna skulle medverka till att genomdriva en klart rättsstridig transaktion eftersom processordningarna i alla medlemsstater lämnar utrymme för domstolarna att beakta sådana aspekter ex officio och eftersom principen om likabehandling är tillämplig.[901] Vidare påpekar Jacobs att EG-kommissionen, när det är fråga om att i allmänintresse motverka konkurrensbegränsningar, i efterhand kan rädda situationen då den nationella domstolen missat att beakta ett avtals konkurrensstridighet och medverkat till att genomdriva det. Därefter framhåller Jacobs att Van Schijndel-fallet inte inrymmer någon fråga om *ordre public*, utan endast frågan om holländska processregler uppfyllde kraven på adekvat rättsligt skydd.[902]

[897] Van Schijndel-fallet (1995), [21].

[898] Se Heukels s. 351.

[899] EG-domstolen förefaller att hålla öppet för detta och nästan avsiktligt undvika frågan, jfr ovan vid och i not 897.

[900] Jacobs (AG) [49]. Se också Werlauff s. 54 samt Temple Lang, National Courts s. 14 f.

[901] Jacobs (AG) [49].

[902] Jacobs (AG) [50], menar liksom EG-domstolen att "skyddet" var adekvat.

Det förefaller som om Jacobs argumentation i denna del är helt inriktad på att bevara medlemsstaternas processuella autonomi. Han menar alltså att nationella processregler går fria från EG-rättslig modifikation eftersom de tillåter nationella domstolar att ex officio gå utöver tvistens gränser och beakta konkurrensstridigheten i ett avtal. Menar han sedan verkligen att i den mån som de nationella processreglerna motverkar domstolarnas möjlighet att tillgodose allmänintresset i denna del, reglerna inte behöver modifieras på grund av att EG-kommissionen har möjlighet till korrektion? Eller poängterar han bara lakoniskt att nationella domstolar som konkurrensövervakare har sina brister, oavsett hur man utformar nationella processregler och att allmänintresset kan tillgodoses av EG-kommissionen i form av säkerhetsnät? Mot det förra kan man invända att det är särskilt viktigt att nationella domstolar beaktar EG-rättsliga regler ex officio om det finns en risk att domens betydelse kan påverkas av ett efterföljande beslut av EG-kommissionen, och detta utifrån såväl parts- som allmänintresse. Det gagnar vare sig samhället eller parterna att motstridande avgöranden meddelas och att parternas inbördes relationer blir osäkra.[903]

Man frågar sig vilka skillnader som finns mellan å ena sidan *Van Schijndel*-fallet och å andra sidan fallet där käranden yrkar skadestånd i anledning av ett brott mot ett avtal som klart står i strid med artikel 85 och svaranden försummar att stöda sig på regeln. För det första var det inte uppenbart eller klart att obligatoriskt medlemsskap i den aktuella pensionsstiftelsen utgör ett villkor som strider mot konkurrensreglerna. Tvärtom var det ganska långsökt.[904]

Vidare verkar kärandena primärt ha ifrågasatt den inhemska nationella bestämmelse som slår fast att medlemsskap i privata pensionsfonder i princip ska vara obligatoriskt vid utövande av vissa yrken; kärandena menade i första hand att den holländska lagregeln var oförenlig med artiklarna 3(g), 5, 85, 86 och 90 i förening, dvs. den grund som brukar användas gentemot uppträdande av medlemsstaterna som uppmuntrar eller bidrar till att konkurrensbegränsningar uppkommer eller upprätthålls.[905] Företag vars uppträdande bestäms av nationella

[903] Jfr dock nedan 9.3.2.

[904] EG-domstolen tog inte ställning till den frågan. Jacobs (AG) gjorde, mot bakgrund av att den holländska domstolen av förklarliga skäl inte utrett sakfrågorna, endast en preliminär bedömning, varvid han fann att de aktuella pensionsfonderna fullgör en social snarare än ekonomisk funktion och alltså inte är att se som företag, se [61–64].

[905] Se t.ex. Leclerc v. Au blé vert (1985) [14], samt Gebrüder Reiff (1993) [14].

regleringar som uppmuntrar till konkurrensbegränsningar kan gå fria från överträdelser av artikel 85 och 86 om den nationella regleringen inte ger utrymme för andra handlingsalternativ än konkurrensbegränsande.[906] Men om det finns utrymme för ett självständigt marknadsuppträdande kan företagen bryta mot artiklarna 85 och 86.[907]

Jag tror inte att detta bör tillmätas betydelse för EG-domstolens bedömning av den holländska preklusionsregeln. Om nationella domstolar vore förpliktade att tillämpa konkurrensreglerna såsom ordre public, oberoende av åberopande, vore de antagligen också förpliktade att bedöma om en pensionsfonds avtalsvillkor i sig strider mot artikel 85 eller 86 oberoende av den statliga reglering som finns i bakgrunden.

Man får därför välja mellan följande slutsatser rörande nationella domstolars eventuella plikt att ex officio beakta EG:s konkurrensregler på grund av ordre public.[908] En möjlighet är att nationella domstolar ska tillämpa EG:s konkurrensregler när det är *klart* att de är tillämpliga. En annan möjlighet är att de endast i vissa fall, oklart vilka, ska tillämpas ex officio. En tredje möjlighet är att konkurrensreglerna i alla avseenden ska behandlas som övriga EG-rättsliga regler, vilket alltså innebär att genomdrivbarhetskravet såsom formulerat i Van Schijndel- och Peterbroeck-fallen tillämpas, något som torde leda till att konkurrensreglerna ska behandlas som dispositiva i den mån som den aktuella nationella regleringen har sådan innebörd *och* när den är obligatorisk. Det sista alternativet verkar dock osannolikt – t.o.m. Jacobs (AG) förefaller mena att nationella domstolar av EG-rätten förhindras att medverka till att konkurrensbegränsande avtal genomdrivs, oberoende av de relevanta nationella processreglernas innehåll.

EG-domstolen har i ett tidigare fall, *Bayer v. Süllhöfer* (1988), snuddat vid en näraliggande fråga. Fallet rörde en tämligen komplicerad patent- och patentlicenstvist. Parterna hade överlappande och kolliderande patentskydd och hade inom ramen för det tyska rättsväsen-

[906] Slot, Sigarettenindustrie s. 913 m.hvsn.t. Inno v. ATAB (1977).

[907] Se t.ex. Smanor S.A. (1988), [14]; Lucas Asjes (1986); Stichting Sigarettenindustrie m.fl. (1985).

[908] Av framställningstekniska skäl används här och i det följande uttrycket "ex officio beakta EG:s konkurrensregler" för en obestämd officialverksamhet som förutom beaktandet av själva reglerna kan innebära att omständigheter beaktas utan åberopande, att yrkande läggs till grund för dom utan att ha blivit framställt av part och att domstolen självmant föranstaltar om utredning. Hur officialtillämpning enligt svensk civilprocessrätt bör utformas i dessa avseenden i mål med konkurrensrättsliga aspekter behandlas nedan i kapitel 7–9.

det ifrågasatt varandras patent och gjort gällande patentintrång. Sedermera slöts ett förlikningsavtal varigenom parterna beviljades licens till varandras patenträttigheter. Vidare åtog sig parterna att återkalla de mål de anhängiggjort och att inte i framtiden ifrågasätta varandras patenträttigheter.[909]

Efter några år väckte en av parterna talan om fastställande av avtalets ogiltighet med hänvisning till att det grundades på en "willful deception".[910] *Oberlandsgericht* fann som andra instans, och som det verkar ex officio, att villkoret att inte klandra varandras patent stod i strid med artikel 85(1) i Romfördraget, att villkoret därför var ogiltigt och med det hela avtalet.[911]

I fallet gjordes gällande av part och EG-kommissionen att förlikningsavtal, varigenom talan återkallas, bör ses annorlunda än andra avtal. Kommissionen menade att ett förlikningsavtal kan strida mot artikel 85(1) och ändå vara giltigt under förutsättning att avtalet inte innehåller fler konkurrensbegränsande villkor än en "no-challenge clause", att tvisten är "äkta" och att no-challenge villkoret är hänförligt till patenträttigheten.[912]

EG-domstolen slog klart fast att artikel 85(1) inte gör någon skillnad mellan olika slag av avtal beroende på om de syftar till att avsluta en domstolsprocess eller inte.[913] Generaladvokat *Darmon* presenterade några goda skäl till det. Han framhöll först och främst att det omvända rättsläget kunde ge upphov till fiktiva tvister mellan parter som vill uppnå en annars ouppnåelig avtalsbindning. Vidare skulle man tvingas avgöra "the real nature of the dispute" i varje enskilt fall. Detta skulle medföra komplexa domstolsförhandlingar och motverka parternas rättssäkerhet. Dessutom fann Darmon att det saknades rättslig grund för att ge en särskild status åt förlikningsavtal, som liksom varje avtal är av "privat karaktär".[914]

Här bör påpekas att no challenge-klausuler numera genom gruppundantagsförordningen 240/96 avseende avtal om tekniköverföring, förefaller kunna tillåtas av EG-kommissionen. En förutsättning är

[909] Bayer v. Süllhöfer (1988), [6–7]. Det sista är en s.k. no-challenge clause. Ang. sådana se Sandgren, Patentlicensavtal och icke-angreppsklausuler.

[910] Ang. förlikningsavtals och stadfästelsedomars angriplighet enligt svensk rätt, se nedan 8.2.3.

[911] Bayer v. Süllhöfer, [8].

[912] Bayer v. Süllhöfer, [14].

[913] Bayer v. Süllhöfer, [15].

[914] Se fallet s. 188.

dock att de ingår i ett avtal som anmälts till EG-kommissionen i den ordning som är föreskriven för s.k. oppositionsundantag.[915] Om alltså en ickeangreppsklausul anmälts och EG-kommissionen inte gjort någon invändning emot den under en tidsperiod på fyra månader är klausulen att anse som undantagen.[916] Den civilrättsliga verkan av s.k. oppositionsundantag är som ovan i 2.6 framhållits osäker och detsamma gäller givetvis den civilrättsliga statusen hos en anmäld klausul under tiden före tidsfristens utgång. Det man kan säga är att rättskällevärdet av *Bayer v. Süllhöfer* antagligen står sig rent materiellt med avseende på ickeangreppsklausuler som inte anmälts på föreskrivet sätt. Vad gäller parternas möjligheter att rent generellt, dvs. med också andra medel än ickeangreppsklausuler samt på områden också utanför tekniköverföringsfältet, disponera konkurrensstridigt i förlikningsavtal finns inget senare avgörande av EG-domstolen.

EG-rättens ståndpunkt med avseende på om konkurrensreglerna måste behandlas som indispositiva i den nationella processen, eller om nationella obligatoriska regleringar s.a.s. tar över förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i tvist vid domstol, är långt ifrån färdigformulerad efter de här nämnda fallen *Bayer v. Süllhöfer* (1988) och *Van Schijndel* (1995). Det är möjligt att rättsläget klarnar i början av 1999 när EG-domstolen förhoppningsvis fäller sitt avgörande i målet *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton*.[917] Utan att spekulera i utgången ska jag i det följande kort redogöra för omständigheterna i målet samt för de rättsfrågor som aktualiserades.

Tvisten rör i grunden ett avtal mellan tre parter, Benetton International, Bulova Corporation samt Eco Swiss China Time Ltd. Utan att gå in på detaljer kan sägas att avtalet slöts 1986, att det avser tillverkning och försäljning av klockor, att det innehåller marknadsdelande klausuler, att det skulle gälla i åtta år från ingåendet samt att det inte faller under någon gruppundantagsförordning eller har blivit anmält till EG-kommissionen. År 1991 meddelade Benetton att det frånträdde avtalet, varvid övriga avtalsparter i enlighet med avtalet hänsköt diverse tvistefrågor till skiljemän.

I två skiljedomar grundade på tillämpning av holländsk lag befanns först Benetton skyldigt till kontraktsbrott samt därefter skyldigt att ersätta motparternas inkomstbortfall motsvarande 24 miljoner dollar.

[915] Se förordning 240/96 ang. avtal om tekniköverföring, artikel 4 (2b).
[916] Se ovan 2.6 samt Förordning 3385/94 on the form, content and other details of applications and notifications provided for in Council Regulation No 17, artiklarna 1–3.
[917] Fall C-126/97 (97/C166/16).

Benetton har invänt mot verkställighet av skiljedomen. Företaget gör gällande att det skulle strida mot public policy att verkställa en skiljedom som genomdriver ett avtal som är ogiltigt enligt artikel 85(2).

När tvisten kom till Hoge Raad fann denna det för gott att ställa bl.a. följande fyra frågor till EG-domstolen i en begäran om förhandsavgörande. *För det första*: Hur ställer sig EG-domstolens avgörande av Van Schijndel-fallet med avseende på en privaträttsligt tvist som slits av skiljemän inför vilka ingen av parterna gör gällande att artikel 85 i Romfördraget ska tillämpas och när skiljemännen enligt nationell rätt inte får tillämpa artikeln ex officio? *För det andra*: Om en holländsk domstol finner att en skiljedom står i strid med artikel 85, måste den då oberoende av innehållet i inhemsk rätt bifalla en klandertalan mot skiljedomen? *För det tredje*: Gör det någon skillnad om den konkurrensrättsliga aspekten av avtalet faller utanför processföremålet och följaktligen skiljemännen inte avgjort frågan? *För det fjärde*: när klanderfristen för ifrågasättande av en skiljedom som fastställer kontraktsbrott och skadeståndsskyldighet har gått ut, ska ändå, trots holländska regler om positiv rättskraft, denna skiljedom kunna ifrågasättas vid klander av senare skiljedom, om det är nödvändigt för att bedöma om den senare skiljedomen står i strid med artikel 85?

Det är sannolikt att EG-domstolens svar på dessa frågor kommer att ge ledning också för om, och i så fall under vilka förutsättningar, EG:s konkurrensregler redan enligt EG-rätten ska betraktas som indispositiva i den svenska civilprocessen.[918] Vidare är svaren givetvis av största betydelse för den svenska skiljemannarätten.[919]

Men ännu har inte svaren givits och därför är rättsläget oklart. Jag vill avslutningsvis återvända till *Bayer v. Süllhöfer* (1988), ett av de två avgöranden som finns med direkt betydelse för frågan om konkurrensreglernas civilprocessuella dispositivitet. EG-domstolen lade nämligen obiter dictum till något mycket intressant. Den framhöll att dess bedömning av det aktuella förlikningsavtalet inte hade avgjort[920] frågan om, och i vilken mån, en *förlikning som är stadfäst* vid nationell domstol och som utgör en "judicial act" kan stå i strid med EG:s konkurrensregler.[921]

[918] Ang. konkurrensbegränsande skiljeavtal, se Werlauff s. 54, Funck-Brentano samt Lugard. Se också Loy s. 451.
[919] Jfr t.ex. SOU 1994:81 s. 80 ff.
[920] Without prejudice.
[921] Bayer v. Süllhöfer, [15].

EG-domstolens uttalande i fallet *Bayer v. Süllhöfer* (1988) medför att man inte kan säga något om EG-rättens ståndpunkt i förhållande till nationella processuella institut som medgivande och förlikning varigenom parterna kan uppnå konkurrensbegränsande avtalsbindningar. Visserligen talar de skäl som generaladvokaten anför mot att godta förlikningsavtal också för officialprövning, ja det förefaller närmast självmotsägande om EG-rätten skulle acceptera att nationella domstolar är skyldiga att stadfästa konkurrensbegränsande förlikningsavtal. Men det finns inget säkert normativt underlag för slutsatser rörande EG-rättens inställning till t.ex. frågan om omständigheter svarande mot artikel 85 ska ses som "officialfakta" på det nationella planet. Följaktligen framgår inte heller vad som enligt EG-rätten ska bli konsekvensen av att parter genomdrivit ett konkurrensbegränsande avtal vid domstol i samförstånd, omedvetenhet eller till följd av försummelse från ena partens sida. Man måste alltså istället utgå från nationell, dvs. svensk, rätt för att bestämma hur frågorna ska behandlas då svensk domstol tillämpar EG:s konkurrensregler inom ramen för civilprocessen.

6.3 Konkurrensstridiga avtal enligt svensk rätt

När det gäller avtal i strid med artikel 85 har ovan framhållits att artikel 85(2) medför en ogiltighetsverkan av grövre slag.[922] I doktrinen förefaller den härskande uppfattningen vara att nationella domstolar är förpliktade att ex officio uppmärksamma att sådana avtal är ogiltiga.[923] För dansk rätts del diskuterar *Blok*[924] konsekvenserna av detta. Han menar att nationella domstolar måste avvisa yrkanden om uppfyllelse av avtal eller kontraktsvillkor som står i strid med artikel 85(1). Vidare ska talan om skadestånd i anledning av brott mot konkurrensbegränsande avtal avvisas. Dessutom nämns den för svensk rätt tämligen ointressanta konsekvensen att yrkanden riktade mot

[922] Se ovan 4.2.

[923] Se Schröter, EWG-Kommentar, Rn 160 s. 1493: "Die feststellung der Nichtigkeit erfolgt von Amts wegen, *sobald die Tatsachen bekanntwerden*, welche die Unwirksamkeit der Vereinbarung oder des Beschlüsses begründen". (min kursiv). Se också Blok, Konkurrensförhållanden s. 500 som uttryckligen framhåller att nationella domstolar ska tillämpa 85(2) ex officio (han hänvisar också till Rpl § 293 st. 2.) samt att "ogyldighedsindsigelsen ikke forældes". Se däremot Wahl, Konkurrensförhållanden s. 358.

[924] Blok s. 500 f.

tredje man under påstående att ett konkurrensbegränsande avtal är skyddat mot tredje mans "ingrepp" ska avvisas.[925]

Som ovan sagts är i Sverige den civilprocessuella utgångspunkten att indispositiviteten i olika materiellrättsliga moment bestäms utifrån om parterna får förfoga över dem på det civilrättsliga planet.[926] Ovan framhölls vidare att man, när graden av tvingande verkan hos de materiellrättsliga reglerna är oklar, måste utgå ifrån reglernas ändamål. När det gäller EG:s konkurrensregler saknas av naturliga skäl svenska civilrättsliga regleringar av graden av tvingande verkan. Men eftersom de EG-rättsliga reglerna är att anse som "legala förbud"[927] kan man hämta ledning från de utgångspunkter som i doktrinen uppställts för bedömningen av de civilrättsliga konsekvenserna av överträdelser av legala förbud. Det är inte enbart ändamålsskäl som talar för denna utgångspunkt; EG-rätten reser, som ovan framhållits, vid sidan om kravet på genomdrivbarhet ett krav på likabehandling (ickediskriminering) av EG-anspråk.

För det första kan avtal i strid med legala förbud i allmänhet vara ogiltiga.[928] För det andra kan sådan ogiltighet på skilda sätt vara civilrättsligt indispositiv.[929] För det tredje: i den mån ett avtal står i strid med ett legalt förbud som är indispositivt kan det finnas krav på att domstolarna uppmärksammar ogiltigheten ex officio.[930] För fullständighetens skull bör, för det fjärde, nämnas att avtal i strid med legala förbud under vissa förutsättningar kan vara civilrättsligt giltiga.

Vid kategoriseringen av ett visst avtal ska man i princip utgå ifrån det legala förbudets ändamål, vad som krävs för att det ska vara effektivt, vad som framstår som billigt mellan parterna samt alternativa sanktionsmekanismer.[931] Detta innebär i princip samma sak som om svenska domstolar varit hänvisade till att avgöra konkurrensreglernas tvingande verkan direkt utifrån Romfördragets regler. Det finns ingen inhemsk formel för verkan av "legala förbud" på det civilrättsliga planet.[932]

[925] Jfr ovan 4.4.
[926] Se ovan 5.3.3.
[927] Se ovan 4.2.
[928] Se NJA 1992 s. 717 m.hvsn. till prop. 1975:103 s. 496. För konkurrensreglernas del är just detta ganska oproblematiskt, se ovan 4.2.
[929] Se ovan 5.3.3.
[930] Se ovan 5.3.3.
[931] Se Nial, Legala förbud s. 7. Se också NJA 1992 s. 717, HD på s. 727.
[932] Se också Malmberg, Anställningsavtalet s. 92.

I sammanhanget är vidare den svenska regleringen av *pactum turpe* av intresse. Ett pactum turpe kan sägas vara en särskilt allvarlig typ av avtal i strid med legala förbud. Yrkanden som går ut på att svaranden ska förpliktas företa brottsliga eller otillbörliga handlingar anses förbjudna.[933] Att tillåta sakprövning av sådana yrkanden skulle minska respekten för rättskipningen, medan avvisandet utgör en markering av att rättsmaskineriet reagerar på "illegala" avtal.[934]

Konkurrensrättslig teori innehåller ett ytterligare ändamålsskäl för att domstolarna ska vägra befatta sig med rättsstridiga avtal. Om parterna är medvetna om att vissa av rättsordningen illa sedda avtal inte kan genomdrivas vid domstol, framstår det som meningslöst att försöka uppnå ömsesidig bindning genom avtal.[935] Därigenom främjas genomslaget av de förhållningsregler som förbjuder vissa avtal.

När jag nu i det följande tar ställning till frågan om konkurrensstridiga avtal bör beaktas ex officio i den svenska civilprocessen gör jag det utifrån de hittills beskrivna, och till sin karaktär ganska öppna, svenska regleringarna av "olagliga" avtals eventuella ogiltighet. Här kan dock återigen påpekas att den svenska regleringen av avtal i strid med legala förbud under vissa förutsättningar lämnar öppet för att sådana avtal kan vara giltiga.[936] Beträffande EG:s konkurrensregler, omöjliggörs detta av artikel 85(2) samt av en enig EG-doktrin med avseende på avtal i strid med artikel 86. Därför kan framställningen fokuseras direkt på parternas dispositionsfrihet med avseende på konkurrensrättslig ogiltighet. Eftersom den svenska regleringen av avtal i strid med legala förbud utgår ifrån en sammanvägning av det legala förbudets ändamål, dess effektivitet, billighet mellan parterna samt alternativa sanktionsmekanismer, är det rimligt att göra en sådan avvägning med avseende på konkurrensreglerna. I det följande ställer jag mig frågan om en dispositiv tillämpning av konkurrensrättslig ogiltighet är förenlig med dessa intressen.

Vad skulle konsekvenserna bli om man underställde ogiltighetssanktionen de begränsningar som följer av den svenska dispositionsprincipen? För det första skulle företag genom dispositioner över rättsanvändningen, t.ex. medgivande, eftergift, tredskodom, vitsordande/

[933] Jfr Fitger 13:11 ff.

[934] Bramsjö s. 26 och s. 58 f.; Agell, Spelskulder s. 10.

[935] Se t.ex. Bernitz, Konkurrenslagen s. 85. Jfr också Agell, Spelskulder s. 15, där det framhålls att det inte skulle fylla något nyttigt syfte att se vad- och spelförbindelser som rättsligt giltiga.

[936] Jfr dock för dansk rätts del Werlauff m.hvsn.

erkännande, stadfäst förlikning, kunna uppnå konkurrensbegränsande avtalsbindningar som inte vore möjliga att uppnå på det strikt privaträttsliga planet. För det andra skulle domstol bindas av t.ex. svarandens vägran att invändningsvis anföra "motfakta" och möjliggöra för konkurrensbegränsare att utverka rättsliga sanktioner för brott mot konkurrensstridiga avtalsvillkor. För det tredje skulle parterna i en konkurrensbegränsande överenskommelse kunna få avgjort av domstol hur andra villkor i ett avtal än strikt konkurrensstridiga ska tolkas, om de exkluderade den konkurrensrättsliga aspekten av avtalet från domstolens bedömning.

Ser man till ändamålen bakom ogiltighetssanktionen i artikel 85(2) vore det irrationellt att ge EG:s konkurrensregler status som dispositiva.[937] Avtalsbindningar utgör de ojämförligtvis "farligaste" konkurrensbegränsningarna. Om de tillmäts den bindande verkan som de normalt ges inom rättsordningen kommer de att permanenta icke önskvärda förhållanden för framtiden. Parterna binds i en relation; de kan och måste utgå ifrån att de är bundna vid avtalsåtaganden när de bestämmer sitt respektive marknadsuppträdande i framtiden.

Den viktigaste funktionen hos ogiltighetssanktionen i artikel 85(2) är därför att parterna ska veta att deras förhållande är osäkert och helt och hållet beroende av motkontrahentens goda vilja. De respektive parterna ska var för sig i ogiltighetssanktionen ha incitament att bryta det konkurrensbergänsande avtalet och veta att motparten kan avsluta samarbetet närhelst ett mer ekonomiskt förmånligt handlingsalternativ uppkommer. Parternas bindning blir vidare osäker om de vet att domstolarna kommer att frånkänna deras avtal rättsverkningar. Rättsordningen kommer inte att medverka till att parternas inbördes relationer enligt avtalet fastställs och inte till att avtalsvillkoren kan genomdrivas. Från effektivitetssynpunkt är det särskilt viktigt att ge incitament att avsluta ett konkurrensbegränsande samarbete till just avtalsparterna: det är dessa som har bäst förutsättningar att veta och visa att avtalet är konkurrensbegränsande.[938]

Som ovan framhållits har det i de flesta nationella "konkurrensmål" varit fråga om att parter i konkurrensbegränsande avtal velat komma ifrån dem.[939] Mot bakgrund av att sådana avtal är icke önskvärda från samhällelig synvinkel blir det mindre intressant att stävja eller mot-

[937] Jfr ovan 4.2 och 4.3.
[938] Se ovan 4.2. Se också nedan vid not 946.
[939] Se ovan 4.3.

verka ett spekulativt användande av konkurrensreglerna. Därför bör det inte tillmätas någon avgörande betydelse för ogiltighetsfrågan att part drar en "obehörig eller oskälig" fördel av att åberopa konkurrensreglerna och på det sättet kommer ifrån ett annars bindande avtal.[940] Tvärtom kan parts möjlighet att spekulera på motpartens bekostnad motverka ingåendet av konkurrensstridiga avtal och främja konkurrensreglernas genomslag.

Om parter medgavs möjlighet att med domstols medverkan cementera en överenskommelse (inter partes) skulle ogiltighetssanktionen i artikel 85(2) motverkas. Risken är nog visserligen ganska liten att en sådan möjlighet skulle föranleda en mängd av skenprocesser.[941] Av de fall där konkurrensrättslig ogiltighet hittills bedömts av nationella domstolar har det ofta rört avtal inom ramen för distributionssystem. Det verkar ganska opraktiskt för en konkurrensbegränsare att s.a.s. "preventivt" utverka en mängd domstolsförlikningar för att vara säker på sin sak.[942]

Risken förefaller större att företag, när tvist väl uppstått, förmås till dispositioner mot det egna intresset på grund av bevissvårigheter, ekonomisk underlägsenhet, okunskap etc. Vidare finns nog en tämligen stor risk att part, eller båda parterna, försummar att avtalet överhuvudtaget har konkurrensrättsliga aspekter. I sådana något mindre konspirationsanknutna lägen kan alltså part genom processuell disposition och/eller försummelse frånhända sig framtida vägar ut ur det konkurrensbegränsande samarbetet. Om domstolarna höll sig till den strikt dispositiva civilprocessen skulle de kunna medverka till att genomdriva konkurrensbegränsningar. Man kan beskriva det som att dispositionsprincipens tillämpning ger en öppning för rättssystemet att motarbeta sig själv.

Eftersom konkurrensreglerna direkt avses motverka rättsligt bindande förbindelser med visst syfte och viss effekt vore det märkligt att möjliggöra för parterna att förfoga över reglernas tillämpning i processen och uppnå sådana bindningar på processuell väg. Därför borde följa av svensk rätt att konkurrensreglerna tillämpas ex officio på konkurrensbegränsande avtal. Av allmänintresset motiverade "legala förbud" bör föranleda grov ogiltighet av avtal och uppmärksammas

[940] Vad som är skäligt mellan parterna kan dock ha betydelse för vissa följdfrågor, t.ex. om ett avtal ska ogiltigförklaras helt eller delvis och vidare t.ex. för frågor om återgång av prestationer i enlighet med konkurrensbegränsande avtal.

[941] Jfr Darmon (AG) i Bayer v. Süllhöfer (1988) refererad ovan vid not 914.

[942] Dessutom kan de ju inte vara säkra på att sådana avtal står sig, se ovan 6.2.

av domstolarna ex officio om förbudets ändamål och dess effektivitet kräver det.[943]

I NJA 1992 s. 299 fann HD att en överenskommelse som direkt syftar till att skatt ska undandras staten genom att oriktig uppgift lämnas till skattemyndighet får anses civilrättsligt ogiltig enligt allmänna rättsgrundsatser. Vidare framhöll HD att en domstol ska vägra ta befattning med (avvisa) ett yrkande om fullgörelse av sådan överenskommelse, under förutsättning att det otillbörliga syftet framgår antingen av grunderna för yrkandet eller av utredningen i målet.

Detta implicerar för det första att konkurrensstridighet klart bör framgå för att domstol ska kunna tillgripa officialprövning, något som närmare behandlas nedan i kapitel 7. Men för det andra förefaller indispositiviteten aktualiseras först då part(erna) haft ett otillbörligt syfte. Man bör dock observera att EG:s konkurrensregler inte ställer upp "tillbörlighetsnormer", utan snarare offentligrättsliga förhållningsregler och att parternas syfte med avtalet är av underordnad betydelse vid den konkurrensrättsliga förbudsbedömningen. Även om ett avtal som endast syftar till att begränsa konkurrensen är förbjudet, faller också avtal utan sådant syfte, men med konkurrensbegränsande verkan, under förbudet.[944] För att ett avtal ska anses konkurrensbegränsande behöver alltså inte avtalspart vara medveten om de faktiska effekterna av sitt handlande eller att de faktiska effekterna konstituerar att det rör sig om en konkurrensbegränsande överenskommelse.

När en domstol bedömer om parternas överenskommelse syftar till att begränsa konkurrensen bör den alltså fråga sig om det är en klar överträdelse av konkurrensreglerna, och inte, som HD i NJA 1992 s. 299, om parterna uppenbart haft som syfte med avtalet att kringgå eller bryta mot konkurrensreglerna. Även om parternas avsikter med avtalet kan vara av intresse vid bedömningen, är det inte det primära: officialprövningen bör primärt ta sikte på om parternas avtal strider mot konkurrensreglerna och inte om parternas avsikter är kollusiva.[945]

Detta har betydelse också för den billighetsfaktor som aktualiseras vid utrönandet av indispositivitetsgraden av konkurrensrättslig ogiltighet. Eftersom konkurrensreglernas ändamål är att tillgodose allmänintresset (ytterst konsumenterna) och inte partsintressen, är det

[943] Se t.ex. Nial, Legala förbud s. 15. Se också Bramsjö s. 28, ang. varför domstol ex officio måste uppmärksamma avtal om fullgörande av brottsliga handlingar.
[944] Se ovan 2.2.3.
[945] Jfr Westberg, Kulissdom s. 380; Fitger, 4:e avd, I:4; Olivecrona, Rätt och dom s. 194; Boman, Åberopsbördan s. 55 f.

mindre viktigt om domstols officialprövning leder till situationer där part drar fördelar på domstolens ingripande, fördelar som är oskäliga med hänsyn tagen till parts del i konkurrensbegränsningen etc. Tvärtom, som ovan sades, bör strävan vara att ge parter i ett konkurrensbegränsande avtal incitament att bryta det.[946] Mot bakgrund av konkurrensreglernas ändamål har jag således svårt att se annat än att sådant som billighet parterna emellan har mycket begränsad betydelse i sammanvägningen.

Vad gäller alternativa genomdrivningsmekanismer finns åtminstone en jämförelsevis effektiv sådan kopplad till EG:s konkurrensregler. EG-kommissionen, i viss mån kompletterad av vissa av de nationella konkurrensmyndigheterna, har ju det primära ansvaret för att genomdriva EG:s konkurrensrätt. Det är dock svårt att se att EG-kommissionen skulle motivera att konkurrensreglernas ogiltighet kunde göras gällande endast efter åberopande. EG-kommissionen tar upp frågor endast då de innehåller ett tillräckligt mått av gemenskapsrättsligt intresse. Om en fråga inte innehåller ett tillräckligt starkt EG-intresse är EG-kommissionen förpliktad att ta upp den endast om det för den enskilde inte finns tillräckliga remedier på nationell nivå.[947]

Mot bakgrund av att EG-kommissionen fattar ett fåtal formella beslut per år och att kommissionen inte är förpliktad att ta upp ett ärende annat än då det inrymmer ett EG-rättsligt intresse eller då enskild klagande saknar tillfyllest nationellt rättsskydd, förefaller EG-kommissionen överhuvudtaget inte fungera som alternativ till officialprövning i fall då parterna kolluderar. Och det verkar inte vara någon större skillnad i fall när part försummat en konkurrensrättslig aspekt av en föreliggande avtalstvist.

Vidare kan tilläggas att det rent allmänt är opraktiskt att se den centraliserade konkurrensövervakningen och policyutvecklingen som bedrivs av EG-kommissionen som ett alternativ till officialprövning vid nationella domstolar. EG-kommissionen saknar resurser att undersöka alla de avtal i vilka konkurrensstridighet kan tänkas aktualiseras på det nationella planet. Den decentraliseringssträvan som kännetecknat EG-kommissionens och EG-domstolens uttalanden i institutionella konkurrensfrågor den senaste tioårsperioden talar också i riktning mot att EG-kommissionen inte bör ses som ett alter-

[946] Se ovan vid not 938.
[947] Se ovan 2.5.

nativ till nationell domstol, utan som en sidoordnad myndighet.[948] Kommissionen har såsom myndighet delvis andra uppgifter och en annan roll, och dess tillämpning av konkurrensreglerna kan aldrig helt ersätta de nationella domstolarna, eftersom den nationella processen har delvis andra syften.[949]

Slutsatsen blir således att konkurrensstridiga avtal inte bör tillerkännas verkan och de bör föranleda att konkurrensbestämmelserna beaktas ex officio. Detta kan anses följa av förbudsbestämmelsernas ändamål och det krävs för att reglerna ska vara effektiva.[950] Denna slutsats kan tyckas förvånande mot bakgrund av att Van Schijndel-fallet inte förefaller medföra ett krav på absolut indispositivitet i civilprocessen, men är alltså en konsekvens av den elastiska indelning i dispositiva och indispositiva frågor som gäller de lege lata. I sammanhanget kan nämnas att frågan om hur den sålunda konstaterade indispositiviteten bör komma till uttryck – dvs. om EG:s konkurrensregler bör leda till att vissa typer av mål bör behandlas som helt dispositiva eller om konkurrensreglerna bör medföra att vissa moment i ett dispositivt mål behandlas som indispositiva, konsekvenserna av konkurrensrättslig indispositivitet med avseende på olika processuella moment etc – kommer att behandlas i kapitel 7 nedan.[951]

Ytterligare en sak bör dock påpekas här. Ovan sades att det av Van Schijndel- och Kraaijeveld-fallen framgår att nationella domstolar också då det saknas ett ovillkorligt krav att ex officio beakta EG-regler ska beakta EG-regler i den mån den nationella processrätten gör det möjligt. Som ovan sades innebär detta att fakultativa inhemska processregler bör betraktas som obligatoriska i den mån de i det enskilda fallet bidrar till skydd för enskilda EG-anspråk och/eller EG-rättens genomslag. Det är vidare möjligt att detta krav har betydelse också vid *tolkningen* av obligatorisk nationell processlagstiftning som står hindrande i vägen för EG-rättsliga anspråk.[952]

[948] Se ovan 3.1.

[949] Jfr Werlauff s. 55.

[950] Ang. det sistnämnda; man kan liksom Jacobs (AG) hävda att EG-kommissionen ytterst ser till att upprätthålla förbudsbestämmelsernas effektivitet. Av skäl som framförts ovan talar det egentligen starkt för att nationella domstolar officialprövar konkurrensreglerna för att undvika motstridiga avgöranden.

[951] Se också 5.3.2 ovan.

[952] Se t.ex. nedan 8.2.1, 9.2.3, 10.4 och 10.5.

6.4 Begränsningar av indispositiviteten

Ovan kom jag alltså fram till att konkurrensstridighet i form av *avtal* bör vara undandragen parternas processuella dispositionsrätt. Antingen följer direkt av EG-rätten att nationella domstolar är förhindrade att genomdriva konkurrensbegränsande avtal, för vilket dock saknas tillräckligt starkt rättskällestöd, eller så uppnås samma resultat vid tillämpning av de principer som gäller vid behandlingen av liknande inhemska anpråk. Men hur långt sträcker sig indispositiviteten – täcker den kanske endast avtals ogiltighet?

I kapitel 4 kom jag fram till att tredje man kan ha vissa materiella rättigheter i anledning av en överträdelse av konkurrensreglerna. Detta aktualiserar frågan om dispositionsprincipens tillämpning i konkurrensrättsliga tvister som involverar annat än avtalsparter och/eller som rör andra rättsföljder än avtals ogiltighet på grunden konkurrensstridighet. Ett exempel kan vara att tredje man yrkar kontrahering med hänvisning till artikel 86. Andra exempel kan vara när avtalspart yrkar fullgörelse av ett icke konkurrensstridigt avtalsvillkor och när visserligen fastställelse av avtalets ogiltighet yrkas, men på annan än konkurrensrättslig grund. Det kan också vara fråga om att det avtal som tvisten rör inte i sig är konkurrensbegränsande, men att det "implementerat" ett konkurrensbegränsande kartellsamarbete.[953]

Liksom frågan om dispositionsprincipens tillämpning i mål som rör konkurrensstridiga avtal får frågan om parternas dispositionsfrihet i andra konkurrensrättsligt relevanta rättsförhållanden besvaras utifrån först EG-rättens reglering av frågan och därefter utifrån svensk rätts reglering av frågan. När det gäller civilrättsliga konsekvenser av andra konkurrensbegränsningar än avtal finns ingen uttrycklig ogiltighetssanktion att luta sig mot. Rättsföljdssidan blir osäker, även om man kan falla tillbaka på rättsskyddsprincipen och dess krav på ekvivalens mellan civilrättslig sanktion och "rättskränkning".[954] EG-rätten saknar således specifik vägledning med avseende redan på *rättsföljder* på området utanför konkurrensstridiga avtal och det gäller givetvis i än högre grad *dispositionsprincipens* tillämpning i mål där dylika frågor aktualiseras.

Ser man då till den svenska rätten ska, som ovan sagts, de civilrättsliga konsekvenserna av överträdelser av "legala förbud" bestämmas mot bakgrund av förbudets ändamål och effektivitet. Och parts civil-

[953] Ang. frågan om kopplade avtal, se Magnus Gustafsson, Ogiltighet i konkurrensrätten.
[954] Se ovan 4.1.

processuella dispositionsmöjligheter ska bestämmas mot bakgrund av den civilrättsliga förfogandemöjligheten. Detta öppnar för t.o.m. osäkrare resonemang än ovan med avseende på konkurrensstridiga avtal.

En förutsättning för att officialprövning ska bli aktuell i praktiken är att "officialprövningssituationer" uppstår i domstolsprocessen. När det gäller konkurrensbegränsande avtal finns två tunga skäl till indispositivitet; dels finns en kollusionsrisk, dels finns skäl från samhällets sida att lösa en konkurrensbegränsande avtalsbindning. I utländsk praxis och doktrin verkar inte "dolda tredjemansförhållanden" ses som något problem i konkurrensrättsliga tvister. Ett skäl kan vara att det inte finns utrymme för så många "utomobligatoriska situationer" där konkurrensreglerna s.a.s. ligger latenta bredvid en annan rättsgrund i rättsförhållandet. I den mån som tredje man blir utsatt för t.ex. konkurrensstridig säljvägran eller uppmaning till bojkott kommer han sannolikt att väcka talan och åberopa konkurrensreglerna eller avstå från att väcka talan.

Säg dock att den som utsatts för säljvägran yrkar kontrahering och åberopar konkurrensreglerna och sedermera sluter ett förlikningsavtal som innebär att leveranser kommer att ske men att utsatta bruttoprisnivåer ska hållas. Ett sådant förlikningsavtal ska inte godtas av domstol eftersom det i sig innebär en konkurrensbegränsning. Men det som domstolen ingriper mot är då avtalet och inte i och för sig att käranden blivit utsatt för konkurrensstridig säljvägran.

I vissa situationer kan det dock finnas en latent koppling mellan ett omstämt "utomobligatoriskt" rättsförhållande och en utomobligatorisk konkurrensbegränsning som domstolen skulle kunna uppmärksamma ex officio. Säg att käranden yrkar skadestånd för patentintrång och att svaranden invänder att det inte är fråga om något patentintrång enligt tillämplig lag. Domstolen vet då kanske att svaranden möjligen med framgång skulle kunna invända att svarandens eventuella patentintrång kan vara rättfärdigat mot bakgrund av att käranden missbrukat sin patenträtt konkurrensrättsligt och att åberopande och viss utredning skulle kunna föranleda ogillande.

Från ändamåls- och effektivitetssynpunkt framstår det som onödigt att kräva av domstolarna att de betraktar andra konkurrensbegränsningar än avtal som indispositiva. För det första förefaller det, som nyss berörts, vara svårt att via processuella dispositioner kringgå konkurrensreglerna annat än genom avtal. För det andra framstår det som opraktiskt att lägga en undersökningsplikt på domstolarna när det är

fråga om "tredjemansförhållanden". När det gäller avtalsförhållanden har domstolen i allmänhet åtminstone ett avtal att utgå ifrån för att bestämma konkurrensrättsliga överträdelser. Vid utomobligatoriska rättsförhållanden krävs däremot att domstolen antingen spekulerar eller infordrar uppgifter från parterna om förhållanden som kan ha ganska avlägset samband med tvisten, något som kan vara förenat med stora kostnader. [955]

För det tredje är den negativa marknadspåverkan av utomobligatoriska konkurrensöverträdelser mindre grav än de konsekvenser som följer på konkurrensbegränsande avtal mellan företag. Säg att ett företag väcker talan och yrkar att motparten ska förpliktas att kontrahera, men att företaget underlåter att åberopa EG:s konkurrensregler som grund.[956] Säg också att svaranden gentemot ett yrkande om skadestånd i anledning av patentintrång avstår från att åberopa konkurrensreglerna. I dessa fall kommer konsekvenserna av parternas underlåtenhet att åberopa konkurrensreglerna endast att drabba parterna. Motparternas möjligheter att i framtiden missbruka en dominerande ställning eller permanenta en konkurrensbegränsning förstärks inte av att dom avkunnas i strid med EG:s konkurrensregler. Andra tredje män kan oberoende av domen ifrågasätta företagens marknadsuppträdande i framtiden.

Det är t.o.m. tänkbart att de förlorande parterna i processerna kan ifrågasätta det konkurrensbegränsande handlandet i andra avseenden. Den säljvägransutsatte kan t.ex. bearbeta underleverantörer till sin motpart för att förmå dem att leverera produkter till honom och t.o.m. väcka negativ fastställelsetalan rörande giltigheten av eventuella avtal mellan motparten och underleverantörerna.[957] Den skadeståndsskyldige kan oberoende av domen yrka kontrahering och väcka talan om fastställelse av att han för framtiden kan tillverka eller sälja piratdelar

[955] Jfr t.ex. exemplet med patentintrång. För att patentintrång ska godtas med hänvisning till konkurrensreglerna krävs att patenthavaren har dominerande ställning och att han missbrukat sin dominerande ställning. T.ex. kan det behöva visas att den som påståtts skyldig till patentintrång förvägrats licens till patentet av icke godtagbar anledning, eller att de aktuella produkter som framställs inom ramen för patentlicensavtal är oskäligt dyra vid jämförelse med andra likvärdiga, eller motsvarande produkter och att det därför kan vara rättfärdigat att tillverka "piratdelar". Detta kan kräva marknadsundersökningar, prisjämförelser mellan olika produkter etc.

[956] I 10.4 nedan framhålls att svenska domstolar bör bedriva kraftfull materiell processledning, varför ett sådant avstående alltså bör vara medvetet.

[957] Se ovan 4.4 och 4.5.

oberoende av motpartens patenträttighet.[958] I jämförelse med detta framstår konkurrensbegränsande avtal som mer marknadsskadliga, eftersom de möjliggör fastare och mer permanenta bindningar mellan just de parter som har bäst förutsättningar att bryta konkurrensbegränsningen.

Jag skulle därför vilja påstå att behovet av och skälen för officialprövning inte överväger officialprövningens nackdelar i mål där tredje man är ensam part på ena sidan eller där det saknas ett potentiellt konkurrensstridigt avtal. Om tredje man yrkar kontrahering enligt artikel 85 bör inte domstolen ex officio beakta omständigheter och tillämpa artikel 86. Om tredje man yrkar skadestånd för motpartens överträdelse av konkurrenslagen ska inte domstolen utdöma skadestånd för överträdelse av artikel 85 eller 86 om det är omöjligt enligt reglerna för hanteringen av helt dispositiva mål.

När parterna till ett konkurrensbegränsande avtal tvistar om avtalets giltighet eller innehåll eller om sina skyldigheter enligt avtalet, bör konkurrensstridigheten ses som ett indispositivt moment i de allra flesta fall. Ett möjligt undantag skulle kunna vara då parterna till ett konkurrensstridigt avtal tvistar om ett icke konkurrensbegränsande avtalsvillkor. I sådant fall måste bedömas om tvisteföremålet har betydelse för avtalets konkurrensbegränsande delar. I allmänhet brukar väl skilda förpliktelser och rättigheter inom ramen för ett avtal balanseras mot varandra på ett sätt som gör att de har betydelse för varandra. Detta talar för att det konkurrensstridiga momentet bör ses som indispositivt också då avtalsparterna tvistar om icke konkurrensbegränsande villkor i avtalet. Att inte beakta konkurrensstridigheten i sådana situationer skulle kunna medföra att domstolen indirekt genomdriver ett konkurrensbegränsande avtalsvillkor.

6.5 Slutsatser

EG-rättens krav på effektivt genomslag och individuellt rättsskydd medför att nationella processregler ska tillämpas på sådant sätt att de inte förhindrar genomdrivandet av EG-rätten. Bedömningen av om enskilda processuella regler förhindrar genomdrivandet av enskilda rättigheter och reglernas genomslag ska göras mot bakgrund av process-

[958] Annorlunda dock om den första processen gällt förbud för svaranden att i framtiden ägna sig åt patentintrång, eller fastställelse av att svarandens handlande utgör patentintrång.

reglernas roll i den aktuella processen sedd som en helhet, med beaktande av processens förlopp och dess särdrag. Den processuella regeln ska alltså ställas i relation till de materiella regler och de enskilda rättigheter den kan antas motverka.

För att besvara frågan om den svenska dispositionsprincipen försvårar genomdrivandet av EG:s konkurrensregler ska man således se till de praktiska verkningarna av olika processuella regler vid tillämpningen av konkurrensreglerna och bedöma om de motverkar uppnåendet av reglernas ändamål och den enskildes "rättsskydd". I princip innebär detta en jämförelse mellan vad processreglerna tillåter och vad de "borde" tillåta för att optimera konkurrensreglernas effektivitet.

I den mån som en civilprocessuell regel är fakultativ ska den i enlighet med EG-domstolens avgörande i *Van Schijndel*-fallet (1995) tillämpas på sådant sätt att konkurrensreglernas effektiva genomslag tillgodoses. Fakultativa processregler ska förstås som obligatoriska om det underlättar konkurrensrättsligt genomslag och rättsskydd. Av samma fall följer att, som regel, obligatoriska "dispositionsrelaterade" processnormer som motverkar EG-rättens genomslag och effektivt enskilt rättsskydd, inte ska åsidosättas. Starka skäl talar dock för att huvudregeln genombryts när det är fråga om vissa EG-rättsliga regler som anses främja viktiga allmänna intressen. Ovan fann jag att EG-rättens källor är ganska magra, men att det i princip vore självmotsägande att i sedvanlig ordning tillåta processuella partsdispositioner med avseende på konkurrensstridiga avtal.

Från ett svenskt perspektiv förefaller det inte uteslutet utan tvärtom rekommendabelt att frångå den svenska dispositionsprincipen vid tillämpningen av EG:s konkurrensregler. Att inte tillämpa dispositionsprincipen innebär dock inte att man bryter mot den. Den svenska civilprocessen står, vad gäller "dispositionsrelaterade regler" i ett närmast symbiotiskt förhållande till civilrättsliga regler. En partsdisposition är i princip tillåten i civilprocessen om den är möjlig på det civilrättsliga planet. Motsatsvis innebär detta att om ett rättsläge är "indispositivt" på det civilrättsliga planet, parterna inte kan disponera över det i civilprocessen. Enligt svensk rätt borde därför följa att frågan om parternas möjlighet att disponera i strid med konkurrensreglerna i civilprocessen avgörs av deras möjligheter att disponera över reglerna på det civilrättsliga planet. Följaktligen, eftersom tillämpningen av "dispositionsrelaterade" processregler i princip förutsätter att parterna genom avtal eller förlikning kan disponera över sitt rättsförhållande,

uppställer svensk processrätt inga generella obligatoriska regler som förhindrar domstolarna att "officialtillämpa" EG:s konkurrensregler. Frågan bestäms istället av parternas dispositionsmöjligheter över konkurrensreglerna på det civilrättsliga planet, vilket på sätt och vis innebär att man får gå tillbaka en bit i spåret för att bedöma om svenska dispositionsrelaterade processregler tillåter partsdispositioner som är materiellt sett otillåtna.

När det gäller konkurrensbegränsande avtal följer redan av artikel 85(2) och EG-domstolens praxis att de är ogiltiga. Avtal i strid med artikel 86 är med stor sannolikhet ogiltiga i samma omfattning som avtal i strid med artikel 85.[959] Detta kan antas följa direkt av EG-rättens krav på effektivt genomslag. Den svenska rätten ställer inte upp en generell regel rörande de civilrättsliga verkningarna av avtal i strid med "legala förbud". Parts rätt att civilrättsligt och processuellt disponera över sådana avtal bestäms utifrån förbudets effektivitet, dess ändamål, skälighetsbedömningar och alternativa genomdrivningsmekanismer. I och med detta upplöses s.a.s. frågeställningen av sig själv. I den mån som EG-rättens effektiva genomslag motiverar att nationella domstolar tillämpar konkurrensreglerna oberoende av dispositionsprincipen, följer detsamma av svensk civil- och civilprocessrätt. Det kan alltså i detta avseende inte uppstå någon konflikt mellan EG-rättens effektivitet och dispositionsprincipen i svensk civilprocessrätt. De frågor som blir av intresse är istället under vilka förutsättningar EG:s konkurrensregler ska beaktas och tillämpas ex officio, hur officialprövningen lämpligen utformas samt vilken betydelse EG-rättens genomslag har i mål där reglerna inte bör ses som indispositiva.

De två sistnämnda frågorna behandlas nedan i kapitel 7–9 respektive kapitel 10. Den förstnämnda frågan behandlades dock ovan. Jag fann då att överträdelser av konkurrensreglerna bör uppmärksammas ex officio av domstolarna när överträdelserna tar sig uttryck i *avtal*, när den aktuella tvisten involverar parter till detta avtal och tvisten rör just avtalet. Det vore irrationellt att inom civilprocessens ram tillåta parterna att disponera med ömsesidigt bindande verkan för framtiden på ett sådant sätt som är oönskat, otillåtet och ogiltigt på det civilrättsliga planet.

Redan här kan påpekas att, av praktiska skäl och av hänsyn till parterna, domstolarnas officialprövning bör begränsas också då det är

[959] Se ovan 4.2.

fråga om *misstänkt konkurrensbegränsande avtal* med ovanstående kvalificeringar. Det är knappast försvarligt att övervältra hela kostnaden av konkurrensreglernas osäkerhet på parterna i de fall ett inkluderande av konkurrensreglerna kan föranleda tids- och kostnadsmässiga belastningar som är oproportionerliga i förhållande till tvisteförmålets värde och när värdet av ett förhandsavgörande är osäkert. Av samma skäl kan det vara motiverat att avstå från officialprövning när det skulle belasta parterna med oproportionerligt höga utredningskostnader, dvs. då osäkerheten är hänförlig till sakfrågeplanet. Denna problematik utvecklas vidare och utreds i viss mån i kapitel 7.

Här ska dock kort nämnas de mer omedelbara konsekvenserna av officialprövning när den är motiverad av att upprätthålla förbudet mot konkurrensbegränsande avtal och ändamålen bakom förbudet. När konkurrensstridiga avtal är att ses som indispositiva moment kan inte parterna bära *åberopsbördan* avseende införandet av konkurrensrättsligt relevanta omständigheter, konkurrensfakta, i processen. Domstolen bör vara oförhindrad att beakta konkurrensfakta oberoende av parternas åberopande *närhelst omständigheterna aktualiseras* under processens gång. Domstolen är inte bunden av att part *vitsordar* ett prejudicerande rättsförhållande, av parts *medgivande* eller *eftergift* av käromålet, eller av parts *erkännande* av en omständighets rättsliga betydelse. Parts *utevaro* kan inte utgöra grund för en bifallande tredskodom om den reglerar parternas rättsförhållande i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande avtal.

Domstolen bör vidare vara oförhindrad att *höra vittnen utan framställan* av part. Parts *erkännande* är inte bindande för domstolen. Vad gäller *principen jura novit curia* finns ingen teoretisk skillnad mellan dispositiva och indispositiva frågor; däremot kan det påpekas att skäl som kan anföras mot domstolens fria disposition över rättstillämpningen i princip faller bort i hanteringen av indispositiva moment. Domstolens officialprövning blir i detta sammanhang med nödvändighet av defensiv karaktär. Syftet med officialprövningen är att förhindra att konkurrensstridiga avtal genomdrivs, inte att omedelbart genomdriva ett materiellt korrekt rättsläge parterna emellan. Därför kan det knappast bli fråga om att publikt anhängiggöra *yrkanden*.

Detta kan förefalla som långtgående konsekvenser av att kvalificera konkurrensstridiga avtal som indispositiva moment. Det är dock en logisk konsekvens av att parternas utomprocessuella dispositionsfrihet ska stå i överensstämmelse med deras materiellrättsliga förfoganderätt. Eftersom det på det materiellrättsliga planet är helt klart att

konkurrensrättsliga avtal är förbjudna och ogiltiga, finns ingen anledning att tillåta processuella dispositioner som medför en motsvarande och mer effektfull verkan. Det bör också påpekas att officialprövningen är motiverad främst av allmänintresse och mindre av parts- eller tredjemanshänsyn. Anledningen till det är att förbudet mot konkurrensbegränsande avtal är motiverat främst av allmänna samhällsekonomiska överväganden.[960]

Andra konkurrensbegränsningar än avtal bör inte ses som indispositiva moment och föranleda domstols officialprövning. Antagligen aktualiseras sällan sådana konkurrensbegränsningar inom ramen för en "annan tvist". Vidare kan de i allmänhet antas ha en en mindre negativ påverkan på marknaden jämfört med avtal. Dessutom skulle en "officialprövningsplikt" avseende t.ex. utomobligatoriska konkurrensbegränsningar möta en rad praktiska problem i de få fall den kan tänkas bli aktuell.

I vissa fall bör vidare konkurrensbegränsande avtal inte ses som indispositiva moment. Detta gäller främst i lägen när tredje man väcker negativ fastställelsetalan, men det är åtminstone teoretiskt tänkbart att avtalsparter skulle kunna tvista om en avtalsförpliktelse utan samband med ett konkurrensbegränsande villkor i avtalet. En svåruppfylld förutsättning i det sammanhanget borde dock vara att det icke konkurrensbegränsande avtalsvillkoret saknar betydelse för den konkurrensbegränsande delen av avtalet.

Angående dispositionen av den följande framställningen kan sägas att kapitlen 7 t.o.m. 9 ägnas åt frågor som uppkommer då konkurrensstridigheten är att ses som indispositiv. Kapitel 10 rör frågor som aktualiseras när konkurrensreglerna tillämpas dispositivt.

[960] Se ovan 2.2.1 och 4.2.

Kapitel 7: Officialprövning

7.1 Inledning

7.1.1 Allmänt om officialprövning

Rättegångsbalken utgår ifrån en indelning i indispositiva och dispositiva mål.[961] Det avgörande kriteriet för om ett mål faller i den ena eller andra kategorin är om målet kan förlikas.[962] Men RB:s uppbyggnad kan i detta avseende verka alltför kategorisk – det går inte att förena RB:s distinkta uppdelning, baserad på förlikningskriteriet, med den grundläggande idén att parternas dispositionsfrihet och dispositionsbörda på det processuella planet ska överensstämma med deras materiellrättsliga förfoganderätt.[963] Det antas allmänt att ett mer nyanserat synsätt måste anläggas.[964]

I kapitel 5 drogs också slutsatsen att parternas processuella dispositionsfrihet ska överensstämma med deras materiella förfoganderätt. Vidare observerades att den senare rätten i praxis, doktrin och förarbeten tillmäts avgörande betydelse för frågan om ett moment i processen är dispositivt eller inte. På grund av civilrättens utformning på olika områden bör därför inte omfattningen av parternas processuella dispositionsrätt bestämmas enbart på grundval av om det är möjligt att förlikas i målet eller inte. Det vore därför lämpligt att ersätta RB:s två kategorier av mål med, åtminstone, tre kategorier: indispositiva mål, dispositiva mål samt dispositiva mål med indispositiva inslag.

Lindblom talar vidare om två slag av dispositiva mål med indispositiva inslag – som metafor använder han skillnaden mellan "schackrutigt"

[961] Lindblom, Tes s. 52.
[962] Ekelöf/Boman, Rättegång I s. 52.
[963] Se ovan 5.3.
[964] Se t.ex. Lindblom, Processhinder s. 246 och Tes s. 52 f.; Fitger 17:10 f. samt densamme 4:e avd. 1:3 f.

och "grått". Ett schackrutigt mål innehåller både dispositiva och indispositiva moment, men dessa moment är särskiljbara och hänförliga till olika delar av målet. I gråa mål sker en viss officialprövning i hela eller stora delar av målet.[965]

EG:s konkurrensregler aktualiseras på det civilrättsliga planet inom förmögenhetsrätten och i mål som förs i den ordning som gäller för dispositiva tvistemål. I kapitel 6 tog jag ställning till om konkurrensreglerna är indispositiva eller dispositiva i den svenska civilprocessen; att reglerna är civilrättsligt indispositiva kan man utgå ifrån eftersom de har karaktär av starka offentligrättsliga förbud. Jag fann att konkurrensbegränsande *avtal* bör ses som *indispositiva moment*, medan *andra överträdelser* bör vara *dispositiva* mellan parterna.

I detta sammanhang bör framhållas att det förefaller omöjligt att behandla alla avtalstvister med möjlig konkurrensrättslig anknyting som *indispositiva mål*. Eftersom nästan alla avtal av större värde har någon form av konkurrensbegränsande verkan skulle det innebära att en stor del av alla obligationsrättsliga förmögenhetstvister skulle avgöras i den ordning som gäller för indispositiva tvistemål. Detta skulle i sin tur medföra att parternas dispositionsfrihet i processen skulle bli avsevärt mindre än deras materiellrättsliga förfoganderätt. Följaktligen utgör indispositiva moment av konkurrensrättslig karaktär, utifrån Lindbloms kategorisering, svarta schackrutor i för övrigt helt dispositiva mål.

Konkurrensbegränsande avtal tillhör den grupp indispositiva moment som kan vara dolda och därmed svåra att handskas med inom ramen för officialprövning. Ja, det stora problemet i mötet mellan avtals- och konkurrensrätt är att det är svårt för en utomstående icke-part, som t.ex. en domstol, att bedöma om ett avtal kan strida mot EG:s konkurrensrätt. Typiskt sett kan i stort sett alla avtalstyper med förmögenhetsrättsligt innehåll utgöra överträdelser. För att avgöra om ett specifikt avtal verkligen utgör en överträdelse eller inte, och om det således ligger inom parts dispositionsfrihet eller inte, krävs att man känner till dels konkurrensreglernas rättsliga konsekvenser i det enskilda fallet, dels alla faktiska omständigheter som anknyter till fallet.

Tillämpningen av EG:s konkurrensregler i den svenska civilprocessen aktualiserar en aspekt som faller utanför Lindbloms kategorisering

[965] Lindblom, Tes s. 52 f.

av dispositiva mål med indispositiva inslag; och det är *ovisshet*. Lindblom utgår nämligen ifrån att det materiella rättsläget är någorlunda klart. I den mån som förekomsten av det potentiella indispositiva momentet är osäker på sak- och/eller rättsfrågeplanet, vet inte domstolen säkert om den har att göra med ett indispositivt moment eller ett vanligt dispositivt moment. Med utgångspunkt i Lindbloms metafor kan man tänka sig ett täcke över schackbrädet som döljer rutornas färg. Och, för att åskådliggöra att ovissheten om det indispositiva eller dispositiva momentet kan vara av olika styrka, kan man tänka sig att olika delar av täcket har varierande grad av transparens, från genomskinligt till ogenomträngligt.

Man kan jämföra potentiellt konkurrensstridiga avtal med tvister om bättre rätt till lantbruksegendom som överlåtits utan att förvärvstillstånd erhålls.[966] I jordförvärvslagen 13 § st. 1 stadgas att förvärv där förvärvstillstånd saknas är ogiltiga. Det indispositiva momentet, förvärvstillstånd, är oproblematiskt på rättsfrågeplanet: föreligger inte förvärvstillstånd är avtalet ogiltigt. Och på sakfrågeplanet är det lätt att identifiera den relevanta omständigheten – så länge part inte styrker att förvärvstillstånd har erhållits, kan inte parterna förfoga över jordegendomen genom att i processen efterge eller medge eller genom att utebli.[967]

I jämförelse med detta exempel på indispositiva moment inom ramen för dispositiv civilprocess förefaller officialprövning i konkurrenstvister som en opraktisk och svår uppgift. EG:s konkurrensrätt är i många avseenden mycket oklar till sitt innehåll och relevanta konkurrensfakta i den enskilda tvisten kan vara helt undandragna den enskilda processen. Inte sällan erfordras en stor utredningsinsats för att bevisa de relevanta omständigheterna (officialfakta). Det finns på den svenska förmögenhetsrättens område moment som visserligen är indispositiva, men där det är svårt att i det enskilda fallet bedöma om förutsättningarna är uppfyllda. Exempel på detta är avtal i strid med lag och goda seder eller andra, primärt offentligrättsliga, förbud än konkurrensrättsliga. HD förefaller, åtminstone vad gäller avtal ingångna i syfte att undandra staten skatt, ha uppställt ett krav på klarhet som

[966] Se Boman, Åberopsbördan s. 67 för exemplet.

[967] Kan parterna förlikas också om det föreligger ett tillstånd till förvärv? Ja, sannolikt, men det beror väl på om förlikningens innehåll överensstämmer med förvärvsavtalet och detta överensstämmer med de indispositiva förvärvsreglerna.

förutsättning för avvisning, dvs. som förutsättning för officialtillämpning. I fallet NJA 1992 s. 299 framhöll HD att avtalets dolska syfte måste framgå av yrkandet, grunderna eller utredningen i övrigt.

I samma riktning hävdar Boman att, vid vissa slag av indispositiva moment som är just opraktiska och svåra att utröna för domstolen,[968] part bör bära en *informationsbörda* istället för en åberops- och bevisbörda. Trots att det är fråga om potentiella indispositiva moment bör inte domstolen efterforska deras eventuella förhandenvaro.

När jag nu i detta kapitel 7 efter att ha konstaterat att konkurrensbegränsande avtal bör behandlas som indispositiva moment ställer frågan hur svenska domstolars officialtillämpning bör tillgå i konkurrenstvister, är huvudproblemet just osäkerheten med avseende på om ett omprocessat avtal är konkurrensbegränsande och om det därför utgör ett indispositivt moment i den enskilda tvisten. Eftersom det slaget av indispositiva moment är svåra för domstolarna att handskas med, är det kanske näraliggande att välja den lösning som HD föreskriver vid avtal i syfte att undandra skatt samt som Boman förefaller rekommendera i vissa lägen.

Jag har dock funnit anledning att vara skeptisk mot den lösningen. Det starkaste skälet mot att minimera domstolarnas officialprövning genom att t.ex. göra den beroende av ett krav på klarhet eller villkora indispositiviteten med att parterna förebringat processmaterialet, är att det skulle göra officialprövningen ineffektiv. En huvudanledning till att behandla konkurrensbegränsande avtal som indispositiva moment är att parterna annars skulle kunna kolludera, dvs. avsiktligt kringgå förbudet mot konkurrensbegränsande avtal genom processuella dispositioner.[969] De situationer i vilka domstol har störst praktiska svårigheter att lokalisera ett indispositivt moment kan antas vara lägen där parterna har störst kontroll över relevanta omständigheter. Därmed borde också kollusionsrisken vara störst i sådana fall.

För att alltså inte konkurrensreglernas processuella indispositivitet ska bli verkningslös i sådana fall, bör inte officialprövningen begränsas till de situationer där kollussionsrisken är liten – det är inte välbetänkt företagsekonomiskt agerande att kolludera på sådant sätt att det framstår som klart att man söker kringgå ett lagstadgat förbud. En annan sak är att ena parten kan vilja frånträda ett konkurrensbegrän-

[968] Bomans exempel är skuldebrev grundat på en spelskuld, se Åberopsbördan s. 68.
[969] Se ovan 6.3.

sande samarbete och presentera bevisning som visar att avtalet ifråga är uppenbart konkurrensbegränsande. I själva verket kan man anta att den praktiska effekten av ett tydlighetskrav, eller av att processmaterialet är utgångspunkten för officialprövningen, är att officialprövningen blir i hög utsträckning beroende av att ena parten vill komma ifrån avtalet ifråga. Men behovet av officialprövning framstår som mindre då part vill komma ifrån avtalet än när parterna kolluderar eller är omedvetna om avtalets konkurrensrättsliga aspekter.

Enligt min uppfattning bör man inte ge upp möjligheten att tillgripa officialprövning i situationer där båda parter söker kringgå förbudet mot konkurrensbegränsande avtal; man bör inte låta konkurrensrättens indispositivitet i praktiken bli beroende av att en avtalspart vill frånfalla det konkurrensstridiga avtalet. Detta är sagt som en introduktion till de frågeställningar som tas upp i detta kapitel 7 och de olika utgångspunkter som kan användas i diskussionen av officialprövningens utformning.[970]

I kapitlet diskuteras olika officialprövningsmetoder vid tillämpningen av EG:s konkurrensregler. Det jag tar upp i kapitlet är först (7.2) de särskilda problem som uppstår då officialprövning förenas med begäran om *förhandsavgörande* från EG-domstolen. Vid tillämpning av EG-rätt är begäran om förhandsavgörande det givna sättet att handskas med *osäkerhet på rättsfrågeplanet*. Jag kommer där fram till att indispositivitetsbedömningen bör inskränkas ytterligare, dvs. också beträffande konkurrensbegränsande avtal. Officialprövning bör undvikas i de fall det är motiverat vid en sammanvägning av faktorer som graden av misstanke om konkurrensbegränsning, behovet av ett snabbt avgörande samt parternas kostnadsökning i förhållande till tvisteföremålets värde. I viss utsträckning bör också parternas uppfattning beaktas.

I avsnittet 7.3 tar jag upp frågor som uppkommer då officialprövning aktualiseras i tvister där det på grund av *oklarheter på sakfrågeplanet* är osäkert om avtalet ifråga är konkurrensbegränsande. Frågorna här är om parterna eller domstolen ska ha utredningsbördan vid officialprövning och hur en officialprövningsmetod kan och bör utformas med mer eller mindre stöd i RB:s regler och systematik. I detta avsnitt presenterar jag ett förslag till officialprövningsmetodik, vilket är mer ett utkast och en utgångspunkt än ett färdigt förslag.[971]

[970] Ang. utredningsskyldighet i *förvaltningsrätten*, se G. Edelstam s. 104 ff. och s. 187 ff.

Under rubriken 7.4 väcker jag frågan om *avvisning eller ogillande* bör användas som officialtillämpningsmetod, dvs. om det indispositiva momentet ska ses som en processförutsättning eller som en materiellrättslig bifallsförutsättning. I avsnittet redogör jag för de skilda utfall som blir konsekvensen av om konkurrensbegränsande avtal kvalificeras som det ena eller det andra. Jag tar dock inte ställning till det indispositiva momentets lämpliga kvalificering.

I avsnittet 7.5 diskuteras *vilandeförklaring* som inslag i officialtilllämpning och under rubriken 7.6 tas den något aparta, men högst relevanta, frågan om behandlingen av *återgångsyrkanden* upp. Kapitlet avslutas (7.7) med en sammanfattning och en utvärdering.

I det avslutande avsnittet lämnas, igen, många frågor hängande i luften – t.ex. ställningstagandet mellan avvisning och ogillande – och det saknas ett sammanhållet förslag till officialprövning i konkurrenstvister. Det finns två huvudskäl till att inte löpa linan ut. Dels är kapitlet i många avseenden på grund av rättslägets osäkerhet skrivet de lege ferenda; i andra avseenden balanserar framställningen på den otydliga gränsen mellan gällande rätt och rättspolitik. Dels kommer i de påföljande kapitlen att diskuteras aspekter av officialprövning – officialavgörandets rättskraft, möjligheten att angripa avgörandet med extraordinära rättsmedel etc – vilka har betydelse för en sammanhållen analys av officialtillämpningen i konkurrenstvister. Därför hänvisar jag till den fortsatta framställningen för en mer allsidig genomgång av tänkbara officialprövningsalternativ och till slutkapitlet för ett mer bestämt ställningstagande.

[971] Det står ganska klart att RB:s regler inte är avpassade för dispositiva mål med indispositiva moment och att åtskillig oklarhet råder när man diskuterar dylika frågor. Det framstår som meningslöst, och förmätet, att inom ramen för detta arbete presentera ett detaljerat förslag till officialprövning med anspråk på att utgöra gällande rätt och samtidigt sakna förankring i RB. Vidare förefaller det som om indispositiva moment inte är en undantagsföreteelse i den dispositiva civilprocessen i allmänhet och att kanske de offentligrättsliga inslagen blir fler och av ökad betydelse på civilrättens område. På sikt kan man kanske anta att också RB:s regler ändras för att anpassas till "gråa" och "schackrutiga" mål, se Lindblom, Tes s. 51 ff. Därför är framställningen i avsnitt 7.2 och 7.3 nedan att förstå de lege ferenda i många avseenden. Se också nedan i 7.1.2.

7.1.2 Argumentation de lege lata och de lege ferenda

Det är på det rättsteoretiska planet ganska besvärligt att rekommendera lösningar på de problem som uppstår då indispositiva moment med anknytning till EG-rätt förekommer i dispositiva processer. Som ovan sagts utgår RB ifrån en uppdelning i indispositiva och dispositiva mål. Det saknas regler som syftar till att säkra officialprövning i dispositiva mål med indispositiva moment. Om en viss lösning på de frågor som uppkommer framstår som lämplig kan det saknas regler att hänga upp den på.

Den närmare innebörden av EG-rättens krav på effektivt genomslag är svår att utröna långt ner i det nationella processrättssystemets rottrådar. Det är lätt att säga att EG-rätten kräver att det skapas nya processuella konstruktioner ad hoc, om det är vad som krävs för att säkra EG-rättens effektivitet och för att effektivt skydda individuella anspråk. I praktiken finns dock på EG-domstolens sida en viss försiktighet vad gäller att kräva radikala omdaningar av inhemsk processrätt.[972]

Delar av den här boken, och kanske särskilt detta kapitel 7, belastas av två problem som måste ses mot bakgrund av vad som sagts ovan: Vilket stöd ger EG-rättens krav på effektivitet för konstruktionen av processuella lösningar som saknar stöd i RB; och vilket krav på lagstöd finns enligt den rena svenska rätten?

När det gäller just EG:s konkurrensregler är det ännu osäkert om de från ett EG-rättsligt perspektiv ovillkorligen ska behandlas som indispositiva i nationell process. *Van Schijndel*-fallet (1995) tycks ge stöd för att reglerna åtminstone i vissa fall kan behandlas som dispositiva. Å andra sidan tycks det vara klart att reglerna i vissa andra situationer ska behandlas som indispositiva och av fallet *Bayer v. Süllhöfer* (1988) tycks framgå att de bör ses som indispositiva.[973] Det man kan säga säkert är att officialprövning ska tillgripas i de fall den nationella processrätten lämnar utrymme för det. Fakultativa regler ska t.ex. betraktas som obligatoriska i den mån det bidrar till att ge konkurrensreglerna genomslag. Min slutsats i kapitel 6 ovan var dock att, också om konkurrensreglerna enligt EG-rättsliga utgångspunkter inte ovillkorligen är indispositiva, reglerna med avseende på avtal måste behandlas som processuellt indispositiva enligt svensk rätt.

Rättfärdigar en sådan slutsats att man rekommenderar en utformning

[972] Se t.ex. Jacobs (AG) i Van Schijndel-fallet (1995).
[973] Se ovan 6.2.

av officialförfarande som har bristfälligt eller inget stöd i RB:s regler? Först måste framhållas att det antagligen är tveksamt att framföra förslag på officialmetoder som t.ex. officialföreläggande, utan lagstöd och göra anspråk på att uttala sig de lege lata.[974] *Westberg* betonar att, särskilt med hänsyn till officialföreläggandets ingripande karaktär, starka skäl talar för att uttryckligt lagstöd måste finnas.[975]

Ett ytterligare, möjligen formalistiskt, skäl mot att bedriva officialprövning enligt oskrivna förfarandenormer kan stödas på Regeringsformen. I RF 11:4 stadgas att "om rättegången föreskrivs i lag". Detta borde innebära att alla processrättsliga normer, dvs. regler för domstolarnas rättsskipande uppgifter, ska ha lagstöd.[976]

Alltså, när det allmänna *utfärdar* "rättsskipningsnormer" ska lagformen användas. Betyder detta att domstolarna endast får *tillämpa* processnormer som har lagform? Svaret på den frågan måste i princip bli ja. RF 11:4, liksom för övrigt RF 8:2 och 8:3 som också kan noteras i sammanhanget, lägger visserligen endast fast förutsättningarna för tillskapandet av normer. Men domstolarna, liksom andra utövare av offentlig makt, är bundna av legalitetsprincipen i sin rättstillämpning. I RF 1:1 st. 3 stadgas att den offentliga makten utövas under lagarna – och eftersom termen *lagarna* i bestämmelsen rimligen måste anses inkludera RF 11:4 borde följa att domstolarna inte får tillämpa processuella bestämmelser utan författningsstöd.

Visserligen måste man betänka att domstolarna tillämpar normer som saknar lagstöd och som måste hänföras till gruppen rättsskipningsnormer, t.ex. rättskälleregler, metodregler och allmänna processprinciper. Från statsrättsligt perspektiv är det slaget av regler problematiska,

[974] Jfr Westberg, Officialprövning s. 702.

[975] Westberg, Officialprövning s. 702. Westberg diskuterar då visserligen officialföreläggande med avseende på yrkande och i situationer där icke efterkommet officialföreläggande resulterar i vite eller preklusion. I 7.3 nedan diskuteras officialföreläggande med möjlig preklusion som enda konsekvens, men det är givetvis också en ingripande konsekvens för den enskilde. Ang. försiktighet vid utfärdande av sanktionerade officialföreläggande i allmänhet, se RH1995:27.

[976] Se också prop. 1973:90 s. 388, där dep.ch. anför "(k)ravet på lagform bör enligt min mening bara omfatta de bestämmelser som avser domstolarnas rättskipande uppgifter"; samt: "Enligt grundlagberedningens mening bör i RF föreskrivas att bestämmelser om rättegång och om fullföljd till högre rätt skall meddelas i lag. Även jag finner att det från rättsskyddssynpunkt är värdefullt att regeringsformen uppställer krav på att dessa ämnen regleras i lag". Se vidare Strömberg, Normgivningsmakten s. 139, vilken framhåller att RF inte medger delegation av normgivningsmakt på det processrättsliga området. Verkställighetsföreskrifter kan dock utfärdas på lägre konstitutionell nivå och föreskrifter avseende detaljregleringen av domstolsväsendet faller inom regeringens restkompetens enligt RF 8:13.

men det är accepterat att domstolarna använder sig av dem. Men också rena processregler kan vara okodifierade. Ett exempel på detta är kravet på talerätt som saknar uttryckligt lagstöd, men som diskuteras i förarbetena och i diverse kommentarer till RB i samband med 11:e kapitlet. Möjligen skulle man kunna argumentera för att också tillämpningen av okodifierade processnormer är grundlagsenlig med hänvisning till att författningar som visserligen är grundlagsstridiga, men grundlagsenligt tillkomna före RF, enligt övergångsbestämmelser ska tillämpas.[977] Därför kan man kanske hävda att okodifierade processregler kan och ska tillämpas i den mån de accepterades och tillämpades före RF:s tillkomst.

Realistiskt sett måste man också statsrättsligt acceptera att domstolarna utan lagstöd tillämpar regler och principer av nyssnämnda slag. Men man kan givetvis inte, *enbart* utifrån lämplighetsöverväganden trots att visst stöd möjligen finns i EG-rättens krav på genomslag och rättsskydd, tillskapa processrättsliga konstruktioner som inte tidigare funnits. Därför bör läsaren ha i åtanke att åtskilliga ställningstaganden i detta kapitel – främst rörande officialföreläggande och återgångsyrkanden – är att se de lege ferenda snarare än de lege lata.

7.2 Förhandsavgörande och officialprövning – osäkerhet i rättsfrågan

Enligt principen jura novit curia är domstol i alla typer av mål i princip obunden av partsdispositioner på rättsfrågeplanet. Ovan har angivits ett antal inskränkningar i domstolens frihet på rättsfrågeplanet: parterna kan medge, efterge och vitsorda i strid med innehållet i den materiella rätten och detta med bindande verkan för domstolen. Vidare kan påpekas att domstol, i fall av prejudicialverkan, kan vara hänvisad att på grund av tidigare doms positiva rättskraft lägga en annan domstols bedömning av viss fråga i målet till grund för sitt avgörande.

Möjligen kan man på grund av jura novit curia, uttrycka det som att domstol, inom nyss angivna gränser, alltid kan och ska officialtillämpa på rättsfrågeplanet. Vidare kan möjligen hävdas att officialtillämpning på rättsfrågeplanet i mål med indispositiva moment inte skiljer sig från tillämpning av rättsregler i rent dispositiva mål på annat sätt

[977] Jfr t.ex. Strömberg, Normgivningsmakten s. 53 f.

än att rättstillämpningen i de förra fallen kan grundas på icke åberopade omständigheter. Officialtillämpning av rättsregler kan därför möjligen framstå som oproblematisk också i mål med konkurrensrättsliga aspekter; åtminstone kan hanteringen av rättsfrågorna framstå som lika problematisk som i rent dispositiva mål.

Frågan om officialtillämpning av konkurrensreglerna på rättsfrågeplanet har dock vidare implikationer och komplikationer än man kan tro vid första påseendet. Detta gäller särskilt när rättsfrågan är oklar, dvs. när det är osäkert om omständigheterna i målet föranleder slutsatsen att konkurrensstridighet föreligger. Innan dessa implikationer och komplikationer beskrivs vill jag slagordsmässigt ställa upp några hållpunkter för hur domstolarna vid olika grader av osäkerhet bör handskas med (rätts-)frågan: "Föranleder processmaterialet slutsatsen att här föreligger ett konkurrensstridigt avtal"?

I de fall när det är fråga om klara konkurrensbegränsningar bör domstolarna ingripa ex officio. I fall av tveksamma, men misstänkta, konkurrensbegränsningar kan domstolarna hänskjuta frågan till EG-domstolen och låta förhandsavgörandet vara bestämmande. En förutsättning är dock att tveksamheten är hänförlig till just rättsfrågor i målet. Ett förhandsavgörande kan i princip inte avhjälpa osäkerhet i bevisfrågor.[978]

Men när domstolen är osäker på hur rättsfrågan ska bedömas aktualiseras också ett annat slag av officialprövning. Med risk för att vara övertydlig upprepar jag här först att domstol enligt principen jura novit curia givetvis ska beakta konkurrensreglerna ex officio så länge den åberopade faktabasen aktualiserar konkurrensreglerna. Det finns i detta avseende ingen principiell skillnad mellan dispositiva och indispositiva moment. Skillnaden mellan indispositiva och dispositiva konkurrensbegränsningar visar sig på rättsfrågeplanet endast i att de senare förutsätter åberopande för att beaktas. Med avseende på konkurrensbegränsande avtal ska domstolen officialtillämpa på grund av omständigheter så snart de framgår av processmaterialet; det krävs inget åberopande.

Om sålunda domstol finner det helt klart på rättsfrågeplanet att icke åberopade, men förebringade, omständigheter konstituerar ett konkurrensbegränsande avtal ska alltså officialtillämpning tillgripas. Om domstolen är tveksam till om omständigheter som åberopats medför

[978] Se nedan 7.3 ang. gränsdragningen mellan sak- och rättsfrågor samt hur osäkerhet beträffande bevisfrågor vid officialprövning i konkurrenstvister kan lösas.

att ett avtal är konkurrensbegränsande, kan i princip inte råda tvekan över att förhandsavgörande ska begäras. Men om domstolen är tveksam beträffande frågan om åberopade omständigheter *tillsammans med andra omständigheter som framgår av processmaterialet* utgör ett konkurrensstridigt avtal måste domstolens fråga till EG-domstolen *föregås av viss officialaktivitet* på domstolens sida. I tvisten kommer att dras in omständigheter som senare kommer att uteslutas om förhandsavgörandet visar att det inte är fråga om ett indispositivt moment. I det följande avses därför med officialprövning vid osäkerhet på rättsfrågeplanet att domstolen, mer eller mindre preliminärt, beaktar icke åberopade omständigheter; det avses inte att domstolen beaktar rättsregler ex officio.

Man kan säga att det finns en koppling mellan institutet förhandsavgörande och officialprövning. I de fall det indispositiva momentet är osäkert på rättsfrågesplanet kan domstolarna handha osäkerheten genom att begära förhandsavgörande från EG-domstolen. Från parternas synvinkel kan det dock finnas avsevärda nackdelar förenade med att förhandsavgörande inhämtas. Den nödvändiga fördröjning som blir följden av att en fråga hänskjuts till EG-domstolen kan i vissa fall knappast motiveras med hänsyn till tvisteföremålets värde, parternas behov av att tvisten slits snabbt och att kostnaderna minimeras. I vissa fall när det är osäkert om ett visst avtal är konkurrensbegränsande bör, enligt min mening, domstolen avstå från att begära tolkningsbesked trots att det är fråga om tolkningen av regler i Romfördraget.[979] Och detta bör gälla också sista instans, trots att förhandsbeskedsplikten är ovillkorlig.[980]

Ett skäl till detta är att EG-rätten i allmänhet och också konkurrensreglerna ofta har ett mycket osäkert rättsligt innehåll.[981] I princip är det fråga om vem som ska betala priset för att EG-rättens innehåll är osäkert. Man kan inte gärna övervältra kostnaderna för rättsutvecklingen på part i fall när värdet av ett förhandsbesked är tveksamt, när parterna har stort intresse av att tvisten löses snabbt, när tvisteföremålets värde antas vara litet och när åtminstone ena parten motsätter sig ett förhandsavgörande.

Möjligen kan man tycka att det är särskilt viktigt att domstolarna begär förhandsavgörande när de är osäkra på om ett avtal faller under

[979] Jfr artikel 177(1) a).
[980] Se artikel 177(3).
[981] Se t.ex. nedan 8.2.1 och 10.2.

Romfördragets konkurrensregler, eftersom det då t.o.m. kan vara motiverat att genombryta den enskilda dispositionsfriheten för att ingripa mot konkurrensbegränsande avtalsbindningar. Men de skäl som bär upp förbudet mot konkurrensbegränsande avtal och ogiltighetssanktionen har inte samma tyngd när det är fråga om "osäkert konkurrensbegränsande" avtal. Visserligen kan ett avtal eller avtalsvillkor i det här sammanhanget endast vara giltigt eller ogiltigt, det kan inte vara "lite ogiltigt" eller "försvarligt ogiltigt". Men det kan inte vara rimligt att domstolen begär förhandsavgörande varje gång en part för konkurrensreglerna på tal eller domstolen finner den minsta möjlighet att reglerna är tillämpliga. Det måste finnas någon form av substans i misstanken att avtalet ifråga är konkurrensbegränsande. I annat fall finns en risk att officialprövningen motverkade avtalsbildning som är önskvärd från samhällets synvinkel, liksom en risk för att parter kunde komma ifrån för dem oförmånliga, men konkurrensrättsligt korrekta, avtalsbindningar.

Från rättsbildningssynpunkt fyller förstås artikel 177 sin viktigaste funktion i situationer där EG-rättens innehåll är osäkert. Men från parternas perspektiv innebär det att deras tvist offras för EG-rättens utveckling. Man måste därför finna en lämplig balans mellan de behov den enskilda processen ska tillgodose hos parterna å den ena sidan och EG-rätten å den andra. Och det är svårt att motivera en begäran om förhandsbesked i de fall det är mycket tveksamt om EG:s konkurrensregler är tillämpliga, samtidigt som en vilandeförklaring skulle drabba parterna hårt, också i fall när reglerna uppbärs av EG-rättslig "public policy". I förlängningen kan man också anta att den nationella processen skulle fylla sin EG-rättsliga funktion mindre väl om artikel 177 tillämpades strikt. I praktiken kunde det medföra att avtalsparter undviker att lösa konflikter vid allmän domstol och att möjligheten till förhandsavgörande används i spekulationssyfte.

Jag är medveten om att det kan framstå som märkligt att rekommendera domstolar att avstå från att begära förhandsavgörande i fall när det framgår av Romfördragets artikel 177 att de ska eller bör göra det; Romfördragets ordalydelse lämnar inget utrymme för hänsyn till partsintressen i detta sammanhang. Men det är lätt att räkna ut att hela systemet med förhandsavgöranden skulle kollapsa om alla nationella domstolar skulle ställa en fråga till EG-domstolen i alla de fall när det är nödvändigt enligt fördragstexten. Från mitt perspektiv är det i en sådan situation att föredra att man utvecklar principer och ändamålsöverväganden till stöd för i vilka fall man ska tillämpa artikel 177

extensivt, restriktivt och reduktivt (och analogt),[982] framför att låtsas som att alla domstolar i alla lägen bör eller ska begära förhandsavgörande.

Ovan framhölls det viktiga sambandet mellan officialprövning och begäran om förhandsavgörande när det indispositiva momentet är osäkert på rättsfrågeplanet. I princip talar de skäl som ovan anfördes mot begäran om förhandsavgörande också för att "osäkert konkurrensbegränsande" avtal *inte* ses som indispositiva moment, och alltså *inte* heller bör göras till föremål för officialprövning, i de fall osäkerheten är hänförlig till avtalets rättsliga kvalificering under artikel 85(1) eller 86. Detta förutsätter dock, mot bakgrund av vad som framhölls ovan, att det mot bakgrund av parternas behov av ett snabbt avgörande och processföremålets värde framstår omotiverat att begära ett förhandsavgörande. Vidare bör parternas inställning tillmätas viss betydelse. Generellt sett är kanske det följande några utgångspunkter för de situationer i vilka svenska domstolar bör tillgripa officialprövning mot bakgrund av osäkerhet på *rättsfrågeplanet*.

I lägen när det är klart att EG:s konkurrensregler inte är tillämpliga bör givetvis domstolen avstå från att få det konfirmerat av EG-domstolen. I sådana situationer är domstolen också förhindrad att utöva officialprövning; RB 17:3 hindrar domstolen från att beakta icke åberopade omständigheter samt icke framställda yrkanden. De rester av officialaktivitet som domstolen kan utöva också i dispositiva mål ryms inom jura novit curia och, med avseende på bevisning, inom RB 35:6. Parternas inställning bör inte tillåtas påverka den svenska domstolens uppfattning i rättsfrågan, dvs. att det för det första inte är fråga om ett avtal som strider mot EG:s konkurrensrätt[983] och, följaktligen för det andra, det inte är fråga om något indispositivt moment. Exempel på fall av mycket klara "icke konkurrensbegränsande" avtal kan vara kontrakt avseende icke kommersiell verksamhet ingångna mellan subjekt som svårligen karaktäriseras som företag.

När det däremot är klart att EG:s konkurrensregler är tillämpliga bör den nationella domstolen officialpröva oavsett parternas inställning och de processekonomiska behoven. Till de "klara fallen" bör

[982] Se Leur-Bloem-fallet (1997).

[983] Enligt EG-domstolens praxis rörande artikel 177 får nationella domstolar (och ska sista instans) begära förhandsavgörande om domstolarna i de enskilda fallen finner ett förhandsavgörande nödvändigt för att de ska döma i målet. Om misstanken visserligen finns, men är såpass liten att partshänsyn övertrumfar den, är det kanske t.o.m. svårt att hävda att klarhet i rättsfrågan är en nödvändig förutsättning för domstolen att döma.

räknas avtal som faller under de *per se*-förbud som utvecklats i EG-domstolens praxis och avtal som faller under de exempel som uppräknas i artikel 85 och 86.[984] Om det är tillräckligt klart att avtalet ifråga är konkurrensstridigt är det onödigt att begära förhandsavgörande.[985]

Men det är de osäkra fallen som är besvärliga. Säg att det är osäkert om reglerna är tillämpliga och båda parter (efter materiell processledning) motsätter sig att domstolen tillämpar EG:s konkurrensregler på deras tvist. Utgår man ifrån vad som sades ovan om det lämpliga att i vissa lägen avstå från att begära förhandsavgörande, bör inte i sådana situationer domstolen beakta reglerna ex officio om det mot bakgrund av tvisteföremålets värde och behovet av ett snabbt avgörande framstår som betungande att begära förhandsavgörande.

Vid det motsatta förhållandet, dvs. i fall när behovet av förhandsavgörande överväger de nackdelar en begäran om sådant medför, bör domstolen ex officio, utifrån förebragta men inte åberopade omständigheter, beakta konkurrensreglerna och begära förhandsavgörande. Det bör gälla också då det är tveksamt om avtalet är konkurrensbegränsande och parterna motsätter sig såväl att den konkurrensrättsliga aspekten inkluderas i tvisten som att målet vilandeförklaras i avvaktan på förhandsavgörande.

En fördel med en sådan lösning är att processuell koherens uppstår mellan officialtillämpning och begäran om förhandsavgörande. En nackdel är att lösningen förutsätter en svår avvägning på de svenska domstolarnas sida: skilda partsintressen ska ställas mot ett uppskattat värde av ett framtida förhandsavgörande.[986] Processregler, och rättsregler i allmänhet, har som en viktig allmän funktion att minimera individuella avvägningar av ändamål och intressen inom ramen för judiciellt beslutsfattande. I detta sammanhang är dock avvägningar nödvändiga och då är det ändå värdefullt om de avvägningar som föregår officialprövning respektive begäran om förhandsavgörande är koordinerade och koherenta.

Ovan diskuterades situationen då båda parter motsätter sig att EG:s konkurrensregler dras in i tvisten. Säg istället att endast en av parterna motsätter sig att konkurrensreglerna tillämpas. Som ovan sades bör inte domstolen hänge sig åt officialprövning eller begära förhandsbesked om det klart framgår att konkurrensreglerna inte är tillämpliga. I

[984] Se ovan 2.2.3 och 2.2.5.

[985] Ang. principen om acte clair och med den sammanhängande frågor, se t.ex. T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 273 not 1117 m.hvsn.

[986] Ang. avvägningsnormer i allmänhet, se H. Eklund, Inhibition kapitel 7 m.hvsn.

osäkra fall bör utgångspunkten för officialtillämpningen vara om det framstår som motiverat att begära förhandsavgörande från EG-domstolen. Om det är fråga om en misstänkt konkurrensbegränsning och part t.ex. brister i fullgörandet av sin åberopsbörda bör därför domstolen utöva officialprövning genom att beakta omständigheten om det är motiverat att begära förhandsavgörande. Om det mot bakgrund av tvisteföremålets värde och behovet av ett snabbt avgörande inte är försvarligt att hänskjuta rättsfrågan till EG-domstolen, bör inte den nationella domstolen officialpröva, t.ex. ex officio beakta omständigheter.

Men paradoxalt nog kan domstolen i sådana situationer inte gärna avstå från att begära förhandsavgörande för det fall part fullgör åberops- och bevisbörda enligt sedvanliga civilprocessuella regler och sedermera bibringar domstolen uppfattningen att misstanken om att avtalet är konkurrensbegränsande är tillräckligt stark för att begära förhandsavgörande. Ett (initialt) ställningstagande av domstolen att misstanken om konkurrensstridighet är för svag för officialtillämpning och begäran om förhandsavgörande kan inte tillåtas vara ett slutligt avgörande av frågan inom processens ram; avtalets giltighet som rättsfråga lär inom ramen för obligationsrättsliga tvister vara ett moment i saken och bör inte slutligt avgöras förrän efter det att part tillåtits plädera. Part måste ges samma möjligheter att efter egen bedömning genomdriva ett antaget rättsläge oberoende av om domstolen finner det processekonomiskt försvarligt. Antar man alltså att part under processens gång argumenterar så väl att domstolens svaga misstankar att det rör sig om ett konkurrensbegränsande avtal stärks såpass att den finner det nödvändigt att få rättsfrågan klargjord, bör förhandsavgörande inhämtas.

Motparten skyddas i lägen när part gör en felbedömning eller söker förhala och lyckas dupera domstolen, mot konsekvenserna genom att parten senare får bära rättegångskostnaderna. Vidare kan rättsläget regleras interimistiskt.[987]

Avslutningsvis vill jag framhålla att det ovanstående har bäring för alla instanser vid officialprövning. Visserligen är artikel 177 obligatorisk endast för sista instans och fakultativ för andra instanser. Inom ramen för officialprövning borde dock kraven på att begära förhands-

[987] Ang. inhibition i svensk process i allmänhet, se H. Eklund, Inhibition. Ang. frågan om interimistiska åtgärder i nationell domstol vid tillämpning av EG-rättsliga regler, se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 86 ff. Den senare frågan är för närvarande under en mer omfattande utredning av Kenneth Nordback.

avgörande skärpas för andra än sista instans. I ett läge där en domstol är osäker på om ett avtal rent rättsligt är att kvalificera som konkurrensstridigt, och därmed som ett indispositivt moment, borde domstolen vara förpliktad att utnyttja den fakultativa möjlighet som tillhandahålls av artikel 177 under den ovannämnda förutsättningen att de samlade motstående intressena inte väger över.

Ett skäl till stöd för detta är att domstolen genom att avstå från att begära förhandsavgörande eftersätter det inkvisitoriska syfte som följer med officialprövningen; trots att det finns en möjlighet att klarlägga vad som gäller rent rättsligt tar domstolen risken att det verkligen är fråga om ett konkurrensstridigt avtal och därmed risken att begå rättegångsfel.

Vidare är det från processekonomisk synvinkel viktigt att få konkurrensstridigheten klarlagd eller vederlagd på ett så tidigt stadium av processen som möjligt. Dels ökar en underlåten begäran om förhandsavgörande som ovan sades risken för rättegångsfel och därmed risken för återförvisning. Dels kan ett auktoritativt avgörande av EG-domstolen i den ena eller andra riktningen föranleda att domen inte överklagas eller att sista instans kan avstå från att bevilja prövningstillstånd för att möjliggöra förhandsavgörande.

Således menar jag att vid officialprövning också andra instanser än sista ska vara förpliktade att begära förhandsavgörande. Detta har återverkningar bl.a. vid tillämpningen av extraordinära rättsmedel. Nedan framhålls att underlåtet inhämtande av förhandsavgörande i lägre instans under vissa förutsättningar är att ses som rättegångsfel.[988] När konkurrensstridigheten är av dispositiv karaktär kan man dock inte säga att underlåtet inhämtande av förhandsavgörande är att se som rättegångsfel, utom möjligen i särskilda fall.[989]

7.3 Osäkerhet i sakfrågan

7.3.1 Officialprövning och informationsbörda

Boman delar in de indispositiva momenten i två grupper: sådana som domstolen alltid är skyldig att efterforska och sådana vilka det vore

[988] Se nedan 9.2 och 9.3.
[989] Se nedan 10.5.

orimligt att kräva undersökning av i alla fall.[990] Skillnaden mellan dessa grupper verkar betingas av praktiska skäl och av de olika civilrättsliga reglernas konstruktion. När det t.ex. gäller försäljning av fast egendom ska iakttagande av formföreskrifterna beaktas ex officio av domstolarna i alla lägen. Det är en regel som är praktisk, dvs. den är enkel, kostnadseffektiv och lätt att tillämpa. När försäljning av fast egendom aktualiseras vet domstolen att vissa formföreskrifter ska vara uppfyllda och den vet vilka formföreskrifter det rör sig om.

Den andra kategorin kännetecknas däremot av att det indispositiva momentet kan vara svårupptäckt. Man kan med *Boman* tala om att svaranden i sådana situationer har en "informationsbörda", inte för att ytterligare omständigheter åberopas, men för att de tillförs processmaterialet och domstolen "sätts på spåret".[991] Det är kanske svårt att tala om en informationsbörda i de fall parterna medvetet undanhåller det indispositiva momentet för domstolen. Men oberoende av parternas avsikter föranleder undanhållandet ett informationsproblem och utgör ett hinder för domstolens officialverksamhet med avseende på konkurrensstridiga avtal.

Denna begränsning av domstolens undersökningsplikt är praktiskt betingad. Informationsproblemet borde inte medföra någon skillnad med avseende på konkurrensreglernas indispositivitet: domstolen bör t.ex. inte bindas av parternas åberopanden eller yrkande, men dess officialprövning begränsas givetvis till de frågor som är möjliga att uppmärksamma i anledning av processmaterialet i målet.

Man kan anta att konkurrensbegränsande avtal, beroende på avtalstyp och processföremålets utformning, ger upphov till situationer som inryms i båda kategorierna.Vid vissa typer av avtal kan eventuella konkurrensbegränsningar framgå tämligen omedelbart. Säg t.ex. att käranden yrkar skadestånd och åberopar att svaranden brutit mot ett kontraktsvillkor i ett vertikalt distributionsavtal genom att exportera till ett annat EG-land. I sådana fall borde domstolen redan av stämningsansökan förstå att käranden försöker genomdriva ett konkurrensbegränsande avtalsvillkor.

Vidare kan lägen uppstå när domstolen antar att det kan röra sig om klart eller misstänkt konkurrensbegränsande avtal, men där omständigheterna inte är klarlagda. Det ligger förstås nära till hands att sådana situationer uppkommer när avtalets eventuella konkurrensbe-

[990] Boman, Åberopsbördan s. 68.
[991] Boman, Åberopsbördan s. 68 f. Jfr också Fitger 13:12.

gränsande verkan anknyter till omständigheter som inte åberopats av part.

Säg t.ex. att käranden yrkar skadestånd eller leverans vid vite med hänvisning till att svaranden köper mindre kvantiteter öl än han åtagit sig. Svaranden gör inte gällande att ett sådant leveransvillkor kan strida emot artikel 85 eller 86, utan åberopar ändrade förutsättningar eller att avtalet framstår som oskäligt enligt 36 § avtalslagen.[992] I sådana situationer kan det vara svårt för domstolen att veta att avtalet och avtalsvillkoret har konkurrensrättsliga aspekter, utan att ytterligare omständigheter framkommer, som t.ex. att svaranden är förpliktad att endast köpa öl från käranden.

I vissa lägen kan informationssvårigheter orsakas av att parterna söker kolludera genom att avsiktligt undanhålla de konkurrensbegränsande aspekterna av ett avtal från domstolen. Men informationsproblem kan också tänkas uppstå när parterna saknar kollussionsavsikter. I situationer när domstol borde officialpröva och alltså part som har intresse av att få avtalet ogiltigförklarat slipper bära åberopsbördan, kan parten sakna ekonomiska eller praktiska förutsättningar att informera domstolen om relevanta sakförhållanden. Det kan t.ex. vara fråga om att göra jämförelser mellan prissättning inom olika marknader, undersöka prisstabiliteten, hur avtalet påverkat konsumentuppträdandet etc. I de fall parterna söker kolludera eller tvistar om ett konkurrensbegränsande avtals innehåll utan att ifrågasätta dess giltighet, kan naturligtvis den nationella domstolen inte förvänta sig någon hjälp från parterna, oavsett deras förmåga att bidra till utredningen.

Visserligen finns en möjlighet för nationella domstolar att vända sig till EG-kommissionen för att ta del av föreliggande analyser av den ekonomiska strukturen inom olika marknader etc. Men det är en ganska osäker möjlighet[993] och man kan inte anta att svenska domstolar med hjälp av EG-kommissionen och/eller på egen hand ska utreda saksammanhangen bakom möjliga, men av parterna outredda, konkurrensbegränsningar. Detta kan antagligen sägas vara en allmän brist i domstolarnas officialprövningskapacitet.[994]

Jag har svårt att se att konkurrensbegränsande avtal som indispositiva moment när de faller i kategorin svårupptäckta och svårbehandlade, bör bli beroende av parts informationsbörda eller av att de mer

[992] Svaranden kan också utebli eller medge, jfr Boman, Åberopsbördan s. 68.
[993] Se t.ex. Whish, Enforcing Competition Law s. 66.
[994] Se Westberg, Officialprövning s. 834 ff.

eller mindre slumpmässigt råkar framgå av processmaterialet i målet. Som ovan framhållits leder det antagligen ofrånkomligt till att konkurrensreglernas indispositivitet blir verkningslös i de fall parterna kolluderar, eller på annat sätt söker kringgå den materiella rätten, inom ramen för process.

Det är möjligt att man de lege lata måste låta officialprövningen begränsas av vad som framkommit i målet och inte tillåta en vidare officialprövning grundad på domstolens misstankar om okända fakta. Framförallt talar kanske förutsebarhets- och legalitetsskäl för detta. Men samtidigt gör det officialprövningen mindre effektiv än den skulle kunna vara och det är ett problem. Och konkurrensbegränsande avtal är inte det enda indispositiva moment som lider av att RB saknar egentlig reglering för handhavandet av indispositiva moment inom ramen för dispositiva mål. I de följande avsnitten kommer jag att diskutera hur officialprövning bör gå till i de fall osäkerhet råder på sakfrågeplanet. Det bör då beaktas att vissa av de officialprövningsmetodiker som föreslås helt saknar eller har dåligt stöd i RB:s regler och därför i varierande mån bör ses som rekommendationer de lege ferenda.

7.3.2 Informationsbördan och officialföreläggande

Konkurrensreglerna har inte till syfte att förhindra genomdrivandet av andra än klart konkurrensbegränsande avtal. Tvärtom anses det främja det samhällsekonomiska systemet att icke konkurrensbegränsande avtal hålls efter att de ingåtts. Vidare faller konkurrensbegränsande avtal delvis utanför en av kategorierna av "olagliga avtal" som diskuterades ovan i 7.3.1 på så vis att det inte behöver stå klart redan av stämningsansökan att avtalen är förbjudna.[995] Om konkurrensbegränsande avtal utgör indispositiva moment kan de generellt antas vara relativt svårupptäckta – åtminstone om det inom officialprövningens ram upprätthålls sedvanligt beviskrav och åtminstone i mål där parterna kolluderar på ett eller annat sätt.

Detta medför två problem vid domstolarnas officialtillämpning av EG:s konkurrensregler. Å ena sidan finns en risk att avtal undkommer officialprövning i de fall då sådan är mest behövlig, dvs. då parterna kolluderar. Denna risk är överhängande om man villkorar domstolarnas officialprövning med att det ska vara fråga om en klar eller uppenbar

[995] Se ovan 7.3.1.

konkurrensbegränsning. Ja, om domstolarnas officialprövning ska fylla sitt syfte kan man inte kräva att den villkoras av att det är styrkt eller bevisat att det föreligger ett konkurrensbegränsande avtal.[996] I de fall där officialprövning är mest motiverad kan ett högt beviskrav medföra att officialprövning blir ett slag i luften, dvs. då parterna söker uppnå eller fullgöra konkurrensbegränsande bindningar via civilprocessen.

Å andra sidan finns en fara att officialprövning leder till att icke konkurrensbegränsande, kanske samhällsnyttiga, avtal blir ogiltiga. En sådan risk skulle uppkomma om domstol med utgångspunkt i stämningsansökan och oberoende av parternas vidare dispositioner och synpunkter vägrade medverka till att avtalet genomdrivs. Domstolar har sämre möjligheter än part att utreda sakfrågor hänförliga till avtalet. Vidare behöver inte ett avtal som förefaller *per se*-förbjudet faktiskt vara det. Just vid tillämpning av EG-rätt är det särskilt viktigt att parterna ges tillfälle till rättslig argumentation, eftersom den rättsliga materian ger stort utrymme för olika tolkningsalternativ och kan inrymma rättskällematerial som kanske undgått domstolen.

Enligt min mening bör visserligen officialtillämpningen av EG:s konkurrensregler gå till på sådant sätt att den kan förhindra genomdrivandet av konkurrensbegränsande avtal. Men prövningen bör heller inte förhindra genomdrivandet av icke konkurrensbegränsande avtal. Man kan säga att dessa svårförenliga önskemål konstituerar ett krav på att resultatet av officialprövningen bör vara *någorlunda* materiellt riktigt. Det sistnämnda föranleder påpekandet att domstol bör vara försiktig med att t.ex. ogilla direkt utan att utfärda stämning enligt RB 42:5 och att ogilla i tredskodomssituation enligt 44:8 st. 2.[997]

I ett senare avsnitt av detta kapitel väcks frågan om indispositiv konkurrensstridighet ska ses som officialfaktum eller processförutsättning.[998] Utan att på något sätt föregripa senare diskussioner om den frågan ska här bara framhållas att om konkurrensstridighet är att se som processhinder det knappast bör vara av sådant slag att rätten ska avvisa tvisten omedelbart.[999] Detta förefaller motiverat av det skäl som anfördes ovan: officialprövningens inkvisitoriska karaktär medför att det är lika illa att avvisa en gång för mycket som att tillåta konkurrens-

[996] Ang. beviskrav och bevisbörda vid nationell tillämpning av konkurrensreglerna, se också T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 142 f. vid och i not 546.
[997] Jfr dock nedan vid not 1048.
[998] Se 7.4 nedan.
[999] Jfr Fitger 34:66.

stridighet att slå igenom i parternas rättsförhållande via processen. Eftersom officialtillämpning kan innebära ett inte oväsentligt ingrepp i parternas dispositionsfrihet och eftersom det också i de flesta fall kan tänkas gynna en av parterna, bör det t.o.m. vara värre att hindra genomdrivandet av ett icke konkurrensstridigt avtal än att släppa igenom ett konkurrensbegränsande dito.

Utgår man ifrån rättsfaktumet konkurrensstridighet i en civilrättslig och civilprocessuell kontext och beaktar det ovannämnda problemet med ovisshet, förefaller det knappast befogat att ålägga parterna, eller någon av dem, bevisbördan för att det *inte* rör sig om ett konkurrensbegränsande avtal. Bevisbördan bör i vanlig ordning ligga på den av parterna som påstår konkurrensstridighet. För det fall ingen av parterna påstår konkurrensstridighet, men domstolen misstänker sådan, kan man kanske uttrycka det som att bevisbördan ligger på domstolen i dess officialprövningsfunktion. Vad gäller beviskravet för konkurrensstridighet är det, och också det av ovannämnda skäl, rimligt att det ligger på det normala, dvs. "styrkt". Möjligen kan diskuteras om det skulle räcka med "sannolikt" med hänsyn till de svårigheter som kan vara förenade med att bevisa att ett avtal är konkurrensbegränsande, inte minst givetvis för domstolen.[1000]

Mest praktiskt och effektivt vore dock att genom hot om officialtillämpning påtvinga part informationsbördan för att det *inte* rör sig om ett avtal med konkurrensbegränsande verkan. Att på detta sätt "omkasta" bevis-, utrednings- eller informationsbördan förefaller som det enda effektiva alternativet om officialprövning ska kunna motverka kollusivt processande.[1001] Därför bör officialprövningen å ena sidan innehålla en möjlighet för domstolarna att avvisa eller ogilla på blotta misstanken om konkurrensbegränsning; å andra sidan bör parterna ges tillfälle att vederlägga att det rör sig om en konkurrensbegränsning.

Vidare bör officialprövningen ge utrymme för domstol att, kanske lämpligast under förberedelsen, klargöra att talan kan komma att avvisas eller ogillas om inte utredningen kompletteras och/eller att målet kan komma att vilandeförklaras i avvaktan på förhandsavgörande. I

[1000] Jfr Fitger 34:12 f. ang. beviskravet vid processhinder.

[1001] Jfr Boman, Åberopsbördan s. 198 ff. och Agell, Presumtionsansvar s. 23 ff., ang. fördelarna med att i vissa fall separera bevis- och åberopsbördan. Här är inte fråga om någon åberopsbörda utan om att lösa "informationsproblemet" i de fall parter saknar intresse eller möjlighet att utreda omständigheter. Möjligen kan också interventionsinstitutet ha viss betydelse för att lösa frågan.

den mån parterna inte lyckas vederlägga domstolens misstankar genom rättslig argumentation och/eller utredning av sakförhållandena bör domstolen officialtillämpa. Som ovan sagts innebär detta rimligen de lege lata att domstolen begär förhandsavgörande från EG-domstolen om dess misstankar och osäkerhet är hänförlig till rättsfrågeplanet.[1002] Om osäkerheten däremot finns på sakfrågeplanet talar starka skäl för att avvisning eller ogillande bör kunna ske redan utifrån blotta misstanken om konkurrensbegränsande avtal.[1003] Den sistnämnda slutsatsen måste dock karaktäriseras som rättspolitisk av skäl som utvecklas nedan.

En idealisk officialprövningsmetodik med avseende på misstänkt konkurrensbegränsande avtal bör alltså förena möjligheten till officialföreläggande med möjligheten att avvisa eller ogilla vid blotta misstanken om förekomsten av indispositiva moment. Vidare följer rimligen på ett avvisningsbeslut eller en ex officio-dom materiell preklusion av saken, vilket inkluderar omständigheter som inte förebragts av part(erna). Avvisningsbeslut såväl som ogillande dom vinner nämligen rättskraft och prekluderar ny talan om samma sak.[1004]

Westberg framhåller att allmän domstol saknar sedvanerättslig befogenhet att besluta om officialföreläggande, framförallt då ett underlåtet efterkommande av föreläggande leder till preklusion av materiella rättigheter. Han menar att starka skäl talar för att officialföreläggande förbehålls för de fall då uttryckligt lagstöd finns. Vidare menar han att också lagstiftning om officialföreläggande bör begränsas till de undantagssituationer då betydande tredjemans- och allmänintressen gör sig gällande.[1005]

Mot detta kan visserligen anföras att det avseende konkurrensbegränsande avtal tveklöst finns ett starkt allmänintresse, och likaså att tredjemansintresset har viss vikt. Enligt min mening råder rent rättspolitiskt ingen tvekan om att den svenska processrättslagstiftningen borde ge utrymme för officialföreläggande när domstol misstänker att den befattat sig med ett konkurrensbegränsande avtal.

Hur förhåller sig då en officialprövningsmetodik, såsom den fabulerats ovan, till den processrättsliga verkligheten? Ja, det största problemet är givetvis att det saknas uttryckligt stöd i RB för att genom

[1002] Se 7.3.1.
[1003] Se ovan vid not 1437.
[1004] Ang. avvisningsbeslut rättskraft, se nedan 8.3.
[1005] Westberg, Officialprövning s. 702.

officialföreläggande tvinga parterna att presentera bevisning vid äventyr att domstol ex officio avvisar eller ogillar.

RB uppvisar visserligen exempel på officialföreläggande i dispositiva tvistemål. Enligt 42:3 ska domstol förelägga käranden att avhjälpa bristfällig stämningsansökan och enligt 42:4 st. 1 ska ansökningen avvisas om den inte utan väsentlig olägenhet kan läggas till grund för rättegång. Det är möjligt att dessa lagrum i vissa situationer skulle kunna stöda ett officialföreläggande av det slag som diskuterats ovan. Men reglerna tar sikte på oklarheter av ett annat slag, nämligen oklarheter rörande själva processföremålet.

Det är kanske tänkbart att argumentera för att ett misstänkt indispositivt moment måste s.a.s. täckas av stämningsansökan för att inte denna ska anses som ofullständig.[1006] Men, även om det i sådana lägen skulle krävas att käranden utförligt redogör för olika omständigheter som förväntas visa att avtalet inte är konkurrensbegränsande (jfr 42:2 st. 1 p. 2 och p. 3), ger bestämmelsen inte domstolen makt att tvinga fram utredning. Alltså: om käranden skulle åberopa omständigheter som, om de bevisades, skulle visa att avtalet inte är konkurrensbegränsande, kan stämningsansökan framstå som tydlig i så måtto att käromålet är klart. Men detta avklarar bara till hälften osäkerheten som vidhäftar misstänkt konkurrensbegränsande avtal: även om stämningsansökan uppfyller kraven enligt 42:3 och är att anse som fullständig, ligger det i parternas händer att bevisa eller motbevisa omständigheterna ifråga. Det hindrar inte att RB 42:3 och 42:4 kanske kan användas för att rikta parternas uppmärksamhet på eventuella konkurrensrättsliga aspekter av deras tvist.

I 42:4 st. 2 stadgas vidare att stämningsansökan ska avvisas om det är uppenbart att målet på grund av rättegångshinder inte kan tas upp till prövning. Detta lagrum ger visserligen domstol makt att avvisa stämningsansökan om konkurrensstridighet är att se som ett indispositivt moment som konstituerar rättegångshinder. Men lagrummet förutsätter att det för domstolen är *uppenbart* att det är fråga om rättegångshinder – bestämmelsen ger ingen möjlighet till avvisning, och påföljande materiell preklusion, vid *misstanke* om konkurrensstridighet och uteblivet vederläggande av misstanken.

På ett liknande sätt framgår av 42:5 st. 1 att domstol genast, utan att

[1006] Jfr t.ex. NJA 1981 s. 1188 där HD framhåller att 42:4 st. 2 måste förstås i ljuset av att stämningsansökan ska kunna läggas till grund för tredskodom och av att domstolan har stämningsansökan att utgå ifrån vid en eventuell bedömning av processhinder, inklusive litis pendens och res judicata.

utfärda stämning, kan ogilla om det av stämningsansökan framgår att käromålet saknar laga skäl eller om det annars är uppenbart ogrundat.[1007] Inte heller detta lagrum ger utrymme för ogillande direkt på stämningsansökan redan vid misstanke om att tvisten rör ett indispositivt och otillåtet rättsförhållande, särskilt som restriktivitet vid tillämpningen är anbefalld.[1008]

RB 42:8 st. 2 ger vid handen att domstol vid förberedelsen ska, allt efter målets beskaffenhet, verka för att tvistefrågorna blir klarlagda och att parterna anger allt som de vill åberopa i målet. Genom frågor och påpekanden ska domstolen försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i parternas framställningar. Detta lagrum är tydligt avfattat med sikte på rent dispositiva tvistemål. Visserligen stadgas allmänt att domstolens medverkan vid processföremålets klarläggande och fixering ska vara beroende av målets beskaffenhet. Men domstolens aktivitet förutsätts i andra meningen sträcka sig till frågor och påpekanden och i första meningen framgår att bestämmelsens syfte är att få parterna att åberopa allt det de vill åberopa.

Men vilken aktivitetsgrad förutsätts domstolen iaktta när den misstänker att tvisten innehåller ett indispositivt moment för vilket part saknar åberopsbördan, men vars existens behöver och, dogmatiskt uttryckt, skall utredas? Man skulle kanske kunna hävda att tvistefrågorna, innan domstolens misstanke om att avtalet är konkurrensbegränsande har blivit vederlagd, inte är klarlagda. Om målet är *av beskaffenhet* att inkludera indispositiva moment skulle domstolen möjligen kunna vägra att avsluta förberedelsen förrän parterna visat att tvistefrågorna saknar koppling till konkurrensstridiga avtal eller avtalsvillkor.

I det sammanhanget kan också 42:15 noteras, en bestämmelse som ger domstol möjlighet att förelägga part att inom viss tid slutligt bestämma sin talan och uppge de bevis som åberopas, om ett föreläggande befinns påkallat med hänsyn till hur part tidigare utfört sin talan.[1009] Om ett sådant föreläggande inte efterkoms får part inte åberopa nya omständigheter eller bevis, om inte part gör sannolikt att han eller hon haft giltig ursäkt att inte åberopa omständigheten eller beviset. Också detta lagrum tar sikte på helt dispositiva mål och syftar till

[1007] Se Fitger 42:17 f., samt Westberg, Officialprövning s. 600 ff. ang. materiell processledning när käromålet framstår som uppenbart obefogat.
[1008] Se Ekelöf, Rättegång V s. 37 f., samt Fitger s. 42:18. Detta gäller också vid avvisning enligt 42:4 st. 1, se NJA 1981 s. 1188 samt RH 1996:112.
[1009] Ang. detta lagrum se Lindell, Preklusion s. 101 ff.

att motverka förhalning eller annat otillbörligt utnyttjande av processen från parts sida.[1010] Sanktionen är också att part betas möjligheten att åberopa nya omständigheter och ny bevisning.

Skulle 42:15 kunna användas i situationer när domstolen finner behov av att utredningen kompletteras med avseende på förekomsten av konkurrensbegränsande avtal? Ja, först måste påpekas att det i sådant fall skulle vara fråga om en ganska långtgående analogisk tillämpning. RB 42:15 tar ju liksom 42:3 sikte på tvistens omfång och ram. Att parterna *åberopar* bevisning som kanske skulle kunna påvisa avsaknad av konkurrensbegränsning, betyder ju inte nödvändigtvis att part i processen lyckas *påvisa* avsaknad av konkurrensstridighet. Och rimligen måste officialprövningen sträva efter att nå upp till det sistnämnda. Det skulle därför vara fråga om att utifrån en analog användning av 42:15 tvinga parterna att inte bara åberopa, utan också presentera bevisning för rätten under förberedelsen.

Det låter sig knappast göras såsom rättegångsbalken är utformad. Officialföreläggande i syfte att tvinga fram utredning avseende konkurrensbegränsande avtal skulle förutsätta en regel som ger domstolen möjlighet att avvisa eller ogilla talan på blotta misstanken.[1011]

Ovan sades att 42:4 ger möjlighet att avvisa stämningsansökan om det är uppenbart att rättegångshinder föreligger. Vidare sades att 42:5 st. 1 ger möjlighet till ogillande utan utfärdande av stämning om det saknas laga skäl för käromålet eller det annars är uppenbart att det är ogrundat. I sammanhanget bör vidare uppmärksammas att, när det gäller *rättegångshinder*, ska domstol närhelst anledning förekommer ”företaga fråga”.[1012] Detta innebär antagligen att domstolen genom frågor ska efterforska förekomsten av ett processhinder när den misstänker att det kan föreligga ett sådant och samtidigt beviskravet för det misstänkta processhindret inte är uppfyllt.[1013]

Lagrummet ger dock inte stöd för domstolen att avvisa eller tillgripa någon annan sanktion för den händelse dess frågor och efterforskningar blir resultatlösa. Att rättegångshinder ska beaktas av domstolen ex officio framgår av RB 34:1 st. 2, men där stadgas ingenting om vilket beviskrav som gäller för att domstolen ska kunna *officialtillämpa*. Av 34:1 st. 1 framgår endast, som nyss nämnts, att det gäller

[1010] Se Lindell, Preklusion s. 102 m.hvsn.t. prop. 1983/84:78 s. 77, samt Fitger s. 42:45.
[1011] Eller bifalla negativ fastställelsetalan, jfr Fitger 13:12a.
[1012] Se RB 34:1 st. 1.
[1013] Se Lindblom, Processhinder s. 99 not 1.

ett lågt beviskrav för att domstolen ska *fråga* om processhinder. Av ovannämnda skäl kan jag framhålla att det vore önskvärt att beviskravet var lågt också för att officialtillämpa vid misstanke om konkurrensstridighet, oberoende av om sådan ska ses som officialfaktum eller processförutsättning. Men det låter sig sägas att varken 34:1 eller förut nämnda bestämmelser i RB ger stöd för att officialtillämpa vid blotta misstanken.[1014]

Skulle det indispositiva momentet ses som officialfaktum gäller i vissa lägen ett krav på uppenbarhet. I 44:8 st. 2 angående tredskodom stadgas att i den mån kärandens framställning inte innefattar laga skäl för käromålet eller det eljest uppenbarligen framgår att käromålet är ogrundat ska käromålet ogillas. När det gäller oriktiga medgivanden är det oklart om oriktigheten måste framstå som uppenbar för att medgivandet inte ska tillerkännas normal rättslig betydelse eller om man i det sammanhanget ska falla tillbaka på det normala beviskravet "styrkt".

Nåväl, avvisning och ogillande ex officio förefaller i dispositiva tvistemål stundom förutsätta att det indispositiva momentet är uppenbart och i andra fall inte, varför man kan anta att beviskravet "styrkt" eller möjligen "sannolikt" kommer ifråga. Men vid en samlad bedömning framstår det som att det är uteslutet att avvisa eller ogilla ex officio på blotta *misstanken* om förekomsten av ett indispositivt moment. Det verkar som om det ska vara bevisat att tvisten innehåller ett indispositivt moment.

Det borde i sammanhanget inte göra någon skillnad om part(erna) förelagts att presentera ytterligare utredning. Konsekvensen av ett ej efterkommet officialföreläggande enligt 42:15 kan alltså inte bli någon annan än att part blir betagen möjligheten att i processen åberopa nya omständigheter och ny bevisning. Och också detta kan ifrågasättas: i den mån som part senare styrker förhandenvaron av processhinder, måste ett tidigare preklusionsföreläggande sakna verkan. RB 42:15 kan knappast tillåtas prekludera parts, eller domstolens, möjligheter att göra gällande processhinder eller andra indispositiva moment. Lagrummet verkar förutsätta att endast dispositiva moment kan prekluderas – saken ska vara möjlig att ingå förlikning om. Under alla förhållanden verkar 42:15 inte kunna tillämpas analogt vid misstänkta konkurrensbegränsningar av det enkla skälet att det saknas processrättsligt stöd för avvisning eller ogillande på blotta misstanken

[1014] Se också Fitger 34:12.

om existensen av indispositiva moment. Att använda officialföreläggande skulle i avsaknad av avvisnings- och ogillandemöjligheter vara meningslöst.[1015]

Framställningen i detta avsnitt skulle kunna karaktäriseras som ett sökande efter *beviskravet* för konkurrensstridighet när sådan utgör ett indispositivt moment. Jag har kommit fram till att de beviskrav som uppställs för officialtillämpning i RB och i praxis vid liknande indispositiva moment är alltför höga för att officialprövningen ska vara effektiv.

Möjligen kan tillvägagångssättet kritiseras. Det skulle kunna hävdas att beviskravet för konkurrensstridighet är en materiellrättslig fråga, inte en processrättslig, och i den mån beviskravet inte framgår av den aktuella materiella regleringen får beviskravet sättas på en sådan nivå att ändamålen bakom regleringen blir uppfyllda. Detta skulle då kunna motivera att beviskravet för konkurrensstridighet sattes mycket lågt, oberoende av om konkurrensstridighet vore att se som processhinder eller materiellt bifallshinder.

Invändningen mot att utgå ifrån processrättsliga regler vid bestämmande av beviskravet för ett materiellt rättsfaktum har antagligen fog för sig när det materiella rättsfaktumet tillsammans med andra rättsfakta är föremål för en ordinär prövning. När rättsfaktumet däremot läggs till grund för officialtillämpning på grund av bristande utredning av det potentiella indispositiva momentet – och detta borde vara relevant också om konkurrensstridighet skulle utgöra officialfaktum – är det dock underförstått att beviskravet för konkurrensstridighet inte är uppfyllt. Annars skulle ytterligare utredning om konkurrensstridigheten inte vara nödvändig.[1016] Frågan här är alltså inte om beviskravet för rättsfaktumet konkurrensstridighet allena, utan om beviskravet för konkurrensstridighet jämte underlåtenhet att inkomma med en godtagbar komplettering av processmaterialet.[1017]

Därför bör här det som sades strax ovan kompletteras: detta avsnitt innehåller snarare ett sökande efter auktoritativt stöd för att *rättsfaktumet* bristande efterkommande av föreläggande eller anmodan om utredning *tillsammans* med *rättsfaktumet* (endast misstänkt) konkurrensstridighet, skulle kunna föranleda officialtillämpning. Jag skulle

[1015] Här kan återigen poängteras att domstolens efterforskningsskyldighet vid misstanke om processhinder enligt RB 34:1 st. 1, belastas av samma problem som 42:15 vid indispositiva moment, dvs. parts underlåtenhet att bidra med processmaterial är osanktionerad.
[1016] Jfr Lindblom, Processhinder s. 99 not 1.
[1017] Jfr också, återigen, Fitger 34:12.

vilja uttrycka det som att när konkurrensstridighet som tillräckligt rättsfaktum för officialtillämpning inte är bevisad, det istället *borde* utlösa officialtillämpning när bevisvärdet avseende rättsfaktumet konkurrensstridighet är begränsat till domstolens misstanke och samtidigt rättsfaktumet underlåtet eller bristfälligt efterkommande av föreläggande eller anmodan om ytterligare utredning är uppfyllt.

Om man antar att beviskravet för att konkurrensstridighet allena ska utlösa officialtillämpning är det sedvanliga, "styrkt", skulle det vara önskvärt att beviskravet för konkurrensstridighet tillsammans med underlåtenhet i utredningshänseende vore "misstänkt". Problemet här är då att det saknas lagstöd för parternas utredningsskyldighet och framförallt stöd för att åsidosättande av en sådan utredningsskyldighet skulle kunna föranleda officialtillämpning. Som ovan framhållits, finns starka skäl för att uppställa ett krav på lagstöd eller åtminstone stöd i etablerad praxis för ingripande åtgärder mot enskilda. Och för att konkurrensstridighet med ett lägre beviskrav tillsammans med underlåtenhet i utredningshänseende ska kunna utlösa officialtillämpning, borde åtminstone finnas lagstöd för att nämnt slag av underlåtenhet kan följas av officialtillämpning.[1018]

Min slutsats är alltså att svensk processrätt inte tillhandahåller uttryckligt lagstöd för officialföreläggande i situationer när det skulle vara behövligt för att göra officialtillämpning av EG:s konkurrensregler effektiv. Mot bakgrund av att författningsstöd eller åtminstone etablerad praxis krävs, blir svensk domstols officialprövning beroende

[1018] Ett möjligt alternativt synsätt vore att sätta ett så lågt beviskrav på rättsfaktumet konkurrensstridighet som "misstänkt" och se det som att detta rättsfaktum med det låga beviskravet allena skulle utlösa officialtillämpning på grund av att konkurrensstridighet vore bevisad. I sådant fall skulle officialtillämpning vid blotta misstanken om konkurrensstridighet inte vara att se som en rättsföljd som dessutom förutsätter rättsfaktumet underlåten utredning för att utlösas. Därför skulle kanske heller inte officialtillämpning vid blotta misstanken ses som en ingripande sanktion utan lagstöd. EG:s konkurrensregler vore tillräckligt lagstöd för att tillämpa det till dem anknutna, "konstruerade" beviskravet. Detta är måhända en tänkbar lösning på problemet i det fall parterna har motstående ståndpunkter i frågan om konkurrensstridighet; en tillämpning av överviktsprincipen skulle kunna leda till att rättsfaktumet konkurrensstridighet ansågs bevisat med endast en liten övervikt i bevisvärde. Men för det fall svaranden t.ex. vitsordat att avtalet är giltigt, verkar det hårt och en smula märkligt att säga att domstolens blotta misstanke gör att konkurrensstridighet är bevisad. Också det att domstolens misstanke kvarstår efter att parterna lojalt presterat utredning, skulle bevisa konkurrensstridighet. Åtminstone från min synvinkel förefaller det rimligt att antingen se det som att den bristande utredningen tillsammans med konkurrensstridighet borde utlösa officialtillämpning (och då borde det finnas auktoritativt stöd för att bristande utredning kan utlösa officialtillämpning), eller som att en koppling av beviskravet för konkurrensstridighet till domstolens misstanke också den borde kräva stöd i lag eller etablerad praxis.

av existerande regleringars innehåll och utformning. Men kan man då inte argumentera för att EG-rätten med sitt krav på effektivt genomslag bryter igenom den svenska processrättsliga regleringen de lege lata och ger domstolarna makt att utfärda officialföreläggande i den mån det krävs för att effektivt uppnå ändamålen bakom förbudet mot konkurrensbegränsande avtal?

Det är tänkbart, men ganska osannolikt. Visserligen har direkt effektiva EG-bestämmelser företräde framför svenska regler och de principer som kan härledas från EG-domstolens praxis har samma verkan.[1019] Skulle alltså EG-domstolen hävda att nationella domstolar vore förpliktade att inom civilprocessens ram *utreda* fall av misstänkta konkurrensbegränsningar, skulle svenska domstolar kunna använda officialföreläggande. Ett uttalande av EG-domstolen skulle alltså, från ett svenskt perspektiv, åsidosätta kravet på författningsstöd eller uppfylla det.

Men, som jag framhöll i kapitel 6, framgår det inte av EG-domstolens praxis att nationella domstolar skulle ha en utredningsplikt i konkurrenstvister. EG-rättens förhållande till nationella processregler i allmänhet bedöms från fall till fall utifrån den enskilda regelns funktion i förfarandet, förfarandets ändamål etc. Eftersom EG-domstolen i *Van Schijndel*-fallet (1995) verkade acceptera nationella processregler som står i vägen för EG-rättens genomslag när sådana regler är uttryck för parts dispositionsfrihet och den ackusatoriska principen i dispositiva tvistemål, är det svårt att tänka sig att EG-domstolen skulle lägga en utredningsbörda på domstolen i EG-rättsmål. Ser man sedan till det konkurrensrättsliga området förefaller det som att, med visst stöd från *Jacobs* (AG) i ovannämnda rättsfall samt med stöd i fallet *Bayer v. Süllhöfer* (1988), de nationella domstolarnas officialprövningsplikt sträcker sig till att vägra låna sin medverkan till att genomdriva klart konkurrensbegränsande avtal.[1020]

I sammanhanget bör beaktas att det av *Peterbroeck* (1995), *Van Schijndel* (1995) och *Kraaijeveld* (1996) framgår att nationella domstolar ska tillämpa EG-rätt ex officio i den mån den nationella processordningen ger utrymme för det. Kan möjligen detta ge tillräckligt stöd för att utan lagstöd besluta om officialföreläggande, i RB finns ju ingen regel som förbjuder det? Knappast. Kravet på uttryckligt lagstöd för officialföreläggande uppbärs inte enbart av ändamålsskäl,

[1019] Se ovan 4.8.
[1020] Se ovan 6.2.

såsom den enskildes intresse av rättssäkerhet. Som ovan sagts kräver RF 11:4 att regler om rättegången, och om domstolarnas rättsskipningsuppgifter, ska ges i lagform.[1021] Följaktligen kan man säga att svenska domstolar enligt svensk rätt är förhindrade att besluta om officialföreläggande i fall av misstänka konkurrensbegränsningar. Och eftersom svensk rätt inte ger utrymme för sådana beslut följer inte av de ovannämnda avgörandena av EG-domstolen att domstolarna utan lagstöd kan besluta om officialföreläggande. Detta är sagt med avseende på *misstänkt* konkurrensstridighet; vid fall av "styrkt" eller "sannolikt" konkurrensbegränsande avtal är läget ett annat.

Låt mig sammanfatta. Enligt *gällande rätt* saknas i svensk förutsättningar för en officialprövningsmetodik som skulle ge den indispositiva aspekten av konkurrensbegränsande avtal genomslag i den dispositiva civilprocessen. Rättegångsbalken ger helt enkelt inte tillräckligt lagstöd för officialprövning utifrån blotta misstanken om konkurrensstridighet. Därför skulle officialföreläggande enligt 42:15 analogt, eller en extensiv tillämpning av 42:8 st. 2, bli ineffektivt. Det finns visserligen ett antal officialprövningsmöjligheter: avvisning eller ogillande efter föreläggande enligt 42:4 och 42:5 samt öppningen för "filibustering" enligt 42:8. Dessa bör dock enligt gällande rätt, tillgripas *endast* då det är *uppenbart* att tvisten rör ett konkurrensbegränsande avtal, men då part(erna) antas kunna presentera utredning som, åtminstone, visar att avtalet inte är klart konkurrensbegränsande. I dessa fall kan nämligen ett officialföreläggande kompletteras med avvisning eller ogillande omedelbart.

Är konkurrensstridigheten styrkt eller sannolik och saknas anledning att anta att parterna kan vederlägga detta, saknas också anledning att besluta om officialföreläggande. Domstol bör officialtillämpa direkt utan föreläggande. Vidare kan påpekas att institutet *vilandeförklaring* skulle kunna vara användbart som officialprövningsmetod vid osäkert konkurrensbegränsande avtal, och detta möjligen också de lege lata. Detta behandlas ytterligare nedan.[1022]

I detta sammanhang bör framhållas att rättsfaktumet konkurrensstridighet när det kopplas till initialt ogillande eller avvisning enligt 42:4, 42:5 eller 44:8 har ett *högre beviskrav* – uppenbart – i jämförelse med när rättsfaktumet konkurrensstridighet bedöms som ett i sig tillräckligt rättsfaktum för att utlösa officialtillämpning. Oberoende av

[1021] Se ovan 7.1.2.
[1022] Se nedan vid not 1064 och det följande.

om konkurrensstridighet är att se som officialfaktum eller processförutsättning borde beviskravet ligga på styrkt eller sannolikt.

En skillnad mellan att se det indispositiva momentet som bifallshinder respektive processhinder finns dock i så måtto, att avvisning ska ske närhelst under processen som domstolen finner beviskravet uppfyllt. Vidare förefaller det som att beviskravet sjunker från uppenbart enligt 42:4 st. 2 till sannolikt för avvisning efter det att stämning utfärdats. Utgör konkurrensstridighet däremot officialfaktum måste en fullständig sakprövning ske innan domstolen kan ogilla.

En ytterligare och viktigare skillnad i förhållande till processhinder visar sig i det att beviskravet för konkurrensstridighet är uppenbart enligt 42:5 och 44:8. När domstolen bedömer om partsdispositioner som exempelvis medgivanden, erkännanden och icke åberopanden ska underkännas på grund av konkurrensstridighet bör dock rimligen det vanliga beviskravet tillämpas, eftersom det är det beviskrav som bör anses kopplat till konkurrensstridighet som materiellt rekvisit och eftersom officialprövningens syfte är att hindra kringgående av den materiella rätten.[1023] Detta får dock den märkliga konsekvensen att domstol måste lägga parts utevaro till grund för tredskdom också om domstolen finner det sannolikt, men inte uppenbart, att tredskodomen står i strid med EG:s konkurrensregler. Detta kan dock inte gälla när konkurrensstridighet ses som processhinder.

Med avseende på rättsläget *de lege ferenda* vill jag hävda att det bör tillskapas en regel för de besvärliga, osäkra indispositiva momenten där part, enligt nu gällande rätt, i praktiken bär en informationsbörda. Det bör finnas en möjlighet till avvisning eller ogillande utifrån blotta misstanken om förekomsten av indispositiva moment i de fall ett officialföreläggande inte efterkoms eller när den utredning som presenteras inte vederlägger domstolens misstankar. Det förefaller som att en sådan reglering är behövlig också för andra slag av indispositiva moment än konkurrensbegränsande avtal, när sådana moment aktualiseras i ett i övrigt dispositivt förfarande och när de är att hänföra till den kategori av indispositiva moment som, enligt Bomans indelning,

[1023] Observera dock att HD i vissa fall, angivna i avsnitt 7.4, förefaller uppställa beviskravet *uppenbart* för att underkänna t.ex. medgivanden i strid med den materiella rätten. Jag menar visserligen att domstolen är bunden av det beviskrav som ställs upp i de stadganden i RB som möjliggör officialtillämpning i vissa situationer, t.ex. de ovannämnda reglerna 42:4, 42:5 och 44:8. Men när domstolens officialtillämpning grundas på att parts processuella disposition står i strid med ett rättsfaktum som är officialförutsättning måste rimligen det s.a.s. materiella beviskravet gälla för rättsfaktumet.

part i praktiken bär informationsbördan av. I det följande ska jag diskutera hur officialföreläggande de lege ferenda skulle kunna användas vid tillämpning av indispositiva moment i den svenska civilprocessen, och särskilt vid misstanke om EG-rättslig konkurrensstridighet.

7.3.3 Handhavandet av osäkert indispositiva moment de lege ferenda

En officialtillämpningsmetodik de lege ferenda skulle i grova drag kunna utgå ifrån följande hållpunkter. Om domstol skulle finna att ett omtvistat avtal kan vara konkurrensbegränsande bör domstolen kunna anmoda eller förelägga parterna att utreda icke åberopade och/eller outredda omständigheter och bevisning av konkurrensrättslig relevans. Utifrån den stupstockskonstruktion som finns i RB 42:15 borde part eller parterna ha att inom viss tidsfrist komma in med processmaterial för att vederlägga domstolens preliminära uppfattning. I den mån parternas utredning inte vederlägger domstolens misstankar skulle t.ex. en anhängiggjord fullgörelsetalan eller en positiv fastställelsetalan avvisas eller ogillas (ex officio) på grundval av det föreliggande processmaterialet. Och detta bör alltså ske oberoende av om det kan anses *bevisat* att det är fråga om ett konkurrensbegränsande avtal. I linje med med detta skulle vidare en negativ fastställelsetalan rörande avtals giltighet bifallas oberoende av kärandens åberopande och fullgörande av bevisbörda, så länge svaranden inte presenterar material som i tillräcklig grad försvagar domstolens misstankar.

För det fall domstolen på ett senare stadium upptäcker att det kan vara fråga om ett konkurrensbegränsande avtal kan man tänka sig att huvudförhandlingen uppskjuts,[1024] eller att efter huvudförhandlingens avslutande ny eller fortsatt huvudförhandling hålls eller att utredningen kompletteras.[1025] Om konkurrensfrågan upptäcks av högre rätt efter överklagande finns som ovan sagts möjlighet till undanröjande. Eftersom det kan vara fråga om indispositiva moment borde också högre rätt ha möjlighet att infordra komplettering av processmaterialet och avhjälpa underlåten officialprövning utan undanröjande och återförvisning.[1026]

I det följande ska nu utifrån dessa utgångspunkter diskuteras hur de

[1024] 43:11.
[1025] 43:14.
[1026] Jfr RB 35:6 och 50:25 st. 3 och 55:13 e contrario och Welamson, Rättegång VI s. 99 f.

skilda, men sammanknutna, frågorna om osäkerhet på sak- respektive rättsfrågeplanen bör hanteras inom ramen för officialprövning de lege ferenda.

I de fall osäkerheten rörande det bedömda avtalets konkurrensstridighet är hänförlig till *sakfrågeplanet* är domstolen inte behjälpt av förhandsavgörande från EG-domstolen. Detta håller rent principiellt. I praktiken är det dock oerhört svårt att skilja mellan bevis- och rättsfrågor vid tillämpningen av EG:s konkurrensregler. Ta t.ex. det att ett "sammanträffande" mellan olika företag antas indikera att det rör sig om en konkurrensbegränsande överenskommelse i de fall företagen iakttar en likartad prisnivå. Är "sammanträffande" bevisfaktum för rättsfaktat "överenskommelse" eller är det ett konkret rättsfaktum som ihop med andra fakta konstituerar att det rör sig om en överenskommelse? Och skulle den ena eller den andra kategoriseringen enligt svensk rätt ha betydelse för EG-domstolens behörighet att befatta sig med frågan inom ramen för ett artikel 177-förfarande? Detta är frågor som verkar svårbedömda i praktiken, vilket alltså inte hindrar att osäkerhet i sakfrågor inte kan avhjälpas av EG-domstolen rent principiellt.[1027]

Ändå bör domstolens osäkerhet på rättsfrågeplanet kunna inverka på officialprövningen. Domstolen bör t.ex. inte tillgripa officialprövning i de fall då den på grund av osäkerhet på rättsfrågeplanet inte skulle ex officio begära förhandsavgörande. Handhavandet av osäkerhet på bevis- respektive rättsfrågeplanen bör således koordineras.[1028] Är det fråga om ett avtal som endast kan utgöra en misstänkt konkurrensbegränsning också för det fall domstolens misstänksamhet beslades på sakfrågeplanet, bör följaktligen inte domstolen officialtillämpa konkurrensreglerna om det, av skäl som ovan nämnts, framstår omotiverat att begära förhandsavgörande. I fall när part vill få ett sådant anspråk prövat bör han vara hänvisad till att i sedvanlig ordning åberopa omständigheter, bevisa dem och utverka ett förhandsavgörande av rättsfrågan eller att nationell domstol själv tar ställning till rättsfrågan.

Det kan vidare vara rimligt att domstolens officialtillämpning villkoras av parternas möjligheter och kostnader att utreda saksammanhangen i förhållande till tvisteföremålets värde och behovet av ett snabbt avgörande. Säg att domstolen misstänker att avtalet kan utgöra

[1027] Se t.ex. Klami, Monopolium exercere s. 148.
[1028] Se ovan 7.2.

ett klart brott mot konkurrensreglerna, men att det är mycket kostsamt och tidsödande att utreda omständigheter som vederlägger detta och att omständigheterna har ett ganska avlägset samband med själva avtalet. Det kan t.ex. vara fråga om att visa vilka försäljningsvillkor som tillämpats gentemot andra avtalsparter under en följd av år och att visa att dessa inte skiljer sig märkbart från avtalsvillkor som tillämpas på andra jämförbara marknader mellan andra avtalsparter.[1029] Om tvisten rör ett begränsat värde, skulle behöva lösas snabbt och parterna motsätter sig en konkurrensrättslig bedömning och vilandeförklaring, kan det vara motiverat att inte inkludera konkurrensstridighetsfrågan ex officio för att tvinga parterna att utreda rättsläget. Under sådana förhållanden bör part som vill inkludera konkurrensreglerna hänvisas till att utreda sakläget och driva sitt anspråk i sedvanlig civilprocessuell ordning.

Det bör nämligen framhållas att om domstol skulle finna att misstankarna att avtalet är konkurrensbegränsande inte är tillräckligt starka, part trots detta bör kunna välja att driva frågan i enlighet med sedvanliga dispositiva regler.[1030] I likhet med vid osäkerhet i rättsfrågan, men kanske med än större tyngd i motiveringen, bör domstolens (initiala) ställningstagande i bevisfrågan inte avskära part från att s.a.s. självständigt driva frågan i processen. Om part sedermera presenterar bevisning som når upp till erforderlig styrka, kan det medföra att domstolen finner sig föranledd att ändå begära förhandsavgörande av EG-domstolen. Detta kan då anses framtvingat av parts disposition och förankrat i parts privata risktagande. När domstolen vid officialprövning ingriper i parternas rättsförhållande genom att ex officio vägra att genomdriva det eller genom att begära förhandsavgörande krävs någon form av substans i misstanken. När part självständigt väljer att stöda sin talan på konkurrensrättslig grund kan motpartens befogade intresse av ett snabbt avgörande och risken för spekulation motverkas genom rättegångskostnadsreglerna och korrigeras genom domstolens möjlighet att interimistiskt reglera rättsläget.

Det förefaller som det sist diskuterade innehåller två frågor som intellektuellt är svåra att hålla isär. Den ena frågan rör förutsättningarna på sakfrågeplanet för officialprövning; här krävs viss grad (substans) av misstanke från domstolen. Den andra frågan gäller parts rätt

[1029] Jfr t.ex. BRT v. SABAM (1974); Greenwich Film Production (1979); Lucazeau v. SACEM (1989); MTV Europe v. BMG Records (English High Court 25/3 1994).

[1030] Frågan om ett endast tveksamt konkurrensbegränsande avtal hanteras då i den ordning som gäller för andra icke indispositiva frågor. Denna ordning behandlas nedan i kapitel 10.

att, när domstolen funnit att misstanken inte är tillräckligt stark, fortsätta att driva frågan inom ramen för sakfrågan i processen. Om domstolen, som ovan sades, finner att misstanken är för svag för att utlösa en indispositiv hantering, är inte dess bedömning prejudicerande för part. Men bedömningen är inte heller prejudicerande för domstolen: finner domstolen på ett senare stadium av rättegången att det processmaterial som kommit i dagen gör att graden av misstanke kommit över den relevanta punkten, bör domstolen växla från att se den eventuella konkurrensbegränsningen som något dispositivt till att se den som ett indispositivt moment.

Intressant att notera i sammanhanget är att om part valt att föra talan i dispositiv ordning efter domstolens initiala ställningstagande och därvidlag brustit i åberopsbörda för en relevant omständighet, som ändå inkluderats i processmaterialet som bevisfaktum, domstolen borde kunna lägga denna till grund för sitt ställningstagande i indispositivitetsfrågan!

Vidare bör påpekas att beviskravet för temat konkurrensbegränsande avtal måste vara avsevärt lägre som förutsättning för officialföreläggande än som förutsättning för bifall till talan.[1031] Detta borde inte ställa till något större problem: så snart domstolen finner att temat konkurrensbegränsande avtal är bevisat med en styrka som är större än en misstanke (och utlöser officialprövning), men lägre än styrkt, som t.ex. krävs för bifall till en negativ fastställelsetalan, kommer (den "oäkta") informationsbördan i praktiken att hamna hos den part som menar att avtalet inte är konkurrensbegränsande. Man kan t.ex. tänka sig att part tvingas komplettera bevisning på ett mycket sent stadium om domstolen först vid överläggning finner att graden av misstanke har nått officialprövningspunkten. Vederbörande part måste då presentera bevisning som gör att domstolens misstankar hamnar under den punkt då officialprövning utlöses.

7.4 Avvisning eller ogillande som officialmetod

Så här långt har främst diskuterats hur officialprövning bör och kan gå till för att domstol ska kunna hantera potentiellt indispositiva moment på ett ändamålsenligt sätt. Även om många besvärliga frågeställningar har lokaliserats har i framställningen inte berörts den kanske

[1031] Se också ovan 7.3.2.

mest fundamentala frågan, nämligen *vilken form själva officialavgörandet bör ges.*

Vissa gemensamma karakteristika finns hos de indispositiva momenten oavsett om de kommer till uttryck i processförutsättningar eller bifallsförutsättningar: Indispositiva moment bryter igenom civilprocessens dispositiva karaktär. Officialprövningen kan inte villkoras av parts åberops- eller yrkandebörda,[1032] eller av att parterna presterat full bevisning för att det indispositiva momentet är för handen. Vidare bör inte det indispositiva momentet kunna prekluderas i högre rätt.[1033] Men samtidigt bygger RB på en uppdelning av formella och materiella frågor och förfarandeformerna skiljer sig åt med avseende på de båda slagen av frågor. Det kan därför vara av mer än akademisk betydelse att utreda i vad mån ett konkurrensstridigt avtal utgör processhinder eller materiellt bifallshinder, eller, beroende på i vilket sammanhang frågan aktualiseras, både ock.

Det finns dock i svensk processrätt inget generellt svar på frågan om indispositiva moment i ett dispositivt mål ska behandlas som processhinder eller officialfakta. Ovan framhölls också att officialprövning kan komma till uttryck i avvisning eller ex officio ogillande. I det förra fallet ses alltså det indispositiva momentet som processförutsättning. I det senare är det indispositiva momentet "officialfaktum", en materiell bifallsförutsättning. I det följande ska jag kort beskriva ogillande och avvisning som officialprövningsformer enligt svensk rätt.

I detta sammanhang bör observeras att *Lindblom* menar att processhindersinstitutet de lege lata, om möjligt, bör undvikas, samt att det bör avskaffas de lege ferenda.[1034] Han framhåller att användningen av processhinder kan begränsas enligt gällande rätt genom användning av bl.a. jura novit curia och genom att omklassificera processhinder till officialfakta. Lindblom anför att det är svårt i enskilda fall att kvalificera en fråga som tillhörande processhinders- respektive sakprövningen och att kvalificerandet har betydelse för parterna, på grund av de olika förfarandeformernas olikartade utformning.[1035]

Lindblom uttalar sig vidare med avseende på den fråga som diskuteras i det följande: "I de fall då det är oklart om ett rättsfaktum skall uppfattas som ett processhinder eller som en fråga rörande själva

[1032] Ang. den senare termen, se Westberg, Officialprövning s. 67 f.

[1033] Jfr t.ex. Welamson, Rättegång VI s. 83 ang. tillämpningen av RB 50:25 st. 3 i indispositiva tvistemål.

[1034] Se Lindblom, Processhinder, särskilt s. 230 ff.

[1035] Lindblom, Processhinder s. 230 ff.

saken bör naturligtvis valet träffas mot bakgrund av vilket av de båda regelsystemen som är mest ändamålsenligt för handläggning och avgörande av ifrågavarande spörsmål."[1036] Detta är givetvis en lämplig approach också vid bedömningen av om omständigheten "konkurrensstridigt avtal" ska ses som ett processhinder eller som officialfaktum och föranleda avvisning respektive ogillande. I detta avsnitt ska jag kort redogöra för hur indispositiva moment behandlas i svensk processrätt för att i de påföljande kapitlen 8 och 9 återkomma till skillnader i utfall mellan processförutsättningar och materiella bifallsförutsättningar. I det sammanhanget återkommer jag bl.a. till flera av de frågor som väckts av Lindblom.

Avvisning är det slag av officialtillämpning som enligt den traditionella uppfattningen ska användas vid "otillbörliga", "olagliga" eller annars "förbjudna" yrkanden.[1037] HD framhöll t.ex. i NJA 1992 s. 299 att yrkanden grundade på avtal som har till syfte att undanhålla staten skatt ska avvisas när det otillbörliga syftet framstår som uppenbart av yrkandet eller grunderna för talan. Det är dock inte självklart att yrkanden stödda på konkurrensbegränsande avtal ska avvisas. Vissa yrkanden *kan* inte avvisas med hänvisning till att de grundas på "olagliga" avtal. Ett sådant exempel är fallet då käranden väcker negativ fastställelsetalan, dvs. yrkar fastställelse av att avtal är ogiltigt på grund av att det strider mot ett "legalt förbud".[1038] Ett besvärligare fall utgör situationen där käranden yrkar återgång av prestation med hänvisning till att det avtal som han presterat enligt är konkurrensbegränsande och ogiltigt.[1039]

I NJA 1997 s. 93 uppmärksammade ex officio tingsrätten att den aktuella tvisten rörde ett entreprenadavtal som slutits och fullgjorts under tid när käranden var belagd med näringsförbud. Tingsrätten avvisade därför fullgörelseyrkandet. HD fann att i undantagsfall talan i anledning av ett påstått avtal kan avvisas därför att sökandens anspråk inte sanktioneras av rättsordningen och att domstolen av denna anledning ska vägra ta befattning med yrkandet. En ytterligare förutsättning för avvisning på denna grund är att avtalet är ogiltigt och saknar rättsverkan därför att det strider mot lag eller goda seder. HD framhöll vidare, med hänvisning till NJA 1992 s. 299, att en avvisning

[1036] Lindblom, Processhinder, s. 331.
[1037] Jfr t.ex. RH 1988:130.
[1038] Se Fitger 13:1 ff. Detta har berörts i förbigående ovan bl.a. vid not 1011.
[1039] Se nedan 7.6.

förutsätter att avtalets innehåll är av otillbörlig karaktär och att detta uppenbart framgår antingen av grunderna för yrkandet eller av utredningen i målet.

Med avseende på avtal som innebär överträdelse av näringsförbud menade HD det inte är klarlagt i lag, lagförarbeten eller rättspraxis att sådana avtal är ogiltiga eller "hur en eventuell ogiltighetspåföljd i sådant fall skall närmare utformas". Vidare menade HD att det inte i målet var klart om det förekommit någon överträdelse av näringsförbudet. Därför borde alltså inte talan ha avvisats.

Men när part yrkar fastställelse av rättsförhållande som står i strid med civilrättsligt indispositiva moment kan talan också *ogillas* och även i övrigt ger RB och praxis stöd för att yrkanden kan ogillas när en bifallande dom skulle medverka till ett rättsläge som står i strid med starkt tvingande lagregler eller när tillämpning av dispositionsprincipen skulle möjliggöra partsdispositioner som inte är tillåtna på det civilrättsliga planet. Enligt RB 42:5 st. 1 kan domstol ogilla direkt på grundval av stämningsansökan, dvs. utan att utfärda stämning, om stämningsansökan inte innehåller "laga skäl" för yrkandet eller det annars är uppenbart att käromålet är ogrundat. I NJA 1993 s. 319 använde tingsrätt och hovrätt detta lagrum till stöd för ogillande efter att genom officialprövning ha underkänt medgivande i strid med parts civilrättsliga förfoganderätt.[1040]

I NJA 1986 s. 205 var fråga om att parterna försökte kringgå formföreskrifterna rörande fastighets(åter-)förvärv, först genom att utverka en tredskodom på annullering av fastighetsförsäljning och sedan genom medgivande i hovrätt och HD. HD fann först att medgivandena inte kunde läggas till grund för dom i målet och därefter att tredskodom som meddelas mot svaranden ska ogilla käromålet i den mån stämningsansökan inte innefattar laga skäl eller om käromålet uppenbarligen är ogrundat.[1041] HD menade att samma sak som hindrade att medgivande kunde grunda bifall till yrkandet utgjorde hinder mot att meddela tredskodom och ogillade käromålet.

Var det i fallet fråga om två alternativa rättsliga grunder som motiverade officialprövning i skilda former, ogillande vid svarandepartens utevaro enligt 44:8 st. 2 respektive avvisning vid kollusivt medgivande? Eller är det kanske hugget som stucket om ett medgivande i

[1040] Så kan man rimligen tolka tingsrättens domskäl i NJA:s referat.
[1041] RB 44:8 st. 2.

strid med parts civilrättsliga förfoganderätt ska medföra att yrkandet ogillas eller avvisas?

Också NJA 1986 s. 741 gällde tvist om rätt till fastighet. Kärandena yrkade fastställelse av att en viss hyresfastighet ägdes gemensamt, med en tredjedel var, av dem och svaranden tillsammans. Enligt köpekontraktet var svaranden köpare, men kärandena menade i praktiken att svaranden uppträtt som bulvan för dem när han i eget namn förvärvade fastigheten Först i HD invände svaranden att kärandenas påstådda förvärv av andelar i fastigheten var ogiltiga eftersom de inte erhållit förvärvstillstånd enligt lagen om förvärv av hyresfastighet m.m.

HD fann, liksom i NJA 1986 s. 205, att formkraven vid förvärv av hyresfastigheter tillvaratar så viktiga allmänintressen att domstol även i dispositiva mål har att ta ställning till om förvärvet är ogiltigt på grund av hyreslagstiftning också utan invändning av part. HD ogillade fastställelsetalan. I ljuset av dessa båda fall kan man sluta till att formföreskrifterna vid fastighetsköp är indispositiva moment och att de ska behandlas som officialfakta. Om själva grunden till kärandenas talan hade konstituerat processhinder skulle talan ha avvisats enligt 55:15, den dåvarande lydelsen av 50:26 samt 59:1.

NJA 1987 s. 167 rörde ett fastighetsköp där den angivna köpeskillingen i strid med JB 4:1 var lägre än den faktiskt avtalade. HD framhöll att avtalet kunde ogiltigförklaras på talan av part, men ogillade yrkandet om fullgörelse av betalning avseende den ännu ej erlagda delen av köpeskillingen.

Man kan också notera den av *Westberg* påpekade möjligheten till officialprövning som består i att avvisa (oriktigt) medgiven fastställelsetalan på grund av bristande fastställelseintresse enligt RB 13:2.[1042] Denna utväg framstår dock som något av "mattflykt" i sammanhanget. Om parterna försöker kolludera i strid med privaträttsliga regler har de naturligtvis intresse av att få "ett nytt rättsläge fastställt". Framförallt bör det komma till uttryck i domskälen om domstolarnas officialverksamhet betingas av att ett avtal är otillbörligt. Att under sådana förutsättningar med stöd av 13:2 och med hänvisning till att det påstådda rättsläget är otvistigt mellan parterna avvisa en fastställelse-

[1042] Westberg, Kulissdom s. 366 ff.; jfr Welamson, Rättspraxis III s. 516. En i sammanhanget intressant fråga är om medgiven fastställelsetalan innehåller dilatorisk eller peremtorisk brist enligt RB 13:2; dvs. skulle samma talan kunna upptas om medgivandet återkallas? Jfr f.ö. Westberg, a.a. s. 365 not 22 ang. frågan om ett vid stämningsansökan bifogat medgivande är processuellt eller materiellt.

talan implicerar att talan skulle kunna bifallas om den bestreds av svaranden.

Här bör vidare påpekas att dispositioner i strid med legala förbud inte nödvändigtvis är indispositiva i civilprocessen, ja, de behöver inte ens vara civilrättsligt ogiltiga.[1043] I NJA 1992 s. 717 var fråga om ett avtal som innehöll en potentiell betalningsutfästelse vilken befanns strida mot förbudet i ABL 12:7 st. 3 för aktiebolag att låna ut pengar för att låntagaren ska kunna förvärva aktier i bolaget. Domstolarna ägnade stort utrymme åt frågan om betalningsutfästelsen på grund av detta var ogiltig. HD slog fast att betalningsutfästelsen i det enskilda fallet var ogiltig och yrkandet ogillades därför. Frågan om en betalningsutfästelse i strid med ett legalt förbud konstituerade processhinder för talan om fullgörelse av utfästelsen berördes inte.

Möjligen kan man anta att låneförbudet i aktiebolagslagen uppbärs i högre grad av tredjemans- än allmänintresset i jämförelse med t.ex. avtal i syfte att undandra staten skatt eller i syfte att kringgå JB:s formkrav. HD framhöll i NJA 1992 s. 717, efter att ha konstaterat att en rättshandling i strid med låneförbudet i princip bör vara giltig, att det finns fall "då den rättshandling som strider mot låneförbudet företagits *under sådana förhållanden* att den till vars förmån den skett inte har något befogat anspråk på att få åberopa rättshandlingen".[1044] Ingenting i domskälen tyder dock på att, ens då betalningsutfästelse sker under sådana förhållanden att den kan vara ogiltig, utfästelsen är att ses som ett indispositivt moment i processuellt hänseende. I den mån ytterligare omständigheter måste åberopas för att ogiltighet på grund av överträdelse av förbudet i ABL 12:7 st. 3 ska aktualiseras, ligger bestämmanderätten i händerna på part.[1045]

För att återkoppla till val av officialprövningsmetod när det verkligen föreligger ett indispositivt moment, kan man mot bakgrund av det ovanstående framhålla att svensk rätt inte innehåller ett entydigt ställningstagande till frågan om domstols officialprövning ska resultera i avvisning eller ogillande. Detta kan också uttryckas som att rättsordningen inte tillhandahåller ett klart svar på frågan om avtal i strid med ett "legalt förbud" eller ett indispositivt moment ska ses som ett processhinder eller ett materiellt rättsfaktum.[1046] Frågan är då vilken official-

[1043] Jfr ovan 6.3.
[1044] Min kursiv.
[1045] Jfr NJA 1998 s. 99.
[1046] Jfr Lindblom, Processhinder s. 246 f.

prövningsmetod som ska användas när EG:s konkurrensregler aktualiseras som indispositiva moment. Bör konkurrensbegränsande avtal jämföras med avtal tillkomna i syfte att undanhålla staten skatt? Eller bör de jämföras med avtal om köp av fast egendom i strid med formkrav?[1047]

RB ger tveklöst domstol möjlighet att ogilla enligt RB 42:5 st. 1 när det redan av stämningsansökan framgår att fullgörelseyrkandet stöds på ett avtal som är konkurrensbegränsande per se.[1048] Vidare framstår det som klart att domstol kan ogilla i tredskodom under i princip samma förutsättningar enligt RB 44:8 st. 2.[1049] Å andra sidan verkar avvisning böra tillgripas då sakprövning skulle medföra risker för rättsskipningens anseende. Åtminstone förefaller praxis stöda ett sådant påstående. Men i den mån som parternas handlingar anses "förbjudna", inte för att de är osedliga eller brottsliga utan av andra skäl, är det kanske inte lika viktigt att domstolen avvisar ett yrkande.[1050] Dock framhöll HD i NJA 1997 s. 93 att avvisning kan tillgripas avseende anspråk som saknar rättsordningens sanktion. Och detta verkar passa in på konkurrensbegränsande avtal.

Det är ändå svårt att tänka sig att domstols sakprövning och "officiala ogillande" av yrkanden om fullgörelse av konkurrensbegränsande avtal skulle fläcka rättsskipningens anseende. Det förbjudna med sådana avtal är inte hänförligt till föremålet för avtalet, som exempelvis vid avtal om sexuella tjänster eller indrivningsverksamhet. Det samhälleligt oönskade är snarare kopplat till vidden av parternas bundenhet. Konkurrensreglerna syftar inte till att motverka avtalsbundenhet i sig eller till att avhålla företag från transaktioner rörande vissa produkter och tjänster. Konkurrensbegränsande avtal är lättare att jämföra med t.ex. avtal som är ogiltiga på grund av att formföreskrifter inte iakttagits.[1051] Och även om man skulle hålla det för otillbörligt

[1047] Jfr också NJA 1998 s. 99.

[1048] Se dock ovan vid not 997 ang. lägen när det konkurrensbegränsande momentet är osäkert.

[1049] Observera att det är olämpligt att avgöra mål utan att erhålla parts synpunkter när det är fråga om tillämpning av EG-rättsliga regler. EG-rättens inneboende osäkerhet ger stort utrymme för argumentation och litet utrymme för tveklösa domssyllogismer. Se ovan 7.3.2.

[1050] Jfr dock Olivecrona, Rätt och dom s. 194 och Larsson, Partshandlingar s. 19 not 4, vilka menar att alla uppenbart oriktiga medgivanden är ägnade att dra ett löjets skimmer över domstolarna om de läggs till grund för dom. De säger dock inte om yrkanden bör ogillas eller avvisas.

[1051] Jfr t.ex. NJA 1987 s. 167.

att parter uppnått en avtalsbundenhet som strider mot ett klart förbud i Romfördraget, så är det tveksamt om avvisning skyddar rättsskipningens anseende mer än ett ogillande.[1052] Också ogillande ex officio uttryckligen grundat på avtalets konkurrensbegränsande karaktär tillgodoser ett eventuellt behov av rättsmaskineriets reaktion mot avtalet.

Eftersom svensk rätt alltså inte ger något entydigt svar på frågan om i vilka fall olika "olagliga avtal" ska drabbas av avvisning respektive ogillande, kommer jag i de påföljande kapitlen 8 och 9 att diskutera utslaget av de olika officialprövningsmetoderna vad gäller rättskraftsverkan, möjligheten att angripa dom med extraordinära rättsmedel vid underlåten officialprövning och hur väl respektive metod tillgodoser parts behov att visa att det inte är aktuellt med officialprövning. Diskussionen kommer att föras mot bakgrund av vad som framstår som rimligt och önskvärt för att säkra konkurrensreglernas genomslag.

Följande kan dock mot bakgrund av vad som sagts ovan tas till utgångspunkt för svenska domstolars tillämpning av EG:s konkurrensregler. Domstolarnas officialprövning bör komma till uttryck antingen i avvisning eller ogillande av fullgörelseyrkanden när de grundas på konkurrensbegränsande avtal. Negativa fastställelseyrkanden avseende avtals giltighet ska bifallas. Eftersom det är fråga om officialprövning och officialtillämpning ska i princip avvisande respektive ogillande ske oberoende av parternas processuella dispositioner. Domstolen ska alltså agera t.ex. oberoende av parts åberopande, medgivande och erkännande. Det innebär att officialtillämpning ska tillgripas oberoende av på vilket stadium av processen som domstolen blir medveten om att det kan röra sig om ett konkurrensbegränsande avtal.[1053]

Mot bakgrund av vad som sagts i avsnitt 7.3 ovan bör avslutningsvis påpekas att officialtillämpning de lege lata aktualiseras när beviskravet *styrkt* eller *sannolikt* är uppfyllt, utom i de fall domstol ges möjlighet att officialtillämpa initialt enligt 42:4, 42:5 eller 44:8. I de senare fallen krävs att konkurrensbegränsningen är *uppenbar*, utom för det fall konkurrensstridighet ses som processhinder och det föreligger en tredskodomssituation. Här föreligger en skillnad med avseende på processhinder i så måtto att beviskravet styrkt eller sannolikt kan antas vara tillräckligt för ogillande. På rättsfrågeplanet bör redan

[1052] Jfr Lindblom, Processhinder s. 235.
[1053] Se t.ex. nedan vid not 1308.

domstolens misstanke utlösa officialprövning, om inte motstående intressen skulle föranleda domstolen att inte begära förhandsavgörande.

7.5 Vilandeförklaring

Vilandeförklaringsinstitutet i RB 32:5 kan i flera avseenden aktualiseras vid officialtillämpning av EG:s konkurrensregler. För det första måste vilandeförklaring beslutas i samband med att beslut fattas om inhämtande av förhandsavgörande från EG-domstolen. Som ovan framhållits bör en svensk domstol inhämta förhandsavgörande när det är tänkbart men osäkert på rättsfrågeplanet att EG-regler är tillämpliga i målet. När det är fråga om EG-regler, som artiklarna 85 och 86, vilka är att se som indispositiva i vissa avseenden finns än starkare skäl att inhämta förhandsavgörande vid tveksamhet på rättsfrågeplanet.

Enligt ordalydelsen är inte RB 32:5 alldeles lättförenlig med att vilandeförklaring kan ske i avvaktan på förhandsavgörande. Bestämmelsens första led stadgar att vilandeförklaring får ske om det för prövning av målet är av synnerlig vikt att fråga, som är föremål för annan rättegång eller behandling i annan ordning, först avgörs. Detta led är inte omedelbart tillämpligt i förhandsavgörandelägen eftersom det innan begäran om förhandsavgörande beslutats inte pågår annan rättegång vars avgörande är av synnerlig vikt för målets prövning. Det är dock antagligen möjligt att tillämpa bestämmelsen analogt. *Ekelöf* framhåller att bestämmelsens ordalydelse inte formellt täcker det fall då dom över fråga i en annan rättegång endast skulle ha bevisverkan i målet – RB 32:5 täcker endast fråga som är "föremål för annan rättegång", inte fråga som är "föremål för *prövning* i annan rättegång".[1054] Antagligen menar Ekelöf med detta att den fråga som avhandlas i den andra processen ska vara prejudicerande i målet för att vilandeförklaring ska kunna ske enligt ordalydelsen av RB 32:5, medan om domen i det andra målet endast har bevisverkan, bestämmelsen måste tillämpas analogt med stöd i motiven.[1055] Följer en sådan skillnad av att termen "föremål för rättegång" använts istället för "föremål för prövning i rättegång"? Kanske; jag har dock inte av motiven kunnat utröna att

[1054] Ekelöf, Rättegång V s. 168 not 20.
[1055] Se PLB s. 359 f.

det vid den andra domens prejudicerande verkan är fråga om direkt tillämpning av bestämmelsen och analog tillämpning i fall då den andra domen endast har bevisverkan.[1056]

Detta har nu inte så stor betydelse; RB 32:5 anses tillämplig, kanske analogt, också då avgörandet av fråga i annan rättegång kan ha bevisverkan i målet.[1057] Att det är möjligt att tillämpa regeln analogt framgår vidare av att det anses möjligt att vilandeförklara mål redan innan det andra målet med den prejudiciella frågan anhängiggjorts, om den ena parten förklarar sig ämna väcka talan omedelbart.[1058] Denna situation liknar mycket läget vid begäran om förhandsavgörande, med den skillnaden att det i det senare fallet är domstolen som förutsätts vara aktiv och inte part. Följaktligen borde det falla redan inom det första ledet av 32:5 att domstol kan vilandeförklara vid begäran om förhandsavgörande.

Vidare borde annars det andra ledet av 32:5 vara tillämpligt. Detta led tar fasta på andra längre varaktiga hinder mot handläggningen än fråga som är föremål för annan rättegång. I motiven exemplifieras hinder med allvarlig sjukdom eller längre utlandsresa på parts sida och med att parterna inlett förlikningsförhandlingar.[1059] Att nationella domstolar enligt artikel 177 i Romfördraget begär förhandsavgörande borde vara att se som ett hinder av längre varaktighet i den mening som avses i 32:5. Det bör också påpekas att det i förarbetena till EG-lagen framhölls att det inte fanns behov av speciella regler – utöver de som redan fanns i främst RB och förvaltningsprocesslagen – i anledning av domstolarnas möjlighet att begära förhandsavgörande från EG-domstolen. Dock lämnades frågan öppen för förnyade överväganden om behov av avvikande reglering skulle visa sig.[1060]

Det är alltså oproblematiskt att tillämpa RB 32:5 i samband med begäran om förhandsavgörande. Men kan vilandeförklaring tillgripas också i samband med *officialprövning*? Ja, om den nationella domstolen är tveksam över om det rör sig om ett konkurrensstridigt avtal och om tvekan är hänförlig till rättsfrågeplanet allena, aktualiseras ju

[1056] Se PLB s. 359 f. PLB framhåller på s. 360 att domstolen vid bedömning av vilandeförklaringsfrågan när den andra domen har bevisverkan i målet, bör tillmäta parternas uppfattningar stor betydelse. Trots att 32:5 är fakultativ, kan detta tyda på att bestämmelsen är analogt tillämplig i när den andra domen endast har bevisverkan i målet. Se också Fitger s. 32:11.

[1057] Se Ekelöf, Rättegång V s. 168; PLB s. 359 f.; Fitger s. 32:11.

[1058] Ekelöf, Rättegång V s. 168; PLB s. 360.

[1059] PLB s. 360.

[1060] Se prop. 1994/95:19 s. 528.

vilandeförklaring åter i samband med begäran om förhandsavgörande.

När domstolens bedömning av konkurrensstridigheten däremot är osäker på sakfrågeplanet borde de lege ferenda, i enlighet med vad som ovan sagts, parterna föreläggas att motbevisa domstolens misstankar. Det är möjligt att vilandeförklaring vore ett tänkbart alternativ till officialföreläggande – med den skillnaden att det enligt 32:5 finns utrymme att vilandeförklara utan att fastställa en tidpunkt då handläggningen ska återupptas.[1061]

I sammanhanget är det intressant att jämföra med situationen i NJA 1975 s. 115. I det fallet var fråga om huruvida en amerikansk medborgare skulle utlämnas till USA i anledning av brott som han påstått begått, samt på grund av ett häktningsbeslut av amerikansk jury. Den amerikanske medborgaren hävdade att processmaterialet som föregått häktningsbeslutet visade att han var oskyldig till de brott han åtalats för. HD fann det otillfredsställande att ta ställning till utlämningsframställningen utan att kunna bedöma invändningen mot juryavgörandet. HD anmälde till regeringen frågan om att utfå material från det amerikanska häktningsförfarandet. Regeringen överlämnade sedermera en not från USA:s ambassad med besked att handlingar inte skulle utlämnas.

Två justitieråd i HD framhöll att det faktum att "central bevisning" för tillfället inte står till buds är ett sådant hinder för handläggningen som avses i 32:5. Vidare påpekades att "(d)en omständigheten att det skulle vara kostsamt att skaffa fram för skuldfrågan viktig bevisning kan – vilket på förekommen anledning bör framhållas – för svensk rättsuppfattning icke betraktas som ett skäl att avstå från sådan bevisning". De båda dissidenterna förutsåg visserligen att hindret ifråga – överlämnande av utredningsmaterial från USA:s ambassad – kunde antas vara av längre varaktighet, men att det inte helt kunde uteslutas att ett överlämnande skulle ske. Vidare fann de att den amerikanske medborgarens reseförbud borde kvarstå under tid som skäligen kunde erfordras för utredningsmaterialets anskaffande, lämpligen sex veckor.

Den situation som kom under HD:s bedömning i fallet är visserligen ganska olik officialtillämpning av konkurrensreglerna i civilprocessen, men den visar ändå på att vilandeförklaringsinstitutet *de lege lata* kan användas för att framtvinga mer eller mindre nödvändigt utredningsmaterial, låt vara från annan än part. HD:s majoritet fann

[1061] RB 32:5: "målet skall vila i avbidan på hindrets undanröjande".

dock att "även om oklarheter föreligger som kan inge viss tveksamhet", kan "det i utlämningsärendet föreliggande materialet icke (–) anses utvisa att juryavgörandet (–) är uppenbart oriktigt".[1062] Hinder för utlämning befanns inte vara för handen.

Det bör här påpekas att det inte kan föreligga någon tvekan om domstols möjlighet att vilandeförklara mål om *part åberopat* bevisning som behöver utredas närmare. Nödvändigheten av att få omständigheter klarlagda och att detta tar tid borde då ses som ett hinder för prövning av talan, utan att det finns någon omedelbar koppling till officialprövning.[1063]

Men vilandeförklaring kan också förenas med officialtillämpning de lege lata, dvs. då det på sakfrågeplanet framstår sannolikt att det är fråga om ett konkurrensstridigt avtal. Ovan sades ju att det kan finnas anledning att låta parterna motbevisa konkurrensstridighet i sådana situationer. Oberoende av om ogillande eller avvisning används som officialtillämpningsmetod kan man tänka sig att domstolen vilandeförklarar målet och ger parterna möjlighet att utreda och visa att deras avtal inte är konkurrensbegränsande i det fall det är nödvändigt med respit och det kan antas vara meningsfullt. I princip är antagligen RB 32:5 förenlig med detta; det enda problematiska är för domstolen att göra en realistisk prognos av parternas möjlighet att inkomma med kompletterande bevisning inom rimlig tid.

Jag övergår nu från situationen där officialprövning aktualiserats i anledning av en klar överträdelse till situationen där domstolen endast misstänker konkurrensstridighet. Mot bakgrund av minoritetens uppfattning i NJA 1975 s. 115 vore det kanske tänkbart att domstolen vilandeförklarade tills parterna visade att avtalet *inte* var konkurrensbegränsande, också de lege lata.

Möjligen låter sig detta motiveras av processekonomiska skäl. *Fitger* påpekar nämligen att det kan vara mycket svårt att bedöma om mål bör vilandeförklaras i lägen där det kan antas att utredningen inte är komplett och det kan antas att det finns omständigheter som dels inte kan avvisas enligt RB 35:7, dels inte kan förväntas läggas fram under lång tid.[1064] Förutom 35:7, som möjliggör för domstol att avvisa

[1062] Welamson, Rättspraxis II s. 140, menar i en kommentar till fallet att det kan förmodas att majoriteten menade antingen att vilandeförklaring saknade utsikter att leda till att utredningsmaterialet presenterades, eller att vilandeförklaring i ett sådant sammanhang inte borde utnyttjas som påtryckningsmedel.

[1063] Jfr t.ex. NJA 1979 s. 715 samt NJA 1970 s. 299.

[1064] Fitger s. 32:13.

bevisning som är meningslös i målet, kan bevisning prekluderas i högre rätt enligt RB 50:25 st. 3. Men detta gäller endast i mål där förlikning är tillåten och kan knappast vara tillämpligt på indispositiva moment i i övrigt dispositiva mål. Skulle part i överrätt presentera bevisning som visar att saken belastas av ett konkurrensstridigt avtal, vilket utgör ett indispositivt moment, kan inte gärna bevisningen anses prekluderad.[1065] Det borde i sammanhanget inte spela någon roll om part tidigare uttryckligen avstått från att göra gällande konkurrensstridighet. Indispositiviteten tillgodoser inte primärt parts intresse. Ganska starka processekonomiska skäl talar följaktligen för att vilandeförklaring eller officialföreläggande kunde tillgripas tidigt i rättegången för att framtvinga utredning från parterna också där konkurrensstridigheten är tveksam. Parts kollusionsönskan kan ju under processens gång avta, av olika skäl.

Alltså, i konkurrenstvister vid svensk allmän domstol kan vilandeförklaring komma ifråga i samband med begäran om förhandsavgörande samt för att tillåta part(erna) att bevisa något som för domstolen förefaller vara en klar och tydlig konkurrensbegränsning.[1066] Vilandeförklaring kan också ske i ytterligare en situation. Enligt EG-kommissionens meddelande om samarbete med nationella domstolar förklarar sig kommissionen stå till tjänst med upplysningar, på såväl rättssom sakfrågeplanen, till nationella domstolar som är i behov av det.[1067] Även om det förefaller som om EG-kommissionen främst förväntar sig formlösa förfrågningar från nationella domstolar finns anledning att anta att svenska domstolar, åtminstone av hänsyn till parternas befogade intresse av att ta del av det möjliga beslutsunderlaget, hellre formaliserar eventuella kontakter med EG-kommissionen. Men officiella förfrågningar kan ta tid och kräva att tvisten vilandeförklaras. Utifrån *Edelstams* begreppsbildning kunde EG-kommissionen ses som en domstolssakkunnig, vars utlåtande är av synnerlig vikt för prövning av saken.[1068] Och inhämtande av tidskrävande sakkunnigutredning kan utgöra grund för vilandeförklaring.[1069]

Ett problem värt att notera i samband med vilandeförklaring är att

[1065] Jfr Lindell, Preklusion s. 99 f.

[1066] Att vilandeförklaring kan ha betydelse i olika processuella sammanhang har visats av Lindblom. Se Den farliga formalismen t.ex. s. 293, där han förordar att litispendensinstitutet ska ersättas eller kompletteras med vilandeförklaring.

[1067] Se ovan 3.4.

[1068] Jfr H. Edelstam, Sakkunnigbeviset s. 232 ff., samt Lindell, Preklusion s. 249 not 59.

[1069] Se Ekelöf, Rättegång V s. 166 och jfr PLB s. 360.

mål med anknytning till EG-rättsliga regler kan komma att vilandeförklaras i ytterligare lägen. Förutom vilandeförklaring på grund av att vissa konkurrensrättsliga aspekter vållar osäkerhet i sak- och rättsfrågan kan andra sådana aspekter uppkomma som vållar osäkerhet i andra avseenden. Det finns alltså skäl att vara försiktig med att vilandeförklara.

7.6 Återgångsyrkanden

Ett centralt ställningstagande i denna bok gjordes i kapitel 6 ovan, när jag kom fram till att konkurrensstridiga avtal bör ses som indispositiva moment och alltså beaktas ex officio av domstolarna också i för övrigt dispositiva tvistemål. Hittills i kapitel 7 har jag diskuterat formerna för och omfattningen av svenska domstolars officialprövning vad gäller just konkurrensstridiga avtal. Diskussionen har kretsat kring vad som kan karaktäriseras som en *utgångspunkt* (domstolarna får inte medverka till att genomdriva konkurrensstridiga avtal) och tänkbara *strategier* (hur domstolarna undviker att genomdriva sådana avtal).

Ur en synvinkel har den givna utgångspunkten begränsat framställningen i detta kapitel. Visserligen bör givetvis domstolarnas officialprövning i första hand koncentreras till att undvika medverkan till legalstridiga partsdispositioner. Men domstolsprocessen kan aktualiseras också i skeden där det förbjudna redan inträffat och då glider perspektivet från domstolarnas officialfunktion som s.a.s. prospektivt inriktade bromsklotsar, till frågorna om den civilrättsliga regleringen och den civilprocessuella behandlingen av redan inträffade negativa konsekvenser av ett konkurrensbegränsande avtal. Låt mig konkretisera detta något.

Jag kom alltså ovan fram till att konkurrensstridig ogiltighet enligt svensk rätt ska beaktas oberoende av åberopande och att konkurrensstridiga avtal är ogiltiga från ingåendet, ex tunc. Säg att det för fem år sedan slutits ett avtal med en klausul som förbjuder parallellimport, att underleverantören brutit mot klausulen och att producenten yrkar kontraktuellt skadestånd. Om domstolen oberoende av svarandens åberopanden och invändningar vägrar att genomdriva klausulen, har givetvis domstolens officialprövning betydelse för framtiden. Käranden/producenten kommer inte att kunna upprätthålla klausulen i sitt

förhållande med underleverantören och kanske endast med svårighet i sina förhållanden till andra underleverantörer.

Den av domstolen ex officio konstaterade ogiltigheten får på sådant sätt verkan *ex nunc*. Men ogiltigheten ska ju ha verkan ex tunc – hur behandlas avtalsklausulens konkurrensbegränsande verkningar med avseende på den femårsperiod som löpt från avtalets ingående till ogiltighetens konstaterande? Man kan här tänka sig att leverantören vill få ersättning för utebliven vinst i anledning av förbudet mot parallellimport, att producenten då hela avtalet är ogiltigt omedelbart stoppar leveranser för vilka betalning erlagts, att båda parterna under olika förutsättningar hävdar att motparten kan göra en obehörig vinst etc.

Det väcker följande frågor: Hur regleras redan inträffade verkningar av konkurrensbegränsande avtal? Hur regleras mer specifikt frågan om återgång av erlagda prestationer enligt konkurrensbegränsande avtal? Och aktualiseras i sammanhanget någon form av officialprövning?

Det bör påpekas att frågan om återgång i princip är materiellrättslig. Den har dock en nära koppling till officialprövning i det att den fokuserar det moment av ett konkurrensstridigt avtal som redan inträffat och som, om det inte hade inträffat, i princip bort förhindrats i domstol oberoende av partsdispositioner. Frågan förtjänar därför att diskuteras i detta sammanhang.

Liksom med avseende på dispositionsprincipens tillämpning vid konkurrensrättslig ogiltighet finns ingen EG-rättslig reglering av frågor som återgång av prestationer enligt konkurrensbegränsande avtal och liknande. Det som finns är de övergripande kraven på individuellt rättsskydd och effektivt genomslag samt kraven på likabehandling och genomdrivbarhet. Genomgående i denna bok har upprepats att dessa krav riktas mot de regler som på det nationella planet fyller ut enskilda anspråk med EG-rättslig grund. För att utreda frågan om återgång måste alltså återigen den svenska civilrättsliga regleringen, nu avseende just återgång och liknande frågor, utgöra basen.

Huvudregeln vad gäller svensk rätt torde vara att prestation som skett enligt ett avtal som befunnits ogiltigt ex tunc ska återgå. Om återgång är praktiskt omöjlig ska ersättning för det utgivnas värde utgå.[1070]

Ett första undantag till denna huvudregel *kan* gälla med avseende

[1070] Jfr Adlercreutz s. 224; Nial, Legala förbud s. 16 ff. Jfr också ang. återgång efter hävning Rodhe, Obligationsrätt s. 424 ff.

på prestationer som erlagts enligt otillbörliga eller annars från allmän synpunkt förbjudna avtal, en kategori som bl.a. inrymmer pactum turpe. *Bramsjö* framhåller som skäl mot återgång värnet av domstolarnas värdighet, att "offentligrättsliga" ingrepp sker i annan ordning, samt att ogiltighetssanktionen kan motverkas om den återbäringsskyldige hellre än att återbära utför sina förpliktelser enligt avtalet.[1071] Möjligen ska återgångskrav *avvisas* när "rättskipningens anseende" kan antas ta skada av att domstolarna befattar sig med dem. Detta kan komma ifråga när det som återkrävs utgjort en del av ett brottsligt eller omoraliskt handlande. Exempel på detta skulle vara pokerinsatser, betalning för sexuella tjänster eller betalning för indrivningsverksamhet.[1072]

Men den knapphändiga doktrinen inrymmer olika uppfattningar om huruvida prestationer enligt avtal som är ogiltiga på grund av otillbörlighet eller legalförbud ska undantas från återgångsplikten. Enligt en annan ståndpunkt än den ovan redovisade ska återgång av prestation i enlighet med avtal alltid ske om avtalet ogiltigförklarats, vilket borde innebära att den ovan nämnda huvudregeln inrymmer också avtal som är ogiltiga på grund av otillbörlighet och/eller legala förbud.[1073] Att avvisning ska ske av återbäringskrav i dylika situationer kan visserligen härledas till romersk rätt och har förvisso i olika former moderna motsvarigheter i kontinental civilrätt.[1074] Men *Nial* framhåller att denna uppfattning inte upprätthålls i svensk rätt och att den är oriktig, åtminstone vad gäller konsekvenserna av avtal som är ogiltiga på grund av att de strider mot "legala förbud".[1075] Han menar att ett återbäringsförbud skulle medföra att förbjudna avtal i praktiken skulle bli giltiga.[1076]

I rättsfallet NJA 1989 s. 768 biföll också HD ett yrkande om återgång av spelinsats. HD framhöll att återgång motverkade att part

[1071] Bramsjö s. 60.

[1072] Se rättsfall refererade i detta avsnitt samt NJA 1992 s. 299, samt Fitger 13:11 f.

[1073] Se Nial, Legala förbud s. 13 f. och s. 16.

[1074] Se Nial, Legala förbud s. 11 ff. samt van den Heuwel, Civil-Law Consequences s. 172 ff. Se också Adlercreutz, Om nullitet.

[1075] Nial, Legala förbud s. 13 f. Jfr också Nials responsum i NJA 1992 s. 717 på s. 721 ang. situationen där avtal i strid med ett legalt förbud inte bör ses som ogiltiga och alltså inte kan föranleda återgång, men där part å andra sidan heller inte kan förpliktas att prestera enligt avtalet.

[1076] Nial a.a. Jfr Agell, Spelskulder s. 10. Bramsjö menar tvärtom att part, när motpart presterat, kan komma att företa den förbjudna motprestationen – t.ex. en sexuell tjänst eller indrivning – för att förhindra att motparten gör ett återbäringsanspråk gällande.

gjorde en omotiverad vinst. Generellt slog HD fast att spelskulder inte kan drivas in på rättslig väg, men att det av detta inte följer att andra skulder som uppkommit i samband med spel saknar rättslig giltighet. Och återbetalning av spelinsats ska anses som en sådan rättsligt genomdrivbar skyldighet.

I NJA 1997 s. 93 menade HD att när prestation skett i enlighet med avtal i strid mot lag eller goda seder "saknar den presterande i vissa fall laglig rätt att kräva tillbaka det han utgivit, medan i andra fall en uppgörelse mellan parterna kan tillåtas ske, vilken också kan prövas av domstol". HD verkar dock villkora ett återgångsförbud med att det dels ska vara rättsligt klart att en överträdelse av den aktuella förbudsregeln rent generellt föranleder ogiltighet och förbud mot återgång, dels att det måste vara klart att det aktuella avtalet står i strid med det legala förbudet.[1077]

I sammanhanget bör också nämnas ett hovrättsfall rörande återgångskrav avseende penningprestation för utebliven människosmuggling.[1078] Här fann hovrättens majoritet att avtalet ifråga visserligen var ett sådant som inte har rättsordningens gillande, men i likhet med tingsrätten befanns ändå att återbetalning skulle ske. Som skäl anfördes att organiserad verksamhet att hjälpa utlänningar att resa in i Sverige i strid mot gällande bestämmelser inte bör gynnas. En minoritet av hovrätten menade däremot att återgångsyrkandet var att se som återkrav av vederlag för brott, att domstolarna inte bör medverka till att skydda en sådan fordran och menade att yrkandet skulle avvisas.

Också fallet RH 1993:26 kan nämnas. Här yrkades att domstolen skulle fastställa att det förelåg bindande avtal om byte av en bostadsrätt mot en hyresrätt samt om ersättning (halva marknadspriset) för bostadsrätten. Den förre bostadsrättsinnehavaren hade övertagit den förre hyresgästens hyresbostad mot att den förre hyresgästen skulle få köpa bostadsrätten billigare. Hovrätten fann att ett avtalsvillkor om vederlag för hyreslägenhet är brottsligt enligt JB 12:65 och att det inte kunde godtas att hovrätten skulle fastställa avtalet mellan parterna.

[1077] HD slår uttryckligen fast att dessa förutsättningar måste vara uppfyllda för att domstolen ska kunna avvisa en talan med hänvisning till att kärandens anspråk inte sanktioneras av rättsordningen. HD slår däremot inte uttryckligen fast att samma förutsättningar ska gälla för att den som presterat enligt ett sådant eller annat ogiltigt avtal, ska sakna laglig rätt att kräva åter det han utgivit. Men jag har svårt att tänka mig att domstolarna skulle kunna avvisa återgångsyrkanden i större omfattning än de kan avvisa anspråk som innebär ett direkt genomdrivande av ett förbjudet avtal. Därför borde avvisning av återgångsyrkanden villkoras av, åtminstone, samma förutsättningar.

[1078] Svea Hovrätt 1997-02-19 (T 864/96).

Yrkandet avvisades. Frågan är om den före detta hyresgästen kunnat vinna framgång med ett yrkande om *återgång av vederlaget* eller om också ett sådant yrkande skulle ha avvisats. Vad gäller återgång av hyresrätten kompliceras en eventuell återbäringsplikt av det nya hyresavtalet mellan den nya hyresgästen och hyresvärden.

Av denna korta genomgång av praxis förefaller det alltså finnas ett litet område där prestationer enligt av rättsordningen icke godtagna avtal inte kan återfås genom domstolsprocess. Det förefaller som att sådana återgångsyrkanden ska avvisas. De fall vari återgångsyrkanden ska avvisas förefaller vidare vara färre än de fall i vilka yrkanden om fullgörelse ska avvisas. HD har ju i ett fall fastslagit att spelinsats kan återgå, trots att yrkande om fullgörelse av spelfordran ska avvisas. Och i ett annat fall menade hovrättens majoritet att ett yrkande om återbetalning av förskott för människosmuggling ska bifallas, trots att själva avtalet om människosmuggling var pactum turpe och då rimligen bort avvisas.[1079]

När HD i fallet NJA 1997 s. 93 framhåller att den som utgivit en prestation *i vissa fall* saknar laglig rätt att återbära det som utgivits, är det mot bakgrund av övrig praxis svårt att veta vilka fall det rör sig om. Den ovannämnda hovrättsdissensen är det enda domstolsuttalande i modern tid jag kunnat finna där ett specifikt återgångskrav i anslutning till pactum turpe har bedömts avvisningsbart. I NJA 1989 s. 768 fann HD att avvisning inte skulle ske med motiveringen att organisatören av pokerspelet skulle göra en obehörig vinst. Majoriteten i hovrättsfallet motiverade att avvisning inte skulle ske med hänvisning till att organiserad människosmuggling inte skulle gynnas. Möjligen skulle man med avstamp i dessa rättsfall kunna dra gränsen på följande sätt: återgång av prestationer enligt av rättsordningen ej erkända avtal ska avvisas, om inte bärande skäl kan anföras emot det. Och detta vilar i sin tur på att det är klart såväl att avtalstypen generellt är av rättsordningen otillåten och förbjuden att genomdriva vid domstol, som att det konkreta avtalet klart är att kvalificera som ett sådant förbjudet avtal. Det förefaller alltså som att området för att avvisa yrkanden om återgång av prestationer enligt förbjudna avtal är mycket begränsat.

[1079] Ang. avkastning av och ersättning för nedlagda kostnader på innehavd egendom som återgått, se NJA 1987 s. 845. Visserligen betonar HD här att fallet är speciellt, men slår ändå fast att ersättning för avkastning och kostnader ska utges, trots att den i egentlig mening berättigade måste ha varit i ond tro om ogiltigheten av avtal om överlåtelse av fast egendom.

Så här långt har jag försökt belysa rättsläget avseende det första undantaget till huvudregeln vid prestationer erlagda enligt avtal som är ogiltiga ex tunc. Huvudregeln kan förtjäna att upprepas: prestationer ska återgå och om det är omöjligt, ska ersättning för deras värde utges.

I detta sammanhang bör upprepas det som framhölls i avsnitt 7.4 ovan, nämligen att det knappast kan antas att sakprövning och ogillande av konkurrensstridiga anspråk skulle fläcka rättsskipningens anseende mer än avvisning på grund av processhinder.[1080] Jag kan därför inte heller se något skäl till att rättsskipningens "skydd" av återgångskrav skulle ha någon betydelse för domstolarnas och rättsordningens anseende bland allmänheten. I själva verket framgår ju att t.o.m. i de fall ett avtal till sitt innehåll är omoraliskt, brottsligt eller otillbörligt, återgångskrav likväl kan vara tillåtna. Krav på återgång av prestation enligt konkurrensstridiga avtal borde alltså a fortiori vara tillåtna, om rättsskipningens anseende vore det enda skälet till att inte tillåta återgång i vissa fall.

Men åtminstone *Bramsjö* framhåller också att återgångsyrkanden ska avvisas om ogiltighetssanktionen motverkas av återgång av erlagda prestationer. Detta förefaller kunna vara aktuellt även när återgångskravet avser prestationer som är förbjudna av andra än moraliska och kriminalpolitiska skäl. För det fall återgångsförbud skulle vara motiverat med avseende på förbjudna avtal som *inte* kan hänföras till kategorin pactum turpe borde det inte vara nödvändigt att *avvisa* återgångsyrkandet. Ett eventuellt återgångsförbud borde kunna konstituera en materiell brist och föranleda ogillande, likaväl som det kan konstituera processhinder och föranleda avvisning.[1081] Jag vill endast påpeka detta för att förtydliga att ett eventuellt återgångsförbud, åtminstone enligt min mening, borde vara förenligt med att konkurrensstridighet som indispositivt moment behandlas som officialfaktum. Frågan om det indispositiva momentets klassificering prejudiceras således inte av ett eventuellt återgångsförbud.

Jag låter tillsvidare frågan om det finns ändamålsskäl som talar för att krav på återgång av prestationer enligt konkurrensstridiga avtal vila.

Ovan framhölls att det finns två undantag till huvudregeln om återgång. Det var kanske väl mycket sagt: det *kan* finnas ett andra undantag.

[1080] Se ovan vid not 1051.
[1081] Se också Fitger 13:12a.

Förhållandena vid *hävning* av avtal liknar rätt mycket förhållandena vid ogiltighet av avtal, vad gäller återgång av prestationer.[1082] När prestation skett menar *Rodhe* att man måste skilja mellan två situationer. I den ena typsituationen är prestation generellt sett möjlig att återbära, men återgång i det enskilda fallet omöjlig. I den andra typsituationen är prestationen till sin karaktär sådan att återgång generellt är omöjlig.[1083]

I den förra typsituationen skulle hävning vara möjlig och prestationen möjlig att återkräva, låt vara i form av surrogat. *Rodhe* säger sig däremot inte ha funnit något fall av hävning där prestation skett av något som generellt sett är omöjligt att kräva åter.[1084] Frågan om hur återbäringsproblemet skulle lösas för det fall hävning vore möjlig diskuteras inte. Det är kanske tänkbart att motparten ska ersätta prestationens värde oberoende av avtalsinnehållet. Rodhe säger emellertid vidare att om "naturaprestation redan fullgjorts men det senare blir omöjligt att återställa denna, kan i vissa fall hävning ske med den verkan att omöjligheten att återställa naturaprestationen har samma verkan som om återställande skett".[1085] Detta kan kanske leda till slutsatsen att om hävning vore möjlig i lägen där det är omöjligt att återbära, själva denna omöjlighet ska medföra att återgång anses ha skett.

Möjligen kan man förklara ett sådant sakernas förhållande med att part som avtalar om att prestera på ett sätt som är s.a.s. oåterkalleligt, frånhänder sig möjligheten till hävning när väl prestation sker. Detta skulle möjligen ge part incitament att inte prestera förhastat när prestationen är av sådan karaktär att den inte kan återgå.

Jag måste dock säga att jag har svårt att förstå varför hävningsverkningarna ska vara differentierade beroende på om prestationen generellt, respektive i det enskilda fallet, är möjlig att återbära; i båda fallen borde väl surrogat – värdeersättning – avhjälpa det praktiska problemet med återbäringen.

Nåväl, låt mig ändå applicera Rodhes differentierade synsätt med avseende på omöjlighet att återbära generellt respektive i det enskilda fallet på frågan om återgång enligt legalförbjudna avtal. Möjligen kan man då argumentera för att prestationer som till sin karaktär är omöjliga att återbära inte heller ska återgå, ens i form av surrogat. Detta

[1082] Frågan om hävning vid brott mot *konkurrensbegränsande avtalsvillkor* behandlas av Bengtsson, Hävningsrätt och uppsägningsrätt s. 289 ff.
[1083] Rodhe, Obligationsrätt s. 422 f. Se också Hellner, Speciell avtalsrätt II s. 178 och 179.
[1084] Rodhe, Obligationsrätt s. 423.
[1085] Rodhe, Obligationsrätt s. 423.

innebär egentligen att avtal rörande prestationer som är generellt sett omöjliga att återbära blir ogiltiga endast *ex nunc*, dvs. för framtiden. I det följande kallar jag detta för ett reciprokt återgångsförbud.

En sträng variant av detta synsätt, en variant som anknyter till de praktiska effekterna av regleringen av återgång vid pactum turpe, vore att betinga återbäringsmöjligheten helt till vardera sidans möjlighet att återbära just det den mottagit, även om utväxlingen av prestationer skulle bli ensidig. Om part A sålt öl som är avsett att konsumeras, och part B erlagt en summa pengar, kan pengarna återbäras, men inte ölet. En strikt tillämpning av principen skulle medföra att part B fick tillbaka sina pengar utan att utge öl eller ersättning för ölet till part A. I sådant fall skulle ogiltighetssanktionen anses ha verkan också bakåt i tiden. Men en sådan tillämpning av återbäringsreglerna skulle medföra att part B gjorde en obehörig vinst. Detta kallar jag för ett ensidigt återgångsförbud.

Att på det förra eller, mer osannolikt, det senare sättet göra undantag till huvudregeln om återgång av prestationer, vore, om man överhuvudtaget kan argumentera för ett sådant undantag, högst relevant med avseende på konkurrensstridiga avtal. Sådana avtal innehåller inte sällan prestationer av återbäringsomöjlig karaktär. Konkurrensbegränsande avtal kan avse sådant som good will, know how, utvecklings- och samarbetsprojekt etc. Också konkurrensstridiga avtal som rör annat än immateriella nyttigheter kan föranleda praktiska återbäringssvårigheter. Distributionsavtal rör t.ex. visserligen högst materiella produkter, men gäller i allmänhet för längre tidsperioder, är inte momentana till sin karaktär och produkterna är avsedda för snabb omsättning och konsumtion. I många fall kan därför återgång generellt vara praktiskt omöjlig med avseende på distributionsavtal. Det är svårt att, utifrån Rodhes distinktion, se det som att återgång blir omöjlig på grund av omständigheterna i det enskilda fallet.

Trots allt förefaller det dock väl djärvt att dra en tämligen långtgående analogi från Rodhes ganska lakoniska uttalande avseende hävning. Det finns inte tillräckligt stöd för att ställa upp ett allmänt förbud mot återgång i de fall det rör sig om prestationer som typiskt sett är omöjliga att återbära. Huvudregeln, att ersättning för prestationens värde ska återbäras som surrogat, borde kanske vara tillämplig också i dessa fall, åtminstone som utgångspunkt.

Alltså, vad gäller återgång av prestationer som utgått enligt konkurrensstridiga avtal förefaller rättsläget om inte helt oklart, så i alla fall flexibelt, om uttrycket tillåts. Visserligen kan knappast konkurrens-

stridiga avtal jämföras med omoraliska, brottsliga eller otillbörliga avtal rent innehållsmässigt och återgångsyrkanden bör alltså inte av den anledningen avvisas. Däremot kan det finnas ändamålsskäl att *ändå* avvisa sådana yrkanden och i sådant fall öppnar den rättsliga regleringen, som jag har förstått den, för just detta. Vidare har jag visserligen ställt mig tveksam till att generellt hävda att återgång ska vara omöjlig i fall rörande prestationer av icke-återbäringsmöjlig karaktär, men också här finns antagligen en öppning om tillräckligt starka ändamålsskäl talar för en sådan lösning. Man kan då diskutera dels ett reciprokt återbäringsförbud när det är fråga om avtal som innehåller återbäringsomöjliga prestationer på ena sidan i avtalsförhållandet, dels ett ensidigt. Nackdelen med det förra är att ogiltighetssanktionen endast får verkan ex nunc;[1086] det senare öppnar för obehöriga vinster.

Såväl när det gäller konkurrensstridiga avtal i allmänhet som när det gäller sådana avtal som avser återbäringsomöjliga prestationer förefaller återgångsfrågan bestämmas utifrån de ändamålsskäl som bär upp den aktuella ogiltighetssanktionen. I det följande kommer jag att diskutera vilka ändamålsskäl som gör sig gällande vid den civilrättsliga regleringen av avtal i strid med EG:s konkurrensregler.

Den till konkurrensreglerna kopplade ogiltighetssanktionen har som sitt primära syfte att motverka konkurrensbegränsande avtal. Detta innebär att företag inte ska ges incitament att sluta konkurrensbegränsande avtal. Det ska vara osäkert och oattraktivt att ingå konkurrensstridiga bindningar. Parternas villighet att ingå sådana avtal avtar om de vet att en avtalsbindning blir osäker på grund av att rättsordningen inte kommer att medverka till att genomdriva avtalet och om de vet att motparten, i den mån det faller ut till hans fördel, kan bryta avtalet när som helst.[1087]

Hur går huvudregeln om återgång ihop med dessa ändamål? Låt oss först se på det ganska ovanliga fallet att det är praktiskt möjligt att återbära prestationer enligt ett konkurrensstridigt avtal. Säg att det är fråga om ett avtal mellan bryggeri och utskänkare där bryggeriet åtagit sig att ställa säkerhet för lån till utskänkningslokal, inredning etc., mot att utskänkaren endast köper öl från bryggeriet. Låt mig lämna frågan om eventuell återgång av ersättning för levererat öl åt sidan

[1086] *Hävning* av varaktiga avtal på fullgörandestadiet kan i regel endast ske med verkan ex nunc, se Hellner, Speciell avtalsrätt II s. 178 f.
[1087] Se ovan bl.a. vid not 945.

och utgå ifrån att endast bryggeriet fullgjort sitt åtagande om säkerhet. Under förutsättning att hela avtalet ogiltigförklaras med verkan ex tunc och huvudregeln tillämpas, skulle utskänkaren tvingas säga upp lånet för att låta bryggeriet dra tillbaka sin säkerhet.

Om nu utskänkaren inte kan få någon annan säkerhet för ett banklån, har givetvis utskänkaren inte heller incitament att få ett avtal ogiltigförklarat som skulle innebära att hans enda möjlighet till etablering försvann. Å andra sidan kan det ha uppkommit bättre möjligheter till säkerhet sedan bryggeriavtalet slöts, vilket skulle innebära att möjligheten till återgång av prestationer ger utskänkaren incitament att få avtalet ogiltigförklarat.

I sammanhanget bör också observeras vilka konsekvenser som surrogatåtergång leder till. Enligt huvudregeln ska ju ersättning för prestationens värde återges i den mån prestationen är omöjlig att återbära. Detta innebär att parterna kan dra nytta av eller drabbas av värdestegring eller värdeminskning. Liksom beträffande återgångskravet i sig kan detta ömsom vara till fördel, ömsom till nackdel för incitamentet att bryta sig ur ett konkurrensbegränsande avtal.

Här framstår det som närmast omöjligt att säga om en generell återgångsregel skulle harmoniera med eller motverka ogiltighetssanktionens ändamål i enskilda fall. Utfallet verkar bero på omständigheterna i just det enskilda fallet. Det enda man säkert kan säga är att huvudregeln gör utfallet av återgångsmöjligheten osäkert, vilket i och för sig är i linje med ogiltighetssanktionens ändamål.

Vidare framstår det som att frågan om återgång måste ses i samband med frågan om hel eller partiell ogiltighet.[1088] Antagligen vore återgångsproblematiken i bryggerifallet mer lättlöst om enbart klausulen som föreskriver exklusiva inköp av öl från bryggeriet ifråga ogiltigförklarades. I sådant fall skulle övriga avtalspunkter fortfarande vara bindande mellan parterna, vilket skulle medföra att bryggeriet fick stå där med sin säkerhet i utbyte mot att utskänkaren kunde köpa öl när han själv vill. Men det är tveksamt om svensk civilrätt skulle möjliggöra ett särskiljande av en inköpsklausul utan att motförpliktelsen alls berörs. Det verkar t.o.m. svårt att jämka avtalet; sannolikt skulle i en dylik situation hela avtalet bli ogiltigt. Men det hindrar inte att det finns exempel på att vissa prestationer enligt ett avtal omfattas av ogiltighet och andra inte, vilket kan påverka utfallet av tillämpningen av huvudregeln om återgång.

[1088] Se ovan 4.2.

Hur skulle det då vara om återgång av prestationer vore otillåtna, reciprokt respektive ensidigt? Ett reciprokt förbud mot återgång av prestationer skulle medföra att ogiltighetssanktionen endast fick verkan ex nunc. I den mån som bryggeriet gjort ett åtagande om ställande av säkerhet för lån och detta inte kunde återbäras på grund av t.ex. sakrättsliga regler, skulle värdet av den ianspråktagna säkerheten "återgå" mot värdet av att ha haft exklusiv distributionsrätt till ölet. Detta skulle innebära att rättsläget mellan parterna i praktiken regleras av avtalsinnehållet fram tills dess att avtalet ogiltigförklaras, låt vara att värdet av bryggeriföretagets och utskänkarnas respektive prestationer bedöms enligt något slags marknadsvärde och inte enligt ett eventuellt värde enligt avtalet.

Ett ensidigt återbäringsförbud skulle innebära att bryggeriföretaget inte kunde återkräva sin säkerhet och inte heller ersättning för värdet av den från utskänkaren. Observera att denna effekt skulle inträda oberoende av att hela avtalet ogiltigförklaras och inte enbart inköpsklausulen. Skulle detta medföra att parterna fick incitament att bryta sig ur ett konkurrensbegränsande avtal? Ja, visst vore det säkert lockande för företag att bryta avtal om det ledde till att de kunde tillgodogöra sig en avtalsprestation utan att motprestera. En effekt av en sådan regel vore att det bleve äventyrligt att prestera först, åtminstone vad gäller avtal som är klart konkurrensstridiga. Men också detta är något som är positivt från konkurrensrättslig synpunkt. Det skulle göra parternas förhållande osäkert.

Man bör dock antagligen i detta sammanhang fråga sig om inte principen om obehörig vinst och/eller andra skälighetssynpunkter gör sig gällande. Framförallt bör man ha i minne att det många gånger kan vara svårt för parterna att veta att de har ingått ett konkurrensbegränsande avtal.[1089] Även om samhällsskadligheten i ett sådant avtal är densamma oberoende av god tro och även om rättsvillfarelse inte är en acceptabel exculpationsgrund, är det knappast försvarligt att koppla en från ett rent partsperspektiv direkt orättvis konsekvens till ogiltighetssanktionen i fall av visserligen konkurrensstridiga, men inte helt klart konkurrensstridiga, avtal.[1090]

[1089] Se ovan 7.2 och 7.3.

[1090] Observera här skillnaden mellan förutsättningarna för återgång och processuell officialprövning. Enligt vad som sagts ovan kan domstols officialprövning enligt svensk rätt tillgripas endast när det är fråga om uppenbart eller styrkt konkurrensstridiga avtal. Detta kvalificerade villkor borde inte vara aktuellt vid bedömningen av de materiella verkningarna av redan konstaterad ogiltighet. Se dock nedan 7.6.2.

Å andra sidan kan man inte komma ifrån att ett ensidigt återgångsförbud framstår som effektivare än huvudregeln, under förutsättning dock att *endast ena parten presterat enligt avtalet*. I de fall båda parter presterat enligt avtalet får ett ensidigt återgångsförbud samma praktiska effekt som ett reciprokt: ogiltighetssanktionen får endast verkan *ex nunc*. Varken bryggeriet eller utskänkarna har rätt till ersättning för värdet av att ha ställt säkerhet respektive köpt öl exklusivt från ett och samma bryggeri.

Eftersom konkurrensbegränsande avtal sällan tar sikte på momentana, utan på återkommande, prestationer, framstår det som olyckligt om återgångsfrågan i de flesta fall vore reglerad på sådant sätt att ogiltighetssanktionens tillbakaverkan blir praktiskt betydelselös. Det talar nog trots allt för att återgång av prestationer ska ske, också i de fall där i praktiken enbart ena parten ännu presterat och det är fråga om ett klart konkurrensstridigt avtal.

Låt oss då fortsätta anta att huvudregeln, åtminstone som utgångspunkt, bör gälla också vid konkurrensrättslig ogiltighet; finns det skäl att tillämpa den också i majoriteten av fall, dvs. i de fall där återgång på grund av prestationernas karaktär är omöjlig? Om huvudregeln vore tillämplig med avseende på avtal rörande immateriella nyttigheter och avseende produkter och tjänster avsedda för konsumtion, skulle det som återbärs i praktiken vara värdet av den ianspråktagna nyttigheten. Detta medför ingen skillnad alls i förhållande till avtal rörande prestationer som är principiellt återbäringsbara, men i det enskilda fallet omöjliga att återbära. Och konsekvenserna av huvudregeln blir som ovan sagts att ogiltighetssanktionens ändamål kan främjas respektive motverkas beroende på omständigheterna i det enskilda fallet.

En synpunkt som gör sig särskilt starkt gällande med avseende på återgång av generellt återbäringsomöjliga prestationer är att det förefaller praktiskt svårt att beräkna värdet av det som utgivits. Det gäller givetvis framförallt avtal som löpt länge och givit upphov till otaliga prestationer. Pragmatiskt kan man säga att ett reciprokt återgångsförbud i sådana situationer förefaller önskvärt, låt vara att det medför att ogiltighetssanktionen endast får verkan för framtiden. I de fall där kostnaderna och tidsåtgången för att bedöma det som varit mellan parterna blir orimligt höga i förhållande till det som saken gäller, är det knappast försvarligt att dogmatiskt-teoretiskt upprätthålla idén om att ogiltigheten har verkan från avtalets ingående. Men det är osäkert om detta räcker som skäl till att avvika från huvudregeln.

Vidare uppkommer frågan om hur värdet av överförd goodwill, know how etc, ska beräknas. Ska endast det värde som franchise-tagaren tillgodogjort sig i det förflutna återställas eller ska också den nytta franchise-tagaren kommer att ha av franchise-givarens goodwill i framtiden ersättas? I det senare fallet kommer franchise-tagarens incitament att bryta sig ur ett konkurrensstridigt avtal att minska; å andra sidan kommer franchise-givarens incitament att bryta avtalet att vara större. Vidare aktualiseras återigen, men nu vid tillämpning av huvudregeln, frågan om obehörig vinst. I den mån som incitamentet för den som tillgodogjort sig den immateriella nyttigheten (både i det förflutna och för framtiden) ökar genom att återgångsmöjligheten begränsas till det förflutna, ökar också risken för obehöriga vinster. Och finns det något skäl att gynna just dem som tillgodogör sig prestationer av immateriell karaktär framför dem som producerar sådana nyttigheter?

Med avseende på konkurrensbegränsande avtal rörande immateriella nyttigheter bör återigen frågan om hel eller partiell ogiltighet uppmärksammas. Säg att parter under ganska lång tid bedrivit ett konkurrensbegränsande samarbete inom ramen för ett licensavtal. Säg att licenstagaren i strid med licensavtalet vill exportera de produkter som tillverkas på licens. I den omfattning som avtalet blir ogiltigt och licensgivaren kan kräva åter sitt patent eller mönster kan licenstagaren inte i framtiden räkna med att få exploatera patentet och kommer följaktligen inte att få sälja några produkter alls. Man kan därför räkna med att licenstagaren kommer att sakna incitament att på rättslig väg ifrågasätta konkurrensbegränsande villkor i avtalet trots att avtalet utan dessa villkor vore samhällsnyttigt och trots att licenstagaren personligen skulle tjäna på att bli kvar i ett *modifierat* licensavtalsförhållande. Å andra sidan skulle licensgivaren ha incitament att bryta mot avtalet om det fanns andra potentiella licenstagare inom patenttagarens exklusivområde. Utfallet för incitamentet att bryta mot en konkurrensbegränsande avtalsklausul beror också här på omständigheterna i det enskilda fallet.

Om jag nu avslutningsvis ska ta ställning måste jag säga att huvudregeln såväl som dess undantag kan främja såväl som motverka ogiltighetssanktionens ändamål och att utfallet beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Att tillämpa huvudregeln generellt är vidare förenat med vissa nackdelar av praktisk karaktär. Jag måste ändå stanna för att huvudregeln som utgångspunkt bör tillämpas med avseende på återgång av prestationer enligt konkurrensstridiga avtal, men att det

kan finnas skäl för ett reciprokt återbäringsförbud när det ett avtal involverat en mängd prestationer under en lång tidsperiod. Vidare kan man diskutera det lämpliga i att inkludera det framtida värdet av immateriella nyttigheter i återgångsskyldigheten.

Ett mer bestämt ställningstagande kan jag inte leverera och jag återlämnar frågan om återgång vid ogiltighet i allmänhet och i konkurrensrättsliga sammanhang de lege lata till den civilrättsliga doktrinen.

7.7 Sammanfattning och utvärdering

I det här kapitlet har jag behandlat olika problem som uppkommer i anledning av att konkurrensbegränsande avtal är att se som indispositiva i civilprocessen och därför aktualiserar officialprövning. Inledningsvis fann jag att det är otänkbart att konkurrensrättslig indispositivitet skulle föranleda att tvister med en konkurrensrättslig dimension behandlas i den ordning som RB anvisar för indispositiva mål. Skälet till detta är att många avtalstvister har något slag av konkurrensbegränsande aspekt och att förmögenhetsrättsliga mål i allmänhet skulle bli tungrodda om de sågs som indispositiva i sin helhet. I praktiken kunde parternas processuella dispositionsfrihet bli avsevärt snävare än deras materiella. Därför bör konkurrensrättslig indispositivitet aktualiseras som indispositiva moment i för övrigt dispositiva mål.

Vidare uppmärksammade jag i inledningsavsnittet ett särskilt problem som vidhäftar konkurrensbegränsande avtal som indispositiva moment: de kan vara svåridentifierade. När ett avtal med konkurrensstridig potential kommer under domstolarnas bedömning kan det utifrån processmaterialet vara osäkert såväl på rättsfråge- som bevisfrågeplanet om det rör sig om ett otillåtet avtal.

Osäkerhet i den *rättsliga kvalificeringen* kan bero på att konkurrensreglernas innebörd i många avseenden är oklar, liksom på att svenska domstolar i gemen är ganska oerfarna att handskas med regelmaterian. Osäkerhet i *bevisfrågan* kan bero på parternas gemensamma kollussionsavsikter, parts förbiseende eller bristande förutsättningar att presentera ett fullgott faktaunderlag. Vidare kan underlåten officialprövning bero på domstols såväl som parters förbiseende av relevanta konkurrensrättsliga aspekter.

Jag kom fram till att effektiv officialprövning med avseende på svåridentifierade indispositiva moment, som t.ex. konkurrensstridiga avtal, förutsätter att domstolarna kan vägra medverka till att genomdriva

rättslägen redan när de misstänker att ett indispositivt moment är för handen. När osäkerheten är hänförlig till rättsfrågeplanet bör officialprövning ske rent principiellt, eftersom frågan om ett visst avtals överensstämmelse med EG:s konkurrensregler ska avgöras av EG-domstolen just vid osäkerhet. Därför ska svensk domstol redan vid misstanke om att ett avtal är konkurrensstridigt vilandeförklara målet och begära förhandsavgörande enligt artikel 177 i Romfördraget.

Det finns tre undantag till detta. Ett första utgörs av lägen där det är klart att ett avtal är att kvalificera som konkurrensbegränsande. I sådana situationer ska inte den svenska domstolen begära förhandsavgörande utan officialtillämpa direkt.

För det andra: I situationer när det är klart att det *inte* är fråga om ett konkurrensbegränsande avtal ska inte domstolen begära förhandsavgörande och inte heller officialtillämpa. I den mån någon av parterna ändå vill göra gällande konkurrensstridighet ska vederbörande vara hänvisad till att göra det i sedvanlig dispositiv ordning. Märk dock att domstolens initiala bedömning inte kan vara definitiv: eftersom konkurrensstridighet är ett indispositivt moment bör domstolen kunna göra en annan bedömning på ett senare stadium av processen i den mån parten argumenterar övertygande.

Ett tredje undantag är det då domstolen visserligen misstänker att det kan vara fråga om ett konkurrensbegränsande avtal, men processföremålets värde, den beräknade tidsåtgången och parternas inställning, vid en samlad bedömning gör att det framstår som oskäligt att begära förhandsavgörande från EG-domstolen. Ett sådant undantag är oförenligt med artikel 177 i Romfördraget. Men för att inte motverka företagens internalisering av konkurrensreglerna och för att avvärja att enskilda parter bär för stor börda och för stora kostnader för EG-rättens utveckling, bör artikel 177, trots att den är tvingande, tillämpas med viss urskillning.

I de fall svenska domstolars osäkerhet om konkurrensstridigheten av ett avtal är hänförligt till bevisfrågor finns principiellt sett ingen ledning att hämta från EG-domstolens förhandsavgörande. Svenska domstolar måste här stöda sig på svensk processrätt. I avsnitt 7.3 gick jag igenom olika processregler som kan stöda officialtillämpning i fall av konkurrensstridiga avtal. Såväl avvisning som ogillande förutsätter att det rör sig om ett styrkt eller sannolikt, och i vissa situationer uppenbart, konkurrensstridigt avtal. När det gäller endast misstanke om förhandenvaron av ett indispositivt moment finns inget lagstöd för

domstols officialprövning genom t.ex. officialföreläggande. Den enda möjligheten att ingripa mot misstänkta konkurrensstridiga avtal utan att helt göra våld på rättegångsbalken är att förelägga part att inkomma med utredning som visar att avtalet inte är konkurrensbegränsande och att *vilandeförklara* målet tills sådan bevisning presenteras. Men det är högst tveksamt om en sådan tillämpning av vilandeförklaringsinstitutet är möjlig; helt klart är att institutet inte är avsett att tillämpas på sådant sätt.

Även om EG-rätten ställer krav på att genomdrivandet av konkurrensreglerna och skyddet av berättigade subjekt är effektivt kan inte EG-rättens allmänna krav slå igenom svensk processrätt i här nämnda avseenden. Av EG-domstolens praxis framgår att en tämligen långtgående dispositiv utformning av förfarandet är tillåtet i civilprocessen rent generellt. I tvister med konkurrensrättslig anknytning finns anledning att anta att EG-rätten reser särskilda krav. Men som rättsläget är idag kan man knappast säga att obligatorisk processrättslig lagstiftning, som inte lämnar utrymme för tolkningar i den riktning som angavs ovan, ska eller bör tolkas annorlunda sätt då det är fråga om att genomdriva anspråk med en konkurrensrättslig dimension.

De lege lata kom jag därför fram till att officialprövning med avseende på konkurrensstridiga avtal endast kan komma ifråga när det för domstolen på bevisfrågeplanet är styrkt eller sannolikt, eller i vissa lägen uppenbart, att det är fråga om ett otillåtet avtal. De lege ferenda menar jag att det borde finnas en stupstockskonstruktion liknande den i 42:15 för att möjliggöra för domstolen att infordra bevisning till styrkande av att ett indispositivt moment inte kringgås. Om sådan bevisning inte inkommer borde domstolen vara behörig att fälla ett officialavgörande grundat på blotta misstanken om ett konkurrensstridigt avtal. En sådan konstruktion borde vara användbar också vid andra typer av svåridentifierade indispositiva moment.

I avsnitt 7.4 ställer jag frågan om avvisning eller ogillande bör användas som officialtillämpningsmetod. Efter genomgång av praxis fann jag att såväl avvisning som ogillande är möjligt beroende på om konkurrensstridighet klassificeras som ett processhinder eller ett officialfaktum. Konkurrensstridighet passar inte naturligt in i någon av kategorierna. Eftersom frågan kommer att behandlas från andra synvinklar i de två påföljande kapitlen, väntar ett definitivt ställningstagande först i avslutningskapitlet.

I avsnitt 7.5 gick jag igenom institutet vilandeförklaring för att åskådliggöra hur det kan komma att användas i mål med konkurrens-

rättsliga aspekter. Först och främst behöver vilandeförklaring tillgripas då det blir aktuellt att framställa en begäran om förhandsavgörande till EG-domstolen. För det andra aktualiseras vilandeförklaring då part som åberopar konkurrensstridighet behöver utreda sakförhållandena ytterligare. För det tredje kan vilandeförklaring ske då, eller snarare om, en svensk domstol finner sig föranledd att införskaffa information från EG-kommissionen. För det fjärde är det kanske möjligt att, vilket ovan nämndes, frampressa bevisning från kolluderande part om att ett avtal inte är konkurrensbegränsande.

I avsnitt 7.6 diskuterade jag frågan om hur återgångsyrkanden bör handhas av domstolarna. EG-rätten säger ingenting om denna fråga. Enligt svensk rätt ska som huvudregel återgång ske när prestationer utgått enligt ett avtal som befunnits ogiltigt ex tunc. Men denna huvudregel har undantag för det fall återgång av prestationer skulle medföra men för rättsskipningens och rättsordningens anseende eller om ogiltighetssanktionens ändamål skulle motverkas.

Jag kom, något osäkert, fram till att återgång av prestationer enligt konkurrensstridiga avtal bör ske som huvudregel, och om återgång är omöjlig, ersättning för de utgivna prestationernas värde. Vad gäller prestationer som dels är omöjliga att återbära, dels svåra att värdera, rekommenderade jag, av praktiska skäl, ett reciprokt återgångsförbud. Min motivering till att huvudregeln bör tillämpas som utgångspunkt är att främjandet av ogiltighetssanktionens ändamål i enskilda fall är beroende av den enskilda situationen och att detta gäller oavsett vilken av de i den svenska civilrätten hemmahörande återgångsreglerna som tillämpas.

Kapitel 8: Officialprövning och rättskraft

8.1 Inledning

I detta kapitel ska diskuteras två rättskraftsrelaterade frågor som följer i kölvattnet på domstols officialprövning. Den första frågan rör hur den svenska processordningen reglerar de fall då domstolarna underlåter officialprövning. Frågan är av stor relevans i detta arbete. Ovan har flera gånger framhållits att konkurrensbegränsande avtal tillhör det slag av indispositiva moment som är svårupptäckta och svårbedömda. "Officialgrundande" omständigheter, i detta sammanhang "konkurrensfakta", kan därför undanhållas från processmaterialet och omöjliggöra för domstol att ex officio väcka sådana frågor. Vidare kan domstolarna givetvis göra felbedömningar. Det förefaller därför av intresse att utreda vilken verkan som medföljer en dom grundad på underlåten officialprövning.

Här bör påpekas att framställningen i denna del av kapitlet återknyter till kapitel 5 (5.2) ovan. Där diskuteras olika slag av processuella dispositionsmedel och dessutom olika slag av verkan av en civildom, närmare bestämt preklusions-, prejudicial- samt bevisverkan. I avsnittet 8.2 nedan sätts dessa frågor i sammanhang med att en lagakraftvunnen dom föregåtts av underlåten officialprövning. Detta ger underlag för en bedömning av i vad mån det indispositiva momentet konkurrensbegränsande avtal, trots en lagakraftvunnen dom, direkt eller indirekt kan bli föremål för ny domstolsprövning. Vidare bör framhållas att denna del av kapitlet byggs på i kapitel 9 där möjligheten att använda extraordinära rättsmedel vid underlåten officialprövning diskuteras.

Avsnitt 8.2 är disponerat på följande vis. Först diskuteras omfattningen av en doms rättskraftsverkan i fall när domen föregåtts av underlåten officialprövning. Såsom framgått av kapitel 5 ovan finns ett antal mer eller mindre motstridande rättskraftsläror. Här blir alltså

fråga om att ta ställning till vilken rättskraft som ska tillmätas en dom av nämnd karaktär. Härefter diskuteras domens verkan i förhållande till ej prövade, men till den prövade saken *accessoriska*, frågor. I denna del av framställningen söker jag identifiera lägen där domen har preklusions-, prejudicial- respektive bevisverkan för accessoriska frågor. I den mån som ett konkurrensbegränsande avtal är en accessorisk fråga är det mer eller mindre öppet för ny prövning beroende på vilken verkan den tidigare domen har. Avslutningsvis diskuteras det särskilda spörsmålet rörande stadfästelsedomens verkan avseende det förlikningsavtal som den grundas på. Detta kan framstå som ett udda och rent tekniskt problem. Men med avseende på konkurrensbegränsande avtal som indispositiva moment framstår förlikningsavtalet som det överlägsna kollusionsinstrumentet. Vidare förekommer rent allmänt förlikningsavtal i inte obetydlig omfattning. Därför kan det vara av intresse att diskutera stadfästelsedomens rättskraftsverkan.

Den andra frågan som behandlas i detta kapitel är *officialavgörandets* rättskraft. Denna fråga blir givetvis inte relevant i fall när officialprövning underlåtits, utan tvärtom när domstol faktiskt med mer eller mindre stöd i parternas åberopanden och yrkanden lämnar talan utan bifall på grund av att målet rör ett konkurrensbegränsande avtal.

I kapitel 7 ovan har framhållits att officialprövningen syftar till att bedömningen av ett presumtivt konkurrensbegränsande avtal blir så materiellt riktig som möjligt. Å ena sidan ska inte konkurrensbegränsande avtal genomdrivas. Å andra sidan ska inte från konkurrensrättsliga synpunkter tillåtna avtal motverkas. Trots att, enligt gällande rätt, domstol inte bör ingripa ex officio förrän det är styrkt eller sannolikt, eller i vissa fall t.o.m. uppenbart, att det är fråga om ett konkurrensbegränsande avtal, finns en risk att ett officialavgörande är felaktigt.[1091] Därför finns också en risk för att officialavgörandet i det enskilda fallet kan motverka konkurrensrättsligt tillåtna avtal.

Visserligen kan denna risk antas vara betydligt mindre än risken att officialprövning underlåts i de fall där sådan borde förekomma, men risken aktualiserar likafullt frågan om officialavgörandets rättskraft. I kapitel 7 ovan påvisades att RB i olika sammanhang ger utrymme för att använda såväl avvisning som ogillande när ett indispositivt moment aktualiseras; det framkom att svensk rätt lämnar öppet huruvida ett indispositivt moment som konkurrensbegränsande avtal ska ses som processhinder eller ett materiellt bifallshinder. Vidare gjordes

[1091] Se ovan 7.3.

i kapitlet inget ställningstagande till om avvisning eller ogillande bör användas i detta sammanhang.

I avsnittet 8.3 nedan i detta kapitel ägnas framställningen åt frågan om avvisningsutslagets verkan är densamma som verkan av en ogillande dom. Eftersom den ogillande domens rättskraftsverkan diskuterats såväl i avsnitt 5.2 som i 8.2, och eftersom det i rättskraftshänseende inte borde göra någon skillnad om en dom är grundad på "officiala" eller "dispositiva" fakta, kommer framställningen i avsnitt 8.3 att koncentreras till avvisningsutslagets rättskraft. Det bör dock påpekas att det inte heller i detta kapitel sker något ställningstagande i fråga om valet mellan processhinder och materiella bifallshinder. I nästa kapitel 9 visar sig ytterligare skillnader mellan processförutsättningar och materiella bifallsförutsättningar, nu med avseende på angripbarheten av domar, föregångna av underlåten officialprövning, medelst extraordinära rättsmedel.

8.2 Underlåten officialprövning

8.2.1 Rättskraftsverkan

Om domstol underlåter att bedriva officialverksamhet blir parternas rättsförhållande föremål för ett renodlat dispositivt förfarande. Som en konsekvens av att domens rättskraft drabbar saken kan parternas rättsförhållande regleras annorlunda än vid dom grundad på officialprövning. Sannolikt innebär det en större risk för att rättsförhållandet kan komma att regleras "materiellt oriktigt". Vidare kan en dom grundad på partsdispositioner medföra att ett eventuellt konkurrensbegränsande avtal görs immunt mot "processuellt ifrågasättande"; den konkurrensbegränsande överenskommelsen grundmuras. Dessutom kan i den tidigare processen oprövade "rättsfaktasjok", som konstituerar självständiga rättsförhållanden och mål, drabbas av domens preklusions-, prejudicial- eller bevisverkan. De skilda verkningarna av en dom har diskuterats ovan i avsnitt 5.2.

Säg att käranden i en första omgång yrkar fastställelse av ett avtals ogiltighet och åberopar 36 § avtalslagen och att domstolen ogillar. Enligt *Ekelöfs* rättskraftslära är käranden förhindrad att i en andra omgång väcka talan om avtalets ogiltighet och anföra EG:s konkurrensregler. Och det gäller oavsett om de rättsfakta som nu åberopas

helt eller delvis skiljer sig från de tidigare åberopade. Men enligt *Larssons*, och kanske enligt *Olivecronas*, uppfattning borde en sådan talan kunna tas upp till prövning om de åberopade saksammanhangen skiljer sig från de tidigare åberopade i tillräcklig mån.[1092]

Den fråga som inställer sig är: kan domens preklusionsverkan vara mindre omfattande i fall då domen föregåtts av underlåten officialprövning av EG:s konkurrensregler? Svaret på den frågan kan bero på EG-rättens eventuella reglering av nationella preklusionsregler. Först och främst bör då observeras att det förefaller som att svensk domstol ovillkorligen ska åsidosätta inhemska preklusionsregler om en enskild i förhållande till svenska staten, under de förutsättningar som gällde i *Emmot*-fallet (1991), får sitt anspråk prekluderat.[1093] Under förutsättningar motsvarande de i fallet anses staten skyldig till den enskildes rättsvillfarelse. Och enligt den obehörig vinst-konstruktion som EG-domstolen utvecklat kan följaktligen staten inte stöda sig på en inhemsk preklusionsregel.[1094]

Men det slaget av rättsliga relationer uppkommer inte då konkurrensreglerna tillämpas på enskilda rättsförhållanden i svenska tvistemål. Staten kan visserligen i form av statliga företag bryta mot reglerna, men staten har inget ansvar för implementeringen av reglerna. Eftersom konkurrensreglerna har direkt effekt finns ingen implementeringslagstiftning. Staten kan möjligen förleda individer genom utformningen av sanktionsreglerna, men det är strängt taget en annan sak.[1095] Vidare bör i sammanhanget påpekas att Emmot-fallet i efterföljande praxis är nedtonat som prejudikat. I t.ex. *Fantask* (1997) framhöll EG-domstolen att Emmot-fallet måste läsas i ljuset av de speciella omständigheterna i fallet.[1096]

Alltså, den stränga syn på nationella preklusionsregler som framgår av Emmot (1991) är endast aktuell i vertikala rättsförhållanden i fall

[1092] Se ovan kapitel 5.

[1093] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 124 f.

[1094] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 125.

[1095] Ang. detta se ovan 4.9. Om staten i form av ett offentligt företag samt i form av lagstiftaren, genom skapandet och utnyttjandet av inhemska sanktions- och preklusionsregler, gjort en obehörig vinst kan den förfördelade vända sig mot staten med ett skadeståndsyrkande. Grunden för ett sådant yrkande är att den förfördelades direkt effektiva rättighet mot det offentliga företaget utsläckts och att staten är skuld till detta genom utformningen av sanktionsreglerna. Staten, i form av det offentliga företaget, anses ha dragit nytta av sin egen försumlighet, utövad i form av lagstiftaren.

[1096] Se Fantask v. Industriministeriet (1997), [51–52]; se också Haahr Petroleum (1997), [52] och Texaco & Olieselskabet (1997), [48].

av bristande implementering av direktiv, och också i sådana situationer har Emmot-principen begränsad bärighet. Finns det då någon EG-rättslig reglering av nationella preklusionsregler som gäller i rättsförhållanden mellan enskilda?

EG-rättens kanske viktigaste reglering av inhemska preklusionsregler i *horisontala* rättsförhållanden är EG-domstolens uttalande i *Van Schijndel*-fallet. Detta innebär att nationella domstolar ska skydda enskilda EG-rättigheter i den mån som nationell processrätt lämnar utrymme för det, bl.a. ska nationella domstolar tillämpa EG-rättsliga regler ex officio i den mån som nationella processregler lämnar utrymme för det.[1097]

Ett argument för en begränsad preklusionsverkan är då att det av vissa svenska rättskraftsläror, de lege lata och oberoende av EG-rätten, följer att domen har begränsad preklusionsverkan avseende andra grunder än de som åberopats. Visserligen är 17:11 obligatorisk för domstolarna. Men som ovan flera gånger berörts råder starkt delade meningar om regelns tillämpning i olika typsituationer. Ovan har också sagts att EG-rättens effektiva genomslag bör influera valet mellan olika tolknings- och tillämpningsalternativ när den inhemska rätten lämnar utrymme för det. Alternativa grunder och yrkanden med anknytning till EG:s konkurrensregler skulle alltså – i princip i linje med *Larssons* och *Olivecronas* rättskraftsläror – inte prekluderas av en civildom och undslippa domens prejudicerande verkan.

Vidare kan man möjligen argumentera för att en begränsad preklusionsverkan är särskilt motiverad i fall när domen föregåtts av *underlåten officialprövning*. Möjligen bör Larssons rättskraftslära tillämpas om den bäst tillgodoser de ändamål som uppbär domstolarnas "officialingripande" mot konkurrensbegränsande avtal. Kanske kan t.o.m. domens preklusionsverkan begränsas ytterligare för att främja konkurrensreglernas genomslag, när nu omfånget av den svenska civildomens rättskraft är osäkert. Dessutom kan man, mot bakgrund av parts och svenska domstolars svårighet att bringa sig kännedom om innehållet i EG-rätten, fråga sig om det inte är acceptabelt att EG-grundade anspråk undanhålls från rättskraftens verkan i de fall de kunnat föras in i processen men där detta underlåtits och anspråken prekluderats av domen.

EG-rättens osäkra innehåll, tillsammans med parters och domstolars svårighet att uppmärksamma EG-rätten, skulle då motivera en

[1097] Se ovan 6.1.

begränsad preklusionsverkan antingen *generellt* eller åtminstone i fall då svenska domstolar har *underlåtit att officialtillämpa* konkurrensreglerna. Och den rättsliga grunden till att de lege lata begränsa domens preklusion skulle vara att EG-rätten förpliktar svenska domstolar att medverka till ett effektivt genomslag för EG-rätten och ett effektivt skydd av EG-rättigheter i de fall nationell process möjliggör det; på grund av de skilda uppfattningarna i doktrin och praxis avseende innebörden och tillämpningen av RB 17:11 skulle finnas en sådan möjlighet i svensk rätt.

Ser man först till en eventuell generell begränsning av 17:11 i mål som inkluderar EG-rättsliga anspråk, bl.a. mål där konkurrensstridighet kan uppträda som ett *dispositivt* moment, bör uppmärksammas att begränsad preklusionsverkan medför en del svåra gränsdragningsproblem. Först och främst kan det vara svårt att bedöma när den ej åberopade EG-rättsliga aspekten av en tvist gör att grunden avviker i tillräcklig omfattning från den sak som prövats. Ska det kanske t.o.m. vara tillräckligt att göra en ny rättslig kvalificering på en redan föreliggande "faktabas"?[1098] Vidare kan man fråga sig om endast oreflekterat eller också medvetet underlåtet åberopande borde undkomma domens preklusionsverkan. Å ena sidan framstår en medveten ickedisposition inte som skyddsvärd. Å andra sidan framstår det som svårt att i en andra process försöka utröna om parts underlåtna åberopande varit "oreflekterat" och t.ex. omfattningen av eventuell materiell processledning. Men dessa problem är inga avgörande hinder för en begränsad preklusionsverkan. Svensk rätt inrymmer flera rättskraftsläror och alla medför gränsdragningsproblem och tillämpningssvårigheter.

Tvärtom kan en begränsad rättskraftsverkan förefalla ha vissa fördelar. Bl.a. verkar parts behov av trygghet kunna tillgodoses, likväl som gynnsamma processekonomiska effekter uppnås. En begränsning av rättskraftens verkan enligt 17:11 till de omständigheter som åberopats och de yrkanden som framställts enligt 17:3 *och* rättsliga kvalificeringar som varit föremål för domstolens prövning, skulle kunna befrämja koncentration av och snabbhet i förfarandet. Parterna kan vara säkra på att domens rättskraft i princip endast drabbar de grunder och yrkanden som varit föremål för domstolens prövning och tvingas därför inte lägga ned tid och pengar på att täcka in alternativa grunder och rättsregler som kan falla inom saken enligt 17:11.[1099]

[1098] Jfr ovan 5.2.4. Jfr också Lindblom, Fakultativa fora s. 361 not 36.
[1099] Jfr Westberg, ang. yrkanden, Officialprövning s. 454.

Egentligen talar samma skäl som anförs till stöd för förutsättningarna för fastställelsetalan mot en vidsträckt preklusionsverkan. En vidsträckt preklusionsverkan medför att domens konsekvenser för parternas rättsförhållande blir osäkra och medför att part lägger sig vinn om att få prövade de omständigheter och rättsgrunder som prekluderas av domen. Om part däremot vet att domen inte prekluderar annat än det som prövats av domstolen, kan han lugnt koncentrera sina ansträngningar till detta.[1100]

Det kan förefalla som om den vinnande partens trygghet skulle bli litet värd med detta synsätt. Men när det är fråga om alternativa grunder med mycket avlägset samband med de grunder som prövats i rättegången kan man fråga sig vad den vinnande parten skyddas mot. I fall när det framstår som mycket begärt att part ska ha uppmärksammat alternativa frågor väger denna synpunkt särskilt tungt; det finns skäl att betrakta villfarelse om EG-rättsliga (konkurrensrättsliga) reglers relevans tämligen milt också i rent dispositiva mål.[1101]

Ovan sade jag att EG-rättens många gånger oklara innehåll skulle kunna motivera en begränsad preklusionsverkan. Frågan är dock om inte detta i själva verkat talar för en *vidsträckt* preklusionsverkan. EG-rätten har nämligen inte bara ett i många avseenden osäkert innehåll; den är också föremål för stundtals hastiga förändringar till följd av EG-domstolens dynamiska och expansiva rättsutveckling. EG-domstolens avgöranden har inte sällan belyst EG-rättens implikationer för specifika rättsliga relationer och kommit människor att inse att de varit berättigade enligt EG-rättsliga regler och principer.[1102] EG-domstolens plötsliga upplysning av specifika rättsområden, och domstolens stundtals hastiga kursförändringar, har givit upphov till en mängd fall vid nationella domstolar och begäran om förhandsavgöranden som rört preklusion, preskription och liknande frågor.[1103]

Låt mig ge ett exempel som belyser såväl EG-rättens inneboende osäkerhet som risken för plötsliga förändringar av rättsläget. Av rättsfallet *Bilger v. Jehle* (1970) framgår i princip att "nya avtal" är villkorat giltiga fram tills dess att EG-kommissionen bedömt dem.[1104] Följaktligen slogs detta sedermera fast i Västtyskland av *Bundesgerichthof*. Två tyska underrätter framhöll med stöd av detta, i avgöranden

[1100] Jfr dock Westberg, Alternativyrkande s. 815.
[1101] Se nedan 10.4.1.
[1102] Se nedan vid not 1486.
[1103] Se nedan not 1483.
[1104] Se ovan 3.6 ang. villkorad giltighet och gamla respektive nya avtal.

1981 respektive 1987, att icke anmälningspliktiga avtal är villkorat giltiga fram tills dess att EG-kommissionen eller nationella behöriga myndigheter bedömt dem.[1105] Vid det laget hade dock EG-domstolen åtta respektive fjorton år tidigare i rättsfallet *de Haecht II* (1973) slagit fast att nya avtal aldrig kan vara villkorat giltiga.[1106]

Detta åskådliggör att det är besvärligt för domstolar att underordna sig EG-domstolens dekret och tillämpa gällande rätt i det skick som den förefaller vara efter en kontroll av traditionella rättskällor. I det ovannämnda exemplet råder väl ingen tvekan om att de tyska underrättsdomarna grundades på felaktig rättstillämpning och enligt svensk rätt bort kunna angripas med resning. Men hur ska man handskas med situationer i vilka EG-domstolen *efter* den nationella domen ändrar rättsläget?

I sammanhanget bör vidare beaktas att EG-domstolen accepterat nationella preskriptions- och preklusionsregler som begränsat individuella rättigheter tämligen strängt.[1107] Visserligen förefaller dessa regler i de konkreta fallen inte ha lämnat utrymme för flera tolknings- eller tillämpningsalternativ. Men EG-domstolens toleranta inställning till nationella preklusionsregler kan förstås mot bakgrund av att domstolens egna avgöranden har verkan *ex tunc*.[1108] Om enskilda rättsförhållanden, oberoende av nationella preklusionsregler skulle bli retroaktivt drabbade av EG-domstolens avgöranden, skulle enskilda rättsliga relationer konstant bli föremål för EG-domstolens rättsutvecklande verksamhet och den allmänna samfärdseln bli instabil. Medborgarnas inbördes relationer, och deras förhållanden till medlemsstaterna, skulle bli osäkra om de i alltför hög grad villkorades av EG-rättens utveckling.[1109]

Det skulle därför medföra en betydande osäkerhet, framförallt i relationer mellan enskilda, att genombryta nationella preskriptions-, preklusions- och retroaktivitetsbegränsande regler till förmån för EG-rättens genomslag. De enskilda rättsförhållandena skulle komma att för framtiden helt villkoras av EG-domstolens kursförändringar. Värdet av en civildom som grundas på tillämpning av EG-rättsliga regler vore begränsat om domen utan tidsbegränsning kunde ifrågasättas så snart den till följd av rättsutvecklingen visade sig materiellt felaktig.

[1105] Se ovan i not 436 samt Roth s. 175.
[1106] Se 3.6.
[1107] Se ovan 6.2.
[1108] Jfr dock undantagen Cabanis-Issarte (1996) samt Barber (1991).
[1109] Se nedan 10.4.1.

Visserligen kan materiellt oriktiga domar förebyggas genom att domstolen inhämtar förhandsavgörande. Men det kan vara motiverat att avstå från att inhämta förhandsavgörande.[1110] Dessutom kan EG-domstolens praxis förändras; förhandsbesked med några år på nacken kan bli föråldrade genom efterföljande avgöranden.[1111]

Mot bakgrund av EG-domstolens syn på inhemska prekluderande regler i allmänhet, och de skäl som kan anföras för en sådan syn, kan jag inte se att det skulle vara ändamålsenligt att begränsa rättskraften hos civildomar som grundas på underlåten officialtillämpning av EG:s konkurrensregler. Den största nackdelen med en begränsad rättskraftsverkan är att det skulle ge en i tiden obegränsad möjlighet att ifrågasätta en lagakraftvunnen dom och därför öppna för parter att återkomma när efterföljande praxis visar att deras rättsförhållande borde ha bedömts annorlunda än i domen. Som ovan framhållits finns skäl att anta att osäkra rättsliga relationer mellan företag motverkar konkurrensreglernas ändamål. Vidare finns det en risk för att reglernas internalisering försvåras om företagen inte kan lita på att domstolsavgöranden tillräckligt säkert står fast oberoende av förändringar i rättsläget.[1112]

Därför motiverar inte EG-rättens genomslag och enskilt rättsskydd att efterföljande avgöranden av EG-domstolen ges s.a.s. tillbakaverkande prejudikatverkan på svenska civildomar som framstår som materiellt oriktiga på grund av att konkurrensreglerna tillämpats felaktigt eller på grund av att reglerna av goda skäl förbisetts. Just på grund av EG-rättens osäkra karaktär och av att EG-domstolens rättsbildning är dynamisk är det alltså tvärtom särskilt viktigt att också EG-rättsliga aspekter på individuella rättsförhållanden prekluderas genom en dom. En stor risk för hastiga förändringar i rättsläget medför naturligtvis också en stor risk för att parter i framtiden kan vilja få en sak omprövad.

Även om alltså det skulle finnas skäl att förorda en begränsad preklusionsverkan med avseende på konkurrensrättsliga frågor som inte prövats av domstolen i rent dispositiva tvistemål, utifrån framförallt Larssons men också Olivecronas rättskraftsläror, finns, åtminstone enligt min mening, paradoxalt nog *särskilt starka skäl att tillämpa*

[1110] Se ovan 7.2.

[1111] Se ovan kapitel 3, särskilt 3.1, 3.2 samt 3.6, för att få detta illustrerat.

[1112] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 187 ff.

Ekelöfs rättskraftslära på domar som grundas på tillämpning av EG-rättsliga regler.[1113]

Det finns ingen anledning att se saken annorlunda då det är fråga om EG-rättsliga regler, som konkurrensbestämmelserna, vilka under vissa förutsättningar bör beaktas ex officio av domstolarna. Även om det kanske kan antas att konkurrensreglerna finge en större betydelse för de enskilda rättsförhållandena om en civildom kunde undanröjas på grund av underlåten officialprövning, är det troligt att reglernas ändamål skulle motverkas. Reglerna syftar inte bara till att företagen ska följa reglerna. Företagen avses också genom effektiv konkurrens bidra till samhällsutvecklingen och en effektiv resursanvändning; de ska, kort sagt, göra nytta för samhället. Om företagens inbördes rättsliga relationer görs osäkra kan man anta att deras bidrag till samhällsnyttan blir mer begränsat.[1114]

I samband med detta vill jag ägna ett större utrymme åt en liknande fråga som var föremål för HD:s bedömning i NJA 1963 s. 612. Målet är inte minst intressant på grund av att professorerna *Bolding*, *Hassler*, *Olivecrona* och *Ekelöf* i åberopade utlåtanden gav sina respektive synpunkter på frågan om retroaktivt verkande lagstiftnings påverkan på lagakraftvunnen dom. Trots att den materiella rätten såväl som de i målet aktuella rättsfrågorna kan framstå som arkaiska i jämförelse med EG-rätten, finns här i själva verket betydande likheter med de ändamålsskäl som är relevanta vid en generell diskussion om rättskraftsverkan av en dom som innebär att tillämpning av EG-rättsliga regler underlåtits. Möjligen kan mitt ställningstagande ovan ifrågasättas utifrån detta avgörande.

I anslutning till ställningstagandet i frågan om rättskraft vid underlåten officialprövning kommer därför 1963 års mål att refereras tämligen extensivt. Vidare kommer experternas synpunkter på förhållandet mellan res judicata och efterkommande lagstiftning att återges. Dels illustrerar målet hur olika rättskraftsläror tillämpas i praktiken på ett konkret fall. Dels åskådliggörs olika ändamålssynpunkter på förhållandet mellan res judicata och retroaktivitet. Detta ger ett bra underlag för den fråga som är naturlig att ställa efter att ha slagit fast att Ekelöfs rättskällelära bör tillämpas med motiveringen att den minskar de retroaktiva verkningarna av EG-domstolens domar. Och det är frågan

[1113] Ang. olika uppfattningar om domens preklusionsverkan, se ovan 5.2.1 samt 5.2.2.

[1114] Jfr T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 246 ff., och särskilt s. 254 f., ang. skillnad mellan efterlevnad och ändamålsuppfyllelse.

om, och i så fall varför, efterkommande domstolsprejudikat med avseende på lagakraftvunna domar bör ses annorlunda än efterkommande lagstiftning.

Tvisten rörde bl.a. äganderätten till "skogstrakten Laggåsen" i norra Värmland. Ett antal pastorat, församlingar och kyrkoherdar hade under åren 1814–1904 genom periodiskt återkommande kungliga brev sett sin sannolika, men oklara, ägande- och förvaltningsrätt av egendomen successivt överflyttad till kronan, och domänstyrelsen. Avkastningen av egendomen, vilken avsetts för prästerskapets löner samt för bestridande av kostnader i samband med uppdelning av olika pastorat m.m., inflöt fram till 1903 i Älvdals pastorats regleringsfond. År 1903 beslöts att från det kontot skulle avskiljas ett belopp motsvarande vad som tillflutit från Laggåsen i form av skogsmedel och arrende, för avsättning till prästerskapets löneregleringsfond. År 1904 överfördes till denna fond, vilken stod under statskontorets förvaltning, nästan 700 000 av de drygt 900 000 kronor som fanns i regleringsfonden. Det förefaller alltså, från kronans synvinkel, som att egendomen Laggåsen tillhörde kronan och stod under dess förvaltning, men att vissa av de medel som inflöt från egendomen skulle användas till bestridande av prästlöner och andra med den kyrkliga verksamheten förenade kostnader.

Detta är bakgrunden till att ett antal pastorat, församlingar, kyrkoherdar samt kapellpredikanter 1910 väckte talan vid häradsrätten och yrkade *dels* att de inblandade pastoraten och församlingarna skulle förklaras vara samfällt ägare till Laggåsen samt att kronan skulle avträda egendomen, *dels* att all från Laggåsen uppburen avkomst skulle överlämnas till de inblandade pastoraten, församlingarna eller kyrkoråden. Vidare yrkades, för det fall Laggåsen skulle anses ha blivit skänkt till kyrkoherdebostället eller kyrkoherden i det ursprungligen enda pastoratet, *för det första* att Laggåsen "med allt vad därtill hörde jämte samlad och blivande avkastning därav måtte förklaras såsom donation eller i allt fall med äganderätt tillhöra samtliga (–) församlingar gemensamt" samt att kronan skulle avträda egendomen, *för det andra* att alla medel som från Laggåsen influtit i prästerskapets löneregleringsfond eller andra fonder under statskontorets förvaltning, exklusive medel som använts till vissa "med pastoratsregleringarna sammanhängande ändamål" m.m., skulle utges till kyrkoråden, *för det tredje* att pastoraten och församlingarna skulle förklaras få disponera de "egna" medlen såväl som blivande avkastning av Laggåsen med skyldighet att underställa sina beslut KM:s prövning.

I andra hand yrkades att, även om Laggåsen var beläget inom endast ett av pastoraten, samtliga pastorat skulle förklaras ha del i Laggåsen och dess avkastning, samt att avkastningen skulle gå till innehavarna av prästerliga tjänster, eller i vart fall kyrkoherdarna, inom pastoraten.

Vidare yrkade en församling, Ekshärad, och kyrkoherden där, under bestridande av övriga församlingars och deras prästerskaps (däribland sina egna, efter vad jag förstår) anspråk, för egen del detsamma som också krävts

gemensamt. Ytterligare en församling framställde ett yrkande för egen del, i detta fall avseende andel i Laggåsen tillsammans med Ekshärads församling.

Ekshärad församling och medparter åberopade i första hand att Laggåsen blivit dem givet och i andra hand hävd. Häradsrätten, Svea Hovrätt och KM lämnade alla i målet framställda yrkanden utan bifall. KM:s dom gavs 1918. I sammanhanget bör påpekas att häradsrätten uttryckligen ogillade yrkandet om fastställande av pastoratens äganderätt samt yrkandet att redovisa och utge influtna medel till pastoraten och församlingarna, men att domstolen inte sade något om yrkandet om rätt till förvaltning av egendomen. Möjligen ansågs den frågan hänga ihop med förvaltningsrätten till avkastningen. Hovrätten fastställde häradsrättens domslut "såvitt därigenom samtliga i målet framställda yrkanden lämnats utan bifall".

Detta var inte slutet på historien. År 1910 uppgick den av statskontoret förvaltade prästerskapets lönegarantifond i kyrkofonden. År 1932 stadgades i lagen om kyrkofond att i kyrkofonden skulle ingå inkomst av sådana boställen, vars avkomst enligt ett kungligt brev från 1862 rätteligen hade indragits till prästerskapets löneregleringsfond eller boställen som av Kungen anvisats till löneförbättring för präst i allmänt kyrkohemman. Laggåsen förvaltades nu som allmänt kyrkohemman, men hade inte upplåtits av kronan; vidare hade anvisandet av Laggåsen som lönetillgång för kyrkoherde inte skett i enlighet med det kungliga brevet från 1862. På grund av detta skulle, enligt några av de ursprungliga församlingarnas pastorat och med stöd i en bestämmelse i ecklesiastik boställsförordning från 1932, Laggåsen förvaltas av pastorat och utgöra prästlönetillgång i pastoraten.

Pastoraten ifråga väckte 1959 talan mot kronan och statskontoret som förvaltare av kyrkofonden, och yrkade *dels* att Laggåsen skulle förklaras utgöra prästlönetillgång för pastoraten, *dels* att pastoraten skulle berättigas att tillträda Laggåsen och disponera fastigheten och dess avkastning, *dels* att ålägga kronan att för pastoraten redovisa den avkastning som tillflutit kyrkofonden från Laggåsen.

Kronan och statskontoret anmälde rättegångshinder och hävdade att pastoratens anspråk på att disponera Laggåsen som kyrkoegendom eller lokal avlöningstillgång hade rättskraftigt avgjorts genom KM:s dom av 1918. I domen ogillades inte bara anspråket på äganderätten utan också frågorna om egendomens förvaltning och dispositionen av avkastningen. Genom domen hade, enligt kronan, frågan om Laggåsen skulle användas för kyrkofonden eller för lokalt ecklesiastikt ändamål slutligt avgjorts; därefter tillkomna förvaltningsbestämmelser kunde inte ändra detta.

Det är inte bara förhållandet mellan en rättskraftig dom och efterkommande lagstiftning med retroaktiv verkan som ger associationer till EG-rätten; också den äldre svenska förvaltningsrätten på ecklesiastikområdet påminner starkt om EG:s förvaltningsrätt i det att en mängd förordningar och direktiv avlöser, ersätter, kompletterar och korrigerar varann med retroaktiv verkan. Denna likhet är kanske också orsak

till aktualiteten i det retroaktivitetsproblem som ska belysas här. Av lätt insedda skäl avstår jag från att bedöma den materiella tyngden i pastoratens talan nummer två. Det intressanta är hur konflikten mellan den tidigare domen och den efterkommande lagstiftningen löstes, och då framförallt hur de fyra professorerna såg på saken.

Bolding fann att svensk rätt inte tillhandahöll ett svar på konflikten mellan en rättskraftig dom och efterkommande lagstiftning. Han menade dock att personer som valt att ifrågasätta äldre lagstiftning inte borde ställas i en sämre situation än de som inte ifrågasatt rättsläget, vilket vore en konsekvens av att alltid låta rättskraftiga domar stå orubbliga mot senare lagstiftning. Detta skulle vidare öppna för spekulationsmöjligheter. Domen från 1918 skulle t.ex. ha kunnat utverkats av kronan i syfte att frånta pastoraten möjligheten att senare åberopa efterkommande mer fördelaktig lagstiftning.

Bolding menade dock inte att efterkommande lagstiftning generellt skulle eliminera tidigare givna domars juridiska bestydelse, men väl i de fall lagstiftningen rör en för målet central fråga. I den mån ny lagstiftning har endast perifer betydelse för tidigare avgjorda frågor, menade han, hamnar domstolarna i svåra gränsdragningsproblem, vilka borde lösas på ett nyanserat sätt. Bolding framhöll vidare att det i målet inte var intressant att söka finna kriterier för en nyanserad bedömning av gränsdragningsproblem, eftersom den efterkommande lagstiftningen här var av klart central betydelse för den materiella tvistefrågan.

Också *Hassler* fann att pastoratens nya talan inte skulle avvisas. Han fann två argumentationslinjer fram till denna slutsats. För det första, menade han, hade inte i den första processen prövats frågan om en äganderätten oberoende förvaltningsrätt till Laggåsen. Det är möjligt, förefaller han ha menat, att kärandenas yrkande täckte ett påstående om en sådan rättighet, men det är inte klart och domar ska tolkas restriktivt. Vidare ger parternas yrkanden bara själva ramen för processen – avgörande för res judicata-frågan ska vara domstolarnas domslut.[1115] I 1918 års fall (KM) prövades endast en förvaltningsrättighet med grund i äganderättighet; en förvaltningsrättighet med annan grund var således, enligt Hassler, inte prekluderad.

För det andra, framhöll Hassler, kunde inte frågan om Laggåsen var ett löneboställe eller ett allmänt kyrkohemman enligt reglerna i den ecklesiastika boställsförordningen från 1932 rimligen ha blivit avgjord av en dom från 1918, när en sådan uppdelning inte existerade. Frågan

[1115] Jfr Olivecronas utlåtande nedan vid not 1116.

skulle, menade Hassler, ses som ett nytt processföremål; käranden gjorde gällande en helt ny rättighet som inte blivit föremål för bedömande i den tidigare domen. Det befanns därvidlag likgiltigt om denna nya påstådda rättighet hade uppkommit genom rättshandling eller genom lagstiftning, i båda fallen skulle samma rättsskydd beredas.

Olivecrona noterade att häradsrättens dom inte besvarade yrkandet om förvaltningsrätt och att hovrätten föreföll ha sökt rätta till felet genom att fastställa att häradsrättens dom fastställdes såvitt därigenom samtliga i målet framställda yrkanden lämnats utan bifall. Vidare menade han att den första domen rörande äganderättsfrågan endast kunde ha *positiv* rättskraft för en efterföljande talan om förvaltningsrätten och detta också endast under förutsättning att samma fång denna andra gång åberopades till stöd för yrkandet om förvaltningsrätt. Detta är i praktiken samma sak som Hassler hävdade, dvs. att frågan om en förvaltningsrätt grundad på något annat än en äganderätt inte blivit prövad i den första omgången. Olivecrona kompletterade alltså detta med att den rättskraftiga fastställelsedomen över äganderätten kunde ha positiv rättskraft och föranleda ogillande i den andra tvisten om samma fång nu åberopades till stöd för förvaltningsrätten.

Olivecrona kom vidare till slutsatsen att yrkandet i den nya rättegången var ett annat än det tidigare *äganderättsyrkandet* och att också grunderna för det nya yrkandet avvek från de som anförts till stöd för det förra. I det avseendet var det alltså fråga om en annan sak. Beträffande betydelsen av att ett förvaltningsyrkande ogillats av HD i 1918 års dom,[1116] framhöll Olivecrona att detta yrkande var att anse som ett följdyrkande till yrkandet om äganderätt i den tidigare rättegången. Ogillandet av förvaltningsyrkandet hade inte enligt Olivecrona någon betydelse utöver i samband med frågan om äganderätten till Laggåsen.

Olivecrona resonerade på följande sätt: Genom ecklesiastik boställsförordning från 1932 infördes förvaltningsregler som bl.a. innebar att löneboställen skulle förvaltas av pastorat. Skulle Laggåsen förklaras vara löneboställe skulle pastoraten förvalta Laggåsen. För frågan om vem som skulle förvalta Laggåsen var alltså 1932 års förordning avgörande och den relevanta frågan i sammanhanget, om Laggåsen var att se som löneboställe eller allmänt kyrkohemman, hade inte prövats i det tidigare målet. Olivecrona framhöll att 1918 års dom inte kan "anses medföra någon inskränkning i tillämpligheten av reglerna i ecklesiastik boställsförordning".

[1116] Jfr Hassler ovan vid not 1115.

Senare i utlåtandet fastslog han följande: "Det är givetvis riktigt, att tillkomsten av de nya reglerna om förvaltningen av ecklesiastika boställen icke utgör någon ny 'omständighet' i RB:s mening. Med 'omständighet' förstås ett rättsligen relevant faktum. Därom är icke fråga här. Ecklesiastik boställsförordning av år 1932 är ny lagstiftning. Den är tillämplig på ecklesiastika boställen, oavsett om rätten till dem någon gång varit under domstolsavgörande. Hur den nya lagstiftningen skall tillämpas på ett visst boställe, är en ny fråga, som icke kan ha varit föremål för prövning under den äldre lagstiftningens tid. Det spörsmål som uppstår därest (såsom här i fallet) ett domstolsavgörande föreligger, det är vilken relevans detta domstolsavgörande kan ha vid tillämpningen av den nya boställsordningen. Någon grund för avvisning är det tidigare avgörandet icke."

Ekelöf framhöll först att också, och kanske framförallt, materiellt oriktiga domar bör ha rättskraft för att skapa trygghet i enskilda rättsförhållanden. Han menade dock att det för att rättskraftsinstitutet ska fylla sin praktiska funktion inte är erforderligt att domen lämnas opåverkad av ny lagstiftning som träffar de omprocessade rättsförhållandena. Den trygghet som den vinnande åtnjuter genom domen behöver aldrig vara större än den trygghet som föreligger i det fall då en dom aldrig meddelats, men det materiella rättsläget varit så fullkomligt klart att någon process aldrig behövt föras.

Vidare menade Ekelöf att en förutsättning för problemets uppkomst är att en lag ges retroaktiv verkan och förändrar den rättsställning som vissa rättssubjekt dittills innehaft. Om lagstiftaren hade accepterat den otrygghet som skapas på sådant sätt, finns ingen anledning att skilja mellan domfästa och icke domfästa rättsförhållanden. Tvärtom skulle vid en sådan åtskillnad det praktiska värdet av lagens retroaktiva verkan förminskas.

Ekelöf framhöll vidare följande om ändrad praxis: "Man kanske vill invända, att med den här hävdade uppfattningen även ändrad praxis – t.ex. prejudikat som strider mot tidigare meddelade prejudikat – borde kunna åberopas till stöd för förnyat upptagande av en rättskraftigt avgjord sak. Ett prejudikat har ju såtillvida tillbakaverkande kraft, att man tillämpar detsamma även på tidigare uppkomna rättsförhållanden. Men att anse, att den rättsosäkerhet som detta otvivelaktigt medför för icke domfästa rättsförhållanden skulle utsträckas även till rättskraftigt avgjorda saker, vore helt visst förhastat. Den som vunnit en rättegång finge då alltid räkna med risken för att tvisten förr eller senare på grund av ändrad praxis kunde rivas upp på nytt, vilket i

sin tur medförde, att rättskraftsinstitutet skulle förfela sin uppgift. Annorlunda förhåller det sig med en ny lag, som har tillbakaverkande kraft. Den rättsosäkerhet som är förbunden med vårt nuvarande prejudikatväsende är i och för sig en kalamitet, som man får godta såvida man över huvud taget vill tillåta en viss rättsutveckling i praxis. Då en lag undantagsvis har tillbakaverkande kraft, är däremot just avsikten att förändra bestående rättsförhållanden. På grund härutav vore det irrationellt att från den nya lagens tillämpningsområde undanta rättsförhållanden, som varit föremål för process och dom."

HD gick på den linje som tydligast anvisats av Hassler och Olivecrona. HD fann att talan måste innefatta ett påstående att församlingarna på annan grund än äganderätt skulle berättigas att förvalta Laggåsen, och att den frågan inte avgjorts i det tidigare målet.

Av Bolding, Olivecrona och Ekelöf framförs argument för att retroaktiv lagstiftning genombryter rättskraftsvunnen dom. Det framstår närmast som självklart att det bör vara så. Men samtidigt förefaller argumenten stöda också att prejudikat, kanske framförallt från EG-domstolen, ska genombryta tidigare domar i den mån prejudikaten förändrar rättsläget. Frågan är om Ekelöfs argument håller med avseende på EG-domstolens prejudikatbildning. Den rättsosäkerhet som följer med denna prejudikatbildning är ingen liten kalamitet nödvändigt förenad med viss rättsutveckling i praxis. Inom EG-rätten är EG-domstolen i praktiken den kanske viktigaste rättsskapande institutionen och visst är själva poängen med EG-domstolen att förändra bestående rättsförhållanden.

Jag kan i detta avseende inte se någon principiell skillnad mellan EG-domstolens prejudikatbildning och retroaktiv lagstiftning beträffande inflytandet på lagakraftvunna domar. EG-domstolens avgörande och retroaktiv lagstiftning är tillbakaverkande och har till praktiskt syfte att ändra rättsläget och rättsförhållanden. Den skillnad som finns är att en tillämpning av principen som framhölls av Bolding, Olivecrona och Ekelöf i NJA 1963 s. 612 på EG-domstolens prejudikatbildning skulle få oerhörda konsekvenser i rättslivet.[1117] Mot bakgrund av vad som framförts ovan i detta avsnitt måste accepteras att

[1117] Ur lagstiftarens respektive EG-domstolens synvinkel finns andra viktiga skillnader. Lagstiftaren har en vidare frihet än EG-domstolen att avgöra lagstiftningens föremål; prejudikatinstanser är trots allt hänvisade till rättsliga frågor i det hänskjutna målets kontext. Vidare kan vanligen lagstiftaren välja om den aktuella lagstiftningen bör ges retroaktiv verkan; detta gäller i undantagsfall också för EG-domstolen, vars avgöranden dock i princip generellt har retroaktiv verkan.

parter som tappat ett mål får leva med det, trots att EG-domstolen senare ändrar rättsläget. I detta sammanhang måste alltså göras skillnad mellan å ena sidan det icke domfästa rättsförhållande där rättsläget var klart och ingen dom avkunnades och å andra sidan det domfästa rättsförhållandet. Det förefaller nödvändigt, men inte helt behagligt av just de skäl Bolding framhöll: det kan ju vara så att den part som tappat ett mål är just den som fått lagstiftaren att stifta lag med retroaktiv verkan eller EG-domstolen att ändra sin praxis.

8.2.2 Accessoriska frågor – domens rättskraft och bevisverkan

Om sedvanlig rättskraftsverkan[1118] drabbar en dom grundad på underlåten officialprövning, vilket argumenterats för ovan, spelar det i princip ingen roll om domen är materiellt felaktig. I själva verket är rättskraftens ändamål att få saken ur världen och ge säkerhet åt parternas relation för framtiden. Därför brukar det hävdas att rättskraftens viktigaste funktion är att låta materiellt oriktiga domar stå fast; det är ju framförallt materiellt oriktiga domar som kan ifrågasättas i efterhand.[1119]

Materiellt oriktiga domar kan däremot angripas medelst extraordinära rättsmedel.[1120] I nästa kapitel 9 behandlas frågan i vad mån domar grundade på underlåten officialtillämpning av EG:s konkurrensregler kan angripas med extraordinära rättsmedel.

Men det finns också exempel på att ej prövade, men till den avdömda saken *accessoriska*, frågor undslipper domens negativa och positiva rättskraft och konstituerar "nya saker", vilka efter prövning kan ha betydelse för den tidigare domens verkan. Framförallt kan en *ny dom* efter prövning av en accessorisk fråga ha betydelse för den tidigare domens verkställighet och för möjligheten att angripa den med extraordinära rättsmedel.[1121] Ett exempel på detta är stadfästelsedomens brist på prekluderande och prejudicerande verkan i förhållande till frågan om förlikningsavtalets giltighet.[1122] Om alltså officialprövning underlåtits eller konkurrensstridigheten på annat sätt förbisetts, kan, trots att dom givits, underlåtenheten korrigeras efter ny

[1118] Vilket här betyder att Ekelöfs rättskraftslära tillämpas, se ovan 5.2.1, 5.2.2 samt 8.2.1.
[1119] Se Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 104 f.
[1120] Materiell oriktighet är dock inte generellt en nödvändig förutsättning för domvilla eller resning, se nedan kapitel 9.
[1121] Se 9.3.2 ang. hur en ny dom över en accessorisk fråga kan ingå i resningsgrund.
[1122] Se mer nedan 8.2.3.

prövning av en accessorisk fråga. Det realistiska i en sådan möjlighet beror på den tidigare domens negativa och positiva rättskraft. I det följande ska jag utan pretentioner på fullständighet beskriva några typfall i vilka man kan anta att accessoriska frågor med konkurrensrättslig anknytning undslipper domens rättskraftsverkan.

Låt mig dock till att börja med utgå ifrån läget där en fastställelsetalan avseende avtals giltighet bifallits eller när en negativ fastställelsetalan ogillats, utan att domstolen beaktat att avtalet är konkurrensbegränsande. Eftersom enligt Ekelöfs rättskraftslära alla rättsfakta prekluderas oberoende av åberopande kan inte tappande part i efterhand ifrågasätta avtalets giltighet. Den frågan är bedömd och fastställd en gång för alla.[1123] Men domen hindrar förstås inte att vinnande part för talan om fullgörelse av något som följer av avtalet, tvärtom har fastställelsedomen prejudicerande verkan vid sådan talan. Motparten kan naturligtvis ifrågasätta om den yrkade rättsföljden verkligen följer av avtalet, men kan alltså inte ifrågasätta avtalets giltighet.

Men säg nu att käranden yrkat fullgörelse av ett konkurrensbegränsande avtalsvillkor och att domstolen utan en konkurrensrättslig prövning bifallit yrkandet. Frågan om avtalets giltighet är prejudiciell i förhållande till spörsmålet om t.ex. part ska betala kontraktuellt skadestånd för att ha exporterat den aktuella produkten och frågan bör inte drabbas av domens prejudicerande verkan. Villkorat endast av den tidigare domens bevisverkan bör alltså den tappande parten kunna väcka negativ fastställelsetalan avseende avtalets giltighet. Den tidigare domens betydelse i bevishänseende kan antas vara liten i de fall som tidigare ej förebringade omständigheter åberopas inom ramen för den nya tvisten.[1124]

Säg att den första domen avsett fullgörelse av kontraktuellt skadestånd och att avtalets giltighet enligt konkurrensrättsliga regler inte prövats. Som ovan sades har tappande part möjlighet att väcka negativ fastställelsetalan. Men den tidigare tappande parten har också möjlighet att ifrågasätta avtalets giltighet i efterföljande tvister rörande fullgörelse eller skadestånd i anledning av andra förpliktelser som följer

[1123] Observera dock att framförallt Larssons, men också Olivecronas, syn på preklusion av icke åberopade rättsfakta ger visst stöd för idén att tappande part skulle kunna komma igen med den ej åberopade grunden, se ovan 5.2.2. Trots att det här är fråga om "officialfakta" bör, av skäl som framförts ovan 8.2.1, den strängare preklusionsverkan anses drabba domen.

[1124] När det är fråga om prövning av indispositiva moment måste det räcka att omständigheterna tillförs processmaterialet, det krävs alltså inte att omständigheterna åberopas. Se ovan 5.3.2, 6.5 samt 7.1.1.

av avtalsvillkoret. Säg att en leverantör, efter en första dom avseende kontraktuellt skadestånd på grund av att vidareförsäljaren exporterat produkterna, yrkar skadestånd för att vidareförsäljaren vid ett annat tillfälle (eventuellt efter den första domen) exporterat produkterna. Frågan om avtalets giltighet är prejudiciell i förhållande till båda dessa skilda rättsföljder, men kan inte utifrån den allmänna uppfattningen i doktrinen anses prejudiciellt avgjord genom den första skadeståndsdomen.[1125] Vidareförsäljaren kan alltså mot det senare skadeståndsyrkandet invända att avtalet är konkurrensbegränsande.

Samma sak borde gälla när det är fråga om två alternativa "fullgörelserättsföljder" som kan göras gällande oberoende av varandra, men är hänförliga till samma konkurrensbegränsande villkor. Säg att käranden först yrkar att svaranden ska leverera x liter mjölk eftersom av avtalet framgår dels att svaranden åtagit sig att vid anfordran leverera ett visst antal liter mjölk och liknande produkter per år, dels att svaranden åtagit sig att ombesörja svarandens behov av mejeriprodukter framför andra återförsäljares behov. Säg att yrkandet bifalls och sedan att käranden yrkar att svaranden ska leverera ett visst antal liter yoghurt efter att ha åberopat samma avtalsvillkor. Detta borde strängt taget vara fråga om en annan sak för det fall man inte rimligen kan kräva att käranden inom ramen för den första processen framställer skilda rättsföljder som kan göras gällande oberoende av varandra när de har så pass tät anknytning. Om yoghurtyrkandet utgör en annan sak, borde inte svaranden/leverantören vara betagen möjligheten att invända att villkoret är konkurrensbegränsande.[1126] Vidare borde han som ovan sagts vara oförhindrad att efter att ha blivit förpliktad att leverera x antal liter mjölk väcka negativ fastställelsetalan rörande giltigheten av avtalsvillkoret avseende såväl mjölk-[1127] som yoghurtleveranser.

Ett mer komplicerat fall erbjuder det där ett företag yrkar förbud vid vite för ett annat företag att i strid med konkurrensklausul, t.ex. i samband med företagsöverlåtelse, på visst sätt konkurrera med företaget på visst område. Det är tämligen oklart om en förbudsdom har prejudicerande verkan i förhållande till en efterföljande skadeståndstalan.

Ekelöf menar att en efterföljande skadeståndstalan ska vara oberörd

[1125] Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 131 ff.
[1126] Domstolen är heller inte förhindrad att ex officio beakta det.
[1127] Detta sagt i princip; jfr nedan not 1131.

om skadan inträffat innan förbudsdomen givits.[1128] Det kan tänkas att svaranden haft liten anledning att ifrågasätta konkurrensklausulens giltighet om han t.ex. av andra skäl varit ointresserad av att framgent bedriva den potentiellt avtalsstridiga verksamheten. Svaranden kan dock ha stor anledning att ifrågasätta konkurrensklausulens giltighet inom ramen för en skadeståndsprocess och detta motiverar att förbudsdomen frånkänns prejudicerande verkan.[1129] När det gäller skador som inträffat efter det att förbudsdomen fallit menar Ekelöf att förbudsdomen ska tillerkännas prejudicerande verkan. I annat fall skulle förbudsdomen bli mycket litet värd.[1130]

Hur ställer sig det fallet att fastställelsetalan väcks efter att en förbudsdom grundad på underlåten officialprövning vunnit laga kraft? Ja, frågans besvarande kan bero på vad fastställelsetalan mer specifikt avser. Fastställande av att en person inte får konkurrera på visst sätt oberoende av ett visst avtalsvillkor, eller på grund av att avtalsvillkoret är ogiltigt, verkar fylla samma praktiska funktion som en dom varigenom personen förbjuds att göra just detta. Därför borde en förbudsdom som förpliktar en person att inte sälja ett visst slags produkter på en viss ekonomisk marknad ha prejudicerande verkan i förhållande till en efterföljande talan om fastställelse att personen kan sälja produkterna på den aktuella marknaden.[1131]

Men hur är det i det fall fastställelsetalan avser den aktuella konkurrensklausulens giltighet? Giltighetsfrågan är helt klart en annan fråga än frågorna om personen är förbjuden att sälja produkterna respektive om han får sälja dem; giltighetsfrågan är i båda fallen civilrättsligt prejudiciell.[1132] Som jag ser det borde förbudsdomen ha prejudicerande verkan för en efterföljande fastställelsetalan avseende konkurrensklausulens giltighet om klausulen *endast* har betydelse för frågan om svaranden i den första processen får sälja vissa varor på den aktuella marknaden. I sådant fall kan en negativ fastställelsetalan inte ha praktisk betydelse för andra rättsföljder än den som redan avgjorts av domstol i förbudsdomen. Här kan vidare påpekas att en

[1128] Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 141.

[1129] Observera att man kan argumentera för det motsatta: om svaranden vet att förbudsdomen blir prejudicerande för skadeståndsfrågan kan man naturligtvis kräva att han lägger ner kraft och energi på att utreda konkurrensklausulens giltighet. Frågan blir alltså om det är rimligt att tillåta honom eller käranden att spara den ena frågan, eller om det är processekonomiskt motiverat att det ena har prejudicerande verkan för det andra.

[1130] Rättegång III s. 141.

[1131] Jfr ovan vid not 1127.

[1132] Se strax ovan och jfr Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 141.

sådan talan kan avvisas också på grund av bristande fastställelseintresse enligt RB 13:2 st. 1 – det kan knappast råda ovisshet som länder käranden till förfång.

Men konkurrensklausulens giltighet kan ha betydelse för flera materiella rättsföljder som kan göras gällande vid sidan om varandra. Säg att klausulen slår fast dels att personen inte får sälja produkter, dels att han inte får överlåta know how till tredje man utanför området om den senare säljer samma eller liknande produkter på den aktuella marknaden. Om förbudsdomen avsett den förra rättsföljden bör naturligtvis svaranden kunna väcka negativ fastställelsetalan med avseende på den andra rättsföljden och åberopa att konkurrensklausulen är ogiltig.[1133] Eftersom en negativ fastställelsetalan i en sådan situation har betydelse för andra rättsföljder än de som tidigare avgjorts bör den inte drabbas av den tidigare förbudsdoms prejudicialverkan om denna avsett endast en av rättsföljderna. Men det måste vara svårt för en domstol att avgöra om en negativ fastställelsetalan avseende en konkurrensklausul kan tänkas ha betydelse för andra oprövade rättsföljder.

I sammanhanget bör observeras att fastställelsedomen har betydelse ex tunc och förbudsdomen ex nunc.[1134] Det betyder att ett fastställelseyrkande aldrig bör drabbas av en tidigare förbudsdoms prejudicialverkan med avseende på tiden före förbudsdomen, utan endast av dess bevisverkan. Följaktligen bör negativ fastställelsetalan avseende frågan om den tidigare svaranden får sälja varor till det aktuella området prövas i princip oberoende av den dom som förbjuder svaranden att sälja varor på området, med avseende på tiden innan förbudet slogs fast. Även om fastställelsetalan saknar betydelse för personens möjlighet att sälja på området kan fastställelsedomen ha betydelse för frågan om han är skadeståndsskyldig för att ha sålt varor till området i tiden innan förbudet slogs fast.[1135] Och detsamma bör gälla om personen väcker negativ fastställelsetalan avseende konkurrensklausulens giltighet.

[1133] Han kan också invända att konkurrensklausulen är ogiltig när käranden i den andra processen vill utverka ett förbud för honom att sälja know how med stöd av avtalet.
[1134] Se Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 141 vid och i not 171.
[1135] Eller andra rättsföljder; jfr ovan 4.5.

8.2.3 Stadfästelse av förlikning

Underlåten officialtillämpning av EG:s konkurrensregler bör inte föranleda några begränsningar av den sedvanliga rättskraftsverkan.[1136] I princip bör därför inga "materiella felaktigheter", jämte underlåten officialprövning, användas för att angripa eller obstruera mot domen. Exempelvis medför inte det faktum att ett medgivande framkallats genom svek att en dom grundad på det oriktiga medgivandet kan ifrågasättas.[1137] Talan om fastställelse av att medgivandet var framkallat genom svek kan inte föras. Istället är den drabbade parten hänvisad till att ansöka om resning och måste då uppfylla resningsförutsättningarna i 58:1 för att få domen omprövad. Parten måste bl.a. ha giltig ursäkt för att inte ha åberopat sveket före den laga kraftens inträde.[1138] Här kan det tilläggas att det också innan lagakraftvunnen dom föreligger, verkar finnas mycket begränsade möjligheter att återta ett medgivande grundat på svek.[1139]

Samma sak gäller rimligen då part medgivit fullgörelse eller fastställelse av ett konkurrensstridigt anspråk och dom fallit som grundas på medgivandet. Den tappande parten kan inte föra talan om att medgivandet var felaktigt och att domstolen bort bortse ifrån det. Part är hänvisad till att ansöka om resning.

Likadant borde det ligga till med felaktiga erkännanden och vitsordanden samt med underlåtet införande eller beaktande av relevanta omständigheter. Det faktum att parts disposition eller underlåtenhet inte bort läggas till grund för domen på grund av domstolens officialprövningsskyldighet, berättigar inte till att dispositionen eller domen kan ifrågasättas på annat vis än genom domvilloklagan eller resning.

Det finns dock ett undantag till detta och det gäller förhållandet mellan en stadfästelsedom och det förlikningsavtal som den grundas på. I det följande ska jag visa att en konkurrensstridig disposition inom ramen för ett förlikningsavtal kan angripas utan att part ansöker om resning av en på förlikningsavtalet grundad stadfästelsedom. Felaktiga medgivanden, erkännanden och vitsordanden samt nya omständigheter och bevis, kan däremot endast anföras vid ansökan om resning av den dom som fallit och måste då uppfylla de ganska snäva förutsättningar för resning som stadgas i RB 58:1.

[1136] Se ovan 8.2.1.
[1137] Jfr NJA 1975 s. 507.
[1138] Se nedan 9.3.
[1139] Se Heuman, Verkningar av medgivanden och vitsordanden s. 36.

Utöver RB 13:2 verkar däremot inga särskilda förutsättningar gälla för part som yrkar fastställelse av att ett förlikningsavtal är ogiltigt, ens i de fall då förlikningsavtalet utgjort grund för en stadfästelsedom. I den mån som part utverkar en negativ fastställelsedom över förlikningsavtalets giltighet förefaller vidare möjligheten att utverka resning av stadfästelsedomen tämligen goda. Åtminstone framstår resningsläget som gynnsamt i jämförelse med läget då part, utan fastställelsedom men under åberopande av att t.ex. ett medgivande varit felaktigt, söker pressa sig igenom nålsögat i RB 58:1.

Principiellt finns ingen skillnad mellan stadfästelsedomens rättskraftsverkan i förhållande till förlikningsavtalet om man jämför den med fullgörelsedomens verkan i förhållande till frågan om ett "vanligt avtals giltighet". Men stadfästelsedomen, i motsats till en ordinär fullgörelsedom, prekluderar rättsföljder som inryms i förlikningsavtalet oberoende av om de motsvaras av yrkanden i processen. Detta måste sägas vara ett särskilt karaktäristikum hos stadfästelsedomen.

Det naturliga hade väl varit om stadfästelsedomen prekluderat endast de rättsförhållanden, eller rättsföljder, som gjorts till föremål för prövning genom yrkande i sak.[1140] Enligt RB 17:11 vinner ju domen rättskraft såvitt den avgjort den sak varom talan väckts.[1141] "Supplerande moment", varom talan inte väckts, borde motsatsvis inte falla inom saken ens då de gjorts till föremål för ett förlikningsavtal som lagts till grund för att avgöra saken. Vidare kan påpekas att det är otänkbart att eventuella civilrättsliga åtaganden av parterna inom processens ram, åtaganden med måhända avlägset samband med saken, skulle kunna bli föremål för domstolens prövning och domens rättskraft, annat än i just förlikningssituationer.

HD fann dock i NJA 1957 s. 470 att parts förklaring att ingen skadeståndsskyldighet förelåg mellan parterna, skulle stadfästas tillsammans med övriga förlikningsvillkor, trots att förklaringen intagits i ett förlikningsavtal i en process rörande andra förhållanden.[1142] HD framhöll att RB 17:6 inte utgjorde hinder mot förklaringens stadfästelse eftersom förklaringen korresponderade med ett av svaranden återkallat kvittningsyrkande. Detta innebär alltså att "det, varom det tvistas" enligt RB 17:6 har en annan innebörd än "sak, varom talan väckts" enligt 17:11 och att alltså stadfästelsedomen prekluderar

[1140] Se också Larsson, Förlikning s. 137 ff.,

[1141] Se också Larsson, Förlikning s. 140 f.

[1142] Jfr med Bayer v. Süllhöfer (1988) samt diskussionen ovan 6.2 rörande potentiellt konkurrensbegränsande förlikningsavtal.

rättsföljder som inte gjorts till föremål för prövning genom yrkande.[1143, 1144]

I NJA 1975 s. 507 verkar det som om JustR *Nordenson* argumenterar för ett utsträckt område för stadfästelsedomens preklusion. Han framhåller att det "uppenbarligen" är otänkbart att anse att stadfästelsedomen vinner rättskraft för avtalets giltighet endast med avseende på det "i rättegången omtvistade rättsförhållandet". Han menar att de förpliktelser som parterna åtar sig inom ramen för ett förlikningsavtal är så ömsesidigt beroende av varandra att en ogiltigförklaring av avtalet måste leda till att samtliga förpliktelser upphävs.[1145] Detta borde medföra att rättsföljder som helt saknar samband med processföremålet, men som använts i förlikningen, prekluderas av stadfästelsedomen;[1146] också sådana förpliktelser är naturligtvis del av det material av rättigheter och skyldigheter som balanserats mot varandra i förlikningen.[1147]

Här visar sig alltså en skillnad mellan ett förlikningsavtal och en därpå grundad stadfästelsedom å ena sidan och ett "vanligt avtal" och en på det grundad fullgörelsedom å den andra sidan. Säg att x har sålt ett företag till y och åtagit sig att inte konkurrera med y genom att a) sälja produkten z i Sverige eller genom att b) sälja know how till tredje företag som importerar samma eller liknande varor till Sverige. Om y vinner bifall till en skadeståndstalan efter att ha åberopat att x sålt produkter i strid med avtalet så prekluderas eller prejudiceras inte frågorna om dels avtalets giltighet, dels x:s rätt att sälja know how till importörer. Som ovan berörts kan x föra negativ fastställelsetalan avseende båda dessa frågor och erhålla en förutsättningslös prövning.

Men säg att y yrkat skadestånd och åberopat x:s varuförsäljning i Sverige och att y och x ingår ett förlikningsavtal med samma innehåll som deras ursprungliga avtal och att domstolen stadfäster detta.[1148] I

[1143] Jfr RB 17:3. Se också Ekelöf, Rättegång V s. 64 och jfr Larsson, Förlikning s. 141 not 8. Man kan fråga sig om det bör ses som en inskränkning av talan att part, som i NJA 1957 s. 470, återkallar ett kvittningsyrkande, jfr NJA 1994 s. 23.

[1144] Åtminstone kan man anta att förlikningsvillkor som inte motsvaras av rättsföljder som yrkats, tillsammans med villkor som täcks av de yrkade rättsföljderna, prekluderas och inte drabbas av domens positiva rättskraft. Se Ekelöf, Rättegång V s. 64.

[1145] Se rättsfallet s. 512 f.

[1146] Nordenson framhåller dock uttryckligen att det han säger är utan betydelse för utsträckningen av stadfästelsedomens rättskraft.

[1147] Ang. frågan om huruvida olika klausuler i ett förlikningsavtal ska anses villkorade av varandra, se Heuman, Verkningar av medgivanden och vitsordanden s. 39.

[1148] Med det realistiska tillägget att y nedlägger sitt skadeståndsanspråk.

sådant fall kommer frågan om x fått sälja know how till tredje företag att prekluderas av stadfästelsedomen.[1149]

Observera också att eventuella åtaganden i ett förlikningsavtal blir verkställbara med stadsfästelsedomen oavsett om de motsvaras av något yrkande i processen eller inte. Visserligen kan domstol förordna att förlikningen inte ska vara verkställbar, antingen när någon för talan mot stadfästelsedomen eller när talan förs om ogiltigförklaring av förlikningsavtalet.[1150] Men i andra fall ska alltså fullgörelseförpliktelser som inte motsvaras av något yrkande i målet verkställas om de ingår i förlikningsavtalet och täcks av stadfästelsedomen.[1151]

Så här långt har observerats att stadfästelsedom kan ges över rättsföljder som inte motsvaras av något yrkande samt att stadfästelsedomen därför har en vidare preklusionsverkan än en vanlig fullgörelsedom.[1152] I det följande ska visas att stadfästelsedomen, trots eller på grund av sin vidsträckta preklusionsverkan, å andra sidan är mer lättrubblig än andra domar. Och det beror på det speciella förhållandet mellan förlikningsavtalet och stadfästelsedomen. Såsom påpekades ovan under 8.2.2 ses nämligen förlikningsavtalet som en accessorisk fråga i förhållande till stadfästelsedomen.

JustR *Nordenson* framhöll i NJA 1975 s. 507 att det finns två möjliga regleringar av stadfästelsedomens rättsverkan.[1153] Antingen anses hela förlikningsavtalet prekluderat av stadfästelsedomen eller så tillåts båda parter föra talan om avtalets giltighet i dess helhet.[1154] HD:s majoritet valde det senare alternativet. Detta innebär att part, efter det att ett förlikningsavtal stadfästs och dom vunnit laga kraft, kan väcka talan om fastställelse av förlikningsavtalets ogiltighet.[1155]

Eftersom stadfästelsedomen och förlikningsavtalet kan antas reglera fullgörelseförpliktelser, finns ingen principiell skillnad mellan å ena sidan stadfästelsedomens rättsverkan i förhållande till en efterföljande (negativ) fastställelsetalan avseende förlikningsavtalets giltighet, och å andra sidan en fullgörelsedoms rättsverkan i förhållande till en efterföljande fastställelsetalan avseende ett påstått prejudicialförhållandes, t.ex. ett avtals, giltighet. I båda fallen har den tidigare

[1149] Dock förstås inte i förhållande till tredje man; ang. denna fråga se nedan 10.7.
[1150] Se UB 3:13.
[1151] Jfr UB 1:1.
[1152] Se också Larsson, Festskrift till Bengtsson s. 292.
[1153] NJA 1975 s. 505 s. 513.
[1154] Jfr Ekelöf, Rättegång V s. 63 not 172.
[1155] Jfr också NJA 1964 s. 396 samt notisfallet NJA 1990 C 9.

domen endast bevisverkan.[1156] Dom över en fullgörelseförpliktelse har ingen positiv rättskraft i förhållande till ett prejudiciellt rättsförhållande. Detta kan, mot bakgrund av det täta förhållandet mellan förlikningsavtalet och stadfästelsedomen, framstå som förvånande.

Förlikningsavtalet bör därför snarast jämföras med ett *vitsordande* av ett prejudiciellt rättsförhållande, ett vitsordande lagt till grund för en fullgörelsedom men avseende ett rättsförhållande separerat från saken.[1157] Ett stadfäst förlikningsavtal skiljer sig däremot från ett processuellt *medgivande* genom att det senare inte kan ifrågasättas på annat sätt än genom resning. Ett medgivande drabbas av domens rättskraft eftersom medgivandet avser yrkandet i sak. Mot bakgrund av praxis kan inte förlikningsavtalet ses som annat än en prejudicialfråga i förhållande till stadfästelsedomen.

Som ovan sades framstår detta som ganska märkligt. Stadfästelsedomen behöver inte avse andra rättsföljder – varken färre eller fler skyldigheter och rättigheter – än förlikningsavtalet, särskilt som stadfästelsedomen prekluderar rättsföljder som inte motsvaras av yrkanden.[1158] Ett skäl till att frånkänna ett vitsordande av ett prejudiciellt rättsförhållande rättskraft utanför den aktuella processen är att det prejudiciella rättsförhållandet kan ha betydelse för andra, icke omprocessade rättsföljder, och att den vitsordande parten måste tillåtas disponera utifrån det begränsade värde som motsvarar processföremålet i det aktuella målet.[1159]

Jag har svårt att se att detta skäl har någon större bärighet i relationen mellan ett förlikningsavtal och en stadfästelsedom och det finns därför ingen anledning att skilja mellan de två. I den mån som ett förlikningsavtal gjorts till föremål för en stadfästelsedom borde, de lege

[1156] Se ovan 8.2.2.

[1157] Ang. terminologi, se Lindell, Partsautonomins gränser s. 47. Ovan och i det följande använder jag termen *vitsordande* för det att part accepterar den civilrättsliga betydelse motparten ger ett prejudiciellt rättsförhållande; det verkar inte vara någon större skillnad mellan detta och att acceptera den rättsliga betydelse motparten ger ett rättsfaktum, vilket dock ses som ett särskilt slags *erkännande*, se Ekelöf/Boman, Rättegång IV s. 68 ff., Westberg, Officialprövning s. 330 f. och Fitger 35:56. Terminologiskt förbistras det hela ytterligare genom att termen *medgivande* förekommer med avseende på, efter vad jag förstår båda slagen av, det som här benämns erkännande, se Fitger 35:57.

[1158] Enligt UB 3:13 verkställs stadfäst förlikning som lagakraftvunnen dom om inte annat förordnas med anledning av talan mot domen. Observera att det för verkställighet inte krävs att stadfästelsedomen vunnit laga kraft, se prop. 1980/81:309 och jfr UB 3:3 och 3:4. Larsson, Festskrift till Bengtsson s. 292 f., verkar inte utesluta att förlikningen och stadfästelsedomen samtidigt kan utgöra exekutionstitlar.

[1159] Se Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 129 ff.

ferenda, möjligheten att väcka negativ fastställelsetalan avseende förlikningsavtalets giltighet vara prekluderad.[1160]

Framförallt borde inte villkor i förlikningsavtal stadfästas om de inte motsvaras av yrkanden i målet. I den mån endast *delar* av ett förlikningsavtal stadfästs med hänvisning till att övriga delar inte motsvaras av något yrkande, vore det möjligen befogat att se förlikningsavtalet likställt med ett vitsordande av en prejudicialfråga. Men i sådant fall borde ändå förlikningsavtalet vara bindande och prekluderat med avseende på de delar av förlikningsavtalet som blivit stadfästa.[1161]

Säg, analogt, att svaranden vitsordar skadeståndsskyldighet i sig och döms att ersätta en delskada. Med domen prekluderas vitsordandets betydelse för skadeståndsskyldigheten avseende den omprocessade skadan, men inte avseende andra delskador. Att svaranden sedermera väcker negativ fastställelsetalan avseende skadeståndsskyldigheten borde inte ha betydelse för den delskada som blivit föremål för lagakraftvunnen dom. Om domstol tillämpar principen att inte stadfästa andra förlikningsvillkor än sådana som motsvaras av yrkanden i målet och om förlikningsavtalet innehåller också andra villkor, borde part vara obetagen möjligheten att väcka negativ fastställelsetalan avseende förlikningsavtalets giltighet; men förlikningsavtalets betydelse för stadfästa förpliktelser, som alltså motsvaras av yrkanden i den ursprungliga processen, skulle vara prekluderad. En fastställelsetalan borde t.ex. inte kunna medföra verkställighetshinder.

De lege lata framstår det dock som att förlikningsavtalet ses som ett i princip oförbindande vitsordande av en prejudicialfråga, också i sådana situationer då hela förlikningsavtalet blivit stadfäst.

Det finns emellertid en skillnad mellan att vitsorda en prejudicialfråga och att förlikas. Förlikningsavtalet kan innehålla fullgörelseförpliktelser som blir exigibla på grund av stadfästelsedomen.[1162] I den mån en prejudicialfråga konstituerar en fullgörelseförpliktelse – t.ex. en fordran i förhållande till ränta på fordran – förefaller den visserligen vara möjlig att verkställa utan att den korresponderar med ett yrkande i målet.[1163] Men detta gäller endast om "prejudicialförpliktelsen" är föremål för domslutet; yrkas endast ränta saknar väl domstolen anledning

[1160] Jfr Ekelöf, Rättegång V s. 63.

[1161] Jfr Larsson, Förlikning s. 151; Ekelöf, Rättegång V s. 64 och a.s. not 175.

[1162] Se UB 3:13 och prop. 1980/81:8 s. 309.

[1163] Se bl.a. Westberg, Officialprövning s. 289 f. och 522 f. och Olivecrona, Rätt och dom s. 288 och 297.

att annat än i domskälen uttala sig om hur det ligger till med själva huvudfordran. Även om domstolens bedömning av ränteyrkandet bl.a. kan grundas på svarandens vitsordande av att huvudfordran förfallit till betalning, kommer den senare inte att bli verkställbar med mindre än att käranden yrkar betalning av huvudfordran.[1164]

Och i den mån huvudfordran motsvaras av ett yrkande kan den knappast ses som ett rent prejudiciellt rättsförhållande; yrkandet skulle i en första rättegång bli föremål för medgivande snarare än vitsordande. Framförallt skulle givetvis inte en fullgörelsedom över huvudfordran i efterhand kunna angripas med en fastställelsetalan. I övrigt framstår skillnaderna i rättsverkan mellan ett förlikningsavtal och ett vitsordande av en prejudicialfråga i en fullgörelsetvist som små.

En efterföljande ogiltigförklaring av förlikningsavtalet kan användas mot stadfästelsedomens orubblighet medelst extraordinära rättsmedel. En negativ fastställelsedom avseende förlikningsavtalet kan då föranleda ändring av både rättsföljder som korresponderar mot yrkanden framställda i den tidigare processen och supplerande rättsföljder vilka prekluderats av stadfästelsedomen. Observera i sammanhanget att förlikningsavtalets ogiltighet är en möjlig grund för resning av stadfästelsedomen även utan att ogiltigheten blivit domfäst.[1165] Vidare kan också negativ fastställelsedom medföra hinder av verkställighet av, och kvittning med, fullgörelseförpliktelse som följer av stadfästelsedom grundad på det sedermera ogiltigförklarade avtalet.[1166]

Om part vitsordat ett prejudiciellt avtalsförhållande inom ramen för en skadeståndstvist, finns inget hinder mot att väcka talan om en rättsföljd som följer av avtalet, men som inte korresponderar med något yrkande. Part kan antingen väcka talan direkt eller efter en negativ fastställelsetalan avseende avtalets ogiltighet. Vidare kan en negativ fastställelsedom föranleda resning av den första skadeståndsdomen. Men då torde för det första krävas att fastställelsedomen grundas på omständigheter som inte åberopats vid prövningen av prejudicialfrågan

[1164] Jfr Westberg, Officialprövning s. 810.

[1165] Se NJA 1974 s. 295. Jfr Ekelöf, Rättegång V s. 63 samt Fitger 17:58, vilka verkar mena att det avseende *samma sak* finns en valrätt mellan att väcka ny talan och ansöka om resning, vilket skulle göra våld på resningsreglerna. Rättsfallen NJA 1974 s. 295 och 1975 s. 507 måste nog förstås som att förlikningsavtalet och stadfästelsedomen är skilda frågor och utgör skilda *saker*, hur märkligt det än kan förefalla. Se också Larsson, Festskrift till Bengtsson s. 296 ff.

[1166] Se NJA 1964 s. 396. Jfr Ekelöf, Rättegång V s. 63.

i skadeståndstvisten – detta förefaller inte ge upphov till någon svårighet då frågan vitsordats. För det andra är det möjligt att det krävs att part haft giltig ursäkt att inte åberopa de nya omständigheterna i skadeståndstvisten. I annat fall skulle resningsförutsättningen "giltig ursäkt" kringgås.[1167]

Mot bakgrund av detta är det möjligt att hävda att en negativ fastställelsetalan avseende förlikningsavtalets giltighet endast skulle kunna föranleda resning av stadfästelsedomen om i fastställelsemålet åberopats nya omständigheter vilka part haft giltig ursäkt att inte åberopa då förlikningsavtalet domfästes. Å andra sidan, vilket dock kan tyckas mindre troligt, kan detta utgöra en skillnad mellan de båda diskuterade slagen av fastställelsetalan med avseende på deras kapacitet att ge upphov till resning.

Låt mig sammanfatta. Stadfästelsedomen kan prekludera fullgörelseförpliktelser, supplerande moment, som inte motsvarar yrkanden i rättegången. Ett konkurrensbegränsande åtagande kan därför komma att omfattas av en stadfästelsedoms rättskraft trots att det inte motsvarats av något yrkande. Säg vidare att ett konkurrensbegränsande förlikningsavtal läggs till grund för en stadfästelsedom som vinner rättskraft. Trots stadfästelsedomens rättskraft kan part väcka talan om fastställelse av förlikningsavtalets ogiltighet. Domstolen kan i samband med talan om fastställelse av ogiltighet besluta om inhibition av fullgörelseförpliktelse i stadfästelsedomen. Vidare utgör fastställelsedomen grund för ansökan om resning av stadfästelsen. Dessutom kan förlikningsavtalets ogiltighet, utan att vara domfäst, utgöra resningsgrund.

Däremot är enbart en ogiltighetsinvändning inte nödvändigtvis hinder för verkställighet av en påstått konkurrensstridig fullgörelseförpliktelse som följer av stadfästelsedomen. Möjligen skulle under vissa förutsättningar UB 3:21 hindra verkställighet i en sådan situation. Å andra sidan stadgas i UB 3:13 att stadfäst förlikning verkställs som lagakraftägande dom, om inte annat förordnas med anledning av talan mot domen eller talan om ogiltigförklaring av förlikningen. Detta kan tyckas indikera att verkställighet inte borde inhiberas om inte part åtminstone väckt negativ fastställelsetalan eller överklagat domen.[1168]

[1167] Jfr Welamson, Rättegång VI s. 221 f. ang. kravet på att ny bevisning åberopats i den efterföljande domen för att inte förbudet mot resning på grund av oriktig bevisvärdering ska kringgås. Nedan i 9.3.2 hävdas att samma argument, åtminstone i dispositiva tvistemål, kan användas för att inte kravet på *giltig ursäkt* ska kringgås.

[1168] Se prop. 1980/81:8 s. 309.

Mot bakgrund av det som sagts ovan bör observeras att ett förlikningsavtal har betydligt bättre möjligheter att undkomma en stadfästelsedoms preklusionsverkan i jämförelse med ett medgivet yrkande i förhållande till en efterföljande dom. *Boman* och *Lindell* anför som ett skäl för att domstol ska acceptera också klart oriktiga medgivanden att domstol ändå är skyldig att stadfästa förlikningsavtal som är "felaktiga".[1169] Med avseende på rent dispositiva tvistemål är det bara att instämma att uppenbart oriktiga medgivanden bör godtas av domstolen, men frågan är om Bomans och Lindells argument i sig är tillräckligt tungt. Part kan inte annat än resningsvägen angripa en dom med hänvisning till att den grundas på t.ex. ett medgivande framkallat genom svek. Däremot kan stadfästelsedomens verkställighet hindras av en efterföljande fastställelsedom rörande förlikningsavtalets giltighet. Av praxis framgår ju, som ovan påvisats, att förlikningsavtalet inte blir res judicata trots stadfästelsedomen. Här verkar föreligga något som åtminstone i vissa avseenden särskiljer medgivandet från förlikningsavtalet.

8.3 Officialavgörandets rättskraft

8.3.1 Rättskraft vid avvisning respektive ogillande

Syftet med officialprövning är att oberoende av partsdispositioner, träffa ett så materiellt riktigt avgörande som möjligt med hänsyn tagen till tid och kostnader. Vid officialprövning finns dock en risk för att domstol fäller ett felaktigt avgörande. Denna kan risk antas vara mindre än risken för att konkurrensbegränsande indispositiva moment undgår domstolsprövning i dispositiva tvistemål. Och detta gäller särskilt de lege lata: ovan slogs fast att ett officialavgörande endast kunde komma ifråga när det i bevishänseende är styrkt eller sannolikt att det föreligger ett konkurrensbegränsande avtal.[1170] Den ovan framkastade lösningen de lege ferenda, att blotta misstanken om konkurrensstridighet skulle föranleda officialtillämpning, ökar sannolikt risken för materiellt oriktiga officialavgöranden. Å andra sidan, och det

[1169] Se Boman, Åberopsbördan s. 59; Lindell, Partsautonomins gränser s. 50 och Preklusion s. 285.
[1170] Se 7.3.2 samt 7.7.

är skälet till att jag förordade den lösningen, skulle möjligheten att i civilprocessen kringgå artiklarna 85 och 86 bli betydligt mindre.[1171]

Men också enligt gällande rätt föreligger alltså en möjlighet att domstols officialprövning i det enskilda fallet kan tänkas motverka att ej konkurrensstridiga avtal genomdrivs. Detta föranleder frågor rörande rättskraftsverkan av avvisningsbeslut respektive ogillande dom och i vad mån part har möjlighet att efter avgörandet återkomma och visa att det inte rör sig om ett konkurrensbegränsande avtal.

Ovan framhölls att en dom som föregås av underlåten officialprövning bör ges en vidsträckt rättskraftsverkan.[1172] Men man kunde kanske tänka sig att ett *officialavgörande* lämnade öppet för att någondera av parterna kunde väcka frågan igen; det skulle i sådant fall vara fråga om att frånkänna ett avvisningsbeslut eller en på officialprövning grundad ogillande dom rättskraftsverkan. Då skulle vilandeförklaring, och de lege ferenda officialföreläggande, undvikas, men det skulle ändå finnas garantier för att tillämpningen av EG:s konkurrensregler blev någorlunda materiellt riktig. Den part som har intresse av att avtalet upprätthålls kunde i efterhand och oberoende av den tidigare domen bedöma förutsättningarna för att utreda och visa att avtalet inte är konkurrensbegränsande.

Men frågan är om det är nödvändigt att i sådan omfattning göra avgörandets orubblighet osäker i syfte att skapa förutsättningar för den materiellt riktiga regleringen av rättsläget. Som ovan sagts är det mot bakgrund av konkurrensreglernas ändamål inte önskvärt att skapa en latent osäkerhet i de rättsförhållanden som varit föremål för domstols officialprövning. Vidare är det, mot bakgrund av den vidsträckta preklusionsverkan som "normalt" följer av en ogillande dom efter sakprövning, lätt insett att en "svävande orubblighet" skulle göra våld på RB 17:11.[1173] EG:s rättsskyddsprincip genombryter inte svenska processregler annat än om reglerna hindrar utövandet av enskilda rättigheter. I själva verket motiverar eventuell EG-rättslig anknytning till en tvist att domen ges en vidsträckt preklusionsverkan. Det förefaller orimligt att laborera med skilda rättskraftsläror beroende på om domen föregåtts av underlåten officialprövning respektive om den utgör ett officialavgörande. Det bör alltså vara omöjligt att angripa "officialdomar" på annat sätt än via extraordinära rättsmedel.

[1171] Se ovan 7.3.3.
[1172] Se 8.2.1.
[1173] Se ovan 5.2 samt 8.2.1.

Detta föranleder en återkoppling till skillnaden mellan instituten avvisning och ogillande och mer specifikt frågorna: Har avvisningsutslag en mindre omfattande rättskraftsverkan i jämförelse med ogillande domar och är i sådana fall en mindre omfattande rättskraftsverkan önskvärd? Svaren på dessa frågor kan ha betydelse för valet mellan avvisning och ogillande som form för officialavgörande, i den mån, givetvis, som det verkligen finns någon skillnad i preklusionsverkan.

RB 17:11 hänvisar endast till "saken", inte till avvisningsbeslut utan sakprövning.[1174] I motiven framgår dock att om rätten på grund av processhinder avvisat parts talan får inte domstol i nytt mål angående samma sak uppta den fråga som lett till avvisning.[1175] I doktrinen antas det också att avvisningsutslag dels vinner rättskraft, dels prekluderar omständigheter och bevisning som inte anförts, eftersom avvisningsbeslut kan göras till föremål för resning.[1176] Också i praxis tillmäts avvisningsutslag rättskraft.[1177] Av t.ex. NJA 1982 s. 210 framgår att när en talan avvisats på grund av processhinder ska en senare talan rörande samma sak avvisas, inte ånyo med stöd av det tidigare processhindret, utan på grund av det tidigare beslutets rättskraft.[1178]

Om det råder enighet om att avvisningsutslag vinner rättskraft är meningarna däremot delade beträffande vad som prekluderas av ett avvisningsbeslut i anledning av processhinder. *Lindblom* menar att ny bevisning samt alla icke åberopade "processhindersupphävande" rättsfakta prekluderas, så länge det i en andra omgång skulle vara fråga om samma sak och samma processhinder.[1179] Ett avvisningsbeslut har därför i princip samma preklusionsverkan som en dom.

Både Lindblom och *Bylund* menar att factum superveniens faller utanför avvisningsbeslutets preklusionsområde.[1180] Vidare menar den senare visserligen, liksom den förre, att preklusion ska ske av ny bevisning samt av nya rättsfakta som i förening med vad tidigare åberopats

[1174] Se Lindblom, Processhinder s. 155, jfr också s. 120 f.

[1175] PLB s. 580, i anslutning till RB 58:10 av vilket lagrum det framgår att part kan ansöka om resning beträffande avvisningsbeslut, vilket implicerar att avvisningsbeslut vinner rättskraft. Se 58:1, samt Lindblom, Processhinder s. 120 f., och Fitger s. 17:59.

[1176] Se t.ex. Gärde m.fl. s. 197 och 862, Lindblom, Processhinder s. 155, Bylund s. 336 f. Av NJA 1977 s. 189 framgår vidare att också beslut varigenom invändning om rättegångshinder ogillas vinner rättskraft.

[1177] Se t.ex. NJA 1994 s. 628.

[1178] Se också Welamson, Rättspraxis III s. 525.

[1179] Lindblom, Processhinder s. 155 och 157.

[1180] Se också Fitger s. 17:60.

kan tänkas ha en processhindersupphävande effekt.[1181] Men medan Lindblom menar att avvisningsutslaget generellt prekluderar omständigheter som inte åberopats,[1182] gör Bylund undantag för processhindersreparativa möjligheter som följer av innehållet i processhindersreglerna.[1183] Sådana möjligheter lämnar, om jag förstått det hela, utrymme för omständigheter att *alternativt* till tidigare anförda omständigheter, men inte *tillsammans* med tidigare anförda omständigheter, föranleda sakprövning trots ett tidigare avvisningsbeslut.[1184]

När part anför alternativa omständigheter, menar Bylund, måste man beträffande processhinder som föranlett avvisning och hindrat sakprövning, väga parts intresse av sakprövning mot motpartens krav på trygghet och granska utfallet i olika fall.[1185] Lindblom framhåller däremot att det ordinarie fullföljdsförfarandet samt resningsreglerna utgör tillräckliga korrektiv i de fall rättskraftsverkan medför stötande resultat.[1186] I det följande kommer jag utifrån detta och senare praxis att diskutera om avvisningsutslaget har samma rättskraftsverkan som en ogillande dom.

8.3.2 "Ny omständighet"

I NJA 1982 s. 210 fann HD att part i målet "inte förebragt någon ny omständighet som innebär att det sålunda konstaterade rättegångshindret blivit undanröjt". Detta implicerar att anförandet av *nya omständigheter* kan undanröja ett tidigare prövat processhinder och medföra att talan rörande samma sak kan prövas. Hur ska man förstå uttrycket nya omständigheter? Är det fråga om enbart efter rättegången inträffade omständigheter? Eller avses också omständigheter som förelegat men inte prövats i den första processen (kumulativa eller alternativa)

[1181] Bylund s. 347 och 352.

[1182] Lindblom, Processhinder s. 157.

[1183] Typexemplet är väl att forumreglerna ger käranden valrätt mellan olika fora enligt RB:s 10:e kapitel och att käranden efter att ha fått talan avvisad kan få den upptagen vid rätt forum. Vid tillämpningen av EG:s konkurrensregler skulle det alltså vara fråga om att föra fram bevisning eller framlägga omständigheter som visar att det ifrågasatta avtalet inte utgör en klar konkurrensbegränsning. Lindblom ser däremot det faktum att käranden väcker talan vid rätt forum som ett factum superveniens i förhållande till det tidigare avvisningsbeslutet, se Processhinder s. 127.

[1184] Bylund s. 347.

[1185] Bylund s. 346.

[1186] Lindblom, Processhinder s. 157.

eller t.o.m. bevisfakta som kunnat styrka att det fanns förutsättningar för sakprövning?

Om HD avsåg enbart facta supervenientia faller uttalandet inom ramen för Lindbloms och Bylunds gemensamma uppfattning att sådana fakta inte prekluderas. Om HD avsåg att uttrycka att *enbart* facta supervenientia kan undanröja processhinder stöds Lindbloms uppfattning. Om HD menade att också tidigare inträffade omständigheter undkommer beslutets preklusionsverkan stöder detta Bylunds ställningstagande.

I det nämnda målet var fråga om en (ensidig) skiljeklausul i ett avtal om fastighetsköp. Klausulen föranledde att en kvittningsinvändning avvisades, trots att svaranden hävdade att skiljeklausulen var oskälig enligt 36 § avtalslagen.[1187] Efter att dom fallit och denna vunnit laga kraft yrkade part, som drabbats av det tidigare avvisningsbeslutet, nedsättning av köpeskillingen på grund av fel i fastigheten. Part hänvisade återigen till 36 § avtalslagen och hävdade att skiljeklausulen utgjorde ett oskäligt avtalsvillkor. Part framhöll nu att hans yrkande preciserats i jämförelse med den tidigare kvittningsinvändningen och poängterade vidare att en förändring av domstolspraxis inträtt som medfört att skiljeklausuler är oskäliga i förhållanden mellan privatpersoner och företag.[1188]

Eftersom HD avvisade talan med hänvisning till det tidigare avvisningsbeslutets rättskraft och framhöll att parten inte hade förebragt någon ny omständighet, följer i vart fall att det inte är tillräckligt att precisera yrkandet och åberopa ändrad domstolspraxis för att genombryta rättskraften i ett på processhinder grundat avvisningsbeslut.[1189] Antagligen hade det varit tillräckligt att part hade åberopat ett "materiellt" medgivande av motparten eller att skiljeklausulen inte skulle tillämpas på tvister i anledning av fastighetsförsäljningen, åtminstone om medgivandet avgivits efter den första domen.[1190] Vidare skulle mot bakgrund av HD:s beslut i notismålet NJA 1990 C 9 det med all sannolikhet varit tillräckligt att part åberopat omständigheter som inträffat i efterhand och vilka gjort skiljeklausulen oskälig. Eftersom "efterkommande omständigheter", facta supervenientia, inte prekluderas

[1187] Det rörde sig om en fastighetsförsäljning och ett rättsförhållande mellan en enskild och ett byggnadsföretag.

[1188] Jfr ovan 8.2.1 ang. rättsutvecklingens betydelse för rättskraft samt nedan 9.3.2 vid resning.

[1189] Jfr ovan 8.2.1.

[1190] Se nedan vid not 1377.

ens vid dom i huvudsaken, finns ingen anledning att anta att sådana omständigheter skulle prekluderas av ett avvisningsbeslut.[1191]

I det intressanta fallet NJA 1994 s. 628 berörde HD frågan om avvisningsbesluts rättskraft.[1192] I målet framhölls att något som måste förstås som factum superveniens, nämligen att kommunen skulle utvidga området för sin allmänna vatten- och avloppsanläggning och därmed göra vatten- och avloppsnämnden behörig som första instans, skulle möjliggöra en ny talan i samma sak. En allmän regel är att inte läsa rättsfall motsatsvis. Man kan följaktligen *inte* av fallet dra slutsatsen att *inte* tidigare föreliggande omständigheter skulle möjliggöra ny talan i samma sak.

I detta sammanhang bör också NJA 1990 s. 241 beröras. I målet behandlades bl.a. frågan om rättskraftsverkan av ett avvisningsbeslut avseende återvinningstalan i konkurs i förhållande till en ny återvinningstalan rörande samma parter och enligt HD "samma sak", men i en ny konkurs. I det första målet hade återvinningstalan inkommit efter den frist som angavs i dåvarande konkurslagen, men i det andra målet inkom stämningsansökan i tid. HD framhöll att genom det första avvisningsbeslutet frågan om återvinning rättskraftigt avgjorts endast med verkan för den första konkursen. Avvisning på grund av res judicata skulle alltså inte ske.

När det gäller *facta supervenientia* förefaller det således klart i såväl doktrin som praxis att ett avvisningsbeslut kan undanröjas. Vad är då egentligen facta supervenientia? Ja, först och främst måste det rimligen vara fråga om omständigheter som inträffat efter den relevanta tidpunkten. Denna tidpunkt infaller sannolikt vid målets överlämnande till dom när det är en materiell fråga som avgjorts; vid ett avvisningsbeslut är kanske själva beslutet den relevanta tidpunkten.[1193]

Omständigheter som inträffat före målets avgörande och som enligt vissa rättskraftsläror kan föranleda ny talan avseende samma rättsföljd, anses inte som facta supervenientia. Istället är antagligen det vanliga att framhålla att domens rättskraft inte omfattar sådana omständigheter. Så är fallet enligt *Olivecronas* och *Larssons* rättskraftsläror: nya grunder som innefattar redan tidigare föreliggande

[1191] Se också ovan vid not 1180.

[1192] Med hänvisning till Lindblom och Fitger.

[1193] Se Ekelöf/ Bylund/Boman, Rättegång III s. 124 not 106. Se också Lindblom, Processhinder s. 126 f.

omständigheter anses tillsammans med det förra yrkandet konstituera ny sak i vissa fall.[1194] På samma sätt måste det ligga till med avvisningsbeslut på grund av processhinder. För att en omständighet ska kunna karaktäriseras som factum superveniens måste den ha inträffat efter avvisningsbeslutet. Och för det fall en redan föreliggande omständighet kan undanröja ett processhinder utgör den inte ett factum superveniens.

Vidare framstår det som att inte alla omständigheter som inträffar efter ett avvisningsbeslut är facta supervenientia. För att kunna karakteriseras som factum superveniens måste en omständighet antagligen ha *rättslig betydelse* för det förhållande som blivit föremål för avvisningsbeslutet. Ett enkelt exempel från förmögenhetsrättens område ger Ekelöf: sedan A vunnit en talan om bättre rätt till egendom mot B, köper B egendomen. Köpet är då ett factum superveniens som ger B rätt att trots den tidigare talan yrka fastställande av bättre rätt.[1195]

Men om B till stöd för sin talan skulle åberopa den efterkommande omständigheten att A vanvårdar egendomen borde rimligen talan avvisas på grund av res judicata. Den av B åberopade omständigheten *är inte av sådan rättslig betydelse att den har någon inverkan på det rättsförhållande som blivit föremål för den tidigare domen.* På samma sätt ligger det till om ett yrkande om betalning ogillats på grund av att det inte visats att det föreligger någon fordran och borgenären väcker talan igen och nu åberopar att förfallodagen inträtt. Civilrättsligt saknar det betydelse för frågan om betalning att förfallodagen inträtt om inte den påstådde borgenären har någon fordran mot den påstådde gäldenären.[1196]

Man kan dock fråga sig om det krävs att domstolen när part åberopar en senare inträffad omständighet måste göra en självständig prövning av omständighetens rättsliga betydelse innan sakprövning tillåts. Det är kanske tillräckligt att käranden felaktigt påstår att t.ex. vanvård av viss egendom har sådan civilrättslig betydelse att han eller hon får bättre rätt till egendomen; det är kanske tillräckligt att käranden påstår

[1194] Se Olivecrona, Rätt och dom s. 319 ff.; Larsson, Rättskraftslärans terminologi s. 417 ff.; Larsson, Rättskraft och teleologisk metod s. 451 ff. Jfr också nedan 9.3.2.

[1195] Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 124 f.

[1196] Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 126. Jfr dock ang. avvisningsutslag Bylunds exempel på s. 339: om talan avvisats på grund av fel forum och talan därefter väcks vid annat fel forum, avvisas inte talan på grund av res judicata, utan på grund av nytt processhinder.

att förfallodagens inträde medför en förpliktelse till betalning trots att det finns en dom som medför att det är fråga om en icke-fordran.[1197]

Menar man att blotta påståendet om att en efterkommande omständighet har en sådan civilrättslig betydelse att den ändrar det genom tidigare dom fastställda rättsförhållandet ska sakprövning tillåtas och resultera i ogillande i de fall påståendet visar sig felaktigt.[1198] I klara fall av felaktiga påståenden kan ogillande dom meddelas med stöd av RB 42:5 st. 1.

För det fall sakprövning tillåts utgår jag ifrån att den tidigare domens preklusionsverkan med avseende på tidigare inträffade, prövade eller ej förebringade, omständigheter står fast. Om part skulle kunna framtvinga sakprövning av frågan om t.ex. äganderätten till egendom, skulle domstolen vara bunden av den tidigare domen med avseende på de omständigheter som då förelegat. Part skulle inte genom ett mer eller mindre dåligt underbyggt påstående om den rättsliga betydelsen av senare inträffade omständigheter ges en andra chans att åberopa omständigheter som förut förbisetts. Detta skulle kunna uttryckas som att den tidigare domen vinner *positiv rättskraft* i en senare process avseende en *ny sak*, men avseende *samma rättsföljd*.[1199]

Detta aktualiserar frågan om varför res judicata ska ha betydelse av just processhinder och föranleda avvisning. Varför skulle part som felaktigt tillskriver en efterkommande omständighet rättslig betydelse för ett domfäst förhållande, behandlas annorlunda än den part som felaktigt hävdar att en tidigare föreliggande, men inte åberopad, omständighet har viss rättslig betydelse? Också i det senare fallet vore det de lege ferenda möjligt, och såvitt jag kan se tolkningsvis förenligt med 17:11, att på grund av parts *påstående* tillåta sakprövning, men anse domstolen vara *bunden* med avseende på det tidigare avgörandet. Den tidigare domen skulle alltså äga positiv rättskraft och inte negativ rättskraft samt föranleda *ogillande* och inte avvisning av den nya talan i de fall käranden felaktigt påstår sig berättigad till samma

[1197] Jfr Lindblom, Processhinder s. 194 f. samt Welamson, Domvillobesvär, s. 113.

[1198] Jfr Heuman/Westberg, Argumentationsformer s. 863 f., ang. "påståendedoktrinen".

[1199] Jfr Bylund s. 347, som, vilket nämnts ovan, uttryckligen hävdar med avseende på avvisningsbeslutets rättskraft att ny, icke-prekluderad, omständighet, *tillsammans* med av avvisningsbeslutet prekluderade omständigheter inte kan föranleda undanröjande av processhinder. Samtidigt framhåller han att denna slutsats inte är självklar, se a.s. not 44. Se vidare nedan vid och i not 1230.

rättsföljd under åberopande av nya, men tidigare inträffade, omständigheter.

Observera att enligt Ekelöfs rättskraftslära alla sådana påståenden skulle vara felaktiga. Men enligt Olivecronas och Larssons rättskraftsläror kan tidigare föreliggande, men inte åberopade, omständigheter undkomma 17:11. Om man leker med tanken att i princip helt frånkänna domen negativ rättskraft och betydelse som processhinder, skulle den bedömning som enligt Larsson och Olivecrona domstolen måste göra i valet mellan avvisning och sakprövning, ingå som ett moment i *saken*. Finns den nya omständigheten inom den gamla domens preklusionsområde och är den därför civilrättsligt betydelselös för den yrkade rättsföljden; eller faller omständigheten utanför den gamla domens preklusionsområde och har den då kapacitet att neutralisera den tidigare domens positiva rättskraft? Möjligen skulle under dessa förhållanden domens betydelse som processhinder kvarstå i de extremfall då käranden väcker talan under åberopande av exakt samma grund eller inte ens påstår sig vara berättigad.

De lege ferenda kan jag inte se att en ordning där domens positiva rättskraft betonades framför dess negativa dito skulle vara sämre från ändamålssynpunkt. Tvärtom skulle många besvärliga rättskraftsbedömningar som nu ordningsmässigt handläggs i ordningen för processhinder, kunna handläggas som en del av saken. Detta måste av flera skäl anses önskvärt.[1200]

Den ovan framkastade idén förefaller förenlig med ordalydelsen av RB 17:11. I st. 3 stadgas att en fråga som avgjorts inte får upptas till prövning igen. Andemeningen i detta borde vara att den fråga som avgjorts inte får prövas en andra gång. Spörsmålet om en fråga avgjorts eller inte av den tidigare domen kvarstår lika svårlösligt som förut enligt detta synsätt. Så snart käranden påstår sig berättigad skulle det vara fråga om en ny sak. Men om enligt domstolens rättsliga bedömning det nya processmaterialet är att hänföra till den fråga som tidigare avgjorts eller om det nya processmaterialet saknar kapacitet att neutralisera den tidigare domen, ska ogillande dom meddelas. Också i de fall som kärandens påstående befinns riktigt i preklusionshänseende – som ovan sagts kan rättsfakta undkomma preklusionsverkan enligt Olivecrona och Larsson – behöver inte domen gå kärandens väg. Den omständigheten att part vanvårdat egendomen prekluderas

[1200] Jfr Lindblom, Processhinder s. 236 ff.

kanske inte, men kan antas sakna kapacitet att rättsligt neutralisera en fastställelsedoms betydelse för äganderätten.

I RB 17:11 stadgas inte att det ska vara fråga om *negativ* rättskraft och att rättskraften ska föranleda avvisning. Men de lege lata är det givetvis klart att lagrummet ska uppfattas just så. De ovanstående synpunkterna får därför förstås de lege ferenda och är för övrigt för dåligt underbyggda för att karaktäriseras som helhjärtade.

Detta för tillbaka till frågan om facta supervenientia och om blotta påståendet om den rättsliga betydelsen av en efterföljande omständighet är tillräckligt för att kvalificera en omständighet som ett factum superveniens. Ovan har framgått att blotta påståendet om den rättsliga betydelsen av en redan föreliggande, men inte förebringad, omständighet inte är tillräckligt för att framtvinga sakprövning. Vid tillämpning av de rättskraftsläror där tidigare föreliggande omständigheter kan undkomma domens preklusionsverkan, måste domstolen välja mellan avvisning och sakprövning. Rättskraft är processhinder och ska föranleda avvisning även om part påstår att det inte föreligger processhinder. Att inte avvisa vid processhinder, oberoende av parternas påståenden, utgör grovt rättegångsfel.[1201]

Finns det någon anledning att behandla parts påstående om den rättsliga betydelsen av efterkommande omständigheter annorlunda? Ja, möjligen skulle man kunna hävda att det är existensiellt omöjligt att lägga en efterkommande omständighet till grund för den tidigare domen och att alla efterkommande omständigheter därför bör föranleda sakprövning. I den mån som käranden söker obstruera mot den tidigare domen skyddas svaranden genom den domens positiva rättskraft och domstolens ogillande med stöd av 42:5 st. 1 är lika effektivt som ett avvisningsbeslut.

Men om nu 17:11 motiverar en processhindersprövning som inte får vika för parts påstående när tidigare föreliggande omständigheter

[1201] Se RB 59:1 st. 1 p. 1. Observera hur rättskraftsbedömningen sönderfaller i olika moment med detta synsätt. Under förutsättning att blotta påståendet inte anses räcka, måste domstolen först fråga sig om den nya omständighetens betydelse för rättsföljden är bindande avgjord genom den första domen; om omständighetens betydelse inte befinns avgjord, måste domstolen därefter fråga sig om omständigheten har kapacitet att neutralisera den tidigare domen. Om domstolen finner att den nya omständigheten har sådan kapacitet, kan, såvitt jag förstår, part misslyckas med att bevisa omständigheten. Man kan nämligen knappast kräva av part att han eller hon visar att hans påstående om den åberopade omständighetens rättsliga relevans är korrekt med hänsyn tagen också till bevisfrågan. Jfr NJA 1986 s. 187; se i det sammanhanget också RH 1997:75. Jfr vidare Heuman/Westberg, Argumentationsformer s. 864.

åberopas har jag svårt att se någon avgörande skillnad i förhållande till efterkommande omständigheter. Behovet av att den tidigare domen skyddas medelst avvisningsbeslut förefaller lika viktigt i båda fallen. Därför bör man kanske kunna kräva att det åtminstone *inte står klart* att den åberopade efterkommande omständigheten saknar all rättslig betydelse för den yrkade rättsföljden, såsom denna bestämts genom den föregående domen. Och därför bör man principiellt kunna påstå att efterkommande omständigheter prekluderas av domen i den mån de saknar rättslig betydelse för den yrkade rättsföljden.[1202]

I lägen där det är osäkert om efterkommande omständigheter har rättslig betydelse blir det då tveksamt om de ska föranleda sakprövning eller om osäkerheten ska avhjälpas inom processhindersprövningens ram. Möjligen bör faktiskt det senare väljas för att bibehålla rättskraftsinstitutets systemkonformitet. I den mån det däremot endast är osäkert på bevisfrågeplanet bör sakprövning tillåtas. I sådant fall borde det vara klart att den åberopade omständigheten har kapacitet att vara av rättslig relevans.[1203]

Återför vi detta på frågan om *avvisningsbeslut i anledning av processhinder* kan följande sägas om facta supervenientia. I den mån som lagregler, rättsgrundsatser eller andra normer tillskriver vissa omständigheter betydelse för det (rätts-)förhållande som blivit föremål för prövning, kan sådana omständigheter föranleda att (rätts-)förhållandet prövas igen. En förutsättning för att kvalificera en omständighet som factum superveniens är dock, som ovan sades, att omständigheten ifråga inträffat efter avvisningsbeslutet.

Lindblom menar att distinktionen mellan dilatoriska och peremtoriska invändningar är central i sammanhanget. En dilatorisk brist i talan, oberoende av om den föranleder ett avvisningsbeslut eller ogillande

[1202] Observera dock skillnaden i bedömning vid facta supervenientia i jämförelse med nya omständigheter. Vid de förra finns ingen anledning att ta ställning till frågan om omständighetens betydelse för rättsföljden avgjorts genom den tidigare domen. Jfr ovan not 1201.

[1203] Jfr Olivecronas exempel ang. att grunderna arvsskifte respektive gåva till stöd för samma yrkande (utfående av antik byrå), se Grunden s. 334 samt NJA 1906 s. 273, utgör två skilda saker. Här måste räcka att part åberopar ett händelseförlopp som svarar mot förutsättningarna för gåva; om domstolen i processen finner att part inte lyckats bevisa att det föreligger en gåva, kan inte, såvitt jag förstår, talan avvisas. Domstolen ska ogilla. Rimligen måste det därför vara skillnad mellan att åberopa ett saksammanhang, som visserligen är fristående från det tidigare åberopade men som saknar rättslig betydelse för det rättsförhållande som fixerats genom domen, och att åberopa ett fristående, rättsligt relevant saksammanhang, men misslyckas med att bevisa det. I det förra fallet ska avvisning ske, i det senare ogillande efter ny sakprövning. Jfr i sammanhanget vidare NJA 1986 s. 187 samt Heuman/Westberg, Argumentationsformer s. 864.

dom, kan i efterhand rättas till utan hinder av rättskraft.[1204] På *det materiella planet* skulle alltså en talan avseende bättre rätt till viss egendom innehålla en dilatorisk brist som medför att den blir ogillad. Och anledningen till att den kan karaktäriseras som dilatorisk är att det kan inträffa omständigheter av rättslig betydelse för frågan om äganderätten, t.ex. som ovan ett köp. I den mån som frågan om äganderätten inte kunde påverkas av efterkommande omständigheter vore bristen att karaktärisera som peremtorisk. Eftersom principiell avtalsfrihet råder på förmögenhetsrättens område och därmed stort utrymme finns för omständigheter av rättslig betydelse att inträffa, är det dock svårt att tänka sig annat än att de flesta materiella brister är dilatoriska.[1205]

Men det är också möjligt att dilatoriska repektive peremtoriska brister ska förstås annorlunda. Såväl *Lindblom* som *Fitger* menar nämligen att processhinder oftare än materiella bifallshinder vilar på brister av dilatorisk karaktär.[1206] Detta betyder såvitt jag förstår att processhinder i högre utsträckning än materiella bifallshinder lämnar utrymme för senare inträffade omständigheter att ha rättslig betydelse för föremålet för processhindersprövningen.

Om t.ex. part fått sin stämningsansökan avvisad på grund av att den enligt 42:4 st. 2 är bristfälligt utformad, kan förekomsten av en ny bättre ansökan ses som en omständighet som inträffat efter avvisningsbeslutet och som undanröjer processhindret trots avvisningsbeslutet.[1207] Man kan jämföra detta med *själva åberopandet som faktum.* Om part i ny rättegång åberopar en tidigare föreliggande men tidigare inte åberopad omständighet, har inte själva åberopandet betydelse av ett rättsligt relevant factum superveniens med avseende på det domfästa rättsförhållandet, trots att den "gamla" omständighet som åberopas skulle ha haft det.

Därför är bristen i det förra fallet dilatorisk och peremtorisk i det senare. En ny stämningsansökan är ett factum superveniens, medan ett nytt åberopande är ett efterkommande faktum utan rättslig betydelse för det avgjorda rättsförhållandet.

Detta ger ingen lösning på frågan om brister i processförutsättning-

[1204] Lindblom, Processhinder s. 138 f.

[1205] Jfr dock Bylund s. 342, som menar att det i sådana situationer är *peremtoriska* brister i den tidigare *grunden* som botas av facta supervenientia och att det tidigare *avgörandet* är *dilatoriskt*.

[1206] Lindblom, Processhinder s. 126, 127 och 147; Fitger s. 17:60.

[1207] Se Fitger s. 17:60.

arna som föranlett avvisningsbeslut i högre grad är av dilatorisk karaktär i jämförelse med materiella brister som lett till ogillande. Ovan framhöll jag ju att de flesta ogillande domar som avser förmögenhetsrättsliga frågor kan tappa sin rättsliga betydelse på grund av efterföljande avtal. Det är möjligt att begreppet "dilatorisk brist" måste ges en snävare innebörd och att därför Lindblom och Fitger har rätt då de hävdar att processhinder, i högre grad än materiella brister, är dilatoriska.[1208]

Frågan om innebörden av termerna dilatorisk och peremtorisk är dock mer eller mindre ointressant i sig i detta sammanhang. Det intressanta är istället om det finns skillnader i officialavgörandets preklusionsverkan beroende på om konkurrensstridighet kvalificeras som processhinder respektive officialfaktum.

Utifrån ovannämnd praxis kan man sluta till att utvidgningen av den kommunala kompetensen i visst avseende,[1209] samt en ny konkurs[1210] är att karaktärisera som efterkommande omständigheter av sådan rättslig relevans för de frågor som tidigare grundat avvisningsbesluten att processhinder ska undanröjas. De var omständigheter som inom ramen för kontexten i respektive mål hade kunnat ha, respektive hade, karaktär av factum superveniens.

Men finns det exempel på också redan föreliggande men ej åberopade (dvs. icke efterkommande) omständigheter som genombryter avvisningsbeslutets rättskraft? Hade part i 1982 års och 1994 års fall kunnat åberopa alternativa processhindersupphävande omständigheter, t.ex. att skiljeklausulen var oskälig med hänsyn till ej prövade men vid tidpunkten för domen föreliggande förhållanden eller att skiljeklausulen varit förfalskad respektive att den kommunala nämnden varit behörig på grund av tidigare inte åberopade omständigheter? Frågan är alltså om *vid beslutet föreliggande omständigheter* kan bota brister i parts talan, vilka föranlett avvisningsbeslutet. Med utgångspunkt i Lindbloms terminologi: finns det exempel på dilatoriska brister i parts talan, vilka är avhjälpbara med icke-efterkommande omständigheter?

Uttrycket "nya omständigheter" som HD använde i NJA 1982 s. 210 kan förutom efterkommande omständigheter avse också omständigheter som förelegat vid tiden för det första avvisningsbeslutet men

[1208] Jfr också Bylund s. 342.
[1209] NJA 1994 s. 628.
[1210] NJA 1990 s. 241.

inte prövats i samband med det. I RB används i 42:15 liksom i 13:3 st. 3 uttrycket "ny omständighet" för omständigheter som inträffat innan talan väckts, men inte åberopats. I 13:3 st. 1 p. 1, talas däremot uttryckligen om både omständigheter som inträffat under rättegången och om omständigheter som först under rättegången blivit kända. Det sägs däremot inte om de förra, de senare eller båda slagen ska anses som "nya omständigheter". I övrigt används lokutionerna "omständighet eller bevis han inte uppgett före förhandlingens början",[1211] "omständigheter som inte tidigare förebringats"[1212] och "omständighet som inte tidigare åberopats i målet"[1213].

I motiven talas om "nya omständigheter" i motsats till "förebragta omständigheter".[1214] Visserligen framhålls inte uttryckligen att *inte* facta supervenientia avses, men av sammanhangen framgår tydligt att motivförfattarna avser redan inträffade, men inte åberopade omständigheter.[1215] Också i doktrinen används uttrycken nya omständigheter och nya rättsfakta med referens till tidigare inträffade men inte åberopade omständigheter.[1216] Men uttrycken används också om facta supervenientia.[1217] Det förefaller dock som om med ny omständighet åtminstone primärt förstås en omständighet som förelegat vid den relevanta tidpunkten utan att åberopas.

Kan man därför säga att uttrycket *nya omständigheter* har en såpass specificerad juridisk-teknisk betydelse att det framstår som klart att HD i 1982 års fall inte menade facta supervenientia allena, utan facta

[1211] 43:10.

[1212] 50:25 st. 3; 55:13; 58:1 st. 1 p. 3; 58:2 p. 4; 58:3 st. 1 p. 2.

[1213] 59:1 st. 2.

[1214] PLB s. 573: Under 58:1 st. 1 p. 3 "falla (---) *nya omständigheter* ... "; och: "... att en *ny omständighet* eller ett nytt bevis kommer i dagen ...". PLB s. 568: "i vad mån part må i högre rätt åberopa *ny omständighet* eller nytt bevis till stöd för sin talan"; s. 525: "Dock må hovrätten lämna utan avseende *ny omständighet* eller nytt bevis, om parten kunnat åberopa omständigheten eller beviset vid underrätten ...". Se också Gärde m.fl. s. 853 s. 840 f. och s. 772 ("ny grund"). Jfr också Fitger s. 17:56.

[1215] Det vore märkligt om motivförfattarna skulle använda uttrycket ny omständighet i samband med t.ex. resningsgrunderna och avse facta supervenientia, eftersom de senare inte prekluderas av domen och alltså inte skulle kunna utgöra "nya omständigheter" som kan föranleda resning. Jfr t.ex. Gärde m.fl. s. 853. Se också PLB s. 186 som i anslutning till 13:3 st. 3. framhåller att "ny omständighet" inte får föranleda ändring av saken. Jfr dock nedan vid not 1222.

[1216] Se Welamson, Rättegång VI s. 80 ff.; Lindell, Preklusion s. 197 s. 200 och s. 232 ff. Lindblom, Processhinder s. 157, betecknar dock dessa som "icke åberopade omständigheter". Jfr Fitger s. 17:60 f.

[1217] Lindblom, Processhinder s. 127 samt a.s. not 7; a.a. s. 157; Bylund s. 339; Fitger s. 17:55 ff.

supervenientia *och* tidigare inträffade men inte åberopade omständigheter? Det är tveksamt. Å ena sidan kan HD ha antagit att det är självklart att nya omständigheter ska förstås på det ena eller det andra sättet, och då är det svårt att säga hur domstolen antagit att uttrycket ska uppfattas. Å andra sidan kan HD ha velat hålla frågan öppen.

Men oberoende av HD:s uppfattning och avsikter i 1982 års fall framstår det som att avgörandet lämnar utrymme för att också tidigare inträffade men inte förebringade omständigheter kan föranleda att ett processhinder undanröjs. Även om uttrycket "nya omständigheter" inte har en specificerad betydelse förefaller det som ovan sagts i doktrinen täcka både tidigare inträffade men inte förebringade omständigheter och facta supervenientia. Ja, det verkar till och med vanligare att uttrycket refererar till det förra slaget av omständigheter, medan facta supervenientia i allmänhet betecknas som *efterföljande omständigheter.*[1218]

Eftersom HD:s avgöranden är avsedda att vara vägledande för rättstillämpningen och allmänheten måste man rimligen anta att de har en "normaljuridisk" språklig betydelse, utom i de fall HD särskilt specificerar det språkliga eller juridiska innehållet i begrepp och regler. Säg att HD avsett enbart facta supervenientia med "nya omständigheter" utan att specificera att avgörandet avsågs ha denna mening. I ett läge där det är osäkert om också "föreliggande omständigheter" undkommer avvisningsbeslutets rättskraft skulle det i bästa fall medföra en betydande osäkerhet för domstolar och allmänhet och i värsta fall vore det direkt vilseledande. Därför bör man, i avsaknad av senare prejudikat, förstå HD:s avgörande som att också tidigare föreliggande men inte åberopade omständigheter kan undanröja ett processhinder.[1219] Med avseende på avvisningsbeslut rörande just konkurrensbe-

[1218] Ekelöf, Rättegång III s. 104 ff. använder uttrycket *efterföjande omständigheter* om facta supervenientia utom i ett sammanhang, se s. 107. Där diskuterar han det speciella fall då domen avseende en engångsersättning grundas på en prognos av förhållandena i framtiden och också om förhållandena kommer att ändras. Omständigheter som visar sig avvika från domstolens prognos karaktäriserar Ekelöf som "nya omständigheter" och menar dels att de inte utgör efterföljande omständigheter, dels att de inte kan föranleda att domen ifrågasätts på annat sätt än genom resning. Eftersom facta supervenientia anses undkomma domens preklusionsverkan verkar alltså Ekelöf inte använda uttrycket "nya omständigheter" för sådana. Se också Lindell, Preklusion s. 76 som använder uttrycken "nya omständigheter" respektive facta supervenientia för de skilda företeelserna.

[1219] Notera också att Welamson, Rättspraxis III s. 525, med hänvisning till just NJA 1982 s. 210 framhåller att talan avvisades eftersom käranden inte förebragt någon *omständighet* (alltså inte nödvändigtvis någon *ny omständighet*, om det nu skulle vara fråga om någon skillnad) som innebar att rättegångshindret blivit undanröjt. Detta skulle kunna förstås som att såväl nya som efterkommande omständigheter kan undanröja processhinder.

gränsande avtal skulle man alltså tillåta omständigheter av rättslig relevans för det förhållande som reglerats genom beslutet att undanröja processhindret. Och en skillnad mellan avvisningsbeslut och en ogillande dom skulle då vara att också rättsligt relevanta omständigheter som inträffat före avgörandet kan ha en sådan verkan.

Samtidigt utgör ny omständighet enligt 58:1 st. 1 p. 3 och 58:10 grund för resning av avvisningsbeslutet.[1220] Innebär detta att part har valrätt mellan att ånyo väcka talan och att ansöka om resning och hur går i så fall det ihop med att resningsgrundande omständigheter bör ha prekluderats av den dom eller det beslut som angrips?[1221] Ja, mot bakgrund av det ovan diskuterade rättsfallet måste man i princip anse att "nya omständigheter" inte prekluderas av avvisningsbeslutet om de kan undanröja processhinder. Därför bör inte resning av avvisningsbeslut grundade på processhinder komma ifråga när ansökan stöds på sådana "processhindersupphävande" omständigheter.[1222]

Det är visserligen möjligt att argumentera på motsatt vis. Eftersom åberopandet av en ny omständighet kan föranleda resning av avvisningsbeslutet bör den inte föranleda att avvisningsbeslutet undanröjs utan resning. I sådant fall skulle inte rättskrafts- och resningsreglerna gå ihop. En förutsättning för att resning ska beviljas anses vara att den omständighet varom är fråga inte kan grunda ny talan.[1223] Men, återigen, denna argumentation förefaller svårare att förena med NJA 1982 s. 210 än det förra resonemanget.

Men även om innebörden av NJA 1982 s. 210 inte gärna kan vara någon annan än den ovan nämnda bör kanske inte dess betydelse som prejudikat överdramatiseras. Dels har avgörandet ett och ett halvt decennium på nacken, dels slås inte genom beslutet uttryckligen fast att tidigare inträffade men "ej förebragta" omständigheter, oberoende av facta supervenientia, kan undanröja processhinder. Avgörandet ger alltså en viss öppning för att begränsa innebörden av "nya omständigheter" till facta supervenientia. Därför finns utrymme att ta hänsyn till

[1220] I enlighet med vad som sägs nedan kan det också komma ifråga med undanröjande på grund av domvilla enligt 59:1 st. 14 p. och 59:4 om domstolen vid officialtillämpning underlåtit att beakta omständigheter av relevans för bedömningen. Och det gäller alltså trots att processhindersfrågan avskiljts från resten av saken genom ett avvisningsbeslut, se nedan vid not 1324.

[1221] Se nedan not 1370.

[1222] Se nedan vid not 1401.

[1223] Observera skillnaden enligt Ekelöfs respektive Olivecronas rättskraftsläror, se nedan 9.3.2.

ändamålen bakom processhindersregleringen och de materiella regler som aktualiseras i det särskilda fallet.

Med Lindbloms synsätt skulle, om Ekelöfs rättskraftslära i enlighet med vad som ovan förordats används, inga andra omständigheter än efterkommande i några fall genombryta avvisningsutslagets rättskraft. Möjligen skulle man kunna hävda att en ny talan som inkluderade nya omständigheter i sig utgjorde ett factum superveniens, liksom en ny korrekt stämningsansökan undkommer preklusionsverkan av ett avvisningsbeslut enligt 42:4.[1224]

Det vore dock märkligt att tillmäta samma berikande av processmaterialet karaktär av factum superveniens vid avvisningsbeslut och frånkänna det betydelse vid ogillande dom. I den mån det framstår som rimligt att undanhållna konkurrensfakta kan undanröja processhindret konkurrensstridighet och medföra sakprövning, har de förvisso kapacitet att bota *dilatoriska* brister. Men i den mån konkurrensfakta har förelegat före den relevanta tidpunkten bör rimligen denna kapacitet förstås som en konsekvens av avvisningsutslagets begränsade rättskraftsverkan, inte av att de relevanta fakta *görs gällande* efter den relevanta tidpunkten.

Därmed är inte sagt att alla processhindersupphävande omständigheter kan förklaras genom rättskraftens objektiva begränsning. Jag menar bara att endast i den mån som en tidigare föreliggande, en "ny", omständighet har kapacitet att undanröja ett processhinder måste undanröjandet ses som en konsekvens av avvisningsbeslutets begränsade rättskraftsverkan i objektivt avseende. Det är fortfarande möjligt att tvista om huruvida en specifik dilatorisk brist är avhjälpbar på grund av rättskraftens objektiva begränsning eller på grund av facta supervenientia.[1225]

Innebär då denna genomgång av doktrin och praxis att jag kommit fram till att avvisningsbeslut på grund av processhinder konstituerat av konkurrensbegränsande avtal tillåter genombrott av rättskraften på ett sätt som inte skulle vara fallet om konkurrensbegränsande avtal ses som officialfaktum? Inte nödvändigtvis. Visserligen finner jag att NJA 1982 s. 210 ger utrymme för det av Bylund förordade synsättet: avvisningsbeslutets preklusionsverkan bör tillåtas variera mellan olika slag av processhinder, och kanske mellan olika typsituationer,

[1224] Jfr ovan vid not 1207.

[1225] Jfr t.ex. exemplet med ingivande av stämningsansökan till rätt forum efter ett avvisningsbeslut vid fel forum.

eftersom de intressen och ändamål som aktualiseras kan vara olikartade vid olika processhinder och i olika situationer.

Men för att avgöra den praktiska relevansen och önskvärdheten av en begränsad rättskraftsverkan i konkurrenstvister, måste man först fråga om det generellt sett finns förutsättningar för situationer att inträffa där det är tänkbart att nya omständigheter har rättslig betydelse för avvisningsbeslutet. Och denna fråga kan, utan vidare utredning, besvaras jakande. Ovan har flera gånger diskuterats det informationsproblem som aktualiseras i konkurrenstvister i anslutning till moment som är indispositiva. Något som för domstol klart framstår som ett konkurrensbegränsande avtal kan efter att motfakta åberopats och motbevisning presenterats framstå som tillåtet.[1226]

En andra fråga är då, i anslutning till Bylunds synsätt, om det inom ramen för officialprövningen av konkurrensbegränsande avtal finns exempel på intressen och ändamål som också motiverar en begränsad rättskraftsverkan. Om det tvärtom framstår som viktigt att officialavgörandet har en vidsträckt preklusionsverkan finns egentligen ingen anledning att söka lokalisera luckor i avvisningsutslagets rättskraftsverkan. Det kan t.o.m. vara motiverat att sträva efter en omfattande rättskraftsverkan *på grund av* att ett officialavgörande annars för lätt skulle kunna ifrågasättas med tidigare föreliggande omständigheter som grund.

Ovan har å andra sidan påpekats att en begränsad rättsverkan kan vara ett alternativ till vilandeförklaring de lege lata och till officialföreläggande de lege ferenda. Konkurrensbegränsande avtal som indispositiva moment kan aktualisera ett behov av att i efterhand komplettera och korrigera.[1227] Jag kommer dock att, såsom framhållits ovan, lämna det slutliga ställningstagandet beträffande officialförfarandets form till det avslutande kapitlet. Med avseende på officialavgörandets lämpliga form kommer då också att beaktas skillnader mellan avvisning och ogillande t.ex. vid tillämpning av extraordinära rättsmedel.

Nedan behandlar jag emellertid frågan om avvisningsbeslutets rättskraftsverkan i förhållande till saken. Det visar sig nämligen att denna fråga är av relevans för det fall konkurrensbegränsande avtal ses som processhinder. På grund av NJA 1982 s. 210 förefaller det som om enbart anförandet av ny bevisning eller t.o.m. ny rättslig

[1226] Se ovan 7.3.2 och 7.3.3.
[1227] Se t.ex. ovan 7.3.1.

argumentation kan genombryta ett avvisningsbesluts rättskraft under vissa speciella förutsättningar.

8.3.3 Avvisningsbeslutets rättskraft och "saken"

Ovan har framgått att meningarna i litteraturen är delade vad gäller avvisningsbesluts preklusionsverkan. Praxis är mycket knapp och också dunkel. Men den generella slutsatsen är att tidigare föreliggande, men inte förebringade, omständigheter jämte facta supervenientia inte prekluderas av avvisningsbeslut.

Det innebär antagligen att part kan åberopa eller förebringa alternativa "processhindersupphävande" rättsfakta och framtvinga sakprövning. Det är dock mycket svårt att finna ett exempel på att *alternativa* rättsfakta skulle kunna undanröja konkurrensstridighet i form av processhinder. En anledning till att alternativa rättsfakta knappast kan aktualiseras i detta sammanhang är väl att domstolens avvisningsbeslut måste grundas på en bedömning av att alla rekvisit i artikel 85(1) eller artikel 86 är uppfyllda – det finns då litet utrymme för alternativa grunder som kan förta den rättsliga betydelsen av att någon av bestämmelserna har aktualiserats. Part kan endast anföra motfakta, ny bevisning eller rättsliga argument för att visa att tvärtemot domstolens bedömning något eller några av rekvisiten inte är uppfyllda.

Hur ställer sig då det fallet där käranden i första omgången gjort gällande att avtalet faller utanför artikel 85(1) och efter avvisningsbeslutet menar att avtalet omfattas av ett gruppundantag? Ja, gör inte käranden i andra omgången gällande några nya omständigheter förefaller det endast vara fråga om en ny rättslig kvalificering av samma faktabas, en rättslig kvalificering som domstolen bort göra redan i första omgången.[1228] I den mån som parten åberopar nya omständigheter i samband med att gruppundantaget görs gällande förefaller det rimligt att se dessa såsom utgörande brister i den första talan. Det framstår som mer långsökt att gruppundantaget som sådant skulle utgöra ett komplex av fakta som alternativt, vid sidan om de fakta som konstituerar konkurrensstridigheten, medför att processhindret undanröjs.

Möjligen skulle den situationen falla in då käranden fått ett yrkande om utfående av en penningfordran grundad på ett avtal avvisat på grund av att avtalet enligt domstolen är konkurrensbegränsande. Om

[1228] Jfr dock NJA 1957 s. 689, som blivit kritiserat i doktrinen, se Lindell, Preklusion s. 279 med hänvisningar. Se också 1987 s. 243 och NJA 1972 s. 243.

part stämmer igen och yrkar utfående av samma penningsumma, men nu under åberopande av att det skulle utgöra en obehörig vinst om motparten kunde innehålla prestationen, skulle möjligen en sådan talan tas upp till prövning oberoende av det tidigare avvisningsbeslutet. Men det beror väl snarast på att det i andra målet är fråga om en annan sak, trots att yrkandet är detsamma.[1229]

För undanröjande av ett tidigare konstaterat processhinder räcker det antagligen inte att enbart ny bevisning förebringas, även om detta måhända skulle vara önskvärt för part i tvister med konkurrensrättsliga aspekter.

När det gäller rättsfakta som tillsammans med de prekluderade omständigheterna kan leda till annan utgång bör observeras att det tidigare avvisningsbeslutet måste anses ha positiv rättskraft, åtminstone vad gäller tidigare åberopade omständigheter, i förhållande till den senare prövningen.[1230] Det innebär rimligen att domstolen inte får ompröva den tidigare domstolens bedömning av de tidigare omständigheternas betydelse för processhindersfrågan. Däremot kan domstolen fråga sig om de nya omständigheterna tillsammans med de gamla, med deras av beslutet givna betydelse, ger anledning till en annan bedömning av processhindersfrågan.

Konkurrensrättsliga exempel på detta skulle kunna vara att part åberopar omständigheter som visar att samhandeln inte berörs eller att avtalet är att karaktärisera som bagatellartat. Också det att part åberopar ett gruppundantag måste vara att hänföra till denna kategori.

Jämför man med situationen vid ogillande visar det sig att ett avvisningsbeslut har en mer begränsad preklusionsverkan. Åtminstone enligt Ekelöfs rättskraftslära prekluderas alla omständigheter som kunnat anföras till stöd för yrkandet.[1231] Säg att ett yrkande *ogillats* med hänvisning till att det avtal det stöds på framstår som konkurrens-

[1229] Detta resonemang förutsätter *dels* att man ser rättsföljden utfående av prestation enligt fordringen som separat och alternativ till (den i sådant fall accessoriska) rättsföljden ersättning på grund av obehörig vinst, *dels* att den senare rättsföljden inte prekluderas då talan förs uteslutande om den förra. Jfr ovan 5.2.1. Bägge förutsättningarna är kanske tveksamma. Jfr dock *gåva* och *köp* i NJA 1977 s. 618.

[1230] Jfr Bylund s. 347. I den mån som de gamla omständigheternas betydelse för processhindersfrågan anses avgjord genom det tidigare avvisningsbeslutet, vilket jag framhållit ovan, är det svårt att acceptera idén om att de nya omständigheterna tillsammans med tidigare åberopade kan föranleda undanröjande. Jag skulle hellre uttrycka det som att det är fråga om att avgöra de nya omständigheternas betydelse för processhindersfrågan som den blivit fastställd i avvisningsbeslutet. I annat fall skulle den nya omständigheten fungera som en biljett till omprövning av det tidigare beslutet, trots dess rättskraft.

[1231] Se ovan 5.2.

begränsande efter att parterna inte visat att avtalet är tillåtet. Om part därefter framställer samma yrkande och förebringar omständigheter som innebär att avtalet inte är att se som konkurrensbegränsande kommer talan att avvisas på grund av res judicata. Det spelar ingen roll hur pass alternativa "konkurrensrättsliga motfakta" är i förhållande till de omständigheter domstolen grundat sin bedömning av konkurrensfrågan på. Om domstolen däremot *avvisat* i anledning av konkurrensbegränsning kan åtminstone alternativa "konkurrensfakta" medföra att processhindret och avvisningsbeslutet blir överkomliga och att sakprövning tillåts.

Under vissa speciella förutsättningar *kan* dessutom enbart ny bevisning[1232] eller t.o.m. endast ny rättslig argumentation möjliggöra angrepp på ett felaktigt avvisningsbeslut utan att extraordinära rättsmedel behöver tillgripas. Men utrymmet för detta kan vara beroende av avvisningsbeslutets preklusionsverkan med avseende på den *sak* som inte prövats. Och också i denna fråga är meningarna delade i doktrinen. Enligt en uppfattning drabbas saken av avvisningsbeslutets rättskraft.[1233] Enligt en annan kan inte avvisning på grund av processhinder ha verkan för saken eftersom saken inte prövats och avgjorts genom avvisningsbeslutet.[1234] Jag ska i det följande visa vilken betydelse detta kan ha vid just officialprövning i anledning av konkurrensstridighet.

Avvisningsbeslutets preklusionsverkan i förhållande till den sak som inte prövats är en fråga som förefaller sakna större praktisk betydelse. Också om det anses att saken inte drabbas av avvisningsbeslutets rättskraft föreligger hinder för sakprövning på grund av avvisningsbeslutets rättskraft. Som ovan nämnts kan rättskraften endast genombrytas genom att det anförs nya omständigheter av betydelse för processhindersbedömningen. Alltså förefaller möjligheten att få saken prövad vara villkorad av avvisningsbeslutets rättskraft oberoende av om saken omfattas av rättskraften eller inte.

Man bör dock betänka att processhinder med materiell anknytning kan utgöra självständiga "saker". Så kan t.ex. frågan om en persons äganderätt till viss fastighet vara ett fristående men prejudiciellt rättsförhållande till frågan om han är berättigad till skadestånd för skador

[1232] Med detta menas här bevisning avsedd att styrka "gamla" rättsfakta, jfr Bylund s. 347 not 44.
[1233] Se Lindblom, Processhinder s. 137 f.; Fitger 17:61.
[1234] Bylund s. 341.

som drabbat fastigheten.[1235] I en tvist rörande den senare frågan kan också på vissa rättsområden den förra frågan aktualiseras som en fråga om processhinder, s.k. sakägarskap.[1236]

Om skadeståndstalan avvisas på grund av att käranden inte visar att han äger fastigheten borde inte detta, enligt någon av de ovannämnda uppfattningarna om avvisningsbesluts rättskraftsverkan, prekludera en fastställelsetalan rörande äganderätten till fastigheten.[1237] En efterföljande fastställelsetalan har förutsättningar att bifallas om part genom att anföra andra omständigheter, annan bevisning eller bättre rättslig argumentation lyckas neutralisera det tidigare avvisningsbeslutets bevisverkan i äganderättsfrågan.

Vilken betydelse har en efterföljande fastställelsedom för avvisningsbeslutet? Mot bakgrund av NJA 1982 s. 210 borde fastställelsedomen ses som en ny omständighet som föranleder undanröjande av avvisningsbeslutet och processhindret och möjliggör sakprövning av skadeståndsfrågan. I den mån som domen har en sådan rättslig betydelse att den kan medföra undanröjande av det i avvisningsbeslutet konstaterade processhindret och sakprövning av skadeståndsyrkandet är domens betydelse för processhindersfrågan inte prekluderad.[1238] Och det enda *nya* som behöver ha presenterats i fastställelsemålet kan ligga på argumentationsplanet. Liksom vid "nya omständigheter" borde detta medföra att en efterföljande fastställelsedom inte utgör grund för resning av avvisningsbeslutet. Som ovan sagts bör resning enligt RB 58:1 st. 1 p. 3 endast komma ifråga när den nya omständigheten prekluderats av det tidigare avgörandet.[1239] Om NJA 1982 s. 210 medfört att Ekelöfs rättskraftslära satts ur spel med avseende på avvisningsbeslut framstår det som rimligt att frågor, rättsförhållanden eller domar, vars betydelse för processhindersfrågan inte prekluderats,

[1235] Se ovan 5.2.1.

[1236] Se Lindblom, Kontinuitet och anakronismer, samt densamme Det expropriationsrättsliga sakägarbegreppet. Vidare kan hänvisas till en kommande avhandling av Robert Nordh, i vilket det miljörättsliga sakägarbegreppet är föremål för en omfattande utredning. Jfr också NJA 1993 s. 331.

[1237] Jfr Lindblom, Processhinder s. 147, som menar att avvisningsutslagens rättskraft ska utsträckas till att avse inte bara samma sak utan att ett avvisningsbeslut, som förhindrat sakprövning av en sak som *hade haft* prejudiciell verkan i förhållande till en annan sak, ska föranleda avvisning av en talan rörande denna andra sak. Detta är alltså den omvända ordningen i förhållande till exemplet ovan: om fastställelsetalan avvisas p.g.a. bristande sakägarskap, ska också talan om skadestånd i anledning av skogsavverkning avvisas utan att det i fallen är fråga om samma sak.

[1238] Jfr ovan vid not 1390.

[1239] Se ovan 8.3.2.

inte heller kan föranleda resning av ett beslut rörande processhindersfrågan.

Detta medför i sin förlängning att avvisningsbeslutets rättskraft inte bör anses omfatta saken. Om den i det första målet omstämda skadeståndsfrågan tvärtom antogs omfattad av avvisningsbeslutets rättskraft måste resning till för att prövning av sakfrågan ska kunna ske trots att processhindret undanröjts.[1240] Detta beror på att tidigare föreliggande, "nya", omständigheter prekluderas av dom i saken, men inte i förhållande till avvisningsbeslutet. Alltså förefaller det ha praktisk betydelse om ett avvisningsbesluts rättskraft utsträcks till saken, under förutsättning att nya omständigheter (i detta fall fastställelsedomen) kan ha rättslig betydelse för fråga som varit föremål för avvisningsbeslutet, men inte för den rättskraftigt avgjorda saken. Och det vore märkligt att hänvisa part till att söka resning av en sak som inte prövats – vad skulle resningsprövningen avse?

Det vore kanske vidare möjligt att se en efterföljande fastställelsedom som ett factum superveniens med avseende på den oprövade men rättskraftsdrabbade saken. I sådant fall vore det möjligt att se också saken som omfattad av avvisningsbeslutets rättskraft. Då skulle vidare inte resning i saken behöva tillgripas för det fall ett i ett avvisningsbeslut konstaterat processhinder undanröjdes på grund av en efterföljande fastställelsedom. Med hänsyn till rättegångsbalkens systematik vore dock detta olämpligt eftersom facta supervenientia inte prekluderas av domen och inte kan föranleda resning, medan efterföljande domar med prejudicerande betydelse för en lagakraftvunnen fullgörelsedom eller sådant beslut faktiskt i allmänhet berättigar till resning av fullgörelsedomen.[1241] Möjligen skulle man kunna säga att efterföljande domar vore att se som *facta supervenientia i förhållande till saken* i den mån de *inte prekluderats av ett avvisningsbeslut*. Men det vore antagligen alltför mycket av en juridisk konstruktion.

Upprätthåller man trots det ovan diskuterade rättsfallet NJA 1982 s. 210 en sträng syn på avvisningsbeslutens rättskraft det innebär att en tidigare föreliggande omständighet av rättslig betydelse för frågan som grundat avvisningsbeslutet senare inte kan undanröja beslutet. I

[1240] Möjligen kunde resning undvikas i sådana situationer också om den oprövade saken ansågs omfattad av avvisningsbeslutets rättskraft; men det förutsätter att någon annan än Ekelöfs rättskraftslära används, t.ex. Olivecronas eller Larssons. Men finns det skäl att laborera med en olikartad rättskraftsverkan beroende på om domstolen tillämpat konkurrensreglerna felaktigt eller underlåtit att tillämpa dem?

[1241] Se nedan 9.3.2.

sådant fall borde inte heller en efterföljande fastställelsedom kunna föranleda undanröjande av processhindret eller sakprövning.[1242] Med detta synsätt skulle endast resningsvägen vara öppen för angrepp mot beslutet att avvisa skadeståndstalan. Under sådana förhållanden skulle vidare finnas skäl att motverka att part använder fastställelsedomen för att kringgå förbudet mot resning på grund av felaktig bevisvärdering, kravet på uppenbarhet vid felaktig rättstillämpning och, kanske, kravet på giltig ursäkt. Fastställelsedomen skulle alltså vara resningsgrund endast om den är grundad på nya omständigheter som part haft giltig ursäkt att inte åberopa i det avvisade fullgörelsemålet. Parts rättsliga argumentation inom ramen för fastställelsetalan skulle alltså vara mindre värd.[1243]

En risk med detta angreppssätt på problemet är att det öppnar för motstridiga regleringar av olika frågor som anknyter till samma rättsliga förhållande. Och just officialtillämpning är avsedd att uppnå en högre grad av materiell korrekthet än handläggningen av rent dispositiva frågor. Men med detta synsätt blir det betydelselöst om avvisningsbeslutets rättskraft prekluderar också saken. Vidare är detta förenligt med och närmast en konsekvens av att hävda att domens och avvisningsbeslutets rättskraft har en identisk preklusionsverkan. Å andra sidan faller detta synsätt om man, som jag ovan funnit fog för, tolkar NJA 1982 s. 210 som att det ger utrymme också för tidigare föreliggande omständigheter att genombryta avvisningsbeslutets rättskraftsverkan.

Sammanfattningsvis och som en mycket allmän slutsats skulle jag vilja framhålla följande. Rättsläget förefaller tillåta att tidigare föreliggande omständigheter undanröjer lagakraftvunna avvisningsbeslut. Det är dock oklart under vilka förutsättningar som denna möjlighet finns. En efterkommande fastställelsedom avseende ett rättsförhållande som tidigare grundat ett avvisningsbeslut är, under samma oklara förutsättningar, att se som en ny omständighet vilken har kapacitet att undanröja ett avvisningsbeslut utan resning.

Med avseende på om avvisningsbeslutets rättskraft anses omfatta den ej prövade saken eller inte, har detta betydelse. Om saken anses omfattad av avvisningsbeslutets rättskraft kan den prövas endast efter resning, trots att resning inte krävs med avseende på avvisningsbeslutet.

[1242] I sådant fall utgjorde den däremot resningsgrund enligt 58:1 st. 1 p. 3 och 58:10.

[1243] Möjligen kan man också hävda att part åtminstone i dispositiva tvistemål måste visa giltig ursäkt för att inte ha åberopat nya omständigheter i skadeståndsmålet, vilka framförts i det senare fastställelsemålet, se nedan 9.3.2.

Anses saken däremot inte omfattad av avvisningsbeslutets rättskraft, kan sakprövning ske så snart processhindret är undanröjt. Detta talar enligt min mening för att avvisningsbeslutets rättskraft inte ska anses drabba den ej prövade saken.

Avslutningsvis vill jag belysa att spörsmålet om fastställelsedomens betydelse som prejudicialfråga och ny omständighet är relevant också vid officialprövning av EG:s konkurrensregler. Detta är inte ägnat att förvåna med tanke på den starka kopplingen mellan det presumtiva processhindret "konkurrensbegränsande avtal" och olika tänkbara materiella tvisteföremål.

Säg att part yrkat kontraktuellt skadestånd i anledning av att hans motpart genom att sälja piratdelar brutit mot villkor i avtal rörande selektiv distribution av reservdelar till motorfordon och att domstolen avvisat talan med hänvisning till att det framstår som klart att de aktuella piratdelarna är bättre än originaldelarna och att avtalsvillkoret som förbjuder försäljning av piratdelar därför är klart konkurrensbegränsande.

Det bör därefter vara möjligt för båda parter att väcka fastställelsetalan beträffande distributionsavtalets giltighet.[1244] Även om det rör sig om samma processhinder ska alltså domstolen, eftersom det är fråga om en annan "sak" som inte ens skulle ha drabbats av en i den första processen avkunnad doms prejudicialverkan, självständigt i den andra processen bedöma om talan ska avvisas, inte på grund av det tidigare beslutets rättskraft utan på grund av att det är konkurrensbegränsande.

Anta nu att leverantören för fram ny bevisning om produkternas kvalitet samt åberopar vittnesbevisning för att visa att avtalets innebörd ska förstås som att det var förbjudet att sälja riktigt dåliga piratdelar och inga andra. Om domstolen tillåter sakprövning och bifaller talan om fastställande av giltighet så borde alltså i en efterföljande rättegång domstol kunna pröva frågan om kontraktuellt skadestånd och t.o.m. tillmäta fastställelsedomen prejudicialverkan med avseende på frågan om avtalsvillkorets giltighet.

Detta kan jämföras med situationen då talan om kontraktuellt skadestånd ogillats ex officio med hänvisning till att avtalet var konkurrensbegränsande. Som ovan sades prekluderar eller prejudicerar inte en sådan dom frågan om avtalet är ogiltigt, trots att domstolens officialprövning av den frågan läggs till grund för ogillandet. Leverantören

[1244] Se ovan 8.2.2.

kan alltså senare vinna bifall till ett fastställelseyrkande. Men denna dom kan inte användas gentemot den tidigare avkunnade skadeståndsdomen. I normalfallet anses ju inte part ha valrätt mellan att använda en "ny omständighet" som grund för en ny talan respektive resning. Och ny fastställelsetalan kan användas för det senare. Fastställelsedomen utgör i denna mening inte ett factum superveniens och kan alltså inte rubba den tidigare domens rättskraft på annat sätt än som resningsgrund.[1245]

8.4 Sammanfattning

I detta kapitel har jag behandlat officialprövning och rättskraft. Jag har funnit för gott att bryta ned ämnet i två problemområden. Ett första rör rättskraftsfrågor som uppkommer till följd av att officialprövning bort ske, men underlåtits. Ett andra problemområde inrymmer frågan om officialavgörandets rättskraftsverkan.

Vad gäller de fall där officialprövning bort ske men underlåtits, diskuterade jag först om det är motiverat att använda en liberalare rättskraftslära än Ekelöfs. Jag fann också ganska tunga skäl mot att använda Ekelöfs lära vid bedömningen av en doms preklusionsverkan i lägen när domen föregåtts av underlåten officialtillämpning av EG:s konkurrensregler.

För det första kan man hävda att EG-rätten, även om den inte kräver att svenska domstolar gör våld på obligatoriska och klara svenska processregler, åtminstone medför att svenska domstolar är förpliktade att bereda effektivt genomslag för EG-rättsliga regler och effektivt rättsskydd för EG-anspråk i den mån den svenska processrätten lämnar utrymme för det. Mot bakgrund av att delvis motstridiga rättskälleläror samtidigt erkänns i doktrin och praxis tycks det därför finnas utrymme för att tillämpa den EG- och konkurrensrättsvänligaste innebörden av RB17:11 i de fall bestämmelsen står i vägen för EG-rättens genomslag och EG-anspråk. I den mån en oprövad konkurrensrättslig fråga skulle prekluderas vid tillämpning av en sträng rättskraftslära som Ekelöfs, skulle därför finnas anledning att hellre använda en mer liberal lära, som Olivecronas eller Larssons.

För det andra finns ändamålsskäl att anlägga en tillåtande syn på domens preklusionsverkan vid underlåten officialtillämpning av EG:s

[1245] Jfr Welamson, Rättegång VI s. 221 f.

konkurrensregler. Dels tycks EG-rättens oklara innehåll, parat med såväl parters som svenska domstolars svårighet att bringa sig kännedom om dess innehåll, motivera att försummade EG-rättsliga aspekter av ett mål inte prekluderas av domen; eftersom EG-rätten kan vara lika oklar när den reglerar dispositiva som indispositiva frågor, vore detta aktuellt också i rent dispositiva mål. Dels kan man tycka att en begränsad preklusionsverkan är särskilt motiverad i fall av underlåten officialprövning.

Jag fann dock tvärtom att det är särskilt viktigt att tillskriva civildomen en vidsträckt preklusionsverkan i mål med EG-rättsliga aspekter. Huvudskälen till detta står att finna i EG-domstolens dynamiska rättsutveckling och i att domstolens avgöranden har retroaktiv verkan. På grund av att EG-domstolen plötsligt kan skapa klarhet i rättsläget eller förändra sin praxis kan dittills ointressanta aspekter av vissa rättsförhållanden plötsligt bli brännande. I den mån som en begränsad preklusionsverkan tillåts just avseende EG-rättsliga frågor lämnas utrymme för tappande parter att efter det att dom fallit ifrågasätta rättsförhållandet såsom det bestämts av domen. På civilrättens fält skulle detta skapa ett privatekonomiskt klimat som inte är eftersträvansvärt; på alla områden av civilrätten där EG-rätten kan ha betydelse skulle de enskildas rättsförhållanden i viss mån villkoras av EG-domstolens framtida rättsutveckling och bli osäkra. Detta är något som står stick i stäv med de syften som EG-rätten i allmänhet och konkurrensreglerna avses främja.

För detta fundamentala problem, med sina rötter i EG-rättens omognad och EG-domstolens rättsskapande funktion, måste ovannämnda ändamålsskäl vika. EG-rättens krav på effektivt genomslag och rättsskydd bör inte tillåtas slå igenom beträffande civildomens rättskraftsverkan. De motstående intressena måste anses ha sådan tyngd i detta sammanhang att skyddet för enskilda rättigheter och främjandet av EG-rättens genomslag får stå tillbaka. Rättsosäkerhet och svårförutsebarhet vållar inte bara svårigheter på medlemsstatsnivå, framförallt motverkas EG-rättens genomslag och avsedda internalisering i medlemsstaterna.

Jag framhöll dock i sammanhanget att det framstår som otillfredställande att just parter som i nationell process gjort EG-domstolen uppmärksam på ett problem, men tappat ett mål med denna tillämpning av rättskraftsreglerna saknar möjlighet att återuppväcka sin tvist med stöd av ett efterkommande avgörande av EG-domstolen. Det är möjligt att argumentera för att detta motiverar en begränsad rätts-

kraftsverkan, men jag kan inte se att argumentet bryter igenom behovet av förutsebarhet och stabilitet i privaträttsliga förhållanden.

Vidare inrymmer avsnittet om rättskraft vid underlåten officialprövning en inventering av situationer där frågor som är accessoriska till den avdömda saken undkommer domens preklusions- och prejudicialverkan. I den mån som tappande part, när vederbörande själv eller domstolen förbisett eventuell konkurrensstridighet, kan föra talan rörande en accessorisk fråga ökar möjligheterna att ha framgång med en resningsansökan.

Avsnittet om rättskraft vid underlåten officialprövning avslutades med en diskussion rörande den särskilda frågan om stadfästelsedomens preklusionsverkan i förhållande till det förlikningsavtal som den grundas på. Här visade sig först och främst att stadfästelsedomen kan prekludera rättsföljder, supplerande moment, som inte motsvaras av yrkanden i processen. Detta förefaller strida emot RB 17:3 p. 1, men har stöd i praxis.Vidare framkom att part kan väcka talan om fastställelse av förlikningsavtalets ogiltighet även om det föreligger en rättskraftig stadfästelsedom enligt RB 17:6. Verkställighet av stadfästelsedomen kan stoppas redan i samband med att part väcker talan om fastställelse av förlikningsavtalets ogiltighet eller i samband med att en negativ fastställelsedom meddelas.

En negativ fastställelsedom avseende förlikningsavtalets giltighet är dessutom resningsgrund, ja, själva ogiltigheten verkar utgöra resningsgrund också i avsaknad av fastställelsedom. Däremot förefaller inte verkställigheten av en stadfästelsedom kunna hindras enbart på grund av att part gör gällande att förlikningsavtalet är ogiltigt. Här krävs antagligen antingen att parten väcker fastställelsetalan eller har utverkat resning, och att domstolen i anledning av sådan talan förordnar att domen inte ska verkställas.

Den andra delen av kapitlet ägnades åt frågan om officialavgörandets rättskraft. Men eftersom domens rättskraft diskuterats relativt ingående i kapitel 5 ovan samt i avsnitt 8.2, blev det i avsnitt 8.3 snarare fråga om att jämföra avvisningsbeslutets preklusionsverkan med den ogillande domens. Officialavgörande kan ju antingen ta form av ogillande dom eller av avvisningsbeslut.

Beträffande avvisningsbeslutets rättskraftsverkan fann jag inga skillnader med avseende på facta supervenientia. Efterföljande omständigheter motiverar ny prövning av samma rättsföljd i den mån de har rättslig betydelse för rättsföljden och alltså neutraliserar den tidigare domen. Efterföljande omständigheter med sådan rättslig

betydelse att de neutraliserar det tidigare avvisningsbeslutet undkommer också avvisningsbeslutets preklusionsverkan.

Med avseende på tidigare föreliggande omständigheters kapacitet att neutralisera ett tidigare officialavgörande kom jag, efter ganska långa resonemang, fram till att svensk rätt möjliggör undanröjande av processhinder när sådana omständigheter åberopas. Detta medför att avvisningsbeslutet måste anses ha en mer begränsad rättskraftsverkan i objektivt hänseende i jämförelse med den ogillande domens, under förutsättning att Ekelöfs rättskraftslära tillämpas också på "officialdomar".

Vidare noterades möjligheten att se tidigare föreliggande omständigheter som facta supervenientia på grund av att de görs gällande i tiden efter avvisningsbeslutet. Det synsättet fann jag dock svårt att upprätthålla med avseende på konkurrensrättsliga frågor. Det vore märkligt att tillskriva samma omständighet karaktär av factum superveniens när den föregåtts av ett avvisningsbeslut, men inte när den föregåtts av en ogillande dom.

Beträffande avvisningsbeslutets begränsade preklusionsverkan observerades dock att det är oklart hur stor öppning som finns för part att anföra andra omständigheter för undanröjande av ett processhinder som fastställts genom avvisningsbeslut. Dels är det oklart om enbart nya rättsfakta, eller också enbart nya bevisfakta eller t.o.m. endast ny rättslig argumentation, är tillräckligt för att undanröja processhindret. Dels är det oklart under vilka förutsättningar på olika rättsområden det ska anses motiverat att tillämpa en regel med begränsad rättskraftsverkan. Det verkar ändå som att ganska goda skäl ska kunna anföras för att en ny omständighet ska kunna tillåtas att undanröja ett processhinder.

Sist diskuterades frågan om ett avvisningsbeslut prekluderar också sakprövning. Jag fann här att om avvisningsbeslutets rättskraft, under vissa förutsättningar, inte anses prekludera nya omständigheter är det svårt att se det som att avvisningsbeslutet prekluderar också saken. Jag visade att om talan om fullgörelse avvisas på grund av konkurrensstridighet, ny talan avseende fastställelse av avtals giltighet inte är prekluderad. En efterföljande fastställelsedom avseende avtalets giltighet bör utgöra ny omständighet och föranleda processhindrets undanröjande.

I den mån som saken är prekluderad av det tidigare avvisningsbeslutet skulle resning behöva tillgripas för att uppnå sakprövning av, den i praktiken oprövade, saken. Givet att nya omständigheter kan

undkomma avvisningsbeslutets preklusionsverkan förefaller det rationellare att tillåta sakprövning direkt efter det att processhindret undanröjts. Därför bör man inte se det som att sakprövningen prekluderats genom avvisningsbeslutet.

Kapitel 9: Extraordinära rättsmedel vid underlåten officialprövning

9.1 Inledning

9.1.1 Rättskraft, officialprövning och extraordinära rättsmedel

Rättskraft och extraordinära rättsmedel är två institut som hänger intimt samman. Ovan har framhållits att rättskraftens principiella syfte är att få ett definitivt slut på en konflikt, även, eller faktiskt snarare framförallt, om detta slut innebär en materiellt felaktig reglering av det omtvistade rättsförhållandet.[1246] De extraordinära rättsmedlen ger dock möjligheter att angripa en lagakraftvunnen dom trots domens rättskraft. Därför motverkar, eller balanserar, de extraordinära rättsmedlen rättskraftens funktion; de tillhandahåller undantag från rättskraftens definitiva avgörande av tvister.[1247]

Ovan har jag kommit fram till att det vid tillämpningen av EG-regler, som t.ex. Romfördragets artiklar 85 och 86, är särskilt viktigt att domar har en *omfattande rättskraftsverkan*.[1248] De tyngsta skälen för detta är att EG-rättens innebörd generellt sett är ganska oklar och att den är föremål för en hastig utveckling på case law-grund och av ad hoc-karaktär. En snäv rättskraftsverkan skulle medföra en större osäkerhet i rättslivet. De vinster en begränsad rättskraftsverkan skulle medföra för EG-rättens genomslag i form av materiellt riktigare avgöranden, vägs upp av förlusterna i form av lågauktoritativa svenska domstolsavgöranden samt bristande förutsebarhet.

Men jag har också kommit fram till att konkurrensbegränsande avtal är att se som indispositiva moment i den svenska civilprocessen.

[1246] Se ovan 8.2.1.
[1247] Se Ekelöf/Boman, Rättsmedlen s. 128 ang. resning.
[1248] Se 8.2.1.

Därför, har jag vidare framhållit, bör behandlingen av konkurrensstridiga avtal formaliseras som *officialprövning* i civilprocessen. Detta innebär i sin tur att prövningen av konkurrensstridiga avtal blir underkastad ett krav på högre materiell korrekthet i jämförelse med en normalt dispositiv prövning. Officialprövningen bör bedrivas på sådant sätt att å ena sidan konkurrensbegränsande avtal inte genomdrivs vid domstol och å andra sidan konkurrensrättsligt tillåtna avtal inte motverkas genom officialprövningen.

Det kan förefalla motsägelsefullt att förespråka officialprövning och samtidigt framhålla att bl.a. sådana domar som föregåtts av underlåten officialprövning bör ges en vid preklusionsverkan. Det behöver dock inte föreligga någon motsättning. Å ena sidan kan det vara önskvärt att domstolen innan den slutliga domen fallit ges tämligen omfattande möjligheter att ingripa i målets materiella delar. Å andra sidan kan det vara önskvärt att parterna när domen väl fallit kan lita på att tvistandet är över.

Eftersom de extraordinära rättsmedlen balanserar rättskraftens funktion i det att de medger undantag från domens definitiva preklusionsverkan, kan man fråga sig om de vid tillämpning i situationer av underlåten officialtillämpning av EG:s konkurrensregler bör tillämpas snålt eller generöst. Ska det *terminatoriska* eller det *inkvisitoriska* processändamålet slå igenom vid analysen av de extraordinära rättsmedlens tillämpning i det här sammanhanget?[1249]

Denna fråga är omedelbart relevant vid tillämpningen av *resningsreglerna* – resningsinstitutet måste ses i samband med rättskraftsreglerna.[1250] Möjligheten till resning motiveras i princip av att det skulle framstå som orättfärdigt om vissa materiella felaktigheter skulle vara omöjliga att korrigera i efterhand; det skulle vara menligt för allmänhetens förtroende för rättsskipningen om domens rättskraftsverkan var absolut.[1251] Frågan om tillämpningen av resningsreglerna på fall av underlåten konkurrensrättslig officialprövning ligger således renodlad i spänningen mellan det terminatoriska och det inkvisitoriska syftet med processen.

Frågan om tillämpningen av *domvilloreglerna* blir dock något mer komplicerad, eftersom dessa regler är motiverade av domstolsdiscipli-

[1249] Ang. tillämpningen av extraordinära rättsmedel vid bl.a. ny praxis från Europadomstolen i Strasbourg, se Cameron, Swedish case Law on the ECHR s. 53 ff.

[1250] Se t.ex. Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 106 och s. 120 samt Ekelöf/Boman, Rättsmedlen s. 127 f.

[1251] Ekelöf/Boman, Rättsmedlen s. 128.

nära skäl och för att säkra parts möjlighet att tillvara ta sin rätt i ett effektivt förfarande. Också här aktualiseras dock samtidigt motsättningen mellan behovet av ett definitivt avgörande och strävan efter någorlunda materiell korrekthet.

Det kan vara värt att redan här framhålla att de extraordinära rättsmedlen, i händelse av underlåten officialprövning av EG:s konkurrensregler, bör tillgripas under beaktande av såväl det terminatoriska som det inkvisitoriska processändamålet. På grund av det generellt oklara rättsläget samt parters och domstolars svårighet att korrekt identifiera EG-rättsliga frågor, bör förutsättningarna för resning och domvilla tolkas generöst. Detta står för övrigt i överensstämmelse med ändamålet bakom resningsinstitutet – det skulle antagligen framstå som utmanande för allmänhetens rättskänsla om extraordinära rättsmedel tillämpades strikt i de fall där det föreligger störst risk att en dom är materiellt oriktig. Denna synpunkt gör sig gällande med än större tyngd i de fall ett domstolsavgörande visat sig felaktigt till följd av bristande officialprövning.

En generös syn på förutsättningarna för användandet av extraordinära rättsmedel bör dock, åtminstone i detta sammanhang, förenas med en sträng tillämpning av tidsfristerna för ansökan om resning respektive klagan över domvilla. Därigenom torde behovet av att i mål med EG-rättslig anknytning få ett någorlunda definitivt avgörande tillgodoses. En rimlig avvägning mellan processens terminatoriska respektive dess inkvisitoriska syfte borde i detta specifika sammanhang bestå i att förutsättningarna för att framgångsrikt anföra extraordinära rättsmedel ges en generös tolkning, utom vad gäller tidsfristerna.

När jag i det följande på ett tämligen tekniskt sätt diskuterar tillämpningen av extraordinära rättsmedel vid underlåten eller felaktig tillämpning av EG:s konkurrensregler är det ovanstående mina utgångspunkter. Framställningen syftar till att identifiera olika typsituationer där officialprövning underlåtits eller utfallit felaktigt till ledning för bestämmandet av i vilka fall resning, undanröjande på grund av domvilla, eller båda, kan komma ifråga.

9.1.2 Allmänt om officialprövningsskyldighet och extraordinära rättsmedel

I det följande kommer jag alltså att undersöka möjligheterna att angripa lagakraftvunna domar grundade på underlåten officialprövning

med extraordinära rättsmedel. Möjligheten att använda extraordinära rättsmedel i ett konkret fall beror på om domen kan antas vara materiellt felaktig, om den föregåtts av felaktig rättstillämpning eller om det kan antas ha skett ett handläggningsfel. I den mån som bristande eller underlåten officialprövning kan ses som grovt rättegångsfel och/eller medfört en felaktig materiell reglering av det rättsförhållande som blivit föremål för lagakraftvunnen dom, kan alltså domen angripas.

Man kan i princip tänka sig fyra typsituationer i vilka det är fråga om underlåten eller bristande officialprövning. Första fallet avser en situation där domstol *förbisett* att ett avtal är konkurrensbegränsande trots att det av processmaterialet[1252] och yrkandet framstår som sådant. Ett andra fall inrymmer den situationen då domstolen visserligen prövat om ett avtal är konkurrensbegränsande, men gjort en *felaktig bedömning* efter att t.ex. ha förbisett eller felbedömt senare praxis från EG-domstolen eller EG-kommissionen. Också i ett tredje typfall antas att domstolen tillämpat EG:s konkurrensregler, men *värderat bevisningen felaktigt*. I ett fjärde fall antas att domstolen förbisett att avtalet är konkurrensbegränsande, men att domstolen inte rimligen kan ha gjort någon annan bedömning eftersom alternativa "konkurrensfakta", medvetet eller omedvetet, *undanhållits av parterna*.

Dessa fyra fall kan i varierande omfattning uppfylla förutsättningarna för domvilla eller resning. För bedömningen har det en viss betydelse om konkurrensbegränsande avtal som indispositiva moment ses som processhinder eller "materiella bifallshinder". Dessutom har det betydelse vilka krav det är befogat att ställa på domstolarnas officialprövning.

I sammanhanget är det viktigt, men praktiskt svårt, att skilja mellan *rättegångsfel* och att *avgörandets innehåll är materiellt*[1253] *oriktigt*.[1254] När avgörandet är felaktigt i sak kan felaktigheten föranleda resning. När avgörandet föregåtts av att en processuell regel åsidosatts utgör felet rättegångsfel och kan föranleda att domen undanröjs.[1255] Avgörandets innehåll kan bli materiellt oriktigt om domstolen tillämpar

[1252] Konkurrensfakta behöver inte ha åberopats, se ovan 6.5, och 7.2, men kan naturligtvis ha kommit till domstolens kännedom på det viset.

[1253] Observera att resningsreglerna är tillämpliga också på rättens beslut, se ovan 8.3.1. I sådana fall är det alltså fråga om "materiella" felaktigheter i bedömningen av frågan.

[1254] Welamson, Domvillobesvär s. 81, karaktäriserar distinktionen med "spelets regler" respektive "bedömningen av tvistefrågan".

[1255] Welamson, Rättegång VI s. 120; Gärde m.fl. s. 773 och s. 850; Cars s. 190 f. Se också PLB s. 65.

materiella regler eller bevisbörderegler felaktigt.[1256] Men det kan också bli materiellt oriktigt om part inte åberopat omständigheter som kunnat leda till en annan utgång. Detsamma gäller om part försummat att framlägga relevant bevisning, om part erkänt omständigheters existens, om part medgivit felaktigt, om part vitsordat prejudiciella rättsförhållanden, om part medverkat till tredskodom genom utevaro eller om part förlikts felaktigt.

Rättegångsfel kan således medföra att avgörandet blir materiellt oriktigt. Om domstolen försummar att beakta en omständighet som käranden åberopat och därigenom målet tappas, är det fråga om grovt rättegångsfel och ett materiellt oriktigt avgörande.[1257] Dels finns en processuell norm med innehåll att domstolen ska lägga det som åberopats till grund för domen, dels finns materiella regler enligt vilka den ifrågavarande omständigheten ska leda till den yrkade rättsföljden. I sådana situationer kan tappande part ha valrätt mellan klagan över domvilla och resning.[1258] Det förefaller alltså som om avgöranden samtidigt kan belastas av brott mot handläggningsregler å ena sidan och materiell oriktighet å den andra. Vissa grova rättegångsfel måste för övrigt ha påverkat målets utgång för att berättiga till undanröjande av domen.

Men hur är det när domstolen gjort enbart en felaktig subsumering av åberopade fakta under tillämpliga regler, feltolkat eller förbisett gällande rätt eller gjort en felaktig bevisvärdering? Utgör detta verkligen endast felaktig rättstillämpning som föranleder materiell oriktighet[1259] och endast berättigar till resning? Man kunde tänka sig att domstolen i sådana situationer brutit mot mer eller mindre uttryckligt formulerade regler för förfarandet. En sådan vore: "domstolen ska tillämpa gällande rätt på föreliggande omständigheter på ett korrekt sätt". Det förefaller åtminstone inte omöjligt att se felaktig rättstillämpning

[1256] Eller värderar bevisningen oriktigt, se Welamson, Rättegång VI s. 121. Se också Welamson, Domvillobesvär s. 78 ff.; Cars s. 183 ff.

[1257] Jfr Welamson, Rättegång VI s. 250 f. och s. 210 f. Jfr också Ekelöf/Boman, Rättsmedlen s. 152. Observera att "materiellt oriktig" i just detta sammanhang skiljer sig från innebörden av uttrycket i de flesta andra sammanhang, se ovan 5.1.3 samt framförallt vid not 724. Trots att avgörandet är materiellt oriktigt i förhållande till processmaterialet, vilket är vad som avses i det här sammanhanget, kan det vara materiellt riktigt i förhållande till det "verkliga" rättsförhållande som omstämts, vilket är vad som normalt avses med uttrycket "materiellt oriktig dom". Jfr också nedan vid not 1259 och vid not 1408.

[1258] Welamson, Rättegång VI s. 211.

[1259] Observera uttryckets innebörd i detta sammanhang och att felaktig rättstillämpning kan leda till materiellt riktiga domar, jfr not 1257 ovan m.hvsn.

också som åsidosättande av "normer avseende förfarandet".[1260] Men detta är inte den allmänna uppfattningen i svensk doktrin.[1261] Felaktig rättstillämpning, felaktig bevisvärdering eller felaktig tillämpning av bevisbörderegler utgör inte rättegångsfel. Part kan alltså i princip angripa felaktig rättstillämpning endast med hjälp av resningsreglerna.[1262] Detta har viss betydelse för tillämpningen av de extraordinära rättsmedlen vid underlåten officialprövning av EG:s konkurrensregler.

Skillnaden mellan rättstillämpning och tillämpning av processuella regler framstår som än mer oklar om man ser närmare på den från EG-rättsliga utgångspunkter. Konkurrensreglerna är inte i sig processuella regler. Däremot måste åsidosättandet av det krav på officialprövning, som enligt vad ovan sagts bör anknytas till konkurrensbegränsande avtal,[1263] i vissa fall ses som brott mot "normer avseende förfarandet". Det bör inte ha någon avgörande betydelse för frågan om bristande officialprövning utgör rättegångsfel, om en processuell regel är uttryckt i en klar lagbestämmelse i RB eller om den följer av allmänna EG-rättsliga principer och ändamålsbestämningar.[1264] Vidare kan påpekas att det inte är av avgörande betydelse för felbedömningen om en åsidosatt processuell bestämmelse är obligatorisk eller fakultativ.[1265]

Man kan kanske se frågan om åsidosättande av konkurrensreglerna som indispositiva moment på följande sätt. Enligt EG-domstolens praxis följer av artikel 5 i Romfördraget att nationella domstolar, bl.a. svenska, ska medverka till att EG-rättsliga bestämmelser ges effektivt genomslag och till att enskilda rättigheter bereds skydd. När det är fråga om konkurrensbegränsande avtal följer, som ovan sagts, en förpliktelse att ex officio tillämpa konkurrensreglerna i princip oberoende av parternas aktivitet i processen. I den mån som domstolarna underlåter officialprövning bryter de mot den "oskrivna norm för förfarandet" som alltså följer av lojalitetsplikten i artikel 5 och vad som

[1260] PLB s. 773: då någon för förfarandet normerande processföreskrift blivit åsidosatt. Se också Cars s. 189 samt Welamson, Rättegång VI s. 121 not 3.

[1261] Se t.ex. Welamson, Domvillobesvär s. 80 f.

[1262] Welamson, Rättegång VI s. 121; Cars s. 190 f.

[1263] Se ovan 6.5.

[1264] Jfr Welamson, Rättegång VI s. 121, som menar att alla regler i RB inte är normerande för förfarandet (t.ex. 35:1). Därför bör, motsatsvis, regler som återfinns på andra ställen kunna utgöra förfaranderegler.

[1265] Welamson, Rättegång VI s. 121.

krävs för att säkerställa att artikel 85 och 86 motverkar konkurrensbegränsande avtal. *Ekelöf* motiverar förekomsten av domvilloreglerna med att "den tappande har ej haft förmånen att tillvarata sina intressen i ett effektivt organiserat rättegångsförfarande". Eftersom konkurrensreglernas indispositivitet, i den mån den anses motiverad, följer av det allmännas intresse av reglernas genomslag kan man modifiera motiveringen för domvilloreglerna till: "rättegångsförfarandet har ej tillräckligt väl tillgodosett det allmännas intresse av konkurrensreglernas genomslag".[1266]

Samtidigt kan alltså underlåten officialprövning medföra att det bedömda rättsläget givits ett materiellt oriktigt innehåll. Av den ovannämnda oskrivna förfarandenormen följer nämligen indirekt också ett krav på att de rättsförhållanden som på det civilrättsliga planet bestäms helt eller delvis av konkurrensreglerna ska ges ett någorlunda riktigt materiellt innehåll vid domstolsprövning.[1267] Indispositiviteten måste därför ses som ett både materiellt och processuellt moment. Å ena sidan får inte vissa avtalsvillkor bli bindande mellan parterna på det civilrättsliga planet ens om parterna i efterhand eller inom processens ram godtar villkoren. Å andra sidan är domstolarna förpliktade att motverka sådana bindningar eller i vart fall skyldiga att vägra medverka till att genomdriva dem genom officialprövning. Underlåten officialprövning kan därför utgöra rättegångsfel och medföra att rättsförhållandet blir oriktigt bestämt enligt materiella regler.

Men, återigen, i de fall felaktig officialprövning består enbart i felaktig rättstillämpning, felaktig bevisvärdering eller felaktig tillämpning av bevisbörderegler kan det enligt svensk rätt inte vara fråga om rättegångsfel.[1268] Teoretiskt sett, och särskilt utifrån utformningen av EG-rättens krav på nationella domstolar, kan detta framstå som något märkligt.[1269] Anser man att domstolarnas förpliktelse att ge genomslag åt EG:s konkurrensregler och skydd åt enskilda rättigheter är en "normerande processföreskrift", borde väl felaktig tillämpning i sak stå lika mycket i strid med denna förpliktelse som att t.ex. icke åberopade

[1266] Jfr Ekelöf/Boman, Rättsmedlen s. 134.

[1267] Jfr ovan 5.3.2 samt 7.3.2.

[1268] Undantagna är de fall domstol under beaktande av alla relevanta rättsfakta felaktigt underlåter att avvisa på grund av processhinder, se nedan vid not 1310. Undantag från undantaget utgör de situationer i vilka processhindersfrågan särskiljs genom att göras till föremål för ett (felaktigt) avvisningsbeslut eller genom att överklagas särskilt. Se nedan vid not 1312.

[1269] Se ovan vid not 1260.

omständigheter lämnas obeaktade.[1270] Men åtskillnaden mellan tillämpningen av processuella regler å ena sidan och tillämpningen i sak har nu en gång för alla ett sådant innehåll enligt svensk rätt och den kommer inte att ifrågasättas i det följande.[1271]

9.1.3 Kapitlets uppläggning

Som ovan sagts syftar framställningen i detta kapitel till att identifiera situationer i vilka officialprövning underlåtits eller föranlett en oriktig utgång och som därför kan föranleda resning, undanröjande eller både ock, av en tidigare lagakraftvunnen dom. Framställningen är disponerad på sådant sätt att först domvilla och sedan resning diskuteras. Vardera avsnittet är upplagt utifrån att konkurrensstridiga avtal är att se som materiella bifallshinder respektive processhinder för att åskådliggöra de skillnader i utfall som blir konsekvensen av att klassificera det indispositiva momentet konkurrensstridighet som antingen processförutsättning eller officialfaktum.

9.2 Domvilla

9.2.1 Indispositivitet som materiellt bifallshinder

Om konkurrensbegränsande avtal ska ses som materiella bifallshinder kan inte en dom grundad på underlåten officialprövning undanröjas enligt RB 59:1 st. 1 p. 1. Domstolen har ju *inte* i sådant fall upptagit talan till sakprövning trots förhandenvaron av processhinder. Möjligen skulle man kunna argumentera för att materiella bifallshinder vore att se som processhinder just vid domvilloprövning och att därför förbiseendet av dem borde föranleda undanröjande av domen.

Ett inhemskt exempel på ett materiellt bifallshinder kunde t.ex. vara det fall då ett avtal om äganderätt till hyresfastighet är ogiltigt på grund av att det strider mot lagen om förvärv av hyresfastighet.[1272] För det fall frågan om t.ex. äganderätten till hyresfastighet avgjorts utan att domstolen beaktat om avtalet är ogiltigt kunde man tänka sig

[1270] Jfr Welamson, Domvillobesvär s. 81, ang. frågan om varje felaktig tillämpning av processuella bestämmelser också utgör resningsgrund.
[1271] Se t.ex. nedan vid not 1417.
[1272] Se NJA 1986 s. 741.

att detta vore att likställa med att ett processhinder åsidosatts. Men att tillämpa 59:1 st. 1 p. 1 analogt vid materiella bifallshinder borde också innebära att 50:26 st. 1 bör tillämpas analogt. Efter överklagande skulle det alltså vara obligatoriskt för högre rätt att undanröja domen och återförvisa målet, trots att det materiella bifallshindret kunde ha avhjälpts vid den högre rätten.[1273]

Sannolikt är återförvisning processekonomiskt belastande för de flesta mål[1274] och framförallt gäller detta när det är fråga om tillämpning av EG-rättsliga regler, då ju risken för vilandeförklaring är latent och hög.[1275] I största möjliga mån bör tids- och kostnadsaspekter beaktas inom ramen för vad rättegångsbalken tillåter och vägas mot EG-rättens krav på effektivt genomslag. Det är därför rimligt att domstolen ges möjlighet att utifrån rekvisiten i 50:28 avgöra i vad mån ett grovt rättegångsfel som består i underlåten officialprövning kan avhjälpas eller om domen måste undanröjas och målet återförvisas.[1276] En fördel med att se konkurrensstridighet som materiellt bifallshinder jämfört med som processhinder vore just att det inte är obligatoriskt att undanröja tidigare dom och återförvisa så snart bristande officialprövning uppmärksammas.

Finns det då några hinder mot att ge 59:1 st. 1 p. 1 olika innehåll beroende på om det är fråga om klagan över domvilla respektive då bristande officialprövning uppmärksammats redan innan dom vunnit laga kraft? Ja, även om man kanske kan finna fog för att ge uttryck och begrepp olika innehåll beroende på i vilken processuell bestämmelse i rättegångsbalken de förekommer,[1277] verkar det väl magstarkt att tillskriva samma *bestämmelse* olika betydelse beroende på sammanhanget.[1278]

Om konkurrensreglerna ska betraktas som materiella bifallshinder bör istället bristande officialprövning ses som "annat grovt rättegångsfel" enligt 59:1 st. 1 p. 4 och st. 2. Enbart felaktig tillämpning av konkurrensreglerna bör inte föranleda undanröjande, eftersom felaktig

[1273] Jfr NJA 1986 s. 741.

[1274] Jfr t.ex. prop. 1988/89:95 s. 53 ff. samt s. 79 f.

[1275] Se ovan 7.5.

[1276] Se också Welamson, Rättegång VI s. 125. Från fall till fall får väl bedömas om det innebär en oväsentlig olägenhet att part(-erna) måste framlägga viss bevisning i hovrätt eller HD för första gången.

[1277] Se Ekelöf, Forskares verkstad s. 18 f.

[1278] I 50:26 ges en direkt hänvisning till p. 1 i 59:1 st. 1 och stadgas att sådana fel ska föranleda undanröjande.

rättstillämpning i sak inte utgör rättegångsfel.[1279] För undanröjande krävs att den felaktiga rättstillämpningen föregåtts av eller orsakats av ett handläggningsfel.[1280] Det mest tänkbara handläggningsfelet vid officialprövning är väl att domstolen försummat att ex officio beakta relevanta omständigheter.

Enligt svensk rätt anses brott mot regler om rättens skyldighet att sörja för att målet blir tillfredsställande utrett, som rättegångsfel.[1281] I praxis har bristande materiell processledning ansetts som grovt rättegångsfel.[1282] Också det att domstol i dispositivt tvistemål lagt ej åberopade omständigheter till grund för sitt avgörande har ansetts som rättegångsfel.[1283] Om alltså domstolen ska officialpröva om avtal är konkurrensbegränsande och detta innebär att omständigheter och bevisning ska beaktas oberoende av åberopande, borde det utgöra ett grovt rättegångsfel att inte beakta sådana omständigheter då de är av relevans för konkurrensstridighetsbedömningen.[1284] Vidare är det i princip irrelevant för bedömningen av rättegångsfel om domstolen varit försumlig eller om felaktigheten varit ursäktlig.[1285]

I mål där konkurrensreglerna ses som indispositiva moment kan finnas olika orsaker till att domstolen underlåtit att beakta konkurrensrättsligt relevanta omständigheter. Den mest uppenbara är att part underlåtit att åberopa omständigheterna eller att de undanhållits processmaterialet.[1286] Vidare kan omständigheterna ha undanhållits dom-

[1279] Se ovan 9.1.2.

[1280] Jfr beträffande processhinder nedan vid not 1310.

[1281] Se Welamson, Rättegång VI s. 121.

[1282] Se t.ex. NJA 1994 s. 7, NJA 1990 s. 617 och NJA 1976 s. 289.

[1283] NJA 1980 s. 352. Se också Welamson, Domvillobesvär s. 81.

[1284] Jfr Cars s. 192. Jfr dock t.ex. NJA 1986 s. 741 vari HD framhöll att lagstiftningen avseende förvärv av hyresfastigheter tillvaratog så viktiga allmänna intressen att "en domstol även i ett dispositivt tvistemål *har att utan invändning av part* ta ställning till om ett i målet åberopat fastighetsförvärv är ogiltigt såsom stridande mot nämnda lagstiftning" (min kursiv). I den mån som domstol inte hållit ett sådant avtal för ogiltigt under beaktande av icke åberopade omständigheter, borde det alltså vara fråga om grovt rättegångsfel. I fallet hade part först i HD hävdat att avtalet var ogiltigt under åberopande av tidigare inte förebringade omständigheter (att motparterna enligt den nämnda lagstiftningen inte erhållit tillstånd till de aktuella fastighetsförvärven). Enligt vad som sagts ovan borde detta inneburit att hovrättens dom grundats på ett grovt rättegångsfel och kunnat undanröjas (se RB 55:15 st. 2 och den äldre lydelsen av RB 50.26 st. 2) om det inte utan väsentlig olägenhet kunnat avhjälpas i HD, (se Gärde m.fl. s. 774 och RB 55:15, 2 st. och 50:28,) något man dock måste anse att HD gjorde genom att ogilla talan.

[1285] Se Welamson, Rättegång VI s. 120 f.

[1286] Observera att det kan vara mer problematiskt att avgöra om rättegångsfel föreligger på grund av att relevanta omständigheter inte beaktas när de processuella reglerna kan antas

stolen genom att tredskodom avkunnats i anledning av parts utevaro, genom att part medgivit talan[1287] eller vitsordat ett prejudiciellt rättsförhållande eller genom att omständigheterna undanhållits ett förlikningsavtal som lagts till grund för domen.

Att inte beakta omständigheter då de inte utgjort en del av processmaterialet är alltså ett rättegångsfel. Men hur är det i de fall omständigheterna utgjort en del av processmaterialet utan att åberopas och domstolen inte beaktat dem? Ja, om domstolen underlåtit att göra sin bedömning utifrån omständigheterna på grund av att de inte åberopats, verkar det vara fråga om rättegångsfel. I sådant fall framstår det som om domstolen tillämpat RB 17:3, trots att den inte ska göra det. Men om domstolen beaktat omständigheter utan att de åberopats, och gjort en felbedömning av omständigheternas konkurrensrättsliga relevans är det enbart fråga om felaktig rättstillämpning i sak. Det borde alltså inte vara någon skillnad i förhållande till det fall då omständigheter åberopats och domstolen bedömt dem felaktigt. Det borde då vara uteslutet med klagan över domvilla.[1288]

Hur är det när relevanta omständigheter förelegat i målet och beaktats av domstolen, men den konkurrensrättsliga aspekten helt förbisetts? I sådana fall har visserligen domstolen gjort en prövning av de åberopade, eller föreliggande, omständigheternas rättsliga betydelse i målet, men denna prövning har inte avsett frågan om avtalets konkurrensstridighet.

Man kan tycka att domstolen i ett sådant läge inte fullgjort sin officialprövningsskyldighet. Ja, redan enligt jura novit curia har domstolarna också i helt dispositiva mål att ex officio beakta alternativa rättsliga kvalificeringar som ryms inom tvisteföremålet.[1289] Men som ovan sagts utgör inte felaktig rättstillämpning i sak rättegångsfel.[1290] I svensk doktrin verkar det som att t.ex. domstolars *förbiseende* av lagregler

---

innebära att omständigheter bör beaktas oberoende av åberopande. Jämför med att avgöra om *åberopade* omständigheter har beaktats. Därför föreslås nedan att felbedömningen bör göras utifrån om det av domskälen framgår att domstolen *beaktat* alla relevanta omständigheter och det framgår att omständigheternas relevans blivit bedömd i det rättsliga avseende som motiverar officialprövning.

[1287] Cars s. 153, framhåller att medgivande utgör rättsfaktum i dispositiva mål och endast bevisfaktum i indispositiva mål. Det senare borde gälla också i dispositiva mål när medgivandet är avsett att ge viss rättslig betydelse åt ett moment som är indispositivt.

[1288] Se också nedan not 1359.

[1289] Möjligen vore därför en felaktig rättslig kvalificering på domstolens eget initiativ att se som rättegångsfel, jfr Lindell, Preklusion s. 284.

[1290] Se ovan 9.1.2.

inryms under felaktig *tillämpning* av lag.[1291] En underlåten alternativ rättslig kvalificering utgör därför antagligen inte grovt rättegångsfel i "rena dispositiva" mål, trots att domstolarna i sådana mål också är obundna av parternas åberopande av rättsregler.[1292]

Kanske bör det vara skillnad om domstolens "skyldighet" att beakta alternativa rättsliga kvalificeringar anknyts till officialprövning; borde det ha betydelse att jura novit curia kompletteras av en plikt att beakta icke åberopade omständigheter, även om det inte finns ytterligare relevanta omständigheter att beakta?

Nedan argumenteras för att domstol alltid genom materiell processledning bör uppmärksamma parterna på den konkurrensrättsliga aspekten av en tvist, dvs. också då konkurrensreglerna är dispositiva.[1293] Visserligen saknar materiell processledning formellt sett betydelse i de fall då alla relevanta omständigheter föreligger. I dispositiva mål ska domstolen genom tillämpning av "rätten" bestämma åberopade och bevisade omständigheters betydelse för den yrkade rättsföljden. Vid tillämpning av EG:s konkurrensregler som indispositiva moment är det fråga om att oberoende av åberopanden och bevisning bedöma om ett avtal är konkurrensbegränsande. Denna fråga kan och ska domstolarna avgöra utan att det krävs någon (ytterligare) aktivitet från parternas sida. Emellertid är det vid tillämpning av EG-rättsliga regler särskilt viktigt att kraftfull materiell processledning bedrivs. Det osäkra rättsläget kan kanske klargöras av parternas utredning och argumentation på rättsfrågeplanet.

Mot bakgrund av att underlåten materiell processledning i praxis bedöms som grovt rättegångsfel i dispositiva tvistemål,[1294] bör det anses processuellt felaktigt att domstolen "tyst förkastar" en konkurrensrättslig kvalificering av saken, när kvalificeringen i efterhand framstår som konkurrensrättsligt relevant mot bakgrund av de omständigheter och det rättsläge som förelåg vid bedömningen. Därför finns ingen anledning att skilja mellan de fall då domstolen tyst förkastat en alternativ konkurrensrättslig kvalificering och de fall då den underlåtit att uppmärksamma konkurrensfrågan överhuvudtaget.

[1291] Welamson, Rättegång VI s. 232.

[1292] Jfr t.ex. Lindell, Preklusion s. 271 och 284, som menar att domstolen i vissa situationer ska avstå från alternativa rättsliga kvalificeringar och att det däremot utgör rättegångsfel att omkvalificera tvisten utan att åtminstone informera parterna.

[1293] Se nedan 10.4.1.

[1294] Se ovan vid not 1282.

Svårigheten att i efterhand skilja mellan dessa situationer är annars det största praktiska hindret, och den tyngsta invändningen, mot att se underlåten konkurrensrättslig kvalificering som grovt rättegångsfel.[1295]

Mot bakgrund av det ovanstående kan möjligen följande utgöra en utgångspunkt. *Gränsen mellan ren rättstillämpning i sak och fullgörande av skyldigheter avseende officialförfarandet verkar lämpligen principiellt dras utifrån om domstolen i domskälen beaktat alla konkurrensrättsligt relevanta omständigheter eller inte.* Har domstolen inte beaktat konkurrensrättsligt relevanta omständigheter är det fråga om rättegångsfel.[1296] Har domstolen beaktat alla konkurrensrättsligt relevanta omständigheter, men utan att uttryckligen bedöma deras konkurrensrättsliga betydelse i målet, är det också fråga om rättegångsfel.[1297] Finner rättsmedelsinstansen nämligen att omständigheterna har betydelse för den konkurrensrättsliga bedömningen, kan man som ovan sagts anta att domstolens tystnad antingen beror på att konkurrensfrågan förbisetts eller på att domstolen felaktigt underlåtit att bedriva materiell processledning. Och båda dessa fel är att se som handläggningsfel.

Men för det fall alla konkurrensrättsligt relevanta omständigheter gjorts till föremål för en felaktig konkurrensrättslig bedömning, och denna framgår av domskälen, är det inte fråga om rättegångsfel utan enbart om felaktig tillämpning i sak.[1298] Detta kan jämföras med rent dispositiva mål, i vilka rimligen ett "tyst" förkastande av en åberopad omständighet måste vara rättegångsfel.[1299] Det bör dock observeras att *domen* sannolikt också i vissa fall då domstolen gjort en uttrycklig och felaktig konkurrensrättslig bedömning bör kunna angripas med domvilloinstitutet. Har domstolen gjort en klart felaktig konkurrensrättslig bedömning har den antagligen också underlåtit att inhämta ett förhandsavgörande, vilket bör ses som ett processuellt fel.[1300]

[1295] Jfr f.ö. Lindell, Preklusion s. 230, som ställer som krav på *åberopande* att det ska vara insatt i ett rättsligt sammanhang. Samma sak bör alltså enligt min mening gälla för indispositiva moment vid bedömningen av om domstolen *beaktat* en omständighet.

[1296] Se nedan vid not 1375 och 1432.

[1297] Det innebär att dessa situationer kan föranleda både undanröjande av domen och resning, se nedan not 1414.

[1298] Se nedan not 1410.

[1299] Se också ovan vid not 1257.

[1300] Se vidare nedan 9.3.3.

När det gäller det fall då domstolen ogillat efter att felaktigt ha bedömt ett avtal som konkurrensbegränsande,[1301] bör det inte komma ifråga med undanröjande, utom i de fall då domstolen försummat att beakta "konkurrensrättsliga motfakta".[1302] Och om domstolen s.a.s. ex officio tillämpar konkurrensreglerna utan att bereda parter möjlighet att komplettera utredningen och framföra synpunkter borde detta i sig utgöra rättegångsfel.[1303]

Om man ser konkurrensreglerna som materiella bifallshinder bör det alltså inte gå att undanröja en dom i anledning av bristande officialprövning på grund av första punkten i 59:1 st. 1. Istället blir det fråga om att tillämpa fjärde punkten och andra stycket. Som ovan sagts är undanröjandet enligt den senare bestämmelsen mer kvalificerat. Det förutsätts att det grova rättegångsfelet ska ha haft betydelse för utgången och att, om klagan grundas på en icke åberopad omständighet, part ska ha haft giltig ursäkt att inte åberopa omständigheten tidigare. Dessa förutsättningar kommer att diskuteras mer ingående nedan och i det sammanhanget berörs betydelsen av att se konkurrensreglerna som materiella bifallshinder respektive som processhinder.[1304]

9.2.2 Indispositiviteten som processhinder

Frågan om konkurrensreglernas indispositivitet ska ses som processhindrande eller materiellt bifallshindrande har en viss betydelse för möjligheten att undanröja en dom grundad på underlåten officialprövning på grund av domvilla. Om tvisten inte avvisats trots att det varit fråga om processhinder ska domen undanröjas oberoende av om förbiseendet är ursäktligt och/eller beror på parts försumlighet.[1305] Det måste dock vara fråga om ett rättegångshinder som högre rätt haft att beakta självmant, ett *indispositivt* processhinder. Förhandenvaron av ett dispositivt rättegångshinder medför inte domvilla.[1306] Mot bakgrund

[1301] Det bör påpekas att jag vid beskrivningen av felaktiga officialavgöranden avlägsnar mig från ämnet för detta kapitel såsom det beskrivs i rubriken "Extraordinära rättsmedel vid underlåten officialprövning". I detta sammanhang och det följande är det dock värt att jämföra denna situation med situationen då den konkurrensrättsliga aspekten helt förbisetts, för att åskådliggöra tillämpligheten av domvilloreglerna.

[1302] Se också ovan 8.3.1.

[1303] Jfr Lindell, Preklusion s. 284.

[1304] Se nedan vid not 1335.

[1305] Se RB 59:1 st. 1 p. 1; jfr 59:1 st. 1 p. 4 och st. 2.

[1306] Jfr t.ex. RB 34:2.

av att konkurrensstridiga avtal är förbjudna och att detta motiverar officialprövning, vore det givetvis märkligt att hänföra konkurrensstridighet till kategorin dispositiva processhinder.[1307] Eftersom officialprövning av avtal i strid med EG:s konkurrensregler bör ske oberoende av parternas åberopanden och under vilket stadium som helst av rättegången, bör givetvis ett avtals oförenlighet med artikel 85 eller 86 ses som ett indispositivt rättegångshinder.[1308]

Enligt ordalydelsen av RB 59:1 st. 1 p. 1 konstituerar alltid upptagande av talan trots att processhinder föreligger grovt rättegångsfel och ska föranleda att domen undanröjs. Det innebär att felaktig tillämpning av konkurrensreglerna på föreliggande "konkurrensfakta" utgör grovt rättegångsfel när tillämpningen skulle ha resulterat i ett avvisningsbeslut.[1309] Detta medför en skillnad i förhållande till om konkurrensreglerna ses som materiella bifallshinder. Om i det senare fallet domstolen enbart gjort en felaktig tillämpning av konkurrensreglerna kan domen endast angripas genom resning.[1310]

I doktrinen har gjorts gällande att det senare också bör gälla i vissa fall av underlåten avvisning på grund av processhinder, nämligen då domstolen ogillat en invändning om rättegångshinder och part överklagat detta beslut särskilt. Om beslutet fastställts av högre rätt ska det inte gå att få beslutet undanröjt genom domvilloklagan.[1311] Part skulle i sådana fall vara hänvisad att genom resning angripa beslutet.[1312] Och detsamma skulle då efter vad jag förstår gälla domen som sedermera fallit.[1313] Men om part nöjt sig med att processhindersinvändningen ogillats och alltså inte överklagat beslutet gäller samma sak som i den situation där processhindersfrågan förbisetts eller felbedömts utan invändning. Eftersom processhindersfrågan inte gjorts till föremål för särskild prövning, kan den föranleda undanröjande av domen.[1314]

[1307] Vidare framgår av 34:1 st. 2 att rättegångshinder ska beaktas ex officio av domstolen om ej annat stadgas.
[1308] Se ovan vid not 1053 och 8.3.
[1309] Jfr Cars s. 192; jfr också RH 1993:70. Felaktigheten är också resningsgrund eftersom det medför att avgörandet blir felaktigt i sak.
[1310] Se ovan vid not 1280.
[1311] Se Ekelöf/Boman, Rättsmedlen s. 149 f.
[1312] Se RB 58:10.
[1313] Detta står i strid med ordalydelsen av 59:1 st. 1 p. 1 och förefaller därför tveksamt. Se också PLB s. 573, där det framhålls att om det sedermera upptäcks att saken upptagits trots res judicata det inte är är fråga om grund för resning utan domvilla. Det bör påpekas att uttalandet avser den rättskraftiga domens betydelse som "ny omständighet" enligt 58:1 st. 1 p. 3.
[1314] Se dock nedan not 1321.

I det fall domstolen fattat ett felaktigt avvisningsbeslut är inte 59:1 st. 1 p. 1 tillämplig. Frågan är om ett sådant beslut överhuvudtaget kan undanröjas enligt 59:e kapitlet. Också här kan man nämligen tycka att avvisningsbeslutet skiljer frågan om processhinder från saken. Liksom beträffande ogillade invändningar om processhinder som överklagats särskilt skulle alltså ett avvisningsbeslut endast kunna angripas resningsvägen.[1315] Enligt en annan uppfattning i doktrinen skulle ett felaktigt avvisningsbeslut ses som "annat grovt rättegångsfel" enligt 59:1 st. 1 p. 4.[1316]

Man kan dock näppeligen säga att någon processuell regel åsidosatts i fall där domstolen avvisat på grund av att parterna t.ex. vägrat utreda saksammanhangen och visa att det *inte* rör sig om ett klart konkurrensbegränsande avtal.[1317] Tvärtom, som ovan sades är det rimligt att domstolen officialprövar i de fall sakläget framstår som klart, också då detta medför en viss risk för att rättsläget i det enskilda fallet regleras felaktigt.[1318] I sådana fall och i andra situationer där konkurrensfrågan brutits ut från målet och gjorts till föremål för särskild prövning och denna prövning företagits under beaktande av alla relevanta omständigheter borde inte finnas anledning att undanröja beslutet.[1319] *Det felaktiga i beslutet är inte hänförligt till bristande officialprövning utan till felaktig tillämpning i sak.* Part bör därför vara hänvisad att resningsvägen ifrågasätta det materiella rättsläget som det reglerats genom den korrekta officialprövningen.[1320] Detta gäller dock endast under förutsättning att inte beslutet fattats utan att konkurrensrättsligt relevanta motfakta beaktats. Sådana kan föranleda att part kan väcka ny talan utan hinder av det föreliggande avvisningsbeslutet.[1321]

Här gäller alltså samma sak som då konkurrensreglerna ses som materiella bifallshinder: om konkurrensreglerna tillämpats felaktigt är det inte fråga om rättegångsfel. Men vid processhinder gäller detta bara om den konkurrensrättsliga ogiltighetsfrågan utskiljts särskilt,

[1315] Jfr Ekelöf/Boman, Rättsmedlen s. 149 f., samt RB 58:10. Jfr också ovan vid not 1221 ang. möjligheten att med nya omständigheter angripa ett avvisningsbeslut i ordinärt förfarande.

[1316] Se Welamson, Domvillobesvär s. 84 not 59, samt Cars s. 193.

[1317] Se ovan 7.3.2.

[1318] Se ovan 7.3.2.

[1319] Villkorat dock av att inga andra grova rättegångsfel begåtts, t.ex. om domstolen vid den särskilda prövningen inte beaktat konkurrensrättsligt relevanta omständigheter.

[1320] Se RB 58:10.

[1321] Se ovan 8.3.2.

möjligen genom ett avvisningsbeslut eller åtminstone genom att överklagas separat. Om däremot konkurrensfrågan inte särskilts från målet i övrigt utgör också rena felbedömningar grova rättegångsfel, vilket egentligen är olämpligt med hänsyn till de ändamålssynpunkter som framfördes ovan. Det skulle dock göra alltför stort våld på lagtexten att utesluta undanröjande på grund av att t.ex. en processhindersinvändning ogillats.[1322]

Som ovan sagts bör dock förbiseendet av konkurrensrättsligt relevanta omständigheter föranleda undanröjande. Detta måste gälla också då domstolen avvisat efter en felaktig tillämpning av konkurrensreglerna eller då domstolen efter överklagande felaktigt ogillat en invändning om konkurrensrättsligt processhinder.[1323] Då processhindersfrågan avgjorts i särskild ordning utgör alltså förbiseende av relevanta "konkurrensrättsliga motfakta" vid avvisningsbeslut "annat grovt rättegångsfel".[1324] Och förbiseende av konkurrensrättsligt relevanta omständigheter vid överklagande av beslut att uppta saken till prövning, konstituerar också "annat grovt rättegångsfel".

Hur ska då ses de fall då domen grundas på otillåtet medgivande, vitsordande av ett prejudiciellt avtalsförhållande som står i strid med konkurrensreglerna, parts utevaro eller ett konkurrensbegränsande förlikningsavtal? Huvudregeln är att upptagande av talan till sakprövning utgör grovt rättegångsfel när talan skulle ha avvisats. Om underlåten officialprövning anses som åsidosättande av processregler spelar det ingen roll om den underlåtna officialprövningen tagit sig uttryck i att omständigheter inte beaktats, att ett medgivande felaktigt godtagits eller i enbart felaktig tillämpning av konkurrensreglerna. I alla hänseenden är det alltså fråga om grovt rättegångsfel.

Ovan beskrevs vissa situationer i vilka felaktig processhinderstillämpning eventuellt inte utgör grovt rättegångsfel.[1325] Dessa situationer är inte riktigt förenliga med att domen baseras på t.ex. medgivande eller förlikning. Eftersom domstolens officialprövning bygger på att konkurrensbegränsande avtal beaktas av domstolen ex officio är det svårt att tänka sig lägen där å ena sidan konkurrensreglerna överträtts genom ett medgivande och där å andra sidan processhindersfrågan

[1322] Jfr ovan vid not 1314.

[1323] Av RB 59:4 framgår att grova rättegångsfel medför undanröjande av *beslut* under samma förutsättningar som domar.

[1324] Jfr ovan not 1220. Ang. möjligheten att anföra "motfakta" inom ramen för klagoprocessen, se längre fram i detta avsnitt.

[1325] Se ovan vid not 1311 och det följande.

brutits ut från sakprövningen på sådant sätt att en felaktig bedömning är att se som fel i sak och inget handläggningsfel.

Det beror på att processhindersprövningen i sig är indispositiv.[1326] Domstolen kommer inte att lägga ett medgivande till grund för sitt beslut. Om domstolen trots allt gör det är det rättegångsfel under förutsättning att den därigenom underlåter att beakta relevanta omständigheter. I annat fall är det fråga om ren felaktig rättstillämpning vilket enbart kan föranleda resning. Men detta är alltså endast aktuellt i det osannolika fall att en domstol grundar ett särskilt beslut i en processhindersfråga på t.ex. parts medgivande eller ett förlikningsavtal.[1327] I situationer när talan felaktigt avvisats är parts eventuella medgivande, utevaro, vitsordande irrelevant, eftersom också här officialprövning ska företas oberoende av sådana partsdispositioner.

Alltså, under förutsättning att konkurrensstridigheten konstituerar processhinder kommer domar, vilka föregåtts av att domstolen underlåtit officialprövning när sådan bort ske, att kunna undanröjas enligt 59:1 st. 1 p. 1. Också enbart felaktig tillämpning av konkurrensreglerna medför undanröjande om det innebär att sakprövning företas trots förhandenvaron av processhinder. Antagligen bör domar som föregåtts av en ogillad processhindersinvändning också kunna undanröjas på grund av domvilla. I de fall processhindersfrågan gjorts till föremål för särskild prövning kan antagligen domen inte undanröjas med hänvisning till att saken prövats trots förhandenvaron av processhinder.[1328] I fall där avvisning skett felaktigt eller bara föranlett en oriktig reglering av rättsläget, bör inte domen kunna undanröjas på grund av domvilla.[1329] Men också i dessa fall medför underlåtenhet att beakta relevanta omständigheter att beslutet kan undanröjas enligt 59:1 st. 1 p. 4.

9.2.3 De kvalificerade förutsättningarna

Ovan har flera gånger framhållits att domstolarna bör utöva officialprövning oberoende av på vilket stadium av processen konkurrensbegränsande avtal uppmärksammas.[1330] Om tidigare underlåten official-

[1326] Se ovan vid not 1308.

[1327] Det hindrar förstås inte att processhindersprövningen kan utgöra rättegångsfel i andra situationer, då den inneburit att relevanta omständigheter förbisetts.

[1328] Detta strider dock mot lagtextens ordalydelse.

[1329] Jfr ovan not 1321.

[1330] Se framförallt ovan 6.5.

prövning utgör grovt rättegångsfel kan det vara obligatoriskt för högre rätt att undanröja domen och återförvisa.[1331]

Om konkurrensbegränsande avtal är att se som processhinder ska högre rätt undanröja domen.[1332] Man bör kanske återigen påpeka att obligatoriskt undanröjande vid processhinder dock får antas förutsätta att processhindersfrågan inte gjorts till föremål för särskild prövning i målet.[1333] Utgör däremot underlåten tillämpning av konkurrensreglerna i det särskilda fallet "annat grovt rättegångsfel" kan högre rätt ex officio rätta till felet om det kan ske utan väsentlig olägenhet. En förutsättning är att domen inte vunnit laga kraft. Eftersom rättsmedelsinstansen inte kan rätta till felet när domen vunnit laga kraft finns inget alternativ till att undanröja den och förvisa målet till den rätt som meddelat domen.[1334]

Tidigare har nämnts att två skärpningar finns för domvillogrunden "annat grovt rättegångsfel" enligt 59 st. 1 p. 4 och st. 2 jämfört med då sakprövning skett trots förhandenvaron av processhinder.[1335] Om parts klagan grundar sig på en omständighet som inte åberopats i processen måste part ha *giltig ursäkt* för att inte tidigare ha åberopat den.[1336] Dessutom ska "annat grovt rättegångsfel" kunna antas ha *påverkat utgången*.

När det är fråga om ett rättegångsfel som består i att domstolen, måhända ursäktligt, försummat att beakta en omständighet kan man verkligen fråga sig om part ska behöva ursäkta sig för att inte ha åberopat den. Om domstolen är skyldig att ex officio beakta relevanta omständigheter är åberopsbördan s.a.s. lyft från part.[1337] Officialprövningens ändamål i anslutning till konkurrensbegränsande avtal är ju inte att värna partens intressen, utan det effektiva genomslaget av de materiella reglerna.[1338]

[1331] Se RB 50:26. Jfr dock prop. 1988/89:95 s. 80 och Welamson, Rättegång VI s. 127.

[1332] I den mån rättsmedelsinstansen kan konstatera förhandenvaron av processhinder finns ingen anledning att återförvisa. se t.ex. Welamson, Rättegång VI s. 119. Men om det på bevisfrågeplanet är oklart huruvida processhinder är för handen förefaller det som att återförvisning kan ske. Jfr NJA 1993 s. 331.

[1333] Se ovan 9.2.2.

[1334] Se RB 59:3, st. 3.

[1335] Se ovan vid not 1304.

[1336] 59:1 st. 2. Se också 43:10, 50:25 st. 3 och 55:13 ang. ändring av talan, samt 58:1 st. 2 ang. resning. Jfr vidare 58:11 ang. återställande av försutten tid och notera NJA 1983 s. 378.

[1337] Se ovan 6.5. Se också Welamson, Rättegång VI s. 230.

[1338] Se ovan kapitel 8. Jfr dock Cars s. 151 och s. 175 f. och särskilt s. 176. Den part som haft möjlighet att åberopa nya skäl är närmast att bära nackdelen för att så inte sker oberoende

Parts försumlighet borde därför inte ha nämnvärd betydelse för säkrandet av domstolsförfarandets tillgodoseende av konkurrensreglernas ändamål och effektivitet, låt vara att systemet innehåller den närmast nödvändiga anomalin att konkurrensreglernas effektivitet villkoras av den enskilde partens initiativ efter det att en materiellt felaktig dom vunnit laga kraft.[1339] Det måste därför vara mindre relevant om part tidigare kunnat åberopa omständigheten, eftersom han inte nödvändigtvis måste göra det för att domstolen ska vara förpliktad att beakta den.[1340] I anslutning till stadgandet angående kravet på giltig ursäkt i RB 59:1 st. 2 sägs ingenting om att kravet skulle falla bort, eller vara mildare, om den nya omständigheten som anförs inte ingår i partens åberopsbörda. Vad gäller kravet på giltig ursäkt för att få åberopa nya omständigheter i hovrätt finns dock sedan 1989 ett uttryckligt undantag för indispositiva mål. Detta undantag anses ha gällt redan före sin kodifiering.[1341]

Welamson menar att undantaget för indispositiva mål därför måste antas gälla också vid preklusion av nya omständigheter enligt 43:10 och vid åberopande av nya omständigheter i HD enligt 55:13, trots att undantaget inte framgår av lagtexten.[1342]

Ovan i kapitel 7[1343] har jag framhållit att konkurrensstridiga avtal som indispositiva moment bör föranleda officialprövning oavsett under vilka stadier av rättegången som momenten aktualiseras. Vidare menade jag att kravet på giltig ursäkt måste bortfalla vid indispositiva *moment*, likaväl som vid indispositiva *mål*. Detta skulle tala för att kravet på giltig ursäkt faller bort också vid klagan över domvilla när de nya omständigheter som anförs är hänförliga till ett indispositivt moment.

I sammanhanget kan visserligen observeras att innebörden av rekvisitet giltig ursäkt kan variera beroende på i vilket lagrum det förekommer.[1344] Men en sträng tolkning förefaller inte vara aktuell i

---

av om domstolen ex officio haft att beakta skälen. Han framhåller dock att ursäktsrekvisitet bör tolkas liberalare i indispositiva mål.

[1339] Se ovan 6.3, 6.5 och 7.1.1.

[1340] Se nedan not 1368. Jfr PLB s. 574, om skälet till att ursäktsrekvisitet saknas vid resning på grund av felaktig rättstillämpning.

[1341] Se Welamson, Rättegång VI s. 83 m.hvsn.t. prop. 88/89:95 s. 45 samt prop. 1971:45 s. 100.

[1342] Se Welamson, Rättegång VI s. 83 not 2. Se också Lindell, Preklusion s. 100.

[1343] Se 7.1.

[1344] Se t.ex. NJA 1989 s. 843.

indispositiva mål.[1345] Därför borde inte finnas något hinder mot att se lätt på ursäktsrekvisitet i samband med indispositiva moment.

Här bör dock påpekas att *Cars* hävdar att kravet på giltig ursäkt är aktuellt, om än i en mildare form, också vid klagan över domvilla i indispositiva mål.[1346] Det är möjligt att detta är rimligt i fall när det indispositiva i ett *mål* eller ett *moment* är motiverat av hänsyn till part eller t.o.m. till tredje man. Men när det, som här, är fråga om indispositiva moment som följer av ett allmänt samhällsintresse är det svårt att se något skäl till att upprätthålla kravet på giltig ursäkt.

Därför, menar jag, bör inte giltig ursäkt vara en förutsättning för att klagan över domvilla ska tas upp till prövning i de fall som part anför nya omständigheter som domstolen bort beakta under det ordinära förfarandet.

Har det då någon betydelse att det enligt fjärde punkten krävs att rättegångsfelet påverkat utgången? Man kan tänka sig ganska många situationer i vilka domstolen underlåtit officialprövning, men där detta varit betydelselöst för utgången. Om part underlåtit att åberopa "konkurrensfakta" i en avtalstvist och tappat målet är det fråga om rättegångsfel. Men säg t.ex. att avtalet är ett duplikat av ett gammalt standardavtal som anmälts till EG-kommissionen före den relevanta tidpunkten 1962 eller 1963, utan att föranleda något formellt beslut från kommissionens sida.[1347] I sådant fall är nationell domstol förhindrad att ogiltigförklara avtalet.[1348] När alltså klaganden för fram nya omständigheter som rättsligt kvalificerar avtalet som konkurrensbegränsande kan "klagosvaranden" anföra motfakta som visar att avtalet inte kan vara ogiltigt på konkurrensrättslig grund. Den bristande officialprövningen är då betydelselös för utgången; också om officialprövning hade företagits hade domstolen kommit fram till att avtalet inte kunnat ogiltigförklaras på grund av EG:s konkurrensregler. Likväl som "konkurrensfakta" bort uppmärksammas ex officio hade motfakta bort beaktats,[1349] och framförallt måste båda slagen av omständigheter läggas till grund för domstolens avgörande efter en eventuell återförvisning.

[1345] Se NJA 1989 s. 843, s. 845.
[1346] Se ovan not 1338.
[1347] Ang. dessa frågor, se ovan 3.6.
[1348] Se ovan 3.6.
[1349] Se ovan 7.3.2 och 8.3.

Det finns naturligtvis förutsättningar att denna situation uppstår närhelst konkurrensfrågan inte aktualiserats i processen och part, när frågan väl aktualiseras, kan anföra en mängd saksammanhang som dittills inte berörts. Framförallt kan läget uppkomma i de fall rättsmedelsinstansen finner att domstolen eller domstolarna i målet bort avvisa eller ex officio ogilla med hänvisning till att det varit fråga om ett konkurrensbegränsande avtal. Enligt vad som sagts ovan bör ju domstolarna anmoda och eventuellt förelägga parterna att utreda vissa saksammanhang och visa att deras avtal inte är konkurrensbegränsande och om inte domstolens uppfattning vederläggs bör talan avvisas eller ogillas ex officio. Om domstolen inte anmodat parterna att utreda saksammanhangen och förbisett konkurrensfrågan, kan det finnas "dolda" saksammanhang av betydelse för avtalets giltighet; sådana saksammanhang kan ha såväl positiv som negativ inverkan på bedömningen av frågan om giltighet.

Frågan rör egentligen i detta sammanhang hur stor vikt som ska ges åt domstolsdisciplin och förfarandeffektivitet å ena sidan respektive åt konkurrensreglernas realiserande i det särskilda fallet och processekonomiska överväganden å den andra sidan. RB 59:1 st. 1 p. 1 ger intryck av att det vid särskilt grova rättegångsfel är absolut obligatoriskt med undanröjande, oavsett om felet påverkat utgången eller om undanröjandet medför stor tidsåtgång och höga kostnader för parterna. Det kunde därför tänkas att underlåten officialprövning – när den tagit sig visst slag av oönskat uttryck som t.ex. att parter inte beretts tillfälle att uttala sig om konkurrensaspekten av deras avtal – borde föranleda undanröjande också när den bristande handläggningen varit betydelselös för målets utgång och/eller kan antas medföra att utgången blir densamma då målet prövas igen. Domstolen bör ju efter återförvisning beakta också relevanta "konkurrensrättsliga motfakta".[1350]

Welamson menar att ogillande[1351] av domvilloklagan på grund av att felet varit betydelselöst för utgången, knappast kan komma ifråga annat än då det finns positivt stöd för att anta att utgången skulle ha blivit densamma också utan felet.[1352] Detta borde innebära att klaganden inte måste *visa* att utgången skulle ha blivit en annan. Det framstår som rimligt. Men klagosvaranden kan ju inom ramen för själva

[1350] Jfr Ekelöf/Boman, Rättsmedlen s. 132, ang. förhållandena vid resning.
[1351] Observera att brister i rekvisitet giltig ursäkt, leder till *avvisning*, se RB 59:1 st. 2.
[1352] Welamson Rättegång VI s. 252.

rättsmedelsförfarandet anföra omständigheter som ger domstolen positivt stöd för att utgången skulle ha blivit densamma.[1353]

Enligt min mening bör dock inte domstolsdisciplinära skäl eller hänsyn till förfarandets effektivitet motivera korrigering av rättegångsfel när det saknar betydelse för konkurrensreglernas relevans i målet.[1354] För det första kan man anta att underlåten officialprövning ofta är hänförlig till situationer där domstolen inte gärna kunnat misstänka att det är fråga om ett konkurrensbegränsande avtal. I sådana situationer finns inget domstolsbeteende att disciplinera.

Vidare vore det märkligt att bortse från potentiella motfaktas materiella betydelse vid undanröjande när detta i det ordinära förfarandet skulle utgöra rättegångsfel. Även om rättsmedelsinstansen inte bör åläggas att bedriva officialprövning, vilket kunde föranleda att också dess beslut bleve föremål för ytterligare undanröjanden, skulle man få en ganska svår anomali mellan tillämpningen av domvilloreglerna inom det ordinära och det extraordinära förfarandet. Det uppkommer ändå en anomali såtillvida att domstol inom ramen för det ordinära förfarandet ska beakta alla omständigheter av konkurrensrättslig relevans, medan kraven på officialprövning inom det extraordinära förfarandet rimligen begränsas till beaktande av omständigheter som åberopas eller framgår av processmaterialet. Detta kan, som ovan sagts, motiveras av den extraordinära prövningens utformning och funktion. Men det är att gå för långt att frånkänna rättsmedelsinstansen möjlighet att beakta motfakta som har betydelse för bedömningen av avtalets konkurrensstridighet när det kan medföra att avgörandet försenas utan betydelse för innehållet i den slutliga regleringen av rättsförhållandet.[1355]

Viss betydelse måste dock tillskrivas den form som rättegångsfelet tagit sig. Innebär rättegångsfelet att en typiskt sett väsentlig rättssäkerhetsgaranti åsidosatts förefaller praxis ge stöd för att rättsmedelsinstansen inte behöver bekymra sig över hövan avseende utgången.[1356] Ett exempel på ett sådant åsidosättande vore att domstolen underlåter att beakta en omständighet trots att den framgår av processmaterialet och part för den på tal.

[1353] Se RB 59:3, 52:7 och 52:8 st. 1.

[1354] Jfr Welamson, Domvillobesvär s. 76.

[1355] Jfr Welamson, Domvillobesvär s. 76, samt Rättegång VI s. 123 ff. Jfr vidare RH 1990:71.

[1356] Jfr Welamson Rättegång VI s. 124 och s. 252.

I vad mån medger då 59:1 st. 1 p. 1 respektive p. 4 att rättsmedelsinstansen tar hänsyn till motfakta vid bedömningen av om en dom ska undanröjas på grund av underlåten officialprövning? Om vi först antar att konkurrensreglerna ses som *materiella bifallshinder* är det klart att motfakta, som inte ingått i processmaterialet, bör beaktas då rättsmedelsinstansen avgör om domen ska undanröjas. Som ovan sagts ska ju det grova rättegångsfelet kunna antas ha påverkat utgången i målet för att undanröjande ska komma ifråga. I den mån som klagosvaranden anför omständigheter som ger stöd för antagandet att utfallet inte skulle ha blivit annorlunda utan felet, bör därför domen inte undanröjas. För att veta om rättegångsfelet skulle ha haft betydelse för utgången bör alltså eventuella motfakta beaktas. Vidare måste man vid bedömningen av det praktiska värdet av ett eventuellt undanröjande beakta vilka motfakta som kan komma att anföras efter att målet återförvisats.[1357]

Men hur är det när konkurrensreglerna ses som *processhinder*? I sådant fall finns inget krav på att det grova rättegångsfelet ska ha påverkat målets utgång. Klaganden måste dock visa med någon grad av sannolikhet att det förelegat hinder för sakprövning. Ovan framhölls att gränsen mellan felaktig tillämpning i sak och tillämpning av processuella regler bör dras utifrån om domstolen beaktat "konkurrensfakta" i målet.[1358] Rimligen måste därför en processhindersbedömning inkludera också[1359] omständigheter som inte beaktats av domstolen. Inom ramen för "klagoförfarandet" måste det således vara möjligt för klaganden att anföra "nya omständigheter" och för motparten att anföra nya motfakta som är relevanta för bedömningen om processhinder förelegat då domstolen tog upp målet till sakprövning. I annat fall skulle domen undanröjas utan återförvisning[1360] och motparten skulle vara betagen möjligheten att överhuvud anföra sina motfakta.

[1357] Observera skillnaden i officialprövning som bör företas inom ramen för det extraordinära förfarandet vid jämförelse med inom det ordinära förfarandet. Rättsmedelsinstansen bör beakta motfakta som åberopas eller förs fram av motpart, men man kan inte rimligen kräva att omständigheter som är av relevans men hålls utanför prövningen ska beaktas.

[1358] Se ovan vid not 1296.

[1359] Observera skillnaden mellan p. 1 och p. 4. Så länge processhindersfrågan inte avskilts innebär felaktig tillämpning av konkurrensreglerna rättegångsfel om det medför att sakprövning tillåts när processhinder vid en korrekt bedömning är för handen. Se ovan vid not 1333. Om konkurrensreglerna ses som materiella bifallshinder bör man inte se som rättegångsfel att domstolen beaktat omständigheter, men givit dem en rättslig betydelse som står i strid med konkurrensreglerna. Se ovan vid not 1288.

[1360] Se 59:3 st. 3 ang. förhållandena då rätten inte borde tagit upp målet till prövning.

Motparten vore, efter vad jag förstår, tvungen att *ansöka om stämning* och, för det fall svaranden gör processhindersinvändning, anföra "motfakta" för att visa att det inte rör sig om ett konkurrensbegränsande avtal. Rimligen kan inte rättsmedelsinstansens konstaterande av processhinder i motiveringen till beslutet om undanröjande ha positiv eller negativ rättskraftsverkan med avseende på frågan om processhinder föreligger.[1361] Motfakta är alltså möjliga att anföra i en senare process, vilken i sig är möjlig på grund av undanröjandet.

Men det framstår som oekonomiskt, och faktiskt onödigt, att inte klagosvaranden redan inom ramen för domvilloförfarandet skulle kunna anföra motfakta som ger stöd för frånvaron av processhinder. Det är möjligt att frågan inte aktualiseras vid de flesta processhinder, på grund av att det i enskilda fall finns ett litet urval av motfakta. Men om konkurrensstridighet är att se som processhinder finns ett antal tänkbara angreppsmöjligheter för part som vill påvisa brister i något av rekvisiten i artikel 85 eller 86 i Romfördraget.

Det är således processekonomiskt fördelaktigt att motpart tillåts anföra motfakta och motbevisning inom ramen för klagoprocessen och kan hindra att en lagakraftvunnen dom undanröjs om det endast kan leda till att underrätten fastställer det slut som den redan kommit till. Däremot kan man kanske ifrågasätta om parterna har tillåtits tillvarata sina rättigheter i ett effektivt organiserat rättegångsförfarande. Visserligen framstår det som om de processekonomiska nackdelarna med återförvisning, som sedermera visar sig sakna materiell betydelse, överväger de eventuella domstolsdisciplinära vinsterna. Men klagoprocessen är inte utformad för att optimalt tillgodose parts möjligheter till bevisföring.[1362]

Mot bakgrund av EG-rättens krav på effektivt genomslag för konkurrensreglerna kan man påpeka att införandet av ett krav på officialprövning öppnar för jämförelsevis generösa möjligheter att få en dom som står i strid med konkurrensreglerna undanröjd. Genom att officialprövningen kan antas medföra ett krav på att domstolen ex officio beaktar alla konkurrensrättsligt relevanta omständigheter bortfaller i princip det kvalificerade rekvisitet att part ska ha haft giltig ursäkt att inte åberopa obeaktade omständigheter.

[1361] Jfr med situationen då överrätten inom ramen för det ordinära förfarandet uppmärksammar processhinder, undanröjer underrättens dom och *avvisar* talan. Jfr Welamson, Rättegång VI s. 119.

[1362] Jfr NJA 1975 s. 507. Se också Olivecrona, Ogiltigförklarande av förlikning s. 496.

Men konkurrensreglernas effektivitet och genomslag i det enskilda fallet motverkas av att *tidsfristerna* för anförande av domvilloklagan är sex månader. Detta gäller både då processhinder åsidosätts och vid "annat grovt rättegångsfel", varför konkurrensreglernas "indispositiva formalisering" saknar betydelse i just det avseendet. Just den tidsmässiga begränsningen av möjligheten att ifrågasätta den lagakraftvunna domen gör möjligheten till undanröjande till ett fördelaktigt alternativ i jämförelse med en begränsning av preklusionsreglerna.[1363] I detta fall blir möjligheten att angripa en lagakraftvunnen dom på grund av förändringar i praxis ganska små. Man undkommer därför att göra parternas inbördes relationer villkorade av den framtida utvecklingen av EG-rätten. Som framhållits ovan är detta en önskvärd begränsning av EG-rättens genomslag som kommit till uttryck i EG-domstolens praxis och som också bör anknytas till konkurrensreglernas tillämpning i den svenska civilprocessen. Part får ganska kort tid på sig, men ändå en chans att uppnå eventuella insikter om avtalets konkurrensrättsliga relevans.

9.3 Resning

9.3.1 Inledning

I den mån som en dom föregåtts av felaktig rättstillämpning, eller blivit materiellt oriktig till följd av att rättstillämpningen inte grundats på relevanta omständigheter eller bevisfakta, kan den bli föremål för resning. Dessa två resningsgrunder finns i 58:1 st. 1 p. 4 respektive p. 3 och är de som är av störst relevans för möjligheten att angripa domar som föregåtts av underlåten officialprövning.

Det bör påpekas att det har mindre betydelse för möjligheten att utverka resning i anledning av underlåten officialprövning om konkurrensreglerna ses som materiella bifallshinder eller processhinder. Under förutsättning att uppenbarhetsrekvisitet är uppfyllt, utgör felaktig rättstillämpning som manifesterats i ett avvisningsbeslut resningsgrund enligt fjärde punkten och 58:10. Detsamma gäller om talan ex officio ogillats efter en felaktig värdering av föreliggande omständigheters konkurrensrättsliga betydelse.[1364] Om däremot förbiseendet av

[1363] Jfr ovan 8.2.1.
[1364] Då enligt p. 4 allena.

en relevant omständighet föranleder att saken tas upp till prövning trots att den skulle ha avvisats – dvs. då officialprövning underlåtits – föreligger grund för resning enligt tredje punkten. Detsamma gäller om omständigheten skulle ha föranlett ogillande ex officio. Givetvis måste också här de kvalificerade förutsättningarna i tredje punkten och andra stycket vara uppfyllda. Alltså, dels kan grund för domvillobesvär och resning föreligga samtidigt, dels skiljer sig processhinder i domvillohänseende genom att sakna kvalificerade förutsättningar. Den senare skillnaden föreligger inte beträffande resning.

Skillnaden mellan underlåtet beaktande av processhinder respektive officialfaktum har endast betydelse med avseende på resning i det fall då domstolen felaktigt avvisat ex officio och part kan anföra "nya omständigheter" som inte prekluderats av avvisningsbeslutet.[1365] Eftersom i sådana lägen de "nya omständigheterna" inte nödvändigtvis blivit prekluderade av avvisningsbeslutet behöver de inte berättiga till resning. Istället föreligger möjlighet till sakprövning direkt, utan föregående resning.[1366] Detta undantag har diskuterats ovan i avsnitt 8.3.

9.3.2 Nya omständigheter och nya bevisfakta

Om vi först ser på "nya omständigheter och bevis" finns samma begränsning som vid klagan över domvilla i anledning av "annat grovt rättegångsfel". Part måste göra sannolikt att han inte kunnat åberopa omständigheten eller beviset inom ramen för det ordinära förfarandet eller att han eljest haft giltig ursäkt att inte åberopa.[1367] Liksom vid undanröjande kan det förefalla som att ursäktskravet inte är tillämpligt när domstolen har att ex officio beakta omständigheter.[1368] När EG:s konkurrensregler utgör indispositiva moment ankommer det inte på parterna att sörja för utredningen i målet. Och konkurrensreglernas indispositivitet är inte motiverad av hänsyn till part. Därför kan det verka märkligt att villkora beaktandet av relevanta omständigheter med att part kunde ha åberopat dem.[1369] Men i den fortsatta framställningen stannar jag för att kravet på giltig ursäkt

[1365] Se ovan 8.3.2 och 8.3.3.
[1366] Se nedan vid not 1370.
[1367] Se 58:1 st. 2.
[1368] Jfr ovan vid not 1340.
[1369] Jfr Cars s. 151 s. 175 f.

vid resning på grund av nya omständigheter eller bevis, till skillnad från kravets tillämpning vid domvilla, bör upprätthållas.

En förutsättning för att nya omständigheter ska utgöra resningsgrund är att de i princip ska ha prekluderats genom domen.[1370] I den mån som part utan hinder av domens rättskraftsverkan kan åberopa omständigheterna inom ramen för ny talan finns ju inget behov av resning.[1371] Man bör observera att detta krav kan få olika betydelse beroende på vilken rättskraftslära som tillämpas. Säg att talan om fastställelse av avtals ogiltighet på grunden svek har ogillats. Enligt *Ekelöfs* rättskraftslära prekluderas genom domen också "konkurrensrättslig ogiltighet", men antagligen inte alltid enligt *Olivecronas* lära.[1372] Med utgångspunkt i den senare läran skulle alltså bristande officialprövning visserligen utgöra ett grovt rättegångsfel och kunna föranleda undanröjande, men resning skulle inte beviljas om de "nya omständigheterna" inte drabbats av domens rättskraft. Å andra sidan vore part fri att väcka en ny negativ fastställelsetalan på den konkurrensrättsliga grunden.[1373]

Som ovan framhållits bör dock Ekelöfs rättskraftslära tillämpas då det är fråga om konkurrensrättsliga anspråk och även generellt ifråga om anspråk stödda på EG-rättsliga regler. En mer vidsträckt preklusionsverkan främjar säkerhet i rättslivet framförallt genom att motverka att parternas rättsliga relationer villkoras av EG-rättens framtida utveckling.[1374] Det förefaller därför rimligt att hänvisa part att söka få ogiltighetsdomen undanröjd eller ansöka om resning i målet i de fall en alternativ konkurrensrättslig grund inte beaktats trots att den bort beaktats.[1375]

[1370] Se Cars s. 154. Se dock ovan vid not 1221. Se också NJA 1972 s. 181, NJA 1966 s. 325. Jfr dock NJA 1981 s. 496, m.hvsn.t. NJA 1973 C 28 och C 240, i vilket den speciella verkan av en negativ fastställelsedom avseende faderskap ansågs göra en tidigare dom om underhållsbidrag verkningslös och inte berättiga till vare sig ny talan om underhållsbidrag eller resning av den lagakraftvunna, men verkningslösa, underhållsdomen. Se också strax nedan vid not 1384. Särskilda förhållanden gäller också beträffande betydelsen av förlikningsavtals ogiltighet för en tidigare stadfästelsedom, se ovan 8.2.3.

[1371] Jfr 58:1, vars krav på att domen ska vara lagakraftvunnen visserligen avser den dom som angrips och inte omständigheter som ligger till grund för den; om man anser att vissa nya omständigheter undkommer domens preklusionsverkan finns dock ingen anledning att acceptera resning. Jfr förhållandena vid stadfästelsedom, se ovan not 1370.

[1372] Se ovan 8.2.1.

[1373] Se ovan 8.3.2.

[1374] Se ovan 8.2.1.

[1375] Se också ovan vid not 1296.

Men också enligt Ekelöfs rättskraftslära undkommer *efterföljande* omständigheter en ogiltighetsdoms prekluderande verkan.[1376] Ett exempel på efterföljande omständigheter är att vinnande part genom "civilrättsligt" medgivande framhåller att det i domen fastslagna avtalet inte ska gälla mellan parterna.[1377] Ett annat exempel är att vinnande part utnyttjar den ogillande domen på sådant sätt att avtalet framstår som oskäligt enligt 36 § avtalslagen.[1378] Ett tredje exempel kan utgöras av att en konkurrensrättslig aspekt av avtalet aktualiserats först efter den första processen. Vinnande part kan t.ex. hävda att avtalet ger honom rätt att utöva påtryckningar mot andra avtalsparter att inte sälja produkter till motparten.[1379] Detta innebär att omständigheter som inträffat efter målets överlämnande till dom[1380] inte kan föranleda resning, men väl att att ny talan väcks utan hinder av den tidigare domens rättskraft.

Efterföljande ändring eller upphävande av rättsligt avgörande som är prejudicerande för den ifrågasatta domen ses dock som en "ny omständighet".[1381] Ett tidigare avgörande kan ha legat till grund för den ifrågasatta domen antingen på grund av materiella regler[1382] eller på grund av dess rättskraftsverkan.[1383] Ett exempel är att en fastställelsedom avseende avtals giltighet lagts till grund för en senare talan om fullgörelse eller skadestånd enligt avtalet. Ändring av fastställelsedomen borde utgöra "ny omständighet" och resningsgrund med avseende på fullgörelsedomen.[1384]

Detsamma förefaller gälla om en för domen prejudicerande fråga

[1376] Se Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 124 ff.

[1377] Jfr ovan vid not 1190 samt 8.3.2.

[1378] Jfr Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 125, som använder exemplet att en senare inträffad omständighet medför att köpeavtal slutits under bristande förutsättningar.

[1379] Se Cars s. 169 och s. 155 not 155.

[1380] Ang. den relevanta tidpunkten se Ekelöf, Rättegång III s. 104, not 89; Cars s. 155 not 155, jfr s. 169 not 231; Lindell, Preklusion s. 74; Lindblom, Processhinder s. 126 f., i och vid not 7.

[1381] PLB s. 573; Welamson, Rättegång VI s. 221; Cars s. 157 f.

[1382] Jfr faderskapsfrågans betydelse i mål om underhållsskyldighet, jfr ovan not 1370. Se också 58:9 ang. resningsförutsättningarna för skadeståndsmål som handlagts tillsammans med brottmål.

[1383] Welamson, Rättegång VI s. 221 och Cars s. 157 f.

[1384] Under vissa förhållanden kan dock fullgörelsedomen stå fast oberoende av fastställelsedomen, ja, fullgörelsedom kan t.o.m. avgöra prejudiciella rättsförhållanden. Jfr t.ex. NJA 1986 s. 187 och RH 1997:75 ang. verkan av avgöranden av hyresnämnder för efterföljande civilprocess samt NJA 1993 s. 645, ang. verkan av förvaltningsmyndighets beslut med avseende på efterföljande civilprocessuell talan enligt miljöskyddslagen. Jfr också

blivit föremål för dom först efter det ifrågasatta avgörandet.[1385] Om alltså ett yrkande om fullgörelse av avtal bifallits och därefter talan om avtalets ogiltighet bifallits, utgör den senare domen en ny omständighet och grund för resning av den tidigare fullgörelsedomen.[1386]

Det kan förefalla inkonsekvent att dom över ett prejudiciellt rättsförhållande ska ses som "ny omständighet" och föranleda resning. Det vitala momentet i en ny dom över det prejudiciella rättsförhållandet inträffar givetvis i tiden efter den ifrågasatta domen. Visserligen kan inte en senare dom över ett prejudiciellt rättsförhållande *i sig* ses som ett *factum superveniens* och därför bör en efterföljande dom heller inte motivera att ny talan i samma sak väcks. Men det vore mer naturligt att frånkänna en efterföljande dom över ett prejudiciellt rättsförhållande självständig betydelse också som *ny omständighet*. Det vore systemkonsekvent att istället tillmäta eventuella *nya omständigheter* och *bevisfakta*, som förekommit i det efterföljande målet, betydelse i resningsmålet oberoende av själva domen över det prejudiciella rättsförhållandet och med samma begränsningar som gäller för andra nya omständigheter och bevis av betydelse för den lagakraftvunna saken.[1387]

De lege lata förefaller det dock som om just efterföljande domar över prejudiciella frågor kan ha särskild betydelse vid resningsbedömningen.[1388] Det är möjligt att detta kan motiveras av en strävan efter koherenta avgöranden av samma frågor, vilket är ägnat att underblåsa allmänhetens tilltro till rättsskipningen och rättsväsendet. Mot detta kan då invändas att, som ovan påpekats, domens orubblighet är särskilt viktig då den är materiellt oriktig och att detta är en anledning till att resningsgrunderna är såpass snålt formulerade som de är.

Enligt min uppfattning finns heller inte skäl att frångå resningsförutsättningarna i de fall då det, som här, framstår som särskilt tydligt

---

situationen då en svensk domstols bedömning av ett avtals giltighet utgår ifrån ett kommissionsbeslut som överklagas och ändras av Förstainstansdomstolen eller EG-domstolen; jfr ovan 3.4 och 3.5. På familjerättens område kan, tvärtom, en efterföljande fastställelsedom göra en tidigare fullgörelsedom verkningslös och därmed vara utesluten som resningsgrund, se Höglund s. 555 och NJA 1981 s. 496.

[1385] Se Cars s. 159.

[1386] I det följande används av framställningstekniska skäl uttrycket "efterföljande dom" med avseende också på efterföljande ändring, eller upphävande, av dom som ligger till grund för den ifrågasatta domen.

[1387] Se också ovan 8.3.3.

[1388] Jfr Ekelöf/Boman, Rättsmedlen s. 134.

att åtminstone en dom måste vara materiellt oriktig. Att hävda att resultatet av rättstillämpningen blir särskilt stötande i dessa fall är detsamma som att inte vilja acceptera, eller ta ansvaret för, rättssystemet i de fall dess obehagliga konsekvenser blir tydliga. Och ett processystem som, också beträffande indispositiva moment, ytterst och i praktiken bygger på parts initiativ och aktivitet samt eftersträvar auktoritativa avgöranden och stabilitet i den privatekonomiska samfärdseln, ger visst utrymme för motstridiga avgöranden. Det är en sak att lämna utrymme för resning när domens innehåll med ganska stor säkerhet kan sägas vara felaktig. En annan sak är att tillåta resning av någon av två i sig materiellt acceptabla domar enbart för att de är motstridiga. Men de lege lata är det svårt att bortse ifrån att en efterföljande dom i praxis tillmäts betydelse i resningshänseende.

Man frågar sig då vilket samband som krävs mellan det efterföljande avgörandet och den ifrågasatta domen. Först kan påpekas att det väl rimligen måste krävas att det rättsförhållande som är föremål för det efterföljande avgörandet genom den tidigare domen prekluderats såsom grund för det yrkande som gjorts till föremål för den tidigare domen. Detta kan behöva exemplifieras. Säg således att i en första dom talan om skadestånd på grund av avtalsbrott bifallits. Därefter väcker motpart talan om fastställelse av avtalets ogiltighet och åberopar artikel 85(1) i Romfördraget. Den senare talan bifalls. Om nu svaranden i den första processen inte gjort gällande den konkurrensrättsliga grunden som invändning är det enligt *Larssons* synsätt möjligt att han/hon oberoende av den första domen skulle kunna väcka negativ fastställelsetalan om *skadeståndsskyldigheten*. Den konkurrensrättsliga grunden har inte prekluderats med avseende på skadeståndsskyldigheten trots att den senare blivit föremål för lagakraftvunnen dom.

Med en sådan utgångspunkt skulle en fastställelsedom över avtalets ogiltighet inte kunna föranleda resning av skadeståndsfrågan – fastställelsedomen avser ett rättsförhållande vars rättsliga betydelse för skadeståndsfrågan inte prekluderats genom skadeståndsdomen. Istället kan då parten, utan resning och oberoende av skadeståndsdomen, väcka negativ fastställelsetalan avseende skadeståndsskyldigheten och då åberopa fastställelsedomen avseende kontraktets ogiltighet.[1389]

[1389] Här bör observeras att en liberal rättskällelära, förutom problemet att särskilja prekluderade från icke prekluderade grunder vid en resningsbedömning, medför en ökad risk för motstridiga avgöranden. Part kan få bifall till en talan om avtals ogiltighet på konkurrensrättslig grund efter att ha fått ogiltighetstalan på grund av svek ogillad, men utan att den

Detta krav på preklusion är dock oproblematiskt om Ekelöfs rättskällelära tillämpas, eftersom en dom över visst yrkande prekluderar betydelsen av alla rättsfakta, och däribland eventuella prejudiciella rättsförhållanden, med avseende på den rättsföljd som korresponderar med yrkandet.[1390]

När ett efterföljande avgörande utgör ny omständighet och resningsgrund har väl i allmänhet frågan prejudicerande verkan i förhållande till den rättsliga relation som är avgjord genom lagakraftvunnen dom. De exempel som ovan givits utgår ifrån detta. En bifallen fastställelsetalan avseende avtals ogiltighet ska ha avgjort frågan om avtalets giltighet prejudicerande för ogiltighetens betydelse för de övriga rättsföljder och frågor som kan göras gällande i anledning av avtalet.

Men hur är det i de fall då en efterföljande dom endast har bevisverkan i förhållande till den lagakraftvunna domen? Man kan t.ex. som ovan sagts tänka sig att x i en första dom förpliktas att betala skadestånd för att i strid med en konkurrensklausul ha sålt varor inom ett visst område. I en andra process ogillas ett yrkande om skadestånd grundat på att x återigen sålt varor till området, nu efter att x invänt att konkurrensklausulen är konkurrensbegränsande. Ogiltighetsfrågans bedömning i en skadeståndsprocess är inte *prejudicerande* för ogiltighetsfrågans betydelse för x:s skadeståndsskyldighet i en efterföljande process.[1391] Däremot borde avgörandet av ogiltighetsfrågan inom ramen för en skadeståndsprocess ha *bevisverkan* för bedömningen av ogiltighetsfrågan i en efterföljande skadeståndsprocess.[1392]

Det förefaller motsägelsefullt att begränsa en efterföljande doms betydelse som resningsgrund till de fall då den efterföljande domen avser en fråga som är prejudicerande för det rättsförhållande som regleras genom den lagakraftvunna domen. Nytt bevisfaktum som sannolikt skulle ha lett till annan utgång är resningsgrund enligt tredje punkten. Därför bör också en efterföljande dom som enbart har bevisverkan i

---

sist nämnda domen kan angripas genom resning. Man får alltså två lagakraftvunna och orubbliga domar som står i strid med varann.

[1390] Se dock ovan vid not 1238 ang. utrymmet för att använda en efterföljande fastställelsedom för att undanröja ett lagakraftvunnet *avvisningsbeslut*.

[1391] Se ovan 8.2.2 samt 5.2.

[1392] Se ovan 8.2.2. Se också t.ex. Olivecrona, Domen s. 170. Bevisvärdet torde dock bli ganska begränsat om svaranden i den andra processen anför motfakta efter att inte ha ifrågasatt eller kanske vitsordat avtalets giltighet i den första processen.

förhållande till den lagakraftvunna domen utgöra resningsgrund, om det är sannolikt att den skulle ha medfört en annan utgång.[1393]

Welamson menar att efterföljande domar som resningsgrund öppnar för möjligheter att kringgå "uppenbarhetsrekvisitet" vid felaktig rättstillämpning och förbudet mot resning på grund av felaktig bevisvärdering.[1394] Om samma fråga bedömts olika i flera processer på grundval av samma processmaterial skulle ett erkännande av den efterföljande domen som resningsgrund medföra att part kunde ifrågasätta den rättstillämpning och bevisvärdering som ligger till grund för den tidigare domen.

Detta verkar rimligt också då det är fråga om underlåten officialtillämpning av EG:s konkurrensregler. En fastställelsetalan avseende ett avtals konkurrensrättsliga ogiltighet kan alltså medföra resning av en tidigare dom avseende fullgörelse av en avtalsenlig och konkurrensstridig förpliktelse. Men detta skulle alltså förutsätta att processmaterialet som domstolen grundar sin bedömning på i det andra målet innehåller antingen "annan omständighet" eller "annat bevisfaktum" jämfört med en eventuell tidigare bedömning av konkurrensfrågan, då som prejudiciell i förhållande till den yrkade fullgörelsen.

Är processmaterialet identiskt får man anta att part är missnöjd med domstolens bevisvärdering eller rättstillämpning i fullgörelsemålet. Part bör därför vara hänvisad till att hävda uppenbart felaktig rättstillämpning enligt fjärde punkten om processmaterialet är identiskt. I sådant fall kan förstås den efterföljande fastställelsedomen användas som ett rättsligt *argument*.

Detsamma borde gälla då den efterföljande domen endast har bevisverkan i förhållande till den ifrågasatta domen. I det fall process-

[1393] Cars s. 158 f., menar att en efterföljande dom med endast bevisverkan i förhållande till den lagakraftvunna inte ska föranleda resning enligt p. 3, eftersom en sådan dom utgör ett bevisfaktum "som avser endast det sista ledet i beviskedjan, bevisvärderingen". Han påpekar dock att de omständigheter eller bevisfakta som föranlett en annan bedömning av samma fråga i process nummer två kan föranleda resning av den första domen. Mot detta kan man invända att p. 3 tar sikte på omständigheter och bevisfakta som är nya i förhållande till de som lagts till grund för den ifrågasatta domen. Om det ska vara någon mening med resning måste väl detta implicera att rättsmedelsinstansen måste bedöma om den nya omständigheten eller det nya bevismedlet har betydelse vid rättstillämpning eller bevisvärdering, ja om nya omständigheter eller bevisfakta sannolikt skulle medfört en annan bedömning, se Welamson, Rättegång VI s. 226. Förbudet mot resning på grund av felaktig bevisvärdering och de kvalificerade förutsättningarna för resning vid felaktig rättstillämpning, gäller väl endast omvärdering av det tidigare materialets rättsliga betydelse, ej den betydelse det får tillsammans med nya omständigheter och bevis.

[1394] Welamson, Rättegång VI s. 221 f.

materialet i de båda processerna är identiskt bör part vara hänvisad till fjärde punkten. Men i de fall "annan bevisning" eller "annan omständighet" anförts i den förra processen bör domen föranleda resning om det är sannolikt att domen skulle ha medfört en annan utgång. Däremot är det väl de lege lata tveksamt om man bör ställa kravet så att det nya i den efterföljande processen i sig sannolikt lett till en annan utgång i det ifrågasatta målet. Som ovan framhållits bör bedömningen av om domstol fullgjort officialprövning utgå ifrån om domstolen beaktat konkurrensrättsligt relevanta omständigheter uttryckligen i domskälen.[1395] Detta borde vara en rimlig utgångspunkt också för bedömningen om t.ex. frågan om ett avtals giltighet avgjorts mot bakgrund av "samma omständigheter och bevisning".

Genom att begränsa parts möjligheter att utan anförande av nya omständigheter få resning på grund av felaktig officialprövning, hindrar man alltså att förbudet mot felaktig bevisvärdering som resningsgrund och att "uppenbarhetsrekvisitet" i fjärde punkten kringgås. När officialprövning verkligen företagits, men på ett felaktigt sätt, finns det inte samma behov av ändring i efterhand som när konkurrensrättsliga aspekter av ett avtal helt försummats. I de fall avtalet genom grov felbedömning hållits för giltigt finns ganska goda möjligheter till resning.

Men att jämställa efterföljande domar med nya omständigheter och bevisfakta medför också att 58:1st 2 kringgås. Om en omständighet kunnat åberopas som motfaktum gentemot ett fullgörelseyrkande är part i rena dispositiva tvistemål förhindrad att lägga den till grund för ansökan om resning enligt 58:1 st. 1 p. 3. När part åberopar omständigheten inom ramen för en efterföljande negativ fastställelsetalan och omständigheten föranleder bifall till talan kommer omständigheten indirekt att föranleda resning av fullgörelsemålet. Detta innebär att part utan giltig ursäkt för att inte åberopa en relevant omständighet kan utnyttja möjligheten till efterföljande fastställelsetalan för att utverka resning.

Resningsgrunden nya omständigheter eller bevisfakta överlappar domvillogrunden "annat grovt rättegångsfel" vid officialprövning; samtidigt som det utgör rättegångsfel att domstolen inte beaktat en relevant omständighet, oavsett ursäktlighet, konstituerar omständigheten grund för resning. De båda aktuella rättsmedelsgrunderna har också rekvisitet giltig ursäkt gemensamt. Eftersom jag ovan framhållit

[1395] Se ovan 9.2.1.

att detta rekvisit vid tillämpning av domvilloreglerna bör tolkas generöst, kan det framstå som rimligt att rekvisitet gavs liten relevans också när en resningsgrundande ny omständighet har undsluppit domstolens officialprövning.

I den mån som konkurrensreglerna ses som indispositiva moment skulle det därför inte finnas någon anledning att hindra ett kringgående av ursäktsrekvisitet på det sätt som ovan berörts. Däremot finns givetvis anledning att notera problemet vid tillämpning av EG:s konkurrensregler i rent dispositiva mål, liksom i sådana mål i allmänhet.[1396]

Men det finns ett skäl mot att tillämpa ursäktsrekvisitet generöst just vid resning på grund av nya omständigheter också när det är fråga om officialtillämning av EG-regler. Den generösa tillämpningen av rekvisitet vid annat grovt rättegångsfel på grund av domvilla framstår som motiverad mot bakgrund av den definitiva tidsfristen på sex månader från det att domen vunnit laga kraft. Vid nya omständigheter som resningsgrund enligt 58:1 st. 1 p. 3 är den motsvarande tidsfristen ett år från det att "sökanden fick kännedom om det förhållande som ansökningen grundas på". Här finns alltså ingen definitiv frist.

Det innebär, under förutsättning att rekvisitet giltig ursäkt tillämpas liberalt, att t.ex. efterkommande undersökningar av EG-kommissionen av den aktuella relevanta marknaden kan åberopas i efterhand och föranleda resning.[1397] Ja, part kunde t.o.m. efter att ha förlorat processen och domen vunnit laga kraft och t.ex. vissa omständigheters relevans för konkurrensstridighetsbedömningen åskådliggjorts av EG-domstolen i efterföljande praxis, själv ta fram ny bevisning, ansöka om resning och i slutändan vinna målet.

Enligt min uppfattning skulle en sådan tillämpning av resningsreglerna göra alltför stort våld på processens terminatoriska ändamål i detta sammanhang. Därför, menar jag, bör tillämpningen av ursäktsrekvisitet vara sträng vid ansökan om resning på grund av nya omständigheter eller bevisfakta, och kravet på (bristande) kännedom i fristregeln tillämpas hårt. I den mån part rimligen t.ex. kunnat föranstalta om en marknadsundersökning själv inom processens ram, bör parten inte kunna komma igen i efterhand efter kanske lång tid. I de flesta fall kan ju part ändå falla tillbaka på en generös tillämpning av

[1396] Ang. tillämpningen av ursäktsrekvisitet i dispositiva mål med EG-rättslig anknytning, bl.a. konkurrensrättslig sådan, se nedan 10.3 och 10.4.
[1397] Se t.ex. Ekelöf/Boman, Rättsmedlen s. 132.

ursäktsrekvisitet inom ramen för domvilloklagoförfarandet och inom den definitiva tidsfrist som är anknutet till detta.

Det bör dock betonas att en hård tillämpning av ursäktsrekvisitet och kravet på bristande kännedom vid resning enligt p. 3, medför att ursäktsrekvisitet tillämpas annorlunda i jämförelse med den rekommenderade tillämpningen av ursäktsrekvisitet vid annat grovt rättegångsfel. Visserligen är det insett och accepterat att ursäktsrekvisitet har olika betydelse på olika ställen i rättegångsbalken,[1398] men en differentierad tillämpning är inte eftersträvansvärd.[1399] På grund av att tidsfristen för anförande av nya omständigheter inte är definitiv som vid annat grovt rättegångsfel måste dock slutsatsen bli att ursäktsrekvisitet bör tillämpas differentierat.

Ett särskilt fall utgör vidare det där domstol efter att ha anmodat parterna att komplettera utredningen och därefter avvisat eller ogillat när domstolens bedömning av avtalet som klart konkurrensbegränsande inte vederlagts. I sådana situationer bör ett sedvanligt krav på giltig ursäkt upprätthållas för nya omständigheter och bevis.[1400] Ses det indispositiva momentet som ett materiellt bifallshinder kan kravet på giltig ursäkt kringgås om en efterföljande dom ses som en ny omständighet. Det kan kanske motivera att den efterföljande domens "resningskapacitet" bedöms i ljuset av om part i den första processen haft skäl att inte förebringa senare anförda omständigheter och bevis.

Ses det indispositiva momentet som ett processhinder så kan "nya omständigheter" genombryta avvisningsbeslutets rättskraft.[1401] En efterföljande dom utgör ny omständighet, antagligen beroende på om den bygger på nya omständigheter eller nya bevis. Mot bakgrund av den uppfattning som framförts ovan bör dock inte en ny dom föranleda undanröjande av processhinder materialiserat i ett avvisningsbeslut när det enda nya i målet varit ny rättslig argumentation. Det syns inte finnas skäl till att tillämpa regeln om avvisningsbeslutets preklusionsverkan mildare än resningsförutsättningarna skulle ha tillämpats, för det fall den efterföljande domen prekluderats med avseende på det avvisade yrkandet. Hur som helst, i den mån domen inte prekluderas med avseende på avvisningsbeslutet kan den inte utgöra resningsgrund

[1398] Fitger 55:26, 58:26 samt 59:17; NJA 1989 s. 843.

[1399] Dock framhåller t.ex. också Fitger 59:17, att ursäktsrekvisitet bör tillämpas jämförelsevis liberalt vid domvilla, och det generellt.

[1400] Ang. avvisningsbeslutets rättskraft, se utförligare ovan 8.3.

[1401] Se ovan vid not 1222.

enligt 58:1 st. 1 p. 3[1402] och det finns av *den* anledningen inte skäl att upprätthålla ett krav på giltig ursäkt.[1403]

9.3.3 Felaktig rättstillämpning

Denna resningsgrund aktualiseras då domstolen förbisett eller uppenbart feltolkat en gällande lagbestämmelse, men den är inte tillämplig vid fall av felaktig bevisvärdering. Resningsgrunden är relevant när felaktig tillämpning har kommit till uttryck i dom eller beslut.[1404] Detta innebär att det inte spelar någon roll för resningsfrågan om konkurrensreglerna ses som processhinder eller materiella bifallshinder. Också i de fall domstolen ex officio bort avvisa men underlåtit att göra det kan det vara fråga om felaktig rättstillämpning.[1405]

För att bedöma i vilka fall resning kan komma ifråga är det viktigt att göra klart innebörden av *rättstillämpning* i sammanhanget. Domstolen ägnar sig åt rättstillämpning i sak när den i det konkreta fallet bestämmer åberopade och bevisade omständigheters betydelse med avseende på det som yrkats i sak i målet.[1406] För att avgöra om rättstillämpningen är felaktig utgår man ifrån de omständigheter som domstolen lagt till grund för bedömningen, innehållet i gällande rätt i det aktuella avseendet och prövar om den rättsliga värderingen av omständigheternas relevans för yrkandet är korrekt.

Det bör påpekas att en korrekt rättstillämpning inte nödvändigtvis medför att domen är materiellt riktig. Part kan ju försumma att åberopa omständigheter som hade varit relevanta för yrkandet; part kan medge, vitsorda etc. Om part finner att ett medgivande framkallats genom svek kan det inte komma ifråga att åberopa resningsgrunden i fjärde punkten, utan tredje punkten. Sveket måste ses som en ny omständighet som förtar betydelsen av det rättsfaktum (medgivandet) som lagts till grund för domen.[1407] Man kan kanske teoretiskt skilja mellan tredje punkten och fjärde punkten på det sättet att den förra bestämmelsen tar sikte på situationer där domen fått ett materiellt

[1402] Se ovan vid not 1390.

[1403] Frågan om vilka omständigheter som kan undslippa avvisningsbeslutets rättskraft har diskuterats, men knappast besvarats, ovan i avsnitt 8.3.3.

[1404] Se 58:1 st. 1 p. 4 och 58:10.

[1405] Se ovan 9.2.2.

[1406] Jfr ovan 9.1.2.

[1407] Jfr Welamson, Domvillobesvär s. 231 not 85 ang. verkan av att tredje man mot parts medgivande anför ny omständighet.

oriktigt innehåll (på grund av att vissa omständigheter eller bevisfakta undanhållits domstolens rättsliga bedömning), medan fjärde punkten tar sikte på (enbart) de situationer då domstolen gör en felaktig rättslig bedömning av de föreliggande omständigheternas relevans för yrkandet. Man kan vidare notera att felaktig rättstillämpning också kan leda till *materiellt riktiga* avgöranden.[1408]

Mot bakgrund av detta kunde man kanske säga att domstols förbiseende av relevanta *konkurrensfakta* kan föranleda resning enligt tredje punkten, medan förbiseende eller felaktig tillämpning av *konkurrensreglerna* kan utgöra resningsgrund enligt fjärde punkten.[1409] Har domstolen beaktat alla konkurrensrättsligt relevanta omständigheter men givit dem en felaktig rättslig betydelse är det uteslutet med resning enligt tredje punkten.[1410] Även om detta är en lämplig utgångspunkt verkar den inte hålla alltigenom. Vad blir konsekvensen om domstolen i helt dispositiva tvistemål *på grund av* att den förbiser en rättslig kvalificering underlåter att, på ett korrekt sätt, beakta en åberopad omständighet?[1411] Ja, rättsläget är inte helt klart.[1412]

Det förefaller dock som att skillnaden mellan de två resningsgrunderna talar för att fjärde punkten ska vara tillämplig på den diskuterade situationen. Tredje punkten syftar till att korrigera avgörandets

[1408] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 159. En intressant fråga är om de i sådant fall ska föranleda resning; enligt p. 4 finns inget krav på att felaktigheten ska ha påverkat utgången i målet och även om så funnes vore en sådan bedömning beroende av förutsättningarna i målet inte den "materiella sanningen". Frågan är därför om rättsmedelsinstansen ska bevilja resning i fall när det kan framstå som klart att domslutet kommer att fastställas efter ny prövning, men på annan grund.

[1409] Jfr situationen i brottmål, se Welamson, Rättskraft s. 179 och s. 183 f., där det inte finns möjlighet till resning till men för tilltalad på grund av uppenbart felaktig rättstillämpning. En liknande distinktion finns mellan "nya bevis" enligt p. 3 och felaktig bevisvärdering som inte kan utgöra resningsgrund, se Ekelöf/Boman, Rättsmedlen s. 120 ff.

[1410] Det kan heller inte vara fråga om grovt rättegångsfel, se ovan vid not 1298.

[1411] Säg t.ex. att käranden i NJA 1989 s. 614, se ovan 7.4 åberopat omständigheter som lämnats obeaktade av underrätterna eftersom dessa endast prövat talan utifrån förutsättningsläran och 36 § avtalslagen, men att omständigheterna haft betydelse vid en prövning av yrkandet enligt "allmänna kontraktsrättsliga grundsatser" (en sådan prövning utföll negativt i HD). Som sagts ovan kan man i sådana situationer argumentera för att de lägre instansernas domar ska undanröjas åtminstone om det är fråga om indispositiva moment; det måste vara mycket svårt att avgöra om en korrektion av HD innebär väsentlig olägenhet mot bakgrund av att det kan vara svårt att utröna vilka omständigheter som förelegat i målet och om de skulle kunna föranleda att den introducerade rättsgrunden kan få en annan betydelse vid prövningen av yrkandet. I detta sammanhang bör man dock fråga sig om förbiseendet av omständigheten är att se som felaktig rättstillämpning mot bakgrund av att förbiseendet beror på att domstolen missat att beakta en rättslig regel.

[1412] Cars s. 184 not 315.

materiella innehåll bl.a. när det blivit felaktigt till följd av att part, i dispositiva mål ursäktligt, underlåtit att ta ett initiativ som ankommer på honom och som är nödvändigt för att avgörandet ska bli materiellt riktigt. Fjärde punkten syftar däremot till korrektion av uppenbart felaktig tillämpning i sak. Av detta lagrum täcks inte situationer när domen blivit oriktig till följd av felaktiga eller underlåtna partsdispositioner. Det kan tilläggas att fjärde punkten inte heller fångar in underlåtenhet eller misstag som avser tillämpningen av processuella regler.[1413]

Följaktligen bör antagligen felaktigheter i avgörandet som *inte* är hänförliga till partsdispositioner *inte* bli föremål för resning enligt tredje punkten. Istället måste situationen där domstolen till följd av förbiseende av tillämplig regel bortser från relevanta omständigheter, ses som dels ett grovt rättegångsfel,[1414] dels som felaktig rättstillämpning[1415].

Hur ställer sig detta när det är fråga om en omständighet som domstolen haft att beakta oberoende av åberopande? Ja, det förefaller rimligt att bedöma om domstolen förbisett konkurrensreglerna eller tillämpat dem felaktigt mot bakgrund av de omständigheter som ingått i processmaterialet och som domstolen kunnat och bort lägga till grund för domen och detta oberoende av åberopande. Men varför stanna där? Borde inte också omständigheter som förelegat utan att ingå i processmaterialet ingå i underlaget för bedömningen om domen har föregåtts av felaktig rättstillämpning?

Nej, det förefaller ligga i konceptet felaktig rättstillämpning att domstolen ska ha gjort en felaktig värdering av de omständigheter som den faktiskt värderat eller som den kunnat värdera. Det är i och för sig intressant om den felaktiga värderingen också eller inte tagit sig uttryck i ett handläggningsfel, men som ovan sagts anses inte felaktig rättstillämpning som ett handläggningsfel.[1416]

Det verkar därför å ena sidan vara att dra domstolens skyldighet att tillämpa rättsregler för långt att göra skyldigheten till en handlägg-

[1413] Se ovan 9.1.2.

[1414] Se ovan vid not 1297. Rättegångsfelet består i att domstolen underlåtit att lägga en omständighet till grund för sitt avgörande. Som ovan framhållits bör det anses som grovt rättegångsfel redan att domstolen visserligen beaktat omständigheten, men inte dess relevans enligt en alternativ konkurrensrättslig kvalificering.

[1415] Man får alltså se det som domstolen genom att förbise eller feltolka en lagregel företagit felaktig tillämpning av rättsregeln, vilket fått till konsekvens att inte omständigheten tillmätts relevans och inte lagts till grund för avgörandet.

[1416] Se ovan 9.1.2.

ningsnorm.[1417] Å andra sidan verkar det vara att dra kraven på materiell korrekthet för långt att kräva att allt annat än "materiellt riktiga" domar ska anses som resultatet av felaktig rättstillämpning, vilket skulle vara konsekvensen i fall där domstolarna är skyldiga att beakta alla föreliggande omständigheter av konkurrensrättslig relevans. Utgångspunkten för bedömningen av om domstolen ägnat sig åt felaktig rättstillämpning bör därför vara de omständigheter som domstolen utifrån processmaterialet kunnat beakta då den avgjort målet. Det innebär att part i vissa fall kan ha valrätt mellan undanröjande på grund av domvilla och resning enligt fjärde punkten.[1418]

Kravet på att den felaktigt åsidosatta eller tillämpade rättsliga materian ska vara "lag" kan inte upprätthållas när det är fråga om EG-rättsliga regler vars innehåll till stor del bestäms av EG-domstolens och EG-kommissionens praxis. Lag ska visserligen inte förstås i ordets statsrättsliga betydelse.[1419] Men möjligen finns ett krav på att skriven författning ska ha åsidosatts, även om det finns ett par exempel på att HD beviljat resning enligt fjärde punkten när den felaktiga rättstillämpningen saknat direkt anknytning till författningsbestämmelse.[1420] Mot bakgrund av att uppenbara avvikelser från HD:s praxis i princip inte anses utgöra resningsgrund enligt fjärde punkten kan man fråga sig hur felaktig tillämpning av konkurrensreglernas innehåll ska förstås.[1421] Reglernas innehåll bestäms i princip i praxis.

Man bör då först ta ställning till om konkurrensreglerna är "lag" enligt fjärde punkten. Enligt RF 10:5 följer att Sverige kan överlåta beslutanderätt till Europeiska gemenskaperna och av förarbetena till grundlagsändringen och EG-lagen framgår att principen om direkt effekt var insedd och accepterad åtminstone av den svenska lagstiftaren.[1422] Eftersom EG:s konkurrensregler enligt EG-domstolens praxis har direkt effekt och det framgår av Romfördraget att EG-domstolen

[1417] Se ovan vid not 1261 och vid not 1271.

[1418] Se ovan not 1297. Det gäller bl.a. de fall då domstolen beaktat omständigheter utan att uttryckligen bedöma deras konkurrensrättsliga relevans.

[1419] Se Welamson, Rättegång VI s. 232.

[1420] Welamson, Rättegång VI s. 232 f. Jfr också Cars s. 200, som argumenterar för att förarbeten ska inbegripas i lagrekvisitet, men inte domstolspraxis.

[1421] Jfr Welamson, Rättegång VI s. 233.

[1422] Se prop. 1993/94:114 s. 12 f. och s. 14, samt prop. 1994/95:19 s. 496 f. vari bl.a. sägs att "... de rättsregler som gemenskaperna beslutar med stöd av den överlåtna beslutanderätten har den rättsverkan här i landet som följer av EG-rätten.". Jfr dock prop. 1993/94:114 s. 20.

är den högsta uttolkaren av EG-rättens innehåll och verkan,[1423] är EG:s konkurrensregler direkt tillämpliga och gällande rätt i Sverige.[1424]

Därför måste rimligen uttrycket "lag" i 58:1 st. 1 p. 4 inkludera också EG-rättsliga fördragsartiklar. I den mån detta inte följer av en tolkning av bestämmelsen finns anledning att framhålla att regeln bör, ja, ska, tillämpas analogiskt när EG-regler förbisetts av svenska domstolar. Bland flera argument för denna slutsats är det starkaste att enskilda anspråk stödda på EG-rättsliga regler inte får särbehandlas negativt i jämförelse med anspråk stödda på inhemska regler.[1425] Dessutom finns rätten till resning reglerad i RF 11:11 vilket antagligen kan tas till intäkt för att det finns utrymme att bevilja resning i viss mån oberoende av 58:e kapitlet.[1426] Men är fjärde punkten aktuell vid åsidosättande av EG-domstolens praxis som anknyter till konkurrensreglerna? Ja, man bör först betänka att konkurrensreglerna till sitt innehåll är mycket generella och enligt ordalydelsen inrymmer närmast allt slags marknadsuppträdande. Att försöka göra en bedömning av om reglerna tillämpats felaktigt och bortse från praxis skulle medföra att närmast all icke tillämpning vore att anse som felaktig rättstillämpning.

Å andra sidan skulle väl uppenbarhetsrekvisitet i fjärde punkten endast uppfyllas i fall som klart är att inrymma under bestämmelsernas exemplifieringar.[1427] Eftersom EG-rätten i allmänhet och kanske konkurrensreglerna i synnerhet förutsätter utveckling och utfyllnad i praxis vore det irrationellt att inte beakta praxis vid bedömningen av om reglerna tillämpats felaktigt. Vidare anknyter EG-domstolens praxis till skrivna bestämmelser, artiklarna 85 och 86, vilka är att betrakta som "lag". Svenska domstolars tillämpning av konkurrensreglerna avser alltså inte frågor som uteslutande regleras i praxis.[1428] I det följande utgår jag alltså ifrån att det faller under fjärde punkten att felaktigt tillämpa eller åsidosätta konkurrensreglernas innehåll såsom detta bestäms av främst EG-domstolens, men också i viss mån av EG-kommissionens, praxis.

[1423] Så har åtminstone artikel 164 tolkats. Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 55 ff.
[1424] Se a.a. s. 269 ff.
[1425] Se ovan 6.1, 6.2 och 6.3.
[1426] Se också Cars s. 200. Jfr f.ö. NJA 1996 C 81 där en branschorganisation ansökte om resning av ett avgörande av marknadsdomstolen enligt konkurrenslagen.
[1427] Se ovan 2.2.
[1428] Jfr Cars s. 201.

Men för resning räcker det inte att svensk domstol felaktigt tillämpat EG:s konkurrensregler, det måste vara fråga om en *uppenbar* feltillämpning. *Welamson* framhåller att detta rekvisit kan innehålla två krav: feltillämpningen måste ha en viss grad av grovhet och det måste framgå med en viss grad av tydlighet att det är fråga om en feltillämpning av tillräcklig grovhet.[1429] I båda dessa avseenden förefaller det som om HD:s praxis är "oenhetlig". Man kan inte generellt och med anspråk på säkerhet dra några slutsatser angående uppenbarhetskravets betydelse.[1430] När det gäller EG:s konkurrensregler måste man väl säga att det är uppenbart oriktigt endast när domstolar förbigår reglerna vid bedömningen av, eller feltillämpar reglerna på, avtal som klart faller under s.k. per se-förbud.[1431] Det är då alltså fråga om avtal som faller under några av de specificeringar som finns uppräknade i artiklarna och fall som av EG-domstolen bedömts som klart konkurrensbegränsande.[1432]

Ovan diskuterades behovet av och möjligheten att officialpröva vid blotta misstanken om konkurrensstridighet. Jag framhöll då att en svensk domstol, när osäkerhet om konkurrensstridighet är hänförlig enbart till rättsfrågeplanet, bör begära förhandsavgörande från EG-domstolen. Vid osäkerhet hänförlig endast till bevisfrågeplanet tillhandahåller svensk rätt få möjligheter för svenska domstolar att framtvinga ytterligare utredning från parterna.[1433] Hur ställer sig uppenbarhetsrekvisitet i RB 59:1 st. 1 p. 4 i de fall domstolen försummat att begära förhandsavgörande?

Ja, för det första kan man ifrågasätta om resning är det mest passande extraordinära rättsmedlet att tillgripa vid underlåtet inhämtande av förhandsavgörande. Artikel 177 förefaller lämpligen kunna karaktäriseras som en förfarandenorm och brott mot sådana utgör rättegångsfel; borde inte därför domvilloreglerna aktualiseras? Jo, rimligen – själva underlåtenheten att begära förhandsavgörande bör ses som rättegångsfel,[1434] men detta bör inte utesluta att den eventuella felaktighet i sak som blir resultatet av underlåtenheten samtidigt utgör oriktig rättstillämpning.

[1429] Welamson, Rättegång VI s. 233.
[1430] Welamson, Rättegång VI s. 234.
[1431] Se t.ex. ovan 2.2.3.
[1432] Se ovan vid not 1296 och not 1375.
[1433] Se ovan 7.2 och 7.3.
[1434] Jfr ovan 7.2.

Ovan har jag funnit det motiverat att se underlåten officialprövning som oriktig rättstillämpning endast då det av domskälen framgår att domstolen beaktat konkurrensreglerna, men givit dem en felaktig betydelse.[1435] Vidare har jag bl.a. alldeles ovan funnit att underlåtenhet att inhämta förhandsavgörande utgör rättegångsfel. I avsnitt 7.2 ovan framhöll jag dessutom att domstol vid osäkerhet på rättsfrågeplanet bör begära förhandsavgörande utom i helt klara fall eller om tunga skäl talar emot i det enskilda fallet.

I vilka fall kan det då överhuvudtaget bli aktuellt med resning enligt *enbart* p. 4 på grund av underlåten officialprövning? Täcks inte återstoden av de situationer som inte är att karaktärisera som rättegångsfel på grund av underlåten officialverksamhet, av underlåten pliktuppfyllelse enligt artikel 177 och kommer inte därför all underlåtenhet att hanteras som rättegångsfel?

Nej, det finns fortfarande situationer där resning kan aktualiseras, men inte domvilloklagan. Om domstolen uttryckligen i domskälen förklarar att EG:s konkurrensregler inte är tillämpliga, trots att reglerna helt klart är det, måste domen anses som resultatet av uppenbart felaktig rättstillämpning. Och i situationer när det är helt klart att konkurrensreglerna är tillämpliga är det, mot bakgrund av vad som ovan framhållits, inte nödvändigt att inhämta förhandsavgörande. Följaktligen kan för det första underlåtet inhämtande av förhandsavgörande inte ses som grovt rättegångsfel i sådana lägen och, för det andra, finns alltså utrymme för att använda 58:1 st. 1 p. 4 vid underlåten, eller snarare felaktig, officialtillämpning av EG:s konkurrensregler.

Det bör i sammanhanget påpekas att de situationer då det är helt klart att det är fråga om ett konkurrensbegränsande avtal – och alltså förhandsavgörande inte behöver inhämtas – också borde inrymma de fall då felaktig tillämpning av konkurrensreglerna är uppenbar i den mening som avses i p. 4.

Vidare bör framhållas att svenska domstolars frågeplikt kan vara såväl mer vidsträckt som snävare jämfört med det rättsläge som framställningen ovan givit intryck av. För det första har jag ovan hävdat att svenska domstolar på alla nivåer ska, eller åtminstone bör, begära förhandsavgörande när de är osäkra om ett visst avtal är att rättsligt kvalificera som konkurrensbegränsande enligt Romfördraget. Visserligen framgår av artikel 177 att en plikt att begära förhandsavgörande vid

[1435] Se ovan 9.2.2.

osäkerhet om EG-reglers tolkning endast åvilar sista instans i den nationella processordningen. Därför borde det inte kunna utgöra rättegångsfel att en tingsrätt underlåter att använda den fakultativa delen av artikel 177.

Jag menar dock att frågan ställer sig något annorlunda när lägre domstolar har att bedriva officialprövning. Här kan man verkligen kräva att domstolarna gör vad som är nödvändigt och möjligt för att bringa klarhet i osäkerhet också på rättsfrågeplanet. Vidare kan också åsidosättandet av fakultativa regler utgöra rättegångsfel enligt svensk rätt.[1436] Men det förtjänar att påpekas att det finns utrymme att argumentera för att underlåtenhet att inhämta förhandsavgörande utgör rättegångsfel endast i HD. Och i sådant fel blir det exklusiva utrymmet för resning enligt p. 4 större.

För det andra har jag ovan hävdat att det av olika skäl kan vara berättigat att avstå ifrån förhandsavgörande också då rättsläget i den konkreta tvisten är osäkert, t.o.m. i sista instans.[1437] Om den svenska domstolen felaktigt avstått från att hindra genomdrivandet av ett konkurrensbegränsande avtal i en sådan situation, kan det inte – om jag ska göra anspråk på koherens och konsekvens – vara fråga om rättegångsfel. Det är visserligen fråga om felaktig rättstillämpning, men inte nödvändigtvis uppenbart felaktig rättstillämpning. Tvärtom, om det förefallit motiverat att avstå från att begära förhandsavgörande, kan man nog också anta att rättstillämpningen endast med (stor) tvekan kan karaktäriseras som felaktig.

Också här, och i än högre grad, förtjänar det att framhållas att det är mer ortodoxt och dogmatiskt att tolka artikel 177 enligt ordalydelsen, såsom att sista instans är ovillkorligt förpliktad att begära förhandsavgörande när det råder tveksamhet om EG-rättens tillämplighet i det enskilda fallet. Om HD är förpliktad att begära förhandsavgörande, är underlåtenhet i det avseendet att karaktärisera som rättegångsfel. Är HD inte förpliktad, bör påpekas att underlåtenhet i ovannämnda avseende knappast kan föranleda ifrågasättande av domen genom extraordinära rättsmedel överhuvudtaget.

Det bör i sammanhanget observeras att bedömningen av om domstolen felaktigt underlåtit att inhämta förhandsbesked bör göras utifrån rättsläget vid den tidpunkt då bedömningen gjordes. Enligt motiven till RB anses inte att "nya rättsgrundsatser" bör ha betydelse vid

[1436] Se Welamson, Rättegång VI s. 121.
[1437] Se ovan 7.2.

bedömningen av om rättstillämpningen varit felaktig.[1438] Som ovan sagts flera gånger är det särskilt viktigt att rättskraftigt avgjorda rättsförhållanden grundade på EG-rättsliga regler inte kan angripas med stöd av efterkommande rättsutveckling.[1439] När alltså en svensk domstol sett ett avtal som *misstänkt* och inte *klart* konkurrensbegränsande och av motstående hänsyn underlåtit att inhämta förhandsbesked föreligger inte resningsgrund. Och detta gäller även om EG-domstolens efterföljande praxis skulle visa att avtalet var att karaktärisera på det senare sättet. Detsamma gäller i det fall domstolen prövat konkurrensfrågan, funnit avtalet klart tillåtligt och inte ens reflekterat över att inhämta förhandsavgörande.

9.3.4 Tidsfrister vid resning

Liksom vid domvilla gäller en tidsfrist om sex månader från det domen vann laga kraft när det är fråga om resning på grund av uppenbart oriktig rättstillämpning.[1440] För resning på grund av nya omständigheter eller nya bevisfakta är tidsfristen *ett år* och börjar löpa när part fick kännedom om de nya omständigheterna eller bevisningen. Mot bakgrund av att avgöranden inte bör villkoras av den framtida utvecklingen av EG-rätten är det önskvärt att det finns en definitiv preklusionstidpunkt för resning.[1441]

Enligt min mening bör man därför tillämpa 58:4 st. 2 strängt. Det bör närmast presumeras att part haft kännedom om alla relevanta omständigheter vid avgörandet. Detta bör förenas med den strikta tolkning av rekvisitet giltig ursäkt som förordades ovan.[1442] De brister i domstols officialprövning som i anledning av en strikt tillämpning av bl.a. tidsfristsregeln kan slippa igenom, får anses tillräckligt tillgodosedda genom möjligheten att inom en definitiv tidsperiod klaga över domvilla.

Observera dock att det finns möjlighet att argumentera för lättnader i kravet på kännedom främst mot bakgrund av EG-rättens osäkra innehåll. Det kan ifrågasättas om inte part som först genom efterföljande praxis har rimlig möjlighet att uppfatta relevansen av bekanta

[1438] PLB s. 73.
[1439] Se ovan, framförallt 8.2.1.
[1440] Se RB 58:4 st. 2.
[1441] Se ovan 9.1.1.
[1442] Se 9.3.2.

omständigheter borde vara ursäktad för att inte ha ansökt om resning tidigare.[1443] Dock överväger hänsyn till långsiktig trygghet i rättslivet. Inte minst kan det antas befordra företagens möjligheter att acceptera och "internalisera" konkurrensreglerna.[1444]

9.4 Sammanfattning

Frågan om tillämpningen av extraordinära rättsmedel vid underlåten eller felaktig officialprövning av EG:s konkurrensregler uppkommer i spänningen mellan två motverkande processändamål: dels avses den ordinära domstolsprövningen när domen vunnit laga kraft auktoritativt ha avgjort parternas tvist, dels medför officialprövningen att ett krav på en högre grad av materiell korrekthet ställs på det slutliga resultatet av processen. Det förra processändamålet benämndes i kapitlet det terminatoriska ändamålet och det senare det inkvisitoriska.

Resningsreglernas tillämpning bygger på synpunkter som kan hämtas exklusivt i skärningen mellan det terminatoriska och det inkvisitoriska processändamålet. Vid diskussionen av domvilloreglerna tillkommer också domstolsdisciplin och förfarandeeffektivitet som ändamål att beakta. Min utgångspunkt vid analysen av tillämpningen av extraordinära rättsmedel i anledning av underlåten officialprövning, är att det är önskvärt att förena en generös tillämpning av själva reglerna med en strikt tillämpning av tidsfristerna för användandet av rättsmedlen ifråga.

I kapitlet berördes den för domvilloprövningen centrala frågan vad som utgör grovt rättegångsfel vid underlåten eller felaktig officialtillämpning av EG:s konkurrensregler. Här fann jag att svaret hängde ihop med vidden av domstolarnas officialprövningsskyldighet. Eftersom jag tidigare i framställningen funnit att domstolarna är förpliktade att beakta omständigheter och bevisfakta utan åberopande och oberoende av om de ingått i processmaterialet eller inte, fann jag här att varje förbiseende av en konkurrensstridigt relevant omständighet eller ett sådant bevis utgöra grovt rättegångsfel.

Denna bestämning kan tyckas förläna området för grova rättegångsfel för stort territorium och göra det alltför lätt att angripa lagakraft-

[1443] Jfr ovan 8.2.1 samt 10.4.1 nedan.
[1444] Jfr ovan 8.2.1.

vunnen dom med domvilloreglerna. Men det finns ett antal argument som talar i riktning för en liberal tillämpning av domvilloreglerna vid underlåten officialprövning av EG:s konkurrensregler. Det bör poängteras att ursäktlighet eller försumlighet på domstolens sida inte är avgörande för om domstols förbiseende är att ses som grovt rättegångsfel. En liberal syn på innebörden av grovt rättegångsfel kan motiveras med hänvisning till att ändamålet bakom officialprövningen av konkurrensstridiga avtal är avsedd att tillgodose det allmännas intresse. Parts eventuella försumlighet bör, liksom domstolens eventuella klanderfrihet, vara av underordnad betydelse i detta sammanhang. Vidare skulle det vara tungt och ineffektivt att lägga hela bördan av att uppmärksamma EG-rättsliga, och indispositiva, regler på part och domstolen inom ramen för det ordinära förfarandet.

Vilka felaktigheter är då *inte* att betrakta som rättegångsfel? Det dogmatiska och generella svaret på den frågan är att felaktig rättstillämpning, inklusive felaktig tillämpning av bevisbörderegler, samt felaktig bevisvärdering inte räknas som rättegångsfel. I framställningen ovan visade jag att det när det föreligger officialprövningsskyldighet kan vara svårt att skilja mellan förfarandefel och rättstillämpningsfel. Jag föreslog ett kriterium för tillämpningen av konkurrensreglerna: om domstolen i domskälen uttryckligen beaktat alla relevanta omständigheter enligt de relevanta reglerna (konkurrensreglerna) och kommit till ett felaktigt slut, är det fråga om felaktig rättstillämpning och inte något förfarandefel.

Det gör att utrymmet för enbart felaktig rättstillämpning blir mycket litet. Och det exklusiva utrymmet blir ännu mindre om man betänker att felaktig rättstillämpning i de allra flesta fall kan antas föregås av ett underlåtet inhämtande av förhandsavgörande, vilket i sig är att ses som ett grovt rättegångsfel. Den, i princip,[1445] enda situation när en felaktighet utgör felaktig rättstillämpning, utan att samtidigt anknyta till ett förfarandefel, är när domstolen felbedömt ett avtal som är så klart konkurrensstridigt att ett förhandsavgörande inte behövt begäras.

På grund av domstolarnas skyldighet att officialpröva konkurrensstridiga avtal är de flesta felaktigheter hänförliga till tillämpningen av EG:s konkurrensregler att se som rättegångsfel. Dels slipper få felaktigheter under den låga ribban, dels kan få felaktigheter av dem som

[1445] Se mer om fler möjliga undantag strax nedan.

inte slipper under hänföras till enbart felaktig rättstillämpning eller felaktig bevisvärdering.

Vidare framkom att det har betydelse om konkurrensstridighet ses som processhinder respektive materiellt bifallshinder. För det fall konkurrensstridiga avtal utgör processhinder ska underlåten officialprövning föranleda undanröjande på grund av domvilla enligt 59:1 st. 1 p. 1. Redan det att tvisten tagits upp till prövning trots förhandenvaron av processhinder utgör grovt rättegångsfel. Inga övriga förutsättningar måste uppfyllas för att undanröjande ska ske.

Ses däremot konkurrensstridighet som officialfaktum kan inte 59:1 st. 1 p. 1 tillämpas. Istället kan 59:1 st. 1 p. 4 bli aktuell. Men undanröjande på grund av domvilla förutsätter enligt den punkten dels att klaganden haft giltig ursäkt för att inte göra gällande rättegångsfel under det ordinära förfarandet, dels att det grova rättegångsfelet haft betydelse för utgången i målet.

Eftersom en liberal tillämpning av de kvalificerade rekvisiten förespråkas ska kanske inte skillnaden mellan konkurrensstridighet som processhinder respektive officialfaktum överdrivas. Men en viss skillnad finns ändå: Också då det är processekonomiskt förkastligt och materiellt betydelselöst ska en dom som givits trots förhandenvaron av processhinder undanröjas.

Vad beträffar resningsreglerna har jag i kapitlet behandlat resningsgrunderna nya omständigheter eller bevis samt uppenbart felaktig rättstillämpning. Med avseende på den sistnämnda resningsgrunden diskuterade jag huruvida ett åsidosättande av EG:s konkurrensregler var att likställa med åsidosättande av "lag", trots att konkurrensreglernas innehåll främst bestäms i EG-domstolens praxis. Jag fann här att konkurrensreglerna på grund av EG-rättens krav på likabehandling, på grund av RF 10:5 samt på grund av att resningsinstitutet är grundlagsreglerat i RF 11:11, är att likställa med svenska lagar. Vidare fann jag på samma grunder att bedömningen av om en domstol tillämpat reglerna felaktigt måste utgå ifrån EG-domstolens, och i viss mån också från EG-kommissionens, praxis.

Uppenbarhetskravet medför att åtminstone de fall då svensk domstol förbiser eller feltolkar konkurrensreglerna när rättsläget är klart, borde konstituera resningsgrund. Det kan vara fråga om avtal som är klart förbjudna enligt någon av de exemplifieringar som ges av artiklarna 85 eller 86 (s.k. per se-förbud) eller när det föreligger otvetydig praxis från EG-domstolen. Möjligen kan diskuteras om inte uppenbarhetskravet kunde lättas upp vid fall av felaktig tillämpning av EG:s

konkurrensregler. Dock finns strängt taget inte behov av en mildare tolkning. Som ovan sades kan man anta att domstolen, i icke uppenbara fall av feltillämpning, underlåtit att inhämta förhandsavgörande och därmed gjort sig skyldig till domvilla. Part kan därför ändå ifrågasätta den lagakraftvunna domen.

Observera dock att det är möjligt att det inte utgör grovt rättegångsfel då andra domstolar än sista instans underlåter begäran om förhandsavgörande eftersom artikel 177 är fakultativ för sådana domstolar. I sådana fall kan det finnas ett större behov av att slacka på uppenbarhetskravet.Vidare är det möjligt att det inte utgör rättegångsfel av sista instans att, då det är motiverat, avstå från att begära förhandsavgörande. Också i sådant fall skulle behovet av ett mildare uppenbarhetskrav vara större.

Även när konkurrensstridighet ses som processhinder kan resningsgrunden uppenbart felaktig rättstillämpning aktualiseras. Om konkurrensstridiga avtal utgör processhinder, omöjliggörs normalt sett resning. Domen ska ex officio undanröjas av rättsmedelsinstansen. Det finns dock två möjliga undantag till detta. Det första är situationen då domstolen ogillat en processhindersinvändning i ett särskilt beslut som också kunnat överklagas, eller blivit överklagat, särskilt. Det är dock möjligt att inta ståndpunkten att grovt rättegångsfel belastar domen också när processhindersprövningen särskiljts från resten av målet.

Ett andra möjligt undantag är det fall då domstolen felaktigt avvisar på grund av processhinder. Det kan vara värt att påpeka att detta undantag inte är hänförligt till underlåten utan till felaktig officialtillämpning. Enligt en uppfattning i doktrinen ska ett sådant beslut endast kunna angripas genom resning. En annan uppfattning är att ett felaktigt avvisningsbeslut utgör "annat grovt rättegångsfel" och ska föranleda undanröjande av beslutet om det uppfyller de kvalificerade förutsättningarna i 59:1 st. 1 p. 4.

Sammantaget kan man säga att såväl det exklusiva utrymmet för som behovet av resning på grund av uppenbart felaktig rättstillämpning är litet.

Vad gäller resningsgrunden nya omständigheter eller bevis noterades i kapitlet att den överlappar domvillogrunden annat grovt rättegångsfel. Att domstolen inte beaktat relevanta omständigheter utgör rättegångsfel och för det fall de felande omständigheterna åberopas vid ansökan om resning utgör de samtidigt resningsgrund. Om relevanta omständigheter inte lagts till grund för avgörandet kan därför

tappande part ha valrätt mellan domvilloklagan på grund av annat grovt rättegångsfel och resning på grund av nya omständigheter eller bevis. Valrätt kan för övrigt vidare föreligga när, vilket ovan nämnts, felaktig tillämpning av konkurrensreglerna förenas med underlåten begäran om förhandsavgörande.

För att bli framgångsrik med en ansökan om resning grundad på nya omständigheter eller bevis måste det nya processmaterialet vara prekluderat med avseende på den rättsföljd som den lagakraftvunna domen avser. Här noterades i kapitlet att detta problem är lättlöst om Ekelöfs rättskraftslära tillämpas. Alla icke åberopade eller icke beaktade omständigheter prekluderas av domen. Andra rättskraftsläror medför dock svårigheter i sammanhanget. En alternativ grund till stöd för samma rättsföljd kan utgöra ny sak och därför vara oprekluderad. Också enligt Ekelöfs rättskraftslära, vilken det finns särskilt goda skäl att använda när EG-regler aktualiseras, undkommer facta supervenientia domens preklusionsverkan och kan följaktligen inte föranleda resning.

En ny dom över ett prejudiciellt rättsförhållande kan konstituera ny omständighet och föranleda resning av en tidigare dom som rör en rättsföljd anknuten till det prejudiciella rättsförhållandet. En bifallande dom avseende ett yrkande om kontraktuellt skadestånd bör alltså kunna bli föremål för resning om ansökanden åberopar en senare dom som fastställer avtalets ogiltighet.

I doktrinen har hävdats att processmaterialet i målet rörande avtalets ogiltighet måste vara rikare i förhållande till det processmaterial som domstolen i skadeståndsmålet lagt till grund för sin eventuella bedömning av avtalets giltighet. I annat fall skulle förbudet mot resning på grund av felaktig bevisvärdering kunna kringgås. Detsamma gäller för uppenbarhetskravet vid resning på grund av felaktig rättstillämpning. I framställningen ovan ifrågasattes vidare om inte, då nya omständigheter eller bevis åberopas i tvisten om avtalets giltighet, kravet på giltig ursäkt för att inte ha åberopat det nya i skadeståndstvisten måste upprätthållas också när ogiltighetsdomen åberopas som ny omständighet för resning av skadeståndsdomen.

Det borde, var slutsatsen, inte vara någon skillnad mellan situationen då part ansöker om resning och direkt anför nya omständigheter eller bevis och situationen då part ansöker om resning och anför nya omständigheter eller bevis, materialiserade i en ny dom över en prejudiciell fråga. Dock måste medges att det av motiven förefaller som att efterföljande domar avseende prejudiciella rättsförhållanden har en

speciell ställning i resningshänseende.[1446] Med det ovan förordade synsättet finns det dock ingen anledning att skilja mellan domar avseende prejudiciella frågor och andra domar med endast bevisverkan för den lagakraftvunna domen.[1447] Därför bör det ha mindre betydelse i resningsavseende att det t.ex. går att väcka fastställelsetalan om ett förlikningsavtals ogiltighet trots att det föreligger en stadfästelsedom. Vid resningsbedömningen är det de eventuella nya omständigheternas och bevisens relevans för stadfästelsedomen som bör vara avgörande, inte att det i och för sig finns en ny dom. Denna fråga väcktes och diskuterades ovan i avsnitt 8.2.3.

Liksom vid undanröjande på grund av annat grovt rättegångsfel, förutsätter resning på grund av nya omständigheter eller bevis att två kvalificerade rekvisit är uppfyllda. Dels skulle det nya processmaterialets förebringande i processen ha lett till en annan utgång, dels måste parten ha giltig ursäkt för att inte ha gjort gällande omständigheten eller beviset under det ordinära förfarandet. Vid domvilla på grund av annat grovt rättegångsfel förespråkade jag, vilket ovan nämnts och vilket är motiverat främst av att domstolarna bör vara underkastade ett krav på officialprövning, en generös tolkning av dessa kvalificerade rekvisit. Detta harmonierar med den utgångspunkt på ändamålsplanet som varit bestämmande för diskussionen av de extraordinära rättsmedlens användning vid underlåten officialprövning: att finna en rimlig avvägning mellan processens terminatoriska och inkvisitoriska syften. Det förra tillgodoses vid domvilloklagan av den till 6 månader från domens laga kraft fixerade tidsfristen och tycks därför tillåta en generös bedömning av domvilloförutsättningarna, vilket tillgodoser det inkvisitoriska syftet.

[1446] Se PLB s. 573.

[1447] I den mån en efterföljande dom avseende en prejudiciell fråga, oberoende av om nya omständigheter eller bevis beaktats, var resningsgrund, skulle det vara fråga om ett potentiellt glapp i överlappningen mellan resning på grund av nya omständigheter eller bevis och domvilla på grund av annat grovt rättegångsfel. Det vore då nämligen tänkbart att domstolen bifallit ett kontraktuellt skadeståndsyrkande efter att uttryckligen ha bedömt konkurrensfrågan felaktigt, men ej uppenbart felaktigt; om tappande part därefter vinner bifall till ett yrkande om fastställelse av avtalets ogiltighet utan att anföra nya bevis eller omständigheter, kan den efterföljande domen användas som resningsgrund enligt 58:1 st. 1 p. 3, men officialprövningen i det första målet belastas inte av något handläggningsfel. Glappet emellan de aktuella domvillo- och resningsgrunderna vad gäller felaktig officialprövning utjämnas dock av att den första domen ändå kan bli föremål för domvilloklagan, men då på grunden att domstolen inte begärt förhandsavgörande enligt artikel 177.

När det gäller resning på grund av nya omständigheter eller bevis finns däremot ingen definitiv preklusionsgräns. Part kan ansöka om resning på grund av nytt processmaterial inom ett år efter det att parten *fick kännedom* om det nya processmaterialet som ansökan grundas på. En generös tillämpning av kraven på giltig ursäkt respektive påverkan på utgången i målet skulle villkora den lagakraftvunna domens orubblighet länge. Exempelvis skulle marknadsundersökningar av EG-kommissionen företagna långt senare kunna åberopas som nytt bevis och föranleda resning. För att tillgodose det terminatoriska processändamålet, menar jag, bör de kvalificerade rekvisiten bibehållas på i princip samma nivå som i rent dispositiva tvistemål och vidare bör den ytterligare förutsättningen i fristregleringen, parts (icke-)kännedom, tillämpas strängt. Rättsmedelsinstansen bör närmast utgå ifrån att part saknar giltig ursäkt, eller hade kännedom, om part bortsett ifrån ekonomiska, praktiska och rättsliga svårigheter före inträdet av domens laga kraft på egen hand objektivt sett kunnat tillföra det nya processmaterialet.

Det kan förefalla utmanande att framhålla att anförandet av nya omständigheter och bevis ska vara underkastade samma krav som dispositiva moment inom ramen för resningsförfarandet när processmaterialet ifråga skulle ha beaktats ex officio av domstolen under det ordinära förfarandet. Det kan framstå som att part tillåts förlora på grund av domstolens misstag i det ordinära förfarandet. För det första bör man då betänka att officialprövningen inte är motiverad av hänsyn till part, utan för att ge verkan åt ogiltighetssanktionen som är anknuten till EG:s konkurrensregler. Den av allmänintresset motiverade officialprövningen kan, som jag kommit fram till, inte tillåtas riskera civildomens orubblighet genom att göra den till föremål för EG-domstolens rättsutveckling och EG-kommissionens framtida utredningar. Det utrymme som lämnas åt det inkvisitoriska processändamålet måste begränsas för att tillgodose det terminatoriska, vilket också är ett allmänt samhällsintresse.

För det andra kan part dra fördel av en generös tillämpning av de kvalificerade rekvisiten om part istället för att ansöka om resning på grund av nya omständigheter eller bevis, klagar över domvilla på grund av annat grovt rättegångsfel. Mot bakgrund av vad som ovan sagts torde det att domstolen inte beaktat relevanta omständigheter och bevis vid en generös tillämpning av domvilloregeln utgöra grovt rättegångsfel och föranleda undanröjande. I de flesta övriga fall av underlåten eller felaktig officialtillämpning som skulle kunna föranleda

resning enligt p. 3, finns möjlighet till domvilloklagan på grund av underlåten begäran om förhandsavgörande. Här gäller dock, som nämnts, en definitiv tidsfrist på 6 månader.

Det kan också framhållas att argumentet att det är olämpligt att tillämpa 58:1 st. 1 p. 3 strängt när de nya omständigheter och bevis som åberopas skulle ha beaktats ex officio av domstolen i det ordinära förfarandet, inte håller. Officialprövningen är en skyldighet som ankommer på domstolarna och det givna remediet mot brister i förfarandet är undanröjande på grund av domvilla. För att främja effektiviteten i den konkurrensrättsliga ogiltighetssanktionen också en tid efter att dom vunnit laga kraft, finns möjlighet till domvilloklagan. Genomdrivandet av ogiltighetssanktionen motiverar inte att en enskild part närmast utan tidsbegränsning ska få ifrågasätta orubbligheten i materiellt oriktiga domar, när något sådant skulle stå i strid med det motstående allmänna intresset av att domstolsavgöranden sätter ett definitivt slut på enskilda tvister.

Kapitel 10: Konkurrensreglerna i rent dispositiva mål

10.1 Inledning

I detta kapitel ska diskuteras tillämpningen av EG:s konkurrensregler i tvistemål som är helt dispositiva. Med det menar jag mål där parterna kan disponera över konkurrensreglerna på det materiella och processuella planet, dvs. när reglerna är dispositiva i civilprocessen. I kapitel 6 framhölls att konkurrensstridiga avtal bör ses som indispositiva moment. Detta förutsätter dock att tvisten involverar avtalsparter och rör ett rättsförhållande hänförligt till det konkurrensstridiga avtalet. Motsatsvis bör därför konkurrensreglernas relevans i andra slag av rättsförhållanden kunna bli föremål för partsdispositioner på sedvanligt sätt.

Vilka andra rättsförhållanden kan det då bli fråga om? Ja, ovan har framhållits att tredje man bör kunna väcka talan om fastställelse av avtals ogiltighet när avtalet medför negativa konsekvenser för honom. Vidare bör tredje man kunna yrka förbud mot konkurrensstridigt marknadsuppträdande som drabbar honom. Under vissa förutsättningar kan också tredje man kräva att motpart kontraherar.[1448] Antagligen kan dessutom tredje man kräva ersättning om överträdelser av artikel 85 eller 86 vållat skada.[1449]

Men även när det är fråga om avtal i obligationsrättsliga relationer kan det finnas skäl att se konkurrensreglerna som dispositiva. När domstol på grund av bevisläget finner det oklart om EG:s konkurrensregler är tillämpliga bör part om hon eller han så önskar ändå kunna inkludera konkurrensfrågan i tvisten och söka övertyga domstolen om att förhandsavgörande bör begäras. Detsamma kan gälla i lägen när domstolen på rättsfrågeplanet visserligen finner det möjligt att det rör

[1448] Se ovan 4.5.
[1449] Se ovan 4.9.

sig om ett konkurrensstridigt avtal, men samtidigt bedömer att begäran om förhandsavgörande skulle fördröja målets avgörande orimligt mycket mot bakgrund av tvisteföremålets värde och behovet av ett snabbt avgörande.[1450]

Den omedelbara skillnaden mellan att tillämpa konkurrensreglerna som dispositiva och indispositiva är givetvis att parterna i det förra fallet ges ökad dispositionsfrihet och därmed ökad ansvarighet för processen. Det innebär att parterna kan *disponera* över processföremålet och utgången genom (icke) åberopanden av omständigheter samt, i viss mån, bevis, genom (icke) yrkanden, genom vitsordanden, genom medgivanden och i viss mån genom erkännanden av såväl fakta som faktas rättsliga betydelse.

Vidare innebär en dispositiv prövning att parts förfoganden och icke förfoganden kan binda domstolen *intraprocessuellt*. Också efter att en indispositiv prövning företagits eller underlåtits och domen vunnit laga kraft, prekluderas omständigheter och bevis som inte åberopats samt rättsliga argument, av domens rättskraft. Felaktiga vitsordanden och medgivanden står fast. Men fram tills dess att domen vunnit laga kraft ska domstolen uppmärksamma konkurrensstridighet ex officio. Detta innebär att regler om intraprocessuell preklusion inte är omedelbart relevanta. När förfarandet däremot är renodlat dispositivt kan nya omständigheter och bevis prekluderas och medgivanden binda domstolen.

Trots att alltså många av de processuella särdrag som medföljer officialprövningen faller bort i ett dispositivt förfarande uppkommer frågor rörande dispositionsprincipen som är värda att diskutera. Vissa av de frågor jag tar upp är specifika för svenska domstolars tillämpning av just EG-regler. Det kan vara värt att påpeka att det nedan framhålls att EG-rättens osäkra innehåll parat med dess diffusa rättskällebild motiverar en kraftfull materiell processledning från domstolarnas sida. I kapitlet diskuteras därför vilka mer specifika krav som bör ställas på domstolarnas processledande verksamhet samt vilka konsekvenser som bör inträda vid underlåten materiell processledning.

Andra frågor aktualiseras i anledning av konkurrensreglernas utformning och karaktär. I denna kategori inryms problem avseende tillämpningen av forumregler och rättskraftsverkan gentemot tredje

[1450] Se ovan 7.2.

man. De frågor som tas upp har dock det gemensamt att de hänför sig till dispositionsprincipens tillämpning i mål av ovannämnt slag.

Syftet med detta kapitel kan därför sägas vara att visa vilka justeringar av dispositionsprincipen som kan vara behövliga då EG:s konkurrensregler såsom dispositiva tillämpas i civilprocessen. Eftersom EG-rättsliga regler i allmänhet kan antas vara dispositiva i nationell civilprocess innehåller kapitlet frågor som "normalt" kan uppkomma då EG-rättsliga regler aktualiseras i den svenska civilprocessen. Såtillvida är dock framställningen atypisk, att den ägnas åt tillämpningen av EG-regler med horisontal direkt effekt. I den mån EG-rätten har civilrättslig och civilprocessuell relevans, kan man anta att EG-rätten vanligen materialiseras i form av direktiv. Eftersom direktiv saknar direkt effekt i rättsförhållanden mellan enskilda blir EG-rättens påverkan då mer indirekt. Den här framställningen saknar den dimension som tillkommer då den aktuella materiellrättsliga regelmaterian bygger på EG-direktiv.

10.2 Domens preklusionsverkan

En utgångspunkt för tillämpningen av EG-rättsliga dispositiva regler, bl.a. konkurrensreglerna, är att domstolarna bör bedriva kraftfull materiell processledning, men att parts dispositioner bör vara bestämmande för processföremålet.[1451] Men är detta tillräckligt för att motverka de problem som uppkommer på grund av EG-rättens osäkra innehåll, dvs. med avseende på tillgodoseendet av parts möjlighet att tillvarata sin rätt och EG-rättens effektiva genomslag?

Jag vill här bara kort hänvisa tillbaka till avsnitt 8.2.1 där rättskraftsverkan vid underlåten officialprövning diskuterades. Där framhölls att tunga skäl visserligen kunde anföras för att generellt begränsa preklusionsverkan av en dom som föregåtts av ett underlåtet beaktande av EG-rättsliga anspråk. Jag menade att EG-rätten kräver att EG-rättsliga anspråk ska ges ett så vidsträckt skydd som den nationella processordningen tillåter. Mot bakgrund av att 17:11 visserligen är obligatorisk för domstolarna, men då samtidigt bestämmelsens innebörd och tillämpning är föremål för skilda uppfattningar, finns enligt min uppfattning utrymme att tillämpa regeln "EG-vänligt" i de fall preklusion av ej uppmärksammade EG-anspråk aktualiseras. I dispositiva

[1451] Se nedan 10.4.

tvistemål kan detta motiveras på ändamålsplanet med hänvisning till EG-rättens oklara innehåll.

I avsnitt 8.2.1 fann jag dock att detta, och särskilt risken för att EG-domstolens rättsutvecklande verksamhet plötsligt lyser upp rättsliga relationer med retroaktiv verkan, tvärtom talar mot att begränsa preklusionsverkan av domar med avseende på EG-rättsliga anspråk. Därför menade jag att det är särskilt viktigt att tillskriva domar en vidsträckt preklusionsverkan i mål med EG-rättsliga aspekter. Jag framhöll också i sammanhanget att det inte borde föreligga någon skillnad i detta avseende mellan konkurrensrättsliga regler i dispositiv respektive indispositiv bemärkelse.

10.3 Parts dispositionsrätt

EG:s krav på enskilt rättsskydd medför inte utan vidare att svensk domstol bör underkänna uttryckliga och medvetna partsdispositioner. Det gäller också då partsdispositioner är ofördelaktiga för part och motverkar EG-rättens genomslag. Exempelvis bör domstol acceptera medgivanden och erkännanden som är uppenbart oriktiga så länge dylika partshandlingar framstår som företagna i medvetande om de konkurrensrättsliga aspekterna av en tvist.[1452] Visserligen medför kravet på enskilt rättsskydd att domstolarna bör göra part medveten om att konkurrensreglerna kan ha betydelse.[1453] Men part ska tillåtas avgöra om konkurrensfakta ska åberopas och vilken bevisning som ska införas.[1454] Detta är sagt med avseende på EG:s konkurrensregler i de fall de är dispositiva och de ovannämnda påståendena förutsätter att svenska processregler stöder parts dispositionsfrihet i nämnda avseenden. I den mån som svenska domstolar kan så ska de nämligen ge verkan åt EG-regler, även om detta eftersätter parts dispositionsfrihet.

I samband med att konkurrensreglerna som indispositiva moment behandlades i kapitel 7–9 ovan berördes endast kort frågan om "intraprocessuell preklusion", dvs. när under processen omständigheter eller bevisning måste ha åberopats för att få läggas till grund för domen. Det framhölls att domstolen bör beakta föreliggande omständigheter

[1452] Jfr Wahl, Konkurrensförhållanden s. 358.
[1453] Se nedan 10.3.
[1454] Åtminstone i princip.

oberoende av på vilket stadium av processen de aktualiseras.[1455] Vid tillämpningen av konkurrensreglerna i helt dispositiva mål kan däremot omständigheter prekluderas under rättegången. Därför är det också relevant när under processen "konkurrensfakta" måste åberopas för att inte prekluderas.[1456]

Enligt RB 13:3 st. 3 kan, efter det att talan väckts, nya omständigheter åberopas endast om saken inte ändras. Enligt *Ekelöfs* syn på saken ändras inte saken om de nya omständigheterna skulle ha prekluderats av dom i enlighet med den ursprungliga talan. Med utgångspunkt i Ekelöfs rättskällelära prekluderas inte konkurrensfakta enligt RB 13:3 st. 3 i den mån som de prekluderas av 17:11.

Bestämmelsen i 13:3 st. 3 utgör endast hinder för att åberopa nya omständigheter då de nya omständigheterna har betydelse för ett alternativyrkande som kan tänkas prekluderat utan prövning. Enligt NJA 1994 s. 23 och NJA 1995 s. 610 prekluderas ju under vissa förutsättningar alternativa, ej framställda, yrkanden. Men det är möjligt att ett ej framställt, men kvalitativt åtskilt, alternativyrkande ska anses inrymt i "saken" enligt 17:11. Under sådana förhållanden borde kanske inte 13:3 st. 3 utgöra hinder mot att framställa alternativa yrkanden och åberopa nya omständigheter till stöd för sådana.[1457] I de fall *nya konkurrensfakta* saknar betydelse för rättsföljder som korresponderar mot de yrkanden som skulle prekluderas av domen, men har relevans för andra yrkanden, borde de på grund av bestämmelsen inte kunna åberopas. Men i sådant fall kan ju omständigheterna anföras till stöd för de ej prekluderade rättsföljderna i en ny process. En underlåten partsdisposition har därför i princip ingen betydelse för möjligheten att enligt 13:3 st. 3 göra "faktabasen" gällande endera i processen eller i annan process.[1458]

Bortsett från svårigheten att avgöra de båda ovannämnda rättsfallens betydelse för möjligheten att framställa nya yrkanden under processen, är det svårt att bedöma vilka situationer som inryms under prejudikaten. Utifrån HD:s uttryckssätt i domskälen måste det vara fråga om rättsföljder som är alternativa till den rättsföljd som motsvaras av yrkandet, men som inte kan göras gällande vid sidan av den yrkade rättsföljden. Det innebär t.ex. att skilda skadeståndsanspråk

[1455] Undantaget är rättsmedelsinstansens officialplikt vid bedömningen av om bristande officialprövning skett, se närmare ovan 9.2.3.

[1456] Frågan om intraprocessuell preklusion har utförligt behandlats av Lindell, Preklusion.

[1457] Se ovan 5.2.1 och NJA 1994 s. 23.

[1458] Under förutsättning att Ekelöfs rättskraftslära tillämpas.

som följer av samma skadegörande handling inte prekluderar varann. Detta framstår som relativt klart.

Däremot är det inte klart om det ska ske en generell preklusion av rättsföljder som är alternativa i förhållande till den rättsföljd som korresponderar med yrkandet, om preklusion ska ske endast under vissa begränsade förutsättningar eller om det t.o.m. går att hävda att regeln inte är tillräckligt etablerad för att göra anspråk på generell tillämpning ens under vissa bestämda förutsättningar. Utan att gräva djupt i denna fråga skulle jag vilja påstå att mellanalternativet ovan framstår som mest realistiskt.

Eftersom det finns två klara avgöranden av HD med likadan lydelse finns ingen anledning att tveka över att preklusion kan ske av rättsföljder som svarar mot ej framställda yrkanden. Däremot är det mot bakgrund av HD:s uttryckssätt svårt att tänka sig en generell preklusion av ej framställda alternativa yrkanden. HD framhåller att det i de aktuella fallen var rimligt att kräva av köparen att i en och samma rättegång ta ställning till om båda yrkandena borde framställas.

Det är möjligt att preklusionsregelns betydelse t.o.m. är begränsad till hävning respektive avdrag på köpeskillingen vid fastighetsköp eller åtminstone till de fall då den alternativa rättsföljden anknyter till den faktabas som åberopas. Men mer sannolikt är nog att preklusionsregeln kan slå till också i andra sammanhang än just vid fastighetsköp och kanske kan också preklusion ske av en alternativ rättsföljd som kräver tillägg till den åberopade faktagrunden för att aktiveras. Det relevanta momentet i HD:s prejudikat förefaller vara just det att det rimligen kunnat krävas av part att det alternativa yrkandet framställts. Möjligen skulle prejudikatet ha betydelse i konkurrensrättsliga sammanhang för det fall part vill gardera ett yrkande om återgång med ett yrkande om ersättning för obehörig vinst i lägen när den senare rättsföljden utesluter den förra.[1459]

Enligt RB 50:25 st. 3 p. 2 och 55:13 får part i högre rätt inte *åberopa nya omständigheter* om det inte finns giltig ursäkt för att åberopande

[1459] I 7.6 ovan framhölls att också återgångskrav och dylikt som anknyter till konkurrensbegränsande avtal är att behandlas som indispositiva moment. Normalt sett bör därför preklusionsreglerna i 13:3 åtminstone vad gäller åberopande av omständigheter och framställande av alternativa yrkanden sakna betydelse i obligationsrättsliga avtalstvister mellan just avtalsparterna; däremot finns också vid indispositiv konkurrensstridighet anledning att tillämpa 17:11 vidsträckt. Här vill jag påpeka att det ovan angivna exemplet kan aktualiseras också då konkurrensreglerna tillämpas i ett rent dispositivt förfarande, nämligen då det inte av den åberopade faktagrunden framstår som klart att det är fråga om ett konkurrensbegränsande avtal, se ovan 7.3.2.

inte skett tidigare. Kravet på giltig ursäkt bör dock rimligen modereras om man uppställer ett generellt krav på domstolarna att bedriva kraftfull materiell processledning när EG-rättsliga regler kan aktualiseras.[1460] Nedan argumenteras för att man av hänsyn till enskilda "EG-berättigade" på grund av den EG-rättsliga materians osäkra innehåll bör uppställa ett sådant krav och att underlåten materiell processledning, åtminstone i vissa situationer, bör ses som grovt rättegångsfel.[1461]

Om det finns förutsättningar för undanröjande på grund av bristande materiell processledning från domstolens sida borde part ha giltig ursäkt för sitt underlåtna åberopande.[1462] Alternativet vore ju att medvetet utesluta en fråga från processen som skulle villkora avgörandets orubblighet.[1463] Möjligen kunde man också tänka sig att överrätten tillät åberopande av konkurrensfakta under hänvisning till att de annars vore resningsgrundande.[1464] Det bör vidare undvikas att återförvisa mål i situationer som den berörda.[1465] Inkluderandet av en EG-rättslig fråga medför en latent risk för att processen försenas genom begäran av förhandsavgörande.[1466] I de fall som domstolen informerat

[1460] Welamson, Rättegång VI s. 82: "En aktiv materiell processledning från tingsrättens sida är i viss mån en förutsättning för att en sträng preklusionsregel för hovrätt skall vara försvarlig och för att den skall kunna tillämpas effektivt". Se också prop. 1971:45 s. 102 och SOU 1982:26 s. 103 och s. 116, samt jfr NJA 1987 s. 766 och Heuman, Verkningar av medgivanden och vitsordanden s. 33. Se också Fitger 50:124.

[1461] Se nedan 10.4 och jfr ovan 9.2.1.

[1462] Se RB 50:28, 55:15 st. 2. Man kan också i vissa lägen se åsidosättande av materiell processledning avseende "EG-rättsliga fakta" som ett mindre rättegångsfel som kan avhjälpas genom att överrätten tillåter åberopande. Det förefaller egalt om man väljer att tillämpa 50:28 eller 50:25 st. 2 p. 2.

[1463] Nedan framhålls som regel för domstolens materiella processledning att domstolen bör påpeka för part att konkurrensreglerna kan aktualiseras. För det fall materiell processledning underlåtits och det i efterhand framstår som att konkurrensreglerna kunde ha haft beydelse för utgången i målet bör domen undanröjas på grund av domvilla. Se nedan 10.4.

[1464] Se RB 58:1 st. 1 p. 3. Tillämpningen av rekvisitet giltig ursäkt bör dock också i detta sammanhang influeras av att tidsfristen för den aktuella resningsgrunden har en obestämd startpunkt.

[1465] Se RB 50:26, 55:15 st. 2 och 59:1.

[1466] Potentiella konsekvenser av att göra EG:s konkurrensregler till föremål för återförvisning illustreras väl av det tyska fallet Metro v. Cartier (1994) i vilket käranden yrkade fastställelse av att svaranden var förpliktad att utfärda garanti på de klockor de tillverkade och som såldes av käranden. *Landsgericht* i Düsseldorf avvisade talan, liksom efter överklagande *Oberlandsgericht* gjorde. *Bundesgerichthof* återförvisade sedermera målet till *Oberlandsgericht* under hänvisning till att domstolen inte undersökt åberopade omständigheter i tillräcklig omfattning. *Oberlandsgericht* fann därefter att Cartiers selektiva distributionssystem stred mot artikel 85(1) och att därför vägran att tillhandahålla garanti var olaglig. Efter att målet åter överklagats till *Bundesgerichthof* återförvisade målets återigen

part om den EG-rättsliga aspekten av tvisten finns däremot ingen anledning att tillämpa "ursäktsrekvisitet" liberalt. Part har då utifrån egna överväganden rörande rättsläget kommit till slutsatsen att den EG-rättsliga aspekten bör hållas utanför tvisten. Detta bör i dispositiva tvistemål dels respekteras, dels belasta parts fortsatta processande i sak.[1467]

Det sagda utgår ifrån att kravet på åberopande gäller faktiska omständigheter – konkreta rättsfakta till stöd för yrkandet – och att uttrycket "nya omständigheter" i t.ex. 13:3 och 50:25 innebär varje ny, alltså ej tidigare åberopad, faktisk omständighet oberoende av dess rättsliga betydelse i rättens eller den åberopade partens ögon. *Hellners* menar att åtminstone hovrätterna hittills varit benägna att se en omständighet som ny – och alltså villkorad av kravet på giltig ursäkt – om den förändrat den rättsgrund som gjordes gällande i tingsrätten.[1468] Med detta synsätt skulle alltså preklusionsregeln i RB 50:25 st. 3 vara mindre sträng generellt. Det är dock svårt att tänka sig att det skulle göra någon större praktisk skillnad i fall av underlåtet konkurrensrättsligt åberopande. Ett nytt åberopande av konkurrensfakta medför antagligen också att en *ny rättsgrund* aktualiseras, varför preklusionsregeln blir tillämplig och rekvisitet giltig ursäkt relevant.

Det är förbjudet att framställa alternativa yrkanden på väsentligen samma grund i högre rätt och avvisning är fakultativ vid huvudförhandling i tingsrätt om det vållar olägenheter att pröva det nya yrkandet.[1469] Enligt Ekelöfs rättskällelära är också detta ganska oproblematiskt eftersom nya yrkanden inte drabbas av en föregående doms rättskraft. Men som ovan sagts framgår av NJA 1994 s. 23 och NJA 1995 s. 610 att alternativa yrkanden kan prekluderas. Detta kan medföra att högre rätt måste avvisa ett först där framställt yrkande, också om det är av karaktär att kunna prekluderas av domens rättskraft.[1470] Detta medför ett liknande problem som vid åberopanden av konkurrensfakta i högre rätt.

---

nu på den grunden att domstolen försummat att utreda om Cartiers distributionssystem var "lückenlos" och alltså tillåtligt. Oberlandsgericht fann sig den tredje gången domstolen tog ställning till målet föranledd att inhämta förhandsbesked från EG-domstolen. EG-domstolen fann att ett distributionssystems "slutenhet" saknade relevans för om det var tillåtligt enligt artikel 85(1), se [26].

[1467] Se också Werlauff s. 55 och s. 56.

[1468] Hellners, Anmälan av Lindell s. 855. Jfr f.ö. RH 1990:71.

[1469] RB 13:3 st. 2.

[1470] Jfr Westberg, Alternativyrkanden s. 819 f.

Visserligen borde det finnas utrymme för att framställa alternativyrkanden i högre rätt i de fall de antas bli prekluderade av den följande domen utan att de prövats, men detta är långt ifrån säkert.[1471] I den mån som ett ej framställt alternativt "konkurrensyrkande" anses prekluderat enligt 13:3 st. 2 kan möjligen korrektion ske med stöd av domvilloreglerna. Liksom vid risk för preklusion av nya omständigheter kan man tänka sig att bristande materiell processledning medför korrektion eller, vilket är processekonomiskt sämre, undanröjande av underrättens dom.[1472]

Vid tillämpning av EG:s konkurrensregler framstår detta som ett rimligt synsätt och en väg förbi de systematiska och praktiska problem som NJA 1994 s. 23 och NJA 1995 s. 610 föranlett. Som ovan berörts och som utvecklas närmare nedan finns goda skäl att kräva av domstolarna att de bedriver kraftfull materiell processledning när det finns skäl att anta att EG-rättsliga regler är tillämpliga på parternas rättsförhållande. Om part sedan huvudförhandling påbörjats vill framställa ett alternativt konkurrensyrkande – exempelvis kan ett yrkande om återgång av prestationer komplettera ett yrkande om kontraktuellt skadestånd – på befintlig grund, kan det tänkas att domstolen vill avvisa det med hänvisning till att prövningen av det skulle medföra olägenheter. I sådana fall bör yrkandet tillåtas om part visar att yrkandet antagligen prekluderas genom domen samt att domstolen vid förberedelsen inte gjort parten medveten om den konkurrensrättsliga aspekten och preklusionsrisken när talan slutligt bestämdes.

Samma sak borde gälla när part i högre rätt, där det råder förbud mot nya yrkanden, vill framställa ett nytt "konkurrensyrkande". Framgår det att underrätten inte uppmärksammat part på möjligheten till alternativt yrkande borde prövningen anses belastad av rättegångsfel. Från EG-rättslig synpunkt är det önskvärt att ett sådant fel korrigeras utan återförvisning, vilket innebär att det alternativa yrkandet tillåts i högre rätt. Medför korrigeringen väsentlig olägenhet måste dock undanröjande och återförvisning ske. Framställer t.ex. part ett konkurrensyrkande i HD och motparten i anledning av det vill anföra

[1471] Westberg, Alternativyrkande s. 819 ff., menar att ett alternativt yrkande kan ses som *inskränkning av talan* och därigenom undkomma preklusionsregeln i 13:3 st. 2.

[1472] Jfr SOU 1982:26 s. 123, ang. situationen då hovrätten ex officio uppmärksammar alternativyrkande som prekluderats enligt 13:3. Om tingsrätten inte påpekat detta för part kan det rimligen ses som grovt rättegångsfel. Hovrätten behöver alltså inte nödvändigtvis tiga om ett alternativt yrkande som blivit prekluderat.

en mängd motfakta och ny bevisning är det antagligen lämpligt att målet återförvisas.[1473]

Om domstolen upplyst part om preklusionsrisken och part avstått från att framställa konkurrensyrkandet finns dock ingen anledning till att tillåta det alternativa yrkandet. Det finns alltså, åtminstone när EG:s konkurrensregler är tillämpliga, inget behov av att se alternativa yrkanden i den mån de prekluderas av domen som en inskränkning av talan och generellt tillåtna i högre rätt.[1474]

Vad gäller "ren" alternativ *rättslig kvalificering* finns inga intraprocessuella preklusionsregler. Som ovan sagts kan parter och domstolar anföra respektive tillämpa nya rättsregler hur sent i förfarandet som helst.[1475] Det bör dock understrykas att det är särskilt viktigt att domstolen verkligen bereder parterna möjlighet till argumentering innan den ex officio tillämpar en alternativ konkurrensrättslig kvalificering.[1476] Domen bör inte komma som en överraskning för någon av parterna. Men framförallt medför EG-rättens osäkra innehåll att parternas argumentation blir viktig. Parterna kan ge frågor en belysning som skulle undgått domstolen. Upptäcker domstolen en konkurrensrättslig kvalificering efter det att huvudförhandlingen avslutats bör därför fortsatt huvudförhandling hållas.[1477] Det finns skäl att se tillämpning av en alternativ EG-rättslig regel som inte berörts av parterna som rättegångsfel i de fall domstolen inte berett parterna möjlighet att lämna synpunkter.[1478]

10.4 Materiell processledning

10.4.1 Krav på materiell processledning

När det är fråga om tvister med anknytning till EG:s konkurrensregler väger skälen för och emot dispositionsprincipens tillämpning tyngre

[1473] Jfr Lindell, Preklusion s. 299.
[1474] Jfr Westberg, Alternativyrkande s. 819 ff.
[1475] Welamson, Rättegång VI s. 83. Jfr dock Lindell, Preklusion s. 298 f.
[1476] Jfr Lindell, Preklusion s. 284 samt Jänterä-Jareborg s. 170.
[1477] Se RB 43:14.
[1478] Se Lindell, Preklusion s. 271 och 284, som generellt menar att domstolen gör sig skyldig till rättegångsfel om den tillämpar en alternativ rättslig kvalificering utan att bereda parterna tillfälle att argumentera.

än normalt. Å ena sidan kan det framstå som alltför hårt att påbörda part hela ansvaret för att EG-rättsliga aspekter av rättsförhållandet inkluderas i tvisten. Det framstår som om villfarelse om EG-rättens innehåll och dess betydelse för det enskilda rättsförhållandet i vissa situationer och i vissa avseenden borde vara ursäktlig. Detta skulle tala för att partsdispositioner eller parts underlåtenhet att disponera inte bör få de konsekvenser som normalt inträder då svensk civilrätt tillämpas.

Å andra sidan kan ett införande av EG:s konkurrensregler i en tvist mellan två parter belasta processen. Processmaterialet utökas med en mängd svårutredda och svårbevisade faktasammanhang. Dessutom tillkommer en risk för vilandeförklaring i avvaktan på besked från EG-domstolen eller EG-kommissionen. Detta vållar parterna extra kostnader, förlänger tvistens avgörande samt öppnar möjligheter för olika förhalningstaktiker och spekulation.

EG:s konkurrensregler kan framstå som främmande rätt i den meningen att reglerna är nya för vår rättsordning och emanerar från lagstiftande och judiciella auktoriteter utanför landets gränser.[1479] EG-rättens verkan i Sverige framgår av principer som fastlagts oberoende av den svenska rättsordningen. EG-reglerna i sig är tämligen substanslösa: bedömningen av en regels tillämplighet i en viss rättslig relation måste grundas på EG-domstolarnas och EG-kommissionens praxis.[1480] I vissa avseenden kan denna praxis vara motstridig.[1481] Och vad gäller medborgarnas möjligheter att avgöra vilka rättsföljder som kan inträda vid ett visst handlingsalternativ är rättsläget oklart.[1482]

EG-domstolens ställningstaganden till nationella tidsfrister och begränsningar av enskilda rättigheters retroaktivitet har varit föremål för en mängd fall.[1483] En anledning till detta är att EG-domstolens förhandsavgöranden punktvis och hastigt belyst EG-rättens implikationer för specifika rättsliga relationer och kommit människor att inse att de varit berättigade enligt EG-rättsliga regler och principer. Att många fall har rört frågor om individuella anspråk preskriberats, prekluderats eller

[1479] Jfr Granfelt, Jura novit curia s. 184 ff. samt Jänterä-Jareborg t.ex. s. 114 ff. och s. 235 ff. Jfr också RB 35:2.
[1480] Se t.ex. Berlin I s. 6.
[1481] Se t.ex. ovan 2.2.3 angående EG-domstolens och EG-kommissionens skilda utvecklingslinjer vad gäller att tillåta undantag från artikel 85(1).
[1482] Se ovan 4.10.
[1483] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 123 ff.

blivit materiellt begränsade, kan förklaras av att EG-rättens betydelse för enskilda rättsliga relationer är osäker.[1484]

Under vissa förutsättningar har rättsvillfarelse ansetts ursäktlig när anspråk inte väckts i tid, också när inhemska tidsfrister varit "skäliga".[1485] I andra fall har, på grund av de motstående intressenas tyngd, anspråken utsläckts enligt nationella regler. I några fall har t.o.m. EG-domstolen begränsat den retroaktiva effekten av sina egna avgöranden då rättstillämpningen kunnat framstå som överraskande och rört stora finansiella värden.[1486] Detta diskuterades ovan och utmynnade där i ställningstagandet att rättskraftsverkan bör vara omfattande såväl när konkurrensreglerna är indispositiva som när de är dispositiva.

Av svensk doktrin och praxis framgår att rättsvillfarelse i begränsad omfattning kan ha betydelse på det civilrättsliga planet.[1487] Antagligen saknar dock rättsvillfarelse all betydelse för preklusion av privaträttigheter i process – om parter försummar att göra preskriptionsavbrott, att väcka talan inom viss frist, eller att åberopa omständigheter på grund av att de saknar kunskap om rättsläget, står det förändrade rättsläget fast.

Men frågan är ändå om inte synen på rättsvillfarelse bör vara mer tillåtande i fall då part försummat att stöda sig på EG-rättsliga regler.[1488] EG-rättens innebörd är osäker och reglerna förbises lätt av domstolarna. Från partsperspektivet är det lätt och ursäktligt att bortse från EG-rättsliga dimensioner av en tvist, vilket kan leda till att målet tappas och att frågan prekluderas för framtiden. Det framstår inte i alla lägen rimligt att lägga hela bördan av att uppmärksamma och utreda EG-rättens innehåll på den part som berättigas enligt de EG-rättsliga reglerna.

Dessutom motverkar EG-rättens oklara innehåll i sig dess effektiva påverkan på företagens handlingsvanor. Även om man kan tycka att detta är s.a.s. "självförskyllt", är det tveksamt om detta i EG-domstolens

[1484] Se ovan 8.2.1.

[1485] Se ovan 8.2.1.

[1486] Se bl.a. Barber (1991), [44–45] och Cabanis-Isarte (1996), [45–47].

[1487] Se Adlercreutz I 9.6.3 och Lehrberg, Förutsättningsläran s. 381–384 m.hvsn. Lehrberg, menar att oreflekterad rättsvillfarelse bör bedömas mildare än faktisk villfarelse, se s. 384. Det kan påpekas att det av Belasco-fallet (1989) framgår att rättsvillfarelse inte är ursäktlig vid *överträdelse* av EG:s konkurrensregler.

[1488] Jfr Lehrberg, Förutsättningsläran s. 383, som framhåller att man vid bedömningen av om rättsvillfarelse ska anses ursäktlig inte bör tillmäta (avgörande) vikt att lagstiftningen är svårtillgänglig eller svårtolkad. Man bör alltså istället utgå ifrån vad den enskilde känt till om rättsläget och om han gjort ett medvetet risktagande.

ögon utgör ett bärkraftigt argument för att enskilda rättighetsinnehavare ska bära hela bördan av EG-rättens osäkerhet. Ett genomgående drag i EG-domstolens praxis har varit att använda EG-rättens målsättningar för att arbeta bort brister i det positiva regelinnehållet och inte att tvärtom pruta på målsättningarna till följd av EG-rättens ofullkomligheter.[1489]

I EG-rättens karaktär av främmande rätt med ett diffust innehåll ligger vidare ett inbyggt hinder mot dess genomslag. Det räcker inte med att det är lätt att försumma att beakta att EG-rättsliga regler kan vara tillämpliga i vissa situationer. Man kan därtill anta att det finns en förklarlig motvilja hos domstolarna att i tvisterna inkludera svårbedömda frågor som parterna inte visat intresse av att beröra.[1490] Man kan anta att bristen på klarhet med avseende framförallt på EG-rättens betydelse på det nationella sanktionsplanet har bidragit till att enskilda parters intresse av att anföra konkurrensreglerna vid nationell domstol varit lågt.[1491] Också detta motverkar konkurrensreglernas genomslag och kan behöva balanseras av krav på materiell processledning.[1492] Varken parter, ombud eller domstolar bör kunna neutralisera EG-rätten genom att blunda för den.[1493]

Materiell processledning kan också motiveras av rena lämplighetsöverväganden. Beaktandet av den konkurrensrättsliga aspekten av en tvist förebygger motstridiga regleringar av ett rättsläge. Om part görs medveten om att EG:s konkurrensregler kan vara tillämpliga minskar risken för att domen går på tvärs med en eventuell efterföljande EG-kommissionsbedömning av rättsförhållandet.[1494]

Ett krav på materiell processledning kan alltså stödas på att det främjar EG-rättens genomslag, bereder visst skydd för den enskilde och är lämpligt till förebyggande av motstridiga rättsliga regleringar. Mot detta kan man då ställa ett behov av att domstolarna framstår som opartiska och inte äventyrar förtroendet för rättskipningen.[1495] Mot

[1489] Se Lagrange (AG) i Bosch-fallet (1962). EG-domstolen använder mycket sällan den av HD stundom anlitade tekniken att efter att ha konstaterat att gällande rätt i en fråga är otidsenlig eller "dålig" hänvisa till lagstiftaren för en framtida lösning. Se dock Express Dairy Foods (1980).

[1490] Jfr t.ex. Behrens/Korb-Schikaneder, Europäisches Wettbewerbsrecht vor französischen Gerichten s. 508.

[1491] Se t.ex. Teigum s. 782.

[1492] Se T. Andersson, Rättsskyddsprincipen s. 299 f.

[1493] Jfr dock ang. svensk domstols tillämpning av utländsk rätt, Jänterä-Jareborg s. 110.

[1494] Jfr ovan 3.5.

[1495] Se prop. 1986/87:89 s. 105. Jfr Heuman, Materiell processledning s. 922 f.

bakgrund av EG-domstolens ställningstagande i *Van Schijndel*-fallet (1995) väger dock det sistnämnda ganska lätt i sammanhanget. EG-rättens genomslag och enskilt rättsskydd ska tillgodoses av nationella domstolar i den mån som nationella processregler tillåter det. Detta medför bland annat att nationella processregler som är fakultativa ska tillämpas som obligatoriska i den mån de främjar EG-rättens genomslag och skyddet för enskilda rättigheter.[1496]

Svensk rätt lämnar utrymme för materiell processledning. Av RB 42:8 st. 2 följer att rätten ska verka för att tvistefrågorna blir klarlagda, att parterna anger allt som de vill åberopa i målet samt att domstolen ska avhjälpa ofullständigheter i parternas framställningar. I 43:4 st. 2 sägs bl.a. att rätten ska se till att målet blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver. Man kan därför hävda att när ett mål har anknytning till en EG-rättslig fråga *målets beskaffenhet*, dvs. rättslägets osäkerhet, generellt motiverar att domstolen uppmärksammar parterna på frågan.

I sammanhanget kan observeras att det här föreligger en skillnad mellan tillämpningen av EG-rätt och *utländsk* rätt. Enligt RB 35:2 st. 2 kan rätten anmoda part att förebringa bevisning om innehållet i utländsk rätt, vilket implicerar att jura novit curia inte har samma innebörd med avseende på tillämpningen av utländsk rätt.[1497] I praktiken vållar tillämpningen av EG-rätt och utländsk rätt likartade svårigheter. Det är fråga om att svenska domstolar ska tillämpa en rättslig materia som kan sägas vara innehållsmässigt mindre välkänd än de svenska reglerna och jämförelsevis svårtillgänglig. Varför bör det då finnas diametralt skilda svar på frågan om svenska domstolars skyldighet inom ramen för iura novit curia, beroende på om EG-rätt eller utländsk rätt tillämpas? Ja, från mina utgångspunkter kan den frågan besvaras med hänvisning till EG-rättens direkta krav på svenska domstolar att EG-rätten ska vara en del av det gemensamma rättsarvet för medborgare och domstolar i medlemsstaterna samt att svenska domstolar är förpliktade att medverka till EG-rättens genomslag i landet, åtminstone, i den mån den svenska rättsordningen lämnar utrymme för det. Dessa krav riktas inte mot de svenska domstolarna med avseende på tillämpningen av utländsk rätt.[1498]

[1496] Se ovan 6.2. Se också Werlauff s. 48.

[1497] Se Jänterä-Jareborg s. 110 ff. Se också Söderlund s. 281.

[1498] Jfr dock Söderlund s. 281, vilken i princip menar kraven enligt jura novit curia åvilar domstolarna så länge de inte anmodat parterna att införskaffa utredning. Jfr vidare Jänterä-Jareborg s. 194 ff. ang. frågan om *lagvalsregler*, då de baseras på bl.a. *Romkonventionen*

Antagligen följer därför av EG-rättens krav på effektivt rättsskydd att svenska domstolar bör bedriva materiell processledning i fall då parter försummat att uppmärksamma att EG-rättsliga regler kan vara av relevans i tvisten.[1499] Det innebär att svensk domstol genom materiell processledning bör göra parterna uppmärksamma på potentiella konkurrensrättsliga aspekter av deras tvist. Detta bör gälla presumtiva alternativa grunder och yrkanden,[1500] och särskilt om de prekluderas av domen.[1501] Men det bör också gälla alternativa rättssatser: när rättsläget är osäkert och rättskällorna svåröverskådliga är det naturligtvis mycket viktigt att parterna bereds tillfälle till rättslig argumentation. Framförallt kan det vara stötande om part tappar ett mål genom att domstolen överraskande tillämpar EG-rättsliga regler som inte diskuterats inom processens ram.[1502]

Innebär detta att en alltför tung börda läggs på domstolarna? När det gäller *alternativa rättsliga kvalificeringar* och *alternativyrkanden* är det definitivt inte så. Redan i rent dispositiva mål ska domstolarna ex officio beakta alla rättsregler som kan vara tillämpliga på saken och också tillämpa dem. Därifrån är det inte så långt att ex officio se vilka alternativa rättsföljder som kan läggas till partens talan. Domstolen har i rena dispositiva tvistemål ingen utredningsplikt och behöver inte skaffa sig kunskap om eventuell bevisning och eventuellt förekommande motfakta innan den gör parterna uppmärksamma på alternativa rättsföljder.

Den eventuella utvidgning av den materiella processledningen som följer med EG-rätten bör med avseende på alternativa yrkanden inte bestå i annat än att domstolen fäster parternas uppmärksamhet på den konkurrensrättsliga aspekten av deras tvist och informerar parterna om preklusionsrisken. Observera också, igen, att räckvidden av NJA 1994 s. 23 och NJA 1995 s. 610 är osäker. Vidare kan man knappast säga att det skulle vara en tung börda att lägga på domstolarna; HD menar i

---

om tillämplig lag för avtalsrättsliga förpliktelser, ska beaktas ex officio av svenska domstolar bl.a. på grund av medlemsstaternas lojalitetsskyldighet enligt artikel 5 i Romfördraget.

[1499] Werlauff s. 50, kommer till samma slutsats angående de danska domstolarnas motsvarande skyldigheter.

[1500] Jfr SOU 1982:26 s. 119 och s. 120 f.

[1501] Se t.ex. NJA 1990 s. 617 vari tidsfristen för överklagande av beslut rörande alternativyrkande gått ut. HD fann att Bostadsdomstolen bort göra klart med part om också alternativyrkandet överklagats. Jfr också NJA 1994 s. 7 vari var fråga om bristande processledning avseende yrkande om ersättning för rättegångskostnader, en rättsföljd som prekluderats av domen. Se också SOU 1982:26 s. 123 ang. alternativyrkanden.

[1502] Se Lindell, Preklusion s. 284.

de nämnda fallen att det ska vara rimligt att, under de förutsättningar som förelåg i fallen, kräva av en kärandepart att framställa eventuella alternativyrkanden. Detta kan man antagligen förstå som att det inte hade varit på något sätt utredningsmässigt betungande för part att bara framställa det alternativa yrkandet. I de fall det är tämligen säkert att alternativyrkanden prekluderas, dvs. de fall då det är rimligt att kräva av part att de framställs, är det därför heller inte betungande för domstolen att uppmärksamma parterna på frågan.

När det gäller *alternativa grunder* är dock läget mer besvärligt.[1503] Just det att konkurrensfakta inte åberopats kan ju föranleda att domstolen inte har anledning att anta förekomsten av en konkurrensrättslig aspekt. Alternativa konkurrensfakta kan ju trots att de prekluderas av domen ha ett ganska avlägset samband med talan och har kanske överhuvudtaget inte berörts av parterna.[1504] I sådana lägen kan man förstås inte kräva av domstolen att den ska bedriva materiell processledning. EG-rätten kan ju inte gärna underställa svenska domstolar en allmän "EG-frågeskyldighet".

Å ena sidan kan man alltså tycka att kraven på strikt självansvarighet måste efterges mot bakgrund av konkurrensreglernas konstruktion och lösligheten i det rättssystem i vilket de utvecklas.[1505] Å andra sidan är det processekonomiskt olämpligt att dra in ofta svårbedömda och svårbevisade konkurrensfrågor i tvister när ingen av parterna har uppmärksammat frågorna. Inte nog med att ett mål kan bli utredningsmässigt tungrott om eventuella konkurrensrättsliga aspekter inkluderas,[1506] avgörandet kan dessutom avsevärt försenas om domstolen finner det nödvändigt att begära besked från EG-domstolen eller EG-kommissionen. Antar man att parterna är bäst skickade att bedöma om målet är värt de kostnader och den tidsutdräkt som ett inkluderande av konkurrensfrågan medför, finns ingen anledning att i någon av parternas intresse, mot deras uttryckliga önskemål, inrymma frågan i tvisten.[1507] Men för att utröna parternas uppfattningar i lägen där de inte säger något måste de tillfrågas.[1508] Även om alltså förhalnings- och spekulationsrisk har betydelse för domstolarnas materiella processledning, liksom vid bedömningen av om förhandsavgörande

[1503] Jfr också Werlauff s. 55 f.
[1504] Se ovan 8.2.1. Jfr SOU 1982:26 s. 121.
[1505] Se 5.3.1 ovan.
[1506] Se SOU 1982:26 s. 125.
[1507] Se t.ex. Boman, Åberopsbördan s. 18 ff.; Westberg, Officialprövning s. 32 f.
[1508] Jfr Lindblom i SOU 1982:26 s. 617.

är nödvändigt, är principiellt partshänsyn underordnade EG-rättens genomslag och artikel 177. Från EG-rättslig synvinkel bör nog därför domaren förhöra sig om alternativa grunder en gång för mycket än vice versa.

Det kan vidare påpekas att det finns gränser för parts- och smidighetshänsynens betydelse vid tillämpningen av EG-rättsliga regler. Även om det av olika skäl är befogat att ta sådana hänsyn och även om detta är särskilt viktigt i helt dispositiva tvistemål,[1509] är det ofrånkomligt att EG-rättens direkta tillämplighet medför processekonomiska och hanteringsmässiga nackdelar. Om EG-rätten ska ha någon verkan här i landet, och det förefaller vara såväl avsett som accepterat, måste man också acceptera att den medför besvärligheter.

Det kan avslutningsvis påpekas att parternas gemensamma vilja har mycket liten betydelse när allmänintresset kräver att de konkurrensrättsliga aspekterna av t.ex. ett avtal reds ut.[1510] Dessutom har partsviljan mindre betydelse på områden där parterna saknar dispositionsrätt, som t.ex. när det är fråga om rättslägets rättsliga kvalificering.[1511]

10.4.2 Konsekvenser av underlåten processledning

Ovan har framhållits att svenska domstolar bör göra parterna uppmärksamma på konkurrensrättsliga aspekter av tvisten som inte berörts av parterna. Det kan föranleda parterna att åberopa nya omständigheter, ny bevisning, få dem att stöda sig på andra rättssatser (som anknyter till konkurrensreglerna) och anföra nya rättsliga argument. I rent dispositiva tvistemål ligger det i parternas hand att åberopa omständigheter och bevisning, medan rättstillämpning och bevisvärdering ankommer på domstolarna.

Materiell processledning med betydelse för nya åberopanden fyller funktionen att sätta parterna i stånd att göra ett medvetet val, en övervägd disposition.[1512] "Materiell processledning" med avseende på rättsregler och rättssatser fyller en annan funktion. På området för rättsfrågor har i princip inte parterna rätt att disponera. I detta avseende fyller processledningen syftet att få saken allsidigt belyst och underlätta domstolens ställningstagande. Det bör dock påpekas att

[1509] Se ovan, t.ex. 7.2, ang. de nationella domstolarnas skyldighet att begära förhandsavgörande i civilprocessen.
[1510] Se ovan 7.3.
[1511] Se nedan 10.5 samt ovan 5.2.4.
[1512] Se Lindblom i SOU 1982:26 s. 617.

materiell processledning beträffande rättslig kvalificering kan orsaka partsdispositioner: en presumtiv eller potentiell rättslig kvalificering kan förmå part att efterge, medge och framförallt att förlikas. I varierande omfattning används kanske t.o.m. prognoser om utfallet och/eller alternativa rättsliga kvalificeringar av tvisten för att underlätta förlikningar.[1513]

Underlåten materiell processledning kan föranleda att relevanta konkurrensfakta undanhålls underlaget för domen. Vidare kan bevisfakta undanhållas. När det gäller alternativa rättsliga kvalificeringar och rättsliga argument kan man knappast säga att de undanhålls underlaget för domen på grund av bristande materiell processledning. Som ovan framhållits är inte domstolen bunden av parts åberopande av rättsregler. Att domstolen använder ett juridiskt argument eller en rättsregel förutsätter inte att part stött sig på endera av dem i processen. Underlåtenhet att beakta konkurrensrättsliga kvalificeringar utgör ett särskilt problem som kommer att diskuteras senare nedan.[1514]

En tänkbar konsekvens av underlåten materiell processledning är att domen kan *undanröjas* på grund av *grovt rättegångsfel* enligt RB 50:28.[1515] Att underlåten materiell processledning kan utgöra rättegångsfel står helt klart, likaså verkar det klart att underlåten materiell processledning, beroende på omständigheterna i målet, kan vara ett grovt sådant fel. De ovannämnda skälen för att ställa höga krav på materiell processledning i mål med EG-rättslig anknytning stöder också en för den drabbade parten liberal tillämpning av begreppet grovt rättegångsfel.

Undanröjande kan aktualiseras såväl före som efter det att en dom som föregåtts av bristfällig materiell processledning vunnit laga kraft. I det förra fallet krävs att domen överklagats, men det är inte nödvändigt att bristande materiell processledning utgör *grovt* rättegångsfel.[1516] I det senare fallet krävs att den drabbade parten tillgriper det extraordinära rättsmedlet domvilloklagan och vidare förutsätts då att bristande materiell processledning utgör *grovt* rättegångsfel.[1517]

[1513] Jfr RB 42:17.

[1514] Se nedan 10.5.3.

[1515] Jfr t.ex. Westberg, Officialprövning s. 686 ff. samt NJA 1990 s. 617 och NJA 1994 s. 7. Jfr vidare NJA 1976 s. 289, NJA 1964 s. 41, NJA 1987 s. 450, NJA 1988 C 182, RH 1996:112, RH 1995:27 och RH 1990:71.

[1516] Se RB 50:28. 50:26 förefaller inte bli aktuell vid enbart bristande materiell processledning.

[1517] RB 59:1 st. 1 p. 4.

Om vi först ser till förhållandena vid *domvilla* krävs för undanröjande givetvis att domstolens underlåtenhet är att se som grovt rättegångsfel, men också att felet är sådant att det kan antas ha kunnat inverka på målets utgång och att part haft giltig ursäkt att inte i det ordinära förfarandet åberopa de omständigheter som klagan över domvilla grundas på.[1518] För att visa att bristande materiell processledning kan antas ha inverkat på utgången borde det då vara fråga om att visa att ej åberopade omständigheter och bevis förelegat som, om de åberopats, varit relevanta för utgången.

Rekvisitet giltig ursäkt verkar hänga ihop med underlåten processledning och kravet på inverkan på utgången. I den mån som underlåten materiell processledning ska ses som grovt rättegångsfel ingår s.a.s. implicit i bedömningen konsekvenserna för part och om part är ursäktad för att inte ha insett konsekvenserna av sina (underlåtna) handlingar. De krav som ställs på materiell processledning betingas ju av konsekvenserna av partsdispositionerna – anses att domstol bort hjälpa part på traven med hänsyn till att hon eller han inte biträds av ombud, eller på grund av rättslägets beskaffenhet, bör underlåtenhet kanske ses som rättegångsfel och part vara ursäktad för att inte disponerat på ett optimalt sätt. Men anses tvärtom att parten rimligen borde komma till klarhet på egen hand är det inte rättegångsfel att inte hjälpa honom och part är inte ursäktad för att inte ha disponerat.

Vidare kan man anta att bedömningen av om underlåten materiell processledning utgjort grovt rättegångsfel bör göras under hänsynstagande till om domstolens inaktivitet påverkat utgången av målet. Det kan dock påpekas att i fall när det kan antas att part har varit medveten om att bristande materiell processledning utgör grovt rättegångsfel, men avstått ifrån att påtala det, det inte kan komma ifråga med undanröjande.[1519] Detsamma kan sägas om fall där part medveten om att omständigheter kunnat vara av relevans för utgången avstått från att åberopa dem.[1520]

Vid tillämpning av 59:1 st. 1 p. 4 krävs att det är fråga om grovt rättegångsfel för att undanröjande ska komma ifråga. "Intraprocessuellt" krävs enligt 50:28 att det ska ha skett ett fel, utan grovhetskrav, och det uppställs inget krav på giltig ursäkt för att felet ska få avhjälpas i högre rätt. Möjligen innebär detta att "mindre felaktig" process-

[1518] 59:1 st. 2.

[1519] Se prop. 1988/89:95 s. 55 f.

[1520] Jfr dock Lindell, Preklusion s. 312 ff. och prop. 1983/84:78 s. 77 i.f. ang. ursäktsrekvisitet i 42:15.

ledning som uppmärksammas av domstol eller av part kan föranleda att part i högre rätt kan åberopa nya omständigheter och bevis.[1521]

Alltså, i den mån som bristande materiell processledning utgör *endast* rättegångsfel enligt 50:28 och inte kvalificeras som annat grovt rättegångsfel enligt 59:1 st. 1 p. 4 kan undanröjande eller korrigering ske vid ordinär fullföljd. Men efter att domen vunnit laga kraft ska domvilloklagan ogillas.[1522] Om man, som här, förespråkar att bedömningen av grovheten i underlåten materiell processledning bör vara liberal till den drabbade partens fördel, bör utrymmet för andra än grova rättegångsfel vara relativt snävt. Valet bör i tveksamma situationer stå mellan icke rättegångsfel och grovt rättegångsfel, snarare än mellan grova och andra rättegångsfel. Den ovan nämnda definitiva tidsfristen på sex månader för domvilloklagan gör inte att en generös tillämpning av domvilloregeln i 59:1 st. 1 p. 4 kommer i konflikt med den önskvärda vidsträckta rättskraftsverkan.

Ser vi så återigen till de fall som inryms under 59:1 p. 4 som "annat grovt rättegångsfel" framgår att de fallen också täcks av 50:28. För undanröjande av dom som vunnit laga kraft enligt den förra regeln krävs visserligen att part har giltig ursäkt för att inte tidigare ha åberopat rättegångsfelet.[1523] Men vid materiell processledning som felgrund är det tveksamt om det finns någon reell skillnad mellan de intraprocessuella och postprocessuella möjligheterna att åberopa nya omständigheter och bevis med stöd av underlåten processledning. Som ovan sades implicerar felaktig eller underlåten processledning att part haft giltig ursäkt. Det kan dock påpekas att det krävs giltig ursäkt enligt 50:25 st. 3 för att part oberoende av rättegångsfel ska få åberopa nya omständigheter i högre rätt.[1524] Det medför alltså att part också oberoende av bristande materiell processledning kan åberopa omständigheter i högre rätt så länge parten är ursäktad.[1525]

Bristande materiell processledning kan som ovan berörts också föranleda att domen blir föremål för *resning*, dvs. när relevanta omständig-

[1521] Se prop. 1988/89:95 s. 83 f. och NJA 1995 s. 571. Se också NJA 1995 s. 41.

[1522] Avvisning enligt 59:1 st. 2 borde inte komma ifråga eftersom part borde vara ursäktad vid rättegångsfel enligt RB 50:28.

[1523] Prop. 1988/89:95 s. 84.

[1524] Detta lagrum, liksom resningsrekvisitet i 58:1 st. 2 har självständig betydelse när part får kännedom om omständigheter och eller bevisning som inte åberopats och som är såpass avlägsna att de inte borde föranlett materiell processledning eller då processledning utförts fåfängt på grund just av att part saknat kännedom om omständigheterna.

[1525] Frågan här är bl.a. om part är ursäktad på grund av underlåten processledning trots att underlåtenheten inte utgör (grovt) rättegångsfel.

heter och bevisning inte åberopats av part. För resning enligt 58:1 st. 1 p. 3 krävs att part gör sannolikt att hon eller han inte i rättegången kunnat åberopa i resningsansökan anfört processmaterial. Också här borde ett krav på materiell processledning, som s.a.s. andra sidan av parts svårighet att bringa sig uppfattning om rättsläget, ha betydelse för ursäktsbedömningen.

Det bör påpekas att resningsmöjligheten, liksom möjligheten att åberopa nya omständigheter i högre rätt, inte är beroende av om domstolen har brustit i materiell processledning. Också i fall när domstolen inte rimligen kunnat ana existensen och relevansen av alternativa saksammanhang och alltså inte brustit i processledning, kan part åberopa nya omständigheter om giltig ursäkt finns.[1526] Oberoende av om domstolen påpekat att åberopande av vissa fakta kan ha betydelse måste part vara ursäktad om han inte varit medveten om existensen av sådana fakta. Vidare kan part få kännedom om konkurrensrättsliga fakta eller bevis först efter rättegången. Enligt 58:4 st. 2 börjar, som ovan sagts,[1527] tidsfristen, på ett år, för ansökan om resning att löpa först från den tidpunkt sökanden fick kännedom om det förhållande ansökningen grundas på.

Säg att käranden yrkar fastställelse av att svaranden ska förpliktas sälja varor till honom till lägre pris än som erbjudits och att talan grundas på att svaranden har en dominerande ställning på marknaden. Domstolen kan då fråga käranden om han gör något annat gällande för det fall svarandens marknadsställning inte kan sägas vara dominerande. Men om käranden saknar tillräcklig bevisning för att visa att svaranden tillsammans med andra företag samordnat sitt marknadsuppträdande kommer han inte att åberopa samordnat förfarande. Uppkommer efter att den ogillande domen vunnit laga kraft bevis för att det förelegat ett samordnat förfarande och att detta föranlett den erbjudna prisnivån borde resning kunna ske enligt 58:1 st. 1 p. 3 och st. 2 och 58:4 st. 2. I den mån som käranden får kännedom om bevisningen efter domen, men innan den vunnit laga kraft, borde part också kunna åberopa omständigheter svarande mot samordnat förfarande i högre rätt enligt 50:25 st. 3. Observera dock att det i ett sådant läge knappast kan vara fråga om bristande materiell processledning och att undanröjande inte gärna kan komma ifråga. Man kan också fråga sig

[1526] Se t.ex. NJA 1995 s. 41.
[1527] Se ovan 9.3.2.

om inte kravet på materiell processledning är svagare i de fall den konkurrensrättsliga aspekten är aktualiserad s.a.s. från början.[1528]

Jag vill vidare betona att just *resning* på grund av nya omständigheter eller bevis bör beviljas med försiktighet i mål med EG-rättslig anknytning. Ett starkt skäl till det är den ickedefinitiva tidsfrist i RB 58:4 st. 2 som anknyter till 58:1 st. 1 p. 3. Ovan har jag funnit fristregelns utformning motivera en sträng tillämpning av lagrummet ifråga när bristande officialprövning kan antas ha orsakat en materiellt oriktig dom.[1529] Strax nedan finner jag samma skäl motivera en differentierad tillämpning av ursäktsrekvisitet intraprocessuellt (50:25 st. 3) och extraordinärt (58:1 st. 1 p. 3), samt en hård tolkning av kravet på kännedom (58:4 st. 2).

Av det ovanstående kan man alltså sluta till följande. När det gäller *rättegångsfel* finns s.a.s. intraprocessuellt inget krav på giltig ursäkt för att part inte påpekat t.ex. bristande materiell processledning. Högre rätt kan alltså oberoende av parts aktiviteter i processen rätta till den underlåtna processledningen genom att tillåta nya åberopanden. I detta kan antas ligga ett implicit ursäktskrav. Om domstolen anses ha underlåtit processledning kan man anta att part ansetts ursäktad för att inte åberopa omständigheterna och bevisningen. Bristande materiell processledning kan alltså medföra att nya omständigheter får åberopas i högre rätt. Men nya omständigheter får anföras också oberoende av dels underlåten materiell processledning, dels om sådan utgör rättegångsfel, nämligen om part har annan giltig ursäkt för att inte ha åberopat det nya processmaterialet.

När domen istället vunnit laga kraft krävs för det första att den bristande processledningen kan kvalificeras som grovt rättegångsfel. Det är möjligt att visst slag av underlåten materiell processledning kan ses som endast rättegångsfel och inte grovt sådant. I sådant fall finns en skillnad mellan att göra gällande felet i hovrätten i samband med överklagande respektive efter det att domen vunnit laga kraft.

För det andra krävs för att domvilloklagan inte ska avvisas uttryckligen giltig ursäkt för att part inte har åberopat ett grovt rättegångsfel i det ordinära förfarandet.[1530] När det är fråga om bristande materiell processledning borde detta i princip innebära att part måste ha giltig ursäkt för att inte ha åberopat själva omständigheterna eller bevisen.

[1528] Jfr dock NJA 1987 s. 450.
[1529] Se ovan 9.3.2.
[1530] 59:1 st. 2.

Föreligger giltig ursäkt, vilket borde vara självuppfyllt då underlåten processledning ses som grovt rättegångsfel, kommer domen att undanröjas. Undanröjande kommer dock inte ifråga om domstolen inte brustit tillräckligt grovt i materiell processledning eller inte brustit alls. Part kan inte genomdriva att domen undanröjs om ingen domvilla förekommit enligt 59:1.[1531]

Frågan är nu om *kravet på giltig ursäkt* är detsamma i alla de ovannämnda lagrummen. Av motiv och doktrin framgår visserligen att ursäktsbedömningen ska vara strängare ju högre upp i instansordningen målet förts.[1532] Men ingenstans sägs något om att giltig ursäkt ska förstås på samma sätt som spärrekvisit intraprocessuellt, vid undanröjande och vid resning. Det kan innebära att kravet på giltig ursäkt bör ha samma betydelse när det är en förutsättning för extraordinära rättsmedel som när det prekluderar processmaterial i högre rätt. Det borde dock t.ex. vara svårare att få resning på grund av en ej förebragt omständighet när den lagakraftvunna domen avkunnats av HD, eftersom det är svårare att få åberopa nya omständigheter i HD jämfört med i hovrätten.[1533]

Men när part ansöker om t.ex. *resning* av dom som avkunnats av tingsrätt kunde det tänkas att ursäktsbedömningen borde göras mot bakgrund av parts möjlighet att få åberopa resningsgrunden i hovrätt enligt 50:25 st. 3. Vid en bedömning av kravet på giltig ursäkt vid *klagan på domvilla* går det inte att hämta ledning från RB:s 50:e kapitel, eftersom det inte finns något krav på giltig ursäkt innan domen vunnit laga kraft. När det gäller just underlåten materiell processledning finns dock implicit ett sådant krav, låt vara att det är formaliserat inom bedömningen av om den eventuella bristande materiella processledningen utgör grovt rättegångsfel. Man kan därför lämpligen göra ursäktsbedömningen mot bakgrund av om de omständigheter och den bevisning som undanhållits, kunnat och bort åberopats av part. Detta krav kan dock antas uppfyllt automatiskt om underlåten materiell processledning är att se som grovt rättegångsfel.[1534]

Här bör dock vidare framhållas att de skäl som talar för en strikt tillämpning av *resningsförutsättningarna* då nytt processmaterial, som indikerar *indispositiv* konkurrensstridighet framkommer, a fortiori

[1531] Under förutsättning, givetvis, att inget annat grovt rättegångsfel förekommit.

[1532] Se prop. 1988/89:95 s. 45.

[1533] Prop. 1971:45 s. 59 och prop. 1988/89:95 s. 79 och s. 45.

[1534] I motiven framgår också att det bör ses som oursäktligt att part är medveten om rättegångsfelet, men tiger inom ramen för det ordinära förfarandet.

gör sig gällande i rent dispositiva mål. Ovan framhölls att det i mål med EG-rättslig anknytning är särskilt viktigt att det finns ett definitivt slut på tvisten och att detta beror på EG-rättens osäkra innehåll och utvecklingspotential. Därför, menade jag, med hänvisning till den icke definitiva tidsfristen vid resning i anledning av nya omständigheter eller bevis enligt 58:1 st. 1 p. 3 och 58:4 st. 2, bör kravet på såväl giltig ursäkt som på parts (icke-)kännedom tillämpas strikt. Det finns ingen anledning att anlägga ett annat synsätt på tillämpningen av resningsregeln i rent dispositiva mål, tvärtom.

Det som sades ovan bör alltså revideras i ett avseende: även om det kan framstå som lämpligt att ursäktsbedömningen enligt RB 50:25 st. 3 bör harmoniera med ursäktsbedömningen enligt 58:1 st. 1 p. 3 i anledning av bristande materiell processledning, är det motiverat att göra skillnad i tillämpningen på grund av fristens konstruktion vad gäller den senare bestämmelsen.

Sammanfattningsvis kan man säga följande om konsekvenserna av underlåten materiell processledning i rent dispositiva mål där EG:s konkurrensregler är tillämpliga. När underlåten materiell processledning utgör *grovt rättegångsfel* är förutsättningarna uppfyllda för undanröjande, resning och ickepreklusion inom processen. När underlåten materiell processledning är *olämplig*, och kanske utgör rättegångsfel utan att vara grovt, brister det i förutsättningarna för undanröjande. Vid ordinär fullföljd kan nya omständigheter och bevisning åberopas enligt 50:28 eller 50:25 st. 1 på grund av den underlåtna processledningen och/eller på grund av att part varit ursäktad. Det finns också möjlighet till resning enligt 58:1 st. 1 p. 3. Men denna regel bör tillämpas restriktivt på grund av den anknytande fristens icke definitiva karaktär. Antagligen bör dock ursäktsbedömningen vid intraprocessuell preklusion influeras av att domstolen bort vara mer aktiv, trots att inaktiviteten inte utgör grovt rättegångsfel.

I de fall underlåten materiell processledning är korrekt eller där det saknats anledning till materiell processledning finns inga möjligheter till undanröjande eller att åberopa omständigheten vid ordinär fullföljd enligt 50:28. Däremot kan part, om det föreligger annan giltig ursäkt, åberopa nya fakta enligt 50:25 st. 3.

10.4.3 Kriterier för bedömningen av materiell processledning

Efter att ovan ha beskrivit den önskvärda omfattningen av de svenska domstolarnas materiella processledning i mål med EG-rättslig anknyt-

ning samt de allmänna konsekvenserna av bristande materiell processledning, ska jag i detta avsnitt utveckla de ovanstående resonemangen i en något mer sammanhållen analys. Låt mig dock först beskriva mina slutsatser så här långt.

Svenska domstolar bör med hänsyn till EG-rättens oklara innehåll och den diffusa rättskällesituationen anses skyldiga att upplysa parterna i de fall deras tvist har konkurrensrättsliga dimensioner. Underlåten materiell processledning kan utgöra grovt rättegångsfel enligt svensk rätt. Det finns också utrymme för att anföra nya omständigheter i högre rätt. Däremot finns skäl som talar emot att bevilja resning när domstol varit passiv i att upplysa part om de konkurrensrättsliga aspekterna av tvisten.

I detta avsnitt diskuteras närmare, som ovan antytts, kriterierna för att på grund av domstols inaktivitet i processen angripa en lagakraftvunnen dom, och också i viss mån möjligheten att inom processens ram åberopa nya omständigheter och ny bevisning i högre rätt. Den andra sidan av frågan är egentligen vilka krav på självansvarighet man ska ställa på den enskilda parten. Redan inledningsvis skulle jag vilja påstå att det är omöjligt att lägga fast generella normer för i vilka lägen och på vilket sätt domstolen bör påtala konkurrensreglernas tillämplighet för parterna. Behovet av processledning förefaller vara mycket situationsanknutet och bero på faktorer som parts kapacitet att utreda rättsläget, parts ekonomiska situation, spekulationsmöjligheter, risken och behovet av förhandsavgörande, andra processekonomiska överväganden, domstolens antaganden om parts inställning, parts eventuella förlitan på domstolens påpekanden, den faktiska möjligheten att utifrån kanske ganska komplicerade saksammanhang bibringa sig en uppfattning om ej förebringade omständigheter, konkurrensrättens innehåll med avseende på den aktuella frågan, förekomsten och tillgängligheten av rättskällematerial etc.

Trots den tydliga svårigheten att ställa upp generella kriterier med hänsynstagande till alla variationer av ovannämnda och andra faktorer av betydelse, vill jag ändå i det följande föreslå några utgångspunkter för bedömningen av när underlåten materiell processledning bör föranleda undanröjande, resning och ickepreklusion av omständigheter i högre rätt. Värdet av dessa bör givetvis ses i ljuset av vad som sagts ovan.

För att ställa upp några slags allmänna och hanterliga bedömningskriterier bör man reducera utgångspunkten till tre relevanta frågor. Dessa är 1) hur näraliggande framstod det, objektivt sett, för domstolen

att konkurrensreglerna kunde vara tillämpliga utifrån åberopade omständigheter, det framställda yrkandet och processmaterialet i övrigt; 2) hur klar var konkurrensstridigheten; 3) Hur hade part(-erna) handlat om de, mot bakgrund av det då rådande rättsläget, fått kännedom om/uppmärksammat omständigheter och/eller bevisning i processen?

Om vi inledningsvis förutsätter att det framstår som klart att domstolen utifrån processmaterialet borde ha uppmärksammat att konkurrensreglerna eventuellt var tillämpliga,[1535] bör man komma över på det andra av de ovannämnda spörsmålen, dvs. vilken betydelse graden av konkurrensstridighet bör ha. Det förefaller rimligt att kravet på materiell processledning uppställs utifrån de obeaktade omständigheternas relevans för utgången av målet. En utgångspunkt för bedömningen av *omständigheternas relevans* bör vara om domstolen bort tillämpa konkurrensreglerna för det fall omständigheterna åberopats, eller om domstolen bort vända sig till EG-domstolen med begäran om förhandsavgörande. Ett ytterligare skäl att ta utgångspunkt i om domstolen bort begära förhandsavgörande är att underlåtenhet med avseende på detta i sig kan utgöra rättegångsfel.[1536]

Säg därför att de nya omständigheter och den nya bevisning som part använder till grund för resning, klagan på domvilla eller vill åberopa i högre rätt, åberopats inom ramen för det ordinära förfarandet respektive i föregående instans. Det självklara läget är det då domstolen med stöd av acte clair-doktrinen bort tillämpa konkurrensreglerna direkt utan förhandsavgörande.[1537] I sådant fall hade det varit fråga om en klar konkurrensbegränsning. Det andra klara läget är det då domstolen inte ens borde ha reflekterat över att begära förhandsavgörande på grund av att omständigheterna eller bevisningen införts i målet. I ett sådant fall är det klart fråga om icke konkurrensbegränsande handlande. I det förra, men inte det senare fallet bör underlåten materiell processledning ses som grovt rättegångsfel.

Sedan finns det de mer tveksamma fallen. Om det framstår som om domstolen bort begära förhandsavgörande från EG-domstolen för det fall omständigheterna åberopats bör antagligen underlåten materiell processledning ses som grovt rättegångsfel. I sådant fall överväger misstanken att det rör sig om konkurrensstridigt handlande de motstående hänsyn som kan föranleda att domstol trots misstanke avstår från

[1535] Dvs. fråga 1) ovan.
[1536] Se ovan 9.3.3.
[1537] Se ovan 7.2.

begäran om förhandsavgörande.[1538] I de fall domstolen visserligen bort misstänka att det rört sig om konkurrensbegränsning, men motstående hänsyn bort föranleda domstolen att avhålla sig från begäran om förhandsavgörande, bör underlåten materiell processledning inte ses som grovt rättegångsfel.

Detta får visserligen den märkliga konsekvensen att underlåten processledning inte ses som grovt rättegångsfel i fall som framstår som mer eller mindre lika allvarliga konkurrensbegränsningar i jämförelse med andra mindre allvarliga konkurrenbegränsningar, där underlåtenhet kan ses som grovt rättegångsfel, nämligen när motstående hänsyn överväger det antagna värdet av ett förhandsavgörande. Men det förefaller rimligt att balansera parts- och processekonomiska hänsyn mot värdet av ett förhandsavgörande/konkurrensbegränsningens klarhet också vid bedömningen av behovet av materiell processledning. Underlåtenhet att påpeka den konkurrensrättsliga aspekten för parterna kan, om inte godtas, så i alla fall tolereras i efterhand, om motstående hänsyn starkt talar emot att den konkurrensrättsliga aspekten inkluderas i tvisten. Det är olämpligt att part inte får göra det valet, men det borde inte utgöra grovt rättegångsfel att i sådana lägen underlåta materiell processledning. Däremot kan det alltså vara befogat att se underlåten processledning som grovt rättegångsfel i fall av mindre klara konkurrensbegränsningar, men där styrkan av de motstående intressena är mycket låg.

Detta är en utgångspunkt för bedömningen av om *underlåten materiell processledning utgör grovt rättegångsfel* i de fall domstolen bort ana att den föreliggande tvisten haft konkurrensrättsliga dimensioner. För möjligheten att åberopa nya omständigheter i högre rätt med stöd av 50:28 eller 50:25 st. 3 borde det vara tillräckligt att underlåten processledning ses som grovt rättegångsfel.[1539] För undanröjande på grund av rättegångsfel enligt 59:1 st. 1 p. 4 krävs dock vidare att det grova rättegångsfelet inverkat på utgången. För resning på grund av nya omständigheter eller bevis enligt 58:1 st. 1 p. 3 krävs att förebringandet av omständigheterna respektive bevisningen sannolikt skulle ha lett till en annan utgång.

För att bedöma tillämpligheten av detta rekvisit vid underlåten processledning kan man, vilket inledningsvis listades som den tredje fråge-

[1538] Se ovan 7.2.

[1539] För det fall bristande materiell processledning kan karaktäriseras som ett icke grovt rättegångsfel, torde också detta räcka som giltig ursäkt enligt 50:28.

ställningen, fråga sig hur parterna hade handlat om de i processen fått kännedom om eller uppmärksammat omständigheterna. En sådan fråga är omöjlig att besvara eftersom den rör det hypotetiska innehållet i parts tankar vid en tidigare tidpunkt, givet vissa förutsättningar som då inte förelåg. En viss, men ytterst begränsad, bevisverkan för att part hade åberopat omständigheterna utgör väl det faktum att part i efterhand försöker få domen undanröjd eller resning till stånd genom att åberopa de relevanta omständigheterna. Man bör dock betänka att part i efterhand på grund av EG-domstolens efterföljande praxis kan ha kommit till en annan bedömning än hon eller han skulle ha gjort i processen. Vidare kan parts angrepp på domen bero på trakasserings- eller spekulationssyfte. Av dessa skäl bör kraven på materiell processledning ses utifrån det rättsläge som gällde då domen vann laga kraft.[1540] Frågan om hur part hade handlat med kännedom om omständigheterna bör också ställas med avseende på denna tidpunkt.

Eftersom det är omöjligt att i efterhand säga hur part hade handlat måste man göra principiella antaganden. Man kan därför falla tillbaka på det som sagts ovan om hur domstolen bort förfara om omständigheterna åberopats. Man kan alltså *anta* att part hade åberopat omständigheterna om domstolen bort tillämpa konkurrensreglerna utan att begära förhandsbesked. Vidare kan man *anta* att part hade åberopat omständigheterna, om domstolen bort finna det befogat att begära förhandsbesked. Men om domstolen med hänsyn till motstående intressen och det förväntade värdet av ett förhandsavgörande bort avstå från förhandsbesked, kan man *anta* att part inte åberopat omständigheterna. Och detsamma är fallet när domstolen efter åberopande bort lämna omständigheterna utan avseende utan att ens reflektera över att begära förhandsbesked.

De senare antagandena är strängt taget onödiga vid *undanröjande på grund av domvilla* eftersom de ger ledning för om bristande materiell processledning påverkat utgången i fall då underlåten materiell processledning inte ens utgör grovt rättegångsfel.[1541] Däremot kan de ha betydelse vid ansökan om resning eftersom resning inte förutsätter (grov) underlåten materiell processledning.[1542] Antagandena om hypotetiskt partshandlande bör givetvis falla om part lyckas visa att

[1540] Se också ovan 9.3.3 ang. samma fråga vid felaktig rättstillämpning.

[1541] Se ovan 10.4.2. Även om bristande processledning i vissa fall kunde ses som icke grova rättegångsfel och föranleda intraprocessuellt undanröjande finns enligt 50:28 inget krav på att rättegångsfelet ska ha påverkat utgången.

[1542] Se ovan 10.4.2.

han sannolikt hade åberopat omständigheterna trots att prognosen vid tillfället inte var gynnsam.[1543] Dessutom bör antagandena om att part hade åberopat omständigheterna falla om motparten visar att det inte är sannolikt[1544] respektive icke antagligt[1545] att part hade åberopat omständigheterna.

Det ovan sagda har utgått från förutsättningen att domstolen kunnat misstänka existensen av ej åberopade omständigheter och bevisning. I de fall domstolen inte rimligen kunnat misstänka att det är fråga om konkurrensstridigt beteende, kan inte gärna underlåtenhet att förhöra sig om EG-rättsliga eller konkurrensrättsliga aspekter av en tvist ses som underlåten materiell processledning eller grovt rättegångsfel.[1546] Vad krävs då för att domstolens passivitet ska ses som underlåten materiell processledning respektive grovt rättegångsfel? Ja, det är uteslutet att generellt försöka slå fast vilka förutsättningar som måste vara för handen för att domstolen bör vara aktiv. Det är också omöjligt att generellt säga vad en domstol i olika situationer med varierande grad av säkerhet bör göra för att fullgöra sin processledningsbörda. Det finns alltför många tänkbara scenarier.

Här ska endast göras vissa påpekanden. Vid bedömningen om domstolen i en viss situation bör ha misstänkt förekomsten av konkurrensfakta bör en objektiv måttstock användas. Man bör utgå ifrån att domaren känner rätten och alltså också EG:s konkurrensregler. Gjordes kravet på materiell processledning beroende av den enskilde domarens kunskaper i konkurrensrätt och dennas kapacitet att därigenom ana dolda saksammanhang skulle i praktiken hela bördan av EG-rättens osäkerhet övervältras på den enskilde som kunnat stöda sig på de EG-rättsliga reglerna, men försummat att göra det.[1547]

Man kan kanske skilja på tre olika situationer. Säg att det finns ett helt alternativt konkurrensfaktakomplex som inte åberopats av part, som t.ex. när käranden yrkat skadestånd för patentintrång och svaranden endast gjort en rättsinvändning av innebörd att det presumtivt skadeståndsgrundande beteendet inte utgör patentintrång.[1548] I sådana

[1543] Observera dock att kraven på giltig ursäkt respektive (icke) kännedom bör tillämpas strängt. Alltså, även om parten lyckas visa potentiell påverkan på utgången kan det hela falla på frånvaro av giltig ursäkt samt kännedom.
[1544] 58:1 st. 1 p. 3.
[1545] 59:1 st. 1 p. 4.
[1546] Se ovan 10.4.2.
[1547] Se ovan 10.4.1.
[1548] Jfr Volvo v. Veng (1988).

lägen är det lämpligt att domstolen frågar svaranden om han beaktat de konkurrensrättsliga aspekterna av tvisten. Det kanske t.o.m. utgör rättegångsfel att inte uppmärksamma svaranden på denna eventuella aspekt av tvisten. Men man kan näppeligen säga att det är grovt rättegångsfel att underlåta att föra den konkurrensrättsliga aspekten på tal; domstolens grund för misstanken om förefintligheten av en konkurrensrättslig aspekt kan antas vara ganska substanslös och utgörs kanske endast av vetskapen om att yrkanden om patentintrång under vissa förutsättningar kan utgöra missbruk av patenträttigheten, av en dominerande ställning.

I andra fall kan man säga att misstanken har mer substans. Säg t.ex. att återförsäljare av reservdelar till ett visst bilmärke yrkar att leverantörerna ska låta honom fortsätta sälja reservdelar. Han åberopar att alla leverantörer av de aktuella reservdelarna överenskommit att inte leverera till honom. Eftersom artikel 85 knappast kan ge stöd för ett krav på kontrahering bör domstolen förhöra sig om inte artikel 86 alternativt görs gällande. Visserligen kan det framstå som om kraven på materiell processledning minskar om den konkurrensrättsliga aspekten redan s.a.s. införts i målet. Men av praxis framgår att det är i fall när det för domstolarna framstått som "näraliggande" att fråga parter som passivitet utgjort rättegångsfel.[1549] Att inte fråga part om artikel 86 och därigenom eventuellt orsaka att omständigheter motsvarande dominerande ställning åberopas, borde därför utgöra grovt rättegångsfel.

Men också i fall när underlåten processledning inte utgör grovt rättegångsfel och kanske t.o.m. när konkurrensfakta varit såpass avlägsna att man inte ens kan hävda att det varit lämpligt att domstolen förhört sig om den konkurrensrättsliga aspekten, är det möjligt att part ändå är ursäktad för att inte ha åberopat omständigheterna eller bevisningen. Det innebär att part kan tänkas få åberopa omständigheterna i högre rätt. Trots att starka skäl talar emot det, kan vidare resningsinstitutet vara tillämpligt. Såväl vid åberopande av nya omständigheter i högre rätt som vid resning enligt 58:1 st. 1 p. 3 framstår det som en godtagbar ursäkt att part saknat kännedom om processmaterialets existens när domen vann laga kraft.[1550]

Om part anses ursäktad också *i andra fall* än då bristande materiell processledning utgjort grovt rättegångsfel kan man tänka sig att det är

[1549] Jfr NJA 1990 s. 617 samt NJA 1994 s. 7. Se dock NJA 1987 s. 450.
[1550] 58:4 st. 2.

möjligt att åberopa nya omständigheter i högre rätt också då part visserligen *haft kännedom* om omständigheternas existens, men saknat insikt om deras rättsliga relevans. Här borde man kunna beakta också hur pass avlägsna omständigheterna varit, trots preklusionen. Vidare borde beaktas omständigheternas relevans för utgången i enlighet med vad som ovan föreslogs med utgångspunkt i om det varit lämpligt att begära förhandsavgörande. Vid den intraprocessuella preklusionsbedömningen kan möjligen även tas hänsyn till om part haft befogad anledning att tro att han kunnat vinna målet utan att åberopa de aktuella omständigheterna.[1551]

Avslutningsvis kan anmärkas att bedömningen av konsekvenserna av bristande materiell processledning förefaller inkludera många aspekter och frågeställningar. Vidare kan angående resning påpekas att parts bristande insikter om det nya processmaterialets *rättsliga relevans* inte bör vara ursäktande. I detta avseende kan knappast situationen vid förhandsavgörande användas analogt och skälet är att just tidsfristen vid resning inte har en definitiv startpunkt.

10.5 Alternativ rättslig kvalificering

10.5.1 Kan eller ska domstolarna beakta konkurrensreglerna ex officio?

Enligt svensk rätt är domstolarna obundna av parternas rättsliga kvalificering av tvisten. Det innebär att domstol mot parternas vilja och hur sent som helst i rättegången kan beakta rättsregler som parterna inte stött sig på. Enligt *Lindell* innebär det ett klart rättegångsfel att tillämpa rättsregler som inte berörts av parterna utan att informera parterna om det först.[1552] Ovan har vidare framhållits att det borde utgöra grovt rättegångsfel om domstol tillämpar EG:s konkurrensregler på relevanta omständigheter utan att parterna beretts tillfälle att komplettera utredningen och ge rättsliga synpunkter på konkurrensfrågan.[1553] I detta avseende borde det inte vara någon skillnad om konkurrensreglerna ses som dispositiva. När det gäller konkurrensbegränsande avtal

[1551] Jfr Lindell, Preklusion s. 312 ff. samt Ekelöf/Boman, Rättsmedlen s. 48; jfr också a.a. s. 132.
[1552] Lindell, Preklusion s. 284.
[1553] Se ovan 10.4.2.

är det för övrigt kanske lätt att tänka sig att domstolarna förbiser att reglerna är dispositiva och tillämpliga, utan att någon av parterna berört den konkurrensrättsliga aspekten.[1554]

Vidare har ovan framhållits att *underlåten officialtillämpning* av konkurrensreglerna i situationer när de föreliggande omständigheterna är tillräckliga för att tillämpa reglerna bör ses som grovt rättegångsfel när det av domskälen framgår att konkurrensfrågan inte beaktats. Om konkurrensreglerna visserligen beaktats, men inte tillämpats trots att förutsättningar för det har förelegat är det inte fråga om grovt rättegångsfel utan felaktig rättstillämpning eller felaktig bevisvärdering.[1555]

Här ska påpekas att de begränsningar av domstolens möjligheter att disponera över rättsläget som följer av sedvanliga principer i svenska dispositiva mål bör gälla också då EG:s konkurrensregler tillämpas. Oriktiga vitsordanden[1556] bör accepteras om det finns situationer i vilka det kan vara aktuellt, liksom oriktiga medgivanden och felaktiga förlikningsavtal.

I det följande ska jag diskutera konsekvenserna av att domstol underlåter att göra en alternativ konkurrensrättslig kvalificering av tvisten i sammanhang när konkurrensreglerna ses som dispositiva. Frågans besvarande beror i princip av EG:s rättsskyddsprincip och svensk rätts ståndpunkt vad gäller jura novit curia. Först bör man därför utröna om svenska domstolar i olika sammanhang får, ska eller inte får beakta rättsregler ex officio. Därefter studeras konsekvenserna av underlåten alternativ kvalificering enligt svensk rätt.

Som ovan sades kan man ganska lätt fastställa att svensk rätt tillåter domstolarna att tillämpa alternativa rättssatser ex officio. *Lindell* menar dock att domstolarna bör avstå från att tillämpa alternativa rättssatser när det framstår som ett uttryck för parternas medvetna val, eftersom domstolen skulle vara skyldig att stadfästa en förlikning som innehåller avsiktligt oriktiga kvalificeringar.[1557] Likaså menar han att alternativa rättssatser, liksom fakta, bör vara föremål för intraprocessuella preklusionsregler. Det som avses är inte nya rättsliga argument rörande talan såsom den ser ut, utan när parts talan ändrar inriktning

[1554] Jfr ovan 10.4.1.

[1555] I fall när processmaterialet inte är komplett kan också sådana domar undanröjas på grund av grovt rättegångsfel.

[1556] Erkännade av rättsförhållandets rättsliga betydelse.

[1557] Lindell, Preklusion s. 285.

till följd av en alternativ kvalificering.[1558] Han framhåller dock att i den mån som underlåtenhet att beakta alternativa rättsgrunder utgör resningsgrund enligt 58:1 st. 1 p. 4, dvs. när den oriktiga rättsliga kvalificeringen är uppenbart oriktig, ska domstolen tillämpa reglerna utan åberopande.

Lindell anför i princip tre skäl för sin ståndpunkt. Det enda hållbara argumentet för jura novit curia är rättstillämpningens enhetlighet. I de fall part stöder sig på en nästan lika "bra" regel som den korrekta finns ingen anledning för domstolen att korrigera.[1559] Vidare förutsätter RB i olika sammanhang att parterna ska göra en rättslig kvalificering av talan.[1560] Dessutom talar de ändamål som uppbär idén att omständigheter prekluderas också för att alternativa rättsliga kvalificeringar prekluderas. Av processekonomiska skäl förutsätts parterna och inte rätten göra efterforskningar. Part som inte känner rätten är inte skyddsvärd eftersom han i allmänhet inte kan visa att han haft giltig ursäkt att inte åberopa relevanta omständigheter.[1561]

Om Lindells uppfattning är riktig, dvs. att domstol är förpliktad att uppmärksamma parter på och tillämpa alternativa rättsgrunder endast i uppenbara fall,[1562] förefaller principen jura novit curia sakna större betydelse. Parter har i praktiken, om än mindre formaliserat, åberopsbördan också avseende tillämpliga rättsregler, dock kompletterat av en möjlighet för domstolarna att inkludera ej åberopade rättsregler i tvisten.[1563] Denna "praktiska åberopsbörda" föranleder sannolikt också parter att anföra de rättsgrunder de är bekanta med och vilka de antar kan stöda deras talan. Konsekvensen av att de försummar att åberopa en rättslig norm och att domstolen inte uppmärksammar den, är att den alternativa rättsliga kvalificeringen av saken prekluderas för framtiden.

[1558] Se Lindell, Preklusion s. 298. Risken är härvid att en ny alternativ rättslig grund kan föranleda att motparten måste åberopa nya motfakta. Detta synsätt går i samma riktning som, om än något längre, den av *Hellners* beskrivna synen på preklusion av nya omständigheter: omständigheter prekluderas inte om de utgör en komplettering av en befintlig rättslig grund, utan endast om de förändrar rättsgrunden, se ovan 10.3. Lindell menar då att också den alternativa rättsgrunden skulle prekluderas, oavsett om den förutsätter att nya omständigheter åberopas eller ej.

[1559] Preklusion s. 294.

[1560] Preklusion s. 294 ff.

[1561] Preklusion s. 297.

[1562] Se nedan not 1587.

[1563] Jfr ovan 7.3.2 ang. parts "informationsbörda" avseende vissa indispositiva moment. Jfr dock t.ex. Wagenius s. 50 f.

De lege lata och de lege ferenda finns kanske skäl för Lindells uppfattning att tvisteföremålet på olika sätt bör begränsas genom att domstolen binds av de rättsliga kvalificeringar parterna gör.[1564] Dels förefaller det vara en konstruerad skillnad mellan domstolens bundenhet vid parternas åberopanden enligt 17:3 och dess obundenhet av parternas rättsliga kvalificeringar.[1565] Samma skäl som talar för att tvisteföremålet specificeras genom att rättsfakta åberopas stöder att parterna anger de respektive rättsregler de finner vara tillämpliga. Dels kan man nog anta att domstolar i allmänhet[1566] sällan försöker kvalificera åberopade rättsfakta under andra rättsgrunder än de parterna för fram.[1567]

Men man kan göra vissa invändningar mot Lindells synpunkter. Det framstår som mindre lämpligt att använda parternas möjlighet att genom förlikningsinstitutet disponera över rättslig kvalificering för att motivera att parterna också avsiktligt bör kunna disponera i processen. Som ovan sagts kan ett förlikningsavtal angripas inom ordinärt förfarande utan hinder av en stadfästelsedoms rättskraft. Eftersom ett förlikningsavtal kan innehålla en mängd från saken fristående rättsföljder och rättsförhållanden kan stadfästelsedomen komma att prekludera en ganska vidsträckt och svårbestämbar mängd av motfakta och alternativa saksammanhang. Man kan nog anta att stadfästelsedomens vida preklusionsverkan och stora möjligheter till partsdispositioner har varit motiverande för HD:s ställningstagande till stadfästelsedomens begränsade preklusionsverkan med avseende på förlikningsavtalet.[1568]

Visserligen är det nog ganska svårt att få ett förlikningsavtal ogiltigförklarat på grund av att det innehåller en felaktig rättslig kvalificering från parts sida. Ett förlikningsavtal utgör ett civilrättsligt avtal. För att ha framgång med en ogiltighetstalan måste antagligen part åberopa nya omständigheter som att avtalet är tillkommet genom svikligt förfarande. Men i de fall parterna inom ramen för ett förlikningsavtal väljer att göra en rättslig kvalificering som blir stadfäst kan part i efterhand åberopa att den rättsliga kvalificeringen framkallats

[1564] Jfr Lindell, Preklusion s. 284. Man kan tänka sig antingen att part ges åberopsbördan för rättslig argumentation eller att domstolen inte får tillämpa rättssatser utan att parterna har givits tillfälle att argumentera.
[1565] Lindell, Preklusion s. 297.
[1566] Jfr Hellners, Anmälan av Lindell s. 855.
[1567] Jfr Jolowicz s. 92 f.
[1568] Se ovan 8.2.3.

genom t.ex. svek och vinna bifall till en fastställelsetalan avseende förlikningsavtalets ogiltighet.

Om rättslig kvalificering skulle vara bindande för domstolarna inom ramen för en "vanlig tvist" skulle efter vad jag förstår inte finnas andra möjligheter att ifrågasätta domen än genom resning.[1569] Den stora skillnaden mellan en stadfästelsedom och annan dom är att förlikningsavtalet kan angripas utan hinder av de tidsmässiga begränsningar som uppställts för resning. Även om tidsfristen för resning av stadfästelsedomen gått ut är det möjligt att en fastställelsedom kan förhindra verkställighet.[1570] Mot bakgrund av att stadfästelsedomen och förlikningsavtalet i praxis tillskrivits en rättskraftsverkan som är speciell både vad gäller föremål och omfång, kan det förefalla som att det inte (längre) är riktigt adekvat att använda förhållandena vid förlikning för att motivera parts förfoganderätt över rättsfrågan i process t.ex. genom medgivande.[1571]

Dock framhöll jag själv ovan att, åtminstone de lege ferenda, en ny dom i sig inte borde erhålla status av ny omständighet vid tillämpning av resningsgrunden 58:1 st. 1 p. 3. Den nya domens relevans vid en resningsbedömning borde vara hänförlig till om det vid den nya prövningen åberopats nya omständigheter eller bevis samt till om part haft giltig ursäkt att inte framlägga det nya processmaterialet i det tidigare förfarandet.[1572] De lege lata förefaller det dock som att en ny fastställelsedom också då den bygger på nya rättsfakta som åberopats utan giltig ursäkt är avsedd att ha betydelse för resningsbedömningen.

Oavsett under vilka förutsättningar en ogiltighetsdom är resningsgrund avseende stadfästelsedomen kan, som nyss framhölls, en domstol inhibera verkställigheten av förlikningsavtalet, vilket märkligt nog är exekutionstitel, när talan om ogiltighet väcks. Efter ogiltighetsdomen kan man anta att det vore uteslutet att verkställa stadfästelsedomen, vilken därmed skulle vara av mycket litet värde och meningslös att angripa med resning.[1573]

Det tyngsta argumentet mot Lindells uppfattning är dock risken för att rätten kan bli *statisk* om domstolarna förbjöds att beakta och

[1569] Det är möjligt att 58:1 st. 13 p. möjliggör resning om svek åberopas som ny omständighet.
[1570] Se ovan 8.2.3.
[1571] Se ovan 8.2.3.
[1572] Se ovan 9.3.2.
[1573] Jfr Moreau/Lascombe s. 87 ang. det franska institutet "astreinte" i dess *provisoriska* respektive dess *definitiva* form.

utveckla alternativa rättssatser ex officio. När det gäller tillämpning av EG-rättsliga regler med direkt effekt i nationella domstolar framgår tydligt av EG-domstolens praxis, som är bindande, att den nationella processen är avsedd att utöva en handlingsdirigerande och genomdrivande funktion. Det förutsätts att de nationella domstolarna medverkar till att främja EG-rättens genomslag,[1574] vilket i praktiken bland annat innebär ett krav på kreativitet. Detta är framförallt av betydelse vid bedömningen av vad som utgör ekvivalent skydd för en lederad EG-rättighet.[1575] Det framstår därför som att lägga en tvångströja att förbjuda domstolarna att använda olika resonemangslinjer och alternativa kvalificeringar för att precisera EG-rättens implikationer på det nationella planet. Ja, man kan nog påstå att det skulle vara ett hinder mot EG-rättens genomslag och det enskilda rättsskyddet.

I *Van Schijndel*-fallet accepterades visserligen denna typ av nationella civilprocessuella begränsningar av EG-rättens genomslag och det enskilda rättighetsskyddet. Men den holländska regeln som i fallet förbjöd domstolarna att beakta alternativa rättsliga grunder var *obligatorisk*. Man kan förklara det med att motstående hänsyn som individens rättssäkerhet motiverar att obligatoriska processregler följs. I Sverige antas tvärtom i allmänhet att domstolarna kan beakta alternativa rättsliga kvalificeringar oberoende av medvetna eller omedvetna partsdispositioner.

Eftersom EG-domstolen vidare i Van Schijndel-fallet slog fast att nationella domstolar i civilprocessen ska bidra till EG-rättens genomslag och skyddet av enskilda rättigheter i den mån den inhemska processordningen lämnar utrymme för det, finns ingen anledning att reducera principen jura novit curia i de fall den ger en öppning för domstolarna att bidra till EG-rättens genomslag. Tvärtom framstår det som att svenska domstolar i princip *skall* beakta alternativa EG-rättsliga kvalificeringar av en tvist när den alternativa kvalificeringen endast är hänförlig till rättsfrågeplanet.[1576]

Detta medför ofrånkomligen vissa nackdelar. En alternativ konkurrensrättslig kvalificering kan t.ex. medföra att motparten tvingas att åberopa motfakta och ny bevisning.[1577] Oberoende av på vilket stadium

[1574] Se bl.a. artikel 5 i Romfördraget samt ovan 6.2.

[1575] Se ovan, t.ex. 4.9.

[1576] Werlauff framhåller i sammanhanget och i ett danskt perspektiv att dispositionsprincipen aldrig kan ha så långtgående verkningar att domaren använder rätten "i en urigtig skikkelse", se s. 54.

[1577] Jfr Lindell, Preklusion s. 274 f.

en eventuell omkvalificering aktualiseras bör part ha giltig ursäkt att åberopa nya omständigheter och ny bevisning. Detta är processekonomiskt ofördelaktigt och öppnar för förhalningstaktiker. Men det är en ofrånkomlig konsekvens av domstolarnas skyldighet att effektivt skydda enskilda EG-rättigheter och har den disciplinerande verkan, om uttrycket tillåts, att det uppfordrar domstolarna till att göra parterna uppmärksamma på EG-rättsliga regler på ett så tidigt stadium som möjligt av processen.

10.5.2 Jura novit curia och artikel 177

Ett komplicerande moment i sammanhanget är att svenska domstolar kan, och sista instans ska, begära förhandsavgörande från EG-domstolen i de fall det är nödvändigt för att slita tvisten. Detta gäller också när det är fråga om EG-regler som, liksom konkurrensreglerna i detta sammanhang, är dispositiva. Ovan har sagts att det kan vara motiverat att inte begära förhandsavgörande trots att rättsläget är osäkert om det vid en samlad bedömning av behovet av snabbhet, tvisteföremålets värde och värdet av ett förhandsavgörande framstår som onödigt betungande för parterna och processen.[1578]

När det är fråga om dispositiva tvistemål bör man också ta hänsyn till parternas gemensamma inställning. Men enligt den något strängare tolkningen av jura novit curia som ovan förordats vid tillämpning av EG-rättsliga regler bör domstolarna tillämpa alternativa konkurrensrättsliga kvalificeringar oberoende av parternas önskemål. Dessutom är artikel 177 en förfaranderegel och riktas i princip uteslutande till de nationella domstolarna.

Också i de fall båda parterna uttryckligen motsätter sig en prövning av konkurrensreglerna i tvisten, trots att dessa kan appliceras på den föreliggande faktabasen, bör domstolen pröva frågan enligt jura novit curia. I de fall rättsläget är klart bör domstolen ex officio tillämpa konkurrensreglerna på åberopat faktamaterial.[1579] I de fall rättsläget är oklart bör domstolen inhämta förhandsbesked från EG-domstolen. Saken ställer sig annorlunda om det är fråga om att införa ett alternativt *saksammanhang* eller alternativa *yrkanden* i processen: domstolen är ju bunden av de omständigheter som åberopas och de yrkanden som framställs av parterna.[1580]

[1578] Se ovan 7.2.
[1579] Jfr Wahl, Konkurrensförhållanden s. 358 och s. 528.
[1580] RB 17:3.

Parterna bör inte kunna hålla själva *konkurrensfrågan* utanför tvisten med hänvisning till att förhandsavgörande försenar avgörandet. Det skulle innebära att EG-rättsliga regler särbehandlades negativt i jämförelse med svenska regler. Och något sådant skulle stå klart i strid med kravet på processuell likabehandling.[1581] I lägen när konkurrensreglerna framstår som tillämpliga på föreliggande faktabas, men när omständigheterna är sådana att förhandsavgörande inte bör inhämtas, bör därför domstolen pröva konkurrensfrågan utifrån en egen bedömning av rättsläget. Det bör påpekas att detta, särskilt med avseende på sista instans, är svårförenligt med artikel 177 i Romfördraget och därför ett mycket djärvt påstående.

Om rättsläget är oklart bör dock domstolen, förutom tvisteföremålets värde, ta hänsyn till parternas inställning, parternas intresse av ett snabbt avgörande och möjligheten till förhalningsmanövrer. Artikel 177 är visserligen riktad till de nationella domstolarna och det framgår inte någonstans att andra syftemål än rättslägets klarhet ska vara bestämmande för beslutet att begära förhandsavgörande. Men bestämmelsen är fakultativ för andra instanser än den sista, vilket ger domstolarna möjlighet att ta andra hänsyn. Eftersom det i detta sammanhang inte är fråga om officialprövning finns heller inte anledning att tillämpa fakultativa regler som obligatoriska.[1582] Dessutom kan man anta att det motverkar EG-rättens långsiktiga genomslag i befolkningsdjupen att helt offra parternas intresse och den konkreta konflikten till förmån för EG-rättens genomslag och långsiktiga utveckling. Därför bör det som uttalades av EG-domstolen i *Van Schijndel-* och *Kraaijeveld*-fallen, att nationella domstolar ska ge verkan åt EG-rättsliga regler när de får göra det, inte vara omedelbart tillämpligt i det här sammanhanget.

Ett särskilt problem utgör det att artikel 177 är obligatorisk för HD. Ovannämnda skäl gör sig gällande med samma tyngd i högsta instans. Möjligen är problemet självreglerande på så sätt att de fall i vilka det inte är befogat att begära förhandsavgörande med hänsyn till tvisteföremålets värde, behovet av snabbhet och parternas inställning, man kan anta att det finns ett lågt prejudikatvärde i målet och alltså prövningstillstånd inte beviljas. En annan fråga är om HD genom att inte bevilja prövningstillstånd bryter mot artikel 177.[1583]

[1581] Se ovan 6.2 samt ovan 4.8.

[1582] Jfr ovan 7.2.

[1583] Bl.a. denna fråga behandlas f.n. av Henrik Matz inom ramen för en avhandling avseende artikel 177.

10.5.3 Konsekvenserna av underlåten alternativ kvalificering

Vilka konsekvenser följer då av att part förbisett de EG-rättsliga konsekvenserna av en tvist och domstolen i strid med sin egen förutsatta kunskap om tillgänglig rätt försummat att dels uppmärksamma parterna på den konkurrensrättsliga aspekten, dels att tillämpa konkurrensreglerna? Frågan anknyter tätt till frågeställningen ovan om verkan av att domstolen inte påpekat tänkbara alternativa grunder för parterna, men den ställer sig något annorlunda. Domstolen får inte enligt RB 17:3 pröva andra faktiska omständigheter än sådana som åberopats av parter, men ska känna till alla tillämpliga rättsregler och applicera dem på fallet oberoende av parternas åberopande.[1584] Med avseende på alternativa "konkurrensfakta" kan däremot domstolen brista i materiell processledning.

Först bör påpekas att en ej åberopad EG-rättslig kvalificering av processföremålet prekluderas av domen i enlighet med den vidsträckta preklusionsverkan som förordats ovan. Ingen svensk rättskällelära lämnar utrymme för att enbart ny rättslig kvalificering kan föranleda ny prövning av ett yrkande som gjorts till föremål för lagakraftvunnen dom.[1585] *Lindell* visar att HD i några fall förefaller ha accepterat att ny rättslig kvalificering framförd av part i högre rätt avvisats i strid med regeln att parter och domstol är fria att framföra och beakta rättslig argumentation hur sent som helst i rättegången. Lindell framhåller vidare att detta principiellt är en rimlig reglering de lege lata.[1586] Han diskuterar dock inte frågan om domstols försummelse av alternativa rättsregler bör påverka domens orubblighet: implicit ligger dock i hans resonemang att rättssatser som inte framförts i processen prekluderas, saken kan inte tas upp igen.[1587] Inte heller *Olivecrona* eller *Ekelöf* säger något om att domstols försummelse av möjlig rättslig kvalificering skulle ha betydelse för domens orubblighet.[1588]

[1584] Se ovan 5.2.4.

[1585] Se ovan 5.2.4.

[1586] Se t.ex. Lindell, Preklusion s. 300.

[1587] Detta är antagligen alltför elementärt för att ens tas upp, se t.ex. Lindell, Preklusion s. 284 f., där han framhåller att domstol ex officio ska korrigera den rättsliga kvalificeringen endast om den är uppenbart felaktig och skulle kunna utgöra resningsgrund. Motsatsvis måste Lindell mena dels att domstolen överhuvudtaget inte är förpliktad att iaktta alternativa rättsregler (se framförallt s. 106) enligt principen jura novit curia, dels att konsekvensen av att rättsregler inte beaktas är att den aspekten av saken prekluderas utan prövning.

[1588] Se ovan 5.2.4.

Av skäl som berörts ovan bör inte part ha möjlighet att efter att dom fallit återkomma med samma krav stött på en ny rättslig kvalificering.[1589] Men om man anser principen jura novit curia vara uttryck för en rimlig arbetsfördelning mellan parterna och domstolen och om man verkligen menar att principen avser att tjäna en enhetlig rättstillämpning, förefaller det märkligt att den huvudsakligen är fakultativ för domstolarna.[1590]

Då frågar man sig om underlåten kvalificering under alternativa rättssatser kan medföra att domen blir angriplig med hjälp av extraordinära rättsmedel. Ja, rimligen. Om domstol underlåter att tillämpa konkurrensreglerna kan domstolen samtidigt ha underlåtit materiell processledning och att enligt artikel 177 begära förhandsbesked. Att helt underlåta processledning respektive att beakta artikel 177 kan antagligen vara att se som grovt rättegångsfel. Även om enbart förbiseende av konkurrensreglerna i lägen där de varit tillämpliga är att se som åsidosättande av tillämplig lagregel och felaktig rättstillämpning enligt svensk rätt, inrymmer ett förbiseende andra underlåtenhetsbrister av domstolen vilka kan vara att se som grova rättegångsfel.

I de fall domstolen beaktat konkurrensreglerna uttryckligen och berett parterna möjlighet till rättslig argumentation, men därefter felaktigt avstått från att tillämpa dem borde det inte vara fråga om ett grovt rättegångsfel, utan om felaktig tillämpning i sak.[1591] För att på den grunden utverka *resning* krävs dock enligt RB 58:1 st. 1 p. 4 att det varit fråga om en uppenbar feltillämpning. Beträffande konkurrensstridiga *avtal* som kvalificeras som indispositiva moment följer då med nödvändighet att domstolen brustit i officialprövning. Om det i efterhand framstår som om ett avtal varit uppenbart konkurrensbegränsande hade domstolen bort tillämpa konkurrensreglerna som indispositiva.[1592]

I den mån som svenska domstolar är ovillkorligt förpliktade att betrakta konkurrensstridighet som ett *indispositivt moment* finns enligt min mening ingen tvekan om att domstols försummelse att ex officio kvalificera ett åberopat saksammanhang som klart faller under EG:s konkurrensregler ska föranleda resning såsom uppenbart oriktig rätts-

[1589] Se ovan 8.2.1 samt 10.2.

[1590] Jfr PLB s. 574.

[1591] Det kan också vara fråga om felaktig bevisvärdering.

[1592] Det medför väl ingen större skillnad för frågan om möjligheten till resning på grund av underlåten alternativ kvalificering eftersom domstolarna oberoende av om konkurrensreglerna är dispositiva eller indispositiva ska beaktas ex officio.

tillämpning. Men också när man betraktar frågan utifrån enbart rättsskydds- och partsintresse, dvs. när konkurrensreglerna är dispositiva, kan det framstå som befogat att se underlåtet beaktande av relevant EG-rättslig praxis som resningsgrund.

Som ovan framhållits ställer EG-rättens speciella karaktär stora krav på såväl parter som domstolar och det gör att okunnighet om rättsläget och dess betydelse för den enskilda rättsliga positionen framstår som ursäktlig i högre grad än vid tillämning av intern svensk rätt. Det förefaller dock inte finnas något behov av att pruta på uppenbarhetsrekvisitet i fjärde punkten i de beskrivna situationerna. Från EG-rättslig synvinkel framstår det mest relevant att domstolen uppmärksammar den konkurrensrättsliga aspekten av tvisten och att parterna företar sina dispositioner i medvetande om den. Det är mindre viktigt att domstolen tillämpar den konkurrensrättsliga materian exakt riktigt.

Mot bakgrund av konkurrensreglernas osäkra innehåll kan det inte vara rimligt att lägga ett krav på materiell korrekthet i principen jura novit curia. Det följer heller inte av EG-rättens krav på enskilt rättsskydd.[1593] När den nationella domstolen uppmärksammat parterna på den konkurrensrättsliga aspekten av tvisten och efter en rättslig bedömning felaktigt avstått från att begära förhandsavgörande och/eller avstått från att tillämpa konkurrensreglerna, framstår det som om resning bör komma ifråga endast vid uppenbara felbedömningar. Det kommer i sådana fall också att föreligga överensstämmelse mellan tillämpningen av p. 4 då konkurrensreglarna är dispositiva jämfört med då de är indispositiva.

Men hur är det i de fall domstolen helt bortsett från den konkurrensrättsliga aspekten och det är tämligen klart att reglerna hade bort tillämpas? Ja, först och främst kan som ovan påpekas att det implicit i en sådan felbedömning kan ligga ett grovt rättegångsfel bestående i att domstolen inte gjort parterna uppmärksamma på den konkurrensrättsliga aspekten av tvisten. Men dessutom är det alltså fråga om felaktig rättstillämpning och vilket i uppenbara fall utgör grund för resning enligt 58:1 st., p. 4. Man kan vidare tänka sig situationer där domstol upplyst parterna om att konkurrensreglerna kan vara tillämpliga, men varefter såväl parter som domstol förbiser ett färskt avgörande av EG-domstolen och domen blir felaktig trots att materiell processledning bedrivits.

[1593] Se ovan 6.2.

Men enbart felaktig rättslig kvalificering kan knappast leda till *undanröjande*. När domstolen beaktat alla konkurrensrättsligt relevanta omständigheter och underlåtit att tillämpa konkurrensreglerna borde det vara fråga om felaktig rättstillämpning. Enligt motiv och doktrin följer att åsidosättande av tillämplig rättsats utgör felaktig rättstillämpning. Ovan har påpekats att åsidosättandet av lagregler, åtminstone teoretiskt sett och med beaktande av karaktären av EG-rättens rättsskyddskonstruktion, bör kunna ses som ett handläggningsfel. Men det har accepterats att detta är den ståndpunkt som upprätthålls i svensk rätt.[1594] Ett visst våld på distinktionen har dock gjorts ovan i samband med diskussionen rörande underlåten konkurrensrättslig kvalificering i de fall konkurrensreglerna är indispositiva. Jag framhöll då att det bör ses som ett rättegångsfel att domstolen *inte uttryckligen i domskälen* beaktat konkurrensreglerna i de fall då det i efterhand framstår som om de varit tillämpliga.[1595] Varför bör inte detta gälla då konkurrensreglerna är dispositiva? Också i dessa situationer är det väl befogat att domstolen tillämpar konkurrensreglerna ex officio?

Som jag ser det ställer officialtillämpning större krav på domstolarna. Officialtillämpningen är avsedd att tillgodose det allmännas intresse av att konkurrensbegränsande avtal inte genomdrivs. Det är därför rimligt att se det som en brist i handläggningen att domstolen underlåter att beakta konkurrensrättsliga regler när de är tillämpliga. Det är däremot inget handläggningsfel när domstolen beaktat den konkurrensrättsliga aspekten, men bedömt den felaktigt. I dispositiva tvistemål är däremot, som ovan berörts, ändamålet bakom officialtillämpning av rättsregler mer diffust. Vid tillämpningen av EG:s konkurrensregler motiveras jura novit curia av olika hänsyn. Officialprövningen ska bereda den enskilde fullgott skydd, ge öppningar för utveckling av interaktionen mellan EG-rätt och nationell rätt och, vilket flyter in i de förutnämnda ändamålen, EG-rättens genomslag ska främjas och rättstillämpningen ska vara enhetlig.

När domstolen i ett enskilt fall försummar att ex officio beakta konkurrensreglerna drabbar det primärt den enskilde part som hade kunnat stöda sig på dem. Ovan i kapitel 6 framhölls att konkurrensstridigt handlande utom avtalsförhållanden inte medför några avgörande negativa externa effekter utanför partsförhållandet. Inte heller i dispositiva tvistemål med EG-rättslig anknytning bör man därför se domstolens

[1594] Se ovan 9.1.2.
[1595] Se ovan 9.2.1.

försummande av en rättsregel med relevans i sak som ett åsidosättande av en processuell norm syftande till att tillgodose parts behov av effektivitet i förfarandet. Det som part, med avseende på möjligheten att tillvarata sin rätt i ett effektivt förfarande, förmenats är i sådana lägen snarast upplysning om att konkurrensreglerna kunnat vara tillämpliga.

Men även om alltså förbiseende av konkurrensreglerna är att se som förbiseende av en tillämplig lagregel, dvs. ett rättstillämpningsfel och inte i sig något som utgör ett rättegångsfel, kan, som ovan nämnts, ett förbiseende aktualiseras i samband med såväl bristande processledning som underlåten begäran om förhandsavgörande. Och sådana brister kan som ovan visats utgöra grova rättegångsfel.

I samband med diskussionen av underlåtet inhämtande av förhandsavgörande vid officialprövning framhöll jag att resningsgrunden felaktig rättstillämpning marginaliserades på grund av att underlåten begäran om förhandsavgörande som rättegångsfel täckte de allra flesta fall av felaktig rättstillämpning. I dispositiva tvistemål bör rimligen utrymmet för att begå grovt rättegångsfel vid underlåtenhet enligt artikel 177 vara mindre. Artikel 177 är fakultativ för andra instanser än sista. Även om också felaktig tillämpning av fakultativa förfaranderegler kan utgöra rättegångsfel borde de minskade kraven på domstolarna vid en rent dispositiv tillämpning av konkurrensreglerna motivera att en större felmarginal tolereras. Därför kan man i denna typ av mål endast hävda att sista instans med säkerhet kan göra fel genom att underlåta begäran om förhandsavgörande.

Men då sista instans gjort en felaktig rättslig kvalificering gäller det som sades ovan i 9.3.3: endast om klar konkurrensstridighet föreligger och domstolen missat detta, föreligger uppenbart felaktig rättstillämpning utan att det är fråga om rättegångsfel. I övriga situationer då högsta instans underlåtit att göra en konkurrensrättslig kvalificering, konsumeras den felaktiga rättstillämpningen av det grova rättegångsfel som består i underlåtenhet att begära förhandsavgörande. Också i de förra situationerna konsumeras rättstillämpningsfelet av grovt rättegångsfel, om domen föregåtts av underlåten materiell processledning av tillräcklig grovhet.

I lägre instans kan det, trots vad som sades ovan, möjligen tänkas att underlåten begäran om förhandsavgörande ses som ett grovt rättegångsfel. Något säkrare kan man säga att underlåten materiell processledning kan ses som grovt rättegångsfel i andra instanser än sista. Domvilloprövningen vid underlåten materiall processledning kan

göras utifrån de kriterier som ställdes upp ovan i 10.4.3. Dessa kriterier ställdes upp utifrån bedömningen av när domstol bör begära förhandsavgörande. Det innebär att prövningen av om det föreligger underlåtet inhämtande av förhandsavgörande samt prövningen av bristande materiell processledning flyter ihop. Observera i det här sammanhanget dock att svaret på frågan om hur klart det objektivt måste ha framstått för domstolen att konkurrensreglerna var tillämpliga är givet när den i målet föreliggande faktabasen är tillräcklig för att utlösa konkurrensreglernas tillämpning. Det borde vara lättare att uppfylla de ovan uppställda kriterierna när domstolen kunnat göra en alternativ rättslig kvalificering i jämförelse med läget då ytterligare omständigheter krävs.

10.6 En särskild forumfråga

Framförallt *Ekelöfs* rättskraftsteori förefaller oförenlig med idén att ej åberopade grunder kan anföras till stöd för samma yrkande i senare process.[1596] Men också Ekelöf medger undantag för detta. Han menar t.ex. att rättskraften inte prekluderar grunder för vilka domstolen i den första tvisten inte varit behörigt forum.[1597]

Problemet med alternativa grunder för vilka skilda domstolar är behöriga fora kan uppstå också då EG:s konkurrensregler tillämpas i Sverige. Säg att käranden yrkar skadestånd enligt den svenska konkurrenslagen efter att ha valt att väcka talan vid Stockholms Tingsrätt som enligt en speciell forumbestämmelse i 33 § alltid är behörig att pröva skadeståndsfrågor enligt konkurrenslagen.[1598] Säg vidare att konkurrenslagens förutsättningar för skadestånd är mer restriktiva i jämförelse med vad som följer av EG:s konkurrensregler enligt rättsskyddsprincipen.[1599] Säg vidare att den åberopade grunden skulle motivera bifall till talan enligt artikel 85, men inte enligt 6 § i konkurrenslagen. Under förutsättning att "faktabasen" är tillräcklig skulle i ett sådant läge skulle Stockholms Tingsrätt enligt principen jura novit

[1596] Se ovan 5.2.2. Ekelöf menar ju att alla grunder som kunnat anföras till stöd för yrkandet (rättsföljd) prekluderas av domen. Se också Lindblom, Fakultativa fora s. 368.
[1597] Se Rättegång III s. 121 not 84; se också Lindblom, Processhinder s. 248 och Fakultativa fora s. 362, samt Westberg, Kulissdom s. 369 f.
[1598] Ang. Stockholms Tingsrätts behörighet att pröva skadeståndsfrågor, se SOU 1997:20 s. 212 f. EG:s konkurrensregler är tillämpliga s.a.s. parallellt med nationella konkurrensregler, se t.ex. Galinsky s. 17, och Wahl, Konkurrensförhållanden s. 241.
[1599] Se ovan 4.9.

curia kunna tillämpa EG:s konkurrensregler och bifalla talan, om det inte vore för att tingsrätten är obehörig att tillämpa EG:s konkurrensregler. Enligt EG-domstolens praxis avgör nationella regler vilken domstol som är behörigt forum, vilket innebär att RB:s 10:e kapitel bestämmer forumfrågan i Sverige.[1600]

Men är domstolen obehörig i ett sådant läge? Enligt RB 10:18 fordras en foruminvändning för att Stockholms Tingsrätt ska vara obehörig att pröva talan om skadestånd enligt EG:s konkurrensregler. Hur ställer sig detta i de fall då frågan inte väckts men kan omfattas av domens rättskraft? Ja, man kan ju tänka sig att parts möjlighet att åberopa EG:s konkurrensregler prekluderas i enlighet med det som sagts ovan. Det är inte aktuellt med någon begränsning av rättskraften eftersom Stockholms Tingsrätt i avsaknad av foruminvändning är sakligt behörig.[1601]

För det fall käranden väcker negativ fastställelsetalan angående sin skadeståndsskyldighet enligt den svenska konkurrenslagen skulle då svaranden behöva framhålla att domstolen inte är behörig att pröva skadeståndsskyldighet enligt EG:s konkurrensregler, en fråga som inte varit aktuell i målet, för att hålla öppet för prövning av frågan vid rätt forum enligt RB:s 10 kapitel. Om den alternativa konkurrensgrunden finns på kärandens sida skulle käranden behöva poängtera att han inte avser att processa om skadeståndsskyldigheten enligt EG:s konkurrensregler och att domstolen är obehörig att pröva denna fråga.[1602]

Om alltså frågan om skadeståndsskyldighet enligt EG:s konkurrensregler uttryckligen undanhålls från den första processen kan *exakt samma sak*,[1603] med en annan rättslig kvalificering, tas upp igen vid ett annat forum.[1604] Detta är ett extremt exempel. Naturligtvis kan också, vilket kanske kan antas bli mer aktuellt,[1605] samma yrkande med en delvis annan "faktabas" väckas vid annat forum om Stockholms

[1600] Se t.ex. det tidiga Salgoil-fallet (1968).

[1601] Se också Lindblom, Fakultativa fora s. 368.

[1602] Jfr Lindblom, Fakultativa fora s. 367, som använder uttrycket "hycklande liturgi" med avseende på grunder vilka domstolen är "fakultativt obehörig" att pröva, men vilka måsta åberopas och avvisas för att inte prekluderas av domen.

[1603] Såväl enligt 17:3 som 17:11.

[1604] Jfr Lindblom, Fakultativa fora s. 361 not 50.

[1605] Vissa skillnader mellan konkurrenslagen och EG:s konkurrensregler kan förstås föranleda att grunden för skadeståndsyrkandet modifieras om de senare används som rättslig grund; t.ex. motsvaras samhandelskriteriet i konkurrenslagen av påverkan på den svenska marknaden (mot vilka i och för sig samma faktabas *kan* svara) och det råder stor skillnad mellan vad som utgör en märkbar konkurrensbegränsning enligt de skilda reglerna.

Tingsrätt varit obehörig att pröva grunden.[1606] I båda fallen förutsätts dock part uttryckligen ha förbehållit sig möjligheten att få den alternativa (rätts-)grunden prövad vid annat forum.

Men en sådan bestämning av rättskraftens objektiva utsträckning och dess undantag ger upphov till en del märkliga konsekvenser. Säg att Stockholms Tingsrätt enligt RB:s 10 kapitel är rätt forum för tillämpning av EG:s konkurrensregler och att käranden endast åberopar konkurrensbegränsning enligt den svenska konkurrenslagen.[1607] I sådant fall kan domstolen ex officio pröva skadeståndsfrågan enligt EG:s konkurrensregler under förutsättning att faktabasen är tillräcklig. Vidare kommer frågan om skadeståndsskyldighet enligt EG:s konkurrensregler att prekluderas av domen om frågan inte inkluderas i sakprövningen och detta oberoende av om part gör gällande att frågan ska sparas. Om Stockholms Tingsrätt däremot råkar vara fel forum för prövning av skadeståndsskyldighet enligt EG:s konkurrensregler kan part förbehålla sig möjligheten att senare processa om frågan.

Vidare förefaller det märkligt att endast part som är medveten om de EG-rättsliga aspekterna av sin tvist och uttryckligen förbehåller sig möjligheten att få frågan prövad vid annat forum undslipper rättskraftens verkan. Det är väl snarare så att det finns ett behov av att begränsa rättskraftens verkan i de fall då den EG-rättsliga dimensionen av tvisten undgått parterna och domstolen. I de fall part medvetet genom "foruminvändning" sparar en grund framstår han som mindre skyddsvärd, eftersom den EG-rättsliga dimensionen av tvisten är insedd och förpassad till bakfickan. Jag kan i princip inte se något skäl till att part ska vara berättigad till att få sin skadeståndstalan prövad vid annat forum än Stockholm Tingsrätt[1608] – det som komplicerar rättskraftsfrågan är den speciella forumregeln i konkurrenslagen, vilken har till syfte att möjliggöra talan vid Stockholms Tingsrätt också i privaträttsliga tvister. Tingsrätten är speciellt kompetent att pröva konkurrensrättsliga frågor eftersom den också överprövar vissa *ärenden*

[1606] Detta borde gälla också om domstolen är obehörig att pröva icke åberopade, eller åberopade, motfakta – t.ex. om en presumtiv konkurrensbegränsare vid Stockholms Tingsrätt väcker negativ fastställelsetalan angående sin skadeståndsskyldighet enligt den svenska konkurrenslagen och svaranden inte gör gällande EG:s konkurrensregler.

[1607] Jfr också Bylund s. 349 ang. rättskraften i avvisningsbeslut på grund av bristande behörighet.

[1608] Jfr t.ex. Ekelöf/Boman, Rättsmedlen s. 134; skälet till domvilloinstitutet är att part ska kunna tillvarata sina intressen i ett effektivt organiserat förfarande.

enligt konkurrenslagen.[1609] De skäl som motiverar den speciella forumregeln talar alltså egentligen emot att (annan) allmän tingsrätt ska vara behörig att pröva de EG-rättsliga aspekterna av en konkurrensrättslig tvist.

En begränsning av domens prekluderande verkan i förhållande till EG-rättsliga regler skulle lösa forumproblemet.[1610] Oavsett om Stockholms Tingsrätt är behörig prekluderas inte en alternativ EG-rättslig konkurrensgrund som inte åberopats och som inte uppmärksammats av domstolen. Det vore också tänkbart att en "foruminvändning" bör medföra att part kan "spara" en EG-rättslig konkurrensgrund. Men som sagts ovan finns egentligen inga bärande skäl för att part ska få reservera den EG-rättsliga delen av konkurrensfrågan till prövning just vid (annan) allmän domstol. Man kan inte heller motivera en begränsad rättskraftsverkan med att part är omedveten om den EG-rättsliga konkurrensgrunden när parten framfört en "foruminvändning" eller på annat sätt förklarat sig vilja "spara" grunden. Dessutom medför som ovan sagts EG-rättens osäkra karaktär och EG-domstolens dynamiska rättsutveckling att det är särskilt viktigt att ge domen en vidsträckt preklusionsverkan. Tappande part som förbisett den EG-rättsliga aspekten av sin tvist bör vara hänvisad till resningsinstitutet för att få den prövad.[1611]

Av skäl som framförts ovan kan resning komma ifråga när domstol förbisett den EG-rättsliga aspekten av tvisten eller tillämpat EG-rättsliga regler uppenbart felaktigt. Vidare finns möjligheter till undanröjande på grund av bristande materiell processledning och och försummelse att inhämta förhandsavgörande. Möjligen skulle man kunna hävda att ett införande av den EG-rättsliga grunden i processen är förenat med så mycket större kostnader för part att det är rimligt att den kan undanhållas från domens preklusionsverkan. Det förefaller dock som om hänsyn till motpartens trygghet motiverar att parts uttryckliga undanhållande av en grund från domstolens prövning borde medföra att grunden drabbas av domens preklusionsverkan då den stöder samma yrkande.[1612]

[1609] Se konkurrenslagen 60 §.

[1610] Jfr ovan 5.2.2.

[1611] Det är dock vidare möjligt att parts förbiseende av den EG-rättsliga aspekten kan sättas i samband med bristande materiell processledning från domstolens sida. Det kan också tänkas att domstolen bort begära förhandsavgörande. Vid ett eller båda av dessa förhållanden är det möjligt att det föreligger ett grovt rättegångsfel som konstituerar domvilla och kan föranleda undanröjande, se ovan 10.4.2, 10.4.3 samt 10.5.3.

Visserligen har motparten möjlighet att väcka negativ fastställelsetalan angående skadeståndsskyldighet enligt EG-rättsliga regler, men de särskilda rättsskyddsskäl som kan motivera resning och undanröjande vid underlåten processledning då EG-rättsliga regler är relevanta bör inte föranleda en öppning för spekulation på motpartens bekostnad. I princip bör part inte genom foruminvändning kunna förbehålla sig möjligheten att spara en prövning enligt EG:s konkurrensregler till annat forum. En sådan möjlighet skulle inte fylla något rimligt syfte.

10.7 Motstridiga regleringar av rättslägen: skäl för modifikationer?

Ovan diskuterades potentiella modifikationer av rättskraftens verkan med hänsyn tagen enbart till det rena partsintresset, och det ökade skyddsbehov för detta som föranleds av EG-rättens speciella karaktär och EG:s krav på effektivt rättsskydd. I detta avsnitt ska diskuteras ett fall där parts- och tredjemansintressen i viss mån sammanfaller och möjligen kan motivera inskränkningar av dispositionsprincipens konsekvenser i den svenska civilprocessen.

Säg att käranden yrkar skadestånd eller kontraktuellt vite och åberopar att svaranden brutit mot en förpliktelse som följer av ett avtal med lång löptid.[1613] Svaranden gör diverse invändningar men åberopar inte att avtalet är konkurrensstridigt och att han varit fri att företa den kontraktsstridiga handlingen utan att drabbas av skadestånd. Om efter bifallande dom den skadeståndsskyldiga väcker negativ fastställelsetalan rörande sin avtalsbundenhet (eller sin kontraktuella skadeståndsskyldighet) och åberopar att avtalet strider mot EG:s konkurrensregler, har inte den tidigare domen prekluderande eller prejudicerande verkan. Det är alltså möjligt att det vid bifall till talan nr 2 uppkommer motstridiga regleringar av parternas inbördes förhållande: trots att avtalet är befunnet ogiltigt är en av parterna förpliktad att prestera i enlighet med det.[1614] Som ovan sagts kan det civilrättsliga sambandet mellan, eller den samhällsekonomiska funktionen av,

[1612] Jfr Larsson, Rättskraft och teleologisk metod s. 461 f.

[1613] Den noggranna läsaren inser säkert att konkurrensstridigheten i ett dylikt fall är att se som indispositiva. Längre ned varieras dock fallet med ett exempel på dispositiv konkurrensstridighet.

[1614] Jfr Rättegång III s. 118.

olika privaträttsliga regler och rättsliga positioner motivera att olika motstridande rättslägen bringas i samstämmighet. *Ekelöf* framkastar olika sådana lösningar i de fall han finner det motiverat. I det just beskrivna fallet verkar det dock inte finnas skäl att bryta upp en motstridig reglering av parternas rättsliga positioner.

Men säg istället att käranden i första omgången väckt såväl skadeståndstalan som talan om fastställande av avtalets giltighet och att svaranden försummar att åberopa "konkurrensfakta". I sådana fall finns inte utrymme för någon motstridig reglering av deras avtalsförhållande. Det är dock möjligt att *tredje man* väcker talan mot den skadeståndsskyldige och avtalsbundne om att han ska förpliktas kontrahera med honom under åberopande av att den avtalsbundne innehar en dominerande ställning på marknaden. Detta är inte ett konstruerat exempel: det är t.ex. inte ovanligt att patentlicensgivare eller producenter av särskilda produkter sluter exklusiv- eller selektivavtal med exploatörer och/eller återförsäljare. I sådana avtalsrelationer kan exploatören vilja komma ifrån exklusivavtalets begränsningar och handla med tredje man, men det kan också vara fråga om att immaterialrättshavaren har anledning att vilja ge licens till tredje man.[1615] Om patenthavaren, eller motsvarande, har en dominerande ställning kan tredje man under vissa förutsättningar, som varierar beroende på de särskilda marknadsförhållandena, vara berättigad till kontrahering.[1616]

I en sådan situation finns en risk för att motstridiga domar ger upphov till verkligt omöjliga rättsliga förpliktelser. Visserligen drabbas inte tredje man av den första domens rättskraft i enlighet med rättskraftens subjektiva begränsning till parterna.[1617] Men om kontraheringstalan bifalls kommer motparten att försättas i en situation där han dels enligt en fastställelsedom är förpliktad att inte leverera till tredje man, dels är förpliktad att kontrahera med tredje man. Därför bör i en sådan situation den senare domen medföra att den tidigare domen förlorar sin rättsliga betydelse,[1618] åtminstone vad gäller avtalets giltighet.

Jag kan inte se någon annan lösning på detta problem än den som förordas av Ekelöf. Det finns visserligen två alternativ till denna lösning, men bägge är förenade med jämförelsevis stora nackdelar.

[1615] Jfr De Bloos v. Bouyer (1977), där det var fråga om att tillverkaren ville bryta ett generalagentavtal avseende försäljning av datautrustning inom Benelux-området.
[1616] Se ovan 4.5. Jfr Volvo v. Veng (1988).
[1617] Se ovan 8.2.1.
[1618] Jfr Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III s. 140.

För det första kan man tänka sig att den första domen har prejudicerande verkan mot tredje man. Varför ska avtalspart och inte tredje man drabbas av den försämrade trygghet som följer av att saken i praktiken inte blir avgjord av domen? Detta kan tyckas som en berättigad fråga framförallt i situationer där en mängd tredjemän med potentiella kontraheringskrav kan föranleda att en doms orubblighet framstår som osäker under lång tid. Men å andra sidan är det kanske just i sådana situationer det är befogat att göra avkall på den första domens orubblighet: att öppna för att genom en dom prejudicera en mängd anspråk från tredje män öppnar också för spekulationsmöjligheter och illojala beteenden. Parterna skulle genom process kunna uppnå en bundenhet och en säkerhet som vore omöjlig att uppnå utom process.

För det andra kan man tänka sig att man tillåter motstridande domar också i detta fall. Svaranden blir då förpliktad att vid anfordran leverera och blir samtidigt kontraktuellt skadeståndsskyldig gentemot sin avtalspart. Bortsett ifrån att detta kan framstå som hårt mot det enskilda företaget – dess situation är dock en följd av att det misslyckats med att ta ansvar för sitt eget handlande – är det samhällsekonomiskt vansinne. Om det är fråga om en immaterialrättshavare som lyckats frambringa en lukrativ innovation kommer vederbörande, låt vara av egen förskyllan, att i hög utsträckning fråntas frukterna av sina ansträngningar. Visserligen kan man kanske anta att det ger ett incitament åt immaterialrättshavare att noggrant försäkra sig sig om att immaterialrättigheten exploateras på lämpliga vägar. Men samtidigt kan sådana incitament verka hämmande. Från samhällelig synvinkel är det naturligtvis bättre om företagens ansträngningar och ekonomiska resurser används till utveckling och inte till transaktionsstrategiskt planering.

10.8 Sammanfattning

EG:s konkurrensregler bör tillerkännas status som indispositiva när ett konkurrensrättsligt avtal aktualiseras i en tvist, Det förutsätter dock att det är avtalsparter som tvistar och att tvisten rör ett rättsförhållande som är hänförligt till avtalet. Motsatsvis bör konkurrensreglerna i andra rättsförhållanden behandlas som dispositiva i civilprocessen. Således är konkurrensreglerna *dispositiva* när en part gör gällande *skadeståndsanspråk*, när tredje man yrkar *förbud*, specifik

fullgörelse, *kontrahering* eller *fastställelse* av avtals ogiltighet. Men också tvister mellan kontraktsparter i anledning av ett potentiellt konkurrensstridigt avtal bör behandlas som dispositiva i den mån det på bevisfrågeplanet inte står tillräckligt klart att det är fråga om ett konkurrensstridigt avtal.

I detta kapitel 10 har jag ägnat uppmärksamheten åt frågor som kan tänkas uppkomma då konkurrensreglerna ska tillämpas som just dispositiva i civilprocessen. Dispositiv tillämpning medför, till skillnad från en indispositiv tillämpning, att den sedvanliga förfogandearsenalen är i parternas makt. Vad gäller *rättskraftsverkan* av ett lagakraftvunnet avgörande finns, i enlighet med vad som framkommit ovan i kapitel 8 och 9, ingen skillnad mellan att tillämpa konkurrensreglerna som dispositiva respektive indispositiva. Så snart ett mål har EG-rättslig anknytning talar starka skäl för en vidsträckt rättskraftsverkan.

En viktig skillnad finns dock vad gäller *intraprocessuell preklusion*. När konkurrensreglerna är att se som helt dispositiva kan omständigheter och bevis prekluderas innan domen vunnit laga kraft. Alternativyrkanden kan prekluderas i högre rätt, trots att de möjligen också prekluderas av den lagakraftvunna domen utan att ha framförts i processen. Alternativa rättsliga kvalificeringar prekluderas dock inte förrän domen vunnit laga kraft. Beträffande nya omständigheter och bevis krävs giltig ursäkt för åberopande i högre rätt. I framställningen ovan menade jag i olika passager och från skilda utgångspunkter att åtminstone bristande processledning av kalibern rättegångsfel borde utgöra presumtion för giltig ursäkt.

En av de frågor som ägnades störst uppmärksamhet i kapitlet avser *materiell processledning*. Jag framhöll att EG-rättens många gånger oklara innehåll samt dess i jämförelse med svensk rätt svårtillgänglighet, bör föranleda en mild syn på den enskildes rättsvillfarelse samt ett strängt krav på domstolarna med avseende på materiell processledning.

Det finns visserligen argument mot materiell processledning i mål med EG-rättslig anknytning. Dels kan man anse att en för stor del av bördan av EG-rättens osäkerhet hamnar på domstolarna och att detta framförallt i dispositiva mål är orimligt. Dels kan en kraftfull materiell processledning föranleda att svårbedömda och egentligen otvistiga delar av ett rättsförhållande orsakar kostnader och tidssvinn, inte minst mot bakgrund av den latenta risken för vilandeförklaring vid begäran om förhandsavgörande.

Jag menade dock att ändamålsskälen för en kraftfull materiell processledning framstår som tyngre. Formellt stöd i samma riktning finns också i det som EG-domstolen uttryckte i *Van Schijndel-* och *Kraaijeveld*-fallen, nämligen att nationella domstolar ska beakta EG-rätt i den mån de får göra det enligt inhemsk processrätt. I Sverige stadgar RB 42:8 st. 2 att domstolarna ska verka för att tvistefrågorna blir klarlagda och att parterna anger det de vill åberopa, allt efter målets beskaffenhet. I 43:4 st. 2 slås fast att rätten ska se till att målet blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver och att domstolen genom frågor och påpekanden ska försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i de uttalanden som görs. Eftersom innebörden av tillämplig EG-rätt kan förutsättas vara svårtillgänglig och oklar och eftersom det finns ett generellt krav på att EG-rättens genomslag ska främjas såvitt möjligt enligt inhemska regler, förefaller det rimligt att dra slutsatsen att kraven på materiell processledning skärps när EG-regler aktualiseras i samband med RB 42:8 st. 2 samt 43:4 st. 2.

I kapitlet diskuterades vidare *konsekvenserna* av underlåten eller bristande materiell processledning. I lägen då domstolarna är satta under höga krav på materiell processledning och när förbiseenden av part bör ses milt, bör rekvisitet *giltig ursäkt* tillämpas liberalt när det fungerar som intraprocessuellt preklusionshinder. Bristande materiell processledning bör, som ovan sades, influera ursäktsbedömningen oavsett om den bristande processledningen är att se som rättegångsfel eller inte. Den milda tillämpningen av ursäktsrekvisitet förespråkades vidare i lägen när det överhuvudtaget inte är fråga om bristande materiell processledning. Samma skäl som talar för en kraftfull materiell processledning talar för en liberal tillämpning av ursäktsrekvisitet.

Rekvisitet giltig ursäkt är vidare relevant vid *resning* på grund av nya omständigheter eller bevis enligt RB 58:1 st. 1 p. 3. Det kunde tänkas dels att bristande materiell processledning influerade ursäktsbedömningen också i detta sammanhang, dels att tillämpningen av ursäktsrekvisitet oberoende av bristande materiell processledning och på grund av ovannämnda skäl, borde vara liberal generellt sett. Men i detta sammanhang menade jag att, liksom vid resning på grund av underlåten *officialprövning*, den ickedefinitiva tidsfristen i 58:4 st. 2 vid resning på grund av nya omständigheter eller bevis försvårar en liberal tillämpning. Behovet av att få ett definitivt slut på tvisten, ett behov som gör sig särskilt starkt gällande i tvister med EG-rättslig anknytning, väger över skälen som talar för en mer liberal tillämpning av ursäktsrekvisitet. Jag menade, tvärtom, att ursäktsrekvisitet och

"fristutlösaren" i RB 58:4 st. 2, parts kännedom om det nya processmaterialet, bör tillämpas strängt mot den drabbade parten.

Bristande materiell processledning kan vidare utgöra *rättegångsfel* såväl som *grovt rättegångsfel*. Intraprocessuellt kan detta medföra antingen att domen undanröjs och målet återförvisas eller att klagoinstansen rättar till den bristande processledningen själv enligt RB 50:28. Efter det att domen vunnit laga kraft aktualiseras istället institutet domvilloklagan och undanröjande av domen. En förutsättning för det senare är dock att den bristande processledningen utgör "annat grovt rättegångsfel" enligt RB 59:1 st. 1 p. 4. Vidare måste två kvalificerade rekvisit uppfyllas: part ska, återigen, ha giltig ursäkt för att inte ha gjort gällande rättegångsfelet i processen och det ska vara sannolikt att felet har påverkat utgången.

Beträffande ursäktsrekvisitet i detta sammanhang menade jag att det bör tillämpas liberalt av samma skäl som anfördes till stöd för att tillämpa rekvisitet milt vid intraprocessuell preklusion. Därför menade jag vidare att det borde vara liten skillnad mellan ordinära och grova rättegångsfel när brister i processledning är hänförliga till EG-rättsliga aspekter av tvisten. Den relevanta och viktiga gränsen borde dras mellan grova rättegångsfel och det som inte är rättegångsfel överhuvudtaget.

Vidare menade jag att för det fall bristande materiell processledning är att se som grovt rättegångsfel, är det också så gott som givet att part är ursäktad vid domvillobedömningen. Dessutom borde sannolik påverkan på utgången vara en förutsättning för att bristande materiell processledning ska vara att se som grovt rättegångsfel. Den praktiska skillnaden mellan att göra gällande bristande materiell processledning under respektive efter processen kan därför vara begränsad till den ovan bagatelliserade skillnaden mellan rättegångsfel och grovt rättegångsfel. I samma riktning talar det att, som ovan sades, ursäktlighetsbedömningen vid 50:25 st. 3 bör påverkas av om den tidigare domen föregåtts av bristande *officialprövning*. Därför influeras också i det sammanhanget tillämpningen av 59:1 st. 1 p. 4 och st. 2.

Det bör observeras att det alltså saknas skäl att tillämpa ursäktsrekvisitet restriktivt mot part som drabbats av bristande materiell processledning, vare sig rekvisitet aktualiseras intraprocessuellt eller i samband med domvilla. En samlad bedömning av ursäktsrekvisitet ger vid handen att rekvisitet tillämpas liberalt vid åberopande av nytt processmaterial enligt 50:25 st. 3, att det saknas vid bedömningen av

rättegångsfel enligt RB 50:28, att det tillämpas liberalt vid domvilloprövning enligt 59:1 st. 2, men att rekvisitet tillämpas strängt vid resning på grund av nytt processmaterial enligt 58:1 st. 1 p. 3.

Avsnittet avseende materiell processledning avslutades med en sammanhållen analys av frågan i ljuset av preklusionsregler, resningsregler, regler om rättegångsfel och domvilla samt mot bakgrund av domstolarnas skyldighet att begära förhandsavgörande.

Jag framhöll att man i efterhand kan bedöma felaktig materiell processledning utifrån tre frågor: 1) Hur näraliggande framstod objektivt sett konkurrensreglerna för domstolen; 2) hur grov var konkurrensstridigheten; 3) hur hade part(erna) handlat om de varit medvetna om konkurrensreglerna? Frågorna 1) och 2) ger tillsammans ledning för i vilka fall bristande materiell processledning utgör grovt rättegångsfel och en utgångspunkt för bedömningen av ursäktsrekvisitet i de fall detta aktualiseras, dock inte vid resning enligt 58:1 st. 1 p. 3. Tillsammans med de två föregående frågorna ger fråga 3) ledning för bedömningen av om domvilloförutsättningen påverkan på utgången är uppfylld. För att bedöma om underlåten processledning påverkat utgången i målet måste man rimligen fråga sig hur parterna handlat om domstolen bedrivit korrekt materiell processledning.

Jag menade att man för besvarandet av fråga 2) kan utgå ifrån bedömningen av om domstolen, för det fall processmaterialet hypotetiskt sett varit komplett, bort begära förhandsavgörande. Med avseende på konkurrensstridighetens grovhet skulle det därför finnas risk för bristande materiell processledning för det fall domstolen bort begära förhandsavgörande och också då konkurrensstridigheten varit såpass klar att det skulle ha varit överflödigt att begära förhandsavgörande. För det fall det skulle ha framstått helt klart att konkurrensreglerna inte var tillämpliga, eller för det fall domstolen trots osäkerhet bort avstå från att begära förhandsavgörande, skulle inte konkurrensstridigheten ha varit tillräckligt grov för att kvalificera domstolens inaktivitet som rättegångsfel.

Fråga 1) avsåg den mycket svåra bedömningen av om domstolen objektivt sett bort misstänka att konkurrensreglerna var tillämpliga. Jag gjorde i sammanhanget endast två anmärkningar. Om konkurrensreglernas tillämpning i målet varit beroende av faktakomplex som varit helt alternativa till de som gjorts gällande i målet, kan man inte anse att det är särskilt nära till hands för domstolen att förhöra sig om konkurrensreglernas relevans. Oberoende av om konkurrensstridigheten varit grov borde knappast domstolens passivitet utgöra rättegångsfel

och definitivt inte ett grovt sådant. Detta skulle dock inte nödvändigtvis hindra att part skulle vara ursäktad enligt 50:25 st. 3.

Den andra anmärkningen utgjordes av det exemplet att domstolen inte frågar om part vill göra gällande missbruk av dominerande ställning alternativt till artikel 85, till stöd för ett kontraheringsyrkande riktat mot två potentiella marknadsdominanter. Detta, menade jag, är tillräckligt näraliggande för att domstolens inaktivitet ska utgöra ett grovt rättegångsfel.

Beträffande fråga 3), avseende hur parterna handlat om de varit medvetna om konkurrensreglerna, menade jag att man också kunde använda förutsättningen för begäran om förhandsavgörande närmast som en presumtion. Om under det hypotetiska antagandet att processmaterialet varit komplett domstolen borde ha tillämpat konkurrensreglerna t.o.m. utan att begära förhandsavgörande, kan man också anta att parterna skulle ha kompletterat processmaterialet och följaktligen kan man vidare anta att den bristande processledningen påverkat utgången. Samma antagande som det sistnämnda kan göras för det fall domstolen bort begära förhandsavgörande på grund av osäkerhet. Men i de fall domstolen inte bort begära förhandsavgörande under den hypotetiska förutsättningen att processmaterialet varit komplett, bör man anta att bristande processledning inte påverkat utgången. Här bör som slutanmärkning avseende kriterierna för bristande materiell processledning påpekas att bedömningarna av hur domstolen bort, och parterna kunnat antas, handla måste utgå ifrån rättsläget som det var då processledningen aktualiserades.

Förutom materiell processledning diskuterades i kapitel 10 i övrigt bland annat kravet på jura novit curia och detta under rubriken alternativ rättslig kvalificering. Jag menade att principen om att domstolen ska tillämpa rätten, även utan påstående från part, gör sig särskilt starkt gällande i mål med EG-rättslig anknytning. Stöd för detta finns, återigen, i det av EG-domstolen uttalade kravet att nationella domstolar ska genomdriva EG-rättsliga regler i den mån den nationella rättsordningen ger utrymme för det. Principen om jura novit curia förbjuder inte domstolarna att beakta alternativa rättsliga kvalificeringar, tvärtom förefaller den innebära att domstolarna ska beakta alternativa kvalificeringar.

Trots att principen medför processekonomiska nackdelar i vissa avseenden, t.ex. att tvisten blir mer omfattande än parterna önskat, finns mer eller mindre oberoende av EG-rätten också ändamålsskäl som talar för att den tillämpas. En begränsning av domstolarnas

manöverutrymme vad gäller rättsregler och rättsliga kvalificeringar skulle eftersätta domstolarnas rättsutvecklande uppgifter.

Underlåten rättslig kvalificering borde inte vara att se som rättegångsfel utan som felaktig rättstillämpning. Vid en bedömning av resning på grund av felaktig rättstillämpning kan man argumentera för att uppenbarhetsrekvisitet luckras upp när det är fråga om att EG-rättsliga regler förbisetts. Samma skäl kan anföras till stöd för detta som ovan anfördes för en kraftfull materiell processledning.

Det bör uppmärksammas att underlåten konkurrensrättslig kvalificering av högsta instans generellt kan antas bli konsumerad av att högsta instans underlåtit att inhämta förhandsavgörande och därmed gjort sig skyldig till grovt rättegångsfel. Beträffande sista instans är läget detsamma som vid *officialprövning*: resning på grund av uppenbart felaktig rättstillämpning torde exklusivt bli aktuellt endast när sista instans inte varit förpliktad att inhämta förhandsavgörande. Vad gäller andra instanser än sista är regeln om begäran om förhandsavgörande endast fakultativ. Därför blir också utrymmet för enbart felaktig rättstillämpning större när konkurrensreglerna tillämpas i rent dispositiva mål. Vidare påpekades att utrymmet för exklusivt felaktig rättstillämpning också kan begränsas av att underlåten konkurrensrättslig kvalificering förenats med underlåten materiell processledning, vilket kan utgöra rättegångsfel och i vissa fall domvilla.

De ovannämnda problemen – materiell processledning och jura novit curia – är centrala frågor som aktualiseras vid tillämpningen av EG-regler i svensk civilprocess generellt. De två avslutande frågorna som behandlades i kapitlet är snarast hänförliga till konkurrensrättens särskilda karaktär och utformning.

Den första av dessa är en särskild forumfråga som aktualiseras på grund av den särskilda forumregeln i den svenska konkurrenslagen vilken ger Stockholms Tingsrätt behörighet som alternativforum i alla konkurrenstvister enligt konkurrenslagen. Någon motsvarande forumregel finns inte som ger Stockholms Tingsrätt behörighet att pröva tvister som inkluderar tillämpning av EG:s konkurrensregler. Därför är de allmänna forumreglerna i 10 kapitlet RB tillämpliga.

Detta innebär för det första att svaranden vid process inför Stockholms Tingsrätt genom en foruminvändning kan göra domstolen obehörig att tillämpa EG:s konkurrensregler. Möjligen gäller motsvarande för käranden. För det andra är det oklart vad som händer med den EG-rättsliga aspekten när den förbigås; prekluderas eller kvarstår den?

Slutsatserna med avseende på dessa frågor var följande. Om EG:s konkurrensregler förbises bör den aspekten av parternas tvist anses prekluderad. Mot bakgrund av forumreglernas ändamål finns inget skäl till att en annan domstol än Stockholms Tingsrätt skulle få pröva just den EG-rättsliga frågan. Om endera av käranden eller svaranden vill reservera prövningen enligt EG:s konkurrensregler för annan domstol gör sig egentligen samma skäl gällande som då den EG-rättsliga aspekten förbisetts. Det finns inga bärande skäl till varför annan domstol än Stockholms Tingsrätt skulle få pröva frågan. Men forumregleringen talar sitt tydliga språk och enbart ändamålssynpunkter förefaller inte i detta sammanhang kunna genombryta parts möjlighet att reservera den EG-rättsliga konkurrensprövningen till senare prövning vid annan domstol.

Det som behandlades sist i kapitlet var frågan om risken för motstridiga regleringar av rättslägen. Här gav jag ett exempel på att tillämpningen av EG:s konkurrensregler kan föranleda motstridiga avgöranden av tvister mellan olika konstellationer av parter. Jag framhöll här att det är viktigt att eftersträva en någorlunda enhetlig reglering av olika rättsförhållanden som griper in i varandra, främst för att det är samhällsekonomiskt oförsvarligt att medverka till att låsa fast marknadsaktörer i omöjliga situationer. Den lösning som för mig framstod som mest tilltalande, om än inte oproblematisk, innebär att en senare dom förtar den civilrättsliga betydelsen av den tidigare domen.

AVSLUTNING:

Sammanfattning av studien och därtill slutsatser

Kapitel 11: Summering

11.1 Sammanfattning

Syftet med denna studie har varit att inom ett begränsat område påvisa hur EG-rätten kan påverka den svenska civilprocessen. Ämnet är avgränsat till dispositionsprincipen vid tillämpningen av EG:s konkurrensregler i den svenska civilprocessen. Uppläggningen har dock varit öppen i så måtto att de problem som visat sig vid konfrontationen mellan dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler har behandlats utan några avgränsningar.

Studien är uppdelad i två avdelningar. Den första avdelningen, "EG:s konkurrensregler och deras civilrättsliga verkan", innehåller kapitlen 2, 3 och 4, medan den andra "Den svenska civilprocessen och EG:s konkurrensregler – frågan om dispositionsprincipens tillämpning" innehåller kapitlen 5 t.o.m. 10.

Kapitel 2 i den första avdelningen ägnades åt de konkurrensrättsliga reglerna, deras ändamål och förfarandet vid EG-kommissionen. Här kom fram att EG:s konkurrensregler har tre övergripande ändamål. I prioritetsordning är dessa ekonomisk och rättslig integration, ekonomisk effektivitet samt tillvaratagande av sociala värden och skäligt marknadsuppträdande.

De konkurrensregler som beskrevs i kapitel 2 och som återkommer i resten av studien är artikel 85 och 86 i Romfördraget. Bestämmelserna är utformade som förbud mot visst slag av marknadsuppträdande. Artikel 85 förbjuder allt slag av konkurrensbegränsande samarbete mellan företag, medan artikel 86 förbjuder ensidigt missbruk av en dominerande ställning på en marknad.

Till artikel 85 är kopplat ett undantagsförfarande. Efter anmälan av avtal eller annat samarbete mellan företag, som faller under det vida förbudet i artikel 85(1), kan EG-kommíssionen besluta om individuella undantag. Vidare kan EG-kommissionen ge s.k. negativattester, dvs. efter ansökan kan kommissionen förklara att ett avtal faller utanför

tillämpningsområdet för artikel 85(1). Förutom beslut i det enskilda fallet kan EG-kommissionen på vissa områden utfärda förordningar varigenom vissa grupper av avtal undantas från förbudet i artikel 85(1). Vad gäller artikel 86 finns ingen möjlighet till undantag.

EG-kommissionen ges enligt Förordning 17/62 en central roll med avseende på övervakningen av konkurrensreglernas efterlevnad samt utvecklingen av EG-rättens konkurrenspolitik. Förutom att kommissionen har behörighet att fatta individuella undantagsbeslut och beslut om negativattester och utfärda gruppundantagsförordningar, kan EG-kommissionen fastställa överträdelser av konkurrensreglerna och påföra företag böter. Vidare har kommissionen stora maktbefogenheter vad gäller tvångsmedel.

Majoriteten av ärenden hos EG-kommissionen avslutas genom utfärdande av s.k. comfort letters. Det är ett slag av oförbindande brev som meddelar företag att deras avtal etc. inte kommer att föranleda vidare åtgärd från EG-kommissionen. Sådana brev kan innehålla uttalanden om att det bedömda avtalet faller utanför artikel 85(1) eller att implementeringen av avtalet kan fortsätta om bara vissa villkor uppfylls.

Comfort letters är ett tidsbesparande instrument, vilket är till fördel för såväl EG-kommissionen som inblandade företag. Sådana brev kan dock också vålla problem, inte bara för direkt inblandade parter, utan även för tredje man. Comfort letters är inte prejudicerande för efterföljande nationell domstolsprövning och inte heller för tredje man. Vidare föregås de, till skillnad från formella beslut, inte av något publiceringsförfarande.

I *kapitel 3* behandlades frågan om de nationella domstolarnas behörighet att tillämpa EG:s konkurrensregler. Detta är samma fråga som spörsmålet om konkurrensreglernas direkta effekt.

Här framkom att artikel 86 har direkt effekt och ska tillämpas av nationella domstolar när bestämmelsen har rättslig betydelse för tvistefrågor som ligger inom domstolarnas behörighet att avgöra.

Något överraskande visade det sig att däremot artikel 85 knappast kan karaktäriseras som direkt effektiv. Av EG-domstolens praxis framgår att artikeln har direkt verkan på det nationella planet endast på sådana områden som täcks av Förordning 17/62. Detta motiveras med hänvisning till att de nationella behöriga konkurrensmyndigheterna samt de nationella domstolarna, utan EG-kommissionen med dess befogenheter enligt Förordning 17/62, inte kan antas tillförsäkra

att tillämpningen av artikel 85 blir "konsistent och komplett". Nu ska inte betydelsen av att artikel 85 i princip saknar direkt effekt överdrivas. Det område som täcks av konkurrensreglerna, men inte av Förordning 17/62, är minimalt. I praktiken kan man därför närmast säga att artikel 85 har direkt effekt.

Ett värre problem är dock att artikel 85(3), dvs. möjligheten till individuella undantag av avtal och annat konkurrensbegränsande samarbete som faller under 85(1), är förbehållen EG-kommissionens behörighet. De nationella domstolarna saknar därför behörighet att medge undantag enligt tredje stycket av bestämmelsen, trots att de är förpliktade att meddela förbud enligt det första stycket.

Ytterligare ett problem består i att nationella domstolar och EG-kommissionen är parallellt behöriga att tillämpa konkurrensreglerna. Bortsett från individuella undantagsbeslut av EG-kommissionen är det oklart i vad mån EG-kommissionens beslut har prejudicerande verkan för efterföljande eller föregående avgöranden av nationella domstolar. Detta problem är särskilt svårartat vid tillämpningen av artikel 85, eftersom de nationella domstolarna och EG-kommissionen här kan komma att tillämpa en regelmateria med olika innehåll. Detta är en konsekvens av det förhållande som nämndes i stycket ovan.

De mest iögonenfallande negativa konsekvenserna av detta är att företagens rättssäkerhet i viss mån eftersätts och att det uppkommer en risk för motstridiga avgöranden. Den senare risken är alltför stor för att vara acceptabel. I kapitlet framhölls att dessa konsekvenser har sin orsak i att EG-domstolen, och EG-kommissionen, velat förena en decentraliserad tillämpning av konkurrensreglerna med centraliserad kontroll över konkurrenspolitikens utveckling. Syftet har varit att tillförsäkra enskilt rättsskydd och att avlasta EG-kommissionen.

Vidare behandlades den speciella frågan om nationella domstolars behörighet att pröva gamla avtals konkurrensstridighet. Här är rättsläget sådant att nationella domstolar är förhindrade att pröva om *gamla avtal* är konkurrensstridiga och därmed ogiltiga. Detta kallade jag för villkorad giltighet. Sådan villkorad giltighet upphör när EG-kommissionen fattar ett beslut avseende avtalet och sannolikt också då EG-kommissionen utger ett comfort letter i anledning av avtalet.

I *kapitel 4* togs steget ned till den svenska rätten för att utröna de konkurrensrättsliga reglernas verkan här i landet. Utgångspunkten för analysen var i detta sammanhang EG-rättens ståndpunkt med avseende på de civilrättsliga konsekvenserna av förfaranden i strid med

konkurrensreglerna samt de svenska civilrättsliga regler som aktualiseras i sammanhanget.

Jag kom fram till att konkurrensbegränsande avtal är att se som ogiltiga från ingåendet. Detta följer direkt av Romfördragets artikel 85(2) vad gäller avtal i strid med artikel 85. Vidare följer antagligen direkt av EG-rätten att avtal i strid med artikel 86 är ogiltiga. I samband med ogiltighetssanktionen diskuterades frågan om ett konkurrensbegränsande avtalsvillkors särskiljbarhet från andra delar av avtalet samt möjligheten att jämka hela avtalet enligt 36 § avtalslagen, förutsättningsläran eller principen om obehörig vinst.

Vidare diskuterades tredje mans ställning i anledning av en konkurrensbegränsning. Här menade jag att det måste finnas möjlighet för tredje man att väcka förbudstalan gentemot en konkurrensbegränsare i de fall konkurrensbegränsningen drabbar honom eller henne. Jag menade också att det måste stå i tredje mans makt att väcka negativ fastställelsetalan avseende ett avtals konkurrensrättsliga giltighet, trots att det saknas en sådan reglering i svensk rätt. En förutsättning för tredje mans rättigheter i nämnda avseenden är dock att hon eller han anses direkt berörd av konkurrensrättsöverträdelsen.

Tredje man kan möjligen också vara berättigad att kräva kontrahering i fall när leveransvägran skulle stå i strid med artikel 86. Däremot lär ingen kontraheringsplikt följa vid överträdelser av artikel 85.

Det största problemet vid bedömningen av tredje mans möjligheter att göra gällande olika rättsföljder visade sig vara att avgöra när tredje man är materiellt berättigad att i ett visst sammanhang genomdriva en viss rättsföljd. Möjligen kan denna bestämning göras med ledning från förarbetena till den svenska konkurrenslagen, men också utifrån talerättsförutsättningarna i Förordning 17/62 och artikel 173 i Romfördraget.

När det gäller möjligheten till ersättning för förmögenhetsskada som vållats vid överträdelser av EG:s konkurrensregler fann jag två argumentationslinjer. Antingen följer en rätt till skadestånd på grund av EG-rättens krav på enskilt rättsskydd och effektivt genomslag eller så följer inte en rätt till skadestånd enligt dessa krav. Trots att konkurrensreglerna tillämpats av nationella domstolar sedan början av 1960-talet har inte EG-domstolen givits tillfälle att uttala sig om rätten till skadestånd vid överträdelse av EG:s konkurrensregler. Rättsläget är således oklart.

Jag menade dock att, oberoende av vilken argumentationslinje man stannar för, det enligt svensk rätt måste finnas en rätt till ersättning.

Om konkurrensreglernas genomslag och det enskilda rättsskyddet inte skulle motivera en rätt till skadestånd, aktualiseras nämligen det EG-rättsliga kravet på likabehandling. Detta innebär att EG-rättsliga anspråk inte ska diskrimineras i jämförelse med inhemska anspråk av liknande natur. Eftersom den svenska konkurrenslagen uppställer en rätt till skadestånd vid överträdelser av de svenska motsvarigheterna till artiklarna 85 och 86 måste rimligen skadestånd utgå också vid överträdelser av de EG-rättsliga reglerna.

Det finns dock en skillnad mellan att EG-rätten direkt ger upphov till individuell ersättningsskyldighet och att en sådan följer endast indirekt, via likabehandlingskravet. I det förra fallet kan kraven på genomdrivbarhet och effektivitet motivera modifikationer av den svenska skadeståndsregeln. I det förra fallet är modifikationer uteslutna. Jag fann det därför vara värt att välja mellan argumentationslinjerna ifråga och stannade efter viss tvekan vid att det är motiverat att överträdelser av EG:s konkurrensregler i sig medför en rätt till ersättning. När frågan är om överträdelser av EG:s konkurrensregler borde det därför enligt min mening vara möjligt att ifrågasätta de preskriptions- och personkategoribestämningar som 33 § konkurrenslagen innehåller.

Vidare redogjorde jag för den osäkerhet som är hänförlig till tillämpningen av bevisregler i samband med hanteringen av konkurrensrättsliga anspråk.

Kapitel 5 ägnades åt en beskrivning av parternas dispositionsfrihet i civilprocessen. Här poängterades att den svenska civilprocessen i hög grad bygger på partsinitiativ och partsaktivitet. Detta kan ses som en frihet för parterna, men det är också en börda. Underlåtenhet i relevanta avseenden kan innebära att part tappar målet och förlorar möjligheten att (ånyo) försöka genomdriva sin rätt.

Vidare diskuterades gränsernas för parternas dispositionsfrihet i processen, särskilt med avseende på bestämningen av vad som utgör indispositiva moment. Här framkom att den processuella ståndpunkten innebär att civilrättens reglering av ett visst förhållande ska läggas till grund för parternas dispositionsutrymme. Det ska föreligga principiell överensstämmelse mellan parternas materiella och processuella förfoganderätt. Problemet i det sammanhanget är att det ofta är omöjligt att utläsa av de civilrättsliga källorna huruvida parterna får disponera över förhållandet i processen.

I *kapitel 6* ställde jag frågan om EG:s konkurrensregler är indispositiva i den svenska civilprocessen och besvarade den delvis jakande. Med utgångspunkt i EG-rättens krav på effektivt enskilt rättsskydd och kravet på effektivt genomslag, kom jag fram till att det vore irrationellt att göra det möjligt för parterna att inom processens ram disponera på ett sätt som är förbjudet utom process.

Visserligen kan man inte av EG-domstolens praxis vaska fram att det skulle vara otillåtet att behandla konkurrensstridiga avtal som dispositiva moment i den nationella civilprocessen. Det förefaller som ett bestämt ställningstagande fortfarande är att vänta. Men den svenska regleringen av de civilrättsliga och civilprocessuella konsekvenserna av förbjudna avtal ger utrymme för att behandla sådana avtal som indispositivt otillåtna i processen. Därför menade jag att det följer av den svenska regleringen att processuella dispositioner motsvarande civilrättsliga förfoganden som utgör konkurrensstridiga avtalsdispositioner ska vara otillåtna. Det kan uttryckas som att konkurrensstridiga avtal är att se som indispositiva moment i den svenska civilprocessen.

Beträffande konkurrensstridighet som aktualiseras i andra sammanhang än i tvister mellan avtalsparter rörande ett till ett konkurrensstridigt avtal hänförligt förhållande, menade jag att konkurrensreglerna ska behandlas som dispositiva i civilprocessen. De starka skälen mot att tillåta dispositioner som står i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande avtal gör sig inte gällande med avseende på andra konkurrensbegränsningar. Dels saknas förutsättningar att kolludera i utomobligatoriska rättsförhållanden, dels saknas anledning att anta att det finns förutsättningar för en sådan konkurrensbegränsning att aktualiseras utan att den lyfts fram av ena parten. Det skulle föra för långt att underkasta domstolarna en allmän officialprövningsplikt beträffande konkurrensrättsliga förfaranden. Avtalsbindningen är däremot ett sådant vitalt instrument för konkurrensbegränsaren att den måste motverkas med officialprövning.

Klassificeringen av konkurrensstridighet som i vissa fall dispositiv och i andra fall indispositiv har givetvis betydelse för tillämpningen av processregler i mål med konkurrensrättslig anknytning. Den har också betydelse för uppläggningen av studien. Efter kapitel 6 följde tre kapitel, 7 t.o.m. 9, som ägnades åt processuella frågor som uppkommer i samband med konkurrensrättslig officialprövning. I det sista kapitlet 10 behandlades frågor som rör tillämpningen av konkurrensreglerna i helt dispositiva mål.

Kapitel 7 ägnades åt frågan om vad officialprövning kan innebära i mål där EG:s konkurrensregler aktualiseras. De mer omedelbara konsekvenserna av att ett moment klassificeras som indispositivt är att partsdispositioner som medgivande, eftergift, erkännande, utevaro, förlikningsavtal samt icke åberopanden av omständigheter och bevis, inte är bindande för domstolen.

Ett problem med just konkurrensbegränsande avtal som indispositiva moment är att det för domstolen kan vara ovisst huruvida ett avtal är att bestämma som konkurrensbegränsande eller inte. Ovissheten kan i det enskilda fallet vara hänförlig till rättsfrågan, bevisfrågan eller båda.

För det fall osäkerheten enbart ligger på rättsfrågeplanet, menade jag, är domstolen behjälpt av ett förhandsavgörande från EG-domstolen. Visserligen är endast sista instans förpliktad att begära förhandsavgörande. Men vid officialprövning borde den fakultativa möjligheten för andra än sista instans vara mer än en möjlighet.

Därför bör alla instanser begära förhandsavgörande när de är osäkra om huruvida ett avtal är att kvalificera som konkurrensbegränsande. Ett första undantag till detta aktualiseras i situationen då det är helt klart att det är fråga om ett konkurrensbegränsande avtal. I ett sådant läge bör domstolen officialtillämpa direkt. Ett andra undantag är fallet då det framstår som uteslutet att avtalet är att se som konkurrensbegränsande. Ett tredje mer kontroversiellt undantag aktualiseras i lägen då domstolen visserligen misstänker att det kan röra sig om ett konkurrensbegränsande avtal, men där faktorer som behovet av ett snabbt avgörande, tvisteföremålets värde och parternas inställning, sammanlagda överväger det förväntade värdet av ett förhandsavgörande. Jag framhöll t.o.m. att denna avvägning kunde göras i sista instans, trots att artikel 177 är obligatorisk på den nivån.

När däremot ovissheten om avtalet är konkurrensstridigt är hänförlig till bevisfrågeplanet är domstolarna inte behjälpta av förhandsavgöranden från EG-domstolen. Jag menade här att det vore önskvärt om det funnes en mekanism i RB som möjliggjorde för domstolen att framtvinga utredning från parterna. En möjlighet vore att sänka beviskravet för konkurrensstridighet och liknande ovissa indispositiva moment eller att lägga bevisbördan på någon av, eller båda, parterna. En annan möjlighet som diskuterades utförligt vore att utlösa officialtillämpning redan vid domstolens misstanke om konkurrensstridighet, under förutsättning att part(erna) underlåtit att efterkomma ett före-

läggande om att presentera bevisning till vederläggande av domstolens misstankar.

Ingen av dessa metoder fann jag dock stöd för i RB och drog därför motvilligt slutsatsen att officialtillämpning de lege lata endast kan komma ifråga när beviskravet "styrkt" eller möjligen – på grund av det allmänt svåra bevisläget – "sannolikt" är uppfyllt. I vissa lägen måste vidare beviskravet sägas vara högre än så. För det fall konkurrensstridighet är att se som processhinder kan redan stämningsansökan avvisas om det är uppenbart att det föreligger rättegångshinder. Efter att detta stadium av processen passerats sjunker beviskravet ner till nivån "styrkt" för avvisning enligt 34:1. För det fall konkurrensenlighet ses som ett officialfaktum finns ett krav på uppenbart vid ogillande dom enligt 42:5 och 44:8. I övrigt bör konkurrensstridighet också som officialfaktum kräva "styrkt" för att anses bevisad.

Jag diskuterade vidare mer direkt frågan om konkurrensstridighet enligt svensk rätt är att se som processhinder eller materiellt bifallshinder och föranleda avvisning respektive ogillande. Här framkom att båda möjligheterna står öppna. Huruvida konkurrensstridighet bör klassificeras på det ena eller det andra sättet är en fråga om vilken behandling av det indispositiva momentet som framstår som mest ändamålsenlig. Jag lämnade därför frågan för att senare närma mig den igen, då med stöd av senare framkomna skillnader mellan officialfakta och processförutsättningar. Denna fortfarande obesvarade fråga om officialavgörandets ändamålsenliga form kommer att besvaras i avsnitt 11.2.2.

I kapitel 7 behandlades även institutet vilandeförklaring. Detta aktualiseras dels vid begäran om förhandsavgörande, dels i samband med en eventuell anmodan till parterna att inkomma med ytterligare utredning. Det senare kan i sin tur aktualiseras dels då beviskravet för konkurrensstridighet är uppfyllt och parterna bör beredas möjlighet att motbevisa domstolens uppfattning, dels då beviskravet inte är uppfyllt och domstolen därför behöver ytterligare utredning.

Sist i kapitlet diskuterades frågan om återgångsyrkanden. Det framkom att krav på återgång av prestationer enligt förbjudna avtal i allmänhet godtas av domstolarna. I den mån prestationen är omöjlig att återge ska ersättning för dess värde utgå. Det finns ett par möjliga undantag till denna allmänna återkravsrätt och dessa undantag ligger någorlunda i riktning mot förhållandena vid konkurrensstridiga avtal. Jag fann dock här, utan att underkasta frågan någon djupare analys, att återgång av prestationer enligt konkurrensbegränsande avtal bör ske

som huvudregel. I vissa fall bör kanske t.o.m. ogiltigheten i praktiken endast ges verkan för framtiden. Detta borde dock endast aktualiseras när det är omöjligt att återbära och när värdet av prestationerna är svårbestämbart.

I *kapitel 8* diskuterades officialprövning och rättskraft. Här fann jag för det första att det finns goda skäl att tillerkänna en dom som föregåtts av underlåten officialprövning en vidsträckt rättskraftsverkan. Visserligen kan det förefalla som att detta motverkar genomslaget av den ogiltighetssanktion som är kopplad till konkurrensbegränsande avtal. Men att ge utrymme för EG-rättsliga moment att påverka ett redan avgjort rättsförhållande skulle medföra att rättsförhållandet blev i hög grad villkorat av EG-domstolens utveckling av EG-rätten. Att generellt argumentera för en snäv rättskraftsverkan i mål med EG-rättslig anknytning är också att argumentera för att skapa en latent osäkerhet i enskilda rättsförhållanden. Eftersom osäkerhet i enskilda civilrättsliga förhållanden kan antas motverka EG-rättens genomslag på nationell nivå, kan en snäv rättskraftsverkan knappast ens från EG-rättslig synvinkel anses vara ändamålsenlig.

Vidare redogjorde jag i ett antal exempel för en rättskraftig doms påverkan på till det avgjorda rättsförhållandet accessoriska frågor. Här framkom att domen kan ha preklusiv och prejudiciell betydelse samt utöva påverkan i bevishänseende. Å andra sidan kan accessoriska frågor medföra att domen är öppen för ifrågasättande genom t.ex. resning. Ett särskilt förhållande som ägnades uppmärksamhet är relationen mellan förlikningsavtalet och en därpå grundad stadfästelsedom. Här visade sig vissa avvikande drag i jämförelse med förhållandet mellan domen och accssoriska frågor i övrigt.

Kapitlet innehåller vidare en tämligen omfattande diskussion av om det finns någon skillnad i rättskraftens omfång vad gäller en ogillande dom och ett avvisningsbeslut. Här menade jag, främst mot bakgrund av ett HD-fall, att det finns en skillnad. Det förefaller i varje fall inte uteslutet att anförandet av nya omständigheter till stöd för att det inte föreligger processhinder kan berättiga part att få väcka talan utan resning, trots ett föreliggande avvisningsbeslut. De närmare förutsättningarna för detta är det dock svårt att uttala sig om.

Detta kan ha betydelse för det fall konkurrensstridighet klassificeras som processhinder och en domstol felaktigt avvisar. I den mån part kan anföra nya omständigheter som visar att avtalet inte är konkurrensbegränsande skulle ny talan kunna väckas utan hinder av

avvisningsbeslutet. Här skulle då finnas en skillnad beroende på om konkurrensenlighet klassificerades som officialfaktum eller processförutsättning.

Kapitel 9 ägnades åt frågan om tillämpningen av extraordinära rättsmedel vid underlåten officialprövning. Här använde jag uttrycket det terminatoriska processändamålet, behovet av att få ett definitivt slut på tvister, och ställde det mot processens inkvisitoriska ändamål, strävan mot materiellt riktiga avgöranden. Det senare ändamålet gör sig särskilt starkt gällande vid officialprövning och det förra är, som ovan nämnts, speciellt viktigt att tillgodose i mål med EG-rättslig anknytning.

Beträffande domvilloklagan vid underlåten eller bristfällig officialprövning framkom följande. Jag menade att det finns anledning att lägga ribban lågt för att se bristande officialprövning som grovt rättegångsfel. Enligt svensk rätt ligger i princip inget för domstolen klandervärt i att en dom anses belastad av grovt rättegångsfel. Detta måste i ännu högre grad än normalt anses gälla när det är fråga om bristande officialprövning. Sådan kan i många fall anses föreligga när domstolen inte haft en möjlighet att misstänka förekomsten av ett indispositivt moment och än mindre kunnat sluta till att ett sådant moment är i erforderlig grad bevisat. Jag menade att det är en rimlig fördelning av osäkerheten avseende konkurrensstridighet att osäkerheten vid officialprövningsskyldighet tillåts belasta domstolen.

Därför, menade jag också, bör de kvalificerade förutsättningarna för domvilloklagan – att part haft giltig ursäkt för att inte under det ordinära förfarandet göra gällande konkurrensstridigheten samt att rättegångsfelet skulle ha påverkat utgången – tillämpas milt gentemot den part som drabbats av att konkurrensstridigheten undanhållits domstolens bedömning. Det bör således vara lätt att vinna framgång med domvilloklagan när domstol förbisett den konkurrensrättsliga aspekten av ett avtal. Detta tillgodoser under en begränsad tidsperiod det inkvisitoriska ändamål som gör sig särskilt starkt gällande vid officialprövning. Men det kommer inte heller i konflikt med det terminatoriska ändamålet eftersom det finns en definitiv tidsfrist för anförande av domvillkoklagan. Denna frist går ut 6 månader efter det att domen vunnit laga kraft.

Underlåten officialprövning kan alltså utgöra grovt rättegångsfel och konstituera domvilla. I samband med underlåten officialprövning kan också ytterligare två domvillogrunder aktualiseras. Dels kan

underlåten materiell processledning, i den mån sådan inte konsumeras av bristande officialprövning, göras gällande parallellt i många situationer. Dels kan, för det fall underlåten officialprövning förenas med underlåten rättslig kvalificering, underlåtenhet att inhämta förhandsavgörande utgöra grovt rättegångsfel. Eftersom också underrätter vid officialprövning bör anses skyldiga att inhämta förhandsavgörande vid tveksamhet på rättsfrågeplanet borde underlåtenhet i det avseendet kunna kvalificeras som grovt rättegångsfel. Det bör dock påpekas att åsidosättandet av fakultativa regler kan utgöra rättegångsfel också i helt dispositiva mål.

Det visade sig en skillnad mellan officialfakta och processförutsättningar vid domvilloklagan. För det fall konkurrensstridighet utgör processhinder är domstolens underlåtenhet att beakta sådan att se som domvillogrund oberoende av om de kvalificerade förutsättningarna är uppfyllda eller inte. Eftersom de kvalificerade förutsättningarna vid domvilla enligt 59:1 st. 1 p. 4 är att tillämpa liberalt, bör dock skillnaden mellan officialfakta och processförutsättningar inte överdrivas i det här sammanhanget.

Underlåten officialprövning kan vidare föranleda resning om underlåtenheten resulterar i att omständigheter eller bevis inte läggs till grund för domen. Resning på grund av nya omständigheter eller bevis förutsätter dock, liksom undanröjande på grund av domvilla, att kvalificerade rekvisit är uppfyllda. Här menade jag dock att förutsättningarna giltig ursäkt och parts (icke) kännedom måste tillämpas strängt mot den som ansöker om resning. Skälet till detta är att fristen för resning börjar löpa först då part erhållit kännedom om det nya relevanta processmaterialet. Det skulle vara olyckligt att villkora tvistens definitiva avgörande mot bakgrund av att rättsläget långt senare kan förändras och nytt material kan komma i dagen. Vidare tillgodoses i tillräcklig mån parts rättsskyddsbehov av att förutsättningarna för undanröjande på grund av domvilla bör tillämpas liberalt.

Det exklusiva området för resning på grund av uppenbart felaktig rättstillämpning i samband med underlåten eller bristfällig tillämpning av EG:s konkurrensregler på ett avtal, är ytterst begränsat. Bristande officialtillämpning bör ses som enbart felaktig rättstillämpning endast då domstolen uttryckligen i domskälen beaktat konkurrensreglerna och underlåtit att tillämpa dem eller tillämpat dem felaktigt. Och också i de fall en domstol gjort just detta kan man anta att domstolens rättstillämpningsfel i de flesta fall konsumeras av domvilla; i den mån

domstolen bort begära förhandsavgörande från EG-domstolen, men inte gjort det, borde det vara fråga om rättegångsfel.

Det enda givna läget då det är fråga om att tillämpa 58:1 st. 1 p. 4 är när det är fråga om en så klar konkurrensbegränsning att domstolen inte bort begära förhandsavgörande och domstolen, trots detta, underlåtit att tillämpa reglerna! Vidare är det tänkbart att lagrummet kan komma ifråga för det fall domstolen av goda skäl avstått från att begära förhandsavgörande. Men det är mycket osannolikt att uppenbarhetsrekvisitet skulle vara uppfyllt i ett fall som det sistnämnda.

I *kapitel 10* lämnades de officialprövningsrelaterade frågorna till förmån för en diskussion om behandlingen av konkurrensreglerna i de fall de är att se som dispositiva i civilprocessen.

Här framkom en viktig skillnad i jämförelse med läget när konkurrensstridighet är att se som ett indispositivt moment. När konkurrensreglerna är dispositiva kan konkurrensfakta och till dem hänförlig bevisning utsättas för intraprocessuell preklusion. I detta sammanhang menade jag att det, mot bakgrund av den osäkerhet som belastar EG-rättens innehåll och dess civilrättsliga konsekvenser, finns anledning att se tämligen milt på såväl parts rättsvillfarelse som ursäktligheten av underlåtna partsdispositioner. Vidare framhöll jag att bristande processledning när den är att kvalificera som rättegångsfel bör utgöra en presumtion för giltig ursäkt.

Vad gäller materiell processledning framhöll jag att EG-rättens oklara innehåll samt dess relativa svårtillgänglighet bör medföra att domstolarna underkastas ett strängt krav. Indirekt stöd för detta finns i *Kraaijeveld-* och *Van Schijndel*-fallen i vilka EG-domstolen slår fast att nationella domstolar ska tillämpa EG-rättsliga regler ex officio i den mån de tillåts göra det enligt nationella processregler. Jag menade att man därför också kan säga att domstolarna ska uppmärksamma parterna på EG-rättsliga aspekter av deras tvist, i den mån de kan göra detta enligt nationella processregler. Och i svensk rätt finns inget förbud mot materiell processledning. Tvärtom finns gott stöd för domstolarna att genom frågor sätta parterna i position att medvetet disponera över sina respektive rättslägen.

Avseende konsekvenserna av underlåten materiell processledning fann jag, liksom vid underlåten officialprövning, att domvilloregeln i 59:1 st. 1 p. 4 liksom 50:28 borde tillämpas liberalt gentemot part som drabbats. Och liksom vid officialprövning finns det vid resning

anledning att tvärtom tillämpa de kvalificerade rekvisiten strängt. Behovet att få ett definitivt slut på tvisten väger tyngre än skälen som talar för en liberal tillämpning.

Till ledning för bedömningen av om materiell processledning bör föranleda att part får åberopa nya omständigheter och bevis i högre rätt samt om bristande processledning kan användas till att angripa domen efter att den vunnit laga kraft uppställde jag tre frågor: 1) Hur näraliggande framstod objektivt sett konkurrensreglerna för domstolen; 2) hur grov var konkurrensstridigheten; 3) hur hade parterna handlat om de varit medvetna om konkurrensreglerna?

I de fall det är fråga om en näraliggande och grov konkurrensstridighet som man kan anta att part hade sökt göra gällande om den uppmärksammats, borde underlåten materiell processledning utgöra grovt rättegångsfel och vidare föranleda bl.a. undanröjande. Om däremot konkurrensstridigheten framstår som långsökt, eller om det endast är fråga om en mindre konkurrensbegränsning eller om man hypotetiskt kan anta att parterna inte sökt göra den gällande, borde bristande materiell processledning i princip vara betydelselös. För en genomgång av ett antal lägen mellan de angivna extremerna i ljuset av olika relevanta stadganden hänvisas till kapitel 10.

I kapitlet diskuterades vidare kravet på jura novit curia. Här menade jag att principen har särskilt goda skäl för sig i mål med EG-rättslig anknytning, trots att den medför vissa processekonomiska nackdelar. Som ovan sades finns krav från EG-domstolen på de nationella domstolarna att genomdriva EG-rättsliga regler i den mån som den nationella processordningen tillåter det. I sammanhanget uppmärksammades att underlåten konkurrensrättslig kvalificering av åberopade grunder inte är att se som rättegångsfel utan som felaktig rättstillämpning.

Jag menade att uppenbarhetsrekvisitet antagligen bör tillämpas milt. Detta får större betydelse när konkurrensreglerna tillämpas i helt dispositiv ordning. Liksom vid officialprövning är området för felaktig rättstillämpning i princip täckt av området för grovt rättegångsfel på grund av underlåtet inhämtande av förhandsavgörande. Detta gäller generellt för alla domstolar vid officialprövning, åtminstone var det min slutsats. Men artikel 177 bör endast vara fakultativ för andra instanser än den sista i rent dispositiva mål. Därför blir utrymmet för felaktig rättstillämpning jämförelsevis större.

Vidare diskuterades i kapitlet en särskild forumfråga. Det visade sig att det uppkommer ett ganska komplicerat rättskraftsproblem för det

fall käranden väcker talan vid Stockholms Tingsrätt enligt den särskilda forumregeln i 33 § konkurrenslagen. Frågan är då vad som händer med en eventuell alternativ grund som stöds på någon av Romfördragets konkurrensregler. Jag diskuterade om 33 § kan tillämpas analogt och vad som sker med den EG-rättsliga grunden för den händelse den förbigås. Jag fann att man möjligen kan reservera en senare prövning av den EG-rättsliga grunden under förutsättning att part uttryckligen gör det förbehållet. I övriga fall bör frågan anses prekluderad.

Avslutningsvis berörde jag kort risken för motstridiga regleringar av rättslägen. Efter att ha givit exempel på att motstridiga avgöranden kan uppkomma föreslog jag en lösning som innebär att en senare dom förtar den civilrättsliga betydelsen av en tidigare dom.

11.2 Rapsodisk utvärdering och ett kvarvarande ställningstagande

11.2.1 Några nedslag

Vilka resultat kan då sägas ha kommit fram genom undersökningen? I det följande ska jag med några nedslag i den avslutade studien understryka vissa slutsatser, ståndpunkter och reflektioner.

En omedelbar iakttagelse är att de EG-rättsliga konkurrensreglerna trots sin direkta effekt har en ganska villkorad tillvaro på det nationella civilrättsliga planet. Detta är knappast ägnat att optimera den decentraliserade tillämningen av EG:s konkurrensrätt. Det framstår de lege ferenda som nödvändigt att de nationella domstolarna ges behörighet att tillämpa hela artikel 85, trots att detta skulle medföra att EG-kommissionens makt över EG:s konkurrenspolitik minskar.

Beträffande konkurrensreglernas civilrättsliga konsekvenser i Sverige vill jag framhålla att det problematiska i separationen av marknadsrätt från civilrätt blir tydligt. Dessutom framstår det som att den traditionella uppbyggnaden av civilrätten råkar i svårigheter när den konfronteras med regler av konkurrensrättslig karaktär.

Konkurrensrätten skapar rättsförhållanden av "kollektiv" art, snarare än "individuella" två- eller trepartsförhållanden. Eftersom konkurrensreglerna är motiverade av ett allmänintresse och materiellt sett inte förutsätter culpa eller ond tro är det vidare svårt att utgå ifrån parternas avsikter och insikter vilket förutsätts i avtalsrätten. Det medför

att det är svårt att hantera konkurrensrättsliga frågor rörande t.ex. återgång eller obehörig vinst. Dels är instituten tämligen lösliga i sin normativitet, dels tillmäter de rättskällor som finns alltför stor vikt åt partsintressen och partsinsikter.

Samma problem visar sig när konkurrensrätten konfronteras med den svenska civilprocessen. Rättegångsbalken reglerar uttryckligen de frågor som är dispositiva, medan indispositiva frågor i allmänhet får sin lösning motsatsvis. Detta medför bland annat att det, enligt min mening, saknas en mekanism för att hantera dolda indispositiva moment. De lege ferenda borde en sådan tillskapas.

Vidare är det intressant att notera att den svenska bestämningen av en fråga som dispositiv eller indispositiv i processen är, eller kan åtminstone antas vara, underordnad den materiella civilrätten. Det är i sig inte anmärkningsvärt. Däremot bör det påpekas att den svenska civilprocessens flexibla karaktär medför att den i detta avseende knappast kan komma i konflikt med kraven på effektivt skydd och genomdrivande av EG-anspråk.

Det är givetvis svårt att försöka sammanföra det som framkommit i studien avseende tillämpningen av såväl indispositiva som dispositiva EG-regler till en allmän beskrivning av vad som blir konsekvensen av EG-rättens påverkan på svensk civilprocess. En viktig observation med allmän bärighet är att starka skäl talar för att rättsliga avgöranden ges en vidsträckt rättskraftsverkan. Samma skäl talar för att det är viktigt att lagakraftvunna domar inom relativt snar tid blir definitivt orubbliga.

Ytterligare en allmän slutsats är att betydelsen av materiell processledning ökar med EG-rätten. Det är möjligt att jag i min analys felaktigt lastat över en för stor del av EG-rättsbördan på domstolarna. Jag har dock svårt att se att enskilda parter kan bära hela den bördan själva; den dispositiva processen kan under sådana förhållanden framstå som en golgatavandring. Men det är möjligt, om än knappast troligt, att redan en återhållen materiell processledning lever upp till EG-rättens krav på effektivitet och likabehandling.

Avslutningsvis ska jag bara notera att en analys från EG-rättsliga utgångspunkter kan belysa märkligheter i den interna rätten. En besynnerlighet som framkommit i studien är att en dom över ett rättsförhållande, som har prejudiciell verkan med avseende på ett rättsförhållande som redan avgjorts genom dom, anses utgöra resningsgrund för denna den lagakraftvunna domen. För att få systematiken i RB:s resnings- och rättskraftsregler att gå ihop kan inte enbart en ny dom

avseende ett prejudiciellt rättsförhållande vara resningsgrund. Det bör krävas att den nya domen grundas på nytt processmaterial som *i sig* skulle ha varit tillräckligt som resningsgrund, eller att den rättstillämpning som legat till grund för den förra domen varit så pass felaktig att det *i sig* utgjort resningsgrund.

11.2.2 Avvisning eller ogillande som officialavgörande

Sedan kapitel 7 har frågan om huruvida indispositiv konkurrensstridighet bör ses som materiellt bifallshinder eller processhinder varit obesvarad. Nu ska jag ta ställning. Vissa skillnader mellan officialfakta och processförutsättningar har framkommit.

En första, om än marginell, skillnad är att *beviskravet i tredskodomssituationer* är lägre för att avvisa på grund av konkurrensstridighet om sådan konstituerar processhinder. Om konkurrensstridighet är officialfaktum krävs att konkurrensbegränsningen är uppenbar för att domstolen ska kunna ogilla vid svarandens utevaro. Vidare kan domstolen avvisa närhelst under processen den finner det styrkt, eller möjligen sannolikt, att det är fråga om ett konkurrensbegränsande avtal. För att ogilla på grund av officialfaktum i andra lägen än då det är uppenbart måste domstolen låta sakprövningens alla skeden passera.

En andra skillnad är att avvisningsutslagets rättskraft är mindre omfattande än den ogillande domens, åtminstone om man utgår ifrån Ekelöfs rättskraftslära vid bestämmandet av den senares preklusionsverkan. Ett avvisningsbeslut behöver inte hindra en ny talan avseende samma sak, om part anför nya omständigheter som neutraliserar avvisningsbeslutets verkan. Det är dock svårt att utifrån de magra rättskällorna dra några slutsatser om i vilka situationer det skulle vara motiverat att lämna öppet för part att anföra nya omständigheter.

I konkurrensrättsligt hänseende skulle det vara relevant för part, som drabbats av ett avvisningsbeslut att anföra nya omständigheter som visar att avtalet inte är konkurrensbegränsande. Skulle rättsläget vara så beskaffat att domstolen kunde avvisa redan vid blotta misstanken om konkurrensstridighet, och part misslyckas med att vederlägga domstolens misstanke, kunde det vara motiverat att låta parten återkomma i efterhand.

Men som rättsläget framstår idag kan inte officialtillämpning komma ifråga förrän det är styrkt, eller möjligen sannolikt, att det rör sig om ett konkurrensbegränsande avtal. Och detta är ett relativt högt beviskrav för en svårbevisad fråga. Därför kan jag de lege lata inte se

något skäl till att låta part återkomma med nya omständigheter senare. Det får den intressanta konsekvensen att, även om det finns utrymme för att se det som att rättskraftsverkan av avvisningsbeslut är jämförelsevis begränsad, det finns skäl att tillmäta avvisningsbeslut på grund av konkurrensstridighet samma vidsträckta rättskraftsverkan som en ogillande dom. Och det medför att såsom rättsläget är beskaffat med avseende på beviskravet för konkurrensstridighet, skillnaden mellan officialfaktum respektive processförutsättning vad gäller rättskraftsverkan, är irrelevant beträffande konkurrensbegränsande avtal.

En tredje skillnad framkommer vid domvilloklagan. Om ett mål tagits upp, avgjorts och domen vunnit laga kraft, trots att det förelegat processhinder, ska domen undanröjas, punkt slut. Om däremot ett mål tagits upp, avgjorts och domen vunnit laga kraft, trots att det brustit i ett officialfaktum, ska inte nödvändigtvis domen undanröjas; i ett sådant läge måste vidare de kvalificerade rekvisiten i 59:1 st. 1 p. 4 (”inverkat på målets utgång”) samt 59:1 st. 2 (”giltig ursäkt”) uppfyllas. Nu framhöll jag i kapitel 9, då denna skillnad berördes, att de kvalificerade rekvisiten bör tillämpas liberalt och att därför skillnaden mellan processhinder och materiella bifallsförutsättningar också här bör vara ganska liten.

Två inte oväsentliga förhållanden bör dock påpekas. Utgör konkurrensstridighet processhinder finns risken att motfakta förbises och att klagosvaranden tvingas väcka talan igen för att visa att det är fråga om ett konkurrensbegränsande avtal. Vid domvilloklagan enligt 59:1 st. 1 p. 4 finns ett större utrymme att beakta den potentiella utgången av tvisten.

Vidare är det möjligt att en ogillad invändning om processhinder på grund av konkurrensbegränsande avtal inte ska vara domvillo- utan resningsgrund. En förutsättning är att det ogillande beslutet överklagas särskilt. Detta ger utrymme för dubbla processkedjor, vilket inte är önskvärt.

Vissa skillnader mellan konkurrensstridighet som officialfaktum respektive processförutsättning finns alltså. Men de är så pass små att det knappast går att välja form av officialförutsättning enbart utifrån dem. Däremot måste sägas att konkurrensbegränsande avtal som indispositivt moment har en klart materiellrättslig karaktär. I de fall konkurrensstridighet utgör ett dispositivt moment bland andra ses det som ett rättsfaktum hänförligt till saken och inte som en dispositiv processförutsättning. Därför kan det kanske i efterhand också framstå

som märkligt att jag genomgående diskuterat om indispositiva konkurrensbegränsningar bör ses som indispositiva processhinder. Men det finns trots allt exempel i svensk rätt, som ovan nämnts, på att klart materiellrättsliga moment utgör processhinder.

Ett skäl till att se konkurrensstridighet som processhinder är att det är upplysande. När ett moment av klart materiellrättslig karaktär utgör officialfaktum finns en risk att domstolar accepterar partsdispositioner som är förbjudna enbart för att parter normalt sett får göra sådana dispositioner avseende materiellrättsliga moment. Det ligger närmare till hands att underkasta processhinder officialprövning.

Å andra sidan verkar det vara handläggningsmässigt lämpligare att spara den slutliga bedömningen av konkurrensstridigheten till efter huvudförhandlingen. Det har givetvis ett egenvärde också avseende officialförutsättningar att parterna bereds möjligheter att processa i ett effektivt upplagt rättegångsförfarande. Detta motiverar också att beviskravet för ett preliminärt avgörande bör vara högt, men att beviskravet efter ordinär, men official, prövning sjunker till normal nivå. Jag finner att detta talar för att konkurrensenliga avtal som indispositiva moment bör anses utgöra officialfakta och inte processförutsättningar.

Det hindrar inte att ett sådant officialfaktum (redan vid domstolens misstanke) kumulerat med rättsfaktumet underlåten eller bristfällig utredning, de lege ferenda bör kunna utlösa ett preliminärt officialavgörande.

11.3 Slut

Dadaisten Marcel Duchamp sägs ha lämnat sin stora glasmålning *La mariée mise à nu par ses célibataires, même* definitivt ofullbordad 1923. Det kan förefalla som att Duchamp fastnade i ett vakuum mellan det terminatoriska krav som vilar över den skapande processen och sina ambitioner med glaset. Men Duchamps ofullbordade glasmålning har samtidigt i hög grad bidragit till och utgjort en del av det moderna konstnärliga skeendet.

Till skillnad från Duchamps glas innehåller denna bok ett definitivt slut. Därmed uppfylls det *terminatoriska* krav som ställs på en avhandlingsprocess. Men det innebär också med nödvändighet att det *inkvisitoriska* syftet inte uppfylls. Med slutet prekluderas nämligen möjligheten att ställa frågor som hittills försummats, liksom möjligheten att dra andra och bättre slutsatser. Det finns alltid mer att säga

och andra sätt att säga saker på. Men föresätter man sig att säga allt lär inte mycket bli sagt. Även om alltså härmed undersökningsprocessen är absolut slut är den definitivt ofullbordad i den meningen att det finns mer att säga och att mer kommer att sägas. (forts.)

Källor

Offentligt tryck m.m.

EG-rättsligt material

Rådet

Förordning 17/62/EEG. Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86; 21/2 1962. EGT L 13 s. 204.

Förordning 59/62/EEC. 10/7 1962. RÅDETS FÖRORDNING NR 59 om ändring av vissa bestämmelser i förordning nr 17. EGT Nr 58 s. 1655.

Förordning 141/62. RÅDETS FÖRORDNING nr 141 om undantag från tillämpning av rådets förordning nr 17 för transportområdet. EGT L 124 s. 2751, 28/11/62.

Förordning 19/65. RÅDETS FÖRORDNING nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden. EGT 36 s. 533, 6/3/65.

Förordning 1017/68. Regulation (EEC) No 1017/68 of the Council of 19 July 1968 applying rules of competition to transport by rail, road and inland waterway.O.J. L 175 s. 1, 23/7/68.

Förordning 2821/71. RÅDETS FÖRORDNING (EEG) nr 2821/71av den 20 december 1971 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av avtal, beslut och samordnade förfaranden. EGT L 285 s. 46, 29/12/71.

Förordning 3975/87. Council Regulation (EEC) No 3975/87 of 14 December 1987 laying down the procedure for the application of the rules on competition to undertakings in the air transport sector. O.J. L 374 s. 1, 31/12/1987.

Förordning 3976/87. RÅDETS FÖRORDNING (EEG) nr 3976/87 av den 14 december 1987 om tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget på vissa kategorier av avtal och samordnade förfaranden inom luftfartssektorn. EGT L 374 s. 9, 13/12/87.

Förordning 4064/89. 'Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings'. Official Journal L 395 s. 2, 30/12/89.

Förordning 1534/91. RÅDETS FÖRORDNING (EEG) NR 1534/91 av den 31 maj 1991 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal, beslut och samordnade förfaranden inom försäkringssektorn. EGT L 143 s. 1, 7/6/91.

Förordning 479/92. Council Regulation (EEC) No 479/92 of 25 February 1992 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia).O.J. L 55 s. 3, 29/02/1992.

Förordning 3385/94 on the form, content and other details of applications and notifications provided for in Council Regulation No 17.

Förordning 1310/97. Council Regulation (EC) No 1310/97 of 30 June 1997 amending Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings. O.J. L 180 s. 1, 9/7/97.

Direktiv 87/601/EEC. Council Directive 87/601/EEC of 14 December 1987 on fares for scheduled air services between Member States.O.J. L 374 s. 12, 31/12/1987.

Rådsbeslut 87/602/EEC. Council Decision of 14 December 1987 on the sharing of passenger capacity between air carriers on scheduled air services between member states and on access for air carriers to scheduled air service routes between Member States. O.J. L 374 s. 19, 31/12/87.

EG-kommissionen

Förordning 99/63. KOMMISSIONENS FÖRORDNING nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr 17.EGT Nr L 127 s. 2268, 20/8/63.

Förordning 67/67. KOMMISSIONENS FÖRORDNING nr 67/67/EEG av den 22 mars 1967 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av ensamåterförsäljaravtal. EGT Nr 57 s. 849, 25/3/67.

Förordning 1983/83. Commission Regulation (EEC) No 1983/83 of 22 June 1983 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of exclusive distribution agreements. O.J. L 173 s. 1, 30/06/1983.

Förordning 1984/83. Commission Regulation (EEC) No 1984/83 of 22 June 1983 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of exclusive purchasing agreements. O.J. L 173 s. 5, 30/06/1983.

Förordning 123/85. KOMMISSIONENS FÖRORDNING (EEG) nr 123/85 av den 12 december 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av försäljnings- och serviceavtal för motorfordon. EGT Nr L 15 s. 16, 18/1/85.

Förordning 417/85. Commission Regulation (EEC) No 417/85 of 19 December 1984 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of specialization agreements.O.J. L 053 s. 1, 22/02/1985.

Förordning 418/85. Commission Regulation (EEC) No 418/85 of 19 December 1984 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to

categories of research and development agreements. OJ L 053 s. 5, 22/02/1985. Med ändringar i Förordning 151/93.

Förordning 2671/88. Commission Regulation (EEC) No 2671/88 of 26 July 1988 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements between undertakings, decisions of associations of undertakings and concerted practices concerning joint planning and coordination of capacity, sharing of revenue and consultations on tariffs on scheduled air services ... O.J. L 239 s. 9, 30/08/1988.

Förordning 2672/88. Commission Regulation (EEC) No 2672/88 of 26 July 1988 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements between undertakings relating to computer reservation systems for air transport services. O.J. L 239 s. 13, 30/08/88.

Förordning 2673/88. Commission Regulation (EEC) No 2673/88 of 26 July 1988 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements between undertakings, decisions of associations of undertakings and concerted practices concerning ground handling services.O.J. L 239 s. 17, 30/08/88.

Förordning 4087/88. Commission Regulation (EEC) No 4087/88 of 30 November 1988 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of franchise agreements.O.J. L 359 s. 46, 28/12/1988.

Förordning 556/89. KOMMISSIONENS FÖRORDNING (EEG) nr 556/89 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av know-howlicensavtal. EGT Nr L 61 s. 1, 4/3/89.

Förordning 3932/92. Commission Regulation No 3932/92 (EEC) of 21 December 1992 on the application of Article 85.3 of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector. O.J. L 398 s. 7, 31/12/92.

Förordning 151/93. Commission Regulation (EEC) No 151/93 of 23 December 1992 amending Regulations (EEC) No 417/85, (EEC) No 418/85, (EEC) No 2349/84 and (EEC) No 556/89 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of specialization agreements, research and development agreements, patent licensing agreements and know-how licensing agreements. O.J. L 021 s. 8, 29/01/1993.

Förordning 1475/95. Commission Regulation (EC) No 1475/95 of 28 June 1995 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of motor vehicle distribution and servicing agreements. O.J. L 145 s. 25, 29/06/1995.

Förordning 240/96 ang. avtal om tekniköverföring. Commission Regulation (EC) No 240/96 of 31 January 1996 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of technology transfer agreements. O.J. L 031 s. 2, 09/02/1996.

Kommissionsbeslut Milchförderungsfonds 85/76/EEC. 'Commission Decision of 7 December 1984 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty.' Official Journal L 35, 7/2/1985 s. 35.

Kommissionsbeslut Raznoimport 85/206/EEG. 'Commission Decision of 19 December 1984 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty.' Official Journal L 92, 30/3/1985 s. 1.

Kommissionsbeslut Meilland 85/561/EEC. 'Commission Decision of 13 December 1985 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty.' Official Journal L 369, 31/12/1985 s. 9.

Kommissionsbeslut Bloemenveilingen Aalsmeer 88/491/EEC. 'Commission Decision of 26 July 1988 relating to a proceeding pursuant to Article 85 of the EEC Treaty.' Official Journal L 262, 22/9/1988 s. 27.

Kommissionens rekommendation rörande små och medelstora företag 96/280/EC: Commission Recommendation of 3 April 1996 concerning the definition of small and medium-sized enterprises. O.J. L 107 s. 4, 30/04/1996.

EG-kommissionen, First Report on Competition Policy (1971). Bryssel – Luxemburg 1972.

EG-kommissionen, XIIth Report on Competition Policy (1982). Bryssel – Luxemburg 1983.

EG-kommissionen, XIIIth Report on Competition Policy (1983). Bryssel – Luxemburg 1984.

EG-kommissionen, XXIst Report on Competition Policy (1991). Bryssel – Luxemburg 1992.

EG-kommissionen, XXVIth Report on Competition Policy (1997). Bryssel – Luxemburg 1998.

EG-kommissionen, Green Paper – Access of consumers to justice and the settlement of consumer disputes in the single market. 16/11/1983.

Kommissionens underrättelse överenskommelser av mindre betydelse. EGT 86/C231/02. 12/09/86.

Kommissionens underrättelse om överenskommelser av mindre betydelse EGT 94/C368/06. 23/12/94.

Meddelande från kommissionen om samarbete mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter för handläggning av ärenden som omfattas av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget. EGT 97/C 313/3. 15/10/97 s. 3.

Kommissionens meddelande 97/C373/04 om avtal av mindre betydelse som inte omfattas av artikel 85.1 i Fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen. EGT 97/C 372/13.

Kommissionssvar på parlamentsfråga OJ 1973 C 67/54.

Rapport till EG-kommissionen 'La réparation des consequences dommageable d'une violation des articles 85 et 86 du traité instituant la Communauté Européenne' (1966).

Tillkännagivande om samarbete mellan nationella domstolar och EG-kommissionen vid tillämpningen av artiklarna 85 och 86 i EEG-fördraget. EGT 93/C 39/05. 13/02/93.

Svenskt material

Kommittédirektiv 1998:67 om nationell tillämpning av artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget.
NJA II 1977 s. 8 konsumentkreditlagen.
PLB. SOU 1938:44.
Prop. 1969:78 Rhodesialagen.
Prop. 1971:45 med förslag till lag om ändringar i rättegångsbalken, m. m.
Prop. 1972:5 Skadeståndslag.
Prop. 1973:129 Förslag till lag om anställningsskydd m. m.
Prop. 1973:90 Förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m. m.
Prop. 1975:103 Aktiebolagslag m.m.
Prop. 1981/82:165 Förslag till konkurrenslag.
Prop. 1983/84:78 Om ändringar i rättegångsbalken m. m.
Prop. 1986/87:89 Om ett reformerat tingsrättsförfarande.
Prop. 1988/89:95 om ändringar i rättegångsbalken m. m.
Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning
Prop. 1993/94:114 Grundlagsändringar inför ett svenskt medlemskap i Europeiska unionen
Prop. 1994/95:19 Sveriges medlemsskap i Europeiska unionen.
Prop. 1994/95:48 Tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler, m.m.
SOU 1938:44 Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk II. Motiv m.m.
SOU 1982:26 Översyn av rättegångsbalken 1.
SOU 1995:117 s. 73-96 Jordbruk och konkurrens – jordbrukets ställning i svensk och europeisk konkurrensrätt.
SOU 1997:20 Konkurrenslagen 1993-1996.

Litteratur

Adlercreutz, A., 'Avtalsrätt I'. 4 uppl. Lund 1996. (cit Adlercreutz I.)
Adlercreutz, A., 'Om nullitet och kompetensogiltighet'. I. Håstad, T. m fl. (red.), 'Festskrift till Anders Agell'. Uppsala 1994. (cit. Adlercreutz, Om nullitet.)
Afzelius, I., 'Rättegångsförfarandet i tvistemål. Jemförande framställning af utländsk och svensk lagstiftning.' Stockholm 1882. (cit. Afzelius.)
Agell, A., 'Om presumtionsansvar vid skada på omhänderhavd egendom'. I: Håstad, T. (red.), 'Festskrift till Henrik Hessler. Rättsvetenskapliga studier i civilrätt och processrätt.' Stockholm 1985. s. 1–30. (cit. Agell, Presumtionsansvar.)
Agell, A., 'Om spelskulder, hedersskulder och väntjänster'. I: 'Festskrift till Håkan Nial'. Stockholm 1966. s. 1–29. (cit. Agell, Spelskulder.)
Andersson, H., 'Skyddsändamål och adekvans. Om skadeståndsansvarets gränser.' Uppsala 1993. (cit. H. Andersson.)

Andersson, H., 'Trepartsrelationer i skadeståndsrätten.' Uppsala 1997. (cit. H. Andersson, Trepartsrelationer.)

Andersson, T., 'Rättsskyddsprincipen. EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv.' Uppsala 1997. (cit. T. Andersson, Rättsskyddsprincipen.)

Arean Lalin, M., 'Schadenersatzpflicht bei Verstössen gegen das spanische Kartellrecht'. 4 G.R.U.R. Int. 1986 s. 245–248. (cit. Arean Lalin.)

Art, J.-Y./Van Liedekerke, D., 'Developments in EC Competition Law in 1994 – An Overview'. (cit. Art/Van Liedekerke.)

Asp, P., 'EG:s sanktionsrätt. Ett straffrättsligt perspektiv.' Uppsala 1998. (cit. Asp, EG:s sanktionsrätt.)

Assant, G., 'Anti-trust Intracorporate Conspiracies: A Comparative Study of French, EEC and American Laws'. 2 E.C.L.R. 1990 s. 65–79. (cit. Assant.)

Bach, A. [Anm. av rättsfall.] C.M.L.Rev. 1994 s. 1357–1374. (cit. Bach.)

Bacon, K., 'State Regulation of the Market and E.C. Competition Rules: Articles 85 and 86 Compared.' E.C.L.R. 1997 s. 283–291.

Barav, A., 'Damages in the Domestic Courts for Breach of Community Law by National Public Authorities'. I: Schermers, H.G./Heukels, T./Mead, P. (red.), 'Non-Contractual Liability of the European Communities'. Leiden-Haag (1988). s. 149–168. (cit. Barav, Damages in the Domestic Courts.)

Baur, J.F., 'Schadenersatz nach deutschem Recht für Schäden, welche auf eine Verletzung der Artikel 85 und 86 EWGV beruhen'. I: Germer, P.(red.), 'Compensation for damage caused by infringements of articles 85 and 86 of the EEC Treaty'. EG-kommissionen IV/292/85. Stencil. s. 6–37. (cit. Baur, Schadenersatz.)

Baur, J.F., 'Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche bei Verstössen gegen die Kartellrectsvorschriften des EWG-Vertrags'. 3 EuR 1988 s. 257–272. (cit. Baur, Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche.)

Behrens, P./Korb-Shikaneder, F., 'Europäisches Wettbewerbsrecht vor französischen Gerichten. 48 RabelsZ 1984 s. 457–508.

Bellamy & Child, 'Common Market Law of Competition'. 4 uppl. London 1993. (cit. Bellamy & Child.)

Bengtsson, B., 'Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott'. Stockholm 1967. (cit. Bengtsson, Hävningsrätt och uppsägningsrätt.)

Berlin, D., 'L'application du droit communautaire de la concurrance par les autorités francaises'. 27(1) Rev. trim. dr. europ. 1991 s. 1–45. (cit. Berlin I.)

Berlin, D.,'L'application du droit communautaire de la concurrance par les autorités francaises'. 27(3) Rev. trim. dr. europ. 1991 s. 379–424. (cit. Berlin II.)

Bernitz, U., 'Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare – det glömda rättsområdet.' I: 'Festskrift till Jan Hellner'. Stockholm 1988. (cit. Bernitz, Otillbörlig konkurrens I.)

Bernitz, U., 'Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare.' Stockholm 1993. (cit. Otillbörlig konkurrens II.)
Bernitz, U., 'Den svenska konkurrenslagen'. Stockholm 1996. (cit. Bernitz, Konkurrenslagen.)
Bernitz, U., 'Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare'. Stockholm 1993. (cit. Bernitz, Otillbörlig konkurrens II.)
Bishop, B./Caffarra, C., 'Dynamic Competition and Aftermarkets'. E.C.L.R. 1998 s. 265–268. (cit. Bishop/Caffarra.)
Blaise, J.-B./Idot, L., 'Concurrence'. 31 R.T.D.E. 1995 s. 889–907. (cit. Blaise/Idot.)
Blok, P., 'Ugyldighedssanktionen i fællesmarkedets konkurrenceret'. TfR 1974 s. 489–581. (cit. Blok.)
Bodoff, J, 'Competition Policies of the US and the EEC: an Overview'. E.C.L.R. 1984 s. 51–80. (cit. Bodoff.)
Bogaert, P.W.L., 'Ius Vigilantibus Tactics of forum shopping under the EEC Judgments Convention?'. E.C.L.R. 1988 s. 1–7. (cit. Bogaert, Ius Vigilantibus.)
Bolding, P.O., 'Skiljedom. Studier i rättspraxis beträffande svensk skiljedoms giltighet och verkställbarhet.' Stockholm 1962. (cit. Bolding, Skiljedom.)
Boman, R., 'Några randanmärkningar om litispendens'. I: Elwing, C.M. (red), 'Festskrift tillägnad Ulla Jacobsson'. Stockholm 1991. s. 37–55. (cit. Boman, Litispendens.)
Boman, R., 'Om väckande och avvisning av skadeståndstalan i brottmål.' I: s. 171–184. (cit. Boman, Skadeståndstalan i brottmål.)
Boman, R., 'Om åberopande och åberopsbörda'. Diss. Stockholm 1964. (cit. Boman, Åberopsbördan.)
Bourgeois, J.H.J, 'EC Competition Law and the Member States'. I: 17 Fordham Int. L. J. 1994 s. 331–352. (cit. Bourgeois.)
Bramsjö, S., 'Om avtals återgång. En studie över innehållet i återgångspåföljden.' Diss. Lund 1950. (cit. Bramsjö.)
Burton, J., 'Competition over Competition Analysis: A Guide to some Contemporary Economics Disputes'. I: Lonbay, J. (red), 'Frontiers of Competition Law'. Birmingham 1994. s. 1–23. (cit. Burton.)
Bylund, T., 'Bör processhindren avskaffas?' SvJT 1974 s. 334–379. (cit. Bylund.)
Bøegh Henriksen, U., Anti-Competitive State Measures in the European Community. An Analysis of Decisions of the European Court of Justice.' Köpenhamn 1994. (cit. Bøeg Henriksen.)
Cappelletti, M./Golay, D., 'The Judicial Branch in the Federal and Transnational Union: Its Impact on Integration'. I: Cappelletti, M., 'The Judicial Process in Comparative Perspective. Oxford 1989. s. 311–383. (cit. Cappelletti/Golay.).
Carlsson, K./Schuer, L./Söderlins, E., 'Konkurrenslagen'. Stockholm 1995. (cit. Carlsson m.fl.)

Cars, T., 'Om resning i rättegångsmål.' Diss. Stockholm 1959. (cit. Cars.)
Caruso, D., 'Private Law and European Integration.' European Law Journal 1998 s. 3–32. (cit. Caruso, Private Law and European Integration.)
Claydon, J-M., 'Civil Actions under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty: The Garden Cottage Case'. E.C.L.R. 1983 s. 245–252.
Conradi, E., Anm. av Bergström. SvJT 1951 s. 356–363. (cit. Conradi.)
Cumming, G., 'Automec and Asia France v. Commission'. 1 E.C.L.R. 1994 s. 32–40. (cit. Cumming.)
Davidson, J., 'Actions for Damages in the English courts for Breach of EEC Competition Law'. 34 I.C.L.Q. s. 178–189. (cit. Davidson.)
Deringer, A. [Diskussionsinlägg.] I: Rowe, F.M./Jacobs, F.G./Joelson, M.R. (red.), 'Enterprise Law of the 80s. European and American Perspectives on Competition and Industrial Organization.' s. 63 och 73. (cit. Derringer, Enterprise Law.)
Dhunér, K.-J./Hedström, J., 'Förfarandet i konkurrensrätten. EGs och svensk konkurrenslagstiftning i praktisk tillämpning.' Uppsala 1995. (cit. Dhunér/Hedström.)
Doherty, B., 'Playing Poker with the Commission: Rights of Access to the Commission's File in Competition Cases'. 1 E.C.L.R. 1994 s. 8–15. (cit. Doherty, Playing Poker with the Commission.)
Drijber, B.J. 30 C.M.L.Rev. 1993 s. 1235–1249. [Om Automec-fallet] (cit. Drijber.)
Dufwa, B.W., 'Skyddat intresse, ren förmögenhetsskada och andra skadeståndsrättsliga spörsmål i ett svenskt perspektiv'. I: Festskrift till Sveriges Advokatsamfund. Stockholm 1987. s. 173–215. (cit. Dufwa, Skyddat intresse.)
Dutilh, J.F. [Anm. av Malibu Travel v. KLM (Holland 1988)]. E.C.L.R. 1988 s. 519–520.
Edelstam, G., 'Förvaltningsmyndigheters utredningsskyldighet. En rättssäkerhetsstudie.' Stockholm 1995. (cit. G. Edelstam.)
Edelstam, H., 'Sakkunnigbeviset. En studie av experter inom rättsväsendet.' Uppsala 1991. (cit. H. Edelstam, Sakkunnigbeviset.)
Edward, D., 'Constitutional Rules of Community Law in EEC Competition Cases'. 13 Fordham Int. L. J. 1989–1990 s. 111–148. (cit. Edward, Constitutional Rules.)
Ehlermann, C.-D., 'Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities'. E.C.L.R. 1996 s. 88–95. (cit. Ehlermann, National Anti-Trust Authorities.)
Ehlermann, C.D., 'Ist die Verordnung Nr. 17 noch zeitgemäβ? 12 WuW 1993 s. 997–1001. (cit. Ehlermann, Verordnung 17.)
Ekelöf, P.O. Anm. av Olivecrona. SvJT 1961 s. 359–371. (cit. Ekelöf, Anm. av Olivecrona.)
Ekelöf, P.O., 'Från en forskares verkstad'. I: Strömholm, S. (red), 'Uppsalaskolan – och efteråt.' Rättsfilosofiskt symposium Uppsala 23–26 maj 1977. Uppsala 1978. (cit. Ekelöf, Forskares verkstad.)

Ekelöf, P.O., 'Om interventionsgrunden'. Diss. Uppsala 1937. (cit. Ekelöf, Interventionsgrunden.)
Ekelöf, P.O., 'Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper'. Sthlm (1956). (cit. Ekelöf, Processuella grundbegrepp.)
Ekelöf, P.O., 'Rättegång. Femte häftet.' 6 uppl. Stockholm 1987. (cit Ekelöf, Rättegång V.)
Ekelöf, P.O., 'Rättegång. Tredje häftet.' 5 uppl. Stockholm 1988. (cit. Ekelöf, Rättegång III.)
Ekelöf, P.O./Boman, R., 'Rättegång. Andra häftet.' 8 uppl. Stockholm 1996. (cit. Ekelöf/Boman, Rättegång II.)
Ekelöf, P.O./Boman, R., 'Rättegång. Fjärde häftet.' 6 uppl. Stockholm 1992. (cit. Ekelöf/Boman, Rättegång IV.)
Ekelöf, P.O./Boman, R., 'Rättegång. Första häftet.'. 7 uppl. 1990. (cit. Ekelöf/Boman, Rättegång I.)
Ekelöf, P.O./Boman, R., 'Rättsmedlen'. 11 uppl. Uppsala 1992. (cit. Ekelöf/Boman, Rättsmedlen.)
Ekelöf, P.O./Bylund,T./Boman, R., 'Rättegång. Tredje häftet.' 6 uppl. Stockholm 1994. (cit. Ekelöf/Bylund/Boman, Rättegång III.)
Eklund, H., 'Inhibition. Om verkställighetsförbud m.m. i judiciell process, inom förvaltningsrätten och i utsökningsförfarandet.' Uppsala 1998. (cit. H. Eklund, Inhibition.)
Eklund, J., 'Konsumentinflytandet vid tillämpningen av EG:s konkurrensregler – en jämförelse mellan förfarandet vid EG-kommissionen respektive nationell domstol.' Examensarbete vt 1996 Uppsala. Stencil. (cit. J. Eklund, Konsumentinflytandet vid tillämpningen av EG:s konkurrensregler.)
Evans, A.C., 'European Competition Law and Consumers: The Article 85(3) Exemption'. E.C.L.R. 1983 s. 425–437.
Farr, S., 'Abuse of a Dominant Position – The Hilti Case.' E.C.L.R. 1992 s. 174–177. (cit. Farr.)
Faull, J.M.H./Weiler, J.H.H., 'Conflict of Resolution in European Competition Law'. E.L.R. 1978 s. 116–139. (cit. Faull/Weiler.)
Fenger, N., 'Introduktion til Fællesskabsrettens påvirkning af dansk forvaltningsret'. 2 uppl. Köpenhamn 1998. (cit. Fenger.)
Fenger, N./Broberg, M.P., 'National Organisation of Regulatory Powers and Community Competition Law'. E.C.L.R. 1995 s. 364–375. (cit. Fenger/Broberg.)
Fitger, P., 'Rättegångsbalken I-IV'. Stockholm. 1992–1997. (cit. Fitger.)
Forrester, I., 'Complemwnt or overlap? Jurisdiction of national and community bodies in competition matters after SABAM.' C.M.L.Rev. 1974 s. 171–182. (cit. Forrester.)
Forrester, I./Norall, C., 'The laicization of community law: Self-help and the rule of reason: How competition law is and could be applied.' C.M.L.Rev. 1984 s. 11–51. (cit. Forrester/Norall.)

Forrester, I./Norall, C., 'The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason: How Competition Law is and could be Applied'. 21 C.M.L.Rev. 1984 s. 11–51. (cit. Forester/Norall.)

Friend, M./Shaw, J., 'Damages for Abuse of Dominant Position'. 2 L.Q.R. s1984 s. 188–192. (cit. Friend/Shaw.)

Galinsky, R., 'The Resolution of Conflicts between UK and Community Competition Law'. E.C.L.R. 1994 s. 16–20. (cit. Galinsky.)

Gerber, D.J., 'The Transformation of European Community Competition Law'. Harvard International Law Journal 1994 s. 97–147. (cit. Gerber.)

Germer, P./Wiingaard, I., 'Principles of Danish Law Concerning Compensation for Damage caused by Infringements of Articles 85 and 86 of the EEC Treaty'. I: Germer, P.(red.), 'Compensation for damage caused by infringements of articles 85 and 86 of the EEC Treaty'. EG-kommissionen IV/292/85. Stencil. s. 287–307. (cit Germer/Wiingard.)

Gijlstra, D.J./Murphy, D.F., 'EEC Competition Law afteer the Brasserie de Haecht II and SABAM Cases'. 2 L.I.E.I. 1974 s. 79–109. (cit. Gijlstra/Murphy.)

Goh, J., 'Enforcing Competition Law in Member States'. 3 E.C.L.R. 1993 s. 114–117. (cit. Goh.)

Granfelt, O. Hj., 'Den materiella processledningen vid underdomstol i vanliga tvistemål enligt gällande finsk och svensk rätt'. Helsingfors (1908). (cit. Granfelt, Den materiella processledningen.)

Granfelt, O.Hj., 'Jura novit curia. Grundsatsens tillämpning enligt gällande finlädsk rätt.' I: 'Festskrift tillägnad presidenten juris doktor herr friherre Erik Marks von Würtemberg den 11 maj 1931 av nordiska jurister'. Stockholm 1931. s. 182–194. (cit. Granfelt, Jura novit curia.)

Green, N., 'Article 85 in Perspective: Stretching Jurisdiction, Narrowing the Concept of a Restriction and Plugging a Few Gaps'. E.C.L.R. 1988 s. 190–206. (cit. Green, Article 85.)

Green, N., 'The Treaty of Rome, National Courts, and English Common Law – The Enforcement of European Competition Law after *Milk Marketing Board*'. 48 RabelsZ 1984 s. 509–551. (cit. Green, National Courts.)

Groger, T./Janicki, T., 'Weiterentwicklung des Europäischen Wettbewerbsrechts'. 12 WuW 1992 s. 991–1005. (cit. Groger/Janicki.)

Grönfors, K., 'Några synpunkter på tvingande rättsregler i civilrätten. I: 'Festskrift till Håkan Nial'. Stockholm 1966 s. 204–223. (cit. Grönfors, Tvingande rättsregler.)

Gustafsson, M., Ogiltighet i konkurrensrätten. Examensarbete. Uppsala vt 1998. Stencil.

Gyselen, L./Kyriazis, N., 'Article 86 EEC: The Monopoly Power Measurement Issue Revisited'. E.L.R. 1986 s. 134–148. (cit. Gyselen/Kyriazis.)

Gärde, N./Engströmer, T./Strandberg, T./Söderlund, E., 'Nya rättegångsbalken'. Faksimiluppl. Stockholm 1994. (cit. Gärde m. fl.)

Hagerup, F., 'Den Norske Civilproces I'. Kristiania (1918). (cit. Hagerup.)
Hall, D. F., 'Enforcement of E.C. Competition Law by National Courts'. I: Slot, P.J./McDonnel, A. (red.), 'Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law'. Proceedings of the Leiden Europa Instituut Seminar on User-friendly Competition Law. London (1993). s. 41–49. (cit. Hall.)
Hartley,T., 'Unnecessary Europeanisation under the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention: the Case of the Dissatisfied Sub-purchaser'. E.L.Rev. 1993 506–516. (cit. Hartley, Unnecessary Europeanisation.)
Hassler, Å., 'Några ord om förlikning i brottmål'. I: 'Festskrift tillägnad presidenten juris doktor herr friherre Erik Marks von Würtemberg den 11 maj 1931 av nordiska jurister'. Stockholm 1931. s. 236–247. (cit. Hassler, Förlikning i bottmål.)
Hassler, Å., 'Omröstning om res judicata'. I: 'Festskrift tillägnad Karl Schlyter'. Stockholm 1949. s. 170–191.
Hawk, B.E., 'EEC and U.S. Competition Ploicies – Contrast and Convergence'. I: Rowe, F.M./Jacobs, F.G./Joelson, M.R. (red.), 'Enterprise Law of the 80s. European and American Perspectives on Competition and Industrial Organization.' American Bar Association 1980. s. 39–62. (cit. Hawk, Contrast and Convergence.)
Hawk, B.E., 'The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?'. E.C.L.R. 1988 s. 53–87. (cit. Hawk, Lessons for the EEC.)
Hellner J., 'Om obehörig vinst särskilt utanför kontraktsförhållanden. Ett civilrättsligt problem i komparativ belysning.' Uppsala 1950. (cit. Hellner, Om obehörig vinst.)
Hellner, J., 'Skadeståndsrätt.' 4 uppl. Stockholm 1985.
Hellner, J., 'Skadeståndsrätt'. 5 uppl. Stockholm 1995. (cit. Hellner, Skadeståndsrätt.)
Hellner, J., 'Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt.' 3 uppl. Stockholm 1996. (cit Hellner, Speciell avtalsrätt II.)
Hellners, T. [Anm. av Lindell.] SvJT 1995 s. 847–858. (cit. Hellners, Anmälan av Lindell.)
Herzog, P.E., 'Brussels and Lugano, Should You Race to the Courthouse or Race for a Judgment?' A.J.C.L. 1995 s. 379–399. (cit. Herzog, Brussels and Lugano.)
Heukels, T. [Anm. av Van Schijndel.] C.M.L.Rev. 1996 s. 337–353. (cit. Heukels.)
Heuman, L., 'Bör rätten bedriva processledning innan den tillämpar en icke åberopad rättsregel?'. JT 1992/93 s. 919–924. (cit. Heuman, Materiell processledning.)
Heuman, L., 'En fråga om litispendens.' SvJT 1978 s. 340–348. (cit. Heuman, Litispendens.)
Heuman, L., 'Målsägande'. Stockholm 1973. (cit. Heuman, Målsägande.)

Heuman, L., 'Verkningar av medgivanden och vitsordanden som bygger på felaktiga förutsättningar'. JT 1996/97 s. 21–58. (cit. Heuman, Verkningar av medgivanden och vitsordanden.)

Heuman, L./Westberg, P., 'Argumentationsformer inom processrätten.' Stockholm 1995. (cit. Heuman/Westberg, Argumentationsformer.)

Himsworth, C.M.G., 'Things Fall Apart: The Harmonisation of Community Judicial Procedural Protection Revisited'. E.L.Rev. 1997 s. 291–311. (cit. Himsworth.)

Hoskins, M., 'Garden Cottage Revisited: The Availability of Damages in the National Courts for Breaches of the EEC Competition Rules.' E.C.L.R. 1992 s. 257–265. (cit. Hoskins, Availability of Damages.)

Hoskins, M., 'Garden Cottage Revisited: The Availability of Damages in the National Courts for Breaches of the EEC Competition Rules'. 6 E.C.L.R. 1992 s. 257–265. (cit. Hoskins, Garden Cottage Revisited.)

Hoskins, M., 'Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules.' 1996 E.L.R. s. 365–377. (cit. Hoskins, Tilting the Balance.)

Hutchings, M.B./Levitt, M., 'Concurrent Jurisdiction'. 3 E.C.L.R. 1994 s. 119–126. (cit. Hutchings/Levitt.)

Håstad, T. I: Festskrift till Bertil Bengtsson. (cit. Håstad Festskrift till Bengtsson.)

Höglund, O., 'Svensk rättspraxis: Familjerätt 1976–1982'. SvJT 1984 s. 513–592. (cit. Höglund.)

Jacobs, F., 'Damages for breach of Article 86 EEC'. E.L.R. 1983 s. 353–357. (cit. Jacobs, Damages.)

Jacobs, F.G., 'Civil Enforcement of EEC Antitrust Law'. 82 Michigan L. R. 1984 s. 1364–1376. (cit. Jacobs, Civil Enforcement.)

Jacobs, F.G., 'Jurisdiction and Enforcement in EEC Competition Cases'. I: Rowe, F.M./Jacobs, F.G./Joelson, M.R. (red.), 'Enterprise Law of the 80s. European and American Perspectives on Competition and Industrial Organization.' American Bar Association 1980. s. 205–215. (cit. Jacobs, Jurisdiction and Enforcement.)

Joerges, C., 'The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective'. European Law Journal 1997 s. 378–406. (cit. Joerges, The Impact of European Integration on Private Law.)

Jolowicz, J.A., 'Da mihi factum dabo tibi jus: A problem of demarcation in English and French law'. I: Feuerstein, P./Parry, C. (red.), 'Multum non Multa. Festschrift für Kurt Lipstein. Heidelberg – Karlsruhe 1980. s. 79–99. (cit. Jolowicz.)

Jänterä-Jareborg, M., 'Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie.' Uppsala 1997. (cit. Jänterä-Jareborg.)

Kallenberg, E., 'Svensk civilprocessrätt. Föreläsningar.' Första bandet I-II. Lund 1918. Första delen III--V. Lund 1922, 1924 och 1926. (cit. Kallenberg I.)

Kallenberg, E., 'Svensk Civilprocessrätt'. Andra bandet I-VII. Lund 1927–1929, 1931, 1933, 1935, 1937 och 1939. (cit. Kallenberg II.)
Karlgren, Hj., 'Obehörig vinst och värdeersättning'. (Översedd av Lejman, F.) Stockholm 1982. (cit. Karlgren, Obehörig vinst och värdeersättning.)
Karlgren, Hj., 'Skadeståndsrätt'. 5 uppl. Stockholm 1972. (cit Karlgren, Skadeståndsrätt.)
Karlsson, J., 'Extraterritoriell tillämpning av konkurrenslagen'. JT 1995/96 s. 1017–1034.
Kerse, C. S., 'E.C. antitrust procedure'. 3 uppl. London 1994. (cit Kerse.)
Kerse, C.S., 'Procedures in EC Competition Cases: The Oral Hearing.' E.C.L.R. 1994 s. 40–43. (cit. Kerse, The Oral Hearing.)
Kingdon, J.S., 'Economic Argument in Anti-trust Cases: An American Litigator's Perspective'. E.C.L.R. 1987 s. 371–385. (cit. Kingdon.)
Klami, H.T., 'Monopolium excercere. Spridda tankar om EU-rättens metod och framtid.' I: Jareborg, N. (red.), 'Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström.' Uppsala 1996. S 133–151. (cit. Klami, Monopolium exercere.)
Kleineman, J., 'Förutsättningsläran och jura novit curia'. JT 1993/94 s. 881–892. (cit. Kleineman, Jura novit curia.)
Kleineman, J., 'Ren förmögenhetsskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart.' Stockholm 1987. (cit. Kleineman, Ren förmögenhetsskada.)
Klintberg, E., 'Processgemenskap i dispositiva mål där saken är sådan att endast en dom kan ges'. Diss. 1994 Uppsala. (cit. Klintberg, Processgemenskap.)
Kon, S., 'Article 85, para 3: A Case for Application by National Courts'. 19/4 C.M.L.Rev. 1982 s. 541–561. (cit. Kon.)
Korah, V., 'Concept of a Dominant Position within the Meaning of Article 86'. C.M.L.Rev. 1980 s. 395–414. (cit. Korah, Concept of a Dominant Position.)
Korah, V., 'An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice'. 6 uppl. Oxford 1997. (cit. Korah.)
Korah, V., 'Technology Transfer Agreements and the EC Competition Rules'. Oxford 1996. (cit. Korah, Technology Transfer Agreements.)
Kovar, R., 'Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire.'. I: 'Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen. Communautés européennes et Convention européenne de droits de l'homme.' s. 245–283. Bryssel (1975). (cit. Kovar, Voies de droit dans le cadre communautaire.)
Landes, W.M./Posner, R.A., 'Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of *Illinois Brick*. 46The University of Chicago Law Review 1979 s. 602–635. (cit. Landes/Posner,Should Indirect Purchasers Have Standing

Larsson, R./Remnelid, P., 'Franchising ur ett konkurrensrättsligt perspektiv'. Stockholm 1996. (cit. Larsson/Remnelid)
Larsson, S., 'Dispositionsprinciper och dispositiva regler.' SvJT 1980 s. 577–605. (cit. Larsson, Dispositionsprinciper.)
Larsson, S., 'Förlikning i tvistemål'. Diss. Uppsala 1958. (cit. Larsson, Förlikning.)
Larsson, S., 'Om åberopande. Några kommentarer till en avhandling.' SvJT 1967 s. 11–36. (cit. Larsson, Om åberopande.)
Larsson, S., 'Rättskraft och teleologisk metod'. I: Wallén, P.-E./Erenius, G./Hoflund, O./Löfmarck, M./Wennberg, S., 'Festskrift till Hans Thornstedt'. Stockholm 1983. s. 449–465. (cit. Larsson, Rättskraft och teleologisk metod.)
Larsson, S., 'Rättskraftslärans identitetsterminologi'. TfR 1974 s. 404–427. (cit. Larsson, Rättskraftläran.)
Larsson, S., 'Stadfästelse av förlikning.' I: 'Festskrift till Bertil Bengtsson'. Nerenius & Santerus 1993. (cit. Larsson, Festskrift till Bengtsson.)
Larsson, S., 'Studier rörande partshandlingar'. Uppsala 1970. (cit. Larsson, Partshandlingar.)
Lauwaars, R.H./Raab, W.Th.M. [Anm. av PVC-fallen]. 30 C.M.L.Rev. 1993 s. 420–423. (cit. Lauwaars/Raab.)
Lehrberg, B., 'Förutsättningsläran. Allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter.' Diss. Uppsala 1989. (cit. Lehrberg, Förutsättningsläran.)
Lind, J. Anm. av Heuman/Westberg. JT 1993/94 s. 592–602. (cit. Lind.)
Lindblom i särskilt yttrande i SOU 1982:26 s. 616–618.
Lindblom, P.H., 'Den farliga formalismen – en mardröm om forum, preskription och litispendens'. I: TJFF 1998 s. 258–301. (cit. Lindblom, Den farliga formalismen.)
Lindblom, P.H., 'Harmony of the legal spheres. A Swedish view on the construction of a unified European procedural law.' European Review of Private Law 1997 s. 11–46. (cit. Lindblom, Harmony of the legal spheres.)
Lindblom, P.H., 'Kontinuitet och anakronismer. En studie i anslutning till miljöskyddslagens förarbeten'. I: Dens., 'Studier i processrätt'. Stockholm 1993. s. 137–185. (cit. Lindblom, Kontinuitet och anakronismer.)
Lindblom, P.H., 'Om rättskraft m.m. vid "fakultativa fora", särskilt i miljöskademål'. I: Håstad, T./Lindblom, P.H./Saldeen, Å., 'Festskrift till Anders Agell'. Uppsala 1994. S. 343–373. (cit. Lindblom, Fakultativa fora.)
Lindblom, P.H., 'Processhinder. Om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt.' Stockholm 1974. (cit. Lindblom, Processhinder.)

Lindblom, P.H., 'Tes, antites och syntes – perspektiv på processrätten.' I: Dens., 'Studier i processrätt'. Stockholm 1993. s. 43–61. (cit. Lindblom, Tes.)

Lindblom, P.H., 'Tradition, precision och schablon – om förenklad beräkning av skadestånd i process.' I: 'Festskrift till Bertil Bengtsson'. Nerenius & Santérus 1993. (cit. Lindblom, Tradition, precision och schablon.)

Lindblom, P.H., 'Grupptalan. Det anglo-amerikanska class action-institutet ur svenskt perspektiv.' Stockholm 1989. (cit. Lindblom, Grupptalan.)

Lindell, B., 'Partsautonomins gränser – i dispositiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändningen'. Uppsala (1988).

Lindell, B., 'Processuell preklusion. Av nya omständigheter eller bevis rörande saken.' Stockholm 1993. (cit. Lindell, Preklusion.)

Linder, M./Westin, J., 'Något om avtals eller avtalsvillkors ogiltighet enligt den nya konkurrenslagen'. SvJT 1995 s. 45–57. (cit. Linder/Westin.)

Lindskog, S., 'Preskription'. Stockholm 1990. (cit. Lindskog, Preskription.)

Loy, O., 'L'application en France du droit communautaire de la concurrance (articles 85 et 86 Traité CEE application par les autorités nationales.). R.T.D.E 1980 s. 438–458. (cit. Loy.)

Lugard, H.H.P., 'E.C. Competition Law and Arbitration: Opposing Principles?' E.C.L.R. 1998 s. 295–301. (cit. Lugard.)

Lundqvist, U., 'Bevisförbud i brottmål. En undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång.' Uppsala 1998. (cit. Lundqvist, Bevisförbud.)

Maitland-Walker, J., 'A Step Closer to a Definitive Ruling on a Right in Damages for Breach of the EC Competition Rules'. 1 E.C.L.R. 1992 s. 3–4. (cit. Maitland-Walker.)

Malmberg, J., 'Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering.' Uppsala 1997. (cit. Malmberg, Anställningsavtalet.)

Matz, S., 'Om underdomarens materiella processledning i svensk ordinär civilprocess'. Diss. Uppsala. Sthlm (1919). (cit. Matz.)

Meade, J., 'Decentralisation in the Implementation of EEC Competition Law – A Challenge for the Lawyers'. 37/2 N.I.L.Q. 1986 s. 101–125. (cit. Meade.)

Monaco, L., 'Schadenersatzansprüche nach italienischem Recht bei Verletzung der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrags.' I: Germer, P.(red.), 'Compensation for damage caused by infringements of articles 85 and 86 of the EEC Treaty'. EG-kommissionen IV/292/85. Stencil. s. 104–119. (cit. Monaco, Scadenersatzansprüche nach italienischem Recht.)

Moreau, X./Lascombe, M., 'Reparation en France des consequences dommageables d'une violation des articles 85 et 86 du traite instituant la Communaute Economique Européenne'. I: Germer, P.(red.), 'Compensation for damage caused by infringements of articles 85 and 86

of the EEC Treaty'. EG-kommissionen IV/292/85. Stencil. s. 38–102. (cit. Moreau/Lascombe.)
Munari, F, 'L'applicazione dell'articolo 85 del trattato di Roma nei procedimenti davanti ai giudici nazionali.' Dir. comm. int. 1990 s. 629–674. (cit. Munari.)
Munch-Petersen, H., 'Den Danske Retspleje. Første Del.' København 1917. (cit. Munch-Petersen I.)
Möllers, T.M.J., 'Doppelte Rechtsfortbildung contra legem?' EuR 1998 s. 20–46. (cit. Möllers.)
Nazerali, J./Cowan, D., 'Beer Supply Agreements – A Step Forward or Last Orders?' E.C.L.R. 1998 s. 289–294. (cit. Nazerali/Cowan, Beer Supply Agreements.)
Nial, H., 'Om förvärv i strid med legala förbud'. TfR 1936 s. 1–77. (cit. Nial, Legala förbud.)
Nyman, S., 'Ett rättsfall om sakägare i expropriationsmål.' SvJT 1969 s. 362–372. (cit. Nyman, SvJT 1969.)
Olivecrona, K., 'Domen i tvistemål'. Lund 1943. (cit. Olivecrona, Domen.)
Olivecrona, K., 'Grunden och saken'. TJFF 1954 s. 312–346. (cit. Olivecrona, Grunden.)
Olivecrona, K., 'Ogiltigförklarande av stadfäst förlikning'. SvJT 1962 s. 494–498. (cit. Olivecrona, Ogiltigförklarande av förlikning.)
Olivecrona, K., 'Rätt och dom'. 1 uppl. Stockholm – Lund (1960).
Olivecrona, K., Anm. av Ekelöf. SvJT 1957 s. 136–141. (cit. Olivecrona, Anm. av Ekelöf.)
Oliver, P., 'Enforcing Community Rights in English Courts'. 50M.L.R. 1987 s. 881–907. (cit. Oliver, Enforcing Community Rights.)
Pais Antunes, L. M., 'Interim Measures under EC Competition Law – Recent Developments'. 13 Y.E.L 1993 s. 83–104. (cit. Pais Antunes.)
Pathak, A.S., 'Articles 85 and 86 and Anti-competitive Exclusion in EEC Competition Law'. Part 1.' E.C.L.R. 1989 s. 74–104. (cit. Pathak I.)
Pathak, A.S., 'Articles 85 and 86 and Anti-competitive Exclusion in EEC Competition Law'. Part 2.' E.C.L.R. 1989 s. 256–272. (cit. Pathak II.)
Picañol, E., 'Remedies in National Law for Breach of Articles 85 and 86 of the EEC Treaty: A Review'. LIEI 1982/2 s. 1–37. (cit. Picañol.)
Pieri, S., 'The 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters: The evolution of the text and the case law of the Court of Justice over the last four years.' C.M.L.Rev. 1992 s. 537–555. (cit. Pieri.)
Raveilingien, J. 1E.C.L.R. 1991 R 20 f. [Anm. av Belparfrance-fallet (1989 Belgien).]
Remnelid, P., 'Jämkning av konkurrensklausul'. Konkurrens 1/95 s. 7–8. (cit. Remnelid.)
Riley, A.J. 'More Radicalism, Please: The Notice on Co-operation between National Courts and the Commission in Applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty'. 3 E.C.L.R. 1993 s. 91–96. (cit. Riley, More Radicalism.)

Rodhe, K., 'Obligationsrätt'. Stockholm 1956. (cit. Rodhe, Obligationsrätt.)
Roth, W.-H., 'The Application of Community Law in West Germany: 1980–1990'. 28 C.M.L.Rev. 1991 s. 137–181. (cit. Roth.)
Sandgren, C., 'Patentlicensavtal och icke-angreppsklausuler'. NIR 1974 s. 242–274. (cit. Sandgren, Patentlicensavtal och icke-angreppsklausuler.)
Schrevelius, F., 'Lärobok i Sceriges allmänna nu gällande civil-process'. Lund 1853. (cit. Schrevelius, Civilprocessrätt)
Schröter, H. [Wettbewerbsregeln.] I: Jacob-Siebert, 'Kommentar zum EWG-Vertrag'. 4 uppl. Baden-Baden 1991. (cit. Schröter, EWG-Kommentar.)
Schütz, J., 'Von Gerede und Wirklichkeit – Aufweichung des Freistellungsmonopol der EG-Kommission?' 6 WuW 1994 s. 520–522. (cit. Schütz.)
Schödermaier, M., 'Collective Dominance Revisited: An Analysis of the EC Commission's New Concepts of Oligopoly Control'. 1 E.C.L.R. 1990 s. 28–34. (cit. Schödermaier.)
Shaw, J., 'United Kingdom'. I: Behrens, P., (red.) 'EEC Competition Rules in National Courts, Part One: United Kingdom and Italy.'. Schriftenreihe des Europa-kollegs Hamburg zur Integrationsforschung Bd 1, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992. (cit. Shaw.)
Slot, P./Nieuwenhuis, H., 'Compensation under Dutch Law for Damage Caused by Infringements of Articles 85 and 86 of the EEC Treaty.' I: Germer, P.(red.), 'Compensation for damage caused by infringements of articles 85 and 86 of the EEC Treaty'. EG-kommissionen IV/292/85. Stencil. s. 120–127. (cit. Slot/Nieuwenhuis.)
Slot, P.J. [Anm. av rättsfall.] C.M.L.Rev. 1986 s. 909–917. (cit. Slot, Sigarettenindustrie.)
Smith, H.,'The Francovich Case: State Liability and the Individual's Right to Damages'. 3 E.C.L.R. 1992 s. 129–132. (cit. Smith, State Liability.)
Snyder, F., 'The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Tecniques'. 56 M.L.R 1993 s. 19–54. (cit. Snyder, Effectiveness.)
Staines, M., 'The Right to Sue in Ireland for Violation of the EEC Rules on Competition'. 2 L.I.E.I. 1977 s. 53–70. (cit. Staines.)
Steindorff, E., 'Article 85, Para. 3: No Case for Application by National Courts'. 20 C.M.L.Rev. 1983 s. 125–130. (cit. Steindorff, No Case for Application.)
Steindorff, E., 'Europäisches Kartellrecht vor staatlichen Gerichten 1971–1978. Zur Entwicklung des Europäischen Kartellrechts Teil III.'. 146 Z.H.R. 1982 s. 140–165. (cit. Steindorff, Europäisches Kartellrecht.)
Steiner, J., 'Enforcing EC Law'. London (1995).
Stelzer, I.M., 'Economic Defences in Anti-trust Litigation'. E.C.L.R. 1983 s. 253–267. (cit. Stelzer, Economic Defences.)
Stenberg, H., 'Studier i EG-rätt. Om konkurrensbegränsande avtal och deras ogiltighet.' Nyköping 1974. (cit. Stenberg, Studier i EG-rätt.)

Stevens, D., 'The 'Comfort Letter': Old Problems, New Developments'. 2 E.C.L.R. 1994 s. 81–87. (cit. Stevens.)
Strömberg, H., 'Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform'. 2 uppl. Lund 1989. (cit. Strömberg, Normgivningsmakten.)
Sundell, H., 'Ekonomisk enhet – nytt rättsfall från EG-domstolens första instans'. JT 1995/96 s. 133–139. (cit. Sundell, Ekonomisk enhet.)
Söderlund, J., 'Är svenska domstolars hantering av främmande rätt i dispositiva mål tillfredställande?' JT 1997/98 s. 278–286. (cit. Söderlund.)
Taksœ-Jensen, F., 'Materiel procesledelse i borgerlige sager'. Diss. København. Odense 1976. (cit. Taksœ-Jensen.)
Teigum, S.B., 'Nasjonal og Europeisk konkurranserett'. I: 'Det 33. nordiske Juristmøde i København. 18.-20. August 1993'. s. 763–807. (cit. Teigum.)
Temple Lang, J., 'Community Antitrust Law – Compliance and Enforcement'. 18 C.M.L.Rev. 1981 s. 335–362. (cit. Temple Lang, Community Antitrust.)
Temple Lang, J., 'Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty'. 27 C.M.L.Rev. 1990 s. 645–681. (cit. Temple Lang, Article 5.)
Temple Lang, J., 'EEC Competition Policies: A Status Report'. I: Rowe, F.M./Jacobs, F.G./Joelson, M.R. (red.), 'Enterprise Law of the 80s. European and American Perspectives on Competition and Industrial Organization.' American Bar Association 1980. s. 18–38. (cit. Temple Lang, Competition Policies.)
Temple Lang, J., 'Monopolisation and the Definition of "Abuse" of a Dominant Position under Article 86 EEC Treaty'. C.M.L.Rev. 1979 s. 345–364. (cit. Temple Lang, Definition of Abuse.)
Temple Lang, J., 'New Legal Effects Resulting from the Failure of States to Fulfill Obligations under European Community Law: The Francovich Judgement.' 16 Fordham Int. L. J.1992–1993 s. 1–52. (cit. Temple Lang, New Legal Effects.)
Temple Lang, J., 'The Position of Third Parties in EEC Competition Cases. E.L.R. 1978 s. 177–190. (cit. Temple Lang, Third Parties.)
Temple Lang, J., 'The Duties of National Authorities Under Community Constitutional Law'. E.L.Rev. 1998 s. 109–131. (cit. Temple Lang, National Authorities.)
Temple Lang, J., 'The Duties of National Courts under Community Constitutional Law'. E.L.Rev. 1997 s. 3–18. (cit. Temple Lang, National Courts.)
Travers, N., 'The Protracted Longevity of Provisional Validity.' E.L.Rev. 1998 s. 83–88. (cit Travers.)
Trocker, N., 'Declining Jurisdiction in Civil and Commercial Matters: Lis Pendens and Forum Non Conveniens.' I: Giuffrè, A. (red.), 'Italian National Reports to the XIVth International Congress of Comparative Law'. Aten 1994. s. 177–208. (cit. Trocker, Lis Pendens.)

Uitermark, P.J., 'The Concept of Competition Underlying the Community's Control of Collusive Practices'. I: van Mourik, A. (red.), 'Developments in European Competition Policy'. Maastricht 1996. s. 5–13. (cit. Uitermark.)

Wagenius, Chr., ' "Omständigheter", "Fakta", "Sakförhållanden" '. TSA 1987 s. 47–51. (cit. Wagenius.)

Wahl, N., 'Konkurrensförhållanden. Om förhållandet mellan EGs konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt.' Diss. Stockholm 1994. (cit. Wahl, Konkurrensförhållanden.)

Walz, R., 'Rethinking Walt Wilhelm, or the Supremacy of Community Competition Law over National Law'. E.L.Rev. 1996 s. 449–464. (cit. Walz.)

Van Bael, I., 'The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission'. 23 C.M.L.Rev. 1986 s. 61–90. (cit. Van Bael, Settlement Practice.)

Van Bael, I., 'The Role of the National Courts'. 1 E.C.L.R. 1994 s. 3–7. (cit. Van Bael, The Role of the National Court.)

van den Heuvel, H., 'Civil-Law Consequences of Violation of the Antitrust Provisions of the Rome Treaty'. 12 A.J.C.L. 1963 s. 172–193. (cit. van den Heuvel, Civil-Law Consequences.)

Van der Esch, B., 'The Principles of Interpretation applied by the Court of Justice of the European Communities and their relevance for the Scope of the EEC Competition Rules'. 15 Fordham Int. L. J. 1991–1992 s. 366–397. (cit. Van der Esch.)

Van Gerven, W., 'ECJ case-law as a means of unification of private law?' European Review of Private Law 1998 s. 293–308. (cit. Van Gerven, Unification.)

Ward, A., 'New Frontiers in Private Enforcement of E.C. Directives'. E.L.Rev. 1998 s. 65–78. (cit. Ward.)

Weatherill, S./Beaumont, P., 'EC Law'. 2 uppl. London 1995. (cit. Weatherill/Beaumont.)

Welamson, L., 'Domvillobesvär av tredje man. Ett bidrag till läran om tredjemansskyddet i civilprocessen.' Stockholm 1956. (cit. Welamson, Domvillobesvär.)

Welamson, L., 'Om brottmålsdomens rättskraft'. Stockholm 1949. (cit. Welamson, Rättskraft.)

Welamson, L., 'Rättegång VI'. 3 uppl. Stockholm 1994. (cit. Welamson, Rättegång VI.)

Welamson, L., 'Svensk rättspraxis. Civil- och straffprocessrätt 1973–1979.' SvJT 1982 s. 81-192. (cit. Welamson, Rättspraxis II.)

Welamson, L., 'Svensk rättspraxis. Civil- och straffprocessrätt 1980–1987. SvJT 1989 s. 497-652. (cit. Welamson, Rättspraxis III.)

Werin, L., 'Ekonomi och rättssystem'. Stockholm 1988. (cit. Werin.)

Werlauff, E., 'Fælleseuropæisk procesret – Europaretlige krav til dansk retspleje.' (cit. Werlauff.)

Westberg, P., 'Alternativyrkande och rättskraft i civilprocessen'. JT 1993/94 s. 813–824. (cit. Westberg, Alternativyrkanden.)
Westberg, P., 'Domstols officialprövning. En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1'. Diss. Lund (1988). (cit. Westberg, Officialprövning.)
Westberg, P., 'Kulissdom och summarisk tvistemålsrättegång.' I: Lindblom, P.-H. (red.), 'Process och exekution. Vänbok till Robert Boman.' Uppsala 1990. s. 359–380. (cit. Westberg, Kulissdom.)
Westin, J., 'Introduktion till EG:s konkurrensregler. En praktisk översikt.' Uppsala 1996. (cit. Westin, Introduktion.)
Wetter, C./Ericsson, E./Karlsson, J./Rislund, O., 'Konkurrenslagen i praxis'. Stockholm 1995. (cit. Wetter m. fl.)
Whish, R., 'The Enforcement of EC Competition Law in the Domestic Courts of Member States'. 2 E.C.L.R. 1994 s. 60–67. Också i: Lonbay, J.(red.), 'Frontiers of Competition Law'. Institute of European Law, University of Birmingham. 1994. (cit. Whish, Enforcement.)
Whish, R./Sufrin, B., 'Article 85 and the Rule of Reason'. 7 Y.E.L. 1987 s. 1–38. (cit. Whish/Sufrin, The Rule of Reason.)
Whish, R./Sufrin, B., 'Competition Law'. London, Edinburgh, 3 uppl. (1993). (cit. Whish/Sufrin.)
Wilks, S., 'The Metamorphosis of European Competition Policy'. I: Snyder, F. (red.), 'European Community Law I'. Aldershot 1993. s. 269–293. (cit. Wilks.)
Vogelenzang, P., 'Abuse of a Dominant Position in Article 86: The Problem of Causality and some Applications'. C.M.L.Rev. 1976 s. 61–78. (cit. Vogelenzang.)
Wolf, D./Fink, R., 'Mit der Verordnung Nr. 17 ins nächste Jahrtausend?' 4 WuW 1994 s. 289–293. (cit. Wolf/Fink.)
Wrede, R.A., 'Finlands gällande civilprocessrätt. Bd 1.' 2 uppl. Helsingfors 1911. (cit. Wrede I.)
Åhman, O., 'Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten. Om aktiebolagets ställföreträdare och gränserna för deras representationsrätt.' Uppsala 1997. (cit. Åhman.)

Rättsfall

EG-domstolen och förstainstansdomstolen (kronologiskt)

För att finna fallen citerade i boken hänvisas läsaren till den lista över rättsfall från EG-domstolen och Förstainstansdomstolen som är alfabetiskt ordnad efter cit. benämning.

Fall 13/61: Robert Bosch G.m.b.H. m. fl. v. Kleding-Verkoopbedrijf De Geus en Uitenbogerd; 6/4 1962. [1962] C.M.L.R. s. 1. (cit Bosch.)
Fall 26/62: N.V. Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der Belastingen; 5/2 1963. [1963] C.M.L.R. s. 1. (cit van Gend & Loos.)
Fall 56 & 58/64: Établissements Consten S.A.R.L. & Grundig-Verkaufs-GmbH v. EG-kommissionen; 13/7 1966. [1966] E.C.R. s. 299. (cit Consten & Grundig.)
Fall 56/65: Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH30/6 1966. [1966] E.C.R. s. 235. (cit Maschinenbau Ulm.)
Fall 23/67: S.A. Brasserie de Haecht v. Consorts Wilkin-Janssen; 12/12 1967. [1967] E.C.R. s. 525. (cit Brasserie de Haecht I.)
Fall 13/68: SpA Salgoil v. Italian Ministry for Foreign Trade; 19/12 1968. [1968] C.M.L.R. s. 453. (cit Salgoil.)
Fall 5/69: Franz Völk v. S.P.R.L. Ets J. Vervaecke; 9/7 1969. [1969] E.C.R. s. 295. (cit Völk v. Vervaecke.)
Fall 10/69: S.A. Portelange v. S.A. Smith Corona Marchant International m. fl.; 9/7 1969. [1969] E.C.R. s. 309. (cit. Portelange.)
Fall 41/69: ACF Chemiefarma NV v. EG-kommissionen; 15/7 1970. [1970] E.C.R. s. 661. (cit ACF Chemiefarma.)
Fall 43/69: Brauerei A. Bilger Söhne GmbH v. Heinrich Jehle & Marta Jehle; 18/3 1970. [1970] E.C.R. s. 127. (cit Bliger v. Jehle.)
Fall 48/69: Imperial Chemical Industries Ltd v. EG-kommissionen; 14/7 1972. [1972] E.C.R. s. 619. (cit ICI.)
Fall 49/69: Badische Anilin- & Soda-Fabrik AG v. EG-kommissionen; 14/7 1972. [1972] E.C.R. s. 217. (cit Dyestuffs.)
Fall 1/70: Parfums Marcel Rochas Vertriebs-GmbH v. Bitsch; 30/6 1970. [1971] C.M.L.R. s. 104. (cit Marcel Rochas v. Bitsch.)

Fall 22/71: Béguelin Import Co. m. fl. v. S.A.G.L. Import Export m. fl.; 25/11 1971. [1971] E.C.R. s. 949. (cit Béguelin.)
Fall 6/72: Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. v. EG-kommissionen; 21/2 1973. [1973] E.C.R. s. 215. (cit Continental Can.)
Fall 8/72: Vereeniging Cementhandelaren v. EG-kommissionen; 17/10 1972.[1972] E.C.R. s. 977. (cit Cementhandelaren.)
Fall 48/72: Brasserie de Haecht v. Wilkin; 6/2 1973.[1973] E.C.R. s. 77. (cit de Haecht II.)
Fall 127/73: Belgische Radio en Televisie v. Societe Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs (S.A.B.A.M.) & N.V. Fonior, samt S.A.B.A.M. v. N.V. Fonior; 30/1 samt 24/3 1974. [1974] C.M.L.R. s. 238. (cit BRT v. SABAM.)
Fall 6–7/74: Istituto Chemioterapico Italiano SpA & Commercial Solvents Corporation v. EG-kommissionen; 6/3 1974. [1974] C.M.L.R. s. 309. (cit Commercial Solvents.)
Fall 15/74: Centrafarm BV & Adriaan De Peijper v. Sterling Drug Inc.; 31/10 1974. [1974] E.C.R. s. 1147. (cit Centrafarm v. Sterling.)
Fall 40–48, 50, 54–56, 111, 113 & 114–73: Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA m. fl. v. EG-kommissionen; 16/12 1975. [1975] E.C.R. s. 1663. (cit. Suiker Unie.)
Fall 63/75: S.A. Fonderies Roubaix-Wattrelos v. Société nouvelle des Fonderies A. Roux & Société des Fonderies JOT; 3/2 1976. [1976] E.C.R. s. 111. (cit Fonderies Roubaix-Wattrelos.)
Fall 21/76: Handelskwekerij G. J. Bier BV v Mines de potasse d'Alsace SA; 30/11 1976. [1976] E.C.R. s. 1735.
Fall 26/76: Metro SB-Gro märkte GmbH & Co. KG v EG-Kommissionen; 25/10 1977. [1977] E.C.R. s. 1875. (cit. Metro I.)
Fall 27/76: United Brands Company & United Brands Continentaal B.V. v. EG-kommissionen; 14/2 1978.[1978] E.C.R. s. 207. (cit United Brands.)
Fall 33/76: Rewe-Zentralfinanz eG & Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland; 16/12 1976. [1976] E.C.R. s. 1989. (cit Rewe.)
Fall 45/76: Comet BV v. Produktschap voor Siergewassen; 16/12 1976. [1976] E.C.R. s. 2043. (cit Comet.)
Fall 47/76: Alexis de Norre & Martine, née de Clercq v. NVBrouwerij Concordia; 1 feb. 1977. [1977] E.C.R. s. 65. (cit Concordia.)
Fall 64 & 113/76, 167 & 239/78, 27, 28 & 45/79: P.Dumortier Frères m. fl. v. Rådet; 4/10 1979.[1979] E.C.R. s. 3091. (cit Dumortier Frères.)
Fall 85/76: Hoffman-La Roche & Co. AG v. EG-kommissionen; 13/2 1979.[1979]E.C.R. s. 461. (cit Hoffman-La Roche.)
Fall 13/77: SA G.B.-INNO-B.M. v Association des détaillants en tabac (ATAB); 16/11 1977. [1977] E.C.R. s. 2115. (cit. Inno v. ATAB.)
Fall 19/77: Miller Internationalen Schallplatten GmbH v. EG-kommissionen; ½ 1978. [1978] E.C.R. s. 131. (cit. Miller.)

Fall 59/77: Établissements A. De Bloos SPRL v. Société en Commandite par Actions Bouyer; 14/12 1977. [1977] E.C.R. s. 2359. (cit De Bloos v. Bouyer.)
Fall 106/77: Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal S.p.A.; 9/3 1978. [1978] E.C.R. s. 629. (cit Simmenthal.)
Fall 22/78: Hugin Kassaregister AB & Hugin Cash Registers Ltd v. EG-kommissionen; 31/5 1979. [1979] E.C.R. s. 1869. (cit Hugin.)
Fall 32/78 & 36–82/78: BMW Belgium S.A. m. fl. v. EG-kommissionen; 12/7 1979. [1979] E.C.R. s. 2435. (cit BMW.)
Fall 125/78: GEMA, Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte v. EG-kommissionen; 18/10 1979. [1979] E.C.R. s. 3173. (cit. GEMA.)
Fall 253/78, och fall 1–3/79: Procureur de la République m. fl. v. Bruno Giry & Guerlain S.A. m. fl; 10/7 1980. [1980] E.C.R. s. 2327. (cit Guerlain.)
Fall 258/78: L.C. Nungesser KG & Kurt Eisele v. EG-kommissionen; 8/6 1982. [1982] E.C.R. s. 2015. (cit Nungesser.)
Fall 22/79: Greenwich Film Production v. Societe des auteurs, compositeurs et editeurs de musique (SACEM) & Societe des edititions Labrador; 25/10 1979. [1979] E.C.R. s. 3275. (cit Greenwich Film Production)
Fall 37/79: Anne Marty S.A. v. Estée Lauder S.A.; 10/7 1980. [1980] E.C.R. s. 2481. (cit Marty.)
Fall 61/79: Amministrazione delle finanze dello Stato v. Denkavit italiana Srl; 27/3 1980. [1980] E.C.R. s. 1205. (cit. Denkavit.)
Fall 68/79: Hans Just I/S v. Danska skatteministeriet; 27/2 1980. [1980] E.C.R. s. 501. (cit Hans Just.)
Fall 99/79: S.A. Lancôme & Cosparfrance Nederland BV v. Etos BV & Albert Heyn Supermart BV; 10/7 1980. [1980] E.C.R. s. 2511. (cit Lancôme.)
Fall 106/79: Vereeniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels m. fl. v. Eldi Records BV; 20/3 1980. [1980] E.C.R. s. 1137. (cit Eldi Records.)
Fall 130/79: Express Dairy Foods v. Intervention Board for Agricultural Produce; 12/6 1980. [1980] E.C.R. s. 1887. (Express Dairy Foods.)
Fall 792/79: Camera Care Ltd v. EG-kommissionen; 17/1 1980. [1980] E.C.R. s. 119. (cit Camera Care.)
Fall 31/80: L'Oreal & l'Oreal S.A. v. De nieuwe A.M.C.K. Pvba; 11/12 1980. [1980] E.C.R. s. 235. (cit L'Oréal.)
Fall 158/80: Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH & Rewe-Markt Steffen v. Hauptzollamt Kiel; 7/7 1981. [1981] E.C.R. s. 1805. (cit Butterfahrten.)
Fall 210/81: Osvald Schmidt (Demo-Studio Schmidt) v. EG-Kommissionen; 11/10 1983. [1983] E.C.R. s. 3045. (cit Demo-Studio Schmidt.)
Fall 322/81: NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. EG-kommissionen; 9/11 1983.[1993] E.C.R. s. 3461. (cit Michelin.)
Fall 86/82: Hasselblad (GB) Limited v. EG-kommissionen; 21/2 1984. [1984] E.C.R. s. 883. (cit Hasselblad.)

Fall 96–102, 104, 105, 108 & 110/82: NV IAZ International Belgium m. fl. v. EG-kommissionen; 8/11 1983. [1983] E.C.R. s. 3369. (cit. IAZ, se också ANSEAU-NAVEWA.)
Fall 199/82: Amministrazione delle Finanze dello Stato v. SpA San Giorgio; 9/11 1983 . [1983] E.C.R. s. 3595. (cit. San Giorgio.)
Fall 240–242, 261, 262, 268 & 269/82: v. EG-kommissionen; 10/12 1985. [1985] E.C.R. s. 3831. (cit Stichting Sigarettenindustrie m. fl.)
Fall 260/82: Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie v. EG-kommissionen; 10/12. [1985] E.C.R. s. 3813. (cit NSO.)
Fall 14/83: Sabine von Colson & Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen; 10/4 1984. [1984] E.C.R. s. 1891. (von Colson.)
Fall 29–30/83: Compagnie Royale Asturienne des Mines SA & Rheinzink GmbH; 28/3 1984. [1984] E.C.R 1679. (cit CRAM & Rheinzink.)
Fall 123/83: Bureau national interprofessionnel du cognac v. Guy Clair; 30/1 1985. [1985] E.C.R. s. 391. (cit BNIC v. Clair.)
Fall 170/83: Hydrotherm Gerätebau GmbH v. Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas; 12/7 1984. [1984] E.C.R. s. 2999. (cit. Hydrotherm.)
Fall 193/83: Windsurfing International Inc. v. EG-kommissionen; 25/2 1986.[1986] E.C.R. s. 611. (cit Windsurfing.)
Fall 229/83: Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc m. fl. v. SARL "Au blé vert" m. fl.; 10/1 1985. [1985] E.C.R. s. 1. (cit. Leclerc v. Au blé vert.)
Fall 42/84: Remia BV m. fl. v. EG-kommissionen; 11/7 1985.[1985] E.C.R. s. 2545. (cit Remia.)
Fall 44/84: Derrick Guy Edmund Hurd v. Kenneth Jones (Her Majesty's Inspector of Taxes); 15/1 1986. [1986] E.C.R. s. 29. (cit Hurd v. Jones.)
Fall 75/84: Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v. EG-kommissionen; 22/10 1986.[1986] E.C.R. s. 3021. (cit Metro II.)
Fall 161/84: Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis; 28/1 1986. [1986] E.C.R. s. 353. (cit. Pronuptia.)
Fall 174/84: Bulk Oil (Zug) AG v. Sun International Ltd & Sun Oil Trading Company; 18/2 1986. [1986] E.C.R. s. 559. (cit Bulk Oil.)
Fall 209–213/84: Ministere Public v. Lucas Asjes m. fl.; 30/4 1986. [1986] C.M.L.T. s. 173. (cit Lucas Asjes.)
Fall 222/84: Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary; 15/5 1986. [1986] E.C.R. s. 1663. (cit Johnston.)
Fall 43/85: Associazione nazionale commercianti internazionali dentali e sanitari (Ancides) v. EG-kommissionen; 14/2 1985. [1987] E.C.R. s. 3131. (cit ANCIDES.)
Fall 45/85: Verband der Sachversicherer v. EG-kommissionen; 27/1 1987[1987] E.C.R. s. 405. (cit Verband der Sachversicherer.)
Fall 53/85: AKZO Chemie BV & AKZO Chemie UK Ltd v. EG-kommissionen; 23/9 1986. [1986] E.C.R. s. 2585. (cit AKZO I.)
Fall C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 & C-125/85 t.o.m. C-129/85: A. Ahlström Osakeyhtiö m. fl. v. EG-kommissionen; 31/3

1993. [1993] E.C.R. I-s. 1307. (cit Ahlström m. fl., se också Wood Pulp Cartel.)
Fall 10/86: V.A.G. France SA v. Etablissements Magne SA; 18/12 1986. [1988] C.M.L.R. s. 98. (cit V.A.G.)
Fall 65/86: Bayer AG & Maschinenfabrik Hennecke GmbH v. Heinz Süllhöfer; 27/9 1988. [1990] 4 C.M.L.R. s. 182. (cit Bayer v. Süllhöfer.)
Fall 66/86: Ahmed Saeed Flugreisen & Silver Line Reisebüro GmbH v. zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.; 11/4 1989. [1989] E.C.R. s. 803. (cit Ahmed Saeed.)
Fall 136/86: Bureau national interprofessionnel du cognac v. Yves Aubert; 3/12 1987. [1987] E.C.R. s. 4789. (cit BNIC v. Aubert.)
Fall 246/86: S.C. Belasco m. fl. v. EG-kommissionen; 11/7 1989, [1989] E.C.R. s. 2117. (cit Belasco.)
Fall 247/86: Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (Alsatel) v SA Novasam; 5/10 1988. [1988] 5987. (cit Alsatel v. Novosam.)
Fall 27/87: SPRL Louis Erauw-Jacquery v. La Hesbignonne SC; 19/4 1988. [1988] E.C.R. s. 1919. (cit Erauw-Jacquery.)
Fall 30/87: Corinne Bodson v. SA Pompes fun bres des régions libérées; 4/5 1988. [1988] E.C.R. s. 2479. (cit Bodson.)
Fall 238/87: Volvo v. Erik Veng; 5/10 1988; [1989]4C.M.L.R. s. 122. (Volvo v. Veng.)
Fall 298/87: "Proceedings for compulsory reconstruction against Smanor SA"; 14/7 1988. [1988] E.C.R. s. 4489. (cit. Smanor.)
Fall 395/87: Ministere Public v. Jean Louis Tournier & Jean Verney, och fall 241–242/88: Francois Lucazeau v. Societe des Auteurs, compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) v. Xavier Debelle & Christian Soumagnac; 13/7 1989. [1991] C.M.L.R. s. 248. (cit Lucazeau v. SACEM.)
Fall C-143/88: Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG v. hauptzollamt Itzehoe, och fall C-92/89: Zuckerfabrik Soest GmbH v. Hauptzollamt Paderborn; 21/2 1991. [1991] E.C.R. I-s. 415. (cit Zuckerfabrik.)
Fall 177/88: Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingcentrum voor jong Volwassenen Plus; 8/11 1990. [1990] E.C.R. I-s. 3941. (cit Dekker.)
Fall C-262/88: Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group; 17/5 1990. [1990] E.C.R. I-s. 1889. (cit Barber.)
Fall C-170/89: Bureau Européen des Unions de Consommateurs v. EG-kommissionen; 28/11/1991. [1991] E.C.R. I-s. 5709. (cit BEUC.)
Fall C-188/89: A. Foster m. fl. v. British Gas plc; 12/7 1990. [1990] E.C.R. I-s. 3313. (cit Foster.)
Fall C-213/89: The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame m. fl.; 19/6 1990. [1990] E.C.R. I-s. 2433. (cit Factortame II.)
Fall C-234/89: Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG; 28/2 1991. [1992] C.M.L.R. s. 210. (cit Delimitis.)

Fall C-6/90: Francovich v. Italienska staten, och fall C-9/90 Bonifaci m. fl. v. Italienska staten; 19/11 1991. [1991] E.C.R. I-s. 5357. (cit. Francovich)
Fall C-41/90: Klaus Höfner & Fritz Elser v. Macrotron GmbH; 23/4 1991 [1991] E.C.R. I-s. 1979. (cit Höfner & Elser.)
Fall C-87/90, C-88/90 och C-89/90: A. Verholen v. Sociale Verzekeringsbank, T.H.M. van Wetten-van Uden v. Sociale Verzekeringsbank och G.H. Heiderijk v. Sociale Verzekeringsbank; 11/7 1991. [1991] E.C.R. I-s. 3757. (cit Verholen.)
Fall C-208/90: Theresa Emmot v. Minister for Social Welfare m. fl.; 25/7 1991. [1991] C.M.L.R. s. 894. (cit Emmot.)
Fall C-185/91: Bundesanstalt für den Gütenfernverkehr v. Gebrüder Reiff GmbH ; 17/11 1993. [1995] 5 C.M.L.R. s. 145. (cit Gebrüder Reiff.)
Fall C-271/91: M. H. Marshall v. Southhampton and South West Hampshire Area Health Authority; 2/8 1993. [1993] 3C.M.L.R. s. 293. (cit Marshall II.)
Fall C-91/92: Paola Faccini Dori v. Recreb Srl; 14/7 1994. [1994] E.C.R. I-s. 3325. (cit Faccini Dori.)
Fall C-128/92: H.J. Banks & Company Limited v. British Coal Corporation; 13/4 1994. [1994] C.M.L.R. s. 30. (cit Banks.)
Fall C-376/92: Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v. Cartier SA; 13/1 1994. [1994] 5 C.M.L.R. s. 331. (cit Metro v. Cartier.)
Fall C-393/92: Municipality of Almelo m. fl. v. NV Energiebedrijf Ijsselmij; 27/4 1994. [1994] E.C.R. I-s. 1477. (cit Almelo.)
Fall C-46/93: Brasserie du pêcheur v. Tyska staten, och fall C-48/93: The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame m. fl.; 5/3 1996. [1996] E.C.R. I-s. 1029. (cit Brasserie du pêcheur & Factortame III.)
Fall C-308/93: Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank v J.M. Cabanis-Issarte; 30/4 1996. [1996] E.C.R. I-s. 2097. (cit Cabanis-Issarte.)
Fall C-312/93: Peterbroeck, Van Campenhout & Cle SCS v. Belgiska staten; 14/12 1995. [1995] E.C.R. I-s. 4599. (cit Peterbroeck.)
Fall C-392/93: The Queen v. H.M. Treasury, ex parte: British Telecommunications plc; 26/3 1996. [1996] E.C.R. I-s. 6417. (cit British Telecommunications.)
Fall C-430/93: Jeroen van Schijndel v. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, och fall 431/93: Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten; 14/12 1995. [1995] E.C.R. I-s. 4705. (cit Van Schijndel.)
Fall C-465/93: Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH m. fl. v. Bundesamt für Ernährung und Fortwirtschaft; 9/11 1995. [1995] E.C.R. 1995 I-s. 3761. (cit Atlanta.)
Fall C-5/94: The Queen & Ministry of Agriculture, Fisheries and Food v. Hedley Lomas (Ireland) Ltd; 23/5 1996. (cit Lomas.)

Fall C-68/94 & C-30/95: Frankrike & Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) & Entreprise mini re et chimique (EMC) v. EG-kommissionen; 31/3 1998. [1998] E.C.R. I-s. 1375.

Fall C-90/94: Haahr Petroleum Ltd v. Åbenrå Havn, Ålborg Havn, Horsens Havn, Kastrup Havn NKE A/S, N stved Havn, Odense Havn, Havn & Vejle Havn, & Traf; 17/7 1997. [1997] E.C.R. I-s. 4085. (cit Haahr Petroleum.)

Fall C-226/94: Grand garage albigeois S.A. m. fl. v. Garage Massol SARL; 15/1 1996. [1996] E.C.R. I-s. 651. (cit Garage Massol.)

Fall C-283, C-291–292/94: Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV & Voormeer BV v. Bundesamt für Finanzen; 17/10 1996. [1996] E.C.R. I-s. 5063. (cit Denkavit International.)

Fall C-309/94: Nissan France S.A. m. fl. v. Jean Luc Dupasquier du Garage Sport Auto m. fl.; 15/2 1996. [1996] E.C.R. I-s. 677. (cit Nissan v. Sport Auto.)

Fall C-28/95: A. Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/ Ondernemingen Amsterdam 2; 17/7 1997. [1997] E.C.R. I-s. 4161. (cit Leur-Bloem.)

Fall C-72/95: Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. v. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland; 24/10 1996. [1996] E.C.R. I-s. 5403. (cit. Kraaijeveld.)

Fall C-73/95: Viho Europe BV v. EG-Kommissionen; 24/10 1996. [1996] E.C.R. I-s. 5457. (cit Viho v. EG-kommissionen.)

Fall C-114/95 & C-115/95: Texaco A/S v. Middelfart Havn, Århus Havn, Struer Havn, Ålborg Havn, Fredericia Havn, Norre Sundby Havn, Hobro Havn, Randers Havn, Åbenrå Havn, Esbjerg Havn, Skagen Havn &Thybor n Havn & Olieselskabet Danmark amba v. Trafikministeriet, Fredericia Kommune, K ge Havn, Odense Havnev sen, Holstebro-Struer Havn, Vejle Havn, Åbenrå Havn, Ålborg Havnev sen, Århus Havnev sen, Frederikshavn Havn, Esbjerg Havn; 17/7 1997. [1997] E.C.R. I-s. 4263. (cit Texaco & Olieselskabet.)

Fall C-128/95: Fontaine SA, Garage Laval SA, Fahy SA, Renault Lyon Ouest FLB Automobiles SA, Diffusion Vallis Auto SA & Horizon Sud SA v. Aqueducs Automobiles SARL; 14/1 1997. [1997] E.C.R. I-s. 967. (cit. Fontaine v. Aqueducs Automobiles.)

Fall C-188/95: Fantask A/S e.a. v Industriministeriet (Erhvervministeriet); 2/ 12 1997. [1997] E.C.R. I-s. 6783. (cit Fantask v. Industriministeriet.)

Fall C-192/95 t.o.m. C-218/95: Société Comateb m. fl. v. Directeur général des douanes et droits indirects; 14/1 1997. [1997] E.C.R. I-s. 165. (cit Société Comateb.)

Fall C-39/96: Koninklijke Vereeniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels v. Free Record Shop BV & Free Record Shop Holding NV; 24/4 1997. [1997] E.C.R. I-s. 2303. (cit. KVB v. Free Record Shop.)

Fall C-178–179, C-188–190: Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans jurgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula & Trosten Knor v. Tyskland; 8/10 1996. [1996] E.C.R. I-s. 6417. (cit Dillenkofer.)
Fall C-126/97: Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton. Ännu ej avgjort.
Fall T-30/89: Hilti AG v. EG-kommissionen; 12/12 1991. [1991] E.C.R. II-s. 1439. (cit. Hilti.)
Fall T-24/90: Automec Srl v. EG-kommissionen;18/9 1992. [1992] C.M.L.R. s. 431. (cit Automec II.)
Fall T-28/90 Asia Motor France SA m. fl. v. EG-kommissionen; 18/9 1992. [1992] C.M.L.R. s. 431. (cit. Asia Motors France v. EG-kommissionen.)
Fall T-24/92 R & T-28/92 R: Langnese Iglo GmbH & Schöller Lebensmittel GmbH & Co KG v. EG-kommissionen; 8/5 1992. [1992] E.C.R. II-s. 1713. (cit. Langnese-Iglo v. EG-kommissionen.)
Fall T-37/92: Bureau Européen des Unions des Consommateurs & National Consumer Council v. EG-kommissionen; 18/5 1994. [1994] E.C.R. II-s. 285. (cit BEUC v. EG-kommissionen.)
Fall T-43/92: Dunlop Slazenger International Ltd v. EG-kommissionen; 7/7 1994.[1994] ECR II-441. (cit Dunlop/Slazenger.)
Fall T-66/92: Herlitz AG v. EG-kommissionen; 14/7 1994. [1994] ECR II-531. (cit Herlitz.)
Fall T-87/92: BVBA Kruidvat v. EG-kommissionen; 12/12 1996. [1996] E.C.R. II-s. 1931. (cit. Kruidvat.)
Fall T-24/93, T-25/93, T-26/93 & T-28/93: Compagnie maritime belge transports SA & Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. & Nedlloyd Lijnen BV v. EG-kommissionen; 8/10 1996. [1996] E.C.R. II-s. 1201. (cit Dafra-Lines A/S.)
Fall T-353/94: Postbank NV v. EG-kommissionen; 18/9 1996. [1996] E.C.R. II-s. 921. (cit. Postbank v. EG-kommissionen.)

EG-domstolen och förstainstansdomstolen (alfabetiskt efter cit.)

Förstainstansdomstolens domar identifieras genom ett "T" framför årtal inom parentes, t.ex "(T-1990).

ACF Chemiefarme (1970). Fall 41/69: ACF Chemiefarma NV v. EG-kommissionen; 15/7 1970. [1970] E.C.R. s. 661. 45

Ahlström m. fl. (1993). Fall C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 & C-125/85 t.o.m. C-129/85: A. Ahlström Osakeyhtiö m. fl. v. EG-kommissionen; 31/3 1993. [1993] E.C.R. I-s. 1307. 118

Ahmed Saeed (1989). Fall 66/86: Ahmed Saeed Flugreisen & Silver Line Reisebüro GmbH v. zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.; 11/4 1989. [1989] E.C.R. s. 803. 77, 78, 79, 80, 113

AKZO I (1986). Fall 53/85: AKZO Chemie BV & AKZO Chemie UK Ltd v. EG-kommissionen; 23/9 1986. [1986] E.C.R. s. 2585. 59

Almelo (1994). Fall C-393/92: Municipality of Almelo m. fl. v. NV Energiebedrijf Ijsselmij; 27/4 1994. [1994] E.C.R. I-s. 1477. 44, 51

Alsatel Novosam (1988). Fall 247/86: Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (Alsatel) v SA Novasam; 5/10 1988. [1988] 5987. 120

ANCIDES (1987). Fall 43/85: Associazione nazionale commercianti internazionali dentali e sanitari (Ancides) v. EG-kommissionen; 14/2 1985. [1987] E.C.R. s. 3131. 48, 58

Asia Motors France v. EG-kommissionen (T-1992). Fall T-28/90 Asia Motor France SA m. fl. v. EG-kommissionen; 18/9 1992. [1992] C.M.L.R. s. 431. 59

Atlanta (1995). Fall C-465/93: Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH m. fl. v. Bundesamt für Ernährung und Fortwirtschaft; 9/11 1995. [1995] E.C.R. 1995 I-s. 3761. 149

Automec II (T-1992). Fall T-24/90: Automec Srl v. EG-kommissionen;18/9 1992. [1992] C.M.L.R. s. 431. 58, 61, 82, 83, 122, 124, 128

Banks-fallet (1994). Fall C-128/92: H.J. Banks & Company Limited v. British Coal Corporation; 13/4 1994. [1994] C.M.L.R. s. 30. 131, 133, 138, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 158

Barber (1991). Fall C-262/88: Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group; 17/5 1990. [1990] E.C.R. I-s. 1889. 292, 408

Bayer v. Süllhöfer (1988). Fall 65/86: Bayer AG & Maschinenfabrik Hennecke GmbH v. Heinz Süllhöfer; 27/9 1988. [1990] 4 C.M.L.R. s. 182. 116, 119, 201, 202, 203, 204, 205, 209, 227, 249, 307

Béguelin (1971). Fall 22/71: Béguelin Import Co. m. fl. v. S.A.G.L. Import Export m. fl.; 25/11 1971. [1971] E.C.R. s. 949. 48, 112, 115, 146

Belasco (1989). Fall 246/86: S.C. Belasco m. fl. v. EG-kommissionen; 11/7 1989, [1989] E.C.R. s. 2117. 48, 408

BEUC (1991). Fall C-170/89: Bureau Européen des Unions de Consommateurs v. EG-kommissionen; 28/11 1991. [1991] E.C.R. I-s. 5709. 59

BEUC v. EG-kommissionen (T-1994). Fall T-37/92: Bureau Européen des Unions des Consommateurs & National Consumer Council v. EG-kommissionen; 18/5 1994. [1994] E.C.R. II-s. 285. 58, 59, 61

Bilger v. Jehle (1970). Fall 43/69: Brauerei A. Bilger Söhne GmbH v. Heinrich Jehle & Marta Jehle; 18/3 1970. [1970] E.C.R. s. 127. 74, 75, 76, 77, 82, 95, 104, 119, 291

BMW (1979). Fall 32/78 & 36–82/78: BMW Belgium S.A. m. fl. v. EG-kommissionen; 12/7 1979. [1979] E.C.R. s. 2435. 45, 122, 130

BNIC v. Aubert (1987) Fall 136/86: Bureau national interprofessionnel du cognac v. Yves Aubert; 3/12 1987. [1987] E.C.R. s. 4789. 56

BNIC v. Claire (1985). Fall 123/83: Bureau national interprofessionnel du cognac v. Guy Clair; 30/1 1985. [1985] E.C.R. s. 391. 41, 45, 46, 53

Bodson (1988). Fall 30/87: Corinne Bodson v. SA Pompes fun bres des régions libérées; 4/5 1988. [1988] E.C.R. s. 2479. 42, 51

Bosch (1962). Fall 13/61: Robert Bosch G.m.b.H. m. fl. v. Kleding-Verkoopbedrijf De Geus en Uitenbogerd; 6/4 1962. [1962] C.M.L.R. s. 1. 45, 73, 74, 78, 80, 82, 92, 95, 96, 120, 409

Brasserie du pêcheur & Factortame III (1996). Fall C-46/93: Brasserie du pêcheur v. Tyska staten, och fall C-48/93: The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame m. fl.; 5/3 1996. [1996] E.C.R. I-s. 1029. 151, 152, 161

Brasserie de Haecht I (1967). Fall 23/67: S.A. Brasserie de Haecht v. Consorts Wilkin-Janssen; 12/12 1967. [1967] E.C.R. s. 525. 45

Brasserie du pêcheur (1996). Se Brasserie du pêcheur & Factortame III (1996).

British Telecommunications (1996). Fall C-392/93: The Queen v. H.M. Treasury, ex parte: British Telecommunications plc; 26/3 1996. [1996] E.C.R. I-s. 6417. 151

BRT v. SABAM (1974). Fall 127/73: Belgische Radio en Televisie v. Societe Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs (S.A.B.A.M.) & N.V. Fonior, samt S.A.B.A.M. v. N.V. Fonior; 30/1 samt 24/3 1974. [1974] C.M.L.R. s. 238. 75, 76, 77, 78, 79, 83, 95, 98, 113, 114, 119, 146, 254

Bulk Oil (1986). Fall 174/84: Bulk Oil (Zug) AG v. Sun International Ltd & Sun Oil Trading Company; 18/2 1986. [1986] E.C.R. s. 559. 47

Butterfahrten (1981). Fall 158/80: Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH & Rewe-Markt Steffen v. Hauptzollamt Kiel; 7/7 1981. [1981] E.C.R. s. 1805. 123

Cabanis-Issarte (1996). Fall C-308/93: Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank v J.M. Cabanis-Issarte; 30/4 1996. [1996] E.C.R. I-s. 2097. 292, 408

Camera Care (1980). Fall 792/79: Camera Care Ltd v. EG-kommissionen; 17/1 1980. [1980] E.C.R. s. 119. 149, 150

Cementhandelaren (1972). Fall 8/72: Vereeniging Cementhandelaren v. EG-kommissionen; 17/10 1972.[1972] E.C.R. s. 977. 48

Centrafarm v. Sterling (1974). Fall 15/74: Centrafarm BV & Adriaan De Peijper v. Sterling Drug Inc.; 31/10 1974. [1974] E.C.R. s. 1147. 42

Comet (1976). Fall 45/76: Comet BV v. Produktschap voor Siergewassen; 16/12 1976. [1976] E.C.R. s. 2043. 149

Commercial Solvents (1974). Fall 6–7/74: Istituto Chemioterapico Italiano SpA & Commercial Solvents Corporation v. EG-kommissionen; 6/3 1974. [1974] C.M.L.R. s. 309. 47, 48, 125

Concordia (1977). Fall 47/76: Alexis de Norre & Martine, née de Clercq v. NVBrouwerij Concordia; 1 feb. 1977. [1977] E.C.R. s. 65. 45, 88, 119

Consten & Grundig (1966). Fall 56 & 58/64: Établissements Consten S.A.R.L. & Grundig-Verkaufs-GmbH v. EG-kommissionen; 13/7 1966. [1966] E.C.R. s. 299. 44, 45, 47, 48

Continental Can (1973). Fall 6/72: Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. v. EG-kommissionen; 21/2 1973. [1973] E.C.R. s. 215. 43

CRAM & Rheinzink (1984). Fall 29–30/83: Compagnie Royale Asturienne des Mines SA & Rheinzink GmbH; 28/3 1984. [1984] E.C.R 1679. 41, 46

Dafra-Lines A/S (T-1994). Fall T-24/93, T-25/93, T-26/93 & T-28/93: Compagnie maritime belge transports SA & Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. & Nedlloyd Lijnen BV v. EG-kommissionen; 8/10 1996. [1996] E.C.R. II-s. 1201. 51

De Bloos v. Bouyer (1977). Fall 59/77: Établissements A. De Bloos SPRL v. Société en Commandite par Actions Bouyer; 14/12 1977. [1977] E.C.R. s. 2359. 76, 88, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 119, 120, 445

de Haecht II (1973). Fall 48/72: Brasserie de Haecht v. Wilkin; 6/2 1973.[1973] E.C.R. s. 77. 45, 74, 75, 77, 83, 84, 93, 96, 97, 104, 112, 119, 292

Dekker (1990). Fall 177/88: Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingcentrum voor jong Volwassenen Plus; 8/11 1990. [1990] E.C.R. I-s. 3941. 133, 150

Delimitis (1991). Fall C-234/89: Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG; 28/2 1991. [1992] C.M.L.R. s. 210. 44, 45, 58, 82, 83, 85, 88, 92, 101, 104, 119, 120

Demo-Studio Schmidt (1983). Fall 210/81: Osvald Schmidt (Demo-Studio Schmidt) v. EG-Kommissionen; 11/10 1983. [1983] E.C.R. s. 3045. 58

Denkavit (1980). Fall 61/79: Amministrazione delle finanze dello Stato v. Denkavit italiana Srl; 27/3 1980. [1980] E.C.R. s. 1205. 149

Denkavit International (1996). Fall C-283, C-291–292/94: Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV & Voormeer BV v. Bundesamt für Finanzen; 17/10 1996. [1996] E.C.R. I-s. 5063. 151

Dillenkofer (1996). Fall C-178–179, C-188–190: Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans jurgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula & Trosten Knor v. Tyskland; 8/10 1996. [1996] E.C.R. I-s. 6417. 151

Dumortier Frères (1979). Fall 64 & 113/76, 167 & 239/78, 27, 28 & 45/79: P.Dumortier Frères m. fl. v. Rådet; 4/10 1979.[1979] E.C.R. s. 3091. 137

Dunlop-Slazenger (T-1994). Fall T-43/92: Dunlop Slazenger International Ltd v. EG-kommissionen; 7/7 1994.[1994] ECR II-441. 45

Dyestuffs (1972). Fall 49/69: Badische Anilin- & Soda-Fabrik AG v. EG-kommissionen; 14/7 1972. [1972] E.C.R. s. 217. 61

Eldi Records (1980). Fall 106/79: Vereeniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels m. fl. v. Eldi Records BV; 20/3 1980. [1980] E.C.R. s. 1137. 99, 101, 102

Emmot-fallet (1991). Fall C-208/90: Theresa Emmot v. Minister for Social Welfare m. fl.; 25/7 1991. [1991] C.M.L.R. s. 894. 153, 162, 288

Erauw-Jacquery (1988). Fall 27/87: SPRL Louis Erauw-Jacquery v. La Hesbignonne SC; 19/4 1988. [1988] E.C.R. s. 1919. 47, 119

Express Dairy Foods (1980). Fall 130/79: Express Dairy Foods v. Intervention Board for Agricultural Produce; 12/6 1980. [1980] E.C.R. s. 1887. 409

Faccini Dori (1994). Fall C-91/92: Paola Faccini Dori v. Recreb Srl; 14/7 1994. [1994] E.C.R. I-s. 3325. 150

Factortame II (1990). Fall C-213/89: The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame m. fl.; 19/6 1990. [1990] E.C.R. I-s. 2433. 149, 152

Fantask v. Industriministeriet (1997). Fall C-188/95: Fantask A/S e.a. v. Industriministeriet (Erhvervministeriet); 2/12 1997. [1997] E.C.R. I-s. 6783. 288

Fonderies Roubaix-Wattrelos (1976). Fall 63/75: S.A. Fonderies Roubaix-Wattrelos v. Société nouvelle des Fonderies A. Roux & Société des Fonderies JOT; 3/2 1976. [1976] E.C.R. s. 111. 82, 84, 87, 119, 121

Fontaine v. Aqueducs Automobiles (1997). Fall C-128/95: Fontaine SA, Garage Laval SA, Fahy SA, Renault Lyon Ouest FLB Automobiles SA, Diffusion Vallis Auto SA & Horizon Sud SA v. Aqueducs Automobiles SARL; 14/1 1997. [1997] E.C.R. I-s. 967. 123

Foster-fallet (1990). Fall C-188/89: A. Foster m. fl. v. British Gas plc; 12/7 1990. [1990] E.C.R. I- s. 3313. 153

Francovich (1991). Fall C-6/90: Francovich v. Italienska staten, och fall C-9/90 Bonifaci m. fl. v. Italienska staten; 19/11 1991. [1991] E.C.R. I-s. 5357. 150, 151, 152, 154, 156

Garage Massol (1996). Fall C-226/94: Grand garage albigeois S.A. m. fl. v. Garage Massol SARL; 15/1 1996. [1996] E.C.R. I-s. 651. 120, 123

Gebrüder Reiff (1993). Fall C-185/91: Bundesanstalt für den Gütenfernverkehr v. Gebrüder Reiff GmbH ; 17/11 1993. [1995] 5 C.M.L.R. s. 145. 200

GEMA (1979). Fall 125/78: GEMA, Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte v. EG-kommissionen; 18/10 1979. [1979] E.C.R. s. 3173. 59, 119

Greenwich Film Production (1979). Fall 22/79: Greenwich Film Production v. Societe des auteurs, compositeurs et editeurs de musique (SACEM) & Societe des edititions Labrador; 25/10 1979. [1979] E.C.R. s. 3275. 43, 52, 254

Guerlain (1980). Fall 253/78, och fall 1–3/79: Procureur de la République m. fl. v. Bruno Giry & Guerlain S.A. m. fl; 10/7 1980. [1980] E.C.R. s. 2327. 86, 94, 96

Haahr Petroleum (1997). Fall C-90/94: Haahr Petroleum Ltd v. Åbenrå Havn, Ålborg Havn, Horsens Havn, Kastrup Havn NKE A/S, N stved Havn, Odense Havn, Havn & Vejle Havn, & Traf; 17/7 1997. [1997] E.C.R. I-s. 4085. 288

Handelswekerij G.J. Bier BV v. Mines de Pottasse d'Alsace SA. Fall 21/76: Handelskwekerij G. J. Bier BV v Mines de potasse d'Alsace SA; 30/11 1976. [1976] E.C.R. s. 1735. 158

Hans Just-fallet (1980). Fall 68/79: Hans Just I/S v. Danska skatteministeriet; 27/2 1980. [1980] E.C.R. s. 501. 129, 149

Hasselblad (1984). Fall 86/82: Hasselblad (GB) Limited v. EG-kommissionen; 21/2 1984. [1984] E.C.R. s. 883. 45

Herlitz (T-1994). Fall T-66/92: Herlitz AG v. EG-kommissionen; 14/7 1994. [1994] ECR II-531. 45

Hilti-fallet (T-1992). Fall T-30/89: Hilti AG v. EG-kommissionen; 12/12 1991. [1991] E.C.R. II-s. 1439. 51, 61

Hoffman-La Roche (1979). Fall 85/76: Hoffman-La Roche & Co. AG v. EG-kommissionen; 13/2 1979.[1979] E.C.R. s. 461. 41, 43, 50, 51, 126

Hugin (1979). Fall 22/78: Hugin Kassaregister AB & Hugin Cash Registers Ltd v. EG-kommissionen; 31/5 1979. [1979] E.C.R. s. 1869. 47, 48

Hurd v. Jones (1986). Fall 44/84: Derrick Guy Edmund Hurd v. Kenneth Jones (Her Majesty's Inspector of Taxes); 15/1 1986. [1986] E.C.R. s. 29. 142

Hydrotherm (1985). Fall 170/83: Hydrotherm Gerätebau GmbH v. Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas; 12/7 1984. [1984] E.C.R. s. 2999. 42

Höfner & Elser (1991). Fall C-41/90: Klaus Höfner & Fritz Elser v. Macrotron GmbH; 23/4 1991 [1991] E.C.R. I-s. 1979. 41

IAZ-fallet (1983). Fall 96–102, 104, 105, 108 & 110/82: NV IAZ International Belgium m. fl. v. EG-kommissionen; 8/11 1983. [1983] E.C.R. s. 3369. 41, 46

ICI-fallet (1972). Fall 48/69: Imperial Chemical Industries Ltd v. EG-kommissionen; 14/7 1972. [1972] E.C.R. s. 619. 41

Inno v. ATAB (1977). Fall 13/77: SA G.B.-INNO-B.M. v Association des détaillants en tabac (ATAB); 16/11 1977. [1977] E.C.R. s. 2115. 201

Johnston-fallet (1986). Fall 222/84: Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary; 15/5 1986. [1986] E.C.R. s. 1663. 150

Kraaijeveld (1996). Fall C-72/95: Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. v. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland; 24/10 1996. [1996] E.C.R. I-s. 5403. 198, 212, 249, 434, 448, 468

Kruidvat (T-1996) Fall T-87/92: BVBA Kruidvat v. EG-kommissionen; 12/12 1996. [1996] E.C.R. II-s. 1931. 60, 88, 89, 129

KVB v. Free Record Shop (1997). Fall C-39/96: Koninklijke Vereeniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels v. Free Record Shop BV & Free Record Shop Holding NV; 24/4 1997. [1997] E.C.R. I-s. 2303. 93, 94, 95, 96, 98, 99, 101, 102

L'Oréal (1980). Fall 31/80: L'Oreal & l'Oreal S.A. v. De nieuwe A.M.C.K. Pvba; 11/12 1980. [1980] E.C.R. s. 235. 43, 45, 63, 82, 86, 88, 89, 120

Lancôme (1980). Fall 99/79: S.A. Lancôme & Cosparfrance Nederland BV v. Etos BV & Albert Heyn Supermart BV; 10/7 1980. [1980] E.C.R. s. 2511. 45, 82, 93, 96, 97, 98, 101, 120

Langnese-Iglo v. EG-kommissionen (T-1992). Fall T-24/92 R & T-28/92 R: Langnese Iglo GmbH & Schöller Lebensmittel GmbH & Co KG v. EG-kommissionen; 8/5 1992. [1992] E.C.R. II-s. 1713. 122

Leclerc v. Au blé vert (1985). Fall 229/83: Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc m. fl. v. SARL "Au blé vert" m. fl.; 10/1 1985. [1985] E.C.R. s. 1. 200

Leur-Bloem-fallet (1997) (C-28/95). Fall C-28/95: A. Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2; 17/7 1997. [1997] E.C.R. I-s. 4161. 233

Lomas (1996). Fall C-5/94: The Queen & Ministry of Agriculture, Fisheries and Food v. Hedley Lomas (Ireland) Ltd; 23/5 1996. 151

Lucas Asjes-fallet (1986). Fall 209–213/84: Ministere Public v. Lucas Asjes m. fl.; 30/4 1986. [1986] C.M.L.T. s. 173. 75, 77, 78, 79, 80, 81, 95, 201

Lucazeau v. SACEM (1989). Fall 395/87: Ministere Public v. Jean Louis Tournier & Jean Verney, och fall 241–242/88: Francois Lucazeau v. Societe des Auteurs, compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) v. Xavier Debelle & Christian Soumagnac; 13/7 1989. [1991] C.M.L.R. s. 248. 254

Marcel Rochas v. Bitsch (1970). Fall 1/70: Parfums Marcel Rochas Vertriebs-GmbH v. Bitsch; 30/6 1970. [1971] C.M.L.R. s. 104. 94, 101, 120, 121, 474

Marshall II (1993). Fall C-271/91: M. H. Marshall v. Southhampton and South West Hampshire Area Health Authority; 2/8 1993. [1993] 3C.M.L.R. s. 293. 150, 151

Marty (1980). Fall 37/79: Anne Marty S.A. v. Estée Lauder S.A.; 10/7 1980. [1980] E.C.R. s. 2481. 62, 77, 96, 97, 99, 146

Maschinenbau Ulm (1966). Fall 56/65: Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH30/6 1966. [1966] E.C.R. s. 235. 45, 102, 112, 115

Metro I (1977). Fall 26/76: Metro SB-Gro märkte GmbH & Co. KG v EG-Kommissionen; 25/10 1977. [1977] E.C.R. s. 1875. 37, 50, 58, 59

Metro II (1986). Fall 75/84: Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v. EG-kommissionen; 22/10 1986.[1986] E.C.R. s. 3021. 47, 49

Metro v. Cartier (1994). Fall C-376/92: Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v. Cartier SA; 13/1 1994. [1994] 5 C.M.L.R. s. 331. 122, 403

Michelin (1983). Fall 322/81: NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. EG-kommissionen; 9/11 1983.[1993] E.C.R. s. 3461. 50, 51, 52

Miller (1978). Fall 19/77: Miller Internationalen Schallplatten GmbH v. EG-kommissionen; ½ 1978. [1978] E.C.R. s. 131. 45

Nissan v. Sport Auto (1996). Fall C-309/94: Nissan France S.A. m. fl. v. Jean Luc Dupasquier du Garage Sport Auto m. fl.; 15/2 1996. [1996] E.C.R. I-s. 677. 120, 123

NSO (1985). Fall 260/82: Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie v. EG-kommissionen; 10/12. [1985] E.C.R. s. 3813. 42, 44

Nungesser (1982). Fall 258/78: L.C. Nungesser KG & Kurt Eisele v. EG-kommissionen; 8/6 1982. [1982] E.C.R. s. 2015. 45, 47

Parfym-fallen (1980). Se Lancôme, Guerlain samt Marty (1980). 64, 91, 96, 98, 100

Peterbroeck (1995). Fall C-312/93: Peterbroeck, Van Campenhout & Cle SCS v. Belgiska staten; 14/12 1995. [1995] E.C.R. I-s. 4599. 196, 197, 201, 249

Portelange (1969). Fall 10/69: S.A. Portelange v. S.A. Smith Corona Marchant International m. fl.; 9/7 1969. [1969] E.C.R. s. 309. 82, 92, 93, 94, 97, 119

Postbank v. EG-kommissionen (T-1994). Fall T-353/94: Postbank NV v. EG-kommissionen; 18/9 1996. [1996] E.C.R. II-s. 921. 60

Pronuptia (1986). Fall 161/84: Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis; 28/1 1986. [1986] E.C.R. s. 353. 47, 119

Remia (1985). Fall 42/84: Remia BV m. fl. v. EG-kommissionen; 11/7 1985.[1985] E.C.R. s. 2545. 46, 47, 48

Rewe (1976). Fall 33/76: Rewe-Zentralfinanz eG & Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland; 16/12 1976. [1976] E.C.R. s. 1989. 149

Salgoil-fallet (1968). Fall 13/68: SpA Salgoil v. Italian Ministry for Foreign Trade; 19/12 1968. [1968] C.M.L.R. s. 453. 441

San Giorgio (1983). Fall 199/82: Amministrazione delle Finanze dello Stato v. SpA San Giorgio; 9/11 1983 . [1983] E.C.R. s. 3595. 149

Simmenthal-fallet (1978). Fall 106/77: Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal S.p.A.; 9/3 1978. [1978] E.C.R. s. 629. 146, 149, 152

Smanor S.A. (1988). Fall 298/87: "Proceedings for compulsory reconstruction against Smanor SA"; 14/7 1988. [1988] E.C.R. s. 4489. 201

Société Comateb (1997). Fall C-192/95 t.o.m. C-218/95: Société Comateb m. fl. v. Directeur général des douanes et droits indirects; 14/1 1997. [1997] E.C.R. I-s. 165. 137, 138

Stichting Sigarettenindustrie m. fl. (1985) Fall 240–242, 261, 262, 268 & 269/82: v. EG-kommissionen; 10/12 1985. [1985] E.C.R. s. 3831. 42, 201

Suiker Unie (1975). Fall 40–48, 50, 54–56, 111, 113 & 114–73: Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA m. fl. v. EG-kommissionen; 16/12 1975. [1975] E.C.R. s. 1663. 41, 51

Texaco & Olieselskabet (1997). Fall C-114/95 & C-115/95: Texaco A/S v. Middelfart Havn, Århus Havn, Struer Havn, Ålborg Havn, Fredericia Havn, Norre Sundby Havn, Hobro Havn, Randers Havn, Åbenrå Havn, Esbjerg Havn, Skagen Havn &Thybor n Havn & Olieselskabet Danmark amba v. Trafikministeriet, Fredericia Kommune, K ge Havn, Odense Havnev sen, Holstebro-Struer Havn, Vejle Havn, Åbenrå Havn, Ålborg Havnev sen, Århus Havnev sen, Frederikshavn Havn, Esbjerg Havn; 17/7 1997. [1997] E.C.R. I-s. 4263. 288

United Brands (1978). Fall 27/76: United Brands Company & United Brands Continentaal B.V. v. EG-kommissionen; 14/2 1978.[1978] E.C.R. s. 207. 50, 52

V. A. G. (1986). Fall 10/86: V.A.G. France SA v. Etablissements Magne SA; 18/12 1986. [1988] C.M.L.R. s. 98. 116, 119

van Gend & Loos (1963). Fall 26/62: N.V. Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der Belastingen; 5/2 1963. [1963] C.M.L.R. s. 1. 70, 148

Van Schijndel (1995). Fall C-430/93: Jeroen van Schijndel v. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, och fall 431/93: Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten; 14/12 1995. [1995] E.C.R. I-s. 4705. 180, 196, 197, 198

Verband der Sachversicherer (1988). Fall 45/85: Verband der Sachversicherer v. EG-kommissionen; 27/1 1987. [1987] E.C.R. s. 405. 53

Verholen (1991). Fall C-87/90, C-88/90 och C-89/90: A. Verholen v. Sociale Verzekeringsbank, T.H.M. van Wetten-van Uden v. Sociale Verzekeringsbank och G.H. Heiderijk v. Sociale Verzekeringsbank; 11/7 1991. [1991] E.C.R. I-s. 3757. 129

Viho v. EG-kommissionen (1996). Fall C-73/95: Viho Europe BV v. EG-Kommissionen; 24/10 1996. [1996] E.C.R. I-s. 5457. 42

Windsurfing (1986). Fall 193/83: Windsurfing International Inc. v. EG-kommissionen; 25/2 1986.[1986] E.C.R. s. 611. 44

Volvo v. Veng (1988). Fall 238/87: Volvo v. Erik Veng; 5/10 1988; [1989]4C.M.L.R. s. 122. 122, 425, 445

von Colson (1984). Fall 14/83: Sabine von Colson & Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen; 10/4 1984. [1984] E.C.R. s. 1891. 144, 145

Woodpulp Cartel (1993). Se Ahlström m. fl. (1993). 94

Völk v. Vervaecke (1969). Fall 5/69: Franz Völk v. S.P.R.L. Ets J. Vervaecke; 9/7 1969. [1969] E.C.R. s. 295. 43

Zuckerfabrik-fallen (1991). Fall C-143/88: Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG v. hauptzollamt Itzehoe, och fall C-92/89: Zuckerfabrik Soest GmbH v. Hauptzollamt Paderborn; 21/2 1991. [1991] E.C.R. I-s. 415. 149

Svenska domstolar

NJA 1906 s. 273 324
NJA 1939 s. 662 182
NJA 1948 s. 138 191
NJA 1957 s. 470 307, 308
NJA 1957 s. 689 180, 182, 332
NJA 1963 s. 612 294, 300
NJA 1964 s. 41 414
NJA 1964 s. 396 309, 312
NJA 1966 s. 325 371
NJA 1970 s. 299 266
NJA 1972 s. 181 371
NJA 1972 s. 243 332
NJA 1973 C 28 371
NJA 1973 C 240 371
NJA 1974 s. 295 312
NJA 1975 s. 115 265, 266
NJA 1975 s. 505 309
NJA 1975 s. 507 180, 306, 308, 309, 312, 368
NJA 1976 s. 282 132
NJA 1976 s. 289 353, 414
NJA 1977 s. 189 316
NJA 1977 s. 618 169, 172, 333
NJA 1979 s. 715 266
NJA 1980 s. 352 169, 176, 353
NJA 1981 s. 496 371, 373
NJA 1981 s. 1188 243, 244
NJA 1982 s. 210 316, 317, 326, 328, 329, 330, 331, 335, 336, 337
NJA 1982 s. 69 169
NJA 1983 s. 378 362
NJA 1984 s. 733 172
NJA 1986 s. 187 323, 324, 372
NJA 1986 s. 205 181, 186, 190, 258, 259
NJA 1986 s. 741 259, 351, 352, 353
NJA 1986 s. 747 190
NJA 1987 s. 167 190, 259, 261
NJA 1987 s. 243 180, 182

NJA 1987 s. 450 414, 418, 426
NJA 1987 s. 766 403
NJA 1987 s. 845 272
NJA 1988 C 182 414
NJA 1989 s. 614 177, 180, 183, 381
NJA 1989 s. 768 270, 272
NJA 1989 s. 843 363, 364, 379
NJA 1990 C 9 309, 318
NJA 1990 s. 241 319, 326
NJA 1990 s. 617 353, 411, 414, 426
NJA 1992 s. 299 210, 224, 257, 270
NJA 1992 s. 717 114, 206, 260, 270
NJA 1993 s. 13 133, 180, 183
NJA 1993 s. 189 120
NJA 1993 s. 319 191, 193, 258
NJA 1993 s. 331 335, 362
NJA 1993 s. 645 372
NJA 1994 s. 7 353, 411, 414, 426
NJA 1994 s. 23 169, 170, 171, 172, 173, 175, 308, 401, 404, 405, 411
NJA 1994 s. 628 316, 319, 326
NJA 1995 s. 41 416, 417
NJA 1995 s. 571 416
NJA 1995 s. 610 169, 170, 171, 172, 175, 401, 404, 405, 411
NJA 1996 C 81 384
NJA 1997 s. 93 257, 261, 271, 272
NJA 1998 s. 99 260, 261

RH 1988:130 257
RH 1990:71 366, 404, 414
RH 1993:26 271
RH 1993:70 358
RH 1995:27 414
RH 1996:112 244, 414
RH 1997:75 323, 372

Svea Hovrätt 1997-02-19 (mål T 864/96). 271
Sundsvalls Tingsrätt 1994-11-25 (mål T 559/94). 116
Stockholms Tingsrätt 1993-10-11 (mål T 7–358/92 Kvaerner mot Ahlström). 20

Andra nationella domstolar

Skottland

British Wool Marketing Board v. King. O.H. 26/7 1993. GWD 1994 37–367. 122

Irland

Leanport Ltd m. fl. v. Southern Chemicals m. fl. High Court 15/88 1988. E.C.L.R. 1989 s. 350. 122
HB Ice Cream v. Masterfood (Mars). High Court 28/5 1992. 4E.C.L.R. 1992 s. 111. 122

Belgien

SA Odiac v. SA General Electronic (Cour d'Apell 25/5 1989, 1990 JT s. 46). 162

s.a. Club c. s.a. Agence et messageries de la presse et arts, Comm. Bruxelles 15/11 1982. Journal des Tribunaux 1983 s. 101. 125

Pex v. Peters-Lacroix (1973). 122

Belparfrance v. Assetwatch (1990). 120

Luxemburg

Tribunal du Commerce (Brasserie Henry Funck v. Kieffer) i Luxemburg 8/12 1960 (Pasicrisie Luxembourgeoise XVIII, 553). 71

Frankrike

Basset v. SACEM (Cour de Cass. 8/11 1989, 1990 RIDA s. 328). 162

Soc. La Brocherie v. SACEM (Cour de Cass. 29/1 1991, 1991 RIDA s. 120) 162

Sàrl Pompes Funèbres Saint-Nicolas (Cour de Cass. 20/3 1990, Dalloz Jur. s. 387). 162

Sàrl le Montelan v. SACEM (Cour de cassation 14/5 1991, 1991-Revue International du Drot d'Auteur, s. 131). 162

SACEM v. Le Chinatown (Cour de Cassation 1e civ 10/3 1993; 1994-II JCP 22213). 162

England

Ransburg-Gema AG m. fl. v. Electrostatic Plant Systems Ltd m. fl.; High Court (Ch.D.) 15/2 1989. [1989] 2C.M.L.R. s. 712. 119

Waterlow Directories v. Reed Information Services (Ch. D. 1/10 1990, 1992 FSR s. 409). 162

Shearson Leaman Hutton Inc. and others v. Maclaine Watson & Co Ltd and others. English High Court, Q.B.D. (Commercial Court)16/3 1989; 3C.M.L.R. 1989 s. 429. 162

Inntrepreneur Estates Ltd v. Mason. English High Court, Q.B.D. 11/3 1993; [1993] 2C.M.L.R. s. 293. 100

MTV Europe v. BMG Records (English High Court 25/3 1994). 254

Holland

Otto Versand m fl v. Westen van den Sigtenhorst m fl Hoge Raad 13/12 1991; NJ 1992 s. 2431. ECLR 1992 s. 275. 121

Malibu Travel Inc. v. KLM. District Court Amsterdam (25/8 1988 376KG1988). 77

Comprifalt BV m. fl. v. Compri Aluminium m. fl; Hoge Raad 24/2 1989. Nederlandse Jurisprudentie 1989 Nr. 551 s. 2013. 119

Tyskland

Oberlandsgericht 2U 93/88, 28/6 1989, 1990 GRUR s. 60. 162
BGH 21/2 1989 119
1989 GRUR Int. 119
Container Service. WuW 1981 s. 55. 122

Italien

Pozzi Richard v. SNAM. 1982 E.C.L.R. s. 319. 122

Sakordsregister

Accessoriska frågor 171 f., 172 n., 301 f.
- och samma processhinder 338
Allmänna intressen
- och indispositiva moment 186, 350, 470
- och officialprövning 220
Alternativyrkanden 404 ff.
- och materiell processledning 411 f.
Ancillary restraints 46 f.
Anhängiggörande av mål
- publikt 175 n., 188, 219
Anmälningsplikt 83 n.
Anmärkningsskrivelse 60 f.
Avtal
- anmälan av 56 f.
- anslutnings- 57, 93 f.
- avseende återbärings-omöjliga prestationer 275, 279 f.
- distributions- 119
- gamla 57, 93
- horisontala 44
- i strid med legala förbud 206, 269 ff.
- indrivningsverksamhet 261
- klart ej konkurrens-begränsande 233 f.
- kopplade 213
- licens- 119, 121, 280
- *manifestly illegal* 199
- med otillbörligt syfte 210, 257 f., 261 f.
- nya 291 f.
- om människosmuggling 271
- om överlåtelse av hyresrätt 271 f.
- sexuella tjänster 261
- som medför förpliktelser för tredje man 120 f.
- standard- 101
- varaktiga 118 f.
- vertikala 44
- villkorad giltighet 92, 291 f.
- återkommande prestationer 279
Avtalsfrihet 184 f.
Avvisning
- av yrkande om skadestånd p.g.a. brott mot konkurrensbegränsande avtal 205 f.
- av yrkande om uppfyllelse av konkurrensstridiga avtals-villkor 205
- av återgångsyrkanden 257, 270
- beviskrav 251
- vid otillåtna yrkanden 257 f., 261
- vid processhinder 472 f.
Avvisningsbeslut
- underlåtet 350 n.
- och alternativa rättsfakta 332
- och efterföljande fastställelse-dom 335 f.
- felaktigt 359 f.
- preklusionsverkan 316 f., 330 f.
- rättskraft 8.3
- vid återvinning i konkurs 319

Begäran om förhandsavgörande, se *Förhandsavgörande*
Betydelse för utgången 357, 364 ff.
Bevis
- domens preklusion av 179
- nya 9.3.2, 179, 333, 334, 338
Bevisbörda 138, 241, 247
Bevisning
- förebringande av 178 f.
- förebringande av i indispositiva mål 185
- om utländsk rätt 410
Beviskrav 241, 247, 262 f.
- vid avvisning 251
- vid indispositiva moment 246
- vid officialföreläggande 247 f.
Bevissvårigheter 162
- och *eurodefence* vid patentintrång 215 n.
Bevisverkan 171, 309 f., 376 n.

Civilrätt och marknadsrätt 130 n., 470
Comfort letter 62 f., 86 f.
- överklagande 64 f.
- publicering av 64 f.
- verkan av 86 f.
- och villkorad giltighet 97 ff.
- och rättssäkerhet 98
- verkan mot tredje man 99

Da mihi factum, dabo tibi jus 180
Decentralisering 82
Dilatorisk brist 323 f.
- och efterföljande avtal 325 f.
Direkt effekt 142
- gruppundantagsförordningar 66, 87 f.
Dispositionsbörda 169, 176
- och officialprövning 188
Dispositionsfrihet 169
- över rättsanvändningen 182
- rättspolitisk motivering 183 ff.
- materiell och processuell förfoganderätt 5.3.3, 184, 206, 219 f.
- och avtalsfrihet 184 f.
- och indispositiva moment 185 f.
- rättslig komedi 189 n.
- över konkurrensreglerna 397 ff.
- och materiell processledning 412 f.
- och legala förbud 260
Dispositionsprincipen kapitel 5
- och ÄRB 166 n.
- funktioner 167
- Ekelöfs definition 167
- äldre definition 167, 183
- och det materiellt riktiga rättsläget 169
Dispositiva mål
- och indispositiva moment 186
Domen
- preklusionsverkan 168 f., 179
- prejudicerande verkan 173 ff., 305
- prejudicerande verkan mot tredje man 446
- prejudikatverkan 299 f., 318
- civilrättslig verkan 173
Dominerande ställning 50 f.
- kollektivt innehav och missbruk av 51
- exploitative abuse of 52
- exkluderande missbruk av 52
Domstolsdisciplin 345 f., 365
Domvilla 415 f.
- processens terminatoriska och inkvisitoriska funktion 345 f.
- domstolsdisciplin 345 f., 365
- de kvalificerade förutsättningarna 9.2.3
- annat grovt rättegångsfel 362
- giltig ursäkt 362 ff.
- påverkan på utgången 364 ff.

– tidsfrister 369
– och processhinder 357 f.
Dubbla exekutionstitlar 310 n.

Effektiv konkurrens 36 f.
Eftergift 180 f.
– och indispositiva moment 219
EG-domstolen
– behörighet att medge undantag 87
EG-kommissionen
– exklusiv kompetens att tillämpa artikel 85(3) 3.4, 55, 80 n., 82
– bevissäkring 55
– anhängiggöra ärende vid 58
– överklagande av beslut av 59, 60
– passivitetstalan 59 n., 62
– förlikning 62
– utveckling av konkurrenspolitik 80, 82 f.
– motverka disintegrerande tillämpning 72, 83, 211
EG-rätt och nationell processrätt 227
– hantering av specifika frågor 195
– och skillnad mellan rättegångsfel och rättstillämpning 349 f.
– som tillämpning av utländsk rätt 410
– hanteringsmässiga nackdelar 413
– jura novit curia 432 f.
EG-rättens företräde
– och 33 § konkurrenslagen 141 ff.
Ekonomisk enhet 41 f., 51
Enskilda rättsförhållanden
– och offentligrättsliga regleringar 130
– krav på lagstöd för reglering 143
– och rättsutveckling 292 f.
Erkännande 179
– uppenbart oriktigt 179
– och indispositiva moment 219
Eurodefence 119 f.
Extraordinära rättsmedel
– skillnad mellan rättegångsfel och oriktigt avgörande 347 ff.
– motbevisning och motfakta 368
– vid underlåten rättslig kvalificering 436 ff.

Facta supervenientia
– den relevanta tidpunkten 319 f.
– och krav på rättslig betydelse 320, 325
– utvidgning av kommunal kompetens 326
– ny konkurs 326
– och rättskraftens objektiva begränsning 330
– och resning 336
– och påståendedoktrinen 320 f., 323 f.
Fastställelsedom
– förhållande till efterföljande fullgörelsetalan 302
– grund för resning av stadfästelsedom 307
– resningsgrund 339, 375 ff.
– efter avvisningsbeslut 335 f.
Fastställelsetalan 257
– oriktigt medgiven 259 f.
– och förlikningsavtal 306 f., 309
Fel forum 440 f.
Felaktig bevisvärdering 376
Felaktig rättstillämpning 9.3.3, 183, 292
– som rättegångsfel 348 f.
– gränsen mot rättegångsfel vid förbiseende av indispositiva moment 354 f., 357, 382, 386 ff.
– uppenbarhetsrekvisitet 376, 385
– och materiellt oriktig dom 380 f.

– förbiseende av konkurrensfakta 381 f.
– åsidosätta "lag" 383 f.
– och förhandsavgörande 385 ff.
– tidpunkt för bedömning 387 f.
Forumshopping 157 f.
Fri bevisprövning 179
Fullgörelsedom
– förhållande till efterföljande fastställelsetalan 302, 338 f., 444
– förhållande till efterföljande fullgörelsetalan avseende annan rättsföljd 302 f.
Förbudsdom
– förhållande till efterföljande skadeståndstalan 303 f.
– förhållande till efterföljande fastställelsetalan 304 f.
– prejudicialverkan *ex nunc* 305
Förbudstalan 122
– tredje mans rätt 123 f.
– funktion 147 f.
Företag
– små och medelstora 44 n.
– ekonomisk enhet 41 f.
Företagssammanslutningar
– beslut av 41
Förfoganderätt
– materiell och processuell 5.3.3, 184, 206, 219 f.
Förhandlingsmaximen *se förhandlingsprincipen*
Förhandlingsprincipen 166
Förhandsavgörande
– när artikel 85(3) är tillämplig 87
– ej ovillkorligt i sista instans 387
– och rättsutveckling 231, 232
– och osäkert konkurrensbegränsande avtal 231 f.
– strikt tillämpning av artikel 177 232 f.
– klart ej konkurrensstridiga avtal 234
– och partsintressen 234, 433 f.
– obligatoriskt i alla instanser vid officialprövning 235 f., 386 f.
– på tidigt stadium 236
– retroaktiv verkan 292
– och jura novit curia 10.5.2
– i dispositiva mål 439 f.
– och felaktig rättstillämpning 385 ff.
– vid officialprövning 234
– och vilandeförklaring 263 f.
Förlikningsavtal 181, 358
– och ickeangreppsklausuler 201 f.
– och svek 202
– konkurrensbegränsande 202
– EG-rättens syn på konkurrensstridiga 205
– och negativ fastställelsetalan 306 f., 309
– förhållande till stadfästelsedom 431
– och jura novit curia 430
– och verkställighet 310 n.

Gamla avtal
– och immunitet mot böter 97
Genomdrivande
– av klart rättsstridiga avtal 199
– hinder för icke konkurrensstridiga avtal 239 f.
Genomdrivbarhet av EG-rättsliga anspråk
– formel 196
– och inhemska preklusionsregler 196 ff.
– och fakultativa nationella processregler 198, 212, 227
Giltig ursäkt 357, 362 f., 364, 377 ff., 388 f., 402 ff., 415 f.
differentierad tillämpning 379 f., 419 f.
och materiell processledning 403 ff.

Gruppundantagsförordningar 2.6, 3.5
- direkt effekt 66, 87 f.
- svarta och vita listan 66
- opposition procedure 66 f.
- restriktiv tolkning 88
- och individuella undantagsbeslut 90 f.
- och nationell rätt 122 f.

Hearing 61 f.
Hyresrätt 271 f.
Händelseförlopp
- fristående 177
Ickeangreppsklausuler 201 f.
Indispositiva moment
- svårupptäckta 186
- i det allmännas intresse 186, 350, 470
- i tredje mans intresse 186, 260
- dolda 222 ff.
- förvärv av lantbruksegendom 223
- och RB:s regler 226 n.
- två grupper 236 f.
- försäljning av fast egendom 237
- beviskrav 246
- och civilprocessens dispositiva karaktär 256
- processhinder eller officialfakta 7.4
- förvärv av fastighet 258
- förvärv av hyresfastighet 259
- och ABL:s låneförbud 260
- och erkännande 219
- konkurrensbegränsande avtal 222

Indispositiva mål 185
- och indispositiva moment 185
- kommersiella avtal 186
- förlikningskriteriet 221
- gråa och schackrutiga 221 f.
- och konkurrensbegränsande avtal 222
- och kravet på giltig ursäkt 364

Indispositivitet
- civilrättslig betydelse 190 f.
- processuell betydelse 190
- begreppsligt problem 191
- utgå ifrån civilrättsliga regler 191 ff., 471
- teleologisk bedömning 192 f.
- utomobligatoriska rättsförhållanden 214 f.
- som materiellt bifallshinder 9.2.1
- både materiellt och processuellt moment 350

Informationsbörda 224, 237
- och konkurrensbegränsande avtal 238 f.
- omkastad 239

Informationsproblemet
- vid officialprövning 231 f., 237 ff.
- vid kollusion 238
- bristande ekonomiska och praktiska förutsättningar 238
- begäran till EG-kommissionen 238

Inhibition 313, 431
Interimistiska åtgärder 149
- i förfarandet vid EG-kommissionen 149 f.

Intervenient 59 f.

Jura novit curia 180, 432 f.
- förbud mot rättslig omkvalificering 197, 428 f.
- officialtillämpning av rättsregler 229 f.
- officialtillämpning när rättsfrågan är oklar 231
- vid tillämpning av lagvalsregler 410 f. n.
- och materiell processledning 411
- alternativ rättslig kvalificering 10.5

– och förlikning 430
– och statisk rättsbildning 431 ff.
– och fel forum 440 f.
– och förhandsavgörande 10.5.2
Jurisdiktion 47 n., 56 n., 78 n.
Jämkning 277

Klagande 58 f.
Klandergrund
– konkurrensbegränsande skiljedom 204
Klassiska läran 166
Koherens
– mellan officialprövning och begäran om förhands-avgörande 234
Kollusion 238
– och indispositiva moment 224
– fiktiva tvister 202
– mot tredje man 186
– skenprocesser 209
Kommissionsbeslut
– och villkorad giltighet 95 ff.
– prejudicialverkan av 86, 88 ff.
– tidsåtgång 86, 98 f.
Kompensation 148
Koncernförhållanden 42, 51, 120 f.
Konkurrensbegränsande avtal 233 f.
– bevisbörda och beviskrav vid officialprövning 241, 247
– beviskrav 262 f.
– indispositiva moment 222
– informationsproblemet vid officialprövning 231 f.
– och jämkning 277
– och rättsskipningens anseende 261 f., 273
– otillbörliga avtal 210, 257 f., 261 f.
– skäl för återgång av prestationer 276 ff.
– som processhinder 251
– avvisning av skadeståndsyrkande 205 f.
– uppfyllelse av avtalsvillkor 205
– och skiljedom 204
Konkurrensbegränsningar 46
– EG-kommissionens strikta syn på 46
– naturliga 44 f.
– och skiljeförfarande 203 f.
– ordre public 198 ff.
– sak- och rättsfrågor 253
– som förutsättning för officialföreläggande 254 f.
– undantag 90 f.
– effektiva 118 f.
Konkurrensfakta 177 n., 381 f.
– i domskälen 356
Konkurrensklausuler 119
Konkurrensreglerna
– avsaknaden av process- och sanktionsregler 107 f., 129
– "tillbörlighetsnormer" 210
– begränsningar i sakligt hänseende 2.2.6
– decentraliserad tillämpning 72 f., 127 f., 211 f.
– direkt effekt i brottmål 78 f.
– direkt effekt kapitel 3,
– EG-kommissionens kontroll över tillämpningen 72, 211
– harmonisering av privaträttsliga konsekvenser 111
– i vertikala rätts-förhållanden 153 n.
– ideologi 35
– integrationsmålet 37 f.
– komplett och konsistent tillämpning 81 f.
– och bevissvårigheter 162
– och enskilda rättigheter 106 f., 146 f.
– och nationell konkurrensrätt 91
– och nationell lagstiftning 42 n., 200 f.
– och *remedies* 107, 146 f.

– och rätt till kompensation 148
– osäkert innehåll 231
– parallell tillämpning av 46 n., 104 f.
– skälighet 38
– sociala hänsyn 38
– ändamål och rättskraftsverkan 294
– ändamål 2.2.1, 147, 363, 470
Konkurrensskada 132
– i kontraktsförhållanden 135
– kausalitet 136, 155 f.
– medverkan eller samtycke 136
– och principen om obehörig vinst 138 f.
– *passing on-invändning* 137 ff.
– skadeberäkning 137, 150 n., 155
– utomobligatorisk 135 f.
Konkurs 319, 326
Kontradiktorisk civilprocess 170
Kontraheringsrätt 124 ff.
– enligt konkurrenslagen 125
– funktion 147 f.
Kontraheringsyrkanden 122, 213
Kumulation
– dold 171 n.
Lagvalsregler 410 f. n.
Legala förbud 206
– civilrättsliga konsekvenser 206, 213 f.
– och civilrättslig dispositionsfrihet 260
– och negativ fastställelsetalan 257
– och ogiltighet 114
– pactum turpe 117, 207

Legitimate interest 58
Leveransvägran 122
Likabehandlingsprincipen
– och direkt effekt 142
– och konkurrensreglerna som legala förbud 206
– och krav på effektiva sanktioner 140 f., 144 f.
– och obligatoriska nationella officialprövningsregler 198
– jura novit curia och förhandsavgörande 434
– och skadestånd 140
Litispendens 174 n.

Marknadsekonomisk ideologi
– och dispositionsfrihet 184
Materiell processledning 10.4, 471
– grovt rättegångsfel 353
– vid dolda indispositiva moment 244
– och rättsvillfarelse 408
– förebygga motstridiga regleringar 409
– och alternativa grunder 412 f.
– underlåten 10.4.2
– och jura novit curia 411
Materiellt berättigade subjekt 126 ff.
– avgränsning av personkategorier 128 f.
– avgränsning vid skadestånd 134 f.
– och effektivt rättsskydd 128
– och talerätt vid EG-kommissionen och EG-domstolarna 127
Materiellt oriktig dom 380 f.
– orsaker till 347 f.
– och korrekt rättstillämpning 380
Medgivande 180 f., 189, 310, 358
– framkallat genom svek 306
– EG-rättens syn på konkurrensstridigt 205
– kollusivt 258 f.
– och indispositiva moment 219
– oriktigt 259 f., 313
Medverkan 136
Medvållande 136

Missbruk av dominerande ställning 51
Motbevisning 265 f., 368
Motfakta 176 n., 368
– betydelse vid extraordinär prövning 364 ff., 473
Motstridiga avgöranden 200, 444 ff.
– vid tillämpning av artikel 85 85, 88, 100
Multiple actions 157
Myndigheterna i medlemsstaterna 54, 55, 73, 104 n.
– och nationella domstolar 73 ff.
Människosmuggling 271
Märkbar effekt (överenskommelser av mindre betydelse) 43 f.
– på samhandeln 48

Nationell lagstiftning 42 n., 91, 200 f.
Nationella domstolar
– behörighet att tillämpa artikel 85 81
– behörighet på områden utanför Förordning 17/62 79 ff.
– halv behörighet 3.4
– konkurrensrättslig och ekonomisk kompetens 156 f.
– och artikel 9(3) i Förordning 17/62 73 ff., 85
– skyldighet att tillämpa artikel 85 84
Negativattester 56
– och villkorad giltighet 96 f.
– prejudicerande verkan av 90
Negative clearance, *se negativattester*
Non-interference 197
Nya omständigheter
– innebörd 326 ff.
– konkurrensfakta 330
– och avvisningsbeslutets preklusionsverkan 328 f.
– och resning av avvisningsbeslut 329
Näringsförbud 257

Obehörig vinst 138 f.
– vid återgång 275, 278, 280
Offentligrättsliga regleringar 130
Officialavgörande
– begränsad rättskraft 315
Officialfakta 187
– formföreskrifter vid fastighetsköp 259
– materiella bifallshinder 189
– och RB 59:1 st 1 p 1 351 f.
Officialföreläggande 228, 241 f., 254 f.
– och beviskrav 247 f.
– de lege ferenda 252
– och preklusionssanktion 242, 246 f.
– stupstocksföreläggande 244 f.
– vid bristfällig stämningsansökan 243
Officialintressen 186 f.
– konkurrensreglerna 199
– skydd genom talerättsregler 187
Officialprövning 7.1.1, 188 f.
– allmänintresse 220
– av EG-regler 196 f.
– EG-krav vid tillämpning av konkurrensreglerna 201, 249 f.
– inkvisitoriskt syfte 236
– krav på klarhet 224 f.
– och extraordinära rättsmedel 9.1.2
– och förhandsavgörande 231, 234, 235 f., 386 f.
– och krav på lagstöd 227 ff., 242 f., 248 f.
– och partsintresset 187 f., 253 f.
– och vilandeförklaring 250, 264 f.
– underlåten 8.2
– vid misstänkt konkurrensbegränsande avtal 218 f.

– vid osäkerhet på rättsfrågeplanet 253
– och grovt rättegångsfel 358
– och informationsproblemet 237 ff.
– ny, fortsatt eller uppskjuten huvudförhandling 252
– komplettering av utredningen 252
Officialprövningssituationer 214
Officialtillämpning av konkurrensreglerna
– behov av begränsad rättskraftsverkan 331 f.
– någorlunda materiellt riktig 238, 314 f., 344 f.
– när rättsfrågan är oklar 233
– och informationsbörda 238 f.
– och utredningsskyldighet 245 f.
– på rättsfrågeplanet 230
– vid misstanke 251 f.
Ogillande
– vid ogrundat käromål 243 f., 258, 261
– vid utevaro 258, 261
– vid yrkanden i strid med indispositivt moment 258 f.
Ogiltighet av konkurrensbegränsande avtal 4.2, 109 f., 205 f.
– och licensavtal 121
– "null and void" 112
– absolut ogiltighet 112
– alternativa genomdrivningsmekanismer 211 f.
– billighet se också *skälighet* 210 f.
– funktion 147 f.
– hel och partiell ogiltighet 116
– incitament till kontraktsbrott 208
– ineffektivitet vid brott mot artikel 86 113, 117 f.
– moment i saken 235
– motivering till 113
– nationell domstols behörighet 112
– och artikel 86 113 f.
– och dispositionsfrihet 207 f.
– och ej konkurrensbegränsande avtalsvillkor 216
– och eurodefence 119 f.
– och förhållandet mellan EG-rätt och svensk rätt 112 f., 113 f.
– och återgång 7.6, 116 f., 268 f.
– retroaktiv verkan 112, 269
– stark ogiltighet 114
– verkan *ex nunc* 268 f.
– ändamål se också *motivering* och *funktion* 208
– spekulation 208 f.
Ogiltighet
– terminologi 114 n.
– och legala förbud 114
Ogiltighetstalan
– av tredje man 121 f.
Omständigheter
– preklusion av 176, 287 f., 371, 374 f., 402 ff.
– efterkommande, se *Facta supervenientia*
– ex officio beaktande av 188
– facta supervenientia 318 ff.
– föreliggande 326
– förbisedda 348, 353
– konkurrensrättsliga rättsfakta 177 n.
– kumulativa 333
– ny lagstiftning 299
– nya 8.3.2, 9.3.2
– och rättsgrund 177 n., 332
– rättslig betydelse för yrkandet 179 f.
– som avviker från prognos 328 n.
– som blivit kända under rättegången 327
– som inte tidigare förebringats 327
– som inte tidigare åberopats 327

– som inträffat under rättegången 327
Ordre public 198 ff.
se också officialintressen och public interest
Oriktig officialtillämpning
– felaktig bevisvärdering 347
– felaktig rättstillämpning 347

Pactum turpe 117, 207
Parallel conduct 41
Parallell tillämpning 46 n., 85 f., 104 f.
Partsdispositioner 169 f.
– genom förlikningsavtal 189
– lojala respektive illojala 186
– mot eget intresse 209
– och domstolens rättsliga bedömning 180
– positivt handlande 181
– verkan i processen 181 f.
Partsintresset
– och officialprövning 187 f., 253 f.
Passing on 137 ff.
– bevisbördan för 138
– och indirekta köpare 139 n.
– och obehörig vinst 138
Patentintrång 214
Peremtorisk brist 325
Perfekt konkurrens 36
Personkategorier
– materiellt saklegitimerade (se *materiellt berättigade subjekt*)
Potentiell konkurrens 45
Prejudikatbildning
– och rättskraft 300 f., 318
– och rättsosäkerhet 300
Preklusionsregler
– i belgisk skatteprocess 197
– i horisontala rättsförhållanden 289
– i vertikala rättsförhållanden 288
– intraprocessuella 196 f., 219, 401 f.
– nationella 196 ff., 292
– obligatoriska 197
– och EG-anspråk 196 ff.
Preklusionsverkan *se också Rättskraft*
– av stadfästelsedom 308
– avseende ej åberopade omständigheter 287 f., 371, 374 f., 402 ff.
– vid underlåten officialprövning 8.2.1
– av rättsgrunder 429, 435 f.
– av avvisningsbeslut 316 f., 330 f.
– domens 168 f., 179
Preskription 170, 292
Prestationer
– omöjliga att återbära 275, 279 f.
– återkommande 279
– återgång av 276 ff.
Processen
– terminatorisk och inkvisitorisk funktion 345 f.
Processhinder
– avskaffande 256
– beviskrav 243
– som självständiga "saker" 334 f.
– som självständiga konkurrensrättsliga tvistefrågor 338 f.
– indispositiv prövning 359
– och accessoriska frågor 338
– och domvilla 357 f.
Processkostnader 174 f.
Processregler
– differentierad tillämpning 352
– utanför RB 349
Processuell autonomi 108, 200
Processändamål
– inkvisitoriskt 345
– terminatoriskt 293, 299, 301, 345, 378
Pro-competitive goal 46 f.
Provisorisk giltighet *se villkorad giltighet*

Public interest se också official-intressen och ordre public 199
Påståendedoktrinen
– och facta supervenientia 320 f., 323 f.
– och res judicata 321 f.
Påverkan på konkurrensen
– det ideala marknads-tillståndet 45
– det rättsliga och ekonomiska sammanhanget 45

Relevant marknad 43
Ren förmögenhetsskada
– allmän ersättningsprincip 133
– allmänt 132 f.
– 33 § konkurrenslagen 133 ff.
Reparationsmekanismer 110 f.
Resning 9.3, 292, 416 ff.
– av avvisningsbeslut 316 n., 357
– förutsättningar för 312 f.
– p.g.a. efterföljande fastställelse-dom 337, 372 ff., 471 f.
– processens terminatoriska och inkvisitoriska funktion 345
– vid ogiltigt förlikningsavtal 312
– och efterföljande omständig-heter 336, 372
– tidsfrister 9.3.4, 378, 420
– vid underlåten rättslig kvalificering 437 ff.
Restitutionsrätt 149
Retroaktivitet
– regleringsteknik på ecklesiastikområdet 296 f.
Rättegångsfel 347 ff., 414, 418
– annat grovt 352 f., 362
– avhjälpande 352, 353 n.
– svårbedömt vid indispositiva moment 353 n.
– underlåten begäran om förhandsavgörande 356
Rättigheter 106 f., 146 f.
– av reflektiv natur 148 n.
– och medlemsstaternas skadeståndsansvar 152
– och processföremål 297 f.
Rättsbildning se *Rättsutveckling*
Rättsfakta se också omständigheter
– abstrakta och konkreta 182
– konkurrensrättsliga se *konkur-rensfakta*
– alternativa 332
Rättsföljder
– förhållandet mellan EG-rätt och svensk rätt 123
Rättsgrund
– alternativ 183
– förbiseende av 183
Rättskraft
– domslutet utgångspunkt för 297
– kvalitativt skilda men avhängiga rättsföljder 175
– kvalitativt skilda rättsföljder 172
– kvantitativt skilda rättsföljder 175
– och accessoriska frågor 8.2.2, 171 f., 172 n.
– och efterföljande prejudikat 299 f., 318
– och ej framställda yrkanden 401 f.
– och kvalitativt skilda samt obe-roende rättsföljder 174 f.
– och medgivande 310
– och motfakta 176 n.
– och prejudiciella frågor 174
– och processens terminatoriska ändamål 293, 299, 301, 378
– och samma sak 172
– och supplerande moment 307
– positiv, *se också Domen – preju-dicerande verkan* 298, 310, 321, 333
– som materiellt rättsfaktum 322 f.
– subjektiv begränsning till parterna 187 f.

– vid konkurrensstridighet som dispositivt moment 290
– vid parallella förfaranden 85 f.
– och domstolens sakliga behörighet 440 f.
– och motstridiga regleringar 444 ff.
– och tredje man 445
– och påståendedoktrinen 321 f.
– och facta supervenientia 330
Rättskraftsverkan
– och underlåten officialprövning 289
– av stadfästelsedom 307
– begränsad p.g.a. flera läror 289
– EG-rättens oklara innehåll 289
– skäl för begränsad 290 f.
– skäl för vidsträckt 291 ff., 344
– när konkurrensreglerna är dispositiva 399
Rättsskipningen
– respekten för 207, 261 f., 270, 273
Rättsskipningsnormer 228
Rättssäkerhet 98, 366
Rättstillämpning 347 ff.
Rättsutveckling 231, 232, 292 f., 431 ff.
Rättsvillfarelse 152 ff., 288, 408 f.

Saken 169 n., 171, 312 n., 319
– förhållandet mellan RB 13:3 och 17:11 171 n.
– och accessoriska frågor 301 f.
– och avvisningsbeslutets rättskraft 8.3.3
– och ny rättslig kvalificering 175 n., 406
– samma sak men fel forum 441
Saksammanhang
– väsentlig förändring 177
Samarbete mellan företag 41
Samhandel
– påverkan på 47 f.
– vid missbruk av dominerande ställning 52
Samordnat förfarande 41
Samtycke 136
Sexuella tjänster 261
Självansvarighet 170, 184
Skadestånd
– culpa 133 f.
– avgränsning av berättigade subjekt 134 f.
– avgränsning av ersättningsskyldiga subjekt 136 f., 157
– förhållandet mellan EG-rätt och svensk rätt 134
– generellt vid överträdelser av EG-regler 150
– harmonisering 155, 157 f.
– incitament till konkurrensbevakning 156
– modifikation av svenska regler 145, 146, 158
– och "fairness" 149 n.
– och allmän rätt till enskild kompensation 148 f.
– och EG:s skadeståndsansvar 155
– och gemenskapsintresset 148 n.
– och konsumenter 134 f.
– och kravet på likabehandling 4.8, 131
– och principen om medlemsstaternas skadeståndsansvar 151 f., 154
– punitivt 158
– skadetyper 132
– vid anspråk av liknande natur 140
– vid överträdelser av direktiv om likabehandling i arbetslivet 144 f., 145, 150
– vid överträdelser av konkurrensreglerna 4.6, 110 f.
– förutsättning för rättsskydd 4.9, 131
Skenprocesser 209

Skiljedom 204
Skiljeklausul 318
Skälighet 38
Sociala hänsyn 38
Spekulation 297, 444
SSNIP-test 43
Stadfäst förlikning, *se också förlikningsavtal*
– *judicial act* 204
Standardavtal 101
Statement of Objections se Anmärkningsskrivelse
Stupstocksföreläggande 244 f.
Subsidiaritet 82
Sufficient interest 61
Supplerande moment 307, 309
Svek 202
Särskiljbarhet
– av konkurrensbegränsande avtalsvillkor 102, 112
– och hel respektive partiell ogiltighet 115 f.

Talan
– väckande 170
– ändring och justering av 401 ff.
Tidsfrister 369
Tillämpningsbestämmelserna 2.3, 70, 77 f.
– relevans för nationell domstols behörighet 71 f.
Tredje man
– och comfort letters 98
– och förbudstalan 123 f.
– och indispositiva moment 186, 260
– och kollusion 186
– och rättskraft 445
Tredjemansavtal 120 f.
Tredskodom 181
Trygghet
– vinnande partens 174, 291, 299

Undanröjande 357
Undantag 90 f.
– civilrättslig verkan av oppositionsundantag 203
Underlåten materiell processledning
– grovt rättegångsfel 414, 418
– och domvilla 415 f.
– rättegångsfel 415 f., 418
– och resning 416 ff.
– kriteriet "grov konkurrensstridighet" 422 f.
– hypotetiskt partshandlande 423 ff.
– kriteriet "klar konkurrensstridighet" 425 ff.
Underlåten rättslig kvalificering 436 ff.
Underlåten officialprövning
– dolda indispositiva moment 347
– förbiseende 347
– grovt rättegångsfel 353
– och processens terminatoriska och inkvisitoriska funktion 346
– orsaker till 353 f.
– och medgivande 358
– och vitsordande 358
– och förlikning 358
– och utevaro 358
Undersökningsprincipen 166
Uppenbarhetsrekvisitet 376, 385
Utevaro
– och indispositiva moment 219, 358

Vatten- och avloppsnämnd 319
Verkställighet
– av förlikningsavtal 310 n.
– av prejudiciella fullgörelseförpliktelser 311 f.
– av supplerande moment 309
– inhibition av 313, 431
Vilandeförklaring 7.5
– analogisk tillämpning 263 f.
– fråga i annan rättegång 263 f.
– för att framtvinga bevisning 266 f.

– för inhämtande av information från EG-kommissionen 267
– och begäran om förhandsavgörande 263 f.
– utrymme för motbevisning 265 f.
– vid varaktigt hinder 264
– vid officialprövning 250, 264 ff.
Villkorad giltighet 3.6, 57 f.
– term 92 n.
– och rättssäkerhet 92 f.
– förutsättningar för 93 f.
– verkan av 94
– upphörande 94 ff.
– och beslut av nationell myndighet 94 f.
– och comfort letters 97 ff.
– och motstridiga avgöranden 100
– och efterföljande avtalsmodifikationer 100 ff.
– och standardavtal 101
– ändring av branschstadgar 101 f.
– och särskiljbara modifikationer 101
– och kommissionsbeslut 95 ff.
– och negativattester 96 f.
Vitsorda 181
– prejudiciella rättsförhållanden 310
– vid indispositiva moment 219, 358
Väsentlighetsrekvisitet 51

Yrkanden
– brottsliga eller otillbörliga handlingar 257 f., 261
– ram för processen 297
– alternativa 401 f., 404 ff.
– om återgång 257, 270

Åberopande
– av rättsregler 180, 429
– insatt i rättsligt sammanhang 356 n., 404, 429 n.
– underlåtet 290
Åberopsbördan 176
– indispositiva mål 185
– avseende dispositiva moment 219
Återförvisning 350, 405 f.
Återgång 116 f., 276 ff.
– av pokerinsats 270 f.
– av vederlag för hyresrätt 271
– av vederlag för människosmuggling 271
– huvudregel vid ogiltighet *ex tunc* 269
– och hävning av avtal 273 f.
– och ogiltighetens effektivitet 273
– och partiell ogiltighet 277
– och värdeersättning 274, 277, 279 f.
– praktiska svårigheter 275, 280
– vid otillåtna avtal 269 ff.
Återgångsförbud
– reciprokt 275
– ensidigt 278
Återgångsyrkanden 257, 270
Återvinningstalan 274 f., 278
– rättskraft av avvisningsbeslut 319

Ändamålsavvägning *se också intresseavvägning*
– och rättsreglernas funktion 234

Som titeln anger behandlar boken tillämpningen av EG-rättsliga regler i den svenska civilprocessen, och särskilt om problem i mötet mellan EG:s konkurrensregler och den dispositionsprincip som präglar civilprocessen. Boken innehåller en beskrivning av EG:s konkurrensregler, konkurrensreglernas verkan på det nationella planet samt reglernas civilrättsliga konsekvenser i Sverige. I detta sammanhang diskuteras frågor rörande ogiltighet, återbäring, förbudstalan, kontraheringsplikt m.m. Vidare inrymmer framställningen en genomgång av ett antal civilprocessuella institut. Frågan om konkurrensreglerna skall hanteras som dispositiva eller indispositiva tas upp, liksom frågor om rättskraft, domens prejudiciella verkan, officialprövning, processuella preklusionsregler, extraordinära rättsmedel, materiell processledning, begäran om förhandsavgörande m. fl.

Denna bok är inte intressant enbart för den som sysslar med både civilprocess och konkurrensrätt. Boken kan snarare vara användbar för personer verksamma inom något av ämnena processrätt, konkurrensrätt och civilrätt. Varje kapitel avslutas med en längre sammanfattning och boken innehåller ett tämligen omfartande sakordsregister.

Författaren är verksam vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet.

UPPSALA UNIVERSITETSBIBLIOTEK
16000 002193192

ISSN
0282-2040

ISBN
91-7678-398-7