

STOCKHOLMS UNIVERSITET
Juridiska fakulteten
Examensarbete VT-2002
Handledare : Nils Wahl

KONKURRENSRÄTTSLIG OGILTIGHET

EN STUDIE OM FÖLJDAVTAL, OGILTIGHET VID MISSBRUK AV
DOMINERANDE STÄLLNING SAMT ÅTERGÅNGSPROBLEMATIKEN I
KONKURRENSRÄTTEN

Foad Hoseinian

Till mor och far

Förord

Att sammanställa källförteckning sittandes på ett kontor intill Nybrokajen när den svenska sommaren nalkas utgör, har jag förnummit, en prövning i självdisciplin. Självt utsatte jag, som frågvis uppsatsstipendiat med sena vanor, medarbetarna på Gernandt & Danielsson Advokatbyrå för prövningar i tålmod. Jag ber att få tacka och buga för stipendiet och det vänliga bemötandet. Ett särskilt tack vill jag framföra till advokaterna Christer Danielsson och Anders Lundin, som tagit sig tid att läsa ett första utkast och bidragit med upplyftande synpunkter. Särskilt tack skall även riktas till min handledare, professor Nils Wahl, som initierat problemformuleringarna i uppsatsen samt hjälpt mig ur ett flertal återvändsgränder. Den person vars tid jag upptagit mest av alla är jur. kand. Thomas Ander. Till honom och till advokat Kenny Carlsson står jag i djup tacksamhetsskuld. Dessa har under hela examensarbetets gång frikostigt ställt upp med att besvara mina funderingar, lyssna på mina resonemang och föra gemensamma diskussioner. Vidare har de kontinuerligt bidragit med värdefulla tips och idéer, vilket både underlättat mitt arbete och fört det framåt.

Skulle framställningen på något sätt bringa minsta uns av ökad klarhet kring frågorna om konkurrensrätlig ogiltighet är det ovan nämnda personers förtjänst. Tillkortakommanden och felaktigheter skall däremot tillskrivas mig allena och ingen annan.

Stockholm i maj 2002

Foad Hoseinian

Innehållsförteckning

Förord.....	1
Innehållsförteckning.....	2
Förkortningar.....	4
1. Inledning	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte	6
1.3 Metod	7
1.4 Avgränsning	7
1.5 Disposition	7
DEL I.	9
2. Ogiltighetens innebörd samt dess tidsmässiga och materiella räckvidd för det konkurrensbegränsande avtalet	10
2.1 EG-rätten	10
2.2 Svensk rätt.....	14
2.2.1 Svensk civilrätt om resterande delar av ett konkurrensbegränsande avtal.....	16
2.3 Sammanfattning och tänkbara konsekvenser	19
3. Det förbjudna konkurrensbegränsande avtalets verkningar på följdavtal.....	24
3.1 Drabbas följdavtal av ogiltighet automatiskt ?.....	25
3.1.1 Har följdavtals automatiska ogiltighet grund i EG-rätten ?	26
3.1.2 Har följdavtals automatiska ogiltighet grund i den svenska Konkurrenslagen ?	28
3.1.3 Har följdavtals automatiska ogiltighet grund i den svenska civilrätten ?	29
3.2 Följdavtal är a priori att betrakta som giltiga	32
3.2.1 Förbjudna konkurrensbegränsande avtals verkningar på följdavtal faller utanför EG-rätten	32
3.2.2 Förbjudna konkurrensbegränsande avtals verkningar på följdavtal faller utanför den svenska Konkurrenslagen.....	37
3.2.2.1 Anbudskartellscititet.....	38
3.2.2.1.1 Förarbetena till KL skall tillerkännas mindre värde än förarbeten i allmänhet.....	38
3.2.2.1.2 Anbudscititet saknar intentionsdjup	39
3.2.2.1.3 Anbudscititet är förmodligen behäftat med en felaktig hänvisning	40
3.2.2.2 Skadeståndsresonemanget.....	44
3.2.3 Följdavtal är a priori giltiga enligt den svenska civilrätten.....	45
3.3 Sammanfattning och kommentarer	49
4. Avtalets eventuella återgång till följd av konkurrensrättslig ogiltighet	51
4.1 EG-rätten	51
4.2 Svensk rätt.....	55
4.2.1 Återgång i allmänhet i svensk rätt.....	55

4.2.2 Återgång till följd av konkurrensbegränsande samarbete ?	57
4.3 Sammanfattning	63
DEL II.....	64
5. Ogiltighet vid missbruk av dominerande ställning.....	65
5.1 Konkurrensrättslig ogiltighet till följd av missbruk av dominerande ställning.....	65
5.1.1 EG-rätten	65
5.1.2 Svensk rätt.....	68
5.2 Avtalets eventuella återgång till följd av missbruk av dominerande ställning	75
DEL III.	77
6. Ogiltighet till följd av företagskoncentrationer.....	78
6.1 EG-rätten	78
6.2 Svensk rätt.....	83
Summering	85
Källor och litteratur	86
Åberopad litteratur.....	86
Åberopade rättsfall	89
Åberopade kommissionsbeslut.....	91
Offentligt tryck.....	91

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingars på förmögenhetsrättens område
Art.	Artikel
CMLR	Common Market Law Reports
Ds	Departementsserien
ECR	European Court Reports
EEC	European Economic Community
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EG	Europeiska gemenskaperna
EG-domstolen	Europeiska gemenskapernas domstol
EGT	Europeiska gemenskapernas tidning
EU	Europeiska unionen
Förstainstansrätten	Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt
HD	Högsta domstolen
JB	Jordabalken
JV	Joint-venture
Kap.	Kapitel
KL	Konkurrenslag (1993:20)
KoncF	Europeiska unionens råds förordning om kontroll av företagskoncentrationer
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
Rfo	Europeiska unionens råds förordning
SOU	Statens offentliga utredningar
ÄKL	Konkurrenslag (1982:729)

Eh! Ne connoît-on pas les effets du monopole? S'il décourage ceux qu'il écarte, ne sait-on pas qu'il rend moins habiles ceux qu'il favorise? Ne sait-on pas que tout ouvrage dont on éloigne la libre concurrence, sera fait plus chèrement et plus mal? *

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Inom nationalekonomin härskar tesen att effektiv konkurrens mellan aktörerna på marknaden är en förutsättning för att samhällets resurser skall kunna tillvaratas optimalt. Övertygade om riktigheten i denna tes har många länder utarbetat konkurrensrättsliga system. I Sverige utgörs detta system av bestämmelserna i Konkurrenslagen från 1993 samt den direkta effekten av art. 81 och art. 82 (tidigare art. 85 och art. 86) i Romfördraget.

Konkurrensrätten kan delas in i två delar, en offentligrättslig och en civilrättslig. Inom den offentligrättsliga delen har Europeiska kommissionen och Konkurrensverket till uppgift att övervaka efterlevnaden av, och eventuellt beivra överträdelser av art. 81 och art. 82 respektive bestämmelserna i KL. Den civilrättsliga delen består av två sanktioner. Dels ogiltigförklaras förbjudna samarbetsavtal, dels kan överträdelser av konkurrensrätten generera skadeståndsskyldighet.

Konkurrensrättens offentligrättsliga del har hitintills – till skillnad från den civilrättsliga delen - tilldragit sig stor uppmärksamhet bland näringsliv, doktrin och praxis.¹ Där finns det följaktligen en omfattande mängd litteratur och rättsfall att tillgå. I takt med att det

* Revolutionspolitikern och prästen Sieyès, influerad av upplysningen, använde bl.a. konkurrenssteori som samhällsnyttoargument när han i debatten som föregick den franska revolutionen slog ett slag för de oprivilegierade. (Sieyès, Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers état?*, s. 122.)

¹ Under 1997 inkom 286 ansökningar om icke-ingripandebesked eller undantag till Konkurrensverket. (Konkurrensverkets årsredovisning 1997, s. 11.) Yrkanden om ogiltighet eller skadestånd med anledning av överträdelser av konkurrensrätten framställdes under perioden 1 juli 1993 till 31 december 1996 i endast *sju* mål. (SOU 1997:20 s. 192.)

”konkurrensrättsliga medvetandet” ökar hos näringslivet är det emellertid sannolikt att tvister rörande konkurrensrättslig ogiltighet och konkurrensskadestånd blir mer frekventa. Den förväntade utvecklingen speglas av det faktum att rättsvetenskapen på senare tid visat ökat intresse för konkurrensrättens civila sida. Torbjörn Andersson undersökte 1999 EG-rättens konkurrensregler ur ett civilprocessrättsligt perspektiv.² En processrättslig utgångspunkt intog även Michael Hellner när denne i sin doktorsavhandling från 2000 kartlade konkurrensrätten ur ett internationellt privaträttsligt perspektiv.³ Kort därefter kom det materiella i förgrunden, dels genom publiceringen av Nils Wahls grundliga studie av skadeståndsansvar vid överträdelse konkurrensrätten⁴, dels genom att EG-domstolen den 20 september 2001 meddelade ett förhandsavgörande rörande just konkurrensskadestånd.⁵

1.2 Syfte

Såsom titeln avslöjar är syftet med förhandenvarande examensuppsats att uppmärksamma den andra civilrättsliga sanktionen, *ogiltigheten*. Själva begreppet ogiltighet för omedvetet tankarna till 3:e kapitlet i AvtL, d.v.s. den civilrättsliga ogiltigheten som syftar till att parterna emellan - reglera eventuella oegentligheter vid avtalsslutandet. Uppsatsförfattaren försöker inledningsvis att - från 3:e kapitlet AvtL - avskilja och avgränsa en *konkurrensrättslig ogiltighet*. I övrigt har framställningen till uppgift att klargöra följande.

- 1) Följdavtalens status.
- 2) Huruvida även missbruk av dominerande ställning är sanktionerat med ogiltighet.
- 3) Hur återgångsproblematiken bör lösas vid konkurrensrättslig ogiltighet.

Vid sidan av allmänna resonemang och slutledningar framläggs i föreliggande uppsats konkreta lösningar på hur olika problem skall angripas. Ogiltighet i samband med konkurrensrätten utgör emellertid i mångt och mycket obruten mark. Därför är det påpassligt att redan här inflika en brasklapp. Det stundom kategoriska språkbruket till trots,

² Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen*.

³ Hellner, Michael, *Internationell Konkurrensrätt*.

⁴ Wahl, Nils, *Konkurrensskada*.

⁵ Mål C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd and Others* [2001] ECR I-6297. För ett utomordentligt bra examensarbete om konkurrensskadestånd i allmänhet och *Courage*-fallet synnerhet, se Levinsohn, Martin, *Skadestånd inom konkurrensrätten*.

skall läsaren betrakta de framförda resonemangen och lösningarna som anspråkslösa *förslag* till vad som utgör gällande rätt och ingenting annat.

1.3 Metod

Utgångspunkten är att problemen skall betraktas ur ett EG-rättsligt/konkurrensrättsligt perspektiv, helt enkelt därför att det är konkurrensrätten som stipulerar den nu studerade ogiltigheten. Som anfördes ovan råder det emellertid inget överflöd på material som behandlar konkurrensrättens civila sida. De uppmärksammade problemen kommer därför att angripas på följande sätt. Först redogör uppsatsförfattaren för innehållet i de knapphändiga konkurrensrättsliga rättskällorna – lagtext, praxis, förarbeten till KL samt doktrin. Av redogörelsen dras sedan systematisk-logiska slutsatser. Om och när dessa slutsatser inte räcker till för att besvara frågeställningarna används en teleologisk metod. Utifrån ett antaget ändamål med konkurrensrättslig ogiltighet resoneras kring vilken lösning som bäst överensstämmer med det förmodade syftet. Slutligen, efter det att en ”konkurrensrättslig lösning” tagit form, undersöks huruvida lösningen är förenlig med gällande svensk civilrätt.

1.4 Avgränsning

Fokus är riktat mot det materiella varför inga processuella frågor (talerätt etc.) berörs. Som kommer att framgå av den fortsatta framställningen överlämnar EG-domstolen mycket av frågorna kring ogiltighetens rättsföljder till de inhemska rättsordningarna att avgöra. För svensk del är det således - i praktiken - ointressant vad andra EU-länders rättsordningar stadgar om konkurrensrättslig ogiltighet. Av den anledningen företas ingen komparativ studie.

1.5 Disposition

Arbetet är indelat i tre delar, vilka följer de tre förbuden. Del I behandlar således konkurrensbegränsande samarbete, del II behandlar missbruk av dominerande ställning och del III företagskoncentrationer. Det undersökande och analyserande arbetet sker huvudsakligen i del I, därav dess omfattning gentemot de övriga delarna.

Framställningarna rörande missbruk av dominerande ställning och företagskoncentrationer bygger i stora delar på slutsatser från del I.

DEL I.

Konkurrensbegränsande samarbete

2. Ogiltighetens innebörd samt dess tidsmässiga och materiella räckvidd för det konkurrensbegränsande avtalet⁶

Art. 81.1 och 6 § KL förbjuder avtal mellan två eller flera företag som har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden eller om avtalen ger ett sådant resultat. Förbjudna avtal förklaras ogiltiga enligt konkurrensrätten. Därav följande tre frågeställningar.

- 1) Vad är innebörden av konkurrensrättslig ogiltighet?
- 2) Från vilken tidpunkt verkar konkurrensrättslig ogiltighet?
- 3) I vilken utsträckning blir hela avtalet ogiltigt till följd av existensen av konkurrensbegränsande villkor?

Avsnitt 2.1 presenterar slutsatser från EG-domstolens avgöranden medan avsnitt 2.2 återger gällande inhemsk rätt. I avsnitt 2.3 sammanfattas rättsläget och några tänkbara praktiska konsekvenser påpekas.

2.1 EG-rätten

Den EG-rättsliga jurisprudensen har tillskrivit ogiltigheten i art 81.2 en **innebörd** av absolut karaktär. Detta innebär, enligt EG-domstolen, att konkurrensbegränsande avtalsvillkor inte har någon rättsverkan mellan parterna och kan inte heller göras gällande i förhållande till tredje man.⁷ Mycket pekar dessutom mot att EG-rättens konkurrensregler överhuvudtaget, och därmed även art. 81.2, i praktiken bör uppmärksammas ex officio av nationella domstolar.⁸

⁶ Till skillnad från tidigare råder det numera ingen större osäkerhet kring dessa frågor varför framställningen medvetet är korthuggen. För ett grundläggande (svenskt) arbete om utvecklingen av dessa frågor se Stenberg, Hans, *Studier i EG-rätt*. Främst avhandlingens tredje del.

⁷ Mål 22/71 *Béguelin Import Co. and Others v. S.A.G.L. Import Export and Others* [1971] ECR 949, punkt 1 i domslutet, på s. 963. För upprepning av den absoluta karaktären bl.a. mål 319/82 *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v. Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG* [1983] ECR 4173, grund 11 i domskälen, på s. 4184.

⁸ Se mål C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd and Others* [2001] ECR I-6297, grund 22 i domskälen. Se vidare mål C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV* [1999] ECR I-3055. EG-domstolen slog fast att en skiljedom som inte beaktat EG-rättens konkurrensregler kan komma att ogiltigförklaras om dess tillämning strider mot nämnda regler. Fallet har kommenterats av Gustafson & Hoet, *Eco Swiss-målet: några kommentarer*, s. 84 ff. Före domens avkunnande har Torbjörn Andersson i en studie ingående behandlat EG:s konkurrensregler och den svenska dispositionsprincipen. En central slutsats hos Andersson är att överträdelse av konkurrensregler bör uppmärksammas ex officio av domstolarna, åtminstone när överträdelserna tar sig uttryck i avtal, när det är

Tidpunkten för ogiltighetens verkan preciserades av EG-domstolen 1973. Domstolen avkunnade att

”... nullity is ... capable of having a bearing on all the effects, either past or future, of the agreement or decision. Consequently, the nullity provided for in article [81.2] *is of retroactive effect*” [kursivering tillagd].⁹

Ergo: när ett avtal bedöms strida mot art 81.1 får ogiltigheten i art 81.2 effekt, inte från datumet för beslutet utan redan från avtalets tillkomst.¹⁰ För fullständighetens skull, men med risk att förvirra den oinvigde, skall det paradoxala nämnas att tidpunkten för ogiltighetens *inträdande* eventuellt kan skilja sig från tidpunkten då ogiltigheten verkar. Inträdandet av ogiltigheten skall som huvudregel ske automatiskt.¹¹ Det innebär i princip att nationella domstolar är skyldiga att förklara varje, inför dem åberopat, konkurrensbegränsande avtal som ogiltigt oberoende av när ett kommissionsbeslut tas om avtalets konkurrensbegränsande effekt. Denna skyldighet gäller emellertid inte alla avtal. Ibland kan domstol tvärtom vara *provisoriskt* skyldig att bistå med rättsmedel för avtalets verkställighet. Det begrepp som används är provisorisk eller villkorad giltighet. Avtal som åtnjuter provisorisk giltighet kan förklaras ogiltiga av nationell domstol först sedan EG-kommissionen eller nationella myndigheter bedömt avtalet och upphävt dess provisoriska immunitet. Det skiljs mellan notifieringspliktiga/icke notifieringspliktiga avtal, gamla/nya avtal samt tillträdesavtal.¹² Oavsett dessa distinktioner kvarstår emellertid det för denna uppsats intressanta faktum att när ogiltighet väl kan konstateras och blir konstaterat får den verkan från avtalets tillkomst.

Vad gäller den **materiella omfattningen av ogiltigheten** har EG-domstolen klargjort att endast de delar av ett avtal som strider mot art 81.1, d.v.s. de förbjudna delarna av ett avtal, skall förklaras ogiltiga enligt EG-rätten. Denna princip har successivt bekräftats i en rad avgöranden. I *Consten & Grundig*-fallet upphävdes ett kommissionsbeslut på den grunden

parterna i avtalet som är indragna i tvisten samt när tvisten rör just avtalet. (Se Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen*, kap 6-10.)

⁹ Mål 48/72 *SA Brasserie de Haecht v. the spouses Wilkin-Janssen* [1973] ECR 77, grund 26 i domskälen, på s. 89.

¹⁰ Denna *ex tunc* princip gäller naturligtvis inte för avtal som slöts före EEG-fördragets tillkomst.

¹¹ Se den engelska ordalydelsen i art 81.2 samt exempelvis mål 22/71 *Béguelin Import Co. and Others v. S.A.G.L. Import Export and Others* [1971] ECR 949.

att Kommissionen förbjudit ett avtal i sin helhet utan att specificera vilka delar av avtalet som stred mot art 81.1.¹³ I samma avgörande nämndes det att ogiltighet enligt art 81.2 endast träffar

”... those parts of the agreement which are subject to the prohibition, or ... the agreement as a whole if those parts do not appear to be severable from the agreement itself” [kursivering tillagd].¹⁴

Att den inom konkurrensrätten stipulerade ogiltigheten endast träffar de förbjudna delarna av ett avtal behöver inte med nödvändighet innebära att övriga delar av avtalet förblir civilrättsligt giltiga. Ställningstagandet i *Consten & Grundig*-fallet har preciserats i fallen *Société Technique Minière*¹⁵, *Société de vente de ciments*¹⁶ och *VAG France SA*.¹⁷ Av dessa rättsfall framgår med all önskvärd tydlighet att det är upp till nationell rätt att avgöra hur de av art 81.2 ogiltigförklarade klausulerna i ett avtal påverkar resten av avtalet. Det s.k. avskiljbarhetskriteriet (engelskans ”severable”), från *Consten and Grundig*-fallet, skall alltså avgöras av nationell domstol enligt nationell rätt.¹⁸ I *Société Technique Minière* underströks att

”... other contractual provisions which are not affected by the prohibition, and which therefore do not involve the application of the Treaty, fall outside Community law” [kursivering tillagd].¹⁹

Den materiella räckvidden av konkurrensrättslig ogiltighet är således kongruent med räckvidden av förbudet mot det konkurrensbegränsande avtalet eller avtalsvillkoren. Vad som händer med övriga delar av avtalet faller helt sonika utanför EG-rättens ramar. Den

¹² För genomgång och definition av dessa se Wahl, Nils, *Konkurrensförhållande*, s. 163 ff., Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen*, s. 92 ff. samt Korah, Valentine, *EC Competition Law and Practice*, s. 200 ff.

¹³ Mål 56 och 58/64 *Établissements Consten SARL and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission of the European Economic Community* [1966] ECR 299, på s. 344.

¹⁴ Mål 56 och 58/64 *Établissements Consten SARL and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission of the European Economic Community* [1966] ECR 299, på s.344.

¹⁵ Mål 56/65 *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH* [1966] ECR 235.

¹⁶ Mål 319/82 *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v. Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG* [1983] ECR 4173.

¹⁷ Mål 10/86 *VAG France SA v. Établissements Magne SA* [1986] ECR 4071.

¹⁸ Jfr. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 783, Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 102 samt Ritter m.fl., *European Competition Law*, s. 137.

¹⁹ Mål 56/65 *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH* [1966] ECR 235, på s. 250.

frågan lämnas åt de nationella domstolarna att avgöra i enlighet med sina respektive rättsordningar.²⁰

För tydlighetens skull skall nämnas att avtal som är föremål för individuellt undantag eller gruppundantag enligt art. 81.3 blir naturligtvis inte ogiltiga. Gruppundantagen ger immunitet från förbud och ogiltighet direkt från avtalets ingående och parterna behöver inte anmäla avtalet till Kommissionen för att erhålla skydd.²¹ För individuellt undantag skall däremot som huvudregel avtalet anmälas och immunitet kan erhållas endast från det datum anmälan gjordes.²² Retroaktiv immunitet ges emellertid till avtal som specifikt är befriade från anmälningsskyldighet. Det handlar bl.a. om avtal där parterna är verksamma i olika led i produktions- eller distributionskedjan (vertikala avtal) eller avtal som begränsar utnyttjandet av immateriella rättigheter mellan två parter.²³

²⁰ ”The consequences of such nullity for other parts of the agreement ... are to be determined by the national court according to its own law”. (Mål 319/82 *Société de Vente de Ciments et Bétons de l’Est SA v. Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG* [1983] ECR 4173, grund 12 i domskälen, på s. 4184.)

²¹ Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 182.

²² Art. 6.1 i Rådets förordning nr 17 (Rfo 17/1962), Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT nr 13, 21/02/1962 s. 204, senast ändrad genom Rådets förordning (EG) nr 1216/1999 av den 10 juni 1999, EGT nr L 148, 15/6/1999 s. 5.)

²³ Se mer utförligt i art. 6.2 samt art. 4.2 i Rfo 17/1962.

2.2 Svensk rätt

Ogiltighetsbestämmelsen i 7 § KL gäller endast avtal och bindande beslut. Samordnade förfaranden jämföras visserligen med avtal i 3 § 3 st. KL, med dessa förfaranden utgör per definition inga rättsligt bindande beslut varför en ogiltighetssanktion är irrelevant.²⁴

Innebörden av att ett eller flera avtalsvillkor träffas av 7 § KL är att villkoren inte kan göras gällande enligt sitt innehåll. Det innebär i förlängningen att domstol inte får döma till fullgörande av villkoren.²⁵ Det är rimligt att anta att även den svenska konkurrensrättsliga ogiltigheten bör beaktas *ex officio*.²⁶ I förarbetena till ny lag om skiljeförfarande anförs det förvisso att *allmän domstol* i tvistemål troligen inte skall pröva konkurrensrättslig ogiltighet *ex officio*.²⁷ Längre fram i propositionen reserverar sig dock regeringen²⁸ och aviserar att dess inställningen är beroende av hur utfallet från EG-domstolen blir i den då pågående *Eco Swiss China Time*-målet, se därom ovan i avsnitt 2.1, fotnot 4.

Om **tidpunkten för ogiltighetens verkan** råder det ingen tvekan.²⁹ Ogiltigheten i 7 § KL verkar i likhet med art 81.2 *ex tunc*, d.v.s. från avtalets tillkomst.³⁰

Likt EG-rätten undviks förbud och därmed ogiltighet av ett avtal om det faller in under ett gruppundantag eller beviljas ett individuellt undantag.³¹ För gruppundantag behövs ingen anmälan utan immuniteten verkar direkt. För de individuella undantagen är huvudregeln i svensk rätt, enligt propositionen, att immunitet skall ges från den tid avtalet ingicks oavsett

²⁴ Prop. 1992/93:56 s. 76.

²⁵ Se Prop. 1992/93:56 s. 32 och s. 77, Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, s. 86, Carlsson m.fl., *Konkurrenslagen. En kommentar*, s. 140, samt Wetter m.fl., *Konkurrenslagen, en handbok*, s 556.

²⁶ "I de fall [ett avtal strider mot lag och] där ogiltigheten motiveras av ett allmänt intresse skall den beaktas *ex officio*" (NJA 1997 s. 93 på s. 96.) Jfr. uttalandet med den splittrade uppfattningen i litteraturen. Se Adlercreutz, Axel, *Om nullitet och kompetensogiltighet*, s. 6 ff., Wetter m.fl., *Konkurrenslagen, en handbok*, s 558, fotnot 22 samt Carlsson m.fl., *Konkurrenslagen. En kommentar*, s. 143 f.

²⁷ Prop. 1998/99:35 s. 57.

²⁸ Prop. 1998/99:35 s. 58.

²⁹ Den under EG-rätten påpekade inträdesproblematiken saknas i svensk rätt. Uttömmande reglering finns i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till KL, punkten 3.

³⁰ Se Prop. 1992/93:56 s. 32 och s. 76, Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, s. 85 f., Carlsson m.fl., *Konkurrenslagen. En kommentar*, s. 139, Wetter m.fl., *Konkurrenslagen, en handbok*, s 555 f. samt Gustafsson & Westin, *Svensk konkurrensrätt*, s. 171.

³¹ 8-11 och 17 §§ KL.

när anmälan skedde.³² Huvudregeln kan emellertid frångås bl.a. om företagen dröjer väldigt lång tid med anmälan.

Även den **materiella räckvidden av ogiltigheten** i 7 § KL följer det som slagits fast för art 81.2. Ogiltigt är endast det avtalsinnehåll som är förbjudet enligt 6 § KL.³³ Vad som händer med övriga delar av avtalet borde rimligtvis, mot bakgrund av ovan redogjorda förhållanden i EG-rätten, falla utanför KL:s tillämpningsområde.³⁴ Detta synes även vara ståndpunkten i förarbetena till KL och den samstämmiga uppfattningen i doktrinen.³⁵ Således uppenbarar sig en öppning gentemot den svenska civilrätten, närmare bestämt 36 § AvtL och förutsättningsläran. En djupare redogörelse för och analys av hur svensk civilrätt tillämpar nämnda rättsfigurer och ser på överlevnaden av ett avtal som innehåller ett ogiltigt konkurrensbegränsande villkor har medvetet lämnats utanför ramen för uppsatsen. Anledningen härtill är inte enbart studentikos lättja utan även av mer godtagbar art. Mycket goda försök till dylika studier har gjorts i bl.a. tidigare examensarbeten.³⁶ Så länge förståelsen av en studie inte underlättas ligger det inget egenvärde i att referera och upprepa klarlagd gällande rätt. Nedan följer därför endast en summering av de slutsatser som andra författare tidigare presenterat. Utifrån de refererade slutsatserna undersöks sedan när ett avtals totala ogiltighet aktualiseras i praktiken.

³² Prop. 1992/93:56 s. 81.

³³ Prop. 1992/93:56 s. 32 och s. 77.

³⁴ KL är i det närmaste en kopia på EG:s konkurrensregler. Naturligtvis är det teoretiskt möjligt att KL medför stängare bedömning än EG-rätten. Detta förutsätter emellertid uttrycklig reglering i KL eller anvisning i förarbetena. Tolkning och tillämpning av KL skall i annat följa den EG-rättsliga praxisen. För mer om detta se 3.1.2.

³⁵ Jfr Prop. 1992/93:56 s. 32 och s. 77, Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, s. 85, Carlsson m.fl., *Konkurrenslagen. En kommentar*, s. 140 f., Wetter m.fl., *Konkurrenslagen, en handbok*, s 556, samt Gustafsson & Westin, *Svensk konkurrensrätt*, s. 173.

³⁶ Examensarbetena har varierande ambitionsnivå. De mest kompletta i sammanhanget är, enligt uppsatsförfattarens mening, utan tvekan av Gustafsson, Magnus, *Ogiltighet i konkurrensrätten*, se s. 93-106 samt Åstenius, Niklas, *Konkurrensrättens ogiltighetsbegrepp*, se kap. 4. Den senare har för övrigt tilldelats första pris i Konkurrensverkets uppsatstävling 1999. Andra uppsatser som studerar övriga delar av avtalets överlevnad är Ericson, Jon, *Konkurrenslagen och avtalsrätten* och Nourborg, Fredrik, *Ogiltighet i konkurrensrätten*. För auktoritativ doktrin se Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen*, s. 111 ff.

2.2.1 Svensk civilrätt om resterande delar av ett konkurrensbegränsande avtal³⁷

Vid frågan om övriga delar av ett avtals vara eller icke vara, handlar det inte längre om en ex officio-prövning av ogiltigheten. Det blir istället, grovt förenklat, en fråga om huruvida domstol, till följd av parts yrkande, skall ogiltigförklara hela avtalet på civilrättsliga grunder, oftast därför att ett av motpartens åtaganden fallit bort. Ytterligare grovt förenklat kan sägas att en eventuell framgång med ett sådant yrkande är beroende av att det visas att den konkurrensrättsligt ogiltiga klausulen utgjorde en grundläggande förutsättning för avtalets ingående alternativt att bortfallandet av den ogiltiga klausulen medför att det resterande avtalsinnehållet blir oskäligt. Det skall därtill visas att risken för att förutsättningen brast alternativt det nya avtalsinnehållet blir oskäligt inte rimligen bör läggas på den yrkande parten. Detta torde i praktiken innebära, enligt uppsatsförfattaren, att avtal som även reglerar annat än förbjudna samarbeten sällan kommer att ogiltigförklaras i sin helhet av domstol. Det går att dela in företeelserna i tre kategorier. Part som medvetet tagit en konkurrensrättslig risk, part som ovetandes ingått ett konkurrensbegränsande avtal samt part som misstagit sig om de faktiska omständigheterna.

Part som **medvetet tagit en konkurrensrättslig risk** bör inte kunna frånträda hela avtalet när ogiltigheten väl uppdagas. Anta att en leverantör och en återförsäljare medvetet ingår ett avtal som strider mot konkurrensreglerna. Pondera vidare att återförsäljaren, för att till sin förmån få ”slagsida” i avtalet, efter en tid väljer att påtala konkurrensrättslig ogiltighet av en klausul avseende begränsningen av hans försäljningsområde. Förutsatt att inga andra villkor i avtalet strider mot konkurrensbestämmelserna träffar den konkurrensrättsliga ogiltigheten endast klausulen med områdesbegränsning. Överenskommelser om priser, kvantiteter, leveranstider etc. förblir intakta. Erbjuder civilrätten leverantören en möjlighet att ramponera hela avtalet? Knappast, leverantören har nämligen ingen felaktig förutsättning att hänvisa till. Inte heller kan leverantören begagna sig av 36 § AvtL eftersom han ingick avtalet i vetskap om att i framtiden eventuellt få dras med ett ”haltande” och ogynnsamt avtalsinnehåll. Med andra ord : ett företag som medvetet bryter

³⁷ Avsnittet är baserat på de i fotnot 36 återopade arbetena.

mot konkurrensreglerna, utsätter sig frivilligt för ett oskäligt avtalsinnehåll och bör därför stå sitt kast.

Företag som **ovetandes ingått ett konkurrensbegränsande avtal** kan delas upp i dels de som inte kände till att konkurrensregler fanns eller att de var tillämpliga och dels de som med fog tolkat eller bedömt rättsläget felaktigt. Vad gäller den första gruppen är uppsatsförfattaren ytterst tveksam till om part kan invända *error juris*, d.v.s. rättvillfarelse om konkurrensbestämmelserna, som godtagbar ursäkt för att kunna använda sig av förutsättningsläran och 36 § AvtL och därmed frånga avtalet.³⁸ Vidare bör inte heller den omständighet att en klausul, vars konkurrensrättsliga bedömning bevisligen är klar, men som aldrig tidigare prövats av domstol föranleda att det är ursäktligt att inte känna till att klausulen är förbjuden och ogiltig. Situationen är nära besläktad med definitionen av den sakliga innebörden av oaktsamhetsrekvisitet för skadeståndsansvar enligt 33 § KL. Nils Wahl har i studien *Konkurrensskada* bl.a. undersökt innebörden av nämnda rekvisit, främst genom att knyta an skadeståndsansvaret till ett förbud och därmed ta MD:s culpabedömning för utdömande av konkurrensskadeavgift som utgångspunkt.³⁹ I sin undersökning stannar Wahl för en strikt bedömning, ”närmast gränsande till striktansvar, dock att det trots allt måste föreligga en viss frizon⁴⁰. Denna frizon är aktuell för den andra gruppen som ovetandes ingått ett konkurrensbegränsande avtal, d.v.s. de som med fog feltolkat eller felbedömt rättsläget.⁴¹ Exempel på detta är när parterna utformat avtalet ifråga på ett sådant sätt att det omfattats av ett gruppundantag men att Konkurrensverket, alternativt Kommissionen, senare utnyttjat sin befogenhet att återkalla gruppundantagets tillämplighet på avtalet i fråga. Ett annat exempel är när företag omöjligen kunnat förutsäga den konkurrensrättsliga praxisens utveckling, som när Förstainstansrätten gjorde klart att ett gruppundantag enligt 81.3 inte skyddade mot förbudet i art 82. Vid dylika situationer torde det stå klart att företagen haft en felaktig förutsättning som sedermera

³⁸ Jfr. Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, s. 280 f. Gustafsson, Magnus, *Ogiltighet i konkurrensrätten*, s. 99 ff. argumenterar emellertid för motsatt åsikt.

³⁹ Wahl, Nils, *Konkurrensskada*, s. 217 ff.

⁴⁰ Wahl, Nils, *Konkurrensskada*, s. 221.

⁴¹ Jfr med punkt 1 st. 7 i Konkurrensverkets allmänna råd om visst samarbete mellan företag som inte omfattas av förbudet i 6 § KL (KKVFS 1993:7)

⁴² Mål T-51/89 *Tetra Pak Rausing SA v. Commission of the European Communities* [1990] ECR II-309.

uppenbarat sig och som inte bör läggas företagen till last. Följaktligen skall dessa kunna komma ifrån avtalet i sin helhet.

Även för parter som **misstagit sig om de faktiska omständigheterna** bör, enligt uppsatsförfattaren, de civilrättsliga möjligheterna att ogiltigförklara hela avtalet stå till buds. Det rör sig om bl.a. om fall där kännedom saknas om själva agerandet i sig, företagets och medkontrahentens ställning på marknaden samt den korrekta avgränsningen av den relevanta marknaden. Naturligtvis under förutsättning att misstagen inte berott på oaktsamhet. Denna uppfattning ligger i linje med Kommissionens och Konkurrensverkets policy om att inte utdöma böter när företag av misstag trots sig hamna under märkbarhetsrekvisiten.⁴³ Wahl framhåller dock att ”dylik icke-oaktsam bristande kännedom om faktiska förhållanden inte är särskilt vanlig”.⁴⁴

Utgångspunkten ovan har varit att det finns ett reellt och genomförbart avtalsinnehåll att ta ställning till även efter att vissa klausuler ”lyfts bort”. Situationen är en annan om ett avtal i praktiken endast reglerar ett förbjudet samarbete. Anta att två konkurrenter medvetet agerar i strid mot KL genom ett inköpssamarbetsavtal där företag A mot betalning från företag B samordnar och koordinerar båda företagens inköp av råvaror. Förbudet mot samarbete träffar naturligtvis såväl utförandet av tjänsten som betalningen av tjänsten. Med andra ord blir hela avtalet konkurrensrättsligt ogiltigt och ett haltande avtalsinnehåll med ensidig skyldighet för B att erlägga betalning för ingenting är inte möjligt.

⁴³ Se punkt 9 i Konkurrensverkets allmänna råd om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6 § KL. (KKVFS 1999:1) samt punkt 4 i Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (EGT nr C 368, 22/12/2001 s. 13-15.)

⁴⁴ Wahl, Nils, *Konkurrensskada*, s. 221.

2.3 Sammanfattning och tänkbara konsekvenser

Frågeställningarna från kapitlets början kan besvaras kortfattat i följande punkter.

- 1) Konkurrensrättslig ogiltighet innebär att avtal eller avtalsvillkor är utan verkan mellan parterna, vilket i Sverige innebär att domstol skall vägra att döma till fullgörelse och troligen uppmärksamma ogiltigheten ex officio.
- 2) Konkurrensrättslig ogiltighet drabbar avtal retroaktivt från avtals ingående.
- 3) Konkurrensrättslig ogiltighet träffar endast förbjudna klausuler. Vad som händer med övriga delar av avtalet regleras inte av konkurrensrätten utan av civilrätten.
- 4) Part som missgynnats av att en klausul förklarats konkurrensrättsligt ogiltigt och som önskar frångå avtalet i dess helhet kommer att kunna gör det endast om denne med fog felbedömt eller feltolkat rättsläget eller om han utan att ha varit oaktsam misstagit sig om de faktiska omständigheterna.

Utifrån de uttalanden som föreligger idag från EG-domstolen angående ogiltighetens omfattning finns det en möjlighet att hävda att ogiltigheten – trots den skenbart ”absoluta” karaktären – är svävande, låt vara att det svävande tillståndet föga kan styras eller påverkas av kontrahenternas direkta handlande. Den kongruens som råder mellan det konkurrensrättsliga förbudet och den civilrättsliga ogiltigheten innebär exempelvis att ett avtalat inköpssamarbete av råvaror mellan två konkurrenter ena stunden kan vara giltigt för att sedermera bli ogiltigt. Ponera att marknadsandelarna för dessa två konkurrenter vid avtalsslutet är tillräckligt låga för att det kvantitativa begränsningskriteriet inte skall vara uppfyllt. Anta vidare att det med åren sker en hel del strukturomvandlingar på marknaden där leverantörerna minskar i antal, avtalsparterna expanderar och slutligen når tillräckligt stora marknadsandelar för att märkbarhetskriteriet skall anses uppfyllt. Vid den tidpunkten blir deras långvariga, rättsenliga och giltiga avtal med ens förbjudet och därmed ogiltigt. Ogiltigheten skall ha retroaktiv verkan enligt EG-domstolen. I detta fall kan det emellertid inte betyda ogiltighet från avtalets tillkomst. Med tanke på att ogiltigheten skall följa förbudet verkar ogiltigheten från det datum som avtalet nådde över förbudströskeln.⁴⁵ Omvänt kan ett förbjudet och ogiltigt samarbetsavtal mellan två av markandens större

aktörer efter en tid, till följd av exempelvis inträdandet av många nya konkurrerande aktörer på den relevanta markanden, transformeras till ett tillåtet och giltigt avtal.⁴⁶

Det ligger således i marknadsaktörernas intresse att kontinuerligt genomföra nya konkurrensrättsliga analyser av sina samarbetsavtal, i första hand för att ett giltigt avtal kan övergå till att bli ogiltigt. Möjligheten att genomdriva krav med rättsliga medel gentemot motparten äventyras väsentligt vid en dylik övergång. Vidare uppenbarar sig risken för att krävas på konkurrensskadeavgift från myndigheter och skadestånd från såväl medkontrahent som tredje man. Även ett företag som medvetet ingått ett konkurrensbegränsande avtal, i tron att dess åtaganden aldrig kan framtvingas i en civilprocess, måste revidera sin uppfattning. Över en längre period är det teoretiskt möjligt att avtalet inte längre uppfyller märkbarhetskriteriet och blir därmed tillåtet och giltigt. Skulle samtidigt lönsamheten för samarbetet fått slagsida till motpartens fördel, föreligger det, minst sagt, en oväntad och obekväm situation för den otursamma avtalsparten som kommer att vara bunden av ett civilrättsligt giltigt men ofördelaktigt åtagande.

Problematiken kring förskjutningar i märkbarhetskriteriet kan naturligtvis vara reglerad med ”övergångsregler”. Se exempelvis art. 9.2.c i det vertikala gruppundantagsförordningen.⁴⁷ Artikeln föreskriver att ett vertikalt avtal som tidigare berörde en marknadsandel under 30 % men som passerat den gränsen fortfarande är undantaget enligt gruppundantaget under ytterligare *två år* om det understiger 35 %.

⁴⁵ Liknande ståndpunkt aviseras hos Wetter m.fl., *Konkurrenslagen, en handbok*, s 555, fotnot 11.

⁴⁶ Möjligheten att övergå från ogiltighet till giltighet har fått jakande svar i engelsk praxis. Ett från början ogiltigt förhållande blev giltigt p.g.a. förskjutningar i märkbarhet eftersom ena kontrahenten, ett stort företag på den relevanta markanden, överlät sina kontraktuella rättigheter till ett litet obetydligt företag. Efter att analyserat *Société Technique Minière* och *Société de Vente de Ciments*-fallen framhöll den engelska Court of Appeal att ”the nullity imposed by Article [81.2] has the same temporary or transient effect as the prohibition in Article [81.1]. It follows that if, as a result of a change of circumstances, the prohibition no longer applies as between the parties to the agreement, then the agreement between them ceases to be void”. (*David John Passmore v. Morland and Others* [1999] 1 CMLR 1129, på s. 1150.) Fallet har varit rättskapande och legat till grund för senare avgöranden i det engelska Common Law-systemet. Det har därför kommenterats grundligt i bl.a. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 783 ff. med vidare hänvisningar.

⁴⁷ Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden (EGT nr L 336, 29/12/1999 s. 21-25.)

Det skall påpekas att det svävande tillstånd som skissats upp inte kan vara för handen när s.k. svarta klausuler förkommer. Prissamarbete, marknadsuppdelning etc. är strikt förbjudna och medför ogiltighet oavsett parternas ekonomiska ställning på den relevanta marknaden.⁴⁸ Vidare är detta perspektiv av något mindre intresse – på kort sikt i vart fall - för företag vars marknadsandelar befinner sig långtifrån de av myndigheterna uppsatta gränsområdena. Även företag som inte agerar på starkt dynamiska marknader saknar anledning, i det korta perspektivet, att bäva inför omkullkastningar av sina avtals konkurrensrättsliga status.

⁴⁹Kongruensen innebär också att konkurrensrättslig ogiltighet drabbar olika avtalsvillkor på olika sätt, helt enkelt därför att förbudet träffar olika avtalsvillkor på olika sätt. Vissa förbjudna klausuler förbjuds endast till den del innehållet går längre än vad som är tillåtet i gruppundantagen eller i reglerna om accessoriska begränsningar. Det rör sig härvid oftast om konkurrensbegränsningar med geografisk och tidsmässig innehåll. Däremot blir konkurrensbegränsningsklausuler i andra avtal förbjudna helt och hållet även om de teoretiskt skulle ha kunnat erhålla individuella undantag. Ett undantag härifrån synes dock gälla vid vertikala konkurrensbegränsningar av EG-rättslig dimension där nationell domstol bör, enligt Kommissionen, skjuta upp behandlingen av ett sådant mål i avvaktan på Kommissionens ställningstagande.⁵⁰

Med risk att föregripa den följande undersökningen men till vinnande av klarhet skall exempel ges med accessoriska begränsningsklausuler. Art. 6.1 b 2 st. och 8.2 2 st. i koncentrationsförordningen⁵¹ föreskriver att avtalsvillkor som i och för sig är konkurrensbegränsande ändå skall förklaras tillåtna om begränsningarna har direkt

⁴⁸ Se punkt 11 i Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (EGT nr C 368, 22/12/2001 s. 13-15) samt punkt 12 i Konkurrensverkets allmänna råd om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6 § KL. (KKVFS 1999:1)

⁴⁹ Jfr. resonemanget i följande parti med Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 791, fotnot 83.

⁵⁰ Punkterna 63-65 i Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer för vertikala begränsningar.(EGT nr C 291, 13/10/2000 s. 1 – 44.)

⁵¹ Rådets förordning (EEG) nr. 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT nr L 395, 30/12/1989, s. 1. Rättelse i EGT nr L 257, 21/09/1990, s. 13 med ändringar introducerade genom Rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997, EGT nr L 180, 09/07/1997, s.1.)

samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration som är förenlig med den gemensamma markanden. Konkurrensbegränsningarna är alltså *accessoriska* till avtal som till sin huvuddel inte är konkurrensbegränsande. I rättsfallet Remia gav EG-domstolen sitt godkännande åt tanken att förbudet och ogiltigheten i art. 81 verkar på en accessorisk konkurrensklausul endast till den del klausulen överträder det som är tidsmässigt tillåtet.⁵² I det aktuella fallet handlade det om en begränsningsklausul på tio år. Domstolen godkände en begränsning på upp till fyra år. Fallet handlade om begränsning i tiden, men borde enligt uppsatsförfattaren även vara tillämplig på begränsningar i rummet. En dom från Sundsvalls tingsrätt rörande en konkurrensklausul i ett franchiseavtal bjuder på ett annat exempel.⁵³ Tingsrätten konstaterade att effekterna av klausulen var sådana att 6 och 7 §§ KL på förhand var tillämpliga. Tvist uppstod om huruvida avtalet kunde anses undantaget enligt förordningen om gruppundantag för franchiseavtal (1993:79). Domstolen fann att den know-how som avtalet reglerade var hemlig och till nytta för franchisetagaren, således föll avtalet inom gruppundantaget. Kärnfrågan blev slutligen att avgöra om konkurrensbegränsningsklausulen förlorade sin giltighet p.g.a. att den inte överensstämde i fråga om tidsmässig- och geografisk begränsning med gruppundantagets bestämmelser. Förordningen medgav en begränsning på högst ett år och endast inom det område där franchisetagaren utnyttjat franchisen. Den omstridda klausulen stipulerade däremot en begränsning på två år utan geografisk avgränsning. Tingsrätten biföll kärandens talan eftersom yrkandet både tidsmässigt och till sitt omfång höll sig inom ramen för det som var tillåtet enligt gruppundantaget. Domstolen motiverade sitt ställningstagande med att det skulle få orimliga konsekvenser om hela klausulen förlorade sin giltighet.⁵⁴

⁵² Mål 42/84 *Remia BV and Others v. Commission of the European Communities* [1985] ECR 2545.

⁵³ Mål nr. T 559-94, Sundsvalls Tingsrätt, *Lexicon International AB mot Lars Sundelin m.fl.* Fallet har refererats av Remnelid, Pär, *Jämkning av konkurrensklausul*, s. 7 f. och berörts av Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, s. 86.

⁵⁴ Åstenius angriper domstolens bedömning hårt och underkänner även Bernitz och Remnelids analyser. Han menar att Tingsrätten "överskred sin behörighet [sic!] genom att ... tillerkänna ogiltigt avtalsinnehåll verkan upp till den gräns som sätts av gruppundantag". (Åstenius, Nicklas, *Konkurrensrättens ogiltighetsbegrepp*, s. 47.) Argumenteringen sker huvudsakligen utifrån Delimitis-fallet där nationell domstol förbjöds att utöka gruppundantagets tillämpningsområde. Åstenius gör mycket väsen för ingenting. Ställningstagandet blottar det faktum att han misslyckats med att metodiskt följa de konsekvenser som det systematiska kongruensförhållandet, mellan förbud och ogiltighet, skapar. Vidare ger en närmare läsning av Delimitis-fallet insikt om att det uttalade förbudet mot utvidgningen av tillämpningsområdet för gruppundantagen uttryckligen tar sikte på när det aktuella avtalet i sitt *materiella* (d.v.s. ej tidsmässiga och geografiska) innehåll föreskriver annat än gruppundantagen. För övrigt framhåller EG-domstolen i Delimitis-fallet att de nationella domstolarna är skyldiga att försäkra sig om att ett avtal inte faller in under gruppundantagen innan de

Således kan det utan tvekan konstateras att för avtal som faller under gruppundantag eller som reglerar företagsförvärv kan den situationen uppstå att en klausul blir *konkurrensrättslig ogiltig* endast till en viss del.⁵⁵ Andra avtal däremot, med undantag för vertikala avtal, förlorar giltigheten i sina konkurrensbegränsande klausuler helt och hållet. Detta oavsett om klausulerna vid en eventuell ansökan skulle ha kunnat vara föremål för individuella undantag.

ogiltigförklarar det. (Mål C-234/89 *Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG* [1991] ECR I-935, grund 52-53 i domskälen, på s. 993 f.)

⁵⁵ Det kan mycket väl tänkas att en part, efter att en klausul delvis konstaterats ogiltig enligt konkurrensbestämmelserna, önskar och lyckas att med hjälp av den *nationella civilrätten* få hela klausulen eller till och med hela avtalet ogiltigförklarad i alla fall, jfr. ovan i 2.2.

Därför är det så: Genom en enda människa har synden kommit in i världen och genom synden döden; och så har döden kommit över alla människor, eftersom de alla hava syndat.

Ty såsom genom en enda människas olydnad de många fingo stå såsom syndare, så skola ock genom en endas lydnad de många stå såsom rättfärdiga.

/Arvsynden enligt Paulus. Romarbrevet
5:12 och 5:19.

3. Det förbjudna konkurrensbegränsande avtalets verkningar på följdavtal

I kapitel 2 konstaterades att förbjudna konkurrensbegränsande avtalsvillkor inte kan göras gällande enligt sitt innehåll och inte heller åberopas mot tredje man. Konkurrensrättslig ogiltighet skall beaktas ex officio medan vad som händer med övriga delar av avtalet regleras av civilrätten. Föremålet för undersökningen i detta kapitel är konsekvenserna för ett följdavtal eller följdavtalsvillkor. Med följdavtal⁶⁶ menas i detta konkurrensrättsliga sammanhang :

- 1) avtal eller avtalsvillkor mellan en deltagare i ett förbjudet konkurrensbegränsande samarbete och en part som själv inte deltar eller har deltagit i samarbetet och att
- 2) innehållet i avtalet eller villkoret ifråga är en tillämpning eller en följd av det förbjudna konkurrensbegränsande samarbetet.

Som *ett* konkret exempel kan nämnas situationer där flera producenter gemensamt arbetar fram ett konkurrensbegränsande standardavtal eller standardavtalsvillkor (exempelvis

⁶⁶För att ”ära den som äras bör” skall nämnas att begreppet är hämtat från den danske rättsvetenskapsmannen Peter Blok. (Se Blok, Peter, *Ugyldighets sanktionen i fællesmarkedets konkurrenceret*, s. 508.) Terminologin är annorlunda hos svenska författare. (Se bl.a. Carlsson m.fl., *Konkurrenslagen. En kommentar*, s. 141 och Wetter m.fl., *Konkurrenslagen, en handbok*, s. 557.) Dessa begagnar sig av begreppet ”kopplade avtal”. Enligt uppsatsförfattarens mening är detta inte lämpligt eftersom begreppet lätt kan sammanblandas med kopplingsförbehållen i 6 § 2 st. 5 p KL och 19 § 2 st. 4 p KL. Alternativt skulle man kunna tänka sig benämningen ”tredjemansavtal”. Inte heller detta är emellertid ett bra val. I svensk rätt menas med begreppet tredjemansavtal rättshandlingar till *förmån* för tredje man eller i tredje mans intresse. (Se Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, s. 139.)

angående prisövervärtringsklausuler) som de sedan var och en för sig använder gentemot sina kunder. Avtalen med kunderna är att betrakta som följdavtal i detta sammanhang.

Undersökningen kommer återigen att tangera gränsområdet mellan EG-rätten/konkurrensrätten och den allmänna nationella civilrätten. Som framgått tidigare går det inte att direkt utläsa ur varken artiklarna i EG-fördraget eller KL vad som är den närmare innebörden av den konkurrensrättsliga ogiltigheten och inte heller exakt vilka rättsverkningar den ger upphov till. Detta kompliceras i förhållande till följdavtalen. De svenska förarbetena är inte tillräckligt klargörande. Svensk doktrin är delad. Medan vissa menar att följdavtalen automatiskt smittas och är sålunda ogiltiga⁵⁷ är andra tveksamma till en extensiv tolkning av 6 § KL. Rättspraxis är till dags dato nästintill obefintlig. Att hävda att rättsläget avseende följdavtal är oklart och förtjänar grundlig undersökning är ingen överdrift.

Kapitlet är disponerat enligt följande. Avsnitt 3.1 behandlar de argument som skulle kunna tala för att följdavtal enligt gällande rätt automatiskt drabbas av ogiltighet. I avsnitt 3.2 granskas dessa argument samtidigt som resonemangen för den motsatta ståndpunkten, till vilken författaren till denna uppsats ansluter sig till, presenteras. I avsnitt 3.3 sker en sammanfattning.

3.1 Drabbas följdavtal av ogiltighet automatiskt ?

Den juridiska grunden för att följdavtal skulle anses vara automatiskt ogiltiga måste hittas endera i konkurrensrätten eller i civilrätten. KL och art. 81 talar avseende konsekvenserna för följdavtal. Ledning måste därför sökas i praxis, doktrin och - för KL:s del - i förarbetena. Beträffande den svenska civilrätten bör ledning för följdavtalens status sökas utifrån utgångspunkten att 6 § KL faller inom institutet legala förbud samt att 7 § KL ger uttryck för ogiltighet av nullitetens grad.

⁵⁷ Med ogiltigt automatiskt menar uppsatsförfattaren inget annat än att följdavtalen av vissa betraktas som ogiltiga bara av den anledning att de just är följdavtal och *oberoende av om följdavtalen i sig är konkurrensbegränsande*.

3.1.1 Har följdavtals automatiska ogiltighet grund i EG-rätten ?

Eftersom den efterfrågade grunden i vart fall saknas i själva fördragstexten kan en annan utgångspunkt vara ändamålet med EG-rättens konkurrensbestämmelser i allmänhet och ogiltighetssanktionen i synnerhet.

Enighet råder inom doktrinen om att EG:s konkurrensrätt har – så som det definierats av EG-domstolen och Kommissionen - två grundläggande och av varandra beroende mål.⁵⁸ Det ena är ekonomiskt: främjandet av den effektiva konkurrensen.⁵⁹ Inom ramen för detta syfte kan skönjas en viss bias av omtanke om små och medelstora företag samt omsorg om part som typiskt sett intar en underordnad ställning i avtalsförhållandet.⁶⁰ Konkurrensrättens andra och tyngre mål är politiskt: främjandet av integrationen av medlemsländernas ekonomi till en enda ”inre” marknad.⁶¹ Reglerna om de fyra fria rörligheterna förbjuder ju regeringarna från att sätta upp hinder mot gränsöverskridande handel inom EU. Konkurrensreglerna fyller den funktionen att de är riktade mot privata rättssubjekts handlande som eventuellt skulle kunna begränsa den inomeuropeiska handeln.⁶²

Om det intressanta för denna studie, nämligen det specifika syftet med ogiltighetssanktionen i 81.2 har EG-domstolen inte sagt mer än att

”[t]his provision ... is intended to ensure compliance with the Treaty...”.⁶³

Ogiltighetsbestämmelsen har sålunda en preventiv funktion.⁶⁴ Det skall vara omöjligt för två konkurrenter att ömsesidigt begränsa varandras handlingsfrihet på marknaden genom

⁵⁸ Se bl.a. Andersson, Torbjörn, *Rättsskyddsprincipen*, s. 283, Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 39, Ritter m.fl., *European Competition Law*, s. 4 ff. samt Wahl, Nils, *Konkurrensförhållanden*, s. 60.

⁵⁹ Se art. 3 g. D.v.s. skapandet av en marknad vars aktörer ”remain dynamic, concentrate on innovation, listen to the market, reduce costs and provide high-quality goods and services at the lowest possible prices”. (*XXXIst Report on Competition Policy*, 1991, punkt 3) Jfr med *XXXth Report on Competition Policy*, 2000, s. 21.

⁶⁰ Förutom att en del av gruppundantagen ger uttryck för påståendet se även Wahl, Nils, *Konkurrensförhållanden*, s. 60 ff.

⁶¹ Enligt kommissionen spelar konkurrensrätten ”a central role in the economic functioning of the single market”. (*XXXIst Report on Competition Policy*, 2001, s. 9)

⁶² Integrationsmålet skulle kunna formuleras som ”the distinct objective of preventing barriers to achievement of a single market.” [kursivering tillagd] (Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 40.)

rättsligt sanktionerade avtal. Art. 81.2 skapar med andra ord en påtaglig oförutsägbarhet för parterna i ett konkurrensbegränsande samarbete.

Systematiskt skall konkurrensrätten betraktas som en mycket viktig och integrerad del av EG-rätten. EG-domstolen har nämligen förklarat att uppehållandet av en effektiv konkurrens är så väsentlig att

”...without it numerous other provisions of the Treaty would be pointless”.⁶⁵

Mot bakgrund av konkurrensrättens centrala ställning inom EG-rätten, dess uttalade ändamål och ogiltighetssanktionens funktion - att säkerställa efterlevnaden av konkurrensrätten - menar delar av doktrinen att den ogiltighet som föreligger avseende det första förbjudna samarbetet per automatik smittar följdavtalen.⁶⁶ Resonemanget kan illustreras på följande sätt. Anta att ett antal producenter i ett första skede genom horisontellt samarbete arbetar fram ett standardavtal avseende prissättning. Producenterna avtalar att använda det framtagna standardavtalet gentemot sina kunder. Anta vidare att samarbetet producenterna emellan sedermera anmäls och att EG-domstolen bedömer samarbetet vara i strid med art. 81.1 och förbjudet. Avtalet mellan producenterna blir följaktligen ogiltigt enligt art 81.2. Förbudet samt ogiltighetsförklaringen mot producenterna och deras inbördes avtal skulle - menar bl.a. Jan Andersson - vara utan egentlig konkurrensfrämjande verkan om producenterna kunde fortsätta att sätta de tidigare överenskomna priserna gentemot sina kunder som oftast intar en underordnad ställning i avtalsförhållandet. Resonemangets kärna är alltså att ogiltigheten i art 81.2 måste även träffa följdavtalen för att syftet med EG:s konkurrensregler inte skall förfelas.

⁶³ Mål 56/65 *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH* [1966] ECR 235, på s. 250.

⁶⁴ Jfr. Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, s.85.

⁶⁵ Mål 6/72 *Europemballage and Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities* [1973] ECR 215, på s. 244.

⁶⁶ Se bl.a. Andersson, Jan, *Legala förbud och ogiltighet – En teleologisk studie*, s. 633.

3.1.2 Har följdavtals automatiska ogiltighet grund i den svenska Konkurrenslagen ?

Avsikten med KL har varit att så långt som möjligt uppnå materiell rättslikhet med EG-fördragets konkurrensregler.⁶⁷ Som ett uttryck för detta anges i förarbetena att vägledning och tolkning av KL bör hämtas från EG-domstolens praxis samt att tillämpningen av KL skall följa utvecklingen av EG:s konkurrensrätt.⁶⁸ Propositionen markerar emellertid att vid tillämpning av KL måste beaktas

”...vissa speciella drag i EG-rätten som oftast inte spelar en så framträdande roll i nationella rättsordningar”.⁶⁹

Den ovan nämnda integrationsmålet är ett av dessa speciella drag och bör således bortses ifrån. Huvudändamålet med KL blir därför ett⁷⁰: att vara konkurrensfrämjande. Detta framgår dels tydligt i 1 § KL, dels genom konstaterandet och beklagandet i propositionen att konkurrensen i Sverige under en lång tid varit otillräcklig.⁷¹ Propositionen har för övrigt – i linje med EG-rätten – understrukit omsorgen om de små och medelstora företagen.⁷²

Vad gäller ogiltighetspåföljden i 7 § KL tillkom den som ett naturligt led i ”avskrivningen” av EG-fördragets konkurrensregler (närmare bestämt art 81.2 – dåvarande 85.2) men syftar också till att understryka den civilrättsliga ogiltighetspåföljden för det svenska näringslivet.⁷³

Det hävdas att även tillämpningen av KL - mot bakgrund av lagens bakomliggande samhällsekonomiska intressen, den önskade materiella likheten med EG-rätten och i linje med resonemanget i 3.1.1 – leder till att följdavtalen är ogiltiga.⁷⁴

⁶⁷ Prop. 1992/93:56 s. 21.

⁶⁸ Prop. 1992/93:56 s. 21 samt prop. 1999/00:140 s. 155.

⁶⁹ Prop. 1992/93:56 s. 21.

⁷⁰ Jfr. Wahl, Nils, *Konkurrensskada*, s 19, Wetter m.fl. *Konkurrenslagen, en handbok*, s. 5. Se även prop. 1999/00:140 s. 134.

⁷¹ Prop. 1992/93:56 s. 4 f och s. 16 f. samt prop. 1999/00:140 s. 63.

⁷² Se prop. 1992/93:56 s. 21 och s. 63. I prop.1999/00:140 betonas att konkurrensrätten i grund och botten är till för att ge konsumenter en starkare ställning på marknaden. ”Konkurrenspolitiken har sin grund i ett konsumentperspektiv” (Prop.1999/00:140 s. 137.) Trots detta står det klart att KL inte ger konsumenter några direkta rättigheter. (Jfr. prop. 1992/93:56 s. 96.)

⁷³ Prop. 1992/93:56 s. 32.

⁷⁴Se Bernitz, Ulf, *Standardavtal och konkurrensbegränsning*, s. 52, fotnot 4. Se även Wetter m.fl., *Konkurrenslagen, en handbok*, s. 557. Gustafsson och Westin kommer till samma slutsats men argumenterar

Ytterligare stöd för att KL per automatik ogiltigförklarar följdavtalen påstås följa av skadeståndsbestämmelsen i 33 § KL och förarbetskommentarerna till denna paragraf.⁷⁵ Paragrafen stadgar att företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder bl.a. förbudet i 6 § KL skall ersätta den skada som därigenom uppkommer för ett annat företag eller avtalspart. I motiven ges bl.a. följande exempel på när skadeståndsanspråk skulle kunna aktualiseras:

”En förbjuden marknadsdelning innebär som regel att konkurrensen mellan olika leverantörer sätts ur spel. Återförsäljare hänvisas att köpa av en viss bestämd leverantör och de kan inte spela ut leverantörerna mot varandra i syfte att nå bättre inköpspriser.

Ersättning kan utgå för den prishöjning som marknadsdelningen leder till”.⁷⁶

I exemplet har alltså leverantörerna ingått ett förbjudet avtal om marknadsuppdelning som dessutom är ogiltigt. Vid en sådan uppkommen situation ger 33 § KL återförsäljarna rätt till skadestånd. Av det sagda skulle man kunna dra slutsatsen att följdavtalen (avtalen mellan leverantörerna och återförsäljarna) är ogiltiga. Den slutsatsen bygger på resonemanget att lagstiftaren inte skulle ha medgett rätt till skadestånd om det vore rättsenligt för leverantörerna att från början ta ut de högre priserna. Vidare anges i propositionen följande.

”En förbjuden anbudskartell gör beställaren berättigad till ersättning för det merpris som han förmåtts betala på grund av anbudssamarbetet. *Om beställaren med stöd av ogiltighetsregeln i 7 § låter avtalet gå åter*, har han rätt till ersättning för de kostnader han haft för anbudsförfarandet men som blivit onyttiga” [kursivering tillagd].⁷⁷

3.1.3 Har följdavtals automatiska ogiltighet grund i den svenska civilrätten ?

Sökandet efter en godtagbar ogiltighetsgrund i civilrätten förutsätter en precisering av de systematiska ramar som sökandet sker efter. Två rättsfigurer sägs vara av intresse: legala förbud och nullitet.

endast utifrån att art 81.2 och 7 § KL skall ges en vid tolkning med hänvisning till *Béguelin*-målet. (Se Gustafsson & Westin, *Svensk konkurrensrätt*, s. 173.) För uppsatsförfattarens slutsatser av *Béguelin*-målet se nedan.

⁷⁵ Bernitz, Ulf, *Standardavtal och konkurrensbegränsning*, s. 52, fotnot 4. Se även Wetter m.fl., *Konkurrenslagen, en handbok*, s. 557, fotnot 20.

⁷⁶ Prop. 1992/93:56 s. 97.

Förbudsbestämmelsen i 6 § KL är tvivelsutan att klassificera som ett legalt förbud.⁷⁸ I svensk rätt saknas en allmän bestämmelse om att avtal som strider mot lag är automatisk ogiltiga.⁷⁹ Avtal i strid mot lag *kan* emellertid vara ogiltiga beroende på om den regel som överträtts ”bygger på sådana hänsyn som gör att en ogiltighetspåföljd är påkallad”.⁸⁰ En sådan analys är omotiverad i detta fall. Att ogiltighet är ett faktum för överträdelser av förbudet i 6 § KL framgår ju av 7 § KL.

En klar distinktion mellan olika sorters ogiltighet (nullitet kontra angriplighet) ligger inte till grund för varken lagstiftning eller praxis inom svensk avtalsrätt. Doktrinen har emellertid hävdats att distinktionen icke desto mindre förtjänar studie eftersom den har satt sina spår.⁸¹ Med angriplighet förstås – sammanfattningsvis – en ogiltighet som förutsätter en reaktion från en av parterna för att få verkan. En sådan ogiltighet kan emellertid läkas eller avhjälpas, även passivt, exempelvis genom negligerandet av en reklamationstid. Vidare kan en sådan ogiltighet inte göras gällande mot en godtroende motpart.⁸² Nullitet å sin sida kännetecknas av att ogiltigheten inträder automatiskt utan krav på reaktion och med verkan mot envar.⁸³ Den är vidare ohjälplig och kan göras gällande av utomstående samt skall beaktas ex officio.⁸⁴ Ofta är det överträdelser av legala förbud som är förknippade med nullitetsverkan.⁸⁵ Ogiltighetspåföljden i 7 § KL betraktas som den starkare graden av ogiltighet, en nullitet.⁸⁶

⁷⁷ Prop. 1992/93:56 s. 97.

⁷⁸ För definition av begreppet samt en genomgång av olika legala förbud hänvisas till Andersson, Jan, *Legala förbud och ogiltighet – En teleologisk studie*, s.533 ff.

⁷⁹ Se bl.a. Nial, Håkan, *Om förvärv i strid mot legala förbud*, s. 6 f., Prop. 1981/82:165 s. 237, SOU 1970:19 s. 73, NJA 1942 s. 614, på s. 618, NJA 1992 s. 717, på s. 727 samt NJA 1997 s. 93, på s. 96.

⁸⁰ NJA 1997 s. 93 på s. 96. Jfr. emellertid NJA 1995 s. 478 där HD på s. 483 inte fördjupar sig i analysen utan låter saken bero efter konstaterandet att för ”fall då pantsättning äger rum i *strid med förbudet* anvisar emellertid varken äktenskapsbalken eller sambolagen någon väg för den andra maken eller sambon att få pantsättningen ogiltigförklarad...”[kursivering tillagd]. Rättsfallet har kommenterats av Victorin, Anders, *Utmätning av pantsatt andel i bostadsrätt*, s. 832 ff. samt berörts av Kleineman, Jan, *Allmänna principer för ogiltighetspåföljdens inträdande*, s. 811 f.

⁸¹ Se Karlgren, Hjalmar, *Ett gammalt tvisteämne*, s. 247 samt Adlercreutz, Axel, *Om nullitet och kompetensogiltighet*, s. 6 ff.

⁸² Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, s. 227.

⁸³ Se NJA 1982 s. 493 på s. 497.

⁸⁴ Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, s. 227.

⁸⁵ Se Karlgren, Hjalmar, *Ett gammalt tvisteämne*, s. 260.

⁸⁶ Se dels Prop. 1992/93:56 s. 76 dels de i 3.1.1 redovisade uttalandena från EG-domstolen angående art 81.2 vilka är vägledande för synen på 6 § KL. Se vidare Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen*, s. 114,

Ett konkurrensbegränsande avtal (exempelvis ett standardavtalssamarbete producenter emellan) är alltså en överträdelse av ett legalt förbud med mycket starka bakomliggande samhällsekonomiska intressen. Överträdelsen förklaras uttryckligen civilrättsligt ogiltigt av lagstiftaren. Ogiltigheten graderas som den starkaste, nämligen en nullitet. Man skulle kunna dra den slutsatsen att kombinationen av nullitetsverkan och det bakomliggande starka samhällsintresset leder till att rättsordningen inte kan godta att förbjudna konkurrensbegränsande överenskommelser likväl tillämpas av part som deltar i det förbjudna samarbetet. Sålunda leder en sådan slutsats till att följdavtalen måste anses vara automatiskt ogiltiga även ur ett svenskt *civilrättsligt* perspektiv. Som märks är argumenten här principiellt desamma och följer samma logik som de i avsnitt 3.1.1 och 3.1.2.

footnot 477 och Adlercreutz, Axel, *Om nullitet och kompetensogiltighet*, s. 11. Nullitetsstämpeln i all ära, observera likväl påpekandet i 2.3 om den konkurrensrättsliga ogiltighetens potentiellt svävande natur.

3.2 Följdavtal är a priori att betrakta som giltiga

Denna del har ambitionen att visa att följdavtalen varken till följd av EG-rätt, svensk konkurrensrätt eller svensk civilrätt skall betraktas som automatiskt ogiltiga. Argumentationen för konkurrensrättens del kommer huvudsakligen att bygga på rättspraxis samt logisk-systematiska följder därav. För civilrättens del kommer frågan att avgöras med resonemang kring huruvida godtagbara skäl finns för att frånga den grundläggande avtalsrättsliga *pacta sunt servanda*-principen.

3.2.1 Förbjudna konkurrensbegränsande avtals verkningar på följdavtal faller utanför EG-rätten

Uppsatsförfattaren är av den uppfattningen att det redan ur de i 2.1.1 presenterade rättsfallen går att anta en godtagbar lösning för följdavtalens status. Eftersom endast det som är förbjudet drabbas av konkurrensrättslig ogiltighet, så torde följdavtalen vara att betrakta som giltiga så länge de inte i sig faller under förbudet i art. 81.1. I syfte att trovärdigt föra antagandet i hamn sker en vidare studie av relevanta fall från EG-domstolen och Kommissionen. I samband härmed vederläggs argumenten i 3.1.1.

Det har, med hänvisning till **Béguelin-fallet**, hävdats att ogiltighetsbestämmelsen i 81.2 skall ges en vid tolkning på det sätt att den konkurrensrättsliga ogiltigheten skall träffa följdavtal per automatik.⁸⁷ Som stöd för påståendet anförs punkten 4 i domslutet.

”Since the nullity referred to in Article [81.2] is absolute, an agreement which is null and void by virtue of this provision has no effect as between the contracting parties and cannot be set up against third parties”. [kursivering tillagd]⁸⁸

Att *Béguelin*-fallet skulle vara en grund för att betrakta följdavtal som ogiltiga kan inte vara annat än fel. Bakgrunden till målet är avslöjande. Ett japanskt företag anförtrodde det belgiska företaget *Béguelin* exklusiv återförsäljningsrätt av cigarettändare för marknaderna Belgien och Frankrike. Återförsäljaren bildade senare ett dotterföretag i Frankrike under

⁸⁷ Gustafsson & Westin, *Svensk konkurrensrätt*, s. 173.

benämning Béguelin-France som övertog ensamförsäljningsrätten avseende den franska marknaden. Det japanska företaget slöt dessutom ett exklusivt återförsäljaravtal avseende Tyskland med företaget Marbach. Ett fjärde företag, G.L. Import, köpte 18 000 tändare av Marbach med syfte att parallellimportera och sälja varorna i Frankrike. Med anledning därav yrkade Béguelinföretagen, inför fransk domstol, att Marbach och G.L. Import vid vite skulle förbjudas att på den franska marknaden sälja dessa varor samt att svarandena skulle utge skadestånd för illojal konkurrens. Kärandena åberopade som grund huvudsakligen avtalen om ensamförsäljningsrätt. Svarandena invände att de åberopade avtalen stred mot art. 81 och var därmed ogiltiga.

EG-domstolen slog först fast att även avtal mellan ett företag utanför gemenskapen och ett företag inom gemenskapen kunde falla inom tillämpningsområdet för art. 81. Avgörande härvid var om avtalet kunde påverka handelsutbytet medlemsstaterna emellan och om avtalets verkan eller syfte var att snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden. Dessa villkor ansågs uppfyllda om ett återförsäljaravtal - de facto eller de jure - förhindrade återförsäljaren från att vidareexportera varorna till andra medlemsländer än de han hade avtal för, eller om avtalet hindrade andra än den exklusive återförsäljaren att till det skyddade området importera och marknadsföra samma varor från andra medlemsländer.⁸⁹

EG-domstolen bedömde återförsäljaravtalen mellan det japanska företaget och de europeiska företagen som förbjudna och ogiltiga enligt art. 81. Punkten 4 i domslutet tar därför sikte på Béguelinföretagens yrkanden. EG-domstolen säger inget annat än att avtalspart i ett konkurrensrättsvidrigt avtal inte kan åberopa, nota bene, just *det konkurrensrättsvidriga avtalet* som grund för rättsliga anspråk mot medkontrahent eller tredje man. Rent konkret kunde följaktligen varken Béguelin eller det japanska företaget med framgång rättsligt angripa G.L. Import eller Marbach för de påstådda brotten mot/ intrången i exklusivitetsrättigheterna.

⁸⁸ Mål 22/71 *Béguelin Import Co. and Others v. S.A.G.L. Import Export and Others* [1971] ECR 949.

⁸⁹ Mål 22/71 *Béguelin Import Co. and Others v. S.A.G.L. Import Export and Others* [1971] ECR 949, grund 12 i domskälen, på s. 959.

När punkten 4 i domslutet analyseras som en integrerad del av hela *Béguelin*-målet elimineras risken för att förledas till att se ett samband med följdavtalens status. Den systematiskt lagde förstår att korrekt sammanfatta den behållning som *Béguelin*-fallet tillför läran om konkurrensrättslig ogiltighet: förbjudna konkurrensbegränsande avtal kan inte användas som grund för att *angripa* tredje män för brott mot rättigheter som, ur det konkurrensrättsligt retroaktiva perspektivet, aldrig innehafts. Med andra ord, i och med *Béguelin*-fallet står art. 81 till tredje mans förfogande och har relevans som *försvar mot talan* om intrång i/överträdelse av immateriella rättigheter alternativt exklusiva distributionsavtal.⁹⁰ Det råder därutöver inget samband med följdavtalens status. Det är ju inte tredje mans individuella avtal med någon av kontrahenterna till det förbjudna avtalet som diskuteras i fallet. Följaktligen skall inga slutsatser om följdavtalens giltighet eller ogiltighet dras av *Béguelin*-målet.⁹¹

Annorlunda är det med fallet **Société de vente de ciments**⁹² Ett franskt cementföretag hade i sitt säljaravtal med en tysk importör infört en rad konkurrensbegränsande bestämmelser. Bl.a. förbjöds köparen att vidare sälja det levererade cementet inom Saarland och för distriktet Karlsruhe ålades köparen att före eventuella affärer kontakta säljaren så att dennes ekonomiska intressen i regionen inte äventyrades. Kontrahenterna hade slutit ett ramavtal om årliga leveranser på 40 000 ton cement för en period av fem år. Vid den andra leveransen uteblev betalning varför avnämaren stämde och krävdes på betalning. Svaranden invände bl.a. att avtalet stred mot art. 81 och var ogiltigt.

EG-domstolen började med att fastslå att konkurrensbegränsningen i ramavtalet var av EG-rättslig dimension och dessutom märkbar, således förbjuden enligt art. 81. Käranden hävdade att om ramavtalet ansågs förbjudet och ogiltigt p.g.a. konkurrensbegränsningarna så drabbade den konkurrensrättsliga ogiltigheten fördenskull inte de enskilda leveransavtalen. Säljaren menade helt enkelt att de individuella leveransavtalen skulle

⁹⁰ Se Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 795.

⁹¹ Att förfäktat automatiskt ogiltighet för följdavtal utifrån *Béguelin*-målet endast genom citerande av domslutet utan bakgrundsförklaring indikerar bristen på förståelse av begreppet intellektuell rationalitet eller avsaknaden av densamma. (Jfr. Hellner, Jan, *Rättsteori*, s. 59.)

⁹² Mål 319/82 *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v. Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG* [1983] ECR 4173.

bedömas separat efter sitt eget innehåll och skilda från ramavtalet. Kommissionen var på denna punkt överens med säljaren och svävade inte på målet vid sitt yttrade.

”The extent to which the nullity of unlawful clauses in an agreement leads to the nullity of the whole agreement or *even invalidates any contracts which are made in performance of the agreement and which do not obtain such clauses is a matter for national law and not for the Court.*”[kursivering tillagd]⁹³

EG-domstolen, om än med mjukare formulering, var av samma åsikt. Det följde av tidigare avgöranden, i synnerhet av fallet *Société Technique Minière*, att den konkurrensrättsliga ogiltigheten

”applies only to those contractual provisions which are incompatible with Article [81.1]. The consequences of such nullity for other parts of the agreement are not a matter for Community law. *The same applies to any orders and deliveries made on the basis of such an agreement ...*”[kursivering tillagd].⁹⁴

Den EG-rättsliga konkurrensrätten reglerar sålunda inte ens de avtal som möjliggör verkställandet - parterna emellan - av en förbjuden och ogiltig konkurrensbegränsande uppgörelse. Helt enkelt därför att de individuella avtalen i sig inte strider mot art. 81. Det vore bra märkligt om det omvända gällde för följdavtal. Följdavtal verkställer en konkurrensrättsvidrig uppgörelse i förhållande till andra än de ursprungliga kontrahenterna. Intrycket från *Société de vente de ciments*-målet blir följande: kongruensen mellan ogiltighet och förbud är den bestående ledstjärnan vid avgöranden av konkurrensrättens civila sida.⁹⁵

Ett kommissionsbeslut, **ASTRA**⁹⁶, från 1993 bekräftar uttryckligen antagandet att följdavtal inte automatiskt skall anses ogiltiga. Ett förbjudet JV, angående satellitöverföring för televisionsprogram, upplöstes av de samarbetande parterna själva. I samband med upplösningen beslutade deltagarna i JV-företaget att kundavtal som redan

⁹³ Mål 319/82 *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v. Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG* [1983] ECR 4173, på s. 4179.

⁹⁴ Mål 319/82 *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v. Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG* [1983] ECR 4173, grund 11 i domskälen, på s. 4184.

⁹⁵ För fullständighetens skull skall påpekas att generaladvokaten i målet var skeptisk mot Kommissionens generella uttalande om räckvidden av art. 81.2. (Se Mål 319/82 *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v. Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG* [1983] ECR 4173, på s. 4189 f.)

⁹⁶ Kommissionsbeslut 93/50/EEG, *Astra*, EGT nr L 20, 28/01/1993, s. 23.

var ingångna skulle fortsätta att gälla, med viss ändring av partställningen. Kommissionen yttrande följande angående dessa följdavtal :

”[t]hese contracts perpetuate the restrictive effects resulting from the joint-venture agreement ... [t]his does not mean [however] that the customer contracts, simply because of their link with the restrictive horizontal agreements, are also caught by Article [81.1]”.⁹⁷

Författarna Blok, Fejø och Cienfuegos-Mateo hävdar samtliga, om än utan någon längre analys, att den EG-rättsliga utgångspunkten är att följdavtal, som i sig inte överträder art. 81, inte är ogiltiga per automatik.⁹⁸ Frestelsen är stor att redan här deklarerat att studien lyckats visa att förbjudna konkurrensbegränsande avtalsverkningar på följdavtal faller utanför EG-rätten. Slutsatsen grundas i systematisk-logiska slutledningar från EG-rättslig praxis samt stöds även av konkurrensrättslig europadoktrin. Det skulle emellertid uppstå en lucka av otillfredsställelse om argumentet ”förfelandet av konkurrensrättens syfte” från 3.1.1 inte bemöttes och neutraliserades på ett godtagbart sätt.

Till skillnad från specifika rättsregler, som antingen tillämpas eller inte tillämpas, kan rättsprinciper och skyddsändamål vägas mot andra principer.⁹⁹ Endera för att komplettera varandra eller för att skapa kompromisser. Mot bakgrund av EG-domstolens avgöranden, framförallt fallet *Société de vente de ciments*, kan det med fog förmodas att konkurrensrättens syften inte är överordnade allt annat inom EG-rätten. Jan Andersson lägger fram, med avstamp i Torbjörn Anderssons avhandling, en teori om motvikt till konkurrensrättens två ändamål. Konkurrensrätten kan inte tillämpas på ett sådant sätt att exempelvis skäligt avtalsklimat och sysselsättning offras för effektivitet och europeisk

⁹⁷ Kommissionsbeslut 93/50/EEG, *Astra*, EGT nr L 20, 28/01/1993, s. 23, punkt 33. Kommissionen använde sig av den offentlighetsrättsliga instrumentet den har till sitt förfogande (art. 3 i Rfö 17/1962) för att kräva positiva handlingar och ålade joint-venturedeltagarna att meddela kunderna om möjligheten till omförhandling av villkoren alternativt uppsägning av avtalen. (Kommissionsbeslut 93/50/EEG, *Astra*, EGT nr L 20, 28/01/1993, s. 23, s. 23, punkt 33.)

⁹⁸ Blok, Peter, *Ugylldighets sanktionen i fællesmarkedets konkurrenceret*, s. 508, Fejø, Jens, *EF-konkurrenceret*, s.63 – ställningstagandet upprepade i Fejø, Jens, *EU-konkurrenceret*, s. 75 samt Cienfuegos-Mateo, Manuel, *L'application de la nullité de l'article 85.2*, s. 348 f.

⁹⁹ Jfr. Dworkin : ”[r]ules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.”... ”Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect ... one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each.” (Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, s. 24 och s. 26.)

integration.¹⁰⁰ Jan Andersson menar att dylika hänsynstaganden gäller tillämpningen av all EG-rätt i allmänhet och placerar därför denna motvikt som ett övergripande ändamål i förhållande till de konkurrens- och integrationsfrämjande ändamålen.¹⁰¹ Det ligger nära till hands att av EG-domstolens praxis utläsa att, vid sidan om direkta regleringar, principen om avtalstrohet har prioriterats framför konkurrensfrämjande och skapandet av en enda marknad. Det står var och en fritt att kritisera¹⁰² denna gjorda avvägning men faktum kvarstår. EG-domstolen avstår från att, på ett EG-rättsligt plan, inskränka avtalstroheten utöver det som redan följer av det konkurrensrättsliga förbudet.

Europeisk doktrin samt rättsfallstudier verifierar antagandet i början av detta avsnitt. Förbjudna konkurrensbegränsande avtalsverkningar på följdavtal faller utanför EG-rättens ram. Slutsatsen är väl förankrad och negligerar inte de EG-konkurrensrättsliga ändamålsprinciperna. Vilket skulle bevisas.

3.2.2 Förbjudna konkurrensbegränsande avtalsverkningar på följdavtal faller utanför den svenska Konkurrenslagen

Den svenska Konkurrenslagens 6 och 19 §§ är som tidigare konstaterats en kopia av EG-rättens konkurrensregler. Vid tolkning och tillämpning av oklarheter skall KL följa den EG-rättsliga praxisen. Ingenting hindrar emellertid att nationell konkurrenslagsstiftning är strängare än den EG-rättsliga.¹⁰³ Därför är det hypotetiskt möjligt att KL, till skillnad från sin förebild, uttryckligen ogiltigförklarar följdavtal. Utgångspunkten i studien måste vara att om speciella föreskrifter saknas i KL faller följdavtalens status utanför den svenska konkurrensrätten precis som de faller utanför den EG-rättsliga konkurrensrätten.

Lagtexten nämner ingenting om rättsverkningarna för följdavtal. Ordalydelsen – avtal eller avtalsvillkor som är förbjudna enligt 6 § är ogiltiga - antyder ett snävt tillämpningsområde.

¹⁰⁰ Andersson, Torbjörn, *Rättsskyddsprincipen*, s. 283.

¹⁰¹ Jfr. ”Socialt hänsynstagande etc. fungerar således närmast som en bromsverkande ’dimma’ på konkurrensreglerna och förverkligandet av dess huvudändamål.” (Andersson, Jan, *Legala förbud och ogiltighet – En teleologisk studie*, s. 629.)

¹⁰² Jfr. Stenberg, Hans, *Studier i EG-rätt*, s. 515 och 524 f.

¹⁰³ Jfr. Wahl, Nils, *Konkurrensförhållande*, s. 93 och s. 249.

Inte heller motiven till 7 § KL ger en vink om drakoniska lösningar. Återstår således granskningen av bärkraften i de övriga argumenten i 3.1.2, nämligen att 33 § KL och förarbetena till den leder till att följdavtal omfattas av ogiltighetssanktionen i 7 §. Vid en första anblick är resonemanget - varför skulle rätten till skadestånd finnas om det vore rättsenligt att ta ut högre priser från början - tilltalande. Därutöver tycks citatet¹⁰⁴ från specialmotiveringen till 33 § bjuda på hårt motstånd gentemot ambitionen att visa att följdavtalen inte skall betraktas som ogiltiga av svensk konkurrensrätt. Det kommer emellertid visa sig att dessa förment starka invändningar inte är oöverkomliga för teorin om följdavtals a priori giltighet.

3.2.2.1 Anbudskartellscitatet

Anbudskartellscitatet skall mer eller mindre bortses ifrån i den mån uttalandet tas till intäkt för följdavtals ogiltighet. Uppsatsförfattaren är medveten om att uppmaningen – att bortse från propositionens ordalydelse – är kontroversiell. Icke desto mindre har den tre goda och klara skäl för sig. Ty stundom slumrar den gode Homeros till.¹⁰⁵

3.2.2.1.1 Förarbetena till KL skall tillerkännas mindre värde än förarbeten i allmänhet

Motivens allmänt starka ställning i den svenska rättstillämpningen är vida bekant.¹⁰⁶ Ett uttryck för detta är följande uttalande från dåvarande justitierådet Johan Lind :

”Har den svenske lagstiftaren implementerat t.ex. ett [EG-]direktiv i svensk lag kan det finnas svenska motivuttalanden om direktivets innebörd. Sådana motivuttalanden kan inte ha samma tyngd som motivuttalanden till en helt intern svensk lag.” ... ”Men har man nu traditionella motivuttalanden till en intern svensk lagstiftning kan jag inte förstå att man skall låta bli att påverkas av dem bara därför att Sverige anslutit sig till EU. Det kan ju hända att EU-lagstiftningen så småningom sväller ut till den grad att det börjar

¹⁰⁴ ”En förbjuden anbudskartell gör beställaren berättigad till ersättning för det merpris som han förmått betala på grund av anbudssamarbetet. Om beställaren med stöd av ogiltighetsregeln i 7 § låter avtalet gå åter, har han rätt till ersättning för de kostnader han haft för anbudsförfarandet men som blivit onyttiga”

¹⁰⁵ ”Quandoque bonus dormitat Homerus”. Horatius om varför även mästaren kan fela.

¹⁰⁶ Hellner, Jan, *Rättsteori*, s. 81.

bli omodernt att tolka svensk lag på något annat sätt än vad som görs i fråga om EU-lagstiftning. Men jag tror att den dagen är avlägsen”.¹⁰⁷

Det finns emellertid två skäl som talar för att förarbetena till KL inte skall tillerkännas samma valör som motiven i allmänhet. Det ena är att lagstiftaren faktiskt själv antyder detta.

”En avsikt med vårt förslag är att ... så långt som möjligt uppnå materiell rättslikhet med Romfördragets konkurrensregler och därmed också med den kommande svenska EES-lagens motsvarande regler. För att åstadkomma detta *måste motivskrivningen hållas på ett relativt allmänt plan för att inte hindra en dynamisk rättsutveckling på området* på samma sätt som sker i EG-rätten och i andra länder med likartade rättssystem.”[kursivering tillagd]¹⁰⁸

Det andra – om än inte tungt vägande – skälet är att lagstiftningsarbetet med KL skedde under ovanligt pressat tidsschema till följd av den då förestående EES-anslutningen. Mycket av de lagtekniska förslagen som konkurrenskommittén¹⁰⁹ föreslog, efter 2,5 års relativt omfattande utredningsarbete, lämnades därhän. Anledningen därtill var att regeringen angav ny riktning och fattade beslut om att KL helt och hållet skulle utformas efter EG-rättens konkurrensregler. Sex månader efter detta beslut presenterades en tunn departementspromemoria med ett delvis nytt förslag till en ny konkurrenslag.¹¹⁰ Ytterligare sex månader senare lade regeringen fram sin proposition. Det faktum att motiven till förevarande KL i allmänhet och specialmotiveringarna till enskilda paragrafer i synnerhet, mer eller mindre stressades fram behöver naturligtvis inte i sig betyda att de är bristfälliga. Däremot får det anses rimligt att risken ökat för förekomsten av mindre övervägda uttalanden.

3.2.2.1.2 Anbudscitatet saknar intentionsdjup

Uttalandet om anbudskarteller förekommer i *specialmotiveringen* till 33 § (och inte till 7 §) och tar dessutom blott tar sikte på anbudskarteller. Av dessa två anledningar går det att

¹⁰⁷ Lind, Johan, *Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla*, s. 359. Jfr. med ett resonemang om motivens pro och contra hos Peczenik, Aleksander, *Svenska lagmotiv i Europeisk Union*, s. 306 ff. Se även Norberg, Sven, *Reflektioner över svenska rättstraditioner i en europeisk rättsmiljö*, s. 381 ff.

¹⁰⁸ Prop. 1992/93:56 s. 21. Jfr med Norberg, Sven, *Reflektioner över svenska rättstraditioner i en europeisk rättsmiljö*, s. 382.

¹⁰⁹ Konkurrenskommittén (C 1989:03.)

utan större rättspositivistisk samvetskval förringa uttalandets värde som allomfattande vägledning avseende följdavtalens status.¹¹¹

3.2.2.1.3 Anbudscitatet är förmodligen behäftat med en felaktig hänvisning

Vad beträffar det dristiga påståendet om felaktighet kan följande anföras. Enligt uppsatsförfattaren har, under den konkurrensrättsliga lagstiftningsarbetet avseende konkurrensrättens civila sida, en olycklig sammanblandning skett mellan konkurrensrätlig och civilrättslig ogiltighet. Läsarens förståelse för denna våghalsiga uppfattning vinnns förhoppningsvis, om förbudet mot anbudskarteller och lagstiftarens omsorg om beställaren nystas upp i förarbetena.

Konkurrenskommittén angav i sitt huvudbetänkande ett författningsförslag på en ny konkurrenslag.¹¹² Förslaget byggde i princip vidare på det tidigare rådande föreningen mellan missbruksprincipen och förbudsprincipen inom svensk konkurrensrätt.¹¹³ Kommittén föreslog betydande skärpningar genom att dels införa nya förbud mot priskarteller och markandskarteller, dels ett nytt – straffbefriat - sanktionssystem för överträdelser av förbuden. I författningsförslaget behandlades bruttoprisförbud, priskartellsförbud, marknadsdelningsförbud, inköpskartellsförbud och anbudskartellsförbud under separata paragrafer, 4 - 8 §§. Förbudens omfattning samt vissa undantag och dispensmöjligheter därifrån angavs närmare i 10 – 12 §§. För anbudskartellsförbudet i 8 § fanns dessutom undantag föreskrivna i paragrafens andra och tredje stycke. Bestämmelsen efterföljdes av en regel som mer direkt skyddade den som utsattes för kartellen. 9 § löd :

”[e]n näringsidkare som har ingått eller tillämpat ett sådant avtal som avses i 8 § första stycket men som är tillåtet enligt andra eller tredje stycket skall, om han lämnar anbud i en anbudstävling som berörs därav, senast när anbudet lämnas skriftligen lämna uppgift om detta till den som anbudet skall riktas till. Uppgift skall lämnas även när förfarandet är tillåtet enligt 10 § första stycket eller 11 § andra stycket”.

¹¹⁰ Ds 1992:18.

¹¹¹ Jfr. med domskälen i mål nr. T 3236-01, Svea Hovrätt, *Boliden Mineral AB mot Birka Värme Stockholm AB*, 2002-05-14.

¹¹² SOU 1991:59.

Om verkan av avtal i strid med förbuden stadgade 19 § 1 st. bl.a. att avtal eller avtalsvillkor förbjudna i 4-8 §§ var ogiltiga. 19 § 2 st. behandlade avtal som tillkommit i en anbudstävling och där meddelandeskyldigheten i 9 § inte iakttagits. Avtalet mellan beställaren och anbudsgivaren skulle då vara ogiltigt *om inte beställaren sedan han fått kännedom som anbudssamarbetet ändå godkände avtalet.*

Redan nu kan konstateras att författningsförslaget gjorde – om än omedvetet - en distinktion mellan å ena sidan den konkurrensrättsliga ogiltigheten som drabbade förbjudna avtalsvillkor och som inte kunde läkas av parternas företaganden, och å andra sidan en ogiltighet som var av dispositiv art. Syftet med den senare ogiltigheten var inte att värna om konkurrensen i första hand. Huvudändamålet var snarare att skydda beställaren (inte sällan statliga och kommunala rättssubjekt) och därför kunde ogiltigheten läkas på initiativ av densamme. Att ogiltighetsbestämmelsen i 19 § 2 st. i själva verket är av civilrättslig art framgår av kommentaren till författningsförslaget.

”Anbudssamverkan mellan företag som omfattas av t.ex. marknadsandelsundantaget är i och för sig tillåten, men till skydd för beställaren anges det i 9 § i lagförslaget att företagen måste underrätta beställaren om samarbetet. Om beställaren accepterar ett anbud från något av de företag som samverkat utan att vara medveten om att konkurrensen satts ur spel så har han ingått avtalet *under felaktiga förutsättningar*. Med stöd av den särskilda ogiltighetsregeln i 19 § kan han låta avtalet gå åter”[kursivering tillagd].¹¹⁴

Skadeståndsskyldighet vid överträdelse av förbuden föreskrevs i författningsförslagets 24 §. Ett skäl till varför motiven så bestämt underströk beställarens rätt till ersättning för onödiga kostnader följer av det faktum att svensk rätt, generellt sett, är restriktiv avseende skadestånd som en potentiell rättsföljd till ogiltighet enligt förutsättningsläran.¹¹⁵ I specialmotiveringen till 24 § återfinns därför följande.

”Vid överträdelse av anbudskartellförbudet är beställaren berättigad till ersättning för det merpris som han förmåtts betala på grund av det förbjudna anbudssamarbetet. Om beställaren med stöd av ogiltighetsregeln i 19 § låter avtalet gå åter, har han enligt

¹¹³ Se kortfattad om de olika principerna Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, s.16.

¹¹⁴ SOU 1991:59, del 2, s. 287.

allmänna regler rätt till ersättning för de kostnader han haft för anbudsförfarandet men som blivit onyttiga.”¹¹⁶

Det är i detta uttalande som den förvirrande odysseen har startat. Jämfört med uttalandet strax ovanför framstår det som om kommittén anser att följdavtal knutna till anbudskarteller som inte är undantagna skall vara ogiltiga enligt 19 § 1 st., d.v.s. ogiltiga per automatik. Anledningen till detta är minst sagt höljt i dunkel. En beställare som ovetandes är föremål för en i och för sig tillåten anbudskartell ges möjlighet till att frånga ett avtal p.g.a. de *felaktiga förutsättningar* han utsätts för. En beställare som är föremål för en förbjuden anbudskartell är ju utsatt för exakt samma felaktiga förutsättningar. Varför skall den ogiltigheten plötsligt inte längre ha en civilrättslig grund utan istället en konkurrensrättslig? Och varför skall ogiltigheten utsträckas längre än själva det konkurrensrättsliga förbudet? En sådan ogiltighet är vidare en nullitet och skall uppmärksammas ex officio. Vilket betyder att det inte längre handlar om skydd för beställaren i första hand, utan även anbudsgivare ges möjlighet, om det skulle passa denne, att påtala ogiltigheten. Logiken är sålunda inte alldeles klar, för att inte säga självmodersäkert.¹¹⁷

Skälet till den bristande klarheten är att uttrycklig konkurrensrättslig ogiltighet infördes i svensk rätt först i och med KL. ÄKL innehöll inte en uttrycklig ogiltighetsförklaring av förbjudna avtal. I det fallet fick ogiltigheten grundas på allmänna principer om legala förbud (jfr. med 3.1.3). Ett uttalande i samband med tillkomsten av 36 § AvtL är belysande.

”Vissa typer av konkurrensbegränsande avtal, nämligen bruttoprissättning och anbudskarteller, är förbjudna enligt konkurrensbegränsningen. Vissa typer av konkurrensbegränsande avtal, om den civilrättsliga verkan av förbudet, torde man kunna anta att dessa avtal är civilrättsligt ogiltiga. I betraktande av att förbudet har lett till att sådana avtal blivit ovanliga, har frågan dock mindre intresse.

¹¹⁵ Se Lehrberg, Bert, *Förutsättningsläran*, s. 568 samt Karlgren, Hjalmar, *Avtalsrättsliga spörsmål*, s. 137 ff.

¹¹⁶ SOU 1991:59, del 2, s. 475.

¹¹⁷ Vid lagstiftningen övergick man helt och hållet till förbudsprincipen. Vidare togs bl.a. kommitténs förslag om meddelandeskyldighet bort. (Ds 1992:18 s. 53.)

Större intresse har däremot spörsmålet om den civilrättsliga verkan av avtal som, utan att träffas av dessa uttryckliga förbud, dock kan förmodas vara skadligt konkurrensbegränsande i lagens mening.

...

Enligt utredningens mening skulle det vara föga förenligt med den allmänna principen för bedömning av vad som är skadlig konkurrensbegränsning och med den möjlighet till förhandling m.m. som svensk rätt lämnar att de allmänna domstolarna skulle gå in på en självständig prövning av skadligheten enligt konkurrensbegränsningslagen, särskilt som bedömningen enligt lagen avser den allmänna ekonomiska verkan, inte verkan för den enskilda parten. Men om marknadsdomstolen exempelvis kommit fram till resultatet att ett långvarigt avtal är skadligt, torde allmän domstol vid sin civilrättsliga bedömning kunna stödja sig på marknadsdomstolens avgörande. Det förhållandet att marknadsdomstolen bedömt ett avtal som skadligt konkurrensbegränsande bör således kunna utgöra skäl för att enskild part inte skall behöva vara bunden vid avtalet enligt dess innehåll.

Därjämte kan givetvis tänkas att ett konkurrensbegränsande avtal bör jämkas på grund som inte direkt har att göra med dess skadlighet från allmän ekonomiskt synpunkt ... [s]ådan jämkning förutsätter inte att avtalet innefattar skadlig konkurrensbegränsning i konkurrensbegränsningslagens mening. Bedömningen blir densamma som annars vid otillbörliga villkor ... ”.¹¹⁸

Uttalandet pekar dels på att konkurrensrättslig ogiltighet följer förbudet, dels på att det som faller utanför förbudet i och för sig också kan bli ogiltigt men på andra grunder, nämligen civilrättsliga. Denna korrekta och ytterst viktiga distinktion upprätthölls inte i propositionen till KL, där en uttrycklig ogiltighetsparagraf infördes.

”Även om det förmodligen är så att avtal som strider mot det föreslagna förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete kan förklaras ogiltiga med stöd av 36 § avtalslagen, bör enligt regeringens mening ogiltighetsverkan framgå direkt av lagen på samma sätt som i EG-rätten”.¹¹⁹

En trolig förklaring till uttalandet i specialmotiveringen till 33 § KL blir således följande. Det har av hävd funnits en stark vilja hos lagstiftaren att skydda beställare i

¹¹⁸ SOU 1974:83 s. 144.

¹¹⁹ Prop. 1992/93:56 s. 32.

anbudskartellssammanhang.¹²⁰ Meningen har varit att i motiven understryka beställarens möjlighet till att frångå avtal och erhålla skadestånd för sina merkostnader. Samtidigt har det (felaktigt?) utgått ifrån att ogiltighetsparagrafens införande i KL i princip endast varit en förtydligande parafras av det som följde av 36 § AvtL och förutsättningsläran. Därför har återgångsmöjligheterna för beställaren fått en olycklig syftning till 7 § KL istället för till civilrättsliga ogiltighetsgrunder. Godtas denna möjliga förklaring skall, vid tillämpning av 7 § KL, uttalandet under specialmotiveringen till 33 § helt och hållet bortses ifrån. Anses däremot hypotesen inte vara sannolik följer det ändå av presenterade fakta att endast följdavtal till anbudskarteller möjligen kan falla under tillämpningen av 7 § KL.

3.2.2.2 Skadeståndsresonemanget

Resonemanget, följdavtal är ogiltiga därför att lagstiftaren inte skulle ha medgett en rätt till skadestånd om det vore rättsenligt att från början exempelvis ta ut högre priser, är inte hållbart. Det ligger i öppen dager att ogiltighet och skadestånd enligt Konkurrenslagen är två kumulativa rättsföljder.¹²¹ Ibland kan det ena yrkas, ibland det andra och stundom bådadera. Att skadestånd utdöms till följdavtalskontrahent innebär inte att följdavtalet måste vara ogiltigt. Det betyder endast att en ekonomisk skada har kunnat konstateras, oavsett om avtalet var giltigt eller ej.¹²² Det finns situationer där möjligheten till konkurrensskadestånd faktiskt förutsätter avtalets giltighet. En återförsäljare har rätt till skadestånd om denne kan visa att han utsatts för ett förbjudet prissamarbete och därav lidit ekonomiskt skada. Låter återförsäljaren däremot avtalet med leverantören gå åter, p.g.a. felaktiga förutsättningar, kan han inte samtidigt få konkurrensskadestånd – då finns det sannerligen ingen skada att ersätta!

Argumenten från 3.1.2 har härmed bemötts. Det finns inget stöd för att, i strid med art. 81.2, utsträcka ogiltighetsbestämmelsen i 7 § KL till att gälla följdavtal. Goda skäl talar

¹²⁰ Utöver ovan redovisade fakta kan också nämnas att i ÄKL var anbudskartellsförbudet straffrättsligt sanktionerat. (14 § och 34 § ÄKL)

¹²¹ Om kumulativa samt alternativa rättsgrunder och rättsföljder se Ekelöf, Per Olof, *Rättegång II*, s. 135 ff.

¹²² Jfr. med köplagens bestämmelser om exempelvis påföljder vid fel i vara. Skadestånd utgår inte endast vid hävning utan även vid avhjälpande, omleverans och prisavdrag. D.v.s. skadeståndsmöjlighet finns även då avtalet anses giltigt.

för att anbudskartellsuttalandet i motiven till 33 § KL skall tas med en nypa salt och på sin höjd, om ens det, tillerkännas betydelse endast vid anbudskarteller. Vidare existerar ingen systematik mellan konkurrensrättslig ogiltighet och skadestånd som skulle innebära att allt som renderar skadeståndsmöjlighet för tredje man också är ogiltigt. Snarare är det korrektare att beskriva situationen på det sättet att den kontrahent som är missnöjd med sitt följdavtal, men som inte kan åberopa 7 § KL, istället kan tillgodose sina ekonomiska intressen just genom skadeståndsmöjligheten i 33 § KL. Ett sådant synsätt ligger också i linje med klassisk svensk kontraktsrätt där skadestånd betraktas som en sekundär sanktion vilken inträder när andra påföljder inte kan leda till avsedd resultat.¹²³

3.2.3 Följdavtal är a priori giltiga enligt den svenska civilrätten

I sak finns inget att invända mot menandena i 3.1.3. Det bestrids inte i denna uppsats att ogiltigheten i 7 § KL är att betrakta som en nullitet och att KL bärs upp av starka samhälleekonomiska intressen.¹²⁴ Däremot menar uppsatsförfattaren att situationen med följdavtal analyserats från fel håll vilket resulterat i den bakvända slutsatsen.

Avtalsfrihet är förutsättningen för en fungerande marknadsekonomi. Avtal innebär omsättningsmöjlighet och produktivitet. Den mest grundläggande funktion hos avtal är att vara partbindningsmedel.¹²⁵ Den civilrättsliga principiella utgångspunkten är därför *pacta sunt servanda* – avtal skall hållas. Svensk civilrätt har av hävd hållit hårt på denna trohetsprincip.¹²⁶ Naturligtvis måste principer och huvudregler, även avtalstrohetsprincipen, frångås när det föreligger sakliga skäl härtill.¹²⁷ Samtidigt innebär synsättet att när sakliga skäl att frångå huvudregeln inte kan förebringas skall avtal anses giltiga.

¹²³ Se Hellner, Jan, *Allmänna ämnen*, s. 188.

¹²⁴ Om nullitet, observera resonemanget i 2.3.

¹²⁵ Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, s. 20.

¹²⁶ Se bl.a. Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, s. 75.

¹²⁷ Jfr. Hellner, Jan, *Rättsteori*, s. 55 ff.

Som exempel på där lagstiftaren uttryckligen medgett avsteg från principen *pacta sunt servanda* kan först och främst nämnas ogiltighetsgrunderna i 3 kapitlet AvtL. Vidare har både avtalsfriheten och avtalsbundenheten reglerats av lagstiftaren bl.a. i sammanhang som rör konsumentförhållanden, arbetsmarknadsförhållanden och i olika associationsrättsliga situationer. Föremålet för denna studie, ogiltighet i konkurrensrätten, är ytterligare ett nytillkommet avsteg från avtalstrohetsprincipen. Uppsatsförfattaren känner inte till något undantag från avtalstrohetsprincipen i en annan, med följdavtal jämförbar, rättslig situation där en första ogiltighet skulle ”smitta ner” andra fristående avtal. Det är inte meningen att nullitet skall verka över hövan.

”... [N]ullitet ernår till sist en stegrad intensitet i de fall, där ytterligare tillkommer, att domaren ex officio har att beakta ogiltigheten, möjligen även att en i förhållande till vad eljest gäller vidgad krets av tredje män äger göra densamma gällande. Här är nullitetsbeteckningen mer än eljest träffande, dock att man icke ens i dessa lägen får förutsätta frånvaron av varje som helst med det felaktiga rättsärendet förbunden rättsverkan.” [kursivering tillagd]¹²⁸

Som ett exempel på att principen om avtalstrohet står stark i Sverige, och att klara grunder krävs för att frånga den, skall redogöras för ogiltighetspåföljden vid två numera upphävda legala förbud. I två lagar, nämligen lagen (1982:617) om utländska förvärv av svenska företag m.m. och lagen (1982:618) om utländska förvärv av fast egendom m.m., krävdes tillstånd när utländsk rättssubjekt ville förvärva fast egendom i Sverige eller, under vissa förutsättningar, när sådana rättssubjekt ville förvärva aktier i svenska aktiebolag. Om tillstånd inte söktes eller om ansökan om tillstånd avslogs var förvärvet ogiltigt. Ogiltigheten var av det kraftigare slaget, lagrådet påpekade att

”[o]giltigheten kan göras gällande av parterna i transaktionen hur länge som helst och det medför ett bestående osäkerhetstillstånd för dem”.¹²⁹

Lagrådet diskuterade huruvida det kunde finnas skäl att föreslå ett tillägg där ogiltigheten inte skulle kunnas göras gällande sedan viss tid förflutit efter ett förvärv. För att en sådan bestämmelse skulle bli av större praktiskt värde måste emellertid preskriptionstiden, enligt lagrådet, vara kort, och därmed skulle det föreligga påtaglig risk för systematisk kringgående av lagen. Därför drogs slutsatsen att det

¹²⁸ Karlgren, Hjalmar, *Ett gammalt tvisteämne*, s. 260.

”synes nödvändigt att godta de nu berörda olägenheterna som naturliga konsekvenser av den föreslagna ordningen”.¹³⁰

Nulliteten och de starka politiska motiven bakom lagen till trots, ansågs ogiltigheten på intet sätt automatiskt drabba tredje mäns avtal med förvärvaren.¹³¹ Det är naturligtvis inte helt korrekt att jämföra regler om godtrosförvärv för tredje män med giltigheten av följdavtal. Godtrosregler syftar, vid sidan av att främja omsättningen, till att *skydda* tredje män. Avsikten med jämförelsen är endast att visa att godtycklig frångående från avtalstrohetsprincipen saknas i svensk rätt och att omsättningsintresset alltid tas i beaktning och övervägs innan undantag från principen medges.

Slutsatsen blir alltså att följdavtal inte per automatik kan anses vara ogiltiga då en sådan utgångspunkt skulle gå stick i stäv mot den grundläggande civilrättsliga principen *pacta sunt servanda*. Med det inte sagt att följdavtal skulle vara ovanligt oryggliga. Ingenting hindrar att vissa avtal ändå blir civilrättsligt ogiltigförklarade på grund av att de innehåller oskäliga villkor eller att de tillkommit under felaktiga förutsättningar. Där blir det frågan om en individuell bedömning för varje avtal i sig.¹³²

För trovärdighetens skull skall emellertid nämnas situationen där ett avtal som konstituerar ett JV-samarbete anses ogiltigt i sin helhet enligt 7 § KL. För parterna i ett JV innebär detta att deras inbördes skyldigheter och rättigheter varit utan verkan *ex tunc*, d.v.s. redan från när avtalets slöts. Om JV-samarbetet bedrivits genom att gemensamt bolag bildats uppstår frågan om vad som händer med de avtal som JV-företaget har slutit med tredje man. Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete måste anses träffa utöver de faktiska

¹²⁹ Prop. 1981/82:135 s. 93.

¹³⁰ Prop. 1981/82:135 s. 94.

¹³¹ Prop. 1981/82:135 s. 93. Det skall i sammanhanget även påpekas att i lagen om utländska förvärv av fast egendom angavs att av misstag beviljad lagfart läkte fångets ogiltighet. Detta ligger i linje med svensk rätts negativa syn på osäkerhetsmoment, för kontrahenterna och tredje män, i omsättningen. Se även Nial, Håkan, *Om förvärv i strid mot legala förbud*, s. 26 ff.

¹³² Mål nr. T 8-648-97, Stockholms Tingsrätt, *Boliden Mineral AB mot Birka Värme Stockholm AB*, handlade i huvudsak om huruvida ett förbudet standardavtalssamarbete mellan elleverantörer innebar att ett följdavtal mellan en av leverantörerna och en förbrukare var ogiltigt. Tingsrätten, med hänvisning till Carlsson m.fl., *Konkurrenslagen. En kommentar*, s.141, stannade för en restriktiv tolkning av 7 § KL och ogiltigförklarade inte följdavtalet. Inte heller kändens andra grund, ogiltighet eller jämkning enligt 36 § AvtL, stöddes av

samarbetsklausulerna även själva registreringen av bolaget, eftersom det är registreringen som ger upphov till att bolaget kan ikläda sig rättigheter och skyldigheter.¹³³ Att bolaget blir en juridisk person är ju förutsättningen för att den aktuella konkurrensbegränsningen skall kunna bedrivas. Sålles är registreringen ogiltig och en juridisk person har därför aldrig förelegat. Som påpekats är den mest grundläggande funktionen hos ett avtal att utpeka vilka parterna är och att vara ett medel för att binda parterna.¹³⁴ När ett JV förbjuds och avtalet mellan JV-företagen samt registreringen av bolaget ogiltigförklaras retoraktivt innebär detta att JV-företaget aldrig existerat som rättssubjekt. Om ett rättssubjekt aldrig existerat kan det inte heller utpekas och bindas i ett avtal.¹³⁵ Resonemanget leder till slutsatsen att avtalet mellan ett sådant JV och tredje man är att betrakta som en nullitet. Tredje man kommer att stå utan avtalspart eftersom JV-företaget förbjuds att fortsätta sin verksamhet.¹³⁶ Följdavtalets ogiltighet i det här sammanhanget är sålles en följd av att kontrahent inte haft rättskapacitet och inte av att följdavtalet varit knutet till ett annat ogiltigt avtal. Distinktionen, mellan ogiltighet grundad på allmänna civilrättsliga regler å ena sidan och konkurrensrättsliga regler å andra sidan, har i det här fallet ingen större praktiskt betydelse men är av största vikt för en korrekt uppfattning om räckvidden av 7 § KL. Den klarsynte företagaren inser härvidlag att genom att undvika ett institutionaliserat, till äventyrs konkurrensstridigt, samarbete minimeras risken för att följdavtalen till kompanjonskapet skall drabbas av ogiltighet.

rätten. Hovrätten fastställde domen, se Mål nr. T 3236-01, Svea Hovrätt, *Boliden Mineral AB mot Birka Värme Stockholm AB*. 2002-05-14. Det är inte osannolikt ärendet går upp till HD.

¹³³ Jfr med förarbetena till 35 § KL där det anges att det som är konstitutivt för genomförandet av en företagskoncentration drabbas av ogiltighet. (Prop. 1998/99:144 s. 89 f.)

¹³⁴ Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, s. 20.

¹³⁵ Jfr. med associationsrätten. När avtal i bolagets namn ingås före registrering anses inte bolaget bundet då det saknar rättskapacitet, 2:13 ABL. (Se Rodhe, Knut, *Aktiebolagsrätt*, s. 31 f.)

¹³⁶ Uppfattningen delas av Carlsson m.fl., *Konkurrenslagen. En kommentar*, s. 142 och Linder & Westin, *Något om avtals eller avtalsvillkors ogiltighet*, s. 55.

3.3 Sammanfattning och kommentarer

Den kontraktuella ”arvsynd” som Ulf Bernitz, Jan Andersson, Westin & Gustafsson och Wetter m.fl. tillskriver konkurrensrättens civila sida saknar vederhäftighet. I kapitlet har med stöd av praxis, europeisk doktrin och avtalsrättsliga grundprinciper följande kunnat fastställas.

- 1) Följdavtalens status faller utanför den EG-rättsliga konkurrensrätten.
- 2) Följdavtalens status, med svag reservation för anbudskarteller, faller utanför den svenska konkurrensrätten.
- 3) Gällande civilrätt erbjuder inga sakliga skäl och grunder för att frånga den grundläggande *pacta sunt servanda*-principen och automatiskt ogiltigförklara följdavtalen.
- 4) Ett individuellt följdavtal kan naturligtvis drabbas av ogiltighet om det i sig är konkurrensbegränsande eller innehåller andra villkor som aktualiserar civilrättsliga ogiltighetsgrunder.
- 5) När ett JV upphör att existera p.g.a. konkurrensrättslig reglering är dess avtal med tredje män att betrakta som nulliteter, eftersom JV-företaget aldrig varit ett rättssubjekt och aldrig innehåft rättskapacitet.

Det är i entusiasmen att främja konkurrensen och att därmed i längden gagna omsättningen som en ogiltighetsexcess förespråkas. En konkurrensrättslig arvsynd skulle emellertid medföra märkliga och oöverskådliga effekter för omsättningen. Transaktionskostnaderna skulle skena iväg när förutsägbarheten omsider sjunker till en nivå där alla avtal på marknaden mer eller mindre kan angripas. För om följdavtal anses ogiltiga per automatik, vad hindrar då en från att argumentera att följdavtal till följdavtal också är ogiltiga? Det skulle inte finnas någon hejd på avtalsrättsliga palavrer. Föga förvånande förs faktiskt liknande resonemang av Jan Andersson.¹³⁷ Enligt uppsatsförfattaren mening är detta *passing on*-resonemang där tryckvågen från en initial ogiltighet aldrig synes bedarra, och

¹³⁷ Andersson, Jan, *Legala förbud och ogiltighet – En teleologisk studie*, s. 633 f.

som för övrigt inte är accepterad i svensk rätt,¹³⁸ ingenting annat än ett oönskat skräckscenario.

¹³⁸ Andersson, Torbjörn, *Rättsskyddsprincipen*, s. 100 ff.

Desse äro laga fång, därigenom man jord, hus och grund, å landet och i staden, förvärva må: ett är arv, om lagligen ärvt är; annat är skifte, om lagligen skift är; tredje är köp, om lagligen köpt är; fjärde är gåva, om lagligen givet är; femte är pant, om den lagligen pantsatt och förstånden är: allt efter som i denna lagbok skrivet står. Lagligt stånde, olagligt återgånge.

/Gamla Jordabalken 1 kap. 1 §.

4. Avtalets eventuella återgång till följd av konkurrensrättslig ogiltighet

I förevarande kapitel skall undersökas huruvida krav på återgång av prestationer, som företagits i enlighet med ett i senare skede ogiltigförklarat konkurrensbegränsande samarbetsavtal, skall uppbära rättsligt skydd eller inte. Som tidigare påpekats har rättsföljderna av konkurrensrättslig ogiltighet inom EG-rätten i mångt och mycket överlämnats till de nationella domstolarna att avgöra. Framställningen kommer därför att inledas med ett kortare avsnitt där läsaren uppmärksammas på de ramar som uppställs av EG-rätten. Därefter följer en mer ingående redogörelse av hur lösningen i den svenska civilrätten, mot bakgrund av EG- och konkurrensrätten, bör se ut. Kapitlet avslutas med en kort sammanfattning.

4.1 EG-rätten

I **Société de vente de ciments**-fallet ¹³⁹ från 1983, som behandlades ovan i sammanhang med följdavtal, begärde den tyska domstolen (Oberlandesgericht Saarbrücken) även klagörande av följande fråga.

”... Is Article [81.2] of the EEC Treaty to be interpreted as meaning that the nullity which it stipulates is such as to affect physical transactions made in performance of obligations under the contract of sale, so that a supplier is not to be permitted, in so far as he has made deliveries, to claim recovery of his assets (on the basis of the rules

¹³⁹ Mål 319/82 *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v. Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG* [1983] ECR 4173.

governing unjust enrichment in the Federal Republic of Germany) under the void contract of sale?”.¹⁴⁰

På denna konkreta fråga om återgång svarade domstolen att den konkurrensrättsliga ogiltighetens upphov till ekonomiska förpliktelser ("the resulting financial obligations") föll utanför EG-rättens ramar och fick avgöras av nationella domstolar i enlighet med den inhemska rättsordningen.¹⁴¹ EG-domstolen vägrade således att uttala sig om möjligheten till återgång överhuvudtaget. Utifrån detta rättsfall går det därmed inte att dra några slutsatser angående återgång i konkurrensrätten annat än att EG-rätten inte kräver en universell lösning.

I ett relativt färskt avgörande, **Courage**-målet¹⁴² angående EG-rättslig *skadestånd* till följd av överträdelse av konkurrensrätten, gör EG-domstolen vissa uttalanden i domskälen som är värda att betraktas när rättsföljderna av konkurrensrättslig *ogiltighet* skall bestämmas. De fyra frågor som EG-domstolen skulle ta ställning till var följande.

- 1) Huruvida part som ingått ett avtal i strid med art. 81 kan åberopa samma artikel och väcka talan mot sin motpart.
- 2) Om första frågan besvarades jakande, huruvida käranden kan yrka skadestånd för den skada han lidit p.g.a. att han följt den klausul som stred mot art. 81.
- 3) Huruvida det är förenligt med EG-rätten att den nationella rätten förbjuder att part grundar en talan på sina egna rättsstridiga handlingar.
- 4) Om tredje frågan besvaras jakande, under vilka omständigheter är ett sådant förbud förenligt med EG-rätten.

¹⁴⁰ Mål 319/82 *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v. Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG* [1983] ECR 4173, punkt 3 i domens faktadel, på s. 4176.

¹⁴¹ Mål 319/82 *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v. Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG* [1983] ECR 4173, grund 11 och 12 i domskälen, på s. 4184.

¹⁴² Mål C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd and Others* [2001] ECR I-6297. Målet har kommenterats av Wahl, Nils, *Skadestånd i konkurrensrätt*, s. 574 ff. *Courage*-målet är av störst intresse för att utröna huruvida rätt till skadestånd följer av överträdelse av EG-rättens konkurrensregler. Om så är fallet, är den rättigheten direkt baserad på EG-rätten eller på kravet att rättigheter inom EG-rättens tillerkänns likvärdigt skydd som rättigheter baserade på nationell rätt. Svaret på den första frågeställningen är onekligen jakande. Om den senare frågeställningen se Wahls kommentar på s. 567 ff.

EG-domstolen angrep frågeställningarna genom att inledningsvis framhäva EG-rättens krav på rättskydd samt art. 81:s grundläggande karaktär.¹⁴³ Därefter besvarar EG-domstolen den första frågan jakande.

“It follows from the foregoing considerations that any individual can rely on a breach of Article [81.1] of the Treaty before a national court even where he is a party to a contract that is liable to restrict or distort competition within the meaning of that provision.”¹⁴⁴

Avseende rätten till skadestånd menar domstolen att varje person måste a priori kunna begära ersättning för den skada som han förorsakats av en förbjuden konkurrensbegränsning. I annat fall skulle, enligt EG-domstolen, den fulla och ändamålsenliga verkan av art. 81 kunna ifrågasättas. Vidare betonar domstolen att rätten till skadestånd fyller en preventiv funktion, vilket är väsentligt för upprätthållandet av en effektiv konkurrens.¹⁴⁵ Följaktligen medger EG-domstolen att parter till ett konkurrensrättsstridigt avtal kan väcka talan mot varandra med det förbjudna avtalet och art. 81 som grund och därvid erhålla skadestånd.

Domstolen fortsätter emellertid med att påpeka att gemenskapsrätten inte utgör ett hinder mot att principen om obehörig vinst iakttas.¹⁴⁶ Vidare uppmärksammar domstolen principen om att ingen enskild skall kunna dra nytta av sitt eget rättsstridiga handlande.¹⁴⁷ Därför, menar domstolen, förbjuder inte gemenskapsrätten en nationell regel där rätt till konkurrensskadestånd nekas om det styrks att parten haft ett betydande ansvar för snedvridningen av konkurrensen.¹⁴⁸ Som bedömningskriterier för det betydande ansvaret

¹⁴³ Mål C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd and Others* [2001] ECR I-6297, grund 19-23.

¹⁴⁴ Mål C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd and Others* [2001] ECR I-6297, grund 24.

¹⁴⁵ Mål C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd and Others* [2001] ECR I-6297, grund 26-28.

¹⁴⁶ Mål C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd and Others* [2001] ECR I-6297, grund 30.

¹⁴⁷ Mål C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd and Others* [2001] ECR I-6297, grund 31.

¹⁴⁸ Mål C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd and Others* [2001] ECR I-6297, grund 31.

räknar domstolen upp parts ekonomiska och rättsliga ställning samt förhandlingsstyrkan vis-à-vis motparten.¹⁴⁹

Courage-målet handlar som framgått om den ena av konkurrensrättens två civila sanktioner. I brist på EG-rättslig vägledning avseende återgång till följd av den andra civilrättsliga sanktionen, ser uppsatsförfattaren det som nödvändigt att vid analys av just återgång uppmärksamma särskilt två punkter i domstolens resonemang.

1) Att kontraktsparter kan erhålla skadestånd från varandra – beroende på var det betydande ansvaret blir placerat - är enligt uppsatsförfattarens mening ett tecken på att domstolen understryker de civilrättsliga **sanktionernas preventiva funktion inom konkurrensrätten**. Rätten till skadestånd torde leda till att den underlägsne kontrahenten får incitament till att avslöja ingångna konkurrensbegränsningar och kräva skadestånd medan den överlägsne kontrahenten kommer att dra sig för att sluta konkurrensbegränsande avtal överhuvudtaget.

2) Ett nationellt **förbud mot obehörig vinst och mot att part drar nytta av sitt eget rättsstridiga handlande** är förenligt med EG-rätten. EG-domstolen refererade t.o.m. till tidigare praxis där dessa två principer uppmärksammats. Att EG-domstolen uppmärksammar dessa principer vid utformandet av EG-rättslig konkurrensskadestånd tyder, enligt uppsatsförfattaren, på att EG-domstolen förlämnar skadeståndet, utöver dess preventiva funktion, även en **reparativ funktion**. I annat fall går det inte att förstå varför EG-domstolen antyder att storleken på skadeståndet ska kunna sättas ner om det bedöms att skadan har skjutits vidare till exempelvis slutkunder.

Utifrån dessa två iakttagelser kommer uppsatsförfattaren, i nästa avsnitt, att försöka sluta sig till vilken lösning – återgång eller inte återgång - som bäst ligger i linje med konkurrensrättens uttalade ändamål. Samtidigt förs en diskussion om huruvida den framtagna lösning är förenlig med eller kan inrymmas i gällande svensk rätt.

¹⁴⁹ Mål C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd and Others* [2001] ECR I-6297, grund 32.

4.2 Svensk rätt

Avsnittet är indelad i två underavsnitt. En kort sammanfattning av gällande rätt om återgång i allmänhet presenteras i 4.2.1. Därefter förs i 4.2.2 en diskussion om huruvida huvudregeln om ogiltiga avtals återgång skall gälla även vid ogiltighet i samband med överträdelse av konkurrensrätten eller om en annan lösning är att föredra.

4.2.1 Återgång i allmänhet i svensk rätt

Lagligt stånde, olagligt återgånge. Stadgandet i gamla jordabalken är en träffande beskrivning av svensk civilrätts syn på ogiltighetens verkningar för avtalsparterna. Ännu inte utförda prestationer skall inhiberas och fullbordade prestationer skall som huvudregel restitueras.¹⁵⁰ I de fall prestation inte kan återställas (t.ex. när varan är konsumerad, förstörd eller vid utförande av tjänster) skall ersättning för dess värde utbetalas, med därtill anknutna problem avseende vem som skall stå risken för värdeförändring och dylikt. Från huvudregeln om att i domstol få gehör för sitt återgångskrav finns emellertid undantag.¹⁵¹ Ett är om beviljande av kravet skulle skada rättskipningens anseende.¹⁵² Sven Bramsjös tidsenliga exempel från 1950 lyder :

”[h]ar sålunda en person köpt pornografiska bilder (medveten om vad det var han köpte) och betalt köpeskillingen, må han sedermera icke rygga avtalet under återopande av dess omoraliska karaktär och påfordra köpeskillingens återbäring mot bildernas tillhandahållande. [...] I dylika fall intager domstolen en till den civilrättsliga relationen parterna emellan passiv hållning. Det har tydligen ansetts, att domstolen skulle riskera

¹⁵⁰ Se bl.a. Nial, Håkan, *Om förvärv i strid mot legala förbud*, s. 16, Bramsjö, Sven, *Om avtals återgång*, s. 16, Grönfors, Kurt, *Ogiltighetspåföljden enligt jordförvärvslagen*, s. 457, Karlgren, Hjalmar, *Obehörig vinst och värdeersättning*, s. 96, Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 177 samt Andersson, Jan, *Legala förbud och ogiltighet – En teleologisk studie*, s. 708 och 711. Jfr. även Rodhe, Knut *Obligationsrätt*, s. 422 ff. Jfr. slutligen med 9:7 i Föräldrabalken samt med Lag (1924:323) om verkan av avtal som slutits under påverkan av en psykisk störning.

¹⁵¹ Se exempelvis Almén & Eklund, *Om köp och byte av lös egendom*, s. 44, Rodhe, Knut *Obligationsrätt*, s. 425 f. samt Ussing, Henry, *Aftaler*, s. 201.

¹⁵² Se Bramsjö, Sven, *Om avtals återgång*, s. 59 f. samt Almén & Eklund, *Om köp och byte av lös egendom*, s. 44 f.

något av sin auktoritet, om den skulle behöva inlåta sig på att fälla dom i en tvist om dylika affärer”.¹⁵³

Det kan knappast argumenteras för att domstolarnas anseende idag skulle ta skada av att handlägga återgångskrav till följd av konkurrensrättsligt ogiltiga avtal. Sålides lämnas detta undantag utanför den följande diskussionen.

Ett andra undantag gör sig gällande ifall återgång av prestationer de facto skulle motverka ogiltighetssanktionens ändamål.¹⁵⁴ Har exempelvis en leverantör av narkotika (här förutsatts att köp av narkotika förklaras civilrättsligt ogiltigt) erhållit betalning kanske han hellre fullgör leverans än riskerar att få återlämna penningssumman.

Vad som skall gälla - huvudregeln eller undantaget - vid prestationer enligt avtal som är ogiltiga p.g.a. legala förbud är inte kristallklart. Håkan Nial ansåg att huvudregeln skulle gälla även i sådana sammanhang.¹⁵⁵ I annat fall, menade Nial, skulle återgångsförbudet i praktiken innebära att avtalet blev giltigt.¹⁵⁶ I NJA 1997 s. 93 var emellertid HD av den uppfattningen att om

”prestation har skett i enlighet med ett avtal, som *strider 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”[kursivering tillagd].¹⁵⁷

HD utvecklar emellertid inte vilka situationer som skall anses falla in under ”vissa fall” och vilka som tillhör ”andra fall”. Uppsatsförfattarens vill mena, mot bakgrund av HD:s uttalande, att återgång vid ogiltighet till följd av legala förbud bör vara avhängiga av en pragmatisk analys.¹⁵⁸ Den ovillkorliga uppfattning som Nial framför i sin uppsats¹⁵⁹ - att återgång skall ske - är i själva verket färgad av syftet med de förbud han behandlar. Det rörde sig om förbjudna *förvärv* av egendom. När det specifika syftet med en lag varit att förhindra att vissa rättssubjekt avhänder sig respektive förvärvar viss egendom ligger det

¹⁵³ Bramsjö, Sven, *Om avtals återgång*, s. 59 f.

¹⁵⁴ Bramsjö, Sven, *Om avtals återgång*, s. 60.

¹⁵⁵ Nial, Håkan, *Om förvärv i strid mot legala förbud*, s. 13 f.

¹⁵⁶ Nial, Håkan, *Om förvärv i strid mot legala förbud*, s. 14.

¹⁵⁷ NJA 1997 s. 93, på s. 96.

¹⁵⁸ Jfr. Karlgren, Hjalmar, *Obehörig vinst och värdeersättning*, s. 96. Se även Grönfors, Kurt, *Ogiltighetspåföljden enligt jordförvärvslagen*, s. 457.

¹⁵⁹ Se fotnot 155.

nära till hands att ogiltighet rimligen innebär att restitution skall ske. I annat fall vore ett sådant avtals ogiltighet tämligen meningslös. Vidare kan nämnas återgångsstadgandet i 9:7 Föräldrabalken. Avsikten är att underårig som huvudregel inte skall råda över sin egendom. Därför motiveras vid ogiltighet ett återställande av sakernas tillstånd såsom de var innan avtalet verkställdes. Pragmatiska analyser, eller om man så vill ändamålsöverväganden, har hitintills gett upphov till att återgångskrav har skyddats av rättsordningen.¹⁶⁰ Med det är det inte sagt att svensk rätt inte lämnar utrymme för återgångsförbud i vissa situationer. I svensk doktrin har det t.o.m. höjts ett varnande finger för en ”schematisk och rigid” ogiltighetslära som inte är förmögen till att motverka stötande resultat.¹⁶¹ Skulle det finnas situationer där ett återgångsförbud visar sig tjäna det lega förbudets/ogiltighetssanktionens ändamål finns det följaktligen inget hinder mot att domstol avslår ett återgångskrav.¹⁶² Uppsatsförfattaren är av den uppfattningen att ogiltighet till följd av konkurrensbegränsande samarbete utgör just en sådan situation där ett återgångsförbud är att föredra framför huvudregeln.

4.2.2 Återgång till följd av konkurrensbegränsande samarbete ?

På grund av att återgångsproblematiken generellt sett är att hänföra till civilrätten har, såvitt uppsatsförfattaren kunnat uppfatta, svenska konkurrensrättsliga författare antingen inte behandlat frågan överhuvudtaget¹⁶³ eller lakoniskt och undvikande hänvisat till någon form av analogi med hävningssituationer.¹⁶⁴ Ett undantag därifrån utgör Torbjörn Andersson som mer ingående behandlat återgång ur ett konkurrensrättsperspektiv.¹⁶⁵ Han presenterar - relativt utförligt - skäl både för och emot att ge rättsligt skydd för återgångskrav i konkurrensrätten. Efter mycket tvekan, två förbehåll och utan större motivering annat än att en huvudregel är en huvudregel, stannar Andersson för att erkänna

¹⁶⁰ I NJA 1989 s. 768 beviljades återgång dock enbart med motiveringen att det motverkade en obehörig vinst.

¹⁶¹ Kleineman, Jan, *Aktiebolagsrättsliga skyddsintressen*, s. 454 f.

¹⁶² Jfr. Andersson, Jan, *Legala förbud och ogiltighet – En teleologisk studie*, s. 712 f.

¹⁶³ Jfr. Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, Gustafsson & Westin, *Svensk konkurrensrätt* samt Wetter m.fl., *Konkurrenslagen, en handbok*.

¹⁶⁴ Carlsson m.fl., *Konkurrenslagen. En kommentar*, s. 141.

rätten till återgång.¹⁶⁶ Uppsatsförfattaren är inte benägen att hålla med och resonerar här nedan, utan att gå i direkt polemik med Andersson, för ett motsatt ställningstagande.

Inledningsvis måste det självklara understrykas. Återgång av prestationer är intressant endast när reglering av prestationer ogiltigförklaras. Exempelvis kommer frågan om återgång aldrig att aktualiseras i ett leverantörsavtal, där blott en klausul med områdesbegränsning drabbas av konkurrensrättslig ogiltighet, och skäl inte föreligger för att ogiltigförklara hela avtalet.¹⁶⁷

Utgångspunkterna för resonemangen nedan är följande. Vid ogiltigförklarade av avtal är återgång av prestationer huvudregel i civilrätten.¹⁶⁸ Undantag finns om återgångsförbud skulle gynna ogiltighetssanktionens syfte.¹⁶⁹ EG-domstolen har förklarat att ogiltighetssanktionen i konkurrensrätten tjänar ett preventivt syfte.¹⁷⁰ Samma domstol kräver att vid handläggning av EG-rätt hänsyn skall tas till principen om obehörig vinst och att part inte drar nytta av sitt eget rättsstridiga agerande.¹⁷¹

Uppsatsförfattarens bestämda uppfattning är att den preventiva effekten vore störst om parter till konkurrensbegränsande samarbetsavtal inte hade möjlighet att kräva återgång av fullbordade prestationer.¹⁷² Inställning är inte självklar när båda parter redan presterat. Vem som tjänar på att återgång inte blir av, d.v.s. vilken prestation som undergått en värdeökning/värdeminskning, går knappast att förutsäga på förhand och någon större avskräckande effekt finns inte att tala om.

Annorlunda ligger det till när endast en part presterat och väntar på motprestation. Att part på rättslig väg inte kan utkräva motprestation är ju själva fundamentet med ett avtals

¹⁶⁵ Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen*, s. 116 f. och 268 ff. Även två examensarbeten har behandlat återgång. Se Nourborg, Fredrik, *Ogiltighet i konkurrensrätten*, kap. 7.2 samt Gustafsson, Magnus, *Ogiltighet i konkurrensrätten*, kap. 9.

¹⁶⁶ Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen*, s. 280 f.

¹⁶⁷ Jfr. ovan 2.2.1.

¹⁶⁸ Se ovan 4.2.1.

¹⁶⁹ Se ovan 4.2.1.

¹⁷⁰ Se ovan 3.1.1 och jämför med 4.1.

¹⁷¹ Se ovan 4.1. Vidare har HD beviljat återgång för att motverka obehörig vinst, se fotnot 160.

ogiltighet. Om det därutöver förhåller sig på det sättet att återgång av den egna prestationen, vid konkurrensbegränsande samarbete, inte skyddas av rättsordningen, kommer avtalsparterna att befinna sig i ett, vad uppsatsförfattaren vill kalla, *first move disadvantage*-förhållande. Relationen parterna emellan är jämförligt med det klassiska "fångarnas dilemma" inom spelteorin.¹⁷³ Avtalsparterna tjänar egentligen på att stå fast vid sina åtaganden och utöva konkurrensbegränsningen. Men eftersom företagen är medvetna om att den som presterar först riskerar att "förlora sin insats" kommer avtalsförhållandet att präglas av misstrogenhet och tvivel. Ingen kommer att vilja fullborda sin prestation först. Detta borde i sin tur rimligtvis leda till att det blir ännu mer osäkert och oattraktivt att sluta ett konkurrensbegränsande samarbetsavtal.

Ställningstagandet om återgångsförbud stöter sig inte, enligt uppsatsförfattarens mening, med den svenska civilrätten som erkänner undantag från huvudregeln i de fall det grundar sig på ett ändamålsresonemang.¹⁷⁴ Möjligen kan invändas att när båda parter presterat, så innebär återgångsförbudet att avtalet i praktiken blir giltigt till den del den redan fullbordats. Uppsatsförfattaren är av den uppfattningen att detta inte spelar någon roll. Ty ur ett konkurrensrättsperspektiv finns det ingen mening med att skydda kravet på återgång. Syftet med konkurrensrätten är att förhindra och eliminera konkurrensbegränsningar. När ett konkurrensbegränsande samarbete avslöjas fyller en eventuell återgång av redan fullbordade prestationer i sig ingen konkurrensrättslig funktion. Konkurrensbegränsningen har ju redan uppkommit och de negativa effekterna för konkurrenter och konsumenter gottgörs inte av att rättsordningen baxar fram en återgång parterna emellan.

Betänklighet uppstår däremot vid beaktande av principen om att part inte skall dra nytta av sitt eget rättsstridiga handlande. Det går att tänka sig att en entreprenörs affärsidé skulle gå

¹⁷² Torbjörn Andersson verkar vara av samma uppfattning med rädsla för kollision med principen om obehörig vinst. (Se Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen*, s. 278 f.)

¹⁷³ Fångarnas dilemma går ut på att två delinkveter individuellt bli erbjudna lägre fängelsestraff om de samarbetar med rättsväsendet. Förhållandena ser ut på det viset att om båda erkänner får de 5 års fängelse vardera. Skulle ingen erkänna döms de till 2 års fängelse vardera. Skulle däremot den ena erkänna och den andre tuga får den som samarbetat 1 års fängelse och den som tigit 10 års fängelse. Uppenbart är att bäst utfall sammantaget för de två som grupp erhålls om båda tiger. Men eftersom kumpanerna omöjligen kan lite på varandra och förutsäga varandras beteende slutar det med att båda erkänner. (Se exempelvis Pindyck & Rubinfeld, *Microeconomics*, kap. 12.2.)

¹⁷⁴ Se ovan 4.2.1.

ut på att kontinuerligt sluta konkurrensbegränsande samarbetsavtal och säga upp dem så fort motparten fullgjort sin del av avtalet. Affärsidéen skulle emellertid inte överleva i realiteten, med tanke på de stränga böter som kan utdömas av Konkurrensverket och Kommission. Icke desto mindre måste det i denna uppsats utvärderas, hur den preventivt optimala lösningen avseende återgång är förenlig med den allmänna principen om att part inte skall dra nytta av sitt eget rättsstridiga handlande. Ett företag som ingår ett konkurrensbegränsande samarbete och som väljer att bryta avtalet efter att ha mottagit medkontrahentens prestation gör tvivelsutan en vinst till följd av sitt rättsstridiga agerande. Det rättsstridiga agerandet kan dock per definition inte sägas bestå i uppsägandet av avtalet eller i att vägra restituera mottagen prestationen.¹⁷⁵ Det rättsstridiga agerandet består naturligtvis av att ha trätt in och upprätthållit avtalet en tid, vilket parten självfallet inte varit ensam om. Utifrån det synsättet är parterna att betrakta som "lika goda kålsupare" – eller för att hårdra det ytterligare, som tävlingsdeltagare i rysk roulett. Ty den som förlorar på ett återgångsförbud kunde lika gärna kunna ha varit den som vunnit om han inte hade presterat först och vice versa. Ett konkurrensbegränsande avtal är därför att betrakta som ett kollektivt rättsstridigt handlande, ur vilken en av parterna kan berika sig på den andres bekostnad. Enligt uppsatsförfattarens mening är det därför i detta fall inte aktuellt med ett hänsynstagande till den nu diskuterade principen.¹⁷⁶

Förvisso går det att argumentera för att även vid återgångssituationer hänsyn bör tas till vilken part som haft ett "betydande ansvar" för snedvridningen av konkurrensen.¹⁷⁷ Det kan nämligen tänkas, utan att det rör sig om missbruk av dominerande ställning, att exempelvis en stark leverantör mer eller mindre påtvingar en liten återförsäljare ett konkurrensbegränsande samarbetsavtal, och sedermera blir leverantören även den som "vinner" på ett återgångsförbud. Skulle en dylik situation uppstå, anser uppsatsförfattaren att den optimala lösningen fortfarande vore att kategoriskt hålla fast vid återgångsförbudet

¹⁷⁵ Det kan inte vara rättsstridigt att vägra efterleva ett avtal som är ogiltigt eller att säga upp detsamma.

¹⁷⁶ Observera att uppsatsförfattarens *in pario delicto*-argumentering endast tar sikte på att eliminera invändningar om att återgångsförbud innebär att part drar nytta av sitt eget rättsstridiga agerande. Återgångsförbudet i sig motiveras, som redogjorts ovan, av preventiva och destabiliserande skäl. Följaktligen står uppsatsförfattarens argumentering inte i strid med EG-domstolens uttalanden i *Courage*-målet. (Se Mål C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd and Others* [2001] ECR I-6297, grund 24.)

¹⁷⁷ Se referatet av *Courage*-målet ovan i 4.1.

och överlämna eventuella ”skälighetsöverväganden” till skadeståndsregelns domän. Detta särskilt med tanke på att EG-domstolen, enligt uppsatsförfattaren, tillskrivit konkurrensskadestånd delvis en reparativ funktion.¹⁷⁸ En ogiltighetssanktion med reparativ funktion är däremot inte troligt. Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete har som sin primära uppgift att främja effektiv konkurrens och syftar inte till att konkret skydda svagare avtalspart. Följaktligen bör samma prioritering råda vid utformningen av ogiltighetssanktionen. Detta föranleder att återgångsförbudets destabiliserande och preventiva effekt får stå i förgrunden och att vurmen om de svagare avtalsparterna underordnas konkurrensrättens preventiva genomslagskraft.¹⁷⁹

Fram till dess att en annan, minst lika preventiv och enkel, lösning läggs fram inom doktrinen, är uppsatsförfattarens uppfattning att krav på återgång av fullbordade prestationer, i enlighet med konkurrensbegränsande samarbeten, inte skall tillerkännas skydd av rättsordningen.

Det går att förfäktas en lösning där återgång skall ske, men endast om prestationen är intakt. D.v.s. pengar skall alltid återgå, varor skall återgå i den mån de inte är konsumerade eller förstörda, men aldrig ersättning för deras värde. Tjänstprestationer kan rimligen inte återgå och därmed inte heller deras värde. Om det skulle förhålla sig på det sättet är det främst köparen i ett kontraktsförhållande som får incitament till att påtala ogiltigheten, eftersom han alltid kan få tillbaka sin prestation (betalningen) medan varor förhållandevis snabbt konsumeras, omsätts eller ”försvinner”. Den preventiva effekten består då rimligtvis av att *säljare* i allmänhet drar sig för att sluta konkurrensbegränsande avtal. Men motverkas inte den preventiva effekten, i vart fall till viss del, av att *köpare* i allmänhet får ökad incitament till att sluta konkurrensbegränsande avtal? Återgångsförbudet, som uppsatsförfattaren föreslår, innebär ju att såväl köpare som säljare avskräcks ifrån att sluta konkurrensbegränsande avtal. Till yttermera visso, har ett konkurrensbegränsande avtal väl kommit till stånd innebär återgångsförbudet att *båda* parter är, utifrån sina individualistiska intressen, frestade att plötsligt avbryta samarbetet. Medan den nu diskuterade lösningen i praktiken innebär att *blott köparen* är eggad till att frånga avtalet. I själva verket är det i långvariga avtal förmånligare för köparen om samarbetet ramponeras efter så lång tid som möjligt, eftersom ju längre tid som samarbetet pågår desto mer pengar finns att få tillbaka. En regel som uppmuntrar till fördröjning av att bryta upp konkurrensbegränsningar rimmar

¹⁷⁸ Se ovan 4.1. Nils Wahl är skeptisk till att tillskriva skadeståndet en reparativ funktion. (Se Wahl, Nils, *Konkurrensförhållande*, s. 367 ff. samt Wahl, Nils, *Skadestånd i konkurrens mål*, s. 578 f.)

¹⁷⁹ Jfr. med den senaste rättsutvecklingen på konkurrensrättens område där destabiliseringseffekter eftersöks genom att erbjuda immunitet från böter för den som först avslöjar sitt deltagande i en kartell. (Se prop.

naturligtvis illa med ett preventivt ändamål. Dessutom kan utformandet av en partisk regel avseende återgång, vilket en regel om återgång av intakta prestationer i praktiken är, leda till en onödig omväg när skälighetsöverväganden skall göras. Pondera att en stor snabbmatskedja sluter ett konkurrensgränsande samarbetsavtal med en obetydlig potatisodlare. Till äventyrs att hela avtalet ogiltigförklaras kommer potatisodlaren att få betala tillbaka summan av de belopp han erhållit genom åren, medan hans produkter, till följd av att de friterats och konsumerats, för alltid är förlorade. Skall lantbrukaren först betala beloppet enligt huvudregeln om återgång av intakta prestationer, och sedan söka tillbaka beloppet genom att föra en konkurrensrättslig skadeståndstalan? Är det inte rimligare med ett återgångsförbud, där lantbrukaren i värsta fall *går miste om betalning för en leverans*? Ett belopp som han sedan sannolikt får kompensation för vid en skadeståndstalan.

2001/02:167 s. 15 ff. samt Kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, särskild punkt 8, EGT nr C 45, 19/02/2002 s. 3-5.)

4.3 Sammanfattning

I brist på ledning från lagtext och praxis har framställningen i detta kapitel har präglats av antaganden och hypoteser. Förutsatt att civilrätten låter sig brukas som ett verktyg för konkurrensrättens ändamål och förutsatt att konkurrensrättens preventiva syfte skall prioriteras har uppsatsförfattaren dragit följande slutsatser.

- 1) Från den generella civilrättsliga huvudregeln om prestationers återgång vid ogiltighet skall undantag gälla avseende konkurrensbegränsande samarbetsavtal.
- 2) Ett återgångsförbud vid konkurrensbegränsande avtal har optimal preventiv verkan.
- 3) Principen om att ingen skall dra nytta av sitt eget rättsstridiga agerande aktualiseras inte.
- 4) I de fall en part haft det betydande ansvaret för konkurrensbegränsningen skall det reciproka återgångsförbudet ändå upprätthållas. Skälighetsaspekter får lösas så gott det går med hjälp av skadeståndsregeln.

Märk väl att detta kapitel endast behandlade återgångsproblematiken vid konkurrensbegränsande samarbetsavtal. Hur lösningarna bör utfalla vid missbruk av dominerande ställning behandlas i nästkommande kapitel.

DEL II.

Missbruk av dominerande ställning

5. Ogiltighet vid missbruk av dominerande ställning

Missbruk av dominerande ställning tar sig uttryck i huvudsakligen två övergripande former.¹⁸⁰ Den ena formen går ut på att försöka eliminera konkurrenter och kallas med en engelsk term *exclusionary abuse*. Exempel på detta är underprissättning, trohetsrabatter och exklusivitetskrav. Den andra formen, såsom överprissättning, leveransvägran och kopplingsförbehåll, är riktad mot kunderna och benämns i engelsk litteratur som *exploitative abuse*. Varken art. 82 eller 19 § KL förordnar utöver förbudet mot dessa förfaranden en ogiltighetsstraffsanktion. I avsnitt 5.1 analyseras huruvida ogiltighet ändå kan följa. Därefter studeras, i ljuset av slutsatserna från kapitlen 1-4, återgångsproblematiken i avsnitt 5.2. I mångt och mycket är utgångspunkterna i detta kapitel hänförliga till uppsatsens första del. Läsaren förutsätts därför vara införstådd med resonemangen och slutsatserna därifrån.

5.1 Konkurrensrättslig ogiltighet till följd av missbruk av dominerande ställning

Uppsatsförfattaren har inte för avsikt att söka fastställa varför lagstiftaren, inom såväl EG-rätten som Sverige, avstått från att uttryckligen ogiltigförklara denna form av konkurrensbegränsning. Den modesta ambitionen sträcker sig endast till att undersöka huruvida konkurrensrättslig ogiltighet likväl föreligger eller inte. En sådan undersökning skulle emellertid vara tämligen intetsägande om den inte fullföljdes och tillämpades på konkreta situationer.

5.1.1 EG-rätten

Det skall konstateras att ogiltighet som sanktion i detta sammanhang knappast fyller en lika preventiv funktion som vid konkurrensbegränsande samarbeten.¹⁸¹ Missbruk av

¹⁸⁰ Se bl.a. Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 119 ff. samt Wetter m.fl., *Konkurrenslagen, en handbok*, s 419 f.

¹⁸¹ Se Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen*, s. 113.

dominerande ställning kan gå ut på att vägra avtala med vissa företag eller att ställa så hårda villkor att företag inte kan handla med en. Sådana aktioner föranleder naturligtvis inga avtal. Därav kan en första slutsats dras. En eventuell ogiltighetssanktion knuten till art. 82 är meningsfull endast om det förbjudna förfarandet resulterat i någonting som skulle kunna ha haft rättsverkan.

Ordalydelsen i art. 82 pekar på att förbudet, till skillnad från art. 81, är blott riktad mot en part, nämligen den missbrukande.¹⁸² Mot bakgrund av kongruensförhållandet mellan konkurrensrättsligt förbud och ogiltighet, blir en andra slutsats att eventuell ogiltighet till följd av art. 82 måste verka på det sättet att den endast missgynnar och avskräcker den missbrukande parten.

De uttalanden som finns från EG-domstolen tyder på att en absolut ogiltighet likt den i art. 81.2 inte är aktuellt. Domstolen antyder snarare att ogiltighet kan förekomma men att frågan i detalj skall avgöras av nationell domstol.

“If abusive practices are exposed, it is also for the [national] court to decide whether and to what extent they affect the interests of authors or third parties concerned, with a view to deciding the consequences with regard to the validity and effect of the contracts in dispute or certain of their provisions.”¹⁸³

Den nationella domstolen lär emellertid inte vara helt fri i sin bedömning. EG-domstolen understryker att “[a]s the prohibitions of articles [81.1] and [82] tend by their very nature to produce

¹⁸² Jfr. med följande uttalande från EG-domstolen. ”Article [81] concerns agreements between undertakings, decisions of associations of undertakings and concerted practices, while article [82] concerns *unilateral* activity of one or more undertakings.”[kursivering tillagd] (Mål 6/72 *Europemballage and Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities* [1973] ECR 215, grund 25 i domskälen, på s. 244.) Se även bl.a. Blok, Peter, *Ugylldighetssanktionen i fællesmarkedets konkurrenceret*, s. 509, Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 118 samt Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, s. 54. Se vidare Prop. 1992/93:56 s. 11.

¹⁸³ Mål 127/73 *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SV SABAM et NV Fonior* [1974] ECR 313, grund 14 i domskälen, på s. 317. Se även mål 22/79 *Greenwich Film Production v Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) and Société des éditions Labrador* [1979] ECR 3275, grund 10 i domskälen, på s. 3288.

direct effects in relations between individuals, these articles create direct rights in respect of the individuals concerned which the national courts must safeguard.”¹⁸⁴

I sin bedömning har den nationella domstolen således att ta hänsyn till art. 82:s direkta effekt och det rättskydd som artikeln omfattar. En aning onyanserat har delar av den juridiska litteraturen därför den inställningen att ogiltighet är självklar vid överträdelse av art. 82.¹⁸⁵ Uppsatsförfattaren anser, i likhet med övervägande del av doktrinen,¹⁸⁶ det lämpligt att inta en mer försiktig approach. Den försiktiga ståndpunkten kan formuleras enligt följande. Art. 82:s direkta effekt och det skydd den ger missbrukad part kan naturligtvis inte åsidosättas genom att tillmäta konkurrensrättsstridiga avtal rättsverkan. Samtidigt hejdar konkurrensrättslig kongruens en ogiltighetssanktion som blint drabbar båda avtalsparter. Ty förbudet i art. 82 är ju huvudsakligen ensidigt och riktar sig således enbart mot den missbrukande parten.¹⁸⁷ Vid exempelvis underprissättning, med syfte att slå ut andra konkurrenter, vore det konkurrensrättsligt inkonsekvent om den missbrukande parten, vid upptäckt, kunde med hjälp av den direkta effekten minimera sina förluster. Den preventiva funktionen är onekligen optimal först när det missbrukande företaget, vid beivring av ett förfarande, inte bara kan vänta sig administrativa böter och utbetalning av skadestånd till konkurrenter utan även hindras från att retroaktivt korrigera sina ofördelaktiga åtaganden. Mer härom senare.

Sammanfattningsvis: EG-rätten ålägger förvisso de nationella rättsordningarna att tillhandahålla adekvata civilrättsliga sanktioner för upprätthållandet av förbudet i art. 82. En ogiltighetssanktion är i vissa fall lämplig men måste emellertid till sin natur vara mer ”flexibel” än art. 81.2. Därför blir det de nationella rättsordningarna som avgör om, när

¹⁸⁴ Mål 127/73 *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SV SABAM et NV Fonior* [1974] ECR 51, grund 16 i domskälen, på s. 62. Se även mål 155/73 *Giuseppe Sacchi* [1974] ECR 409, grund 18 i domskälen, på s. 430.

¹⁸⁵ Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 781, fotnot 31, Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, s. 233, fotnot 195 samt Wahl, Nils, *Konkurrensförhållande*, s. 216.

¹⁸⁶ Blok, Peter, *Ugyldighetssanktionen i fællesmarkedets konkurrenceret*, s. 509, Stenberg, Hans, *Studier i EG-rätt*, s. 132 f, Fejø, Jens, *EU-konkurrenceret*, s. 115, Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 202, samt Ritter m.fl., *European Competition Law*, s. 404.

¹⁸⁷ Se fotnot 182

och hur den konkurrensrättsliga ogiltigheten till följd av art. 82 verkar. Avtal i strid med art. 82 är följaktligen ogiltiga enligt nationell rätt och inte direkt på grund av art. 82.¹⁸⁸

För svensk del blir lösningen relativt okomplicerad. 19 § KL är i det närmaste identisk med art. 82 varför en ogiltighetsanalys för endera av dem också är tillämplig på den andra.

5.1.2 Svensk rätt

19 § KL och art. 82 är båda i svensk rätt att betrakta som legala förbud vilka saknar en ogiltighetssanktion. Bestämmelserna kan av lätt förståeliga skäl undergå exakt samma analys.¹⁸⁹ Det som således nedan anges som följd av art. 82 avseende ogiltighet bör också vara tillämplig för 19 § KL.

I 3.1.3 nämndes det att för att avgöra huruvida ett legalt förbud innebär ogiltighet skall hänsyn tas till om bestämmelsen som överträtts påkallar en ogiltighetssanktion. Den prövningen

”får avgöras i varje uppkommande typfall, efter en analys av *syftet* med lagregeln, *behovet* av en ogiltighetspåföljd för att sanktionera den och de olika *konsekvenserna* som en sådan påföljd kan medföra, t.ex. för godtroende medkontrahenter.”[kursivering tillagd].¹⁹⁰

HD:s anvisningar ovan för hur ogiltighetsprövningen skall ske ligger i linje med de principer som Håkan Nial drog upp redan 1936.¹⁹¹ Här skall ett försök göras att tillämpa metoden på art. 82.

Det övergripande målet med art. 82 är naturligtvis detsamma som för art. 81, nämligen att främja en effektiv konkurrens och möjliggöra den ekonomiska integrationen i Europa.¹⁹²

¹⁸⁸ Se Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen*, s. 114.

¹⁸⁹ Exempelvis är även förbudet i 19 § KL endast riktad mot den missbrukande. (Jfr. Prop. 1992/93:56 s. 20.)

¹⁹⁰ NJA 1997 s. 93, på s. 96.

¹⁹¹ Nial, Håkan, *Om förvärv i strid mot legala förbud*, s. 6 ff.

¹⁹² ”Article [82] is an application of the general objective of the activities of the community laid down by article [3 g] of the Treaty namely, the institution of a system ensuring that competition in the Common Market is not distorted.” (Mål 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities*, [1979] ECR 461, grund 38 i domskälen, på s. 520.) Se även mål T-51/89 *Tetra Pak Rausing SA v. Commission of the European Communities*, [1990] ECR II-309, grund 22 i domskälen, på s. 356 f.

Det **specifika syftet** med förbudet mot missbruk av dominerande ställning är emellertid inte att *hindra* en dominerande ställning utan att tvinga mycket starka aktörer på en marknad att *agera* så som om de vore pristagare och inte prissättare.¹⁹³

Behovet av en ogiltighetspåföljd har redan fastslagits av EG-domstolen. Nationella domstolar skall vid uppkommande typfall upprätthålla det rättsskydd som art. 82 erbjuder den missbrukade parten. Vidare gör sig behovet även påtaglig vid betraktande av det faktum att konkurrensrätten önskas vara självgående.¹⁹⁴ En adekvat ogiltighetspåföljd medför att, utöver myndigheter, även näringslivets aktörer på egen hand uppmärksammar och vidtar aktioner mot missbruk av dominerande ställning.

För att ogiltighet skall vara en rimlig påföljd måste **konsekvenserna** av den stå i proportion till överträdelsen av förbudet och till den effekt man kan vinna genom ogiltigheten.¹⁹⁵ Förbudet är ämnat att främja konkurrensen, det riktar sig mot den missbrukande parten samt avser att skydda de som drabbas av missbruket. Eftersom ogiltighet skall följa förbudet måste konsekvenserna av en ogiltighetssanktion ligga linje med förbudets funktion. D.v.s. ogiltigheten skall gynna konkurrensen, drabba den missbrukande och skydda de som drabbas av missbruket. Det är därför rimligt om ogiltighetssanktionen medför osäkerhet för den missbrukande parten i dennes kontraktuella förhållanden. Därmed minimeras incitamentet till att ingå sådana avtal. Samtidigt får en ogiltighet inte medföra flagranta negativa effekter för den missbrukade kontrahenten.

¹⁹³ Den härskande nationalekonomiska utgångspunkten är att fri konkurrens råder först när ingen aktör är tillräckligt stark så att hans val kan påverka marknaden. Således är alla aktörerna i en idealmarknad pristagare, d.v.s. de rättar sig efter (producerar den kvantitet som) förhållandet mellan det totala utbudet respektive efterfrågan skapar. (Se bl.a. Pindyck & Rubinfeld, *Microeconomics*, kap. 10 samt Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 19 ff.) Betrakta mot bakgrund av nämnda teori följande uttalande. "The dominant position thus referred to relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to *behave* to an appreciable extent *independently* of its competitors, its customers and ultimately of the consumers." [kursivering tillagd] (Mål 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities*, [1979] ECR 461, grund 38 i domskälen, på s. 520.) Se även Prop. 1992/93:56 s. 20 och s. 86 samt Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 118.

¹⁹⁴ "Det är viktigt att det konkurrensrättsliga sanktionssystemet får en sådan utformning att det i möjligaste mån blir självgående. Reglerna bör alltså för sin tillämpning inte vara helt beroende av Konkurrensverkets initiativ." (Prop 1992/93:56 s. 34.)

¹⁹⁵ Jfr. Nial, Håkan, *Om förvärv i strid mot legala förbud*, s. 8.

Det förefaller uppenbart att tillämpningen av den allmänna rättsprincipen om legala förbuds eventuella ogiltighet resulterar i en konkurrensrättslig ogiltighet vid missbruk av dominerande ställning. Mindre uppenbart är hur denna konkurrensrättsliga ogiltighet exakt skall tillämpas och avgränsas. Genom att gå igenom ett axplock av konkreta avtalstyper, där missbruk av dominerande ställning gör sig gällande, bör en systematisk formel för denna konkurrensrättsliga ogiltighet kunna ta form.

Vid **överprissättning** utnyttjar det dominerande företaget sin ställning till att ta ut påtagliga överpriser. Konkurrensrättens syfte är att dominerande företag likväl skall bete sig som pristagare och överprissättning är således förbjuden. Den konkurrensrättsliga ogiltigheten gör sig gällande här på ett tämligen enkelt sätt. Prisklausulerna i ett sådant avtal blir ogiltiga till den del de överstiger vad som bedöms vara marknadsmässigt. Konkurrensrättslig ogiltighet skall beaktas ex officio. Vidare verkar ogiltigheten naturligtvis retroaktivt, eftersom förbudet verkar redan från den tidpunkt ett företag missbrukar sin ställning och inte är avhängigt av något beslut, vilket innebär att den missbrukade parten kan få tillbaka det överskott som betalats i tidigare transaktioner.¹⁹⁶ Om hela prisklausulen eller avtalet i sin helhet sedermera kan angripas och eventuellt ogiltigförklaras är som tidigare sagts inte längre en fråga för konkurrensrätten utan för civilrätten.¹⁹⁷

Vid **underprissättning** är förhållandena omkullkastade. Någon direkt missbrukad part kan inte utpekas. De förfördelade är tredje män, det dominerande företagets konkurrenter, som riskerar att slås ut ur marknaden. Ogiltighetsfrågan blir delikat. Kunderna till det

¹⁹⁶ Skillnaden mellan vad som betalats och vad som borde ha betalats kan även återfås med hjälp av skadeståndsbestämmelsen. Den bestämmelsen är däremot häftad med beviskrav, bevisbörd samt en 5-årig preskriptionstid varför företag lär föredra att använda ogiltighetsinvändningen. Se för övrigt Mål nr. T 33-00, Göta Hovrätt, *Luftfartsverket mot Scandinavian Airlines System*. Hovrätten ansåg att Luftfartsverket missbrukat sin dominerande ställning genom att prisdiskriminera SAS i ett avtal avseende terminalavgifter. Rätten menade, utan en längre analys, att ogiltighet till följd av missbruk av dominerande ställning följde dels av principen om legala förbud och dels av den direkta effekten av art. 82. Ogiltigt var, enligt rätten, de delar av avtalet som var förbjudna. Luftfartsverket ålades därför att betala tillbaka de för höga avgifter som erhållits av SAS under 7 år. Vidare befriades SAS från framtida betalningsansvar. Ersättningen samt befrielsen från framtida betalningsskyldighet innebar, enligt Hovrätten, att SAS därigenom sattes i samma situation som andra bolag. Målet är överklagat till HD, i skrivandets stund väntas beslut om prövningstillstånd.

¹⁹⁷ Se ovan 2.2.1.

dominerande företaget vill naturligtvis att prisöverenskommelsen förblir intakt. Konkurrenterna önskar det motsatta. Härom kan följande sägas. Det går naturligtvis inte att tvinga ett företag att fortsätta med underprissättning eftersom det skulle innebära att företaget tvingades utföra en handling som medförde böter och skadeståndsskyldighet.¹⁹⁸ Kunderna får helt enkelt försöka frånga avtalet i sin helhet enligt de civilrättsliga grunder som nämnts ovan i 2.3 eller finna sig i att avtalspriset omförhandlas.¹⁹⁹ Samtidigt vore det stötande ifall följderna av den retroaktiva ogiltigheten medförde att det dominerande företaget, vid upptäckt och beivring av sina överträdelser, kunde vända sig mot kunderna och kräva ersättning för skillnaden mellan det avtalade priset och det pris som hade varit marknadsmässigt. En skadeståndstalan med sådan avsikt torde emellertid vara utsiktslös. Förbudet mot missbruk av dominerande ställning är ju som tidigare konstaterats riktat endast mot den missbrukande parten. Skadeståndsbestämmelsen i 33 § KL bör – vid missbruk av dominerande ställning – följaktligen endast ta sikte på ett uppsåtligt eller oaktsamt handlande av det *dominerade företaget*. Det kan vidare tänkas att det missbrukande företaget försöker erhålla ersättning genom att åberopa principen om obehörig vinst.²⁰⁰ Inte heller detta lär dock vara en framkomlig väg. Principen om obehörig vinst har för det första svag ställning i svensk rättsskipning.²⁰¹ För det andra förutsätter den att någon berikat sig på någon annans bekostnad utan rättslig grund. Detta är onekligen fallet vid underprissättning, men det faktum att det är det dominerande företaget själv som haft den konkurrensrättsvidriga avsikten och vars agerande föranlett vinsten respektive förlusten torde innebära att företaget inte kan åberopa principen. En motsatt lösning vore konkurrensrättsligt inkonsekvent.

Kopplingsförbehåll är ytterligare ett missbruk som aktualiserar ogiltighetssanktionen. Allmänt kan sägas att med kopplingsförbehåll avses situationer där det dominerande företaget ställer som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare

¹⁹⁸ Jfr. ”Av allmänna rättsregler följer att ingen kan tvingas fullgöra en prestation, som ådrager honom straff.”[fotnot utlämnad] (Nial, Håkan, *Om förvärv i strid mot legala förbud*, s. 14 f.) Jfr. vidare Almén & Eklund, *Om köp och byte av lös egendom*, s. 44.

¹⁹⁹ Lyckas kunderna frånga avtalet borde möjligheterna, enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer, vara goda för att få ersättning för de merkostnader som ett nytt avtalsingående med annan part innebär.

²⁰⁰ Se allmänt om principen Hellner, Jan, *Om obehörig vinst*, samt Karlgren, Hjalmar, *Obehörig vinst och värdeersättning*.

²⁰¹ Hellner, Jan, *Särskilda avtal*, s. 31.

förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet. Det handlar ofta om att företaget, med hjälp av villkorandet, försöker uttänja den styrka man besitter på en första marknad till andra marknader där företaget inte är dominerande. Kopplingsförbehåll kan vara konkurrensbegränsande eftersom kopplingen inskränker köparens frihet att hitta ett bättre alternativ. Två kända exempel på förbjudna kopplingsförbehåll återfinns i rättsfallen *Hilti*²⁰² och *Tetra Pak II*²⁰³. I det första fallet villkorade den världsledande leverantören av en viss typ av patenterade bultpistoler att köparna utöver pistolerna även köpte bultar från företaget. I det andra fallet hade Tetra Pak genom en rad avtalsklausuler begränsat kundernas möjligheter till att fritt förfoga över förpackningsmaskiner som dessa hade köpt. Bl.a. krävdes att kunden endast inhandlade förpackningar från Tetra Pak, vilket band kunden till Tetra Pak och följaktligen omöjliggjorde konkurrens.

Förbudet mot kopplingsförbehåll kan medföra bötesstraff och skadeståndsskyldighet även när avtal inte kommer till stånd. Däremot är det naturligt att ogiltighet aktualiseras först när ett avtal faktiskt är vid handen. Kopplingsförbehållen kan ta sig olika uttryck. Det kan tänkas att huvudavtalet (d.v.s. det avtal som den missbrukade parten egentligen är intresserad av) utfyllts med andra påtvingande transaktioner. Det kan också vara så att huvudavtalet endast innehåller en bestämmelse om att ytterligare åtaganden skall preciseras i andra avtal och sådana självständiga avtal sedermera upprättas. Slutligen, och förmodligen det mest förekommande, kan det förbjudna villkorandet lysa med sin frånvaro i avtalen men utövas i det tysta med allehanda ekonomiska påtryckningar eller belöningar. Oavsett vilket, väsentligt i sammanhanget är att vid kopplingsförbehåll endast det konkurrensstridiga *villkorandet* drabbas av konkurrensrättslig ogiltighet. De påtvingande kopplingsavtalen drabbas inte av konkurrensrättslig ogiltighet. Detta påstående kan på förhand uppfattas som om uppsatsförfattaren bringats ur fattningen i sin iver om att upprätthålla *pacta sunt servanda*-principen. Så är emellertid inte fallet, det är på grund av sakliga skäl som de kopplingsavtal som inkorporeras i huvudavtalen eller sedermera upprättas parallellt med huvudavtalen inte drabbas av konkurrensrättslig ogiltighet.

²⁰² Mål T-30/89 *Hilti AG v. Commission of the European Communities* [1991] ECR II-1439.

För det första, förbudet i art. 82 och 19 § KL är endast riktat mot själva *villkorandet* att ingå andra avtal, inte mot de andra avtalen i sig. Så som det har upprepats tidigare vid otaliga tillfällen i detta arbete, den konkurrensrättsliga ogiltigheten följer förbudet. För det andra, konsekvenserna av en konkurrensrättslig ogiltighet – en nullitet som beaktas *ex officio*, verkar retroaktivt samt kan återopas av var och en – vore inte lämpliga. Ponera att det dominerande företaget av okänd anledning plötsligen inte vill prestera enligt ett av dessa kopplade avtal eller vägrar exempelvis att avhjälpa fel i vara. Om kopplingsavtalen vore konkurrensrättsligt ogiltiga skulle det dominerande företaget kunna undgå prestationsansvar genom att återopa nullitet och frånvaron av rättsverkan.

Det ovan sagda innebär dock inte att det dominerande företags kunder lämnas därhän och att kopplingsavtalen förblir orubbade. De civilrättsliga ogiltighetsgrunderna står fortfarande till buds. Om en missbrukad part lyckas visa att ett ingånget avtal är resultatet av ett förbjudet och ogiltigt villkorande är förutsättningarna utomordentligt goda för att kopplingsavtalet ogiltigförklaras enligt 29 § AvtL²⁰⁴ alternativt jämkas eller lämnas utan avseende enligt 36 § AvtL. Civilrättslig ogiltighetsgrund tjänar allenast den missbrukande partens intressen. Att utesluta konkurrensrättslig ogiltighet vid kopplingsavtal till förmån för civilrättslig ogiltighet är således inte bara systematiskt korrekt utan även optimalt som skydd för den svagare parten.

Kontentan av den ovan gjorda redogörelsen är följande. Trots att den konkurrensrättsliga ogiltighetsgrunden för missbruk av dominerande ställning inte återfinns i konkurrensrättslig reglering utan istället följer av allmänna rättsprinciper om legala förbud så skall även den ogiltigheten tillämpas och avgränsas enligt samma huvudregel som vid ogiltighet till följd av konkurrensbegränsande samarbeten. Ogiltigheten skall således följa det som är förbjudet. Skillnaden mellan å ena sidan ogiltighet vid konkurrensbegränsande

²⁰³ Mål T-83/91 *Tetra Pak International SA v. Commission of the European Communities* [1994] ECR II-755.

²⁰⁴ Rekvisiten för 29 § AvtL är att kausalitet förelegat mellan tvånget och rättshandlingen samt att tvånget varit *rättsstridigt*. Uppsatsförfattaren anser att tillämpligheten av 29 § AvtL för kopplade avtal följer av NJA 1980 s. 1. I målet ansågs ett åtagande om solidarisk betalningsansvar ogiltigt enligt 29 § AvtL eftersom Askims kommun tilltvungit sig förpliktelse med hot om att annars inte bevilja byggnadslov. Villkorandet var rättsstridigt då ”åtaganden[a] från de enskilda parternas sida ... går längre än vad som är förenligt med byggnadslagstiftningens syften”. (NJA 1980 s. 1, på s. 18.) För allmänt om 29 § AvtL se Ramberg &

samarbete och å andra sidan ogiltighet vid missbruk av dominerande ställning utgörs av skillnaden mellan själva förbudet. Den förra förbjuder och ogiltigförklarar ömsesidiga åtaganden medan den senare förbjuder och ogiltigförklarar påtvingade ensidiga förpliktelser.

Hultmark, *Allmän avtalsrätt*, s. 159, Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 183 ff. samt Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, s. 246 ff.

5.2 Avtalets eventuella återgång till följd av missbruk av dominerande ställning

Diskussionen om återgång av prestationer vid konkurrensbegränsande avtal i kapitel 4 präglades av att den preventiva effekten stod i förgrunden och tjänade som ledstjärna. Den åsikt som framfördes där var att den preventiva effekten vore störst vid ett återgångsförbud. Hur det förhåller sig vid missbruk av dominerande ställning måste, som tidigare i detta kapitel, bestämmas mot bakgrund av att förbudet är ensidigt. Ogiltighetssanktionen är således riktad mot den starke och avser – utöver att främja konkurrensen – att skydda den svage. Lösningen om återgång i det här fallet bör följaktligen utformas på så sätt att den missbrukande parten avskräcks från att ingå ett konkurrensbegränsande avtal och att den missbrukade får incitament till att avslöja missförhållandet.

Av det ovan sagda följer att återgångsförbudet bör vara partiskt.²⁰⁵ I och med att det endast är den missbrukande kontrahenten som bryter mot lag blir dessutom, till skillnad från återgång vid konkurrensbegränsande samarbeten, principen om att part inte skall kunna dra nytta av sitt eget rättsstridiga handlande tillämplig. I praktiken innebär detta följande. Om ogiltighet uppmärksammas när endast den dominerande parten presterat skall den missbrukade inte åläggas att restituera prestationen.²⁰⁶ Vidare skall den missbrukade parten, i den mån en del av hans prestation utgjorde det missbrukande momentet, kunna återfå den delen.²⁰⁷ Samtidigt skall det omvända inte vara möjligt, d.v.s. den missbrukande parten skall aldrig kunna behålla den missbrukade partens inestående prestation med hjälp av ett konkurrensrättsligt ogiltigförklarande. Där skall återgång ske med andra ord.²⁰⁸ En särställning intar de kopplingsavtal som den missbrukade parten kan och vill ogiltigförklara med hjälp av den lindriga tvångsregeln i till 29 § AvtL. Här motiveras att

²⁰⁵ Det går också uttrycka det så att återgång skall ske endast när den missbrukande parten förlorar på det.

²⁰⁶ Följer av det partiska återgångsförbudet preventiva effekt.

²⁰⁷ Exempelvis vid överprissättning, jfr. med hovrättens domslut rörande Luftfartsverkets missbruk av dominerande ställning, se fotnot 196.

²⁰⁸ Följer lika mycket av förbudets och ogiltighetens ensidiga natur som av principen om att part inte skall kunna dra nytta av sitt eget rättsstridiga handlande.

den civilrättsliga huvudregeln om återgång slår igenom om den missbrukade anser att han tillvingats en mängd varor och tjänster som han egentligen inte behövde eller som han hellre hade förskaffat annorstädes. I det fallet skall, på yrkande av den missbrukade parten, båda kontrahenters prestationer återgå. Skulle kopplingsavtalen emellertid vara utformade som ett incitamentsprogram (exempelvis att vid köp av en bil så erhålls även GPS-utrustning utan extra kostnad) för att slå ut konkurrenter blir lösningen det omvända. Vid ett myndighetsingripande måste naturligtvis villkorandet och därmed incitamentsprogrammen upphöra. Men för den skulle det finns ingen anledning att ge det dominerande företaget rätt att kräva tillbaka de redan utlämnade incitamentsföremålen.²⁰⁹

Det kan uppfattas som nyckfullt, och kanske rentav förkastligt, att begagna en analysmetod som vid överträdelser av 6 § KL och art. 81 ger ett utslag om absolut återgångsförbud samtidigt som överträdelser av 19 KL och art. 82 bedöms flexibelt och återgångsförbudet verkar ensidigt. Till sitt försvar kan uppsatsförfattaren inget annat anföra än de framlagda lösningarna är följderna av att det preventiva syftet med konkurrensrättens civila sida satts i första rummet. För övrigt förhåller det sig på det sättet att konkurrensrätten generellt genomsyras av *ad hoc*-lösningar, anpassade efter omständigheterna, och att HD i NJA 1997 s. 93 faktiskt antyder att frågan om laglig rätt till återgång vid legala förbud varierar från fall till fall.

²⁰⁹ Jfr. med resonemanget kring underprissättning ovan i 5.1.2.

DEL III.

Företagskoncentrationer

6. Ogiltighet till följd av företagskoncentrationer

Konkurrenslagen och koncentrationsförordningen²¹⁰ innehåller särskilda regler om möjligheten att förbjuda företagskoncentrationer som leder till en dominerande ställning och på ett skadligt sätt hämmar effektiv konkurrens. Den ekonomiska bakgrunden är att såväl horisontella som vertikala företagsförvärv kan, men behöver inte, ha negativa effekter på konkurrensen.²¹¹ Horisontella förvärv kan leda till att antalet självständigt konkurrerande företag minskar medan vertikala förvärv kan medföra stora etableringssvårigheter för potentiella konkurrenter.

Till skillnad från de två andra huvudbestämmelserna inom konkurrensrätten verkar kontrollen av företagskoncentrationer som huvudregel på *ett* rättsligt plan i taget.²¹² Med andra ord kan samma förfarande aldrig vara föremål för prövning av såväl Konkurrensverket som Kommissionen. Det som avgör jurisdiktionen, d.v.s. huruvida koncentrationen i fråga är av gemenskapsdimension eller inte, är storleken på de berörda företagen samt effekten på den gränsöverskridande handeln.²¹³

I avsnitt 6.1 behandlas, ur ett ogiltighetsperspektiv, de EG-rättsliga bestämmelserna kring kontrollen av företagskoncentrationer. Avsnitt 6.2 studerar samma förhållande enligt svensk rätt.

6.1 EG-rätten

Det framgår redan av namnet på rättskällan, förordning om *kontroll* av företagskoncentrationer, att konkurrensrättens ”tredje ben” handlar mer om att kontrollera

²¹⁰ Se fotnot 51.

²¹¹ För en grundlig redogörelse se bl.a. SOU 1998:98, bilagedelen.

²¹² Se art. 1 KoncF och jfr. med Hawk & Huser, *European Community Merger Control*, s. 75 f., Cook & Kerse, *E.C. Merger Control*, s. 16, Ritter m.fl., *European Competition Law*, s. 415, samt Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 356 f.

²¹³ För kriterierna i detalj se Cook & Kerse, *E.C. Merger Control*, kap. 3, samt Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 379 ff.

än om att förbjuda. Anledningen härtill är att strukturella förändringar normalt bidrar till att olika sektorer inom ekonomin utvecklas och anpassas till marknadens fortlöpande förändringar. Koncentrationsbestämmelserna är därför inriktade mot just strukturkontroll. Dessa syftar till att förhindra de koncentrationer som förväntas medföra långsiktiga skadliga effekter genom väsentligt minskat konkurrenstryck. Kommissionen har därför att pröva huruvida en koncentration av gemenskapsdimension skapar eller förstärker en dominerande ställning. Därefter skall bedömas om den dominerande ställningen medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt hämmas. Sådana koncentrationer skall, enligt art. 8.3 KoncF, förklaras oförenliga med den gemensamma marknaden.

Det ovan beskrivna ”kontrollsystemet” bygger på principen om en obligatorisk anmälan i förväg av alla koncentrationsförfaranden med gemenskapsdimension. Av art. 4.1 KoncF framgår att en koncentration skall anmälas till kommissionen senast en vecka efter avtalets ingående eller offentliggörandet av budet om övertagande eller förvärvet av ett kontrollerande inflytande. Fristen löper från den tidpunkt när den första av dessa händelser inträffar. För att ett avtal skall anses vara ingånget i bestämmelsens mening förutsätts:

- 1) att avtalet är bindande enligt tillämplig nationell lagstiftning och
- 2) att avtalet inte ensidigt kan frånträdas av någon av parterna.

Dessa förutsättningar fastslogs i ett kommissionsbeslut där en parts åtagande var villkorat av att bolagets aktieägare sedermera godkände åtagandet. Villkorandet ansågs inte medföra att bolaget var obundet mot medkontrahenten. Således förelåg anmälningskyldighet.²¹⁴

Konkurrensrättslig ogiltighet gör sig gällande i samband med vad som behandlas under rubriken ”uppskjutande av koncentrationer” i art. 7 KoncF. Enligt art. 7.1 KoncF får en koncentration med gemenskapsdimension inte genomföras varken före anmälan eller innan den har, av kommissionen i ett slutligt beslut, förklarats förenlig med den gemensamma

²¹⁴ IV/M. 0023, *ICI / Tioxide*, EGT nr C 304, 04/12/1990, s. 0. Se även Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 434.

markanden.²¹⁵ En koncentration som ändå genomförs i strid med dessa bestämmelser blir likväl inte automatiskt ogiltigt.²¹⁶ Art. 7.5 1 st. KoncF föreskriver nämligen att transaktioners giltighet är beroende av framtida kommissionsbeslut. Detta innebär att ett fullföljande av koncentrationsavtalet i strid med art. 7.1 KoncF kan giltigförklaras retroaktivt om Kommissionen i efterhand skulle finna koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden. Retroaktivt godkännande av avtalet till trots, kan parterna ändå ådra sig böter enligt art. 14.2.b KoncF.²¹⁷ Att avtalet inte är ogiltigt förrän ett kommissionsbeslut tagits innebär emellertid inte att det har full rättsverkan. Under mellantiden anses nämligen avtalet vara suspenderat (overksam), d.v.s. nationell domstol skall utan att ogiltigförklara avtalet vägra att döma till fullgörelse.²¹⁸ Uppsatsförfattaren förmodar att syftet med den civilrättsliga suspensionen är att undvika situationer där nationella domstolar dömer utefter ett avtal som sedermera ogiltigförklaras med retroaktiv verkan av kommissionen.

Skulle Kommissionen omsider finna en koncentration oförenlig med den gemensamma markanden blir avtalet därom ogiltigt. Art. 7.5 KoncF innehåller emellertid ett legalt undantag, till förmån för stabiliteten på värdepappersmarknaden, innebärande att transaktioner med värdepapper inte berörs av bestämmelsen under förutsättning att varken köparen eller säljaren visste eller borde ha vetat att transaktionen genomfördes i strid med art. 7.1 KoncF.²¹⁹

Av redogörelsen ovan följer att det föreligger en skillnad mellan regleringen av företagskoncentrationer och regleringen av konkurrensbegränsande samarbete samt missbruk av dominerande ställning. För de senare är förbudet och ogiltigheten inte

²¹⁵ Art. 7.1 lyder : En koncentration enligt artikel 1 får varken genomföras före anmälan eller innan den har förklarats förenlig med den gemensamma marknaden genom ett beslut enligt artikel 6.1 b eller artikel 8.2 eller på grundavtal av en presumtion enligt artikel 10.6.

²¹⁶ Se Hawk & Huser, *European Community Merger Control* , s. 305 samt Cook & Kerse, *E.C. Merger Control*, s. 109.

²¹⁷ Hawk & Huser, *European Community Merger Control* , s. 305. Se även IV/M.920, *SAMSUNG/AST*, EGT nr C 203, 03/07/1997, s. 3, där kommissionen i beslutet om att godkänna förvärvet varnade för att böter eventuellt skulle påföras då parterna underlåtit att anmäla inom den fastställda tidsgränsen.

²¹⁸ Se Hawk & Huser, *European Community Merger Control* , s. 305 samt Cook & Kerse, *E.C. Merger Control*, s. 109.

²¹⁹ Kommissionen bör dock fortfarande ha behörighet att, enligt art. 8.4 KoncF, ålägga avyttrande av värdepapperna.

avhängigt av ett beslut vilket är fallet med den förra. Detta medför emellertid inte att principen ”konkurrensrättslig ogiltighet följer konkurrensrättsligt förbud” ryggas. Således inträder ogiltigheten i samband med förbudet och dess (ogiltighetens) rättsverkningar är helt och hållet avhängiga av förbudet. Har exempelvis förbudet retroaktiv verkan, vilket förbudet i art. 7 KoncF har, får ogiltigheten retroaktiv verkan o.s.v.

Konkurrensrättslig ogiltighet inom EG-rätten till följd av företagskoncentrationer bör således verka retroaktivt²²⁰, beaktas ex officio²²¹ samt kunna åberopas av envar. Det som blir konkurrensrättsligt ogiltigt är naturligtvis endast det som träffas av förbudet mot företagskoncentration (se resonemanget om accessoriska begränsningar i 2.3). Intressant blir därmed vad som rent konkret kan komma att bedömas som en koncentration och således förbjudas samt träffas av ogiltighet.²²²

När två eller flera tidigare självständiga företag **slås samman till ett nytt företag** är det sammanslagningen som är förbjuden och således är det avtal och rättshandlingar som utgör del i sammanslagningen som drabbas av ogiltighet. Avtal som tredje man sluter med en sådan koncentrationen är att betrakta som nulliteter enligt resonemanget i 3.2.3 kring JV-företag och dess bristande rättskapacitet. Dessa avtal, som riskerar att betraktas som nulliteter, ger upphov till ytterligare komplikationer. Vilken status har dessa under suspensionstiden, d.v.s. under den tid koncentrationsavtalet är överksam? Den situation man vill undvika, nämligen att ogiltiga avtal erkänns rättsverkan under en handläggningsperiod, är högst påtaglig för de följdavtal som riskerar att betraktas som nulliteter. Samtidigt skall hållas i åtanke att konkurrensrättslig reglering endast träffar avtal som rör själva koncentrationen och inte koncentrationens avtal med andra rättssubjekt. Således går det inte hävda att EG-rätten explicit kräver suspension även för företagssammanslagningens avtal med tredje män. Uppsatsförfattaren anser sig inte kunna komma längre i denna specifika frågeställning utan att ge sin in på rena spekulationer. Svaret förblir osäkert tills frågan ställs på sin spets i ett eventuellt framtida avgörande.

²²⁰ Se Hawk & Huser, *European Community Merger Control*, s. 305 f.

²²¹ Att suspensionen skall beaktas ex officio är ett faktum. Det vore märkligt om den av kommissionen fastslagna ogiltigheten krävde åberopande för att iaktas av nationell domstol.

²²² Definition av en koncentration återfinns i art. 3 KoncF.

En annan form av koncentration föreligger när en **koncern övertar kontrollen** över ännu ett bolag, d.v.s. när det handlar om ett nytilkommen dotterbolag. Vid den situationen drabbas inte hela koncernen av förbud och ogiltighet utan endast de förehavanden som konstituerat förvärvet av dotterbolaget. Följaktligen förblir avtalen som dotterbolaget efter förvärvet ingår med tredje män giltiga. Dotterbolaget är ju nämligen ett eget rättssubjekt och dess rättskapacitet påverkas inte av att det ingår i en förbjuden koncentration. Det som blir förbjudet och ogiltigt är endast de avtal som reglerar ägarrelationen mellan moderbolaget och dotterbolaget. Koncentration kan också vara för handen när ett företag övertar äganderätten till ett annat företags inkråm, s.k. **rörelseförvärv**. Det förbjudna och ogiltiga blir helt enkelt köpeavtalet avseende inkråmet. Skulle lösöret ha omsatts lär allmänna godtrosregler vara tillämpliga enligt aktuell nationell rätt.

Frågan om återgång bör här få en annan lösning än vad gäller i fallet om förbjudna samarbeten. Anledningen härtill är syftet med KoncF. I och med att ändamålet med koncentrationskontrollen är att förhindra uppkommandet eller förstärkandet av en dominerande ställning som verkar skadligt på konkurrensen, är det naturligt att saker och ting skall återställas såsom de var före det att koncentrationsprocessen inleddes.²²³

²²³ Jfr. med Kommissionens befogenhet enligt art. 8.4 KoncF.

6.2 Svensk rätt

Konkurrenslagens bestämmelser om företagskoncentrationer ändrades häromåret (SFS 2000:88) i huvudsaklig syfte att anpassa lagen ännu mer till EG-rätten.²²⁴ Således överrensstämmer i huvudsak rättsreglerna med varandra. Om en företagskoncentration på den svenska marknaden överskrider de ekonomiska tröskelvärdena som finns uppsatta i 37 § KL (men understiger Kommissionens tröskelvärden) skall koncentrationen anmälas till Konkurrensverket.²²⁵ Till skillnad från EG-rätten har lagstiftaren valt att inte införa någon tidsfrist för anmälan. I propositionen anfördes att erfarenhet från Kommissionen visade på att det i realiteten var praktiskt svårt att upprätthålla bestämmelserna om tidsfrister.²²⁶ Efter en anmälan är parterna under en kortare period förbjudna att fullfölja koncentrationen till dess Konkurrensverket tar ett beslut i ärendet.²²⁷

Lagstiftaren har valt att delvis gå en annan väg än EG-rätten vad gäller sanktioner mot överträdelser av koncentrationsbestämmelserna.²²⁸ Om ogiltighet i samband med koncentrationer föreskriver 35 § KL följande.

Ett förbud mot en företagskoncentration innebär att en rättshandling som utgör en del i företagskoncentrationen därefter blir ogiltig. Detta gäller dock inte sådana rättshandlingar som utgörs av förvärv som har skett på en svensk eller utländsk börs, en auktoriserad marknadsplats eller någon annan reglerad marknad eller genom inrop på exekutiv auktion. I sådana fall får förvärvaren i stället åläggas att avyttra det som har förvärvats.

Kongruensförhållandet mellan förbudet och ogiltigheten framgår klart och tydligt av paragrafen. Att uppmärksamma är att några civilrättsliga konsekvenser uppenbarligen inte

²²⁴ Prop. 1998/99:144 s. 1 ff.

²²⁵ Undantagsvis kan även koncentrationer under tröskelvärdena föranleda anmälningsskyldighet se 37 § 2 st. KL.

²²⁶ Prop. 1998/99:144 s. 72 f.

²²⁷ 38 § KL.

²²⁸ Försummelse av anmälningsplikten har endast sanktionerats med möjlighet för Konkurrensverket att förelägga vite (58 § KL.) Verket kan även hos Stockholms tingsrätt söka om intermistisk förbud för parterna att fullfölja en koncentration (41 § KL.) Vidare är en koncentration immun mot förbud och ålägganden om inget beslut tas inom två år efter dess tillkomst (42 § KL.)

följer av att förvärvsparterna försummar anmälningsskyldigheten eller fullföljer koncentrationen utan att invänta ett beslut. KL stadgar inte ens suspension av avtalet. Vidare inträder ogiltigheten först och endast när domstol meddelat ett slutligt förbud mot en koncentration och ogiltigheten har inte, till skillnad från EG-rätten, retoraktiv verkan.²²⁹ Att ogiltigheten inte är retroaktiv medför en rad egendomligheter. Bl.a. kommer tredje mäns löpande avtal med exempelvis en företagsammanslagning (jfr. ovan) att vara giltiga fram till domslutet och därefter att betraktas som nulliteter. Förarbetena ger inget svar på varför avvikelser skett från EG-rätten och den konkurrensrättsliga ogiltighetsläran. Förmodligen är avvikelserna ett resultat av politisk köpslagning. Oavsett, ogiltighetsfrågan vid koncentrationer torde överhuvudtaget vara av marginell praktisk betydelse. Det förefaller osannolikt att företag som ingår i en koncentration av anmälningsskyldig dimension skulle försöka dölja koncentrationen (vilket i sig torde vara svårt) och därmed riskera komplexfyllda situationer. Uppfattningen i propositionen är att näringslivets aktörer självmant kommer att underkasta sig konkurrensrättslig prövning innan en koncentration fullföljs.²³⁰

Att återgång skall ske och kan framtvingas framgår av 35 § KL och ligger i linje med det resonemang som framfördes ovan i avsnitt 6.1.

²²⁹ Ogiltigheten verkar från och med det datum tingsrättens dom vinner laga kraft eller när Marknadsdomstolens dom meddelas. (Prop. 1998/99:144 s. 90.)

²³⁰ Se bl.a. Prop. 1998/99:144 s. 66.

Summering

Examensarbetet inleddes med en rad konstateranden i kap. 2. Det fastställdes att kongruens råder mellan konkurrensrättsligt förbud och konkurrensrättslig ogiltighet. Konkurrensrättsligt ogiltigt är endast de avtalsvillkor som är förbjudna. Varken förbudet och ogiltigheten är avhängiga av myndighetsbeslut och ogiltigheten skall dessutom verka från avtalets tillkomst. Kärnan i detta arbete utgjordes av kap. 3, 4 och 5. I kapitel tre argumenterades, med en rättsdogmatisk analys som grund, för att följdavtal inte automatiskt drabbas av konkurrensrättslig ogiltighet. Kapitel fyra behandlade återgång, och ett ändamålsresonemang om ogiltighetens preventiva effekt resulterade i ståndpunkten att parter till ett konkurrensbegränsande samarbetsavtal inte bör kunna kräva återgång av sina prestationer. Avsaknaden av uttrycklig ogiltighetssanktion till följd av missbruk av dominerande ställning behandlades i kapitel 5. Ogiltighet ansågs ändå följa av tillämpningen av den allmänna rättsprincipen om legala förbuds eventuella ogiltighet. Skillnaden mellan de två konkurrensrättsliga förbuden föranledde emellertid skillnader i ogiltigheternas utformning. Ogiltighet till följd av missbruk av dominerande ställning riktar sig endast mot den dominerande parten, och dess rättsverkningar förlänades därför en partisk karaktär. Kapitel 6 redogjorde översiktligt för ogiltighet till följd av förbjudna företagskoncentrationer. Gemensamt för såväl koncentrationer av gemenskapsdimension som koncentrationer relevanta för KL är att ett förbud och därmed en ogiltighet är avhängigt av ett myndighetsbeslut.

Andemeningen i den brasklapp som inflikades i inledningen - men som möjligen inte varit märkbar under själva framställningen - tål att upprepas. Till följd av det rättskällevakuum som uppstått i skärningspunkten mellan konkurrensrätten och civilrätten har uppsatsförfattaren gång efter annan dristat sig till att konstruera egna lösningar grundade på sannolika antaganden. Först när praxis, doktrin och eventuellt lagstiftaren fyller ut tomrummet kan med säkerhet sägas om de framlagda lösningarna utgör gällande rätt eller missuppfattning av gällande rätt.

Källor och litteratur

Åberopad litteratur

Adlercreutz, Axel, 1994. Om nullitet och kompetensogiltighet. I : *Festskrift till Anders Agell*, s. 1-18. Uppsala : Iustus. [Cit. Adlercreutz, Axel, *Om nullitet och kompetensogiltighet*.].

Adlercreutz, Axel, 2000. *Avtalsrätt I*. 11u. Lund : Juristförlaget i Lund. [Cit. Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt*].

Almén, Tore – Eklund, Rudolf 1960. *Om köp och byte av lös egendom. Kommentar till lagen den 20 juni 1905*. 4u. Stockholm : Nordstedts. [Cit. Almén & Eklund, *Om köp och byte av lös egendom*].

Andersson, Jan 1999. *Legala förbud och ogiltighet – En teleologisk studie*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1999, s. 533-752. [Cit. Andersson, Jan, *Legala förbud och ogiltighet – En teleologisk studie*].

Andersson, Torbjörn, 1997. *Rättsskyddsprincipen. EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv*. Uppsala : Iustus. [Cit. Andersson, Torbjörn, *Rättsskyddsprincipen*].

Andersson, Torbjörn, 1999. *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler. En Studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten*. Uppsala : Iustus. [Cit. Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen*].

Bellamy, Christopher - Child, Graham, 2001. *European Community Law of Competition*. 5u. London : Sweet & Maxwell. [Cit. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*].

Bernitz, Ulf, 1993. *Standardavtalsrätt*. 6u. Stockholm : Marknadsrättsförlaget. [Cit. Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*].

Bernitz, Ulf, 1996. *Den svenska konkurrenslagen*. Stockholm : Juristförlaget. [Cit. Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*].

Bernitz, Ulf, 1996. Standardavtal och konkurrensbegränsning. I : *Festskrift till Jan Ramberg*, s. 51-69. Stockholm : Juristförlaget. [Cit. Bernitz, Ulf, *Standardavtal och konkurrensbegränsning*].

Blok, Peter, 1974. *Ugyldighetssanktionen i fællesmarkedets konkurrenceret*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1974, s. 489-581. [Cit. Blok, Peter, *Ugyldighetssanktionen i fællesmarkedets konkurrenceret*].

Bramsjö, Sven, 1950. *Om avtals återgång. En studie över innehållet i återgångspåföljden*. Lund. [Cit. Bramsjö, Sven, *Om avtals återgång*].

Carlsson, Kenny – Söderlind, Erik – Ulriksson, Magnus, 1999. *Konkurrenslagen. En kommentar*. Stockholm : Norstedts. [Cit. Carlsson m.fl., *Konkurrenslagen. En kommentar*].

Cienfuegos-Mateo, Manuel, 1991. *L'application de la nullité de l'article 85.2, du traité C.E.E. par les juridiction nationales (avec un examen particulier du domaine des transport aeriens). Consequences dans l'ordre juridique interne*. Cahiers de droit européen 1991, s. 317-353. [Cit. Cienfuegos-Mateo, Manuel, *L'application de la nullité de l'article 85.2*].

Cook, C.J. - Kerse, C.S, 2000. *E.C. Merger Control*. 3u. London : Sweet & Maxwell. [Cit. Cook & Kerse, *E.C. Merger Control*].

Dworkin, Ronald, 1978. *Taking Rights Seriously*. 2u. London : Duckworth. [Cit. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*].

- Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert 1996. *Rättegång. Andra häftet*. 8u. Stockholm : Norstedts. [Cit. Ekelöf, Per Olof, *Rättegång II*].
- Ericson, Jon, 2000. *Konkurrenslagen och avtalsrätten*. Examensarbete, Umeå. [Cit. Ericson, Jon, *Konkurrenslagen och avtalsrätten*].
- Faull, Jonathan - Nikpay, Ali, 1999. *The EC Law of Competition*. New York : Oxford University Press Inc. [Cit. Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*].
- Fejø, Jens, 1993. *EF-konkurrenceret*. Köpenhamn : Jurist- og Økonomforbundes Forlag. [Cit. Fejø, Jens, *EF-konkurrenceret*].
- Fejø, Jens, 1997. *EU-konkurrenceret*. 2u. Köpenhamn : Jurist- og Økonomforbundes Forlag. [Cit. Fejø, Jens, *EU-konkurrenceret*].
- Grönfors, Kurt, 1955. *Ogiltighetspåföljden enligt jordförvärvslagen*. Svensk Juristtidning 1955, s. 449-468. [Cit. Grönfors, Kurt, *Ogiltighetspåföljden enligt jordförvärvslagen*].
- Grönfors, Kurt, 1995. *Avtalslagen*. 3u. Stockholm : Norstedts. [Cit. Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*].
- Gustafson, Åsa - Hoet, Lorelien, 1999. *Eco Swiss-målet: några kommentarer*. Ny Juridik 99-4, s. 84-101. [Cit. Gustafson & Hoet, *Eco Swiss-målet: några kommentarer*].
- Gustafsson, Leif – Westin, Jacob, 1998. *Svensk konkurrensrätt*. Stockholm : Norstedts. [Cit. Gustafsson & Westin, *Svensk konkurrensrätt*].
- Gustafsson, Magnus, 1998. *Ogiltighet i konkurrensrätten*. Examensarbete, Uppsala. [Cit. Gustafsson, Magnus, *Ogiltighet i konkurrensrätten*].
- Hawk, Barry E. – Huser, Henry L., 1996. *European Community Merger Control : A Practitioner's Guide*. Haag : Kluwer Law International. [Cit. Hawk & Huser, *European Community Merger Control*].
- Hellner, Jan, 1950. *Om obehörig vinst. Särskilt utanför kontraktsförhållanden. Ett civilrättsligt problem i komparativ belysning*. Uppsala. [Cit. Hellner, Jan, *Om obehörig vinst*].
- Hellner, Jan 1996. *Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 1 häftet. Särskilda avtal*. 3u. Stockholm : Juristförlaget. [Cit. Hellner, Jan, *Särskilda avtal*].
- Hellner, Jan 1996. *Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 2 häftet. Allmänna ämnen*. 3u. Stockholm : Juristförlaget. [Cit. Hellner, Jan, *Allmänna ämnen*].
- Hellner, Jan 1998. *Rättsteori. En introduktion*. 2u. Stockholm : Norstedts. [Cit. Hellner, Jan, *Rättsteori*].
- Hellner, Michael 2000. *Internationell Konkurrensrätt. Om främmande konkurrensrätts tillämplighet i svensk domstol*. Uppsala : Iustus. [Cit. Hellner, Michael, *Internationell Konkurrensrätt*].
- Hultmark, Christina - Ramberg, Jan, 1999. *Allmän avtalsrätt*. 5u. Stockholm : Nordstedts. [Cit. Ramberg & Hultmark, *Allmän avtalsrätt*].
- Karlgren, Hjalmar, 1951. *Ett gammalt tvisteämne: nullitet och angriplighet. En rättssystematisk undersökning. I : Festskrift till Professor, Dr. Juris Henry Ussing, s. 247-266*. Köpenhamn. [Cit. Karlgren, Hjalmar, *Ett gammalt tvisteämne*].
- Karlgren, Hjalmar, 1953. *Avtalsrättsliga spørsmål*. 2u. Stockholm : Nordstedts. [Cit. Karlgren, Hjalmar, *Avtalsrättsliga spørsmål*].

- Karlgren, Hjalmar, 1982. *Obehörig vinst och värdeersättning*. Av Fritjof Lejman översedd utgåva. Stockholm : Norstedts. [Cit. Karlgren, Hjalmar, *Obehörig vinst och värdeersättning*].
- Kleineman, Jan, 1994. *Aktiebolagsrättsliga skyddsintressen och allmänna rättsgrundsatser om vindikation*. Juridisk Tidskrift 1994-95, s. 430-463. [Cit. Kleineman, Jan, *Aktiebolagsrättsliga skyddsintressen*].
- Kleineman, Jan, 1998. *Allmänna principer för ogiltighetspåföljdens inträdande*. Juridisk Tidskrift 1997-98, s. 808-813. [Cit. Kleineman, Jan, *Allmänna principer för ogiltighetspåföljdens inträdande*].
- Korah, Valentine, 2000. *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*. 7u. Oxford : Hart. [Cit. Korah, Valentine, *EC Competition Law and Practice*].
- Levinsohn, Martin, 2002. *Skadestånd inom konkurrensrätten – svensk och europeisk rätt efter Courage v. Crehan*. Examensarbete, Göteborg. [Cit. Levinsohn, Martin, *Skadestånd inom konkurrensrätten*].
- Lind, Johan, 1996. *Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla*. Juridisk Tidskrift 1996-97, s. 352-370. [Cit. Lind, Johan, *Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla*].
- Linder, Mikael – Westin, Jacob, 1995. *Något om avtals eller avtalsvilkors ogiltighet enligt den nya konkurrenslagen*. Svensk Juristtidning 1995, s. 45-57. [Cit. Linder & Westin, *Något om avtals eller avtalsvilkors ogiltighet*].
- Nial, Håkan, 1936. *Om förvärv i strid mot legala förbud*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1936, s. 1-77. [Cit. Nial, Håkan, *Om förvärv i strid mot legala förbud*].
- Norberg, Sven, 1994. *Reflektioner över svenska rättstraditioner i en europeisk rättsmiljö*. Juridisk Tidskrift 1994-95, s. 369-391. [Cit. Norberg, Sven, *Reflektioner över svenska rättstraditioner i en europeisk rättsmiljö*].
- Nourborg, Fredrik, 1999. *Ogiltighet i konkurrensrätten*. Examensarbete, Göteborg. [Cit. Nourborg, Fredrik, *Ogiltighet i konkurrensrätten*].
- Peczenik, Aleksander, 1994. *Svenska lagmotiv i Europeisk Union*. Juridisk Tidskrift 1994-95, s. 306-311. [Cit. Peczenik, Aleksander, *Svenska lagmotiv i Europeisk Union*].
- Pindyck, Robert S. - Rubinfeld, Daniel L., 2001. *Microeconomics*. New Jersey : Prentice Hall. [Cit. Pindyck & Rubinfeld, *Microeconomics*].
- Remnelid, Pär, 1995. *Jämkning av konkurrensklausul*. Konkurrens 95-1, s. 7-8. [Cit. Remnelid, Pär, *Jämkning av konkurrensklausul*].
- Ritter, Lennart - Braun, W. David – Rawlinson, Francis, 2000. *European Competition Law: a practitioner's guide*. 2u. Haag : Kluwer Law International. [Cit. Ritter m.fl., *European Competition Law*].
- Rodhe, Knut, 1956. *Obligationsrätt*. Stockholm : Nordstedts. [Cit. Rodhe, Knut *Obligationsrätt*].
- Rodhe, Knut, 2000. *Aktiebolagsrätt*. 19u., bearbetad av Rolf Skog. Stockholm : Norstedts. [Cit. Rodhe, Knut, *Aktiebolagsrätt*].
- Sieyès, Emmanuel Joseph, 1789. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Edition critique avec une introduction et des notes par Roberto Zapperi, 1970. Genève : Droz. [Cit. Sieyès, Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers état?*].
- Stenberg, Hans, 1974. *Studier i EG-rätt. Om konkurrensbegränsande avtal och deras ogiltighet*. Stockholm. [Cit. Stenberg, Hans, *Studier i EG-rätt*].

Ussing, Henry, 1945. *Aftaler paa formuerettens omraade*. 2u. Köpenhamn. [Cit. Ussing, Henry, *Aftaler*].

Wahl, Nils, 1994. *Konkurrensförhållanden. Om förhållandet mellan EG:s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt*. Stockholm : Juristförlaget. [Cit. Wahl, Nils, *Konkurrensförhållanden*].

Wahl, Nils, 2000. *Konkurrensskada – Skadeståndsansvar vid överträdelser av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen*. Stockholm. [Cit. Wahl, Nils, *Konkurrensskada*].

Wahl, Nils, 2001. *Skadestånd i konkurrensrätt*. Europarättslig Tidskrift 2001, s. 574-579. [Cit. Wahl, Nils, *Skadestånd i konkurrensrätt*].

Van Bael, Ivo - Bellis, Jean-François, 1994. *Competition Law of the European Community*. 3u. Oxfordshire : CCH Europe. [Cit. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*].

Wetter, Carl - Gahnström, Anders – Karlsson, Johan – Rislund, Olle, 1999. *Konkurrenslagen, en handbok*. Stockholm : Nerenius & Santérus. [Cit. Wetter m.fl., *Konkurrenslagen, en handbok*].

Victorin, Anders, 1996. *Utmätning av pantsatt andel i bostadsrätt*. Juridisk Tidskrift 1995-96, s. 832-835. [Cit. Victorin, Anders, *Utmätning av pantsatt andel i bostadsrätt*].

Åstenius, Niklas, 1998. *Konkurrensrättens ogiltighetsbegrepp - med särskilt beaktande av partiell ogiltighets inverkan på övrigt avtalsinnehåll*. Examensarbete, Lund. [Cit. Åstenius, Niklas, *Konkurrensrättens ogiltighetsbegrepp*].

Åberopade rättsfall

Rättsfall från EG-domstolen och Förstainstansrätten

Mål 56 och 58/64 *Établissements Consten SARL and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission of the European Economic Community* [1966] ECR 299.

Mål 56/65 *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH* [1966] ECR 235.

Mål 22/71 *Béguelin Import Co. and Others v. S.A.G.L. Import Export and Others* [1971] ECR 949.

Mål 6/72 *Europemballage and Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities* [1973] ECR 215.

Mål 48/72 *SA Brasserie de Haecht v. the spouses Wilkin-Janssen* [1973] ECR 77.

Mål 127/73 *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SV SABAM et NV Fonior* [1974] ECR 51.

Mål 127/73 *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SV SABAM et NV Fonior* [1974] ECR 313.

Mål 155/73 *Giuseppe Sacchi* [1974] ECR 409.

Mål 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities*, [1979] ECR 461.

Mål 22/79 *Greenwich Film Production v Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) and Société des éditions Labrador* [1979] ECR 3275.

Mål 319/82 *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v. Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG* [1983] ECR 4173.

Mål 42/84 *Remia BV and Others v. Commission of the European Communities* [1985] ECR 2545.

Mål 10/86 *VAG France SA v. Établissements Magne SA* [1986] ECR 4071.

Mål T-30/89 *Hilti AG v. Commission of the European Communities* [1991] ECR II-1439.

Mål T-51/89 *Tetra Pak Rausing SA v. Commission of the European Communities* [1990] ECR II-309.

Mål C-234/89 *Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG* [1991] ECR I-935.

Mål T-83/91 *Tetra Pak International SA v. Commission of the European Communities* [1994] ECR II-755.

Mål C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV* [1999] ECR I-3055.

Mål C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd and Others* [2001] ECR I-6297.

Rättsfall från nationell domstol

England

Court of Appeal

David John Passmore v. Morland and Others [1999] 1 CMLR 1129.

Sverige

Högsta domstolen

NJA 1942 s. 614.

NJA 1980 s. 1.

NJA 1982 s. 493.

NJA 1989 s. 768.

NJA 1992 s. 717.

NJA 1995 s. 478.

NJA 1997 s. 93.

Hovrätterna

Mål nr. T 33-00, Göta Hovrätt, *Lufifartsverket mot Scandinavian Airlines System*. 2001-04-27.

Mål nr. T 3236-01, Svea Hovrätt, *Boliden Mineral AB mot Birka Värme Stockholm AB*. 2002-05-14.

Tingsrätterna

Mål nr. T 559/94, Sundsvalls Tingsrätt, *Lexicon International AB mot Lars Sundelin m.fl.* 1994-11-25.

Mål nr. T 8-648-97, Stockholms Tingsrätt, *Boliden Mineral AB mot Birka Värme Stockholm AB*. 2001-03-22.

Åberopade kommissionsbeslut

Kommissionsbeslut 93/50/EEG, *Astra*, den 23 december 1992. EGT nr L 20, 28/01/1993, s. 23.

Kommissionsbeslut enligt Rfo 4064/89

Kommissionens beslut i mål nr IV/M. 0023, *ICI / Tioxide*, den 28 november 1990. EGT nr C 304, 04/12/1990, s. 0.

Kommissionens beslut i mål nr IV/M. 920, *SAMSUNG/AST*, den 26 maj 1997. EGT nr C 203, 03/07/1997, s. 3.

Offentligt tryck

Tillkännagivanden, meddelanden och rapporter från Kommissionen

Tillkännagivande från Kommissionen - Riktlinjer om vertikala begränsningar. EGT nr C 291, 13/10/2000 s. 1 – 44.

Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (de minimis). EGT nr C 368, 22/12/2001 s. 13-15.

Kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden. EGT nr C 45, 19/02/2002 s. 3-5.

XXIst Report on Competition Policy, 1991.

XXXth Report on Competition Policy, 2000.

XXXIst Report on Competition Policy 2001.

Utredningar

SOU 1970:19 – Svensk FN-lag. Sanktioner och deras genomförande.

SOU 1974:83 – Generalklausul i förmögenhetsrätten.

SOU 1991:59 – Konkurrens för ökad välfärd.

SOU 1997:20 – Konkurrenslagen 1993-1996.

SOU 1998:98 – Konkurrenslagens regler om företagskoncentration.

DS 1992:18 – Ny konkurrenslag.

Propositioner

- Prop. 1981/82:135 - Förslag till ny lagstiftning om utländska förvärv av svenska företag m.m.
- Prop. 1981/82:165 – Förslag till konkurrenslag.
- Prop. 1992/93:56 – Ny konkurrenslagstiftning.
- Prop. 1998/99:144 – Regler om företagskoncentration.
- Prop. 1998/99:35 – Ny lag om skiljeförfarande.
- Prop. 1999/00:140 – Konkurrensolitik för förnyelse och mångfald.
- Prop. 2001/02:167 – Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning, m.m.

Övrigt

Konkurrensverkets allmänna råd om visst samarbete mellan företag som inte omfattas av förbudet i 6 § KL (KKVFS 1993:7).

Konkurrensverkets årsredovisning 1997.

Konkurrensverkets allmänna råd om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6 § KL (KKVFS 1999:1).