

Innehåll

1 Inledning	2
1.1 Syfte	2
1.2 Metod	4
1.3 Avgränsning och disposition	5
2 Konkurrensbegränsande avtal och beslut	6
2.1 Ogiltighet ex tunc	6
2.2 Partiell ogiltighet	7
3 Missbruk av dominerande ställning	8
3.1 Tysk rätt	9
3.2 Fransk rätt	9
3.3 Svensk rätt	9
4 Förbjudna företagsförvärv	11
5 Partiell eller total ogiltighet	13
5.1 Tysk rätt	13
5.2 Fransk rätt	15
5.3 Engelsk rätt	16
5.4 Svensk rätt	17
5.5 Sammanfattning	19
6 Kopplade avtal	20
7 Anspråk mellan parterna	21
7.1 Skadeståndsanspråk	21
7.2 Återgångsanspråk	23
7.2.1 Allmänt om återgång vid ogiltighet	23
7.2.2 Återgång vid ogiltighet i konkurrensrätten	28
8 Ersättning till tredje man	32
8.1 Tysk rätt	33
8.2 Engelsk rätt	34
8.3 Svensk rätt	35
9 Slutsatser	36
Förkortningar	38
Källor och litteratur	38

1 Inledning

För att främja en effektiv konkurrens på marknaden har lagstiftaren förbjudit vissa typer av rättshandlingar. Det kan t ex röra sig om avtal om prissamarbete mellan två konkurrenter, oskäligen avtal som en dominerande part påtvingar en underlägsen part eller ett företagsförvärv som hämmar konkurrensen och är skadligt från allmän synpunkt.

En del av förbuden har, utöver marknadsrättsliga avgifter, uttryckligen också sanktionerats med civilrättslig ogiltighet och skadestånd. Konkurrensrätten säger dock inte mycket om vad själva ogiltigheten innebär. För de fall när EGs konkurrensrätt är tillämplig har EG-domstolen hänvisat till nationell rätt och när den svenska konkurrenslagen (1993:20), KL, är tillämplig får rättsverkningarna av ogiltigheten besvaras av den allmänna avtalsrätten.

1.1 Syfte

Syftet med uppsatsen är att utreda de civilrättsliga följderna av avtals och avtalsvillkors ogiltighet i den svenska och den EG-rättsliga konkurrensregleringen. Uppsatsen är alltså inte konkurrensrättslig i egentlig mening utan behandlar ett allmänt avtalsrättsligt problem, ogiltighet, som den tar sig uttryck i just konkurrensrätten.

Det är ganska vanligt att rättsliga regler är sanktionerade med att avtal eller andra rättshandlingar blir ogiltiga. I svensk rätt är dock inte helt klart vad detta innebär eftersom det inte finns ett generellt lagstadgande. Dessutom säger vare sig praxis eller förarbeten särskilt mycket om detta.¹ Det råder även osäkerhet beträffande vad som händer när ogiltighet inträder som en sanktion i konkurrensrätten. *Vad händer med resten av avtalen som inte direkt strider*

¹ Se Andréasson/Månesköld, Ogiltighet – innebörd och rättsverkningar, tillämpade studier 1994.

mot förbuden? Ska prestationerna återgå? Vad gäller beträffande skadestånd mellan parterna och i förhållande till tredje man? Vad händer med ett avtal som har en anknytning till det avtal som nu blir ogiltigt?

Det är bara rättsligt bindande rättshandlingar, inklusive rättsligt bindande beslut, som kan drabbas av ogiltighetsbestämmelserna. S k samordnade förfaranden, som inte är grundade på avtal, har inte sådana rättsliga verkningar att en ogiltighetsregel blir tillämplig. Ogiltigheten är en civilrättslig sanktion som har till syfte att förstärka regleringens genomslagskraft och är i den meningen ett komplement till de andra sanktionerna som t ex konkurrensskadeavgift. I 7 § KL finns en uttrycklig regel som säger att avtal eller avtalsvillkor som strider mot 6 § KL är ogiltiga. På EG-rättens område motsvaras denna regel av art 81.2 i Romfördraget.¹ Även förbjudna företagsförvärv respektive företagskoncentrationer är explicit ogiltiga i svensk rätt och i EG-rätten. För avtal eller avtalsvillkor som är ett led i missbruk av en dominerande ställning finns ingen ogiltighetsregel vare sig i den svenska KL eller EGs konkurrensrätt. Den frågan måste lösas med hjälp av de nationella rättssystemens regleringar av avtal som strider mot legala förbud.

Om uppsatsen visar att frågeställningarna besvaras på olika sätt i olika rättssystem kan det påverka hur avtalsparterna väljer att lösa lagvalsfrågan. Tidigare var det enligt svensk rätt inte möjligt att ha olika lagval beträffande olika delar avtalet (dépeçage). Hela avtalet skulle styras av en rättsordning. I och med att Sverige har ratificerat 1980 års EU-konvention om tillämplig lag på kontrakträttsliga förpliktelser är detta numera möjligt, vilket medför fler valmöjligheter för avtalsskrivaren.² En jämförelse kommer att ske mellan svensk, tysk, engelsk och fransk rätt. Avtalsstatutets tillämpningsområde är dock begränsat till frågor som handlar om avtalsparternas inbördes förhållande. Det är t ex inte möjligt att med en lagvalsklausul påverka vilket lands konkurrensrätt eller utomobligatoriska skadeståndsrätt som ska tillämpas.³

¹ Artikelnumreringen följer det s k Amsterdamfördraget. De gamla art 85 och 86 motsvaras där av art 81 resp 82. Det materiella innehållet är oförändrat.

² Bogdan, s 248 ff.

³ Bogdan s 226 ff.

Det finns också anledning att göra en studie på området för att se om det behövs en harmonisering inom EU eller om det redan föreligger tillräcklig rättslikhet för att den inre marknaden ska fungera. EU-parlamentet har tagit initiativ till en civilrättslig kodifikation inom EU men kommissionen eller rådet har inte drivit frågan vidare.¹

1.2 Metod

Metoden för uppsatsen är rättsdogmatisk. Framställningen bygger m a o på en systematisk genomgång av relevanta rättskällor såsom lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Målet är att kunna ge en prognos om hur en domare skulle avgöra frågeställningarna.

Bestämmelserna i den svenska KL bör tolkas utifrån motsvarande regler i EG-rätten vilket har uttryckts i förarbetena till lagen. Det finns dock övergripande skillnader, t ex integrations-målet i EG-rätten, som gör att tillämpningen av KL inte alltid kan följa EG-rättslig praxis.¹

I svensk rätt finns inte någon generell lagregel om vad som sker när ett avtal är ogiltigt. Återgång p g a ogiltighet har dock mycket gemensamt med återgång p g a hävning. Det finns därför anledning att göra *analogier* till hävningsreglerna i framför allt köprätten, som av tradition har haft och har stort inflytande på utvecklingen av allmänna principer i svensk rätt.

Inte heller rättsverkningarna av avtal stridande mot legala förbud är generellt reglerat i svensk rätt. Detta medför att det är oklart vad som gäller när följderna inte framgår av lagen, som t ex fallet är med avtal som är ett uttryck för missbruk av dominerande ställning. Rättsläget har klarnat på senare år genom NJA 1997 s 93 där det utvecklas en metod om hur man skall avgöra om ett lagstadgande som förbjuder något också leder till civilrättslig ogiltighet.

Det finns flera anledningar till att jag tar upp utländska rättsystem. Det är avtalets lag som till viss del avgör vilket innehåll begreppet ogiltighet får i EG-rätten. Detta gör att avtalsparterna i viss mån kan styra följderna av en eventuell ogiltighet. En annan anledning är att, när svensk

¹ Se Hartkamp, s 6.

rätt är oklar eller de traditionella rättskällorna tiger, utländska lösningar på samma funktionella problem kan vara en utgångspunkt för svensk rätt. Detta kan gälla t ex när det inte finns vare sig lag, praxis eller förarbeten som behandlar frågan, samtidigt som de stora utländska rättsordningarna har en enhetlig lösning. Det kan ses som uttryck för att det finns en allmän rättsprincip som tidigare inte varit explicit i svensk rätt. Utländsk rätt kan också användas för att tolka svensk rätt.

I uppsatsen jämförs därför svensk rätt med tysk, engelsk och fransk rätt. Dessa rättsordningar är representanter för olika familjer av rättsordningar: nordisk rätt, germansk rätt, common law samt romansk rätt. De tyska, franska och engelska ekonomierna dominerar dessutom marknaden inom EU och är viktiga för svenska företag.

Den rättsdogmatiska analysen försvåras av olika rättskällesystem: EG-rätt, svensk och utländsk nationell rätt. Inställningen till olika rättskällor är inte densamma i dessa system. Beträffande utländska rättssystem har jag främst haft doktrin i form av läroböcker och kommentarer som utgångspunkt för att undvika misstag vid tolkning av t ex rättsfall. Utländska rättsfall anges dock i viss utsträckning för den som vill läsa mer om ämnet.

Problemområdet sträcker sig över flera juridiska ämnesområden med delvis olika grunder, såsom allmän avtalsrätt, konkurrensrätt, skadeståndsrätt och EG-rätt. Det komplicerar utredningen och bidrar också till svårigheter vad gäller komparationen mellan de olika rättssystemen. Rättssystemen är inte systematiserade på samma sätt och det finns inte alltid rättsbegrepp och rättsinstitut som motsvarar varandra. Det ligger därför en fara i att applicera den inhemska systematiken på den utländska rätten eftersom den teoretiska utgångspunkten ofta inte är densamma. Det avgörande vid en komparation måste därför vara rättsregelns funktion. Konkurrensrätten är kanske mer än något rättsområde präglad av det marknadsekonomiska tänkandet vilket man måste ha i tankarna när man studerar ogiltighet i konkurrensrätten.

¹ Prop 1992/93:56., s 21, jfr också Bladini, SvJT 1995, s 454 ff.

1.3 Avgränsning och disposition

Med begreppet konkurrensrätt avser jag reglerna i KL och Romfördraget. Jag tar inte upp utländsk nationell konkurrensrätt i min studie och inte heller svenska konkurrensregler som ligger utanför KL, t ex 38 § AvtL. Jämförelser görs inte med övrig nordisk rätt. Frågor som har med internationell privaträtt att göra, t ex vilket lands konkurrensrätt eller skadeståndsrätt som ska tillämpas och hur avtalsstatutets tillämpningsområde ska begränsas, utreds inte närmare. Den tyska rätten får större utrymme än engelsk och fransk rätt, vilket bl a beror på att det finns relativt mycket skrivet om ogiltighet i konkurrensrätten i tysk doktrin. Dessutom har jag ett särskilt intresse för tysk avtalsrätt.

Uppsatsen börjar med att redovisa vad som är klarlagt inom konkurrensrätten beträffande ogiltigheten. Därefter börjar undersökningen av vad som har lämnats till den allmänna avtalsrätten att avgöra nationellt. Jag har inte delat in uppsatsen i en svensk och en EG-rättslig del därför att problemen i mångt och mycket är desamma.

2 Konkurrensbegränsande avtal och beslut

Avtal mellan företag som har till syfte att begränsa eller snedvrída konkurrensen på ett märkbart sätt eller om de ger de ger ett sådant resultat är förbjudna och ogiltiga enligt konkurrensrätten. Om det är den svenska marknaden som påverkas är 6 och 7 §§ KL tillämpliga och om samhandeln inom EU påverkas (samhandelskriteriet) är art 81 RomF tillämplig. Konkurrensverket respektive kommissionen kan utfärda individuella undantag från förbuden och för ett antal avtalstyper finns gruppundantag både i svensk rätt och EG-rätt. De svenska gruppundantagen är till stor del direkt övertagna från EG-rätten.

2.1 Ogiltighet ex tunc

Ogiltigheten gäller från det att avtalet ingicks eller beslutet togs, *ex tunc*. Det gäller oavsett om EG-rätt eller svensk rätt är tillämplig.¹ Om det inte föreligger ett individuellt eller ett gruppundantag har de nationella domstolarna en EG-rättslig skyldighet att förklara ett konkurrensbegränsande avtal som ogiltigt. Om parterna ansökt om undantag och ett sådant är att vänta kan dock interimistiska åtgärder vidtas.²

I EG-rätten undantas så gamla avtal från regeln om ogiltighet *ex tunc*. Gamla avtal är för det första avtal som ingicks före den 13 mars 1962, dvs innan förordning 17/62 trädde i kraft, för det andra senare avtal som bygger på gamla - ofta standardavtal. De har provisorisk giltighet så länge något beslut inte är taget om motsatsen.³ Provisorisk giltighet har även nya avtal som inte är notifieringspliktiga enligt 4.2 förordning 17/62 eller avtal som helt faller utanför notifieringsskyldigheten.⁴ Någon motsvarighet till provisorisk giltighet finns inte i svenska KL beträffande konkurrensbegränsande avtal. Däremot är förbjudna företagsförvärv provisoriskt giltiga enligt 35 § KL *e contrario*.⁵

2.2 Partiell ogiltighet

Ogiltigheten drabbar bara de delar av avtalet som är förbjudna. Detta gäller i såväl EG-rätten som i KL.⁶ Det förutsätter att den förbjudna och den tillåtna delen konkurrensrättsligt sett kan särskiljas. För EG-rättens del är det kommissionen som prövar om förbjudna avtalsdelar kan särskiljas från de tillåtna. Om delbarhet inte föreligger måste kommissionen motivera detta i beslutet. Om EG-domstolen kommer fram till att motiveringen inte håller måste kommissionens beslut om förbud upphävas.⁷

¹ Prop 1992/93:56, s 81. 48/72 Brasserie de Haecht II.

² C-234/89 Delimitis. Jfr Wahl, s 162.

³ Se 13/62 Bosch.

⁴ Se 22/71 Béguelin samt 209-213/84 Nouvelles Frontières.

⁵ Se nedan kap 4.

⁶ Prop 1992/93:56, s 77, 56/65 STM, 319/82 Kerpen & Kerpen.

⁷ 56&58/64 Grundig, Gleiss/Hirsch, s 658-659.

Delbarheten avgörs från fall till fall. Utgångspunkten är ett objektivt betraktelsesätt där parternas avsikter inte har någon betydelse. Här är det viktigt att se på sammanhanget mellan förbudet i art 81:1 och ogiltighetssanktionen i art 81.2 RomF. Syftet med ogiltigheten är att den ska upphäva konkurrensbegränsningen. Man får därför se på hur konkurrensen påverkas av att inte hela utan bara en del av avtalet förbjuds.¹

Om den tillåtna delen kan särskiljas, ska verkningarna på resten avtalet bedömas av nationell rätt.² Tillämplig rätt är den som är avtalsstatut enligt överenskommelse eller enligt den internationella privaträtten. Inom EU gäller 1980 års konvention om tillämplig lag på kontrakträttsliga förpliktelser (Romkonventionen). I svensk rätt gällde tidigare att man inte kunde ha olika lagvalsklausuler för olika avtalsvillkor. Detta är numera möjligt enligt Romkonventionen art 3.1. Det innebär att det för avtalsparterna öppnas nya möjligheter att välja rättsföljden av partiell ogiltighet, återgång m m.

Även när svensk konkurrensrätt är tillämplig är det nödvändigt att avgöra om avtalet är delbart. Om delbarhet inte föreligger är hela avtalet ogiltigt enligt 7 § KL. När det däremot går att dela upp avtalet får man gå vidare till den allmänna avtalsrätten för att lösa frågan.¹

3 Missbruk av dominerande ställning

Det framgår inte av 19 § KL eller art 82 RomF att avtal, avtalsvillkor eller rättsligt bindande beslut som är uttryck för missbruk av dominerande ställning är ogiltiga. EG-domstolen har sagt att denna fråga ska avgöras nationellt. Man får lösa frågan genom att studera hur rättssystemen löser frågan om avtal som strider mot legala förbud.

Enligt vissa författare kan ogiltigheten följa direkt av EG-rätten genom art 10 (gamla art 5) RomF som grundar en lojalitetsplikt för medlemsstaterna gentemot gemenskapen. Art 82

¹ Gleiss/Hirsch, s 658.

² Se 56/65 STM, 319/82 Kerpen & Kerpen , 10/86 VAG v Magne.

RomF har direkt effekt mellan privata subjekt och de nationella domstolarna skall se till att bestämmelsens syfte, *effet utile*, säkerställs.² Om den nationella rätten inte ger något svar på frågan om ogiltighet kan art 10 RomF användas som andrahandsgrund.

Vid konkurrensbegränsande avtal finns det en möjlighet att ett individuellt undantag meddelas eller att avtalet faller inom de stadgade gruppundantagen. Någon sådan möjlighet finns inte beträffande missbruk av dominerande ställning. Om avtalet strider både mot art 81 och 82 RomF kan alltså ogiltighet följa trots att det föreligger ett undantag.³

¹ Se kap 5 för en analys.

² Se Steindorff, s 328 och Bellamy/Child, s 653.

³ T-51/89 Tetra Pak.

3.1 Tysk rätt

I tysk rätt stadgar § 134 BGB att en rättshandling som strider mot ett legalt förbud är ogiltig, om inte lagen i fråga säger något annat. Problemet är att det vanligtvis bara är en part i avtalet som bryter mot förbudet i art 82 RomF. Skyddssyftet med art 82 RomF - att skydda den underlägsne parten samt konkurrenter - gör att § 134 BGB principiellt är tillämplig. För att tillgodose den underlägsne partens intresse skulle det räcka med att det finns en möjlighet att angripa avtalet med ogiltighetstalan, en s k Anfechtungsrecht. Men för att tillgodose tredje mans och det allmännas intresse är det nödvändigt att ogiltigheten är självverkande. Här kan två grundregler urskiljas. Ogiltighet bör inte inträda automatiskt om det tjänar det dominerande företagets intresse. Om missbruket även leder till att konkurrensen försämras och tredje mans tillgång till marknaden inskränks, är avtalet ogiltigt oavsett om den dominerande parten skulle tjäna på det. Det allmänna intresset av en effektiv konkurrens tar då över.¹

3.2 Fransk rätt

Avtal som ger uttryck för missbruk anses vara absoluta nulliteter i fransk rätt. Det följer av allmänna avtalsrättsliga principer eftersom sådana avtal strider mot ordre public, till vilket även räknas art 82 RomF.²

3.3 Svensk rätt

Det finns uttalanden i förarbeten som pekar mot att det är möjligt i svensk rätt att angripa avtal som strider mot förbudet mot missbruk av dominerande ställning med ogiltighetstalan.³ Något allmänt lagbud finns däremot inte. I svensk rätt gäller inte en presumtion liknande den i § 134 BGB om att avtal som strider mot legala förbud är ogiltiga såvida inte lagen säger något

¹ Steindorff, s 328-329.

² Stenberg, s 133.

³ Prop 1975/76:81, s 121 ff.

annat. Vissa författare¹ tycker att det är självklart att ogiltighet följer vid missbruk av dominerande ställning, men det finns argument som talar däremot. Till skillnad från vad som är fallet med konkurrensbegränsande avtal sanktioneras missbruk av dominerande ställning inte uttryckligen med ogiltighet vare sig i RomF eller i KL. Slutledningar e contrario på lagtextens tystnad måste dock göras med försiktighet. Särskilt som det heller inte är motiverat i förarbetena varför en explicit ogiltighetsbestämmelse utelämnades. I förarbetena till 36 § AvtL finns det dessutom ett visst stöd för att det kan leda till ogiltighet. Där uttalades att konkurrensbegränsande avtal som är förbjudna bör vara ogiltiga enligt den allmänna regeln om lagstridiga avtals ogiltighet.²

I svensk rätt måste frågan om ogiltighet prövas särskilt för varje legalt förbud. Hur prövningen ska gå till har tidigare främst vilat på uttalanden i doktrinen.³ Rättsläget har på senare tid klarnat, framför allt genom NJA 1997 s 93. Rättsfallet rörde frågan om talan angående en avtalstvist skulle avvisas därför att avtalet var lagstridigt på grund av överträdelse av näringsförbud. HD uttalade att man får undersöka syftet med förbudet, behovet av ogiltighetspåföljden som sanktion och konsekvenser av ogiltigheten för t ex godtroende tredje man när det ska avgöras om ett avtal i strid med lag är ogiltigt. Om ogiltigheten ligger i allmänt intresse ska den beaktas ex officio.

Syftet med förbudet mot missbruk av dominerande ställning är att främja konkurrensen och att skydda den part som är utsatt för missbruket. Skillnaden mellan situationen vid konkurrensbegränsande avtal och förbjudna företagsförvärv är att vid missbruk av dominerande ställning är det vanligtvis bara en part i avtalsförhållandet som bryter mot förbudet. Det kan vara anledningen till att lagstiftaren tvekar om denna fråga. Ogiltighet i konkurrensrätten är en sanktion och det är problematiskt om sanktionen också drabbar den avtalspart som lagregeln avser att skydda. Det är möjligt att det finns vissa fall av missbruk av dominerande ställning då ogiltighet bör inträda, och andra då den inte bör göra det.

¹ Se exempelvis Wahl, s 216.

² Prop 1975/76:81, s 121, Linder/Westin, s 54.

³ Se Nial TfR 1936, s 1 ff och Karlgren i Festschrift till Ussing, s 247 ff.

Konkurrensrätten och de konkurrensrättsliga förbuden bärs upp av ett allmänt offentlighetsintresse och eventuell ogiltighet bör därför beaktas ex officio. Finns det då ett behov av ogiltigheten som sanktion? Missbruk av dominerande ställning är ju redan explicit sanktionerat med konkurrensskadeavgift och skadestånd. Det är det starkaste argumentet mot att ogiltighet automatiskt ska följa. Ogiltighetssanktionen kan dock i hög grad bidra till förbudets genomslagskraft på grund av att privata subjekt som är drabbade av missbruket kan komma ur dessa avtal och den dominerande parten är medveten om detta. Behovet av sanktioner är i allmänhet större när båda parter har ett intresse av att avtalsvillkoren består. Det finns då större anledning att bryta upp den lojalitet som finns mellan parterna. Vid vissa former av missbruk av dominerande ställning har den underlägsne motparten ofta ett starkt intresse av att missbruket fortsätter. Det kan till exempel gälla trohetsrabatter eller underprissättning.

En analys utifrån rättsfallet NJA 1997 s 93 ger alltså inget entydigt svar på frågan om avtal som är ett uttryck för missbruk av dominerande ställning automatiskt är ogiltiga. Det som talar emot är framför allt möjligheten till andra sanktioner. Min prognos är dock att domstolarna i första hand kommer att tillämpa 36 § AvtL och jämka sådana avtal till en laglig nivå. Den ena parten intar ju en underlägsen ställning och det föreligger oftast direkt oskäligen avtalsvillkor, vilket är typsituationen för 36 § AvtLs tillämpningsområde. Ibland kan det naturligtvis bli aktuellt att jämka ett avtal "till noll" så att avtalet i sin helhet lämnas utan avseende. Genom att tillämpa jämningsregeln kommer man förbi problemet att den dominerande parten kan missbruka en ogiltighetsbestämmelse för att ta sig ur avtalsförhållandet; avtalsvillkoret är bara oskäligt sett ur den underlägsne partens perspektiv.

4 Förbjudna företagsförvärv

Kontrollen av företagskoncentrationer inom EU regleras inte av primärrätten utan av förordning 4064/89. Förordningen tar inte som motsvarande regler i KL sin utgångspunkt i övergång av äganderätt utan i avtal som innebär förvärv av kontroll över egendom. Konkurrenslagsutredningen har föreslagit att KLs regler om företagsförvärv ersätts med

bestämmelser som överensstämmer med EG-rätten i detta avseende.¹ I förordning 4064/89 stadgas i art 7.1 att en koncentration som är anmälningsskyldig enligt art 1 inte får genomföras varken före anmälan eller innan den har förklarats förenlig med den gemensamma marknaden genom beslut eller genom att tidsfristen för ett sådant beslut gått ut. Giltigheten av en transaktion i strid med denna bestämmelse är enligt art 7.5 beroende av att kommissionen beslutat att koncentrationen är tillåten eller att beslutsfristen har gått ut. Transaktioner med värdepapper, t ex aktier, är dock giltiga, förutsatt att köparen och säljaren inte visste eller borde ha vetat att transaktionen genomfördes i strid mot art 7.1. En koncentration som genomförs före anmälan är inte ogiltig av denna anledning utan ska prövas enligt förordningens bestämmelser. Om koncentrationen blir godkänd har det retroaktiv verkan. Under tiden för prövningen är inte koncentrationen ogiltig men en nationell domstol är ändå förhindrad att besluta att koncentrationen får verkställas.²

Beträffande svensk rätt så stadgas i 35 § KL att förbjudna företagsförvärv blir ogiltiga när de förbjuds.³ Av ordalydelsen framgår alltså att förvärvet blir ogiltigt genom ett beslut. Före beslutet är förvärvet *provisoriskt giltigt*. Beslutet meddelas av Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket, 34 § 1 st KL, och ogiltigheten inträder när domen vunnit laga kraft. Domen kan överklagas till Marknadsdomstolen. Ett förvärv som har skett på en svensk eller utländsk börs, en auktoriserad marknadsplats eller någon annan reglerad marknad eller på exekutiv aktion, kan inte förbjudas och därmed inte förklaras ogiltigt. Istället kan Konkurrensverket ålägga förvärvaren att avyttra det som förvärvats, 34 § 2 st KL. Underlåten anmälan av ett anmälningsskyldigt förvärv är inte sanktionerat i KL och medför inte ogiltighet. Däremot kan Konkurrensverket enligt 58 § KL ålägga företag vid vite att anmäla förvärvet.

Om ett förvärv har börjat genomföras när det ogiltigförklaras kan det leda till mycket komplicerade situationer vad gäller frågan om prestationernas återgång. I förvärvsavtalen bör det därför regleras vad som ska hända i en sådan situation.¹

¹ Se SOU 1998:98.

² SOU 1998:98 s 140.

³ 35 § KL motsvaras av 8 § ÄKL. Se prop 1981/82:165, s 234 ff och 267-268.

¹ Se prop 1981/82:165 s 267 f, 558 f.

5 Partiell eller total ogiltighet

5.1 Tysk rätt

I tysk rätt är frågan om partiell ogiltighet reglerad i § 139 BGB som stadgar att hela rättshandlingen är ogiltig när en del är ogiltig, om det inte kan antagas att den resterande delen skulle ha ingåtts ändå. Den part som vill att det resterande avtalet ska bestå har således bevisbördan.¹ Praxis har slagit fast att lagrummet är tillämpligt när följderna av ogiltighet enligt art 81.2 RomF ska bestämmas.² § 139 BGB är dispositiv rätt och griper in först när parterna inte kommit överens om något annat.

Om parterna har reglerat att en eventuellt ogiltig klausul ska ersättas av en ekonomiskt likvärdig sådan blir inte alltid § 139 BGB tillämplig eftersom det då kan föreligga en plikt för parterna att ändra avtalet så att denna effekt uppnås. Om domstolen ska fylla denna lucka kan svårigheter uppstå eftersom en ekonomiskt likvärdig klausul ofta också är konkurrensbegränsande. Det strider i sig inte mot art 81 RomF att ha en förpliktelse mellan parterna att i linje med nationell rätt anpassa avtalet så att det inte strider mot art 81 RomF eller så att det faller under ett gruppundantag.³

För att lagrummet ska kunna tillämpas måste rättshandlingen vara en enhet. Enheten måste bedömas utifrån partsviljorna. Att det finns en enhetlig urkund är en presumtion för att det är en enhetlig rättshandling. Samtidigt måste den enhetliga rättshandlingen vara delbar. Den resterande delen måste kunna vara en självständig rättshandling. Om inte rättshandlingen är delbar kan inte § 139 BGB tillämpas eftersom det då inte föreligger partiell ogiltighet utan total ogiltighet.

¹ Se Soergel under § 139.

² BGH Schaumstoffplatten.

³ 10/86 VAG v Magne.

Man skiljer i tysk rätt mellan objektiv, subjektiv och kvantitativ delbarhet. Objektiv delbarhet föreligger när det går att dela upp avtalet på sakliga grunder. Subjektiv delbarhet föreligger när det är flera subjekt på ena eller bägge partssidor och avtalet är ogiltigt i förhållande till en av dessa. När avtalet är ogiltigt på grund av att det kvantitativt går för långt, t ex vad gäller mängder eller tidslängd, något som ofta är fallet med konkurrensrättsligt tveksamma avtal, ska man kunna tillämpa lagrummet på så sätt att om det framgår att parterna skulle avtalat även utan exempelvis överpriser, så ska de normala priserna gälla. Detta får alltså en slags jämkningseffekt. I det enskilda fallet är det alltså inte uteslutet med en "Vertragsanpassung".¹ Omtvistat är vad som ska gälla när excessen också strider mot goda seder enligt § 138 BGB.

Avgörande i tysk rätt vid bedömningen är de hypotetiska (förmodade) partsviljorna vid avtalsslutet, vilket framgår direkt av lagtexten. Det är alltså en avtalstolkningsfråga som i tysk rätt får avgöras utifrån §§ 133, 157 och 242 BGB. Utgångspunkten är de subjektiva partsviljorna. Det finns dock vissa tumregler att gå efter som gör att bedömningen blir av mer objektiv art. Att parterna med kännedom om den partiella ogiltigheten inte skulle ha antagit den resterande rättshandlingen talar för total ogiltighet. Det samma gäller när parterna visserligen skulle kommit till ett avtalsslut men med ett väsentligt annorlunda innehåll. För total ogiltighet talar slutligen det faktum att den ogiltiga delen var viktig för avtalet; då kan det förmodas att parterna inte skulle antagit det resterande avtalet.

Om det handlar om ett ömsesidigt avtal, t ex ett köpavtal, får man vid en tolkning av den hypotetiska partsviljan ta hänsyn till om avtalets ekvivalens är rubbad. Är ekvivalensen rubbad talar det för att parterna inte skulle ha ingått avtalet med det resterande innehållet.

Däremot är partiell ogiltighet är att anta när parterna med kännedom om den ogiltiga delen skulle ha antagit resten av avtalet. Om den ogiltiga delen var oviktig talar det för att parterna skulle ha kommit överens ändå. När parterna verkligen hade kännedom att en del var ogiltig vid avtalsslutet ingår inte denna del i avtalet eftersom det då bara är en skenklausul. I sådana fall är inte § 139 BGB tillämplig.

¹ BGH Bremsrollen.

Syftet med § 139 BGB är att skydda privatautonomin; ingen ska påtvingas ett avtal där en del av det överenskomna inte finns med. En part kan dock missbruka denna regel för att försöka smita ifrån sina förpliktelser. Men om den ogiltiga delen av avtalet har blivit betydelselös i och med genomförandet av avtalet eller när den ogiltiga delen bara var i den parts intresse som yrkar total ogiltighet, kan motparten försvara sig med att det strider mot tro och heder enligt § 242 BGB att yrka total ogiltighet.¹ Man kan inte åberopa § 242 BGB som försvar när en del strider direkt mot 81.1 RomF eftersom art 81 är en regel som ligger i offentligt intresse. Det kan man däremot göra om ogiltigheten bara indirekt beror på art 81, d v s när den grundas på § 139 BGB. Då kan det vara svikligt eller innebära rättsmissbruk att yrka hela avtalets ogiltighet enligt § 139 BGB.²

Om den förbjudna och ogiltiga delen av avtalet var en del av ett bolagsavtal som redan är i kraft så gäller följande. Ett "offene Handelsgesellschaft" (OHG), ett "Kommandit-gesellschaft" (KG) eller ett "BGB-Gesellschaft" kan bara upplösas ex nunc genom upplösningsyrkande, § 133 HGB, respektive uppsägning p g a viktig grund, § 723 BGB. När det däremot handlar om juridiska personer som Verein, AG, GmbH eller Genossenschaft där stadgan eller organbeslut innehåller konkurrensrättsligt förbjudna bestämmelser, så berör detta inte den juridiska personens existens. Ogiltigheten träffar då endast dessa bestämmelser.

Beträffande distributionssystem leder ogiltiga villkor i dessa till total ogiltighet om avtalen står och faller med de ogiltiga villkoren. Om ogiltigheten endast rör regler om territorium, exklusivitet, export- eller reimportförbud är det däremot inte självklart att hela avtalen är ogiltiga.³

5.2 Fransk rätt

¹ BGH Fruchtsäfte.

² BGH Eiskonfekt 1.

³ Se Immenga/Mestmäcker, s 309.

I franska Code civil finns två olika regler beträffande frågan om partiell ogiltighet. Art 1172 CC, som handlar om onerösa avtal, föreskriver att om en del av ett avtal är ogiltigt är hela avtalet ogiltigt. För gåvoavtal stadgas tvärtom i art 900 CC att restavtalet ska bestå. Fransk praxis har dock inte följt dessa lagregler enligt ordalydelsen utan tycks ha hamnat någonstans mitt emellan.

Utgångspunkten anses vara att det är total ogiltighet som gäller om den ogiltiga delen var bärande för avtalet som helhet. Om parterna inte skulle ha slutit avtalet utan den ogiltiga delen gäller total ogiltighet. I den bedömningen får man utgå från parternas avsikter med avtalet. I vissa fall har det också förekommit jämkning, t ex reducering av olagligt höga priser, vid partiell ogiltighet.¹

5.3 Engelsk rätt

Det finns två grundläggande principer beträffande partiell ogiltighet i engelsk rätt. Den första säger att domstolen inte skriver ett nytt avtal åt parterna vare sig genom att skriva om det föreliggande avtalet eller genom att ändra dess grundläggande natur. Den andra principen stadgar att domstolen inte får ta bort den ogiltiga delen av avtalet om det är mot "public policy" att göra det. "The blue pencil rule" - att helt enkelt stryka de delar i avtalet som är ogiltiga - är ett uttryck för den första av principerna. För att detta ska vara möjligt är det väsentligt att de åtskilda delarna är självständiga i förhållande till varandra och att åtskiljandet inte påverkar betydelsen av det resterande avtalet. Domstolarna använder inte den "blå pennen" om resultatet blir att avtalet till syfte och omfattning blir något helt annat än tidigare.¹

I fallet *Goldson v Goldman* handlade det om en konkurrensklausul som sa att köparen av en rörelse inte fick konkurrera med säljaren i äkta eller oäkta smycken i UK, USA, Ryssland eller Spanien. Orden "äkta eller" samt länderna utanför UK ströks. Säljaren var själv verksam i UK och sålde oäkta smycken. Det resterande avtalet ansågs utgöra ett rimligt avtal.

¹ Stenberg, s 348.

Om det är emot public policy att hjälpa någon att driva igenom avtalet stryker inte domstolen den ogiltiga delen. I praxis skiljs sådana avtal där det bara handlar om ogiltighet och där det också handlar om olaglighet. Med olaglig avses här brottslighet eller avtal contra bonos mores. Avtal som endast avsett "restraint of trade" har inte ansetts utgöra olagliga avtal. Det torde därför inte föreligga något hinder från att stryka de förbjudna delarna av ett konkurrensbegränsande avtal och behålla resten om det utgör ett rimligt avtal.²

Chemidus Wavin v TERI rörde ett avtal där det fanns klausuler som stred mot art 81 RomF. Det var ett licensavtal och den franske licenstagaren vägrade att betala överenskomna minimiroyalities med hänvisning till att det fanns ogiltiga klausuler i avtalet. Domstolen ansåg dock att det resterande avtalet var "supported by a valid consideration" och att licenstagaren inte kunde smita från betalningen. Restavtalet upprätthölls alltså. Den invecklade consideration-läran innebär att ett löfte är bindande först när motparten gjort ett motåtagande, ett motlöfte eller en motprestation. Om det ska betraktas som en consideration, måste prestationen eller motlöftet vara "bargained for".³ *Chemidus Wavin* handlade dock närmast om ett fall av rättsmissbruk. Licenstagaren försökte använda konkurrensrätten för att smita ifrån sina förpliktelser, ett typiskt fall av s k "eurodefence". Detta accepterades inte av den engelska domstolen.⁴ I England betonas starkt att avtal ska upprätthållas så långt det är möjligt, "the courts should not allow these laws to be treated as a contract breaker's charter".⁵

5.4 Svensk rätt

I svensk rätt ska frågan om hur en ogiltig avtalsdel påverkar resten av avtalet bedömas enligt 36 § AvtL eller förutsättningsläran. Om ogiltigheten rör ett villkor som är av betydelse för andra delar av avtalet kan det bli aktuellt att jämka eller att lämna hela avtalet utan avseende med

¹ Chitty, s 880-881.

² Chitty, s 883.

³ Zweigert/Kötz, s 390.

⁴ Bellamy/Child, s 655.

⁵ Livingston, s 473.

stöd av 36 § AvtL eller förutsättningsläran. Jämkning enligt 36 § AvtL är i sig en form av partiell ogiltighet. Några tumregler kan urskiljas. Om den ogiltiga delen rör en fråga som är av mindre betydelse för helheten gäller som utgångspunkt partiell ogiltighet. Total ogiltighet är att utgå ifrån när den ogiltiga delen var en central förutsättning för avtalets funktion.¹

I Sundsvalls tingsrätt har det behandlats ett fall om ett franchiseavtal där det fanns en konkurrensklausul som var geografiskt obegränsad och förbjöd konkurrens två år efter avtalets upphörande. Svenska KL var tillämplig. Gruppundantaget för franchiseavtal tillåter enligt art 3.1(c) konkurrensförbud på ett år inom det område där franchisetagaren var aktiv. Sundsvalls tingsrätt jämkade då ned den ogiltiga klausulen till laglig nivå, vilket enligt Bernitz överensstämmer med svenska avtalsrättsliga principer.² Det kan emellertid ifrågasättas om detta var i överensstämmelse med svensk konkurrensrätt. Om ett avtal inte uppfyller villkoren i ett gruppundantag ska inte gruppundantaget tillämpas. Avtalet borde därför ha prövats mot 6 § KL.³

Om den ogiltiga delen ligger mellan att vara en central förutsättning och att vara oväsentlig för avtalet i sin helhet, men avtalsbalansen ändå har snedvridits, kan domstolen jämka det resterande avtalet för att återställa balansen i avtalet. Jämkningsen görs då med stöd av 36 § AvtL.⁴

Vid bedömningen av vad som är oskäligt är utgångspunkten dispositiv rätt, tvingande rätt, analogier till tvingande rätt och praxis från domstolarna. Om det strider mot god affärssed spelar det också en roll. Även egen praxis har betydelse - om man bryter mot en egen generös praxis gentemot en underlägsen part kan det vara oskäligt, vilket även är fallet när det gäller diskriminering eller missbruk av rättighet i t ex repressaliesyfte.

¹ Prop 1992/93:56, s 77, Carlsson, s 211, Bernitz KL, s 86.

² Sundsvalls tingsrätt, ST 618/94, se Bernitz KL, s 86 och Wetter, s 287-288. För äldre praxis se t ex NJA 1940 s 449 och NJA 1949 s 134.

³ Jfr Bernitz KL s 48-49.

⁴ Bernitz KL, s 86.

Användandet av 36 § AvtL är lämpligt när det råder missförhållande mellan parternas förmåner eller rättsställning. Den tillämpas restriktivt mellan två jämbördiga näringsidkare.¹ Att det föreligger ett avtalsvillkor som inte går att förverkliga betyder inte automatiskt att villkoret är oskäligt. Det faktum att en part missbrukar ogiltighetssanktionen för att komma undan sina förpliktelser torde i svensk rätt få betydelse för den helhetsbedömning som en prövning enligt 36 § AvtL utgör.

Rättsföljden av förutsättningsläran är total eller partiell ogiltighet eller overksamhet. Vid tillämpning av 36 § AvtL är det möjligt med en förpliktelseökning för motparten, vilket det inte kan bli fallet med förutsättningsläran.²

När ogiltigheten drabbar en del av ett bolagsavtal, t ex ett förbjudet samarbete i form av ett joint venture, är bolagsavtalet som regel totalt ogiltigt. Det gäller även mellan de bolagsmän som inte omfattas av ogiltighetsgrunden. När bolagsavtalet är ogiltigt gäller de allmänna reglerna om avtals återgång.³

5.5 Sammanfattning

De olika rättsordningarna har olika teoretiska utgångspunkter beträffande frågan om partiell ogiltighet. Ett gemensamt har de olika rättsordningarna, nämligen att de betonar partsautonomin. Men medan man i tysk rätt säger att en part inte ska tvingas in i ett avtal som man inte var med på från början, med resultatet att tysk rätt utgår från att hela avtalet är ogiltigt, betonar engelsk rätt att domarna inte ska skriva ett nytt avtal åt parterna, de stryker bara de förbjudna delarna. Om det som återstår inte utgör ett självständigt avtal är hela avtalet ogiltigt.

¹ Bernitz, Standardavtalsrätt, s 84-85.

² Ramberg, Allmän avtalsrätt, s 208 ff, NJA 1989 s 614.

³ Nial, Om handelsbolag och enkla bolag, s 91.

Gemensamt är att om partsviljan går att fastställa blir denna avgörande för hur frågan ska lösas. Om inte detta är möjligt går man vidare och gör en objektiv värdering av hur viktig den ogiltiga delen var för avtalet i övrigt. Man försöker även komma till rätta med det faktum att de konkurrensrättsliga ogiltighetsreglerna kan komma att användas för att ta sig ur i övrigt giltiga avtal. Det är särskilt tydligt i tysk rätt. Jag tror att resultatet i ett enskilt fall skulle bli liknande oavsett vilken av de här studerade rättsordningarna som tillämpades. De presumtioner som finns i lagstiftningen bl a i tysk och fransk rätt tycks inte få särskilt stort genomslag i praxis; det görs en helhetsbedömning av situationen.

6 Kopplade avtal

Besläktad med frågan om partiell ogiltighet är frågan hur ett ogiltigt avtal påverkar ett annat som är beroende av detta. Utgångspunkten är i alla rättssystem att man behandlar rättshandlingar isolerade från varandra. Enligt huvudregeln drabbar ogiltigheten m a o endast det förbjudna avtalet.

I tysk doktrin¹ skiljer man här mellan följeavtal och utförandeavtal. Följeavtal är individuella avtal med tredje man under utförandet av det förbjudna huvudavtalet. Det handlar framför allt om köpavtal med kartellpriser. Sådana följeavtal är inte en fråga för EG-rätten och tysk praxis utgår från att de är fullt verksamma bl a med tanke på tredje mans skyddsintresse.² Med utförandeavtal avses avtal mellan parterna för huvudavtalet eller med tredje man som har syftet att komplettera, fördjupa, genomföra eller säkerställa det förbjudna huvudavtalet. Utförandeavtal är i princip ogiltiga eftersom de antingen själva strider mot art 81.1 RomF eller måste betraktas som en enhet med det förbjudna huvudavtalet. Sådana avtal är alltså ogiltiga med EG-rätten som grund.

¹ Langen/Bunte, s 1531. Jfr Gleiss/Hirsch, s 661.

² 10/86 VAG v Magne. Tysk praxis se BGH Spediteurbedingungen.

Ogiltigheten för huvudavtalet grundar i tysk ingen rätt för huvudavtalets parter att gentemot tredje man häva det kopplade avtalet, eller att anpassa det till de ändrade förhållandena på g a Wegfall der Geschäftsgrundlage. Många kopplade avtal förlorar helt sitt syfte när huvudavtalet blir ogiltigt, och uppfyllandet av förpliktelserna kan vara helt meningslösa. Detta får anses ingå i risken för ett avtal som strider mot konkurrensrätten.

I svensk rätt kan däremot anpassning av avtalet genom jämkning enligt 36 § AvtL komma i fråga. Detta lagrum är även lämpligt att tillämpa beträffande avtal i flera led som är beroende av varandra.¹ Utgångspunkten måste dock vara att de kopplade avtalen är fullt verksamma. Resonemanget om utförandavtal ovan bör gälla också enligt svenska KL. Kopplade avtal som själva direkt strider mot de konkurrensrättsliga förbuden eller måste ses som en enhet med ett förbjudet huvudavtal är också ogiltiga. Frågan är dock om inte svensk rätt starkare än kontinental och anglosaxisk rätt betonar varje rättshandlings självständighet. Det kan man se beträffande frågan om s k *otillbörlig inblandning i avtalsförhållanden*.² Svensk rätt torde alltså i mindre utsträckning än t ex engelsk och tysk rätt leda till att också det kopplade avtalet ogiltigförklaras.

7 Anspråk mellan parterna

7.1 Skadeståndsanspråk

När ett konkurrensbegränsande avtal är ogiltigt enligt 7 § KL eller art 81.2 RomF kan frågan om skadeståndsskyldighet mellan avtalskontrahenterna uppkomma. 33 § KL stadgar att skada som uppkommer för bl a en *avtalspart* ska ersättas. Ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset, d v s att försättas i samma läge som om avtalet hade fullgjorts, är i princip inte aktuellt. Sådan ersättning skulle innebära att ogiltigheten i praktiken upphävdes. Utgångspunkten är att ogiltigheten är absolut och att avtalet inte ska få några rättsverkningar

¹ Bernitz, Standardavtalsrätt, s 82.

² Se Andersson, *Interference with contractual relations*, tillämpade studier 1998.

mellan parterna.¹ I tysk rätt är skadestånd på grund av Nichterfüllung uteslutet. Skiljedomar som dömt ut sådant skadestånd är inte exegibla i tysk rätt eftersom de strider mot ordre public.² Det är dock bara de delar av avtalet som strider mot förbuden som automatiskt drabbas av denna absoluta ogiltighet. Resten av avtalet kan vara fullt verksamt.³

Eftersom ogiltigheten är absolut får inte nationell rätt erbjuda rättsliga verktyg som gör det ogiltiga avtalet genomförbart. I svensk doktrin har det framförts att det vid ogiltighet skulle kunna utgå ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset i vissa fall.⁴ Ogiltighet på grund av överträdelser av 6 § KL eller art 81 RomF torde i så fall inte vara ett sådant fall. Man kan till exempel inte försvara sig med att motparten har gjort sig skyldig till otillåten rättsutövning om denna åberopat ogiltighet enligt art 81.2 RomF. I tysk rätt finns dock undantag, exempelvis när en avtalskontrahent vägrar att uppfylla sina plikter med hänvisning till att en avtalsbestämmelse, som uteslutande tjänar motpartens skydd, är ogiltig. Denna särskilda fördelsregel gör att man i dessa fall kan göra en invändning om "unzulässige Rechtsausübung".⁵ Det är oklart hur svensk rätt ser på detta.

Ersättning motsvarande det negativa kontraktsintresset, att försättas i samma situation som om avtalet aldrig träffades, bör dock kunna utgå. I NJA 1985 s 586, som rörde ett fall av ogiltighet enligt lag (1924:323) om verkan av avtal som slutits under påverkan av en psykisk störning, ansåg HD att det är det negativa intresset som ska ersättas vid ogiltighet. Betydelsen av rättsfallet för de konkurrensrättsliga ogiltighetsfallen är dock oklar. Skyddsintresset i konkurrensrätten respektive 1924-års lag är inte detsamma.

I tysk rätt är det i princip heller inte möjligt att vid ogiltighet enligt art 81.2 få ersättning på förkontraktuell grund exempelvis via culpa in contrahendo. Det gäller även om den ene parten felaktigt med uppsåt eller culpöst upplyste den andre om att överenskommelsen var ogiltig. En bedragare kan alltså tjäna på detta rättsläge. Men principen är att man aldrig ska kunna

¹ 319/82 Kerpen & Kerpen.

² BGH Fruchtsäfte

³ Se kapitel 5 ovan.

⁴ Se Bergström s 17 ff med hänvisningar.

⁵ BGH Eiskonfekt 1. Gleiss/Hirsch, s 661.

genomdriva ett ogiltigt avtal även när det uppfyllandet sker i formen av ett skadestånd till den svikna parten.¹ I svensk rätt finns det däremot visst stöd för att utge skadestånd vid culpa in contrahendo, även när det handlar om ren förmögenhetsskada.²

Situationen vid den eventuella ogiltighet som missbruk av dominerande ställning medför är annorlunda. Det är det dominerande företaget som orsakar ogiltigheten och det är möjligt att den underlägsne parten i vissa fall kan ha rätt till ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset.³ Rättsläget är i hög grad osäkert, vilket bl a beror på att det är oklart om ogiltighet i dessa fall har samma absoluta karaktär som ogiltighet enligt 7 § KL och art 81.2 RomF.

¹ Langen/Bunte, s 1535.

² Se t ex NJA 1989 s 614.

³ Det positiva kontraktsintresset är dock inte alltid förmånligare för den skadelidande än det negativa. Jfr Bramsjö s 387-388.

7.2 Återgångsanspråk

7.2.1 Allmänt om återgång av ogiltiga avtal

Om ett avtal är ogiltigt är huvudregeln i de här studerade rättssystemen att om prestation inte har skett så ska den inhiberas och om prestation har skett så ska prestationen återlämnas. När prestation ej har skett uppstår vanligtvis inga problem. Men det vanliga är kanske att prestation har påbörjats eller kanske pågått under en lång period. När det gäller återgång av konkurrensrättsligt förbjudna avtal kompliceras läget av att det handlar om avtal som strider mot rättsliga förbud.

I svensk rätt finns ingen generell lagregel om återgång av ogiltiga avtal. Det finns dock enstaka lagregler, t ex FB 9:7, lag (1924:323) om verkan av avtal som slutits under påverkan en psykisk störning m m. Enligt svensk doktrin kan återgångsreglerna vid hävning av avtal, främst köpavtal, användas analogt.¹ I NJA 1987 s 845 uttalar HD uttalar att man kan också hämta ledning i 5 kap JB om klander och av konkursrättsliga återvinningsregler.

Svensk och övrig nordisk rätt har länge varit starkt beroende av köprätten. 1905 års köplag fick stort genomslag men frågan är om även 1990 års köplag kan användas som en källa för analogier. Den har en mer generell karaktär än den äldre köplagen och det talar för en fortsatt analogisk tillämpning. Men den har också vissa principiella nyheter, t ex direkt/indirekt förlust vilket manar till försiktighet. Dessutom är dess regler, liksom föregångarens, anpassade till en viss typ avtal, momentana köp av lösa saker, och har därmed mindre betydelse för tjänsteavtal och varaktiga avtal.¹

Vad gäller hävning och ogiltighet i svensk rätt menar Hellner att det knappast är möjligt att göra någon strikt skillnad mellan hävning som påföljd av kontraktsbrott och återgång av avtal på annan grund än kontraktsbrott. När det inte finns grund för hävning kan ogiltighetsregler ofta användas för att uppnå samma resultat. Även förutsättningsläran kan användas på detta

¹ Karlgren, Obehörig vinst, s 89.

sätt. På det stora hela uppkommer samma frågeställningar vid ogiltighet som när det handlar om återgång vid hävning p g a kontraktsbrott, och frågorna behandlas i svensk rätt närmast i obligationsrätten.²

Det är inte möjligt att alltid direkt använda KöpL för en analogi mellan hävning och ogiltighet. När prestation ännu inte har skett gäller samma sak för alla typer av avtal – genom hävningen bortfaller skyldigheten att prestera för båda parter. Det gäller också vid återgång av ett ogiltigt avtal. Men när prestation har skett måste en anpassning ske av rättsföljden beroende på vilken typ av avtal det rör sig om. Prestationernas karaktär är olika.³

Man kan säga att hävning är ett slags omvänd fullgörelse.¹ När naturaprestationen inte fullgjorts men däremot betalningen ska betalningen återbäras och avkastningsränta utges, 64 § KöpL, 2 § 2 st räntelagen. När naturaprestationen har fullgjorts blir utfallet olika beroende på avtalstyp. Vid köp av lös egendom gäller 64 § 2 st KöpL. Köparen ska då ge egendomen åter och betalningen ska återgå. Om köparen har haft annan nytta av egendomen ska han utge ersättning för detta och säljaren ska betala avkastningsränta, 65 § KöpL. Om säljaren är i dröjsmål ska han betala dröjsmålsränta. För avkastningsränta gäller 5 § räntelagen och för dröjsmålsränta gäller 6 § räntelagen.

Fullgörelse ska ske vid anfordran, därefter föreligger dröjsmål, förutsatt att man själv har återburit sin del. Båda parterna har alltså detentionsrätt beträffande återgången, 64 § 2 st 2 ledet. Köparen kan dessutom ha skyldighet att vårda varan, 73-78 §§ KöpL. För vårdkostnader gäller 75 § KöpL.

Normalt kan det inte krävas att köparen sänder tillbaka varan, såvida det inte kan begäras för att motverka värdeförstöring. Om så sker ska säljaren ersätta transportkostnader. Man kan då utgå från KöpLs dispositiva regler, 6 och 48 §§, vilket innebär att köparen ska hålla varan tillgänglig för avhämtning hos sig, medan säljaren ska återbetala köpesumman hos köparen.

¹ Hellner, SpA II, s 23 ff.

² Hellner SpA II, s 169 ff, Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 224, Carlsson, s 210.

³ Hellner SpA II, s 184

65 § KöpL säger inget om fallet när objektet har fått ett högre värde än tidigare. Allmänna rättsgrundsatser säger dock att köparen ska få ersättning för den del av värdeökningen som mottagaren kan tillgodogöra sig. Om det inte är en marknadsmässig värdeökning, t ex när det handlar om speciella saker som bara köparen själv kan ha nytta av, kan ersättning enbart utgå för indirekt förlust, 67 § 2 st KöpL.²

För tjänsteavtal råder det speciella förhållandet att det inte går att få prestationen att återgå. Normalt måste återgången regleras med ersättning mellan parterna. Konsumenttjänstlagen 23 § 1 st stadgar att hävning av hela avtalet gäller ex tunc. Det fallet är kanske inte så bra för en analogi med kommersiella tjänsteavtal, med kan möjligen tjäna som analogi vad gäller ogiltighet ex tunc av förbjudna tjänsteavtal. Näringsidkarens rätt till ersättning för tjänsten bortfaller, vilket kan jämföras med att ersättning motsvarande det positiva intresset inte tillåts vid återgång p g a ogiltighet. Näringsidkaren har rätt att återfå materialet samt "i den mån det är skäligt" få ersättning för det som ej kan återställas, vilket innebär ersättning för material samt tjänsten. Maximala ersättningen är vad det var värt för konsumenten.³

Är prestation egentligen ett hinder för återgång? Skäl för att så är fallet är följande. Kostnader blir onyttiga, t ex transportkostnader och kostnader som förvärvaren lagt ner i objektet. Vidare kan objektet ha försämrats för den part som tidigare hade den. Samhällsekonomiskt sett är det en kostnad att exekutionsapparaten kan komma att dras in i förfarandet. Det ligger även ett allmänt intresse av att ett återgångshot får ligga latent hur länge som helst, eftersom det verkar hämmande på förmögenhetsdispositioner och därmed motverkar det s k omsättningsintresset.¹

Om den presterande är i ond tro beträffande återgångsgrunden torde huvudregeln i svensk rätt vara att en väsentlig prestation då inte kan gå åter. Den presterande parten hade då kunnat gardera sig, t ex genom ett förbehåll. Den onda tron är redan uppfylld av det faktum att han borde haft insikt om återgångsgrunden. Huvudprincipen kan illustreras av följande exempel.

¹ Se Ramberg, Köplagen, s 614-617.

² Ramberg, Köplagen, s 622.

³ Hellner SpA II, s 185.

Om en köpare betalat utan förbehåll fastän han dessförinnan märkt ett fel, kan han inte påkalla hävning. I gamla 36 § AvtL fanns en regel som sa att den som betalt enligt en vitesutfästelse utan förbehåll kunde inte kräva betalningen åter. Vidare kan man enligt gängse uppfattning inte kräva åter vad man presterat på ett spel eller vad. Om den som presterade var i god tro finns det däremot ingen större anledning att hindra återgång. En oväsentlig delprestation bör ej heller hindra avtalets återgång.

Undantag från huvudregeln måste göras i sådana fall då det handlar om tvång, 28-29 §§ AvtL, annars blir dessa regler tämligen meningslösa. Ogiltighet på grund av formvidrighet måste också höra till undantagen. Här skyddas även tredje man, liksom parterna själva. Detsamma gäller för regler för andra återgångsregler med ett starkt tredjemansintresse, t ex återgång vid konkurs, liksom där återgång har tillkommit av hänsyn till allmänna intressen.

Det senare är fallet vid t ex förvärvsförbud. Däremot inte beträffande omoraliska avtal, t ex köp av hembränd sprit, där domstolen intar en passiv hållning. Den passiva inställningen är att hänföra dels till domstolens värdighet dels till att ingrepp mot sådan verksamhet sker på straffrättslig väg. Dessutom är det svårt att uppskatta naturaprestationens värde eftersom marknaden inte är laglig. Vidare är det felaktigt att, när förskottsbetalning har skett, uppmuntra motprestationen som kanske är lättare att fullgöra än att betala tillbaka pengarna. Om återgångsanledningen huvudsakligen är kändens fel, t ex att denne har missbrukat sin dominerande ställning, kan det vara rimligt att anta att prestationen hindrar en återgångstalan.²

Huvudregeln är att återgång ska ske omedelbart men det finns undantag. Vid återgång av fastigheter, i synnerhet jordbruksfastigheter, behöver inte återgången ske omedelbart av hänsyn till verksamhetens art. Detsamma gäller när objektet behöver ändras eller repareras innan det kan återlämnas i ursprungligt skick. Då kan det vara rimligt med en tidsfrist motsvarande arbetstiden för ändringsarbetet. Om det är rimligt med en tidsfrist för ett objekt, t ex en fastighet, bör tidsfrist också ges beträffande andra objekt som är förbundna med detta, såsom

¹ Se Bramsjö, s 52 ff.

² Jfr 5 § 1 st gåvolagen där återgång är möjlig före men inte efter prestation.

inventarier. Om den ene parten får anstånd är det lämpligt att också motparten får det enligt ömsesidighetsprincipen.¹

Konkurrensbegränsande avtal som är ogiltiga kan vara mycket komplicerade och det kan ta tid att avveckla ett sådant avtal. Det är osäkert om omedelbarhetsprincipen kan tillämpas på dessa avtal i alla fall. Det kanske bör medges undantag i fler fall än de ovan angivna, exempelvis om orimliga kostnader kan uppstå på en för snabb avveckling.

När ett bolagsavtal är ogiltigt, t ex ett förbjudet joint venture, gäller de allmänna reglerna om återgång. Parterna behöver inte fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet och om prestation redan har skett ska denna i princip återgå. Även om den rena restitutionsprincipen modifieras av allmänna regler om skadestånd och avkastning kan resultatet ändå bli oskäligt när verksamheten varit igång ett tag. Insatserna finns inte kvar, lager har köpts, bolagsmännen har gjort arbetsinsatser, vinst eller förlust har uppkommit. Det kan därför vara bättre att påkalla likvidation av bolaget istället för återgång.²

Fysiska förändringar i objektet som ska återgå kan också vara ett hinder för återgång, det gäller speciellt vid specifikationsfång. I tysk rätt krävs för specifikationsfång att bearbetningen skapat en helt ny sak, § 950 BGB. Dessutom måste vanligtvis det nedlagda arbetet stå i visst värde i förhållande till råmaterialet. I svensk rätt är rekvisiten för specifikationsfång inte så klara, men klart är att kraven är lägre ställda i svensk rätt, bearbetningen måste inte vara så genomgripande. Det har ingen betydelse om bearbetaren är i god tro eller ej. Vid ond tro behöver dock bearbetningen sannolikt vara av mer kvalificerad art för att hindra återgång.³

Två företag som ingått ett konkurrensbegränsande avtal har emellertid ofta litet intresse av att få tillbaka objekt in natura. Om utgivandet av objektet inte är möjligt ska värdet ersättas vilket är samma regel som man finner i § 818 st 2 BGB.¹ Kan återgångskäranden kräva betalning istället för återgång in natura? Ja, om objektet har förändrats så mycket att det kan betraktas

¹ Se Bramsjö, s 65 ff.

² Nial, Om handelsbolag och enkla bolag, s 91.

³ Bramsjö, s 96 ff.

som ett helt nytt objekt eller när det infogats i ett annat objekt och det inte utan väsentligt besvär kan lösas.²

Vid rättsliga förändringar av objektet gäller följande. Vid total förändring, t ex sakrättsligt skyddad försäljning av egendomen till tredje man, torde återgång av objektet vara utesluten. Vid partiell förändring, t ex om en del av objektet har överlåtits eller hela objektet finns hos tredje man men med en begränsad rätt, såsom hyresrätt, kan det i vissa fall vara lämpligare med ersättning istället, om det exempelvis inte är möjligt att få tillbaka objektet utan belastningen.

I utländska rättsordningar brukar reglerna om återgång av avtal sättas i samband med institutet obehörig vinst. I tysk rätt återfinns den allmänna regeln om obehörig vinst i § 812 BGB. Frankrike har inte som Tyskland en allmän lagregel om obehörig vinst. Rättspraxis har dock infört en sådan och rekvisiten för ett anspråk på grundval av obehörig vinst är följande. Käranden ska ha drabbats av en förmögenhetsminskning, *appauvrissement*. Svaranden ska ha fått en förmögenhetsökning, *enrichissement*. Vidare ska vinsten vara *sans cause légitime*, vilket är fallet om det inte finns ett giltigt avtal. Vinsten måste inte komma direkt från käranden, det kan gå via tredje man, vilket inte är fallet i tysk rätt. Om det finns ett avtal mellan tredje man och svaranden utesluter det dock kärandens talan.³

I common law sa man tidigare att anspråk på obehörig vinst grundade sig på så kallade kvasi-avtal, men nu har man accepterat termen *unjust enrichment*. Genom *unjust enrichment* uppstår ett fordringsförhållande som vare sig grundas på *tort* eller *contract*. Liksom i tysk rätt delar man in det i *Leistungskondition*, "from or by the act of the plaintiff", samt *Eingriffskondition*, "by his own wrongful conduct". I England, behandlas restitution av ogiltiga avtal olika beroende på ogiltighetens orsak, vilket gör det systematiskt svåröverskådligt. Även tysk rätt tar delvis hänsyn till ogiltighetens orsak, se § 817 BGB.¹

¹ Bramsjö, s 91 ff.

² Bramsjö, s 102 ff.

³ Jfr Zweigert/Kötz, s 545 ff

7.2.2 Återgångsanspråk vid ogiltighet i konkurrensrätten

Ogiltigheten i konkurrensrätten tjänar ett allmänt intresse av fri konkurrens och de samhällsekonomiska fördelar som det innebär. Därutöver skyddas tredje man av reglerna, i första hand de konkurrenter som drabbas av skador, indirekt också konsumenter. Ogiltigheten konstateras ofta efter transaktionens fullbordande och är dessutom svår att förutse.² Ogiltigheten enligt 7 § KL innebär att avtalet inte kan göras gällande enligt sitt innehåll och en allmän domstol kan därför inte döma till fullgörande av avtalet eller beslutet.³

Både kontinental rätt och engelsk rätt accepterar en princip som säger att "benefits transferred so as to procure an illegal or offensive result cannot be reclaimed". Tysk rätt har principen lagfäst i § 817 st 2 BGB, i Frankrike tillämpar domstolar denna princip. Problemet är vad man ska lägga in för betydelse i principen i dagens samhälle. Faller konkurrensrättsliga förbud under den? Syftet bakom principen är för det första att staten inte ska hjälpa en part att driva genom sina krav som grundar sig på olagliga handlingar, domstolarna skulle solka sina händer "by adjusting among dishonest men the results of their unholy speculations".⁴

Men måste man inte även ta hänsyn till syftet med den lag som bröts? Återgång kanske är mer i linje med lagens syfte än motsatsen. Å andra sidan kan just det faktum att återgång nekats ses som ett straff som ska verka i preventivt syfte. Men straffidén är tveksam eftersom den inte tar hänsyn till överträdelsens art och förhållandet till straffet. Dessutom kan ju motparten som får behålla prestationen ha gjort något lika allvarligt. Det senare gäller ofta då det handlar om en överträdelse av art 81 RomF, där parterna ofta är jämställda. Även vid förbjudna företagsförvärv har båda parter brutit mot det legala förbudet. Situationen vid missbruk av dominerande ställning är annorlunda eftersom det där vanligtvis finns en part som är mer skyldig än den andra.

¹ A a, s 551, 555-557.

² Prop 1981/82, s 558 ff.

³ Prop 1992/93:56, s 77.

⁴ Zweigert/Kötz, s 575-576.

Vad gäller förbjudna företagsförvärv enligt KL och förbjudna företagskoncentrationer enligt EG-rätten måste återgång av prestationerna kunna genomdrivas på rättslig väg. Syftet med förbuden är att förhindra att konkurrensen försämras genom koncentrationen i näringslivet ökar. Om prestationerna i samband med ett företagsförvärv, t ex genom köp av aktier, inte skulle gå åter vid ett förbud, skulle syftet med regeln gå förlorad.¹ Den oönskade koncentrationen skulle då bestå. Av art 8.4 i förordning 4064/89 framgår att kommissionen kan kräva att en redan genomförd förbjuden koncentration ska brytas upp. Om så inte sker kan kommissionen utdöma böter enligt art 14.2(d).

I common law nekar domstolarna krav på återgång om parterna är *in pari delicto*, d v s om de båda har brutit mot lag eller moral. Det är fallet beträffande överträdelser av art 81 RomF eller förbjudna företagskoncentrationer. Om svaranden har utnyttjat svårsmål, oerfarenhet, eller om han förledde motparten till att tro att förfarandet var lagligt, föreligger ej *in pari delicto*. Det senare passar bra in på fall som har omfattas av reglerna om missbruk av dominerande ställning. Engelsk rätt accepterar även återgång om den diskutabla transaktionen inte har fullgjorts helt än, vilket syftar till att få de inblandande parterna att ångra sig. Det leder dock till svåra gränsdragningsfrågor. Hur långt kan avtalets fullgörande gå innan det är för sent? Om fullgörandet av ett konkurrensbegränsande leveransavtal avbryts mitt i en leverans, kan då alla tidigare gjorda leveranser enligt avtalet krävas åter, eller gäller det bara den avbrutna leveransen?

Tyska domstolar har resonerat på liknande sätt vad gäller tillämpningen av § 817 BGB. Den rådande uppfattningen är att återgång bara ska nekas när käranden bröt mot lag eller moral avsiktligt. Det anses inte avsiktligt om käranden gick med på de förbjudna avtalsvillkoren motvilligt mot bakgrund av att det krävdes av en ekonomiskt dominerande motpart eller om han var i trångmål eller liknande.² Återgångskrav när avtalet är ogiltigt på grund av missbruk av dominerande ställning bör sålunda accepteras i tysk rätt.

¹ Jfr Nial, Om förvärv i strid mot legala förbud, s 13-14.

² Se Zweigert/Kötz, s 577.

Om ett konkurrensbegränsande avtal är ogiltigt enligt art 81.2 RomF leder det i tysk rätt principiellt till att alla prestationer mottagits utan rättslig grund. Prestationen ska då återgå enligt § 812 BGB; återgångskravet baseras alltså teoretiskt sett på institutet obehörig vinst. Eftersom även käranden har brutit mot regeln faller emellertid återgångskravet vanligtvis på regeln i § 817 st 2 BGB. Detta måste prövas i varje enskilt fall.¹

Frankrike har ingen regel i CC som förbjuder återgång vid olagliga och omoraliska avtal, men domstolarna tillämpar även här den allmänna regeln om att återgång vid sådana avtal nekas (*nemo auditur turpitudinem suam allegans*). Liksom i England tillåts återgång när parterna inte var *in pari delicto* (*égale culpabilité*).²

I fransk doktrin framförs ofta uppfattningen att återgång ska nekas när avtalet var omoraliskt men inte om det enbart var olagligt, en princip som i italiensk rätt har kodifierats, art 2035 CC (Italien). Det finns ett tydligt gränsdragningsproblem mellan avtal som är omoraliska och de som endast är olagliga; är det inte alltid omoraliskt att bryta mot en lag? Med omoraliska avtal avses i detta sammanhang främst avtal i strid mot familjemoral och allmän sedlighet, t ex försäljning av en bordell. När det gäller överträdelser av lagar av mer teknisk karaktär, t ex lagar om prisreglering eller andra lagar som avser att styra och kontrollera marknadsbeteenden, så ska restitution normalt tillåtas. Det anses i allmänhet tillräckligt att avtal i strid med sådana lagar är sanktionerade genom att krav på fullgörelse eller skadestånd motsvarade det positiva kontraktsintresset inte kan genomdrivas på rättslig väg. I konkurrensrätten finns utöver ogiltighet även andra sanktioner vilket borde tala för att återgångskrav vid ogiltighet i konkurrensrätten borde tillåtas enligt denna tankegång.³

Även i svensk rätt gäller den allmänna principen om att återgång nekas vid olagliga och omoraliska avtal. Principen gäller dock inte utan undantag; i vissa fall kan den presterande kräva återgång och få kravet prövat av domstol.⁴ I NJA 1989 s 768 hade en arrangör av ett

¹ Se Langen/Bunte, s 1535, jfr Gleiss/Hirsch, s 662.

² Kötz, s 255.

³ Se Zweigert/Kötz, s 574, Kötz s 256 ff och Ferid, s 806. Jfr även Nial, Om förvärv i strid med legala förbud s 12

⁴ NJA 1997 s 93.

olagligt spel mottagit pengar från deltagarna som senare skulle delas ut som vinst. Spelet blev aldrig av och pengarna utmätes av arrangörens borgenärer. HD kom fram till att pengarna sakrättsligt var skyddade och att de inte kunde utmätas. Dessutom menade HD att arrangören var skyldig att återbetala pengarna till deltagarna och att detta krav kunde genomdrivas på rättslig väg. Annars skulle arrangören göra en omotiverad vinst, och rättsordningen skulle stödja ett sådant beteende.

NJA 1953 s 99 rörde en svensk och en dansk medborgare som hade haft ett gemensamt handelsbolag. Efter ett antal år omvandlade svensken företaget till ett av honom helägt aktiebolag. Handelsbolagsavtalet var ogiltigt p g a att det stred mot en lag från 1916 men HD sade att parterna trots detta kunde framställa de anspråk som må föranledas av rörelsens upphörande.

Min bedömning är att återgång *inte* skulle nekas i svensk rätt vid ogiltiga konkurrensbegränsande avtal, förbjudna företagsförvärv eller då ogiltighet följer av missbruk av dominerande ställning. De konkurrensrättsliga förbuden är tillkomna i ett allmänt intresse av effektiv konkurrens och det är viktigt att förbuden sanktioneras på ett effektivt sätt. En påföljd behöver emellertid inte vara mer ingripande än vad som är nödvändigt för att dess syfte skall uppnås. Principen om att återgång av avtal i strid mot lag eller moral nekas har främst två syften. För det första riskerar domstolar och andra myndigheter sin värdighet och auktoritet när de löser tvister som har sin grund i olagliga eller omoraliska avtal. Dessutom är principen en sanktion som skall fungera preventivt. Risken att bli lurad och inte med rättsordningens hjälp kunna få tillbaka det man har presterat ska avhålla parter från att ingå avtal med olagligt eller omoraliskt innehåll.

Förbuden i KL sanktioneras både med offentlighetsrättsliga och civilrättsliga påföljder som har en starkt preventiv effekt. Det är därför tveksamt om det därutöver är nödvändigt att inte medge återgång av de i KL förbjudna avtalen. Att hindra återgång av ogiltiga företagsförvärv eller samriskföretag som är ogiltiga enligt 7 § KL skulle direkt motverka förbudens syfte. Företagsförvärvet respektive samriskföretaget skulle då i praktiken bestå. Att tillåta

återgångskrav i de konkurrensrättsliga ogiltighetsfallen torde heller inte undergräva domstolarnas auktoritet och värdighet. Det gäller särskilt som konkurrensrätten är en ekonomisk reglering av teknisk karaktär utan direkt anknytning till vare sig straffrätt eller allmän sedlighet.¹

8 Ersättning till tredje man

Skador kan uppstå för tredje man som står utanför det förbjudna avtalsförhållandet p g a diskriminering eller utestängning från marknaden. EG-rätten säger inget om detta och det ska därför bedömas enligt nationell rätt. EG-domstolen har emellertid uttalat att överträdelse av EGs konkurrensrätt ger rätt till skadestånd när motsvarande nationell rätt gör det.² När skadestandsfrågan vid en överträdelse av EGs konkurrensrätt ska lösas enligt svensk rätt bör alltså KLs skadestandsregler tillämpas analogt. Det är ett exempel på att svenska domstolar kan utdöma skadestånd för ren förmögenhetsskada utan lagstöd. Svensk praxis saknas dock.³

Det är sällsynt att skadestånd utkrävs p g a överträdelse av art 81 eller 82 RomF eftersom de skadelidande istället väljer att gå vägen över kommissionen för att få stopp på verksamheten. Det är ett billigt och effektivt förfarande när det gäller att förhindra att skador uppstår i framtiden, men det ger ingen ersättning för de skador som redan har uppstått. Utvecklingen kan bli densamma för skadeståndskrav grundade på KL förutsatt att Konkurrensverket kommer att agera på ett kraftfullt sätt för att stoppa konkurrenshämmande marknadsbeteenden. Det är dyrt med processer, inte minst skadestandsprocesser där det ofta handlar om svåra bevisfrågor. Vid bevissvårigheter rörande skadans storlek kan dock rätten uppskatta skadan till skäligt belopp enligt 35:5 RB. Och om det utvecklas en klar praxis i svensk rätt kring de skadestandsrättsliga frågorna i konkurrensrätten torde det bli vanligare att

¹ Jfr NJA 1953 s 99 och NJA 1989 s 768.

² Se 33/76 Rewa v Landwirtschaftskammer Saarland.

³ Bernitz KL s 87-88. Wahl, s 380 ff.

skadelidande för talan om skadeståndsansättning. Skadeståndsbeloppen kan bli betydande, särskilt i de fall då antalet skadeståndsberättigade är stort.¹

8.1 Tysk rätt

§ 823 BGB är den allmänna skadeståndsregeln i tysk rätt. Paragrafens första stycke skyddar vissa angivna rättigheter, bl a rätt till liv och frihet, men art 81 RomF anses inte tillhöra någon av dessa. Därför måste det avgöras om art 81 är en sådan skyddslag som avses i § 823, 2 st BGB. För att Art 81 ska anses vara en skyddslag krävs att den inte bara är en regel för att effektivisera marknaden utan även syftar till att skydda tredje man från effekterna av otillåtna avtal och beslut. Det krävs då att man gör en tolkning av art 81 i ljuset av EG-domstolens praxis. Enligt denna praxis har art 81 en dubbel funktion - att effektivisera marknaden men också att ge konsumenter fördelar. Regeln avser alltså att även skydda enskildas intressen.

EG-domstolens syn är helt i linje med uppbyggnaden av regelverket eftersom en av förutsättningar för undantag enligt art 81.3 RomF är att avtalet eller beslutet är fördelaktigt för konsumenter. Oklart är emellertid om man därav kan dra slutsatsen att skyddet av de enskildas intressen också innebär att de ska ges rätt till ersättning för redan uppkommen skada, eller om art 81 bara syftar till att skydda de enskildas intressen med avseende på framtiden.²

BGH har inte sagt att art 81 RomF generellt sett är en skyddslag enligt § 823 st 2 BGB, men har i vart fall uttalat att art 81 har skyddslagskaraktär beträffande de fall där avtal eller beslut riktar sig direkt gentemot den skadade tredje mannen. Förutom skadestånd kan tredje man i tysk rätt kräva att överträdelserna av förbuden ska upphöra (*Unterlassung*).³ Rättsgrunden för ett sådant anspråk är då vanligtvis *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, t ex när det handlar om diskriminering, bojkott-aktioner och liknande, riktat direkt mot den skadelidande.¹

¹ Jfr Linder/Westin s 57.

² Immenga/Mestmäcker s 319 ff.

³ Se BGH BMW-Importe.

8.2 Engelsk rätt

Det ledande rättsfallet om rätt till skadestånd vid överträdelse av konkurrensrättliga förbud är *Garden Cottage Foods v Milk Marketing Board*. Kärandesidan hade vägrats leverans av mejeriprodukter yrkade att domstolen skulle ålägga motparten att leverera eftersom leveransvägran var ett missbruk av dominerande ställning enligt 82 RomF. House of Lords avslog yrkandet med motiveringen att möjligheten till skadestånd var tillräckligt för att tillgodose kärandens intressen. Efter fallet har det antagits att det föreligger en allmän rätt till skadestånd vid överträdelser av art 81 eller 82 RomF trots att House of Lords egentligen inte gjorde något sådant generellt uttalande.²

¹ Gleiss/Hirsch, s 662 ff.

² Se Whish, *The Enforcement of EC Competition Law in the Domestic Courts of Member States*, s 62-63, jfr Bellamy/Child, s 660-662.

8.3 Svensk rätt

Samma regler bör gälla för skadestånd i Sverige både vid tillämpning av EG-rätten och den svenska konkurrenslagen. För skadestånd enligt KL gäller följande. Om ett företag uppsåtligt eller av oaktsamhet överträder förbuden mot konkurrensbegränsande avtal eller missbruk av dominerande ställning, ska företaget enligt 33 § KL ersätta skadan som uppkommer för ett annat företag eller en avtalspart. Med företag avses enligt 3 § KL en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av kommersiell natur. Vad gäller juridiska personer krävs att vårdslöshet eller uppsåt föreligger hos person i ledande ställning. Ersättning utgår också för ren förmögenhetsskada. Skadeståndslagen och allmänna skadeståndsrättsliga principer gäller i övrigt, t ex solidariskt ansvar och krav på adekvat kausalitet mellan handling och skada. Rätten till skadestånd preskriberas fem år efter det att skadan uppkom.

Rätt till skadestånd har den som omfattas av lagens skyddsintresse, framför allt konkurrerande företag och företag i tidigare säljled. Trots att ett syfte med KL är att främja konsumenternas intressen kan enligt förarbetena inte obestämda kretsar av konsumenter få skadestånd. Möjligtvis kan konsumenter som mer direkt drabbas ha rätt till ersättning. Enligt förarbetena kan även den som inte anses som företag i KLs mening, men som träffat avtal med ett företag som deltar i ett förbjudet och därigenom drabbats av skada, ha rätt till ersättning. Det gäller särskilt när samarbetet är inriktat på en enskild avtalssituation, t ex en förbjuden anbudskartell.¹

I första hand ersätts skador på en inkomstförlust och intrång i näringsverksamhet. När det föreligger bevisvärigheter rörande skadans storlek kan rätten uppskatta skadan till skäligt belopp enligt 35:5 RB. Vid en förbjuden anbudskartell har beställaren rätt till ersättning för det merpris som han har fått betala. Om avtalet går åter enligt 7 § KL har han rätt till ersättning för de kostnader som han har haft för anbudsförfarandet och som har blivit onyttiga.²

¹ Prop 92/93:56, s 96.

² Bernitz KL, s 87.

Om ett bolagsavtal förbjuds och drabbas av ogiltighet kan det bli svårt att avgöra gentemot vem eller vilka en skadeståndstalan ska riktas. Rättssubjektet i fråga, bolaget, existerar inte. Troligtvis blir då de rättssubjekt som deltog i bolaget skadeståndsansvariga.¹

9 Slutsatser

Ogiltigheten drabbar direkt enbart de avtalsvillkor som är förbjudna. För att kunna säga hur de ogiltiga villkoren påverkar resten av avtalet får man gå till den allmänna civilrätten i den rättsordning som är tillämplig lag på avtalet. Genom en lagvalsklausul avseende hela eller en del av avtalet kan man i viss mån styra ogiltighetens rättsliga konsekvenser för avtalsparternas inbördes förhållande. Det finns olika teoretiska utgångspunkter i de studerade rättssystemen men i konkreta fall får man liknande praktiska resultat. Parternas avsikter har betydelse men eftersom det sällan kan fastställas blir bedömningen vanligtvis mer objektiv.

Avtalsbestämmelser som stadgar vad som ska ske om en del blir ogiltig är tillåtna vilket gör att avtalsskrivaren i detta avseende kan styra rättsföljden vid partiell ogiltighet. Beträffande tysk rätt är det viktigt att observera att när en del av avtalet är ogiltigt så föreligger en presumtion för att hela avtalet är ogiltigt. Den part som vill att resten av avtalet ska bestå har sålunda bevisbördan för att avtalet hade ingåtts även utan den ogiltiga delen.

För samtliga rättsordningar gäller att avtal som är sammankopplade med ett ogiltigt huvudavtal i princip ska ses som en självständig enhet och ska därför inte påverkas av att huvudavtalet blir ogiltigt. Om det kopplade avtalet inte är tillräckligt självständigt utan bara är ett bihang till huvudavtalet kan dock de två avtalen komma att betraktas som en enhet.

De studerade rättsordningarna utgår alla från en allmän princip att olagliga och omoraliska avtal är ogiltiga. Avtal som är ett uttryck för missbruk av dominerande ställning borde därför i de flesta fall kunna angripas med en ogiltighetstalan. För svensk rätts del får resonemangen i NJA

¹ Linder/Westin s 55-56.

1997 s 93 ses som vägledande. Min analys visar att det inte är självklart att ogiltighet ska inträda som sanktion i detta fall. För svensk rätts del kan jämningsmetoden enligt 36 § AvtL vara en lämplig lösning.

Om ett avtal är ogiltigt ska avtalsprestationerna återgå. Då uppkommer frågor om exempelvis ersättning för räntekostnader eller för att avtalsobjektet har minskat i värde. I svensk rätt utgår man till stor del från de köprättsliga reglerna om återgång vid hävning p g a kontraktsbrott.

Det finns en allmän regel som säger att återgång nekas vid olagliga och omoraliska avtal. Regeln gäller dock inte utan undantag. Uppsatsen har visat att det finns en principiell skillnad mellan synen på konkurrensbegränsande avtal och avtal som ingåtts vid missbruk av dominerande ställning. I det senare fallet bryter vanligtvis bara en part mot förbudet och det finns då anledning att gå ifrån den allmänna rättsgrundsatsen om att återgångsanspråk inte accepteras av domstolarna när avtal strider mot lag eller god moral. Huvudregeln i engelsk och tysk rätt är att återgång nekas vid konkurrensbegränsande avtal men inte vid missbruk av dominerande ställning. I svensk och fransk rätt torde emellertid inte restitution nekas i något av dessa fall. Detta har betydelse för lagvalsfrågan.

När ett konkurrensbegränsande avtal är ogiltigt enligt art 81.2 RomF eller 7 § KL kan ett skadeståndsanspråk mellan avtalsparterna troligtvis endast omfatta det negativa kontraktssintresset. Om detsamma kan sägas om skadestånd mellan parterna beträffande missbruk av dominerande ställning är mer oklart.

I engelsk och tysk rätt har praxis utvecklats avseende skadeståndsansvar gentemot tredje man p g a överträdelser av EGs konkurrensrätt. I svensk rätt kan man analogt tillämpa skadeståndsreglerna i KL vid överträdelser av EGs konkurrensrätt. Rätt till skadestånd har den som omfattas av KL skyddsintresse, vilket inte anses omfatta obestämda kretsar av konsumenter. Möjligtvis kan konsumenter som mer direkt drabbas ha rätt till ersättning.

Det faktum att de konkurrensrättsliga sanktionerna följer av EG-rätten och de civilrättsliga sanktionerna bestäms av nationell rätt är inte helt lyckat. Det leder till osäkerhet på ett rättsområde som kräver stor förutsägbarhet. För de som önskar en gemensam civilrättslig kodifikation inom EU kan detta utgöra ännu ett argument.

Förkortningar

AvtL	Avtalslagen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
CC	Code Civil (Frankrike)
EBLR	European Business Law Review
ECLR	European Competition Law Reports
ECR	European Court Reports
EG	Europeiska gemenskape(n)na
EU	Europeiska unionen
FB	Föräldrabalken
HGB	Handelsgesetzbuch
HD	Högsta domstolen
JB	Jordabalken
JT	Juridisk tidskrift
KL	Konkurrenslagen
KöpL	Köplagen
LIEI	Legal Issues of European Integration
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd 1
Prop	Proposition
RB	Rättegångsbalken
RomF	Romfördraget
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TfR	Tidskrift för rettsvetenskap
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

Källor och litteratur

Offentligt tryck

Kommittébetänkanden

SOU 1978:9 Ny konkurrensbegränsningslag.

SOU 1991:59 Konkurrens för ökad välfärd.

SOU 1997:20 Konkurrenslagen 1993-1996.

SOU 1998:98 Konkurrenslagens regler om företagskoncentration

Propositioner

Prop 1975/76:81 Ändring i lagen (1915:216) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m m.

Prop 1981/82:165 Konkurrenslag.

Prop 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning.

Prop 1994/95:48 Tillämpningen av EG:s konkurrensregler.

Litteratur

- Adlercreutz A.* Avtalsrätt 1, 10 uppl. Lund 1995.
- Adlercreutz A.* Om nullitet och kompetensogiltighet. Festskrift till Anders Agell. s 1-18. Uppsala 1995
- Andersson J.* Interference with contractual relations. Uppsats, tillämpade studier. Göteborgs universitet 1998
- Andréasson M, Månesköld K.* Ogiltighet – innebörd och rättsverkningar. Uppsats, tillämpade studier. Göteborgs universitet 1995
- Almén T, Eklund R.* Lagen om avtal. 8 uppl. Stockholm 1963
- Bellamy C W, Child G D.* Common Market Law of Competition. 4 ed. London 1993
- Bergström S.* Ogiltighet ur civilrättslig och skatterättslig synvinkel. 1984
- Bernitz U.* Den svenska konkurrenslagen. Stockholm 1996 (cit Bernitz KL)
- Bernitz U.* Standardavtal och konkurrensbegränsning. Festskrift till Jan Ramberg 1997
- Bernitz U.* Standardavtalsrätt. 6 uppl. Stockholm 1993
- Bogdan M.* Svensk internationell privat- och processrätt. 4 uppl. Stockholm 1992
- Bramsjö S.* Om avtals återgång. Lund 1950
- Carlsson K, Schuer L, Söderlind E.* Konkurrenslagen. 2 Uppl. Stockholm 1995
- Ferid M.* Das Französische Zivilrecht. Berlin 1971
- Gleiss/Hirsch.* Kommentar zum EG-Kartellrecht. Band 1. 4 Aufl. Heidelberg 1993
- Grönfors K* (under medv av *Dotevall R*). Avtalslagen. 3 uppl. Stockholm 1995
- Grönfors K.* SvJT 1955 s 457-461
- Grönfors K.* Avtal och omförhandling. Stockholm 1995
- Hartkamp A S* (ed) m fl. Towards a European Civil Code. Nijmegen 1994
- Hellner J.* Speciell avtalsrätt II. Kontraktetsrätt (2 häftet). 3 uppl. Stockholm 1996 (cit Hellner SpA II)
- Immenga/Mestmäcker.* EG-Wettbewerbsrecht. Kommentar. Band 1. München 1997.
- Karlgren H.* Ett gammalt tvisteämne: Nullitet och angriplighet. Festskrift till Henry Ussing s 247 ff. Köpenhamn 1951
- Kleinemann J.* Allmänna principer för ogiltighetspåföljdens inträdande. JT 1997/98 s 808 ff
- Kötz H.* Europäisches Vertragsrecht 1. Tübingen 1996
- Langen/Bunte.* Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht. 7 Aufl. Berlin 1994
- Linder M, Westin J.* Något om avtals eller avtalsvilkors ogiltighet enligt den nya konkurrenslagen. SvJT 1995 s 45-57
- Nial H.* Om förvärv i strid med legala förbud. TfR 1936 s 1 ff
- Nial H.* Om handelsbolag och enkla bolag. 3 Uppl. Stockholm 1992
- Picañol E.* Remedies in National Law for breach of Articles 85 and 86 of the EEC Treaty: A Review LIEI 1983/2 s 1-37
- Ramberg J* (under medv av *Hultmark C*). Allmän avtalsrätt. 4 uppl. Stockholm 1996
- Ramberg J* (under medv av *Herre J*). Köplagen. Stockholm 1995
- Rodhe K.* Obligationsrätt. Stockholm 1956
- Soergel.* Bürgerliches Gesetzbuch. 12 Aufl. 1988
- Steindorff E.* EG-Vertrag und Privatrecht. Baden-Baden 1996
- Stenberg H.* Studier i EG-rätt. Om konkurrensbegränsande avtal och deras ogiltighet. Nyköping 1974

Wahl N. Konkurrensförhållanden. Om förhållandet mellan EGs konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt. Stockholm 1994

Wetter C, Ericsson E, Karlsson J, Rislund O. Konkurrenslagen i praxis. Falun 1995

Whish R. Competition Law. 3 ed. London Edinburgh 1993

Whish R. The Enforcement of EC Competition Law in The Domestic Courts of Member States. EBLR (1994) s 3

Zäck R. Die Rückabwicklung verbotener Kartelleistungen dargestellt am Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften. Bern 1977

Rättsfall

Högsta domstolen

NJA 1940 s 449

NJA 1949 s 134

NJA 1953 s 99

NJA 1985 s 586

NJA 1989 s 614

NJA 1989 s 768

NJA 1992 s 717

NJA 1995 s 478

NJA 1997 s 93

Tingsrätterna

618/94 Sundsvalls tingsrätt

EG-domstolen och Första instansrätten

13/61 Bosch, ECR 1962 s 45

56&58/64 Consten och Grundig v kommissionen, ECR 1966 s 299

56/65 Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm, ECR 1966 s 235

22/71 Béguelin Import v GL Import Export, ECR 1971 s 949

48/72 Brasserie de Haecht II, ECR 1973 s 77

33/76 Rewa v Landwirtschaftskammer Saarland

319/82 Ciments et Bétons v Kerpen & Kerpen, ECR 1983 s 4173

209-213/84 Ministère Public v Lucas Asjes (Nouvelles Frontières), ECR 1986 s 1425

10/86 VAG v Magne, ECR 1986 s 4071

T-51/89 Tetra Pak Rausing S.A. v kommissionen, ECR 1990 s 309

C-234/89 Delimitis v Henninger Bräu AG, ECR 1991 I s 935

Engelska rättsfall

Goldson v Goldman, [1915] 1 Ch. 292

Chemidus Wavin Ltd v Société pour la Transformation, [1978] 3 CMLR s 514

Garden Cottage Foods v Milk Marketing Board, [1984] AC 130

Tyska rättsfall

Spediteurbedingungen, WuW/E BGH 152, 153

Schaumstoffplatten, WuW/E BGH 2565, 2569
Bremsrollen, WuW/E BGH 1259, 1264
Fruchtsäfte, WuW/E BGH 1000, 1004
Eiskonfekt 1, WuW/E BGH 2180, 2183