



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Filip Sandén

Om tvingande konkurrensrättsliga inslag inom skiljedomsrätten

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Lotta Maunsbach

Termin för examen: Vårterminen 2017

Förord

Till LS, för alltid.

凝视着一片化石
傻瓜也得到教训
离开了运动
就没有生命.

RWI, maj 2017

Innehållsförteckning

Summary	5
Sammanfattning	6
Förkortningar.....	7
1. Inledning	8
1.1 Bakgrund	8
1.2 Syfte, frågeställningar och avgränsningar	9
1.3 Metod.....	10
1.4 Material	11
1.5 Disposition.....	11
2. Konkurrensrätt	12
2.1 Syfte och övergripande mål.....	12
2.2 EU-rättslig konkurrensrätt.....	12
2.2.1 Introduktion.....	12
2.2.2 Artikel 101 FEUF: förbudet mot konkurrensbegränsande avtal mellan företag.....	13
2.2.3 Artikel 102 FEUF: förbudet mot missbruk av dominerande ställning.....	14
2.3 Svensk konkurrensrätt.....	14
2.4 Övervakning av konkurrensregelverket och processuella frågor	15
2.4.1 Introduktion	15
2.4.2 Offentlighetsrättsliga verkningar av konkurrensbrott.....	15
2.4.3 Civilrättsliga verkningar av konkurrensbrott.....	16
2.4.4 Privat genomdrivande av konkurrensrätten.....	18
3. Skiljedomsrätt	19
3.1 Skiljeförfarandets karaktär	19
3.2 Fördelar med skiljeförfarande	20
3.3 Kort om relevant lagstiftning.....	21
3.3.1 New York-konventionen	21
3.3.2 Lagen (1999:116) om skiljeförfarande.....	21
3.4 Skiljedomsrätt	22
3.5 <i>Ordre public</i> och skiljedoms ogiltighet	23
3.5.1 Vad innefattar <i>ordre public</i> ?	23
3.5.2 Relationen mellan <i>ordre public</i> och skiljedomsrätt	24
3.6 Dispositionsprincipen och skiljedomsrätten.....	24
4. Skärningspunkten mellan konkurrensrätten och skiljedomsrätten	26
4.1 Introduktion.....	26
4.2 Om undantaget i 1 § 3 st. LSF	26
4.3 Nedslag i praxis	27
4.3.1 Eco Swiss-målet.....	27
4.3.2 Systembolagsdomen.....	28
4.4 Skiljedomsrättsliga frågor inom konkurrensrätten.....	32
4.4.1 Vilka konkurrensrättsliga moment är skiljedomsrättsliga?	32
4.4.2 Vad gäller om talan saknar civilrättsliga verkningar?	35
4.5 Toleransutrymmet.....	35
4.5.1 Hur stort toleransutrymme har skiljenämnder att göra materiellt avvikande bedömningar av konkurrensrättsliga frågor enligt svensk nationell rätt?.....	35
4.5.2 Hur noggrann materiell prövning av skiljedomens konkurrensrättsliga slutsatser ska allmän domstol göra efter klandertalan?.....	37

4.5.3 Vilken inställning har EU-rätten till Systembolagsmåletts slutsats avseende oklart konkurrensrättsligt rättsläge?	38
4.5.4 Har konkurrensmyndigheters beslut och allmänna domstolars domar bindande verkan gentemot skiljenämnder?	39
4.6 Uppenbarhetsrekvisitet	41
4.6.1 Uppenbarhetsrekvisitet i svensk rätt	41
4.6.2 Är uppenbarhetsrekvisitet förenligt med EU-rätten?	42
4.7 Ex officio-frågan	44
4.7.1 Kan och ska skiljenämnder beakta konkurrensfrågor ex officio?.....	44
4.8 Övertillämpning av konkurrensrätten.....	47
4.8.1 Ger övertillämpning av konkurrensrätten anledning att ogiltigförklara en skiljedom? .	47
5. Analys och slutsatser.....	48
5.1 Inledning.....	49
5.2 Skiljedomsrättsmässigheten och överträdelsefrågan	49
5.3 Toleransutrymmet – hur stort sådant är rimligt?	51
5.4 Närmare om uppenbarhetsrekvisitet.....	52
5.5 Ex officio-frågan och dispositionsprincipen	54
5.6 Övertillämpning och undertillämpning	55
5.7 Avslutande synpunkter.....	56
6. Källförteckning.....	57

Summary

This thesis deals with issues and problems regarding competition law that arise in arbitration procedures. Competition law is an area of law with strong public and societal interests, while arbitration law is of procedural nature where the freedom of the parties to shape the procedural aspects of their own dispute is integral and highly valued. The freedom of the parties also gives them the power to decide upon the subject matter in the procedure, which in turn can lead to a contract restraining competition or an abusive dominant position being upheld and not be met by any sanction or punishment, which would otherwise be the case. The reason behind is that an arbitration award can only be appealed and reversed based on formalities and not on the material content of it, which made it virtually impossible to reverse and nullify an arbitration award containing breaches of competition law.

However, in the case NJA 2015 s. 438 the Swedish Supreme Court chose to allow review of the material content of an arbitration award if they suspect its material content to conflict with the fundamentals of competition law. The court stated that in some cases it is fully justifiable to let a court review the material content to see whether or not the content might be restraining competition. This thesis discusses and analyzes questions and problems that arose in this case, but also other relevant issues that arise when the areas of competition law and arbitration law intersect. That includes the limits of the arbitrability of competition law, how far arbitral tribunals can deviate when ruling on competition law questions, and whether or not arbitral tribunals shall observe competition law *ex officio*.

According to Swedish law, arbitral tribunals can only rule on the civil law-related effects of competition law. However, this thesis concludes that the above-mentioned case opens up grand possibilities for arbitral tribunals to also rule on whether or not a breach has been made. This thesis also shows that arbitral tribunals possess a remarkable space to deviate when ruling on competition law questions, and that there are strong arguments for allowing arbitral tribunals to observe competition law *ex officio*. As a result, Swedish arbitral tribunals have in practice been given a wider authority to rule on competition law-related features in arbitration procedures than the legislator might have intended.

Sammanfattning

Denna uppsats behandlar de konkurrensrättsliga inslag som förekommer inom skiljedomsrätten, och vilka problem som uppstår i det mötet. Konkurrensrätten är ett område med starka offentligrättsliga inslag och bakomliggande allmänna intressen, medan skiljedomsrätten är ett processrättsligt område som bygger på parternas frihet att själva få utforma sin tvist som de önskar. Den friheten innefattar också parternas möjligheter att bestämma över processföremålet, vilket kan leda till att exempelvis ett konkurrensbegränsande avtal eller en missbrukad dominerande ställning står fast och klarar sig helskinnad genom skiljeförfarandet, och således inte träffas av den sanktion de normalt skulle drabbas av. Anledning till det är att en skiljedom enbart kan klandras på formella grunder och inte materiella grunder, vilket torde göra det omöjligt att ogiltigförklara en skiljedom med konkurrensstridigt innehåll.

Dock valde Högsta domstolen i rättsfallet NJA 2015 s. 438 att tillåta en materiell prövning av skiljedomen om den misstänks strida mot tvingande konkurrensrätt. De konstaterade att allmän domstol i vissa fall måste få göra en materiell prövning för att se huruvida skiljedomen har ett konkurrensstridigt innehåll. Uppsatsen diskuterar och analyserar de frågor och problem som uppkom i samband med rättsfallet, men även andra relevanta frågor med nära koppling till skärningspunkten mellan konkurrensrätt och skiljedomsrätt. Det rör frågor kring gränserna för konkurrensrättens skiljedomsräddighet, vilket utrymme skiljenämnder har att göra bedömningar som avviker från tvingande konkurrensrätt och huruvida skiljenämnder ska beakta tvingande konkurrensrätt ex officio.

Enligt lag får skiljenämnder endast pröva konkurrensrättens civilrättsliga verkningar, men uppsatsen drar slutsatsen att ovannämnda rättsfall öppnar upp stora möjligheter för skiljenämnder att också pröva överträdelsefrågan, dvs. frågan huruvida ett konkurrensbrott har skett. Uppsatsen visar också att skiljenämnder har relativt stora möjligheter att nå avvikande slutsatser i frågor som berör konkurrensrätt, samt att det finns starka argument för att skiljenämnder har möjlighet att ex officio beakta tvingande konkurrensregler. Sammantaget visar uppsatsen att skiljenämnder i praktiken har fått något större befogenheter än lagstiftaren avsett vad gäller konkurrensrättsliga inslag i skiljeförfarande.

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (Avtalslagen)
EU	Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt
HD	Högsta domstolen
KonkL	Konkurrenslag (2008:579)
LSF	Lag (1999: 116) om skiljeförfarande
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsformen
SOU	Statens offentliga utredningar
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Denna uppsats behandlar konkurrensrätt, skiljedomsrätt och gränslandet där emellan.

Konkurrensrätten är till stor del av offentlighetsrättslig karaktär, och syftar till att upprätthålla en sund konkurrenssituation, motverka olovligt samarbete och undvika att stora företag missbrukar sin dominerande ställning. Skiljedomsrätten är ett processrättsligt område som möjliggör ett slags privat rättskipande, vilket är attraktivt för många företag då det betraktas som mer effektivt och då det ger parterna möjlighet till inflytande vad gäller utformandet av processen och val av skiljemän. Dessutom sker skiljeförfarande bortom de offentliga domstolarna.

Det förekommer att konkurrensrättsliga frågor uppkommer i skiljeförfarande, vilket kan leda till att konkurrensrätten och skiljedomsrätten hamnar på kollisionskurs. Det kan exempelvis röra sig om en skiljenämnd som av processuella anledningar tvingas bortse från ett flagrant konkurrensbrott som skett parterna emellan, vilket inte skulle tillåtas ske om tvisten utspelade sig i allmän domstol. Ett önskvärt och fullständigt genomslag av konkurrensrätten står mot skiljeförfarandets grundidé om att snabbt, smidigt och utan offentlig insyn få till stånd en skiljedom som står sig och är exigibel. Detta riskerar delvis att skapa ett oklart rättsläge för inblandade parter, men framförallt riskerar det att leda till att konkurrensrätten helt sätts ur spel, och att parterna på så sätt tillåts kringgå dessa tvingande och för rättsordningen grundläggande bestämmelser. Möjligheterna att klandra och att få en skiljedom ogiltigförklarad är generellt mycket begränsade, men en skiljedom kan rivas upp om den står i strid med grundläggande konkurrensrättsliga bestämmelser. Den relevanta bestämmelsen i detta sammanhang är 33 § 2 p. lagen om skiljeförfarande (LSF), som stadgar att en skiljedom måste vara uppenbart oförenlig med grunderna för rättsordningen i Sverige för att kunna ogiltigförklaras, vilket förstås som stridande mot *ordre public*.

Normalt kan en skiljedom angripas endast på formella grunder såsom allvarliga handläggningsfel, vilket ligger i linje med önskan om effektivitet och snabbhet. En materiell överprövning går således inte för sig. Men vad händer om en skiljedom misstänks strida mot tvingande konkurrensrätt? Är inte enda sättet att ta reda på det att faktiskt göra en materiell överprövning

av skiljedomen? Frågan ställdes på sin spets i Högsta domstolens avgörande NJA 2015 s. 438,¹ ett avgörande som blivit vida omdiskuterat. HD konstaterade bland annat att domstolen till viss del måste göra en materiell kontroll av skiljedomen efter klandertalan för att överhuvudtaget kunna fastlägga huruvida domen strider mot konkurrensrättsliga regler. Man drar också åt svängremmen för hur skiljenämnder ska hantera och bedöma konkurrensrättsliga frågor, för att signalera vikten av att skiljemän visar lojalitet mot tvingande rättsregler.² Detta rättsfall väcker en mängd intressanta frågor som kommer att beröras nedan: hur förhåller sig egentligen konkurrensrätten till skiljedomsrätten? Hur ska en skiljenämnd agera när de anar ett konkurrensvidrigt inslag i tvisten? Var går gränsen för vad allmän domstol får pröva efter en klandertalan?

1.2 Syfte, frågeställningar och avgränsningar

Syftet med den här uppsatsen är att utreda och analysera rättsläget vad gäller konkurrensrättens förhållande till skiljedomsrätten, att utreda vilka svårigheter och problem som uppstår när de två rättsområdena möts samt att undersöka hur skiljenämnder kan och bör agera när en skiljedoms innehåll befaras strida mot grundläggande konkurrensrättsliga regler. Jag avser besvara följande frågeställningar:

- Hur ser rättsläget ut beträffande konkurrensrättens förhållande till skiljedomsrätten?
- Under vilka förutsättningar är en skiljenämnd behörig att avgöra konkurrensrättsliga frågor?
- Vilket utrymme har en skiljenämnd att göra en materiell bedömning som avviker från tvingande konkurrensrätt?
- Vilken betydelse har uppenbarhetsrequisitet i 33 § 1 st. 2 p. LSF för konkurrensrättens förhållande till skiljedomsrätten?
- Ska skiljenämnder beakta tvingande konkurrensrätt ex officio?

Angående avgränsningar är de självfallet av vikt då de båda områdena konkurrensrätt och skiljedomsrätt producerat oändliga hyllmeter material inom forskningen och akademien. Vad gäller konkurrensrätten så kommer fokus att ligga på de tvingande offentligrättsliga inslagen. Vad gäller skiljedomsrätten så kommer fokus att ligga på den svenska lagen om skiljeförfarande, och det förutsätts att lagen är tillämplig *lex arbitri*. Internationella kopplingar och utblickar kommer dock

¹ Hädanefter *Systembolagsdomen*.

² Bernitz, Ulf, ”Konkurrens och skiljedom – var går gränserna för domstols prövning?” (2015-16), s. 888

att göras i synnerhet vad gäller konkurrensrätt, eftersom svensk konkurrensrätt bygger på EU:s konkurrensrättsliga regelverk. Inom skiljedomsrätten förhåller det sig annorlunda, och utländsk rätt kommer enbart att omnämnas mycket ytligt. Skiljedomars efterföljande verkställighet kommer inte att beröras som ett moment i sig utan enbart i förbigående när andra frågor diskuteras.

1.3 Metod

För att besvara uppsatsens frågeställningar har den rättsdogmatiska metoden använts, vilket innebär att de olika elementen i rättskällevärdet, i mitt fall främst förarbeten, lagtext, praxis och doktrin, analyseras så att slutresultatet får antas spegla det nu gällande rättsläget.³ Metoden passar väl i detta fall eftersom den torde vara den mest lämpliga och ändamålsenliga för att reda ut gällande rätt. Begreppet ”rättsdogmatik” är långt ifrån hugget i sten, och dessutom har ordet ”dogmatisk” inte de bästa av konnotationer i svenska språket. Huruvida begreppet rättsanalytisk metod bör användas istället för rättsdogmatisk metod har varit föremål för diskussion, då rättsanalytisk metod kan anses bättre beskriva den analys av rättsregler som man de facto ägnar sig åt.⁴

Då uppsatsen även berör förhållandet mellan EU-rätt och svensk rätt har den EU-rättsliga metoden också kommit till användning. Det faller sig naturligt eftersom konkurrensrätten i Sverige i princip till fullo härstammar från EU-rätten och är fullt harmoniserad. Den EU-rättsliga metoden påminner mycket om den rättsdogmatiska metoden, men man måste vara uppmärksam på att olika vikt läggs vid de olika elementen i rättskällevärdet i jämförelse med svensk rätt: i Sverige är förarbetena viktiga, vilket inte är fallet inom EU, och EU-domstolens avgörande anses vara av yttersta vikt vad gäller EU-rätt. Det är också viktigt att förstå att EU-rätten är överordnad nationell rätt, och en svensk domstol kan till och med utöva sin i 11 kap. 14 § RF grundlagsfästa lagprövningsrätt och underlåta att tillämpa svensk lag om de anser att den står i strid med EU-rätten. Förhållandet mellan svensk rätt och EU-rätt kommer till uttryck genom lojalitetsprincipen, företrädesprincipen, effektivitetsprincipen samt principen om tilldelad befogenhet.⁵

³ Korling, Fredrik och Zamboni, Mauro (red), *Juridisk metodlära* (2013), s. 26

⁴ Ibid. s. 24

⁵ Ibid. s. 125

I analysdelen används vad Jan Kleineman kallar den kritiskt inriktade rättsdogmatiken, vilket innebär att man använder rättsdogmatisk metod för att klargöra rättsläget men också för att kritisera det man kommit fram till.⁶ Det är en legitim uppgift för rättsdogmatiken, och det är kanske till och med där den verkligen kommer till sin rätt. Slutsatser och mer de lege ferenda-inriktade resonemang blir också avsevärt bättre underbyggda om de sker med avstamp i gällande rätt.

1.4 Material

Det råder ingen brist på material inom vare sig konkurrensrätt eller skiljedomsrätt. Materialet jag använt mig av tenderar att sortera in under ämnet skiljedomsrätt, där författarna ofta ger utrymme till att behandla just skärningspunkten mellan konkurrens- och skiljedomsrätt. De för svensk rätt aktuella verken är framförallt Heumans Skiljedomsrätt, Lindskogs Skiljeförfarande och Kvart & Olssons Tvistlösning genom skiljeförfarande. Ämnet debatterades flitigt i samband med EU-domstolens avgörande i det s.k. Eco Swiss-målet⁷ 1999, som kommer att diskuteras nedan, och återfick bränsle i och med Systembolagsdomen 2015. Den domen har kommenterats av bland annat Ulf Bernitz och Lars Henriksson,⁸ och även av större affärsjuridiska advokatbyråer.⁹ Även internationellt har ämnet diskuterats, och jag har använt mig av material skrivet av bland annat av Gordon Blanke, Sotiris Dempegiotis, Assimakis Komninos och Jeff Waincymer som alla diskuterat och problematiserat mötet mellan konkurrensrätten och skiljedomsrätten.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med breda avsnitt för att skapa en förförståelse för och ge en övergripande introduktion till ämnet. Kapitel två behandlar grundläggande konkurrensrätt som är relevant för den fortsatta dispositionen, och kapitel tre ger en introduktion till de delar av skiljedomsrätten som är nödvändiga att ha kunskap om för att förstå uppsatsens senare delar. Kapitel fyra är ett mycket centralt kapitel då det reder ut och analyserar de frågor som uppstår i skärningspunkten

⁶ Korling & Zamboni s. 34-35

⁷ C-126/97 Eco Swiss China Limited mot Benetton International.

⁸ Se Bernitz (2015-16) samt Henriksson, Lars, ”Konkurrensrättens skiljedomsräddighet” (2015-16), s. 679-695.

⁹ Se bland annat *Systembolaget vs The Absolut Company* [<http://www.vinge.se/vinge-kommenterar/nr-10---highlights-fran-hd>] och *The Absolut Company vinner mot Systembolaget i Högsta Domstolen* [<http://www.mannheimerswartling.se/aktuellt/nyheter/the-absolut-company-vinner-mot-systembolaget-i-hogsta-domstolen>] (båda hämtade 2017-03-10).

mellan konkurrensrätt och skiljedomsrätt, och introducerar även viktig praxis på området. Kapitel fem presenterar ytterligare analys och försök till att ge svar på uppsatsens frågeställningar.

2. Konkurrensrätt

2.1 Syfte och övergripande mål

Det passar att inledningsvis säga något om det bakomliggande syftet med konkurrensrätten. Mest grundläggande handlar det om att upprätthålla en effektiv konkurrens, vilket i sin tur ska garantera en positiv situation för konsumenterna i form av lägre priser, incitament till innovation samt en god allokering av resurser i samhället.¹⁰ Just konsumenterna är viktiga då man framförallt inom EU framhåller konsumentvälfärd som det viktigaste målet att sträva mot.¹¹ Exakt hur detta bör ske finns det delade meningar om, då konkurrensrätt utöver sin juridiska sida också är en ekonomisk vetenskap.¹² En grundläggande förståelse för konkurrensrätten och dess starka offentlighetsrättsliga inslag är fördelaktigt att ha för att bättre kunna förstå de problem som uppstår i dess möte med skiljedomsrätten, som kommer att diskuteras senare i uppsatsen.

2.2 EU-rättslig konkurrensrätt

2.2.1 Introduktion

EU har exklusiv befogenhet att fastställa och lagstifta om konkurrensregler som är nödvändiga för den inre marknadens funktion.¹³ De mest centrala bestämmelserna vad gäller konkurrensrätt återfinns i artikel 101 och 102 i funktionsfördraget (FEUF), och de utgör genom sin placering i fördraget del av EU:s primärrätt.¹⁴ Till det fogas ett omfattande system av regler om processuella förfaranden och sanktioner i form av sekundärrätt, i huvudsak med den viktiga Konkurrensförordningen (1/2003)¹⁵ som är den viktigaste och mest grundläggande förordningen

¹⁰ Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1: Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar* s. 47-48

¹¹ Karlsson, Johan, Wetter, Carl och Östman, Marie, *Konkurrensrätt – en kommentar* s. 10

¹² De ekonomiska sidorna av konkurrensrätt kommer av utrymmesskäl inte att beröras närmare.

¹³ Detta framkommer i artikel 3.1(b) i Fördraget om Europeiska unionens funktionsätt (FEUF).

¹⁴ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1* s. 61

¹⁵ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget

på området.¹⁶ Utöver den finns förordningar som hanterar mer specifika områden inom konkurrensrätten såsom företagskoncentrationer, vertikala avtal och tekniköverföring. Förordningarna har direkt effekt i medlemsstaterna, och genom Konkurrensförordningen har nationella domstolar och konkurrensmyndigheter behörighet att tillämpa artikel 101 och 102 fullt ut.¹⁷

2.2.2 Artikel 101 FEUF: förbudet mot konkurrensbegränsande avtal mellan företag

Artikel 101 förbjuder alla avtal mellan företag, beslut av sammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen inom den inre marknaden. Det rör sig främst om prissamarbete, uppdelning av marknader mellan företag och samarbete om kontroll eller begränsning av produktion, vilka utgör den s.k. hårda kärnan i förbudet som betraktas som särskilt allvarliga.¹⁸

Avtal som sorterar in under förbuden i artikel 101(1) blir automatiskt ogiltiga enligt 101(2) samma artikel. Dock är förbudet mot konkurrensbegränsande beteenden och samordnade förfaranden inte absolut, utan artikel 101(3) undantar sådana konkurrensstridiga handlingar som har positiva effekter i den mån att de främjar effektivitet, förbättrar produktionen och distributionen och gagnar tekniskt och ekonomiskt framåtskridande, samt tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som genom dessa åtgärder uppnås. Detta ska dock ske med proportionalitet i åtanke då de berörda företagen inte får åläggas större begränsningar än vad som är nödvändiga för att uppnå sina rationaliseringsmål, och de får inte heller ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av de aktuella produkterna.

Utöver undantagen i artikel 101(3) finns även gruppundantag i form av olika förordningar som klargör att vissa typer av konkurrensbegränsningar accepteras och faller utanför förbudet. Viktiga gruppundantag inom konkurrensrätten är gruppundantaget för vertikala avtal, som aktualiseras när företag med olika plats i distributionsledet sluter avtal, och gruppundantaget som rör licensavtal om tekniköverföring.¹⁹

¹⁶ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt* 1 s. 62

¹⁷ Konkurrensförordningen (1/2003) artikel 6 samt punkt 4 och 7 i ingressen.

¹⁸ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt* 1 s. 89-90

¹⁹ Kommissionens förordning 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden samt Kommissionens förordning 316/2014 av den 21 mars 2014 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av avtal om tekniköverföring.

2.2.3 Artikel 102 FEUF: förbudet mot missbruk av dominerande ställning

Medan artikel 101 aktualiserar när det rör sig om två eller flera företags samarbete eller samordnade förfaranden, siktar artikel 102 på enskilda företag som genom sin storlek och sitt övertag missbrukar sin dominerande ställning. Det rör sig alltså om ett ensidigt förfarande. Viktigt här är att skilja på att *inneha* och att *missbruka* en dominerande ställning: att inneha eller att skapa sig en dominerande ställning är inte förbjudet i sig, och dominerande storföretag återfinns inom åtskilliga branscher och marknader.²⁰ Missbruk kan ske på många sätt, men består normalt i att påtvinga andra oskäliga inköps- och försäljningspriser, begränsa produktionen, över- och underprissättning, statuera exklusivbestämmelser som utestänger konkurrenter, kopplingsförbehåll och diskriminering av olika handelspartners. Även företags handskande med sina immateriella rättigheter kan i vissa fall utgöra missbruk av dominerande ställning om de exempelvis inför konkurrensbegränsande klausuler i licensavtal.²¹

2.3 Svensk konkurrensrätt

I Sverige regleras konkurrensrätten genom konkurrenslagen (KonkL). Den svenska konkurrenslagen följer i princip till fullo EU:s konkurrensrätt och är även ursprungligen utformad med unionsrätten som förebild såvitt gäller de materiella konkurrensrättsliga bedömningsreglerna.²² Artikel 101 motsvaras av 2 kap. 1 § KonkL och artikel 102 motsvaras av 2 kap. 7 § KonkL. En skillnad mellan de två regelverken är dock att unionsrätten innefattar ett samhandelskriterium, alltså att potentiellt konkurrensstridiga beteenden ska påverka handeln medlemsstater emellan för att unionsrätten ska kunna tillämpas. Kravet för att samhandelskriteriet ska uppfyllas är mycket lågt satt, då det räcker att det med tillräcklig sannolikhet kan direkt, indirekt, faktiskt eller potentiellt påverka gränsöverskridande handel. Till synes rent nationella situationer kan således bedömas vara av gränsöverskridande karaktär.²³

Eftersom EU:s konkurrensrätt har direkt effekt och är gällande också horisontellt mellan företag och enskilda i Sverige är det av vikt att den svenska konkurrensrätten överensstämmer med de unionsrättsliga bestämmelserna. Detta också för att underlätta för företag och göra så att de

²⁰ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1* s. 138

²¹ Ibid. s. 163

²² Ibid. s. 63

²³ Se exempelvis Mål 8/72 Cementhandlaren mot Kommissionen där enbart holländska cementhandlare ingått en priskartell, men trots det ansågs det inverka på den europeiska samhandeln då ett visst belgiskt cementföretag fått avsevärt förminskade möjligheter att slå sig in på den holländska marknaden.

slipper handskas med två parallella regelverk, även när det rör sig om en till fullo inhemsk situation och den nationella konkurrensrätten tillämpas ensam.²⁴ Den svenska lagstiftaren har alltså valt en ordning där det är möjligt att tillämpa förbudsbestämmelserna i KonkL parallellt med unionsreglerna, för att få till stånd en enhetlig tolkning och tillämpning.²⁵ Skulle en normkonflikt uppstå mellan unionsrätten och den nationella rätten har unionsrätten företräde i enlighet med företrädesprincipen.²⁶

2.4 Övervakning av konkurrensregelverket och processuella frågor

2.4.1 Introduktion

Även om den europeiska och den svenska nationella konkurrensrätten är starkt harmoniserad återfinns vissa skillnader på det processuella planet, såsom påföljder, rättegångsordning och förvaltningsrättsligt förfarande. När Konkurrensverket eller en svensk domstol tillämpar EU-rättens artikel 101 eller 102 sker det alltså i enlighet med nationella processuella regler och förvaltningsförfarande. Vidare kan verkningarna av konkurrensbrott delas in i offentligrättsliga och civilrättsliga, av vilka de civilrättsliga är centrala för den här uppsatsen. För att sätta båda verkningarna i ett sammanhang ges dock en introduktion till båda.

2.4.2 Offentligrättsliga verkningar av konkurrensbrott

Vad gäller den EU-rättsliga konkurrensrätten ligger hela beslutsmakten i Kommissionens händer, som således har en väldigt stark ställning vad gäller konkurrensrättens tillämpning och genomslag inom unionen. Kommissionen kan själva initiera en utredning om de misstänker konkurrensbrott, men det kan också ske genom att de tar emot klagomål eller anonyma tips från allmänheten. När ett företag är satt under lupp får Kommissionen genomföra inspektioner och höra personer som är av intresse för utredningen.²⁷ Om utredningen visar att brott mot det konkurrensrättsliga regelverket har skett kan de kräva inte bara att överträdelserna ifrågasättas omedelbart upphör utan också besluta om interimistiska åtgärder för överträdaren.²⁸

²⁴ Henriksson (2015-16) s. 692 samt Proposition 2007/08:135 s. 181

²⁵ Henriksson (2015-16) s. 692. Alternativet vore att den svenska konkurrenslagen enbart skulle tillämpas då artikel 101 och 102 inte var tillämpliga. En sådan ordning föreslogs initialt men ansågs medföra betydande praktiska svårigheter vad gäller gränsdragning.

²⁶ Se bland annat Mål 6/64 Costa mot ENEL. Företrädesprincipen är inte kodifierad utan är ett utflöde av praxis som uppkommit successivt sedan EU bildades.

²⁷ Art. 18-21 Konkurrensförordningen

²⁸ Art. 7-9 Konkurrensförordningen

Kommissionen har även mandat att döma ut böter (s.k. konkurrensskadeavgift) och viten för konkurrensbrott.²⁹ Ett beslut av Kommissionen kan sedan överklagas, först till Tribunalen som första instans och sedan vidare till EU-domstolen som är högsta och sista instans.³⁰

Konkurrensverket har en mer kringskuren beslutsmyndighet. De har i stort sett samma befogenheter som Kommissionen att inleda utredningar, ålägga företag att upphöra med eventuella konkurrensrättsliga överträdelser, normalt med vite som sanktion.³¹ Dock får Konkurrensverket inte på egen hand besluta om att bötfälla företag, dvs. utdöma konkurrensskadeavgift, utan de måste stämna företaget inför Patent- och marknadsdomstolen, vars beslut kan överklagas till Patent- och marknadsöverdomstolen.³² Domstolen gör då en djupgående materiell bedömning av omständigheterna i fallet. Konkurrensverket har dock mandat att på egen hand, utan domstols inblandning, utfärda ett avgiftsföreläggande om sakomständigheterna vad gäller överträdelserna bedöms som klara och den som avgiftsföreläggandet gäller har godkänt det. Företaget ska samtidigt upplysas om att Konkurrensverket kan väcka talan om konkurrensskadeavgift om föreläggandet inte godkänns.³³

2.4.3 Civilrättsliga verkningar av konkurrensbrott

Artikel 101(2) som berör konkurrensbegränsande samarbete innehåller en uttrycklig ogiltighetsregel avseende sådana konkurrensbegränsande avtal och beslut som är förbjudna enligt 101(1) samma artikel. I svensk rätt motsvaras artikel 101(2) av 2 kap. 6 § KonkL som föreskriver att avtal och avtalsvillkor som är förbjudna enligt 2 kap. 1 § KonkL är ogiltiga. Rättsföljden är således automatisk och den aktuella konkurrensbegränsningen betraktas som en nullitet (eng. *automatically void*) samt gäller *ex tunc*, alltså redan då avtalet ingicks.³⁴ Viktigt att notera är dock att detta inte innebär att hela avtalet ifråga blir ogiltigt, utan praxis från EU-domstolen understryker att ogiltigheten endast träffar de delar av avtalet som strider mot artikel 101.³⁵ Vad ogiltigheten ska få för konsekvenser för resterande delar av ett avtal lämnar domstolen till nationell lagstiftning att avgöra. Det blir i slutändan en fråga om avskiljbarhet: kan avtalet överhuvudtaget

²⁹ Art. 23 Konkurrensförordningen

³⁰ Art. 31 Konkurrensförordningen

³¹ 3 kap. 1 § och 6 kap. KonkL

³² 3 kap. 5 § KonkL. I den tidigare instansordningen förde Konkurrensverket talan i Stockholms tingsrätt som första instans och med Marknadsdomstolen som andra och sista instans. Sedan den 1 september 2016 hanterar Patent- och marknadsdomstolen konkurrensrättsliga tvistemål och Patent- och marknadsöverdomstolen, som är en del av Svea hovrätt, är andra och sista instans.

³³ 3 kap. 16-17 § KonkL

³⁴ Henriksson (2015-16) s. 682

³⁵ Mål 56/65 La Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH

bestå efter det att exempelvis ett konkurrensbegränsande villkor ansetts utgöra en nullitet och således inte längre finns i avtalet? Den frågan är i slutändan inte upp till konkurrensrätten utan avtalsrätten att ge ett svar på.³⁶ Att hela avtalet blir ogiltigt torde endast ske om de avtalsklausuler som drabbats av ogiltighet omöjligt kan särskiljas från själva avtalet. Skulle ogiltigheten träffa ett avtalsvillkor som är av stor betydelse för andra delar av avtalet kan det bli aktuellt att med hjälp av 36 § AvtL jämka andra avtalsvillkor.³⁷ Det är således fullt möjligt för ett avtal att överleva trots att ett eller flera villkor ogiltigförklarats och lyfts ut.³⁸

Till skillnad från vid konkurrensbegränsande avtal finns ingen uttrycklig bestämmelse om civilrättslig ogiltighet när företag överträder artikel 102 och förbudet mot missbruk av dominerande ställning, varken inom unionsrätten eller i svensk rätt. Dock kan avtal och villkor som strider mot förbudet bli ogiltiga på samma sätt som för ovan diskuterade artikel 101, även om det saknas en särskild regel om detta.³⁹ Av svensk praxis på området framgår att ogiltighet kan vara en rimlig rättsföljd när vissa avtalsklausuler befunnits utgöra missbruk av dominerande ställning.⁴⁰ Argumentet lyder att det framgår av förarbetena till jämningsregeln i 36 § AvtL att konkurrensbegränsande avtal bör vara civilrättsligt ogiltiga, och att den direkta effekt som artikel 102 har gör sådana avtal automatiskt ogiltiga samt gör klausuler som strider mot förbudet mot förbudet i artikel 102 verkningslösa.

Att en klart uttalad ogiltighetsregel finns avseende artikel 101 om konkurrensbegränsande avtal men inte för artikel 102 om missbruk av dominerande ställning motiveras med att konkurrensbegränsningar och missbruk är av olika natur sett ur ekonomisk synpunkt, vilket gör att reglerna måste utformas därefter för att uppnå en viss lämplighet och effektivitet.⁴¹ Rättsföljden ogiltighet kan vara effektiv för att angripa exempelvis en kartell och göra så att en sund konkurrenssituation återupprättas, men för en mindre aktör som drabbats av missbruk från en dominerande part är den bästa lösningen inte nödvändigtvis att avtalet dem emellan blir ogiltigt. Den drabbade parten kan ha ett starkt intresse av att som svagare part upprätthålla ett avtal med en dominant, och i praktiken torde problemet vanligtvis vara så att en mindre aktör vill ha tillträde till något som dominanten tillhandahåller men vägrar ge tillgång till alternativt ställer

³⁶ Henriksson (2015-16) s. 682

³⁷ Karlsson m.fl. s. 809 samt Proposition 1992/93:56 s. 77

³⁸ Detta torde också innebära att part kan bli bunden av ett avtal som i sin omstöpta form har ett annat innehåll än vad det hade när det tillkom. Avtalet kan således få "slagsida", vilket i sin tur reser frågor om eventuella avtalsbrott och medföljande ersättningsanspråk. För en djupare diskussion om detta se Karlsson m.fl. s. 141.

³⁹ Karlsson m.fl. s. 806 samt Proposition 2003/04:80 s. 54

⁴⁰ Göta hovrätt T 33-00 Staten genom Luftfartsverket mot Scandinavian Airlines System (2001-04-27).

⁴¹ Henriksson (2015-16) s. 682

orimliga krav för att tillgång ska ges. Intresset hos den svagare parten blir då inte att hela avtalet ska gå om intet utan snarare att det ska bestå.⁴²

2.4.4 Privat genomdrivande av konkurrensrätten

Som komplement till de offentlighetsrättsliga sanktionerna mot företag som bryter mot det konkurrensrättsliga regelverket har EU-kommissionen länge varit av åsikten att även företag som drabbats av sådana brott ska kunna få ersättning genom att driva en skadeståndprocess mot den part som agerat konkurrensstridigt. De offentlighetsrättsliga sanktionerna har i huvudsak en avskräckande och bestraffande funktion, medan ett privat genomdrivande har en mer kompensatorisk funktion.⁴³ För att underlätta för privata företag att själva driva skadeståndprocesser mot andra företag och skapa incitament till att göra så har Kommissionen 2014 lagt fram ett direktiv som implementerades i svensk rätt 2016.⁴⁴ Skadelidande företag kan således numera få ersättning inte bara för den faktiska skadan utan också utebliven vinst. Dessutom kan de grunda talan på beslut av Kommissionen eller Konkurrensverket eller på en domstols dom. Domstolen kan även be Konkurrensverket om hjälp med att beräkna ersättningen, vilket annars kan vara svårt. Man möjliggör även solidariskt ansvarsutkrävande om flera företag tillsammans har handlat konkurrensstridigt, och introducerar för skadelidande gynnsamma regler avseende svarandens plikt att lämna ut bevisning som kan underlätta för den skadelidande parten att med framgång driva sin talan.⁴⁵

⁴² Henriksson (2015-16) s. 682-683

⁴³ European Commission, staff working paper, annex to the green paper COM (2005) 672, antaget 19/12/2005. s. 6.

⁴⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser. I Sverige införlivat genom Konkurrensskadelagen (2016:964).

⁴⁵ Se 2 kap. 2 § och 3 kap. 1 § Konkurrensskadelagen samt Direktivet art. 9, 11 och 17.

3. Skiljedomsrätt

3.1 Skiljeförfarandets karaktär

Staten har som utgångspunkt monopol på rättskipningen, men principen om avtalsfrihet innebär att parter står helt fria att reglera sina mellanhavanden vilket också inkluderar hur tvister dem emellan ska lösas.⁴⁶ Kännetecknande för skiljeförfarande är att processen förs inför en skiljenämnd och inte inför en allmän domstol, och det befriar också parterna från stora delar av det processuella regelverk som gäller i allmän domstol. Detta i kombination med att ett avgörande ofta kommer till stånd relativt snabbt samt att allmänheten i princip inte har någon som helst insyn i processen gör skiljeförfarande till ett mycket attraktivt tvistelösningsmetod runt om i världen vad gäller kommersiella tvister. Därutöver är skiljedomar verkställbara i Sverige på samma sätt som svenska domstolsavgöranden, och de är även verkställbara internationellt genom New York-konventionen.

Ett skiljeavtal utgör processhinder inför allmän domstol, vilket innebär att domstolen efter invändning från svaranden ska avvisa en talan som omfattas av ett giltigt skiljeavtal.⁴⁷

Skiljeförfarandet är ett eninstansförfarande och skiljedomar kan inte överklagas på materiella grunder, vilket ligger helt i linje med idén att avgörandet ska ske skyndsamt och effektivt. Det gör samtidigt att en part riskerar att tvingas respektera en dom som förefaller materiellt oriktig. Det blir således tydligt att staten inte tar något direkt ansvar för att skiljenämnder dömer ”rätt”, eller för den delen huruvida det är klokt eller inte att som part ingå ett skiljeavtal. Det ansvaret ligger hos parterna själva.⁴⁸ Detta understryker skiljeförfarandets privata natur, samt den frihet men också det ansvar som medföljer när man ingår ett skiljeavtal.

⁴⁶ Skiljeförfarandes roll för tvistlösning är inget unikt för vår tid utan kan härledas till över 4000 år tillbaka i tiden då härskarna i Mesopotamien förstod vikten av välutvecklade system för att lösa tvister som berörde avtal, lån och handel. För en historisk översikt över skiljeförfarandet som tvistelösningsmetod se Madsen, Finn, *Skiljeförfarande i Sverige: en kommentar till lagen (1999:116) om skiljeförfarande och till reglerna för Stockholms handelskammars skiljedomsinstitut* s. 26 ff.

⁴⁷ 4 § LSF och RB 10 kap. 17-17a §

⁴⁸ Heuman, Lars, *Skiljemannarätt* s. 17

3.2 Fördelar med skiljeförfarande

Som nämnts ovan finns flera fördelar att välja skiljeförfarande framför allmän domstol. De fördelar som brukar framhåvas är att det snabbare leder fram till ett slutligt avgörande, att parterna själva kan utforma och välja vem som ska avgöra tvisten, att förfarandet sker utan offentlig insyn samt att det finns goda möjligheter att få skiljedomar verkställda utomlands.⁴⁹

Snabbheten är förknippad med det faktum att skiljeförfarandet är ett eninstansförfarande, vilket man inom det privata näringslivet är angelägen om då man snabbt vill få en tvist ur världen och kunna fortsätta att göra affärer med den andra parten.⁵⁰ Parterna får således ett slutligt avgörande snabbt och kan undvika en långdragen process i allmän domstol. Ur partssynpunkt är också möjligheterna att själva välja skiljemän och utforma tvisten en stor fördel. Parterna kan välja skiljemän som de litar på och känner förtroende för, och som de vet har specialkompetens inom det aktuella området.⁵¹ De kan utforma tvisten efter sina önskemål, och det faktum att skiljenämnden inte är bundna av de processrättsliga principerna om koncentration, omedelbarhet och muntlighet som annars gäller i vanlig domstol ger parterna en stor frihet att utforma tvisten utan att begränsas av processuella detaljregleringar.⁵²

Förfarandets konfidentiella natur betraktas också som en fördel, då man ofta vill undvika uppmärksamhet och undgå att konkurrenter och allmänheten får vetskap om tvisten och i förlängningen parternas ekonomiska förhållanden. Vad gäller möjligheterna att få en skiljedom verkställd internationellt är de tack vare New York-konventionen mycket stora. Svenska skiljedomar kan till och med erkännas och verkställas i ett större antal länder än en svensk domstols dom.⁵³

⁴⁹ Kvärt, Johan & Olsson, Bengt, *Tvistlösning genom skiljeförfarande: en handledning till lagen om skiljeförfarande* s. 36

⁵⁰ Ibid. s. 36

⁵¹ Ibid. s. 36

⁵² Heuman s. 18

⁵³ Kvärt & Olsson s. 36

3.3 Kort om relevant lagstiftning

3.3.1 New York-konventionen

En viktig internationell reglering är Konventionen om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar från 1958, den s.k. New York-konventionen. För närvarande har 156 länder anslutit sig till konventionen, Sverige inkluderat.⁵⁴ Konventionen är utarbetad av FN:s handelsrättskommission UNCITRAL och reglerar som namnet antyder frågor kring erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar. Dessutom stadgar Konventionen att skiljeavtal parter emellan ska ha verkan som rättegångshinder i offentliga domstolar.

Huvudregeln är att en konventionsstat ska erkänna en utländsk skiljedom och erbjuda rättsmedel för att verkställa domen.⁵⁵ Det finns dock situationer när en stat får vägra erkännande och verkställighet, exempelvis när skiljeavtalet på talan av part visar sig vara ogiltigt, när part inte kunnat föra sin talan i processen, när skiljenämnden dömt utöver vad skiljeklausulen faktiskt reglerar och när andra processuella brister förekommit.⁵⁶ Av större intresse för den här uppsatsen är bestämmelserna om att en domstol ex officio får vägra att verkställa en skiljedom om den avser sådan fråga som enligt lagen i verkställighetslandet inte kan avgöras genom skiljedom, eller om ett erkännande eller verkställighet av skiljedomen skulle vara oförenligt med grunderna för rättsordningen i detta land.⁵⁷ Med det sistnämnda avses att en skiljedom inte får strida mot *ordre public*.

3.3.2 Lagen (1999:116) om skiljeförfarande

Lagen (1999:116) om skiljeförfarande (LSF) reglerar skiljeförfaranden i Sverige. Lagen är till stor del inspirerad av modellagen som utarbetats av UNCITRAL och som är tänkt att verka som förebild för skiljedomsrättslig lagstiftning i anslutningsländerna.⁵⁸ LSF reglerar vad som gäller avseende skiljeavtal, skiljemän, det processuella förfarandet, den slutliga skiljedomen, grunder för

⁵⁴ <http://www.newyorkconvention.org/countries> (hämtad 2017-01-27). Sverige anslutet sedan 1972.

⁵⁵ New York-konventionen art. 2-3

⁵⁶ New York-konventionen art. 5.1

⁵⁷ New York-konventionen art. 5.2

⁵⁸ Den svenska utredningen inför LSF slog fast att modellagen inte skulle ligga till direkt grund för den svenska lagen då den bitvis avviker från svensk rättstradition och att den utelämnar vissa frågor som borde regleras i en svensk skiljeförfarandelag. Dock ansåg man det viktigt att i varje delfråga ändå beakta modellagens bestämmelser och låta sig inspireras av den så långt som möjligt. För en vidare diskussion se Madsen s. 47-49.

ogiltighet och upphävande, skiljedomskostnaderna, forumfrågor, internationella förhållanden samt frågor kring erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar i Sverige.

3.4 Skiljedomsrätt

Huvudregeln är att parter får ingå skiljeavtal om sådana frågor som de fritt kan träffa förlikning om, vilket framgår av 1 § LSF. Om tvisten inte är av sådan natur att den kan överlämnas till en skiljenämnd för avgörande betecknas den såsom icke skiljedomsrättslig. Konsekvensen av att en skiljedom innehåller prövning av en icke skiljedomsrättslig fråga är att den blir ogiltig enligt 33 § p. 1 LSF. Normalt är det av hänsyn till tredje man eller allmänintresset som gör en tvist indispositiv och därmed icke skiljedomsrättslig. Antagligen måste dock dessa yttre intressen göra sig gällande på ett någorlunda märkbart sätt för att tvisten ifråga ska klassas som icke skiljedomsrättslig. Om domen enbart berör sådana utomstående intressen på ett avlägset eller indirekt sätt är det knappast tillräckligt för att sätta käppar i hjulet och göra tvisten icke skiljedomsrättslig.⁵⁹ I princip alla förmögenhetsrättsliga tvister är dispositiva, och som exempel på indispositiva och därmed icke skiljedomsrättsliga tvister kan nämnas faderskapsmål och vårdnad och umgänge med barn.⁶⁰

Grunden för skiljeförfarandet är själva skiljeavtalet, vilket i grund och botten bygger på principen att det är parterna som till fullo förfogar över tvisteföremålet. Inom ramen för den fria avtalsrätten har parterna stor frihet att själva bestämma över förfarandet. Om skiljenämnden även skulle tillåtas pröva tvister där parterna inte fritt disponerade över processföremålet, alltså sådant som klassas som icke skiljedomsrättsligt, så skulle det kunna bli svårt att undvika ett större mått av efterhandskontroll av domstol.⁶¹ Om situationen vore sådan att parterna på grund av exempelvis ett tvingande samhällsintresse inte fritt disponerade över föremålet för tvisten skulle en domstol alltför ofta behöva gå in och göra en materiell prövning av tvisten för att säkerställa att det tvingande samhällsintresset ifråga får genomslag, vilket underminerar hela syftet med skiljeförfarandets grundidé.

⁵⁹ Heuman s. 156

⁶⁰ Kvant & Olsson s. 129

⁶¹ Prop. 1998/99:35 s. 48

3.5 *Ordre public* och skiljedoms ogiltighet

3.5.1 Vad innefattar *ordre public*?

Som stadgats ovan är en skiljedom enligt 33 § p. 1 LSF ogiltig om den innefattar prövning av en fråga som är icke skiljedomsmässig, dvs. en fråga som enligt svensk lag inte får avgöras av skiljemän. Samma paragraf punkt 2 stadgar att skiljedomen även är ogiltig om skiljedomen i sig eller det sätt på vilket skiljedomen tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige, med vilket förstås stridande mot *ordre public*.

För att klassas som stridande mot *ordre public* och uppenbart oförenligt med rättsordningen i Sverige bör det röra sig om höggradigt stötande fall, där elementära eller grundläggande principer satts ur spel. Det kan beröra både processuella och materiella frågor, men bestämmelsen bör ges en snäv tillämpning.⁶² Ogiltighet infaller självfallet om det rör sig om anspråk som grundas på kriminella handlingar såsom mutor, om en sådan tvist mot förmodan skulle hamna i skiljeförfarande. Det kan jämföras med det faktum att allmänna domstolar inte heller befattar sig med sådana tvister.⁶³

Man kan dela in *ordre public* i processuell och materiell sådan. Med processuell *ordre public* förstås när part exempelvis genom brottsligt handlande påverkar en eller flera skiljemän genom hot eller bestickning eller annat brottsligt handlande som kan ha inverkat på skiljedomens utgång. En skiljedom som grundas på falsk bevisning eller medvetet oriktiga vittnesmål kan också bli föremål för ogiltighet genom *ordre public*.⁶⁴ Materiell *ordre public* inbegriper när någon förpliktigats till en viss prestation som i lag är förbjuden. Av större intresse för den här uppsatsen är att en skiljedom kan strida mot materiell *ordre public* och leda till ogiltighet då skiljenämnden avgjort en tvist utan att iaktta en rättsregel som är tvingande med tanke på tredje mans intresse eller ett allmänt intresse. Det ska enligt förarbetena röra sig om en särskilt viktig rättsnorm som åsidosatts för att en eventuell ogiltighet ska aktualiseras.⁶⁵ Konkurrensrätten är ett exempel på tvingande

⁶² Heuman s. 600

⁶³ Kvarn & Olsson s. 129

⁶⁴ Heuman s. 600 samt Prop. 1998/99:35 s. 140. Intressant nog avstod den svenska lagstiftaren att i LSF införa en bestämmelse som skulle ge förlorande part en möjlighet att angripa en dom på dessa grunder. Argumentet var att man inte ville skapa regler som genom sin själva konstruktion inbjöd till klandertalan, och man fruktade att en sådan regel likt Pandoras ask skulle öppna dörren alltför mycket till försök att få skiljedomar ogiltigförklarade på den grund att falsk bevisning potentiellt kan ha inverkat på den slutliga domen. För en djupare diskussion kring detta se Heuman s. 600-601 samt Prop. 1998/99:35 s. 151.

⁶⁵ Prop. 1998/99:35 s. 140

lagstiftning till förmån för både tredje man och det allmänna och kan sägas utgöra *ordre public*.⁶⁶ Konkurrensrätten är dock som vi ska se nedan av väldigt säregen natur, speciellt med tanke på att lagstiftaren gjort ett undantag genom att i 1 § 3 st. LSF fastställa att skiljemän får pröva konkurrensrättens civilrättsliga verkningar mellan parterna.

3.5.2 Relationen mellan *ordre public* och skiljedomsrätt

Det kan vara svårt att dra en gräns mellan vad som klassas som stridande mot *ordre public* respektive icke skiljedomsrättsligt. Vid lagens tillkomst konstaterade man att det torde sakna praktisk betydelse huruvida en skiljedom är ogiltig i egenskap av stridande mot *ordre public* eller på grund av att den avdömer en icke skiljedomsrättslig tvist.⁶⁷ Exempelvis kan en fordran som uppkommit genom brottslig handling inte bli föremål för prövning i allmän domstol och således inte heller tas upp av en skiljenämnd för avgörande. Om skiljedomen ändå skulle behandla en sådan fordran blir domen ogiltig, dock inte genom *ordre public* utan med anledning av att den inte är skiljedomsrättslig.⁶⁸ Det kan då framstå då som onödigt och utan praktisk relevans att nå fram till en precis gränsdragning när de allra flesta fall ändå skulle landa i ogiltighet på någon av de två grunderna. Ett flagrant konkurrensbrott skulle kunna klassas som stridande mot *ordre public* i egenskap av stridande mot tvingande lagstiftning med ett starkt bakomliggande samhällsintresse, och som ett icke skiljedomsrättsligt moment då den tvingande konkurrensrättsliga lagstiftningen är indispositiv och inte torde tillåta förlikning.

3.6 Dispositionsprincipen och skiljedomsrätten

Av vikt för uppsatsens fortsatta framställningen är även dispositionsprincipen, som är en grundläggande processrättslig princip. Dispositionsprincipen innebär att skiljenämnden under ett skiljeförfarande måste hålla sig inom det ramverk som parterna konstruerat genom sina yrkanden och grunder. Det är alltså parterna som förfogar över tvistens föremål. Parternas frihet i utformandet av talan korresponderar med det faktum att det råder ett rättsligt hinder för domaren att pröva och döma över något annat än det som parterna har valt att göra till föremål och underlag för tvistlösningen.⁶⁹ Dispositionsprincipen kan härledas till 17 kap. 3 § RB som stadgar att ”Dom må ej givas över annat eller mera, än vad part i behörig ordning yrkat”. I

⁶⁶ Henriksson (2015-16) s. 679

⁶⁷ Prop. 1998/99:35 s. 140

⁶⁸ Prop. 1998/99:35 s. 140 samt Kvarn & Olsson s. 130

⁶⁹ Westberg, Peter, *Civilrättskipning* s. 146

skiljeförfarande ska skiljemännen enligt 21 § LSF följa vad parterna har bestämt, om det inte finns något hinder mot det, vilket ligger i linje med principen om partsautonomi som är nära sammankopplad med dispositionsprincipen.

Som ett viktigt komplement till dispositionsprincipen och partsautonomin finns dock den materiella processledning som skiljenämnder kan utöva. Med materiell processledning förstås att skiljenämnden med hjälp av inblandning påminner och vägleder parterna i förfarandet, utan att nödvändigtvis gå utöver ramen för tvisten som parterna satt upp. Det ligger i skiljeförfarandets natur att detta ska göras med försiktighet, men inom doktrinen finns ändå en relativt stark uppslutning för idén att skiljemän genom processledning ska kunna hjälpa till när något är oklart eller tvetydigt, eftersom sådana klargöranden torde vara positiva för båda parter och i förlängningen öka chanserna för att förfarandet ska utmynna i en välavvägd och exigibel dom.⁷⁰ En sådan processledning kan bestå i att fästa parternas uppmärksamhet på en regel som inte uppmärksammas eller att hjälpa parter att precisera sin yrkanden. Naturligtvis varierar dock graden av skiljemännens aktivitet beroende på parternas och omständigheternas beskaffenhet.⁷¹

⁷⁰ Kvarn & Olsson s. 111, Heuman s. 337

⁷¹ Kvarn & Olsson s. 111

4. Skärningspunkten mellan konkurrensrätten och skiljedomsrätten

4.1 Introduktion

I detta kapitel kommer skärningspunkten mellan konkurrensrätten och skiljedomsrätten behandlas. Inledningsvis ska det klargöras under vilka förutsättningar en skiljenämnd är behörig att avgöra konkurrensrättsliga frågor. Det kommer bland annat ske genom analys av den specifika lydelsen i 1 § 3 st. LSF som tar upp just detta. Det kommer även ske genom nedslag i två viktiga rättsfall på området, Eco Swiss och Systembolagsdomen, för att sedan diskutera följderna av framförallt Systembolagsdomen. De frågor som sedan kommer att diskuteras berör konkurrensrättens skiljedomsrämsighet, skiljenämnders utrymme i sin materiella bedömning av konkurrensfrågor, uppenbarhetsrekvisitets betydelse för konkurrensrättsliga spörsmål i skiljeförfarande samt om och till vilken grad en skiljenämnd ska beakta tvingande konkurrensrätt ex officio.

4.2 Om undantaget i 1 § 3 st. LSF

Som ovan redogjorts för skiljer man på dispositiva och indispositiva tvister, där endast de förstnämnda betraktas som skiljedomsrämsiga. Eftersom konkurrensrätten i mycket stor utsträckning är indispositiv så skulle det innebära att skiljemän ej är tillåtna att pröva frågor rörande konkurrensrätt. Man kan dock dra en skiljelinje mellan en prövning av själva överträdelsefrågan och de civilrättsliga följder mellan parterna som en sådan överträdelse leder till, i huvudsak skadestånd eller avtals ogiltighet. Vid tillkomsten av LSF noterade lagstiftaren en viss oklarhet kring huruvida sådana tvister skulle betraktas som dispositiva eller indispositiva, och medgav att det fanns ett stort praktiskt behov av att låta skiljemän pröva konkurrensrättens civilrättsliga verkningar. I annat fall skulle en part alltför lätt kunna obstruera förfarandet genom att vid exempelvis en avtalsrättslig tvist hävda att avtalet är ogiltigt enligt konkurrensrätten och

därmed göra tvisten icke skiljedomsässig.⁷² Att låta skiljemän pröva konkurrensrättsliga spörsmål ansågs också ligga i linje med den internationella utvecklingen på området.⁷³

I 1 § 3 st. LSF stadgas således att ”skiljemän får pröva konkurrensrättens civilrättsliga verkningar mellan parterna”. Denna svenska lösning är tillkommen för att undanröja eventuella tvivel om vad som gäller och tillåter skiljemän att pröva konkurrensrättsliga frågor trots att de till sin natur är tvingande. Vad som får prövas begränsas dock till civilrättsliga verkningar, vilket väsentligen torde begränsas till frågor kring ogiltighet, skadestånd och jämkning av avtal.⁷⁴ Däremot är regeln applicerbar oavsett om konkurrensfrågan utgör själva huvudfrågan i tvisten eller om den bara är en delfråga.⁷⁵

4.3 Nedslag i praxis

4.3.1 Eco Swiss-målet

Ett viktigt avgörande inom området konkurrensrätt och skiljedomsrätt är målet C-126/97 Eco Swiss China Limited mot Benetton från 1999, det s.k. Eco Swiss-målet. Det rörde sig om ett förhandsavgörande som EG-domstolen (dåvarande EU-domstolen) meddelade med anledning av en förfrågan från den nederländska högsta domstolen. Eco Swiss och Benetton slöt ett licensavtal för en period av åtta år som innebar att Eco Swiss gavs rätt att sälja armbandsur och använda sig av Benettons varumärke. Licensavtalet ifråga stadgade dessutom att eventuella tvister skulle lösas inför skiljenämnd och enligt holländsk rätt. Benetton kom dock att avbryta samarbetet tre år innan licensavtalet skulle löpa ut. Detta utmynnade i att skiljemännen fann att Benetton blivit skadeståndsskyldiga och ersättningskyldiga gentemot Eco Swiss. Benetton klandrade skiljedomen med argumentet att den stred mot dagens motsvarighet till artikel 101 FEUF (dåvarande artikel 81 EG-fördraget). De hävdade att själva licensavtalet skulle klassas som konkurrensstridigt och att skiljedomen stred mot *ordre public*.

Enligt holländsk rätt ansågs det inte strida mot *ordre public* att ett konkurrensrättsligt förbud åsidosätts på grund av skiljedoms innehåll eller verkställighet. *Ordre public* kunde enbart

⁷² Heuman s. 166 samt Prop. 1998/99:35 s. 56

⁷³ Se exempelvis den amerikanska högsta domstolens mycket uppmärksammade avgörande från 1985 i *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, där det fastslogs att konkurrensrättsliga frågor inte hindrar skiljemän att ta upp dem till prövning. Detta gäller dock inte de offentligrättsliga verkningarna av konkurrensbrott, vilket i USA också innefattar straffrättsliga följder som kan drabba individer som varit delaktiga i konkurrensstridig verksamhet.

⁷⁴ Bernitz (2015-16) s. 885

⁷⁵ Kvant & Olsson s. 47

aktualiseras om skiljedomens innehåll eller verkställande strider mot tvingande regler som är så grundläggande och primära att inga begränsningar av processuell natur får förhindra deras tillämpning.⁷⁶ Men förblir situationen oförändrad om det är EU-rätt det handlar om, dvs. om förbudet mot konkurrensstridiga avtal hänförs till unionsrättsliga regler? Nederländska Högsta domstolen hänsköt den frågan till EU-domstolen som konstaterade att de EU-rättsliga konkurrensrättsliga bestämmelserna utgör *ordre public*, speciellt med tanke på att konkurrensrätten är en av EU:s verkliga kärnpunkter då den är en förutsättning för att den inre marknaden överhuvudtaget ska fungera. EU-domstolen framhåller att det förvisso ligger i skiljeförfarandets intresse att upprätthålla begränsade möjligheter till överprövning av skiljedomar. Att ogiltigförklara och att vägra verkställigheten av skiljedomar ska normalt endast vara möjligt i undantagsfall.⁷⁷ Konkurrensrätten är så oundgänglig att den måste betraktas som *ordre public*. EU-domstolen slår fast att i den mån en nationell domstol enligt nationella processuella regler ska bifalla ett yrkande om ogiltigförklaring av en skiljedom på grund av nationella *ordre public*-regler ska den även bifalla ett sådant yrkande som grundas på att skiljemännen åsidosatt förbudet i vad som idag är artikel 101 FEUF.⁷⁸ Med detta får förstås att den svenska ogiltighetsregeln i 33 § LSF, dvs. ogiltighet med anledning av stridande mot *ordre public*, även är tillämplig på skiljedomar som kränker EU:s konkurrensrätt.

4.3.2 Systembolagsdomen

NJA 2015 s. 438, i doktrin ofta benämnd Systembolagsdomen, är epilogen till en rättstvist som pågått i över tio års tid mellan Systembolaget och V&S Vin och Sprit AB⁷⁹ (hädanefter V&S). Tvisten hade sin grund i den stora korruptionshärva som briserade i mitten av förra decenniet. Ett stort antal butiks- och mellanchefer inom Systembolaget hade mottagit mutor från leverantören V&S mot att just deras varor skulle exponeras väl och förhoppningsvis sälja bättre. Företrädare för V&S åtalades för bestickning, och Systembolaget hävdade att de åsidosatt sina förpliktelser och därmed gjort sig skyldiga till grovt avtalsbrott, vilket då skulle ge Systembolaget rätt att ensidigt häva hela eller delar av avtalet med V&S. Systembolaget kom att använda sig av en egen juridisk sanktionsmodell och hävde avtalet partiellt, vilket skiljenämnden (som genom skiljeklausul kom att avgöra tvisten) fann bristfälligt ur konkurrensrättslig synpunkt. De ansågs ha

⁷⁶ Andersson, Torbjörn, ”Svensk skiljedomsrätt och EG:s konkurrensrätt – reflektioner i anledning av EG-domstolens avgörande i Eco Swiss-målet” s. 450

⁷⁷ Eco Swiss p. 33

⁷⁸ Eco Swiss p. 37

⁷⁹ Vid tiden för HD:s dom hade V&S hunnit byta namn till The Absolut Company AB. HD kom ändå att genomgående referera till dem som V&S.

påtvingat V&S oskäligen leveransvillkor och utsatt dem för diskriminering jämfört med andra leverantörer. Skiljenämnden konstaterade att Systembolaget hade rätt att häva avtalet i sig, men att de i egenskap av superdominant måste vara mycket försiktiga vad gäller icke-diskriminering och likabehandling för att inte missbruka sin dominanta ställning. De befanns ha brutit mot de konkurrensrättsliga regler som ankommer en superdominant och sålunda missbrukat sin dominerande ställning.

Systembolaget ansåg att skiljedomen hade väsentliga brister och väckte därför en klandertalan vid Svea hovrätt. Systembolaget ansåg dels att skiljenämnden inte var behörig att avgöra de konkurrensrättsliga spörsmålen som aktualiserades i skiljeförfarandet, dels att skiljenämnden hade övertillämpat konkurrensrätten och därmed effektivt neutraliserat alla civilrättsliga sanktioner som Systembolaget använt mot V&S. Man hävdade också att skiljedomen skulle ogiltigförklaras då den strider mot *ordre public* och grunderna för rättsordningen i Sverige (33 § p. 2 LSF), vilket motiverades med att domen i sig strider mot artikel 102 FEUF som behandlar missbruk av dominerande ställning. Hovrätten ogillade Systembolagets talan men utnyttjade den s.k. ventilen i 43 § 2 st. LSF och tillät Systembolaget att överklaga domen till HD, med hänsyn till tvistens potentiella betydelse för ledning av den framtida rättstillämpningen.

HD ringar in två kärnfrågor och försöker klargöra dem genom att mera preciserat fastställa förutsättningarna för att ogiltigförklara domar där en part påstår att konkurrensrättsliga spörsmål blivit felbedömda. Den ena frågan handlar om det s.k. toleransutrymmet, dvs. hur stort utrymme en skiljenämnd har att göra materiella felbedömningar av själva överträdelsefrågan utan att ogiltighet ska behöva inträda. Den andra frågan handlar om huruvida den påstådda övertillämpningen av konkurrensrätten i sig strider mot konkurrensrätten och *ordre public*, vilket Systembolaget gör gällande.

Vad gäller toleransutrymmet ställer HD frågan hur stort det utrymmet är för skiljemän som prövar en materiell konkurrensrättslig överträdelsefråga.⁸⁰ Man understryker att för ogiltighet krävs en uppenbar oförenlighet med *ordre public*, vilket motiveras med att det är viktigt att skiljedomar står sig och förblir gällande och inte kan attackeras alltför enkelt. Dock måste detta uppenbarhetskrav relateras till det intresse som man försöker skydda genom att göra skiljedomen ogiltig. Tvingande konkurrensrättsliga regler är enligt HD ett sådant intresse, och den starka restriktivitet som normalt gäller *ordre public*-regeln och ogiltighet bör inte upprätthållas när en

⁸⁰ Systembolagsdomen p. 11

skiljedoms förenlighet med tvingande konkurrensrätt ifrågasätts.⁸¹ Här gör HD en uppdelning mellan de fall då rättsläget kan betraktas som klart respektive inte klart, och förklarar varför skillnaden är viktig. Om rättsläget avseende en konkurrensrättslig fråga kan klassificeras som klarlagt baserat på vad som framgår av lag, prejudikat eller myndighetsbeslut ska en skiljedom som bedöms oförenlig med detta klarlagda rättsläge i princip alltid vara ogiltig.⁸² Det skulle exempelvis kunna röra sig om Konkurrensverket eller allmän domstol som slagit fast att ett visst förfarande - som skiljedomen ifråga skulle leda till - är otillåtet.⁸³ Ett sådant beslut eller en sådan dom får således en stark prejudikatverkan. Man framhåller dock att domstolar av praktiska skäl måste ges ett visst utrymme att bortse från ett mindre och obetydligt åsidosättande av konkurrensrätten.

Om rättsläget däremot betraktas som oklart, dvs. då vi har att göra med exempelvis ett konkurrensbegränsande avtal som inte på något vis prövats av Konkurrensverket eller allmän domstol och på så sätt kan ges någon typ av prejudikatverkan, blir det annorlunda. Då bör domstolen bedöma ogiltighetstalan genom att utreda om skiljenämnden nått sina slutsatser baserad på en ”rättsligt godtagbar analys”, snarare än att undersöka om slutsatserna stämmer överens med domstolens bedömning av rättsläget. Så länge ställningstagandena är väl underbyggda, rimligt motiverade och håller sig inom det bedömningsutrymme som kan finnas blir ogiltigförklaring inte aktuellt.⁸⁴ Vid oklara rättslägen ska skiljedomen alltså godtas så länge det inte rör sig om ett uppenbart konkurrensstridigt fall, och så länge skiljemännens bedömning är acceptabel och motiverad ska den respekteras. Detta gör förstås att domstolen måste göra en viss materiell prövning av skiljedomen för att titta närmare på konkurrensfrågan, vilket HD påpekar i punkt 17 i domen, men prövningen ska endast avse de rättsliga frågorna och inte den bevisvärdering som skiljenämnden gjort. Detta ligger i linje med skiljeförfarandets själva funktion och fokus på effektivitet, då en ogiltighetstalan normalt inte avser bevisvärdering.⁸⁵

Därefter går HD in och förklarar att det finns aspekter som måste beaktas när EU-rätten kommer in i bilden. HD konstaterar att när det unionsrättsliga rättsläget kan betraktas som klart ska skiljedomar som upprätthåller eller påbjuder ett handlande som är oförenligt med rättsläget i princip vara ogiltiga. Så långt ligger argumentationen i linje med den svenska inhemska synsättet ovan. När rättsläget betraktas som oklart däremot så är svaret inte lika definitivt, och enligt HD

⁸¹ Systembolagsdomen p. 12-13

⁸² Systembolagsdomen p. 15

⁸³ Prop. 1998/99:35 s. 58, som HD även hänvisar till i p. 14.

⁸⁴ Systembolagsdomen p. 16

⁸⁵ Se Henriksson (2015-16) s. 688

råder det viss tvekan om rättsordningen avseende unionsrätten kan vara lika tolerant inställd till mer oklara konkurrensrättsliga skiljedomar som man är när sådana frågor bedöms inom svensk rätt, såsom redogjorts för ovan. Man konstaterar att normalt sett, vilket också torde ligga i linje med Eco Swiss- domen, skulle en sådan unionsrättsligt oklar skiljedom bli ogiltig enbart om skiljenämndens ställningstaganden inte är rimligt motiverade eller ligger utanför ramen för vad som kan vara en möjlig riktig bedömning, alltså precis som den ”rättsligt godtagbara analys” som omnämndes tidigare.⁸⁶ Däremot är det inte givet att unionsrätten skulle komma att godta en sådan ordning, och skälet för detta är likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen inom unionsrätten.

Likvärdighetsprincipen innebär här att inhemska processuella regler inte på något sätt får missgynna unionsrätten, och effektivitetsprincipen innebär att inhemska processuella regler inte i praktiken får göra det omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av unionsrätten. Vad gäller likvärdighetsprincipen menar HD att Sverige genom att ha gjort vissa konkurrensrättsliga tvister skiljedomsmässiga genom 1 § 3 st. LSF, en lydelse man kallar en ”processuell särregel”, så har man helt enkelt missgynnat unionsrätten. Bekymret med effektivitetsprincipen kan härledas ur det faktum att om endast klara fall av konkurrensbrott kan bli föremål för domstolsingripande och eventuell ogiltighet riskerar en sådan ordning att hämma effektivitetsprincipens och därmed den tvingande konkurrensrättens genomslag.⁸⁷

I samband med detta resonerar HD kring hur detta problem ska lösas. Man konstaterar att ett sätt att säkerställa att denna ”processuella särregel” i Sverige kan tillämpas på ett sätt som faktiskt är förenligt med likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen vore att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen rörande EU:s materiella konkurrensrätt. När det framstår som osäkert huruvida en skiljedom som någon försöker ogiltigförklara strider mot EU:s materiella konkurrensrätt kan domstolen låta det förhandsavgörandet ligga till grund för sitt eget avgörande.⁸⁸ Man för en diskussion om vad som gäller kring inhämtande av förhandsavgörande, som man normalt är skyldig att inhämta om frågor kring tolkningen av fördragen och EU:s rättsakter skulle uppkomma. Man landar dock i slutsatsen att det inte kan anses vara klarlagt huruvida det finns en sådan skyldighet när det framstår som osäkert om en skiljedom strider mot tvingande unionsrättsliga konkurrensregler. Frågan om förhandsavgörande beror då enligt HD på

⁸⁶ Systembolagsdomen p. 21 med hänvisning till p. 16

⁸⁷ Systembolagsdomen p. 21-22

⁸⁸ Systembolagsdomen p. 23

hur skiljemännens konkurrensrättsliga bedömningar förhåller sig till unionens konkurrensregler.⁸⁹ Man gör alltså skillnad på situationer då det är uppenbart att en skiljedom inte strider mot unionens konkurrensrätt och då det är osäkert om så är fallet.

HD håller sedan på svaret om man ska begära förhandsavgörande eller inte, eftersom man först vill besvara frågan om övertillämpning. Vad gäller övertillämpning konstaterar HD att bestämmelserna om missbruk av dominerande ställning må ligga till grund för påföljder vid eventuella överträdelser, men de ska inte förstås så att de på något vis sätter en övre gräns för de påföljder ett sådant missbruk kan föranleda. Även om skiljedomen mot Systembolaget innebar en övertillämpning låg det inom ramen för en sådan materiell felbedömning från skiljemännens sida som de får finna sig i.⁹⁰ Det rör sig alltså inte om en uppenbar stridighet. HD ser denna bedömning som uppenbar, och det är således inte nödvändigt att inhämta förhandsavgörande för att ta ställning till skiljedomens eventuella ogiltighet.

Slutsatsen som HD når är således att det är uppenbart att skiljemännens konkurrensrättsliga bedömningar inte står i strid med de tvingande unionsrättsliga konkurrensreglerna, och således inte heller skapar en skiljedom som kan betraktas som uppenbart oförenlig med rättsordningen i Sverige. Systembolagets överklagande lämnas alltså därhän. Lärdomen man kan dra ut Systembolagsdomen är att en skiljedom således kan ogiltigförklaras p.g.a. *ordre public* om den står i strid med konkurrensrätten. Man skärper också kraven på hur skiljemän ska hantera och bedöma konkurrensrättsliga frågor. Domen ger samtidigt upphov till vissa frågor som förtjänar att utforskas och analyseras ytterligare, vilket resterande del av kapitel 4 avser att göra.

4.4 Skiljedomsmässiga frågor inom konkurrensrätten

4.4.1 Vilka konkurrensrättsliga moment är skiljedomsmässiga?

Som nämnts ovan finns ett starkt offentlighetsrättsligt och allmänt intresse av att konkurrensrättens regelverk upprätthålls. Emellertid har lagstiftaren ansett att effektivitetsskäl talar för att tvister med konkurrensrättsliga inslag ska kunna slitas i skiljeförfarande. Det leder förvisso till att det offentlighetsrättsliga till viss del tappar kontrollen över konkurrensrättens genomslag men med en förhoppning om att skiljenämnden ska tillämpa konkurrensrätten lojalt och korrekt. I ett försök

⁸⁹ Systembolagsdomen p. 23-26

⁹⁰ Systembolagsdomen p. 28 samt Bernitz (2015-16) s. 890

att undanröja eventuella frågor om vad som får prövas respektive inte prövas infogade lagstiftaren bestämmelsen om att skiljenämnder får pröva konkurrensrättens civilrättsliga verkningar mellan parterna, med vilket avses frågor om ogiltighet, skadestånd och jämkning av avtal. Lagstiftaren låter således skiljenämnder pröva de civilrättsliga verkningarna, vilket ger upphov till en viss gränsdragningsproblematik: hur ska skiljedomsrättens avseende konkurrensrätten egentligen förstås? I Systembolagsdomen kallar HD regeln om att skiljenämnder får pröva dessa civilrättsliga verkningar för en ”processuell särregel”, vilket understryker hur den sticker ut och utgör ett undantag från den gängse huvudregeln att indispositiva moment och tvingande regler inte är skiljedomsrättsliga. Vi vet att konkurrensrättens civilrättsliga verkningar sorterar in under det dispositiva paraplyet, men det kan vara svårt att klargöra hur långt denna dispositivitet sträcker sig.

Man kan göra en uppdelning i förled och efterled där själva överträdelsefrågan, alltså frågan huruvida ett konkurrensbrott har skett eller inte utgör ett indispositivt förled. De civilrättsliga verkningarna utgör sedan ett dispositivt efterled. Av det följer att spörsmål om skadestånd, ogiltighet och jämkning av avtal kan prövas av skiljenämnden. Att de civilrättsliga verkningarna är dispositiva och därmed skiljedomsrättsliga torde inte råda några tvivel om, men den verkligt intressanta frågan är huruvida själva överträdelsefrågan kan anses vara skiljedomsrättslig. En ordagrann tolkning av bestämmelsen om konkurrensrättens civilrättsliga verkningar ger vid handen en restriktiv tolkning där endast de civilrättsliga följderna får prövas, oberoende av om det är praktiskt eller ej. En konsekvens av det torde bli, vilket Henriksson påpekar i sin artikel, att hela skiljeförfarandet skulle reduceras till att enbart kunna omfatta efterföljande processer av lagakraftvunna officialprövningar.⁹¹ Om skiljenämnden inte får pröva själva överträdelsefrågan vore enda alternativet att den sedan tidigare är prövad i ett annat forum, såsom allmän domstol eller om Konkurrensverket eller EU-kommissionen fastslagit att överträdelse har skett. Precis som de nyligen introducerade reglerna i konkurrensskadelagen och skadeståndsdirektivet stadgar skulle en sådan dom eller sådant beslut få om inte positiv rättskraft så åtminstone viss bevisverkan och kunna figurera som prima facie-bevisning när parterna senare i skiljeförfarande reder ut de civilrättsliga verkningarna av konkurrensbrottet.

En sådan ordning medför dock vissa problem. Det är inte säkert att själva rättskraftsinstitutet innebär att det alltid är möjligt att återropa fullständigt bindande verkan av ett tidigare avgörande, även om bevisvärdet av ett sådant avgörande visserligen kan betraktas som högt. Frågan är

⁹¹ Henriksson (2015-16) s. 684

förstås hur högt. Om Konkurrensverket eller EU-kommissionen i en process framgångsrikt fastställt att överträdelse ägt rum torde ett sådant avgörande enligt Henriksson ha en betydande bevisverkan.⁹² Den skadelidande parten kan då basera sin talan i ett skiljeförfarande på detta faktum och ha goda utsikter att gå som vinnande part ur den civilrättsliga tvisten som följer på det offentlighetsliga avgörandet. Den ovan diskuterade konkurrensskadelagen och EU-direktivet som lagen härstammar ifrån har försökt lösa problemet med att ge bindande verkan åt domstolsbeslut och beslut och avgöranden från nationella konkurrensmyndigheter och EU-kommissionen. Rent strikt gäller direktivets bestämmelser dock enbart allmänna domstolar och inte skiljenämnder, men i den svenska konkurrensskadelagen har man valt bort en sådan begränsning, vilket gör att sådana offentlighetsliga avgöranden har rättskraft i skadeståndsprocesser som uppstår i kölvattnet av konkurrensbrott oavsett om de drivs i allmän domstol eller inför en skiljenämnd.⁹³

En mindre restriktiv syn på bestämmelsen om konkurrensrättens civilrättsliga verkningar i 1 § 3 st. LSF ger däremot vid handen att det faktiskt finns ett visst utrymme för en skiljenämnd att pröva överträdelsefrågan. Det är en lösning som även HD lutar åt i Systembolagsmålet, där man tycks betrakta skiljenämnden som behörig att pröva själva överträdelsefrågan med argumentet att tvisten i sig berör just de civilrättsliga verkningarna mellan parterna.⁹⁴ Även effektivitetshänsyn har lyfts fram som skäl för en sådan ordning: den så viktiga effektiviteten och snabbheten som gör att parter väljer skiljeförfarande riskerar att gå om intet om skiljenämnder är obehöriga att pröva överträdelsefrågan.⁹⁵ Dessutom skulle en sådan ordning vara väldigt osmidig för parterna, om en konkurrensrättslig tvist på så sätt delas upp med en offentlighetslig del som måste avverkas först innan man kan gå till skiljenämnd för att begära skadestånd. Det finns således argument för att låta en tvist i praktiken lösas på så sätt att skiljenämnden prövar överträdelsefrågan, exempelvis huruvida missbruk av dominerande ställning har ägt rum, för att sedan med avstamp i den prövningen gå in på de civilrättsliga verkningarna såsom skadestånd och ogiltighet. Slutsatsen blir följaktligen att mycket talar för att skiljenämnder har mandat att pröva överträdelsefrågan så länge tvisten rör de civilrättsliga verkningarna parterna emellan, vilket HD öppnar upp för i Systembolagsdomen.

⁹² Henriksson (2015-16) s. 685

⁹³ Se Henriksson (2015-16) s. 685

⁹⁴ Systembolagsdomen p. 11

⁹⁵ Henriksson (2015-16) s. 686

4.4.2 Vad gäller om talan saknar civilrättsliga verkningar?

Vad gäller då om talan inte har något civilrättsligt efterled? Det skulle i så fall röra sig om en fastställsetalan där en part vill att skiljenämnden slår fast att exempelvis en dominerande ställning har missbrukats. Detta är ett problem som inte torde uppkomma särskilt ofta eftersom själva fastställandet av att ett konkurrensbrott har ägt rum logiskt sett är ett medel för att nå fram till de civilrättsliga verkningarna. Det mesta talar emot att en ren fastställsetalan hos en skiljenämnd avseende en konkurrensrättslig överträdelse inte är skiljedomsässig. Hela undantaget om skiljenämnders behörighet att pröva civilrättsliga verkningar syftar till att det är just detta och inget annat de får pröva, och som redogjorts för ovan får överträdelsefrågan prövas endast under förutsättning att det är de civilrättsliga följderna tvisten i grund och botten handlar om. Lyfter man ur de följderna kan det omöjligt finnas något utrymme kvar för att dra en ren konkurrensrättslig fastställsetalan inför skiljenämnd, eftersom det går på tvären mot lagstiftarens idé att enbart de civilrättsliga verkningarna får prövas. Det förstärks av att det i sådana fall inte heller finns någon praktisk anledning att låta skiljemännen pröva överträdelsefrågan för att kunna avdöma de civilrättsliga verkningarna, eftersom sådana verkningar helt enkelt inte aktualiseras.

4.5 Toleransutrymmet

4.5.1 Hur stort toleransutrymme har skiljenämnder att göra materiellt avvikande bedömningar av konkurrensrättsliga frågor enligt svensk nationell rätt?

Efter att ha konstaterat att den konkurrensrättsliga överträdelsefrågan kan vara skiljedomsässig uppkommer frågan om det finns något utrymme för en skiljenämnd att göra en materiellt avvikande bedömning av överträdelsefrågan, dvs. ett avvikande från en ”korrekt” konkurrensrättslig bedömning som en prövning av allmän domstol eller Konkurrensverket skulle ge vid handen. Det är högst relevant att undersöka hur stort svängrum och marginal en skiljenämnd har och hur ”felaktig” dess bedömning kan vara utan att skiljedomen vid en efterföljande klandertalan i allmän domstol drabbas av ogiltighet på grund av en alltför felaktig bedömning av konkurrensrättens tvingande regler. Som tidigare diskuterats gör HD i Systembolagsmålet en åtskillnad mellan de fall då det konkurrensrättsliga rättsläget bedöms som klart respektive oklart. Om en konkurrensrättslig fråga som figurerar i en skiljedom bedöms som oförenlig med det rättsläge som fastslagits eller avdömts i ett annat forum – såsom i allmän

domstol eller hos Konkurrensverket – ska rättsläget bedömas som klart och ogiltighet ska i princip alltid inträda. Om rättsläget däremot bedöms vara oklart ska domstolen göra en materiell prövning i den mån att man ska se huruvida skiljenämnden gjort en rättsligt godtagbar analys och har rimliga motiveringsgrunder för sina slutsatser i överträdelsefrågan. Om så är fallet är huvudregeln att ogiltighet inte ska inträda.

När rättsläget kan betraktas som klart anser HD att man kan överge den restriktivitet som annars råder avseende skiljedomars utsikter att ogiltigförklaras.⁹⁶ Har en offentlighetsrättslig prövning skett med slutsatsen att det rör sig om ett konkurrensbrott ska skiljedomen ogiltigförklaras på *ordre public*-grund.⁹⁷ I samma stycke skriver dock HD att domstolen vid en sådan prövning av proportionalitetsskäl bör ha ett visst utrymme att kunna bortse från ett mindre allvarligt åsidosättande av konkurrensrätten. HD går inte in på exakt vad man menar med ”mindre allvarligt” men formuleringen torde endast ge ett litet toleransutrymme åt skiljenämnder, om knappt något. Ett visst toleransutrymme här skulle rimligtvis kunna motiveras med att man från statligt håll inte kan förvänta sig att skiljenämnder har samma resurser till förfogande att utreda oansenliga och ringa brott mot konkurrensrätten, och även att skiljeförfarandets effektivitet och snabbhet riskerar att hämmas om enbart fullständigt och absolut ”korrekta” konkurrensrättsliga slutsatser skulle accepteras. Ett trångt toleransutrymme gynnar dock konkurrensreglernas genomslagskraft då skiljenämnder inte kan bortse från ett flagrant konkurrensbrott om det är fullt klarlagt genom Konkurrensverkets eller allmän domstols praxis att så har skett.

Vad gäller då när rättsläget inte kan anses klarlagt, dvs. om den konkurrensrättsliga frågan inte prövats i något forum tidigare? Här hänvisar HD till förarbetena till LSF som menar att ett tidigare avgörande inte finns så kan endast uppenbara fall av konkurrensbrott föranleda ogiltighet med anledning av att skiljedomen skulle strida mot *ordre public*.⁹⁸ Skiljenämnden har i sådana här fall inget tidigare avgörande att falla tillbaka på vilket gör bedömningen avsevärt svårare. HD anser att domstolen ska bedöma en ogiltighetstalan genom att undersöka huruvida skiljemännen fattat sitt beslut i den konkurrensrättsliga frågan baserat på en rättsligt godtagbar analys, och om man finner att så är fallet så ska skiljedomen inte klassas som oförenlig med *ordre public*. Skiljedomens materiella innehåll behöver således inte till fullo stämma överens med vad ett ”korrekt” avgörande från Konkurrensverket skulle innebära, vilket öppnar för ett relativt stort toleransutrymme för skiljemännen så länge de behandlat frågan någorlunda grundligt och rimligt.

⁹⁶ Bernitz (2015-16) s. 887 samt Systembolagsdomen p. 13

⁹⁷ Systembolagsdomen p. 15

⁹⁸ Systembolagsdomen p. 14 med hänvisning till Prop. 1998/99:35 s. 58

Hur stor diskrepans som tillåts innan skiljedomen blir angripbar och riskerar ogiltigförklaras i allmän domstol går man dock inte närmare in på, men eftersom man vid klara konkurrensrättsliga lägen tillåter vissa mindre allvarliga åsidosättanden så borde toleransutrymmet vid oklara konkurrensrättsliga lägen vara betydligt större än så. Kravet på att avsteget ska vara uppenbart bekräftar att skiljenämnden har ett relativt stort spelutrymme, även om det torde bero på den konkurrensrättsliga frågans natur.

4.5.2 Hur noggrann materiell prövning av skiljedomens konkurrensrättsliga slutsatser ska allmän domstol göra efter klandertalan?

Intressant är också att HD inte går in på hur noga det materiella innehållet i själva skiljedomen ska granskas för att se om innehållet exempelvis upprätthåller ett konkurrensbegränsande avtal eller låter ett missbruk av dominerande ställning fortgå. HD framhåller dock som viktigt att prövningen ska avse rättsliga frågor, och att man inte ska pröva den bevisvärdering som skiljenämnden har gjort då den skulle innebära en materiell prövning vilket faller utanför det klanderbara området. Själva bevisvärderingen som gjorts ska således respekteras, vilket ligger helt i linje med hur frågor om ogiltighet normalt prövas. Anledningen till detta torde vara att skiljeförfarande till sin natur ska åtnjuta ett visst skydd från att omprövas i ett statligt forum såsom en allmän domstol, och att den materiella prövningen absolut inte ska gå längre än vad som är nödvändigt. Dessutom ligger det i skiljeförfarandets intresse att bevara restriktiviteten avseende möjligheterna att obstruera en skiljedom genom att hävda ogiltighet på grund av att innehållet materiellt strider mot konkurrensrätten. Genom denna ordning visar HD att man litar på att skiljemän är tillräckligt kompetenta att avgöra svåra konkurrensrättsliga frågor när de uppkommer i skiljeförfarande och ger dem därmed ett relativt stort toleransutrymme att röra sig inom. Det finns dessutom precis som Bernitz påpekar en förväntning att skiljemän tillämpar konkurrensrätten lojalt.⁹⁹ Det toleransutrymme som skiljemän ges kommer således inte gratis utan med det medföljer krav på en relativt hög lägstanivå i form av en välavvägd prövning som är rimligt motiverad och bygger på en tillfredsställande analys.

Det går emellertid inte att bortse från att det finns en risk att en skiljenämnd och en offentlig myndighet fattar motstridiga avgöranden. Vid tillkomsten av LSF underströk man dock att sådana risker troligtvis snarare ligger på det teoretiska än det praktiska planet. Det är likväl en risk som förtjänar att tas på allvar. Vid LSF:s tillkomst 1999 såg det konkurrensrättsliga regelverket

⁹⁹ Bernitz (2015-16) s. 885

något annorlunda ut, speciellt vad gäller processuella hänseenden. Bland annat fanns tidigare helt andra möjligheter till individuella undantag och icke-ingripandebesked utfärdade av Konkurrensverket och EU-kommissionen, och parter kunde vända sig till Konkurrensverket och begära förklaring om att ett visst avtal eller förfarande inte omfattades av de konkurrensrättsliga förbuden i konkurrenslagen. Lagstiftaren säger dessutom att både parter och skiljemän kan utnyttja myndigheters allmänna serviceskyldighet och på så sätt få värdefull information om Konkurrensverkets ståndpunkt som ledstjärna utan att vare sig parterna eller Konkurrensverket är formellt bundna av den informationen.¹⁰⁰ Möjligheterna till sådana undantagsförklaringar är borta idag, och dessutom kan man starkt ifrågasätta rättssäkerheten och förutsebarheten i att part eller skiljemän själva ska höra av sig till Konkurrensverket och hoppas på ett välformulerat svar som ändå inte binder någon. Att skiljenämnden självmant skulle höra av sig till Konkurrensverket är särskilt problematiskt eftersom dispositionsprincipen och parternas starka kontroll över skiljeförfarandet normalt inte skulle godta att så sker. Henriksson pekar därutöver på det problematiska i att den part som hävdar sig ha fallit offer för en överträdelse hör av sig till Konkurrensverket, eftersom det skulle kunna leda till att inte bara motparten utan även hon själv blir utsatta för Konkurrensverkets intresse och granskning.¹⁰¹ Risken för materiellt motstridiga avgöranden må således vara mer reell än vad lagstiftaren framhåller i propositionen, men genom att framhålla att skiljemän ska tillämpa konkurrensrätten lojalt och genom att kräva rättsligt godtagbara analyser av det konkurrensrättsliga läget så försäkrar man sig en så enhetlig tillämpning som är möjlig utan att stympa skiljeförfarandets relativa frihet.

4.5.3 Vilken inställning har EU-rätten till Systembolagsdomens slutsats avseende oklart konkurrensrättsligt rättsläge?

HD konstaterar i Systembolagsdomen att en skiljedom som på något vis upprätthåller eller påbjuder ett handlande som är oförenligt med EU:s konkurrensrätt är ogiltig såsom stridande mot *ordre public*. Det finns dock anledning att betvivla huruvida EU-rätten accepterar det relativt breda toleransutrymme som HD hävdar att skiljenämnder har när det rör sig om ett oklart rättsläge avseende en konkurrensrättslig fråga.

Som diskuterats ovan torde HD:s lösning leda till att ogiltigförklaring av en skiljedom i allmän domstol i praktiken bara kommer kunna ske när det står helt klart att ett konkurrensbrott har skett. Frågan är dock om skiljenämnder har ett lika brett toleransutrymme i överträdelsefrågan

¹⁰⁰ Prop. 1998/99:35 s. 59

¹⁰¹ Henriksson (2015-16) s. 688-689

när EU:s konkurrensrätt aktualiseras, dvs. artikel 101 och 102 FEUF. Det som kan utgöra ett hot mot det breda toleransutrymme som HD ger skiljenämnder är de unionsrättsliga principerna likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen, som ska garantera EU-rättens fulla genomslag. I domen lämnar HD inte några definitiva svar, men framhåller att den svenska ordningen med ett ”uppenbarhetsrekvisit” riskerar leda till att de tvingande konkurrensrättsliga reglerna inte alltid tillåts slå igenom fullt ut. Dessutom är det tveksamt om unionsrätten skulle godta den lösning som HD presenterar om att skiljenämnder vid oklara rättslägen ska göra en rättsligt godtagbar analys som accepteras vid domstols materiella prövning så länge den är rimligt motiverad. Vill man från EU:s håll garantera konkurrensrätten fullt genomslag vore det rimligt att kräva en djupare materiell bedömning än så. Det finns således sådant som talar för att en sådan ordning inte är förenlig med EU-rätten. Däremot framhåller EU-domstolen i Eco Swiss-domen, som fortfarande får betraktas som det huvudsakliga europeiska avgörandet på området, att ogiltighet ska kunna aktualiseras endast i exceptionella fall, vilket ändå talar för att ett visst toleransutrymme finns från EU:s håll.

4.5.4 Har konkurrensmyndigheters beslut och allmänna domstolars domar bindande verkan gentemot skiljenämnder?

Om ordningen medför att det konkurrensrättsliga rättslägen anses som klarlagt när det finns en offentlig dom eller beslut som fastställer rättsläget i den aktuella frågan så uppstår frågan i hur stor utsträckning ett sådant beslut ska ha bindande verkan och vilken bevisverkan det ska ha när skiljenämnder prövar konkurrensrättsliga spörsmål. Frågan är dessutom relevant att ställa i båda riktningarna: vilken bindande verkan har Konkurrensverkets och EU-kommissionens beslut gentemot skiljenämnder, och vilken bindande verkan har en skiljenämnds dom gentemot Konkurrensverket och EU-kommissionen?

Ett beslut från Konkurrensverket torde ha stark bevisverkan när en skiljenämnd ska pröva en konkurrensrättslig fråga. Har verket fört en talan mot viss part där överträdelse konstaterats och konkurrensskadeavgift dömts ut har ett sådant beslut en betydande bevisverkan i en efterföljande civilrättslig process enligt Henriksson, men dock ingen strikt bindande verkan.¹⁰² Schuldström är inne på samma spår och argumenterar för att ett sådant beslut visserligen är bindande mellan Konkurrensmyndigheten och den part som konstateras ha agerat konkurrensstridigt och är

¹⁰² Henriksson (2015-16) s. 685

föremål för beslutet, men att det inte på något sätt binder part som beslutet inte gäller.¹⁰³ Den sistnämnda skulle då kunna vara exempelvis skadelidande part, som inte har någon formell koppling till det offentlighetsliga beslutet som tagits. Slutsatsen torde vara att ett beslut i strikt och formell mening bara har bindande verkan och vinner rättskraft mellan myndigheten och den som beslutet gäller. En skiljenämnd är därför inte bunden av myndighetsbeslutet när den prövar en konkurrensrättslig tvist där ena parten fått ett myndighetsbeslut riktat mot sig. Ovanstående gäller dock när myndigheten konstaterat att en överträdelse av konkurrensreglerna skett, men spörsmålen kring bindande verkan bör fungera likadant i de fall en myndighet prövat frågan och konstaterat att överträdelse *inte* har ägt rum.

Intressant att notera är dock bestämmelserna som introducerats i och med konkurrensskadelagen och skadeståndsdirektivet om att beslut från allmänna domstolar och konkurrensmyndigheter har bindande verkan. Som konstaterats ska sådana beslut när de kommer från inhemska myndigheter betraktas som fullt bindande och prejudicerande i efterföljande skadeståndsprocesser, och när de kommer från ett annat medlemsland ska de uppbära en stark bevisverkan som prima facie-bevisning. Lagstiftaren har således klargjort rättsläget avsevärt för parter som önskar driva skadeståndsprocesser med anledning av konkurrensbrott de säger sig ha blivit utsatta för. Slutliga nationella avgöranden ska ha positiv rättskraft i efterföljande skadeståndsprocesser, och i den svenska konkurrensskadelagen görs ingen begränsning för skiljenämnder vilket gör att de får bindande verkan även om parterna sliter tvisten inför en skiljenämnd.¹⁰⁴ Rättsläget vad gäller just skadeståndsprocesser har således blivit avsevärt klarare tack vare dessa nya regler, men frågetecken kvarstår dock när frågor såsom överträdelser och ogiltighet ska prövas i skiljenämnd. Men om Konkurrensverket exempelvis har konstaterat en överträdelse eller ålagt en part att upphöra med ett visst agerande borde det näppeligen finnas svängrum för en skiljenämnd att leverera ett motsatt avgörande utan att skiljedomen ska kunna ogiltigförklaras i en efterföljande klandertalan.

Vad gäller då när en skiljenämnd avkunnar en skiljedom, har den någon som helst rättsverkan gentemot Konkurrensverket och EU-kommissionen? Enligt Schöldström är svaret nekande av den anledningen att det är den relevanta konkurrensmyndigheten som har exklusiv rätt att besluta

¹⁰³ Schöldström, Patrik, *The arbitrators mandate – a comparative study of relationships in commercial arbitration under the laws of England, Germany, Sweden and Switzerland*. s. 30. Schöldström härleder detta från dåvarande artikel 189, nuvarande artikel 288 FEUF som stadgar att ”Ett beslut är till alla delar bindande. Om ett beslut anger till vem eller vilka det riktar sig, är det bindande endast för dessa”.

¹⁰⁴ Prop. 2016/17:9 s. 91f. Se även Henriksson (2015-16) s. 685

om de offentlighetsrättsliga frågorna om konkurrensbrott.¹⁰⁵ Det bekräftas av propositionen som stadgar att Konkurrensverket inte binds av en skiljedom.¹⁰⁶ Inget hindrar alltså Konkurrensverket att agera gentemot en part som agerar konkurrensstridigt även om parten klarat sig helskinnad genom ett skiljeförfarande där konkurrensfrågor aktualiserats. En skiljedom saknar således inte bara rättsverkan utan också bevisverkan för Konkurrensverkets del. En annan ordning vore orimlig eftersom det är konkurrensmyndigheterna som är den största och absolut viktigaste aktören när konkurrensrättsliga frågor ska fastslås, och de måste vara fria att agera även om en anklagad part ”friats” i ett skiljeförfarande.

4.6 Uppenbarhetsrekvisitet

4.6.1 Uppenbarhetsrekvisitet i svensk rätt

Bestämmelsen i 33 § 1 st. 2 p. LSF stadgar att en skiljedom är ogiltig om skiljedomens eller det sett den tillkommit på är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige, vilket förstås som stridande mot *ordre public*. ”Uppenbart” är ett nyckelord i sammanhanget då det signalerar att ribban är satt mycket högt för att en ogiltigförklaring ska aktualiseras. Till skillnad från första punkten i samma lagrum, som berör ogiltighet till följd av brist på skiljedomsförfarandemässighet, avser denna regel situationen när frågan som skiljemännen ska bedöma är skiljedomsförfarandemässig och har prövats och skiljedomens anses strida mot *ordre public*. Ogiltighetsregeln ger vid handen att endast uppenbart konkurrensstridiga skiljedomar kan ogiltigförklaras. Det riskerar att sätta käppar i hjulet för konkurrensrättens fulla genomslag, eftersom mindre konkurrensstridiga domar då svårligen kan klandras med framgång. Anledningen till att överhuvudtaget ha ett uppenbarhetsrekvisit i detta sammanhang är att det finns ett inneboende intresse i att skiljenämnder producerar skiljedomar som står sig, är exigibla undkommer risken att de klandras med framgång. Det ligger i linje med den snabbhet och effektivitet som gör institutet skiljeförfarande så populärt.

Redan i Eco Swiss-avgörandet slogs det fast att möjligheten till ogiltigförklaring existerar enkom i exceptionella fall. För nationell rätts del upprätthåller HD i Systembolagsdomen uppenbarhetsrekvisitet vad gäller ogiltighet av skiljemäns felbedömningar i konkurrensrättsliga

¹⁰⁵ Schöldström s. 300-301

¹⁰⁶ Prop. 1998/99:35 s. 58. Se även Heuman s. 167

överträdelsefrågor.¹⁰⁷ Vid oklara rättslägen ska skiljedomen godtas så länge det inte rör sig om ett uppenbart konkurrensstridigt fall, och så länge skiljemännens bedömning är acceptabel och motiverad ska den respekteras. När rättsläget däremot är klarlagt, dvs. underbyggt av lagakraftvunnet beslut från exempelvis Konkurrensverket, så torde konkurrensbrottet anses som uppenbart på den grunden att det är offentlighetsrättsligt klarlagt.

4.6.2 Är uppenbarhetsrequisitet förenligt med EU-rätten?

Uppenbarhetsrequisitet i svensk skiljedomsrätt kan dock stöta på stora problem i mötet med EU-rätten, vilket Systembolagsdomen visar. Problemet ligger i att kravet på att skiljedomen ska vara uppenbart oförenlig med rättsordningen kan betraktas som ett alltför högt krav när EU-rätten ska beaktas, och det kan hindra konkurrensrättens fulla genomslag inom skiljeförfarande. Frågan huruvida uppenbarhetsrequisitet är förenligt med EU-rätten blir dock svårare att besvara då HD inte ger något direkt svar, utan man nöjer sig med att laborera med de EU-rättsliga principerna likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen. Tar man de principerna i beaktande är det ytterst tveksamt om den svenska nationella ordningen, där domstol endast får intervensera vid uppenbara fall av konkurrensbrott, är acceptabel.

Eco Swiss-målet bör fortfarande betraktas som det huvudsakliga EU-rättsliga avgörandet på området, och där framhöll EU-domstolen att nationella domstolar ska bifalla ett yrkande om ogiltigförklaring av skiljedomen om man bedömer att den i praktiken strider mot artikel 101 FEUF om konkurrensbegränsande avtal. Målet uttrycker inget kvalificerat krav på uppenbarhet för att nationella domstolar ska tvingas pröva skiljedomens behandling av tvingande konkurrensrätt.¹⁰⁸ Det man säger är att nationella domstolar ska bifalla ett yrkande om ogiltighet grundat på artikel 101 om det är så att man skulle bifalla ett yrkande om ogiltighet grundat på *ordre public*.¹⁰⁹ Det innebär att de nationella processuella reglerna om *ordre public* och ogiltighet är överordnad själva bedömningen huruvida skiljedomen strider mot artikel 101, och eftersom Sveriges processuella regler inkluderar ett uppenbarhetsrequisit är det något som måste uppfyllas för att ogiltighet ska kunna aktualiseras i Sverige. Andersson tolkar detta som att EU-domstolen visserligen är villig att acceptera vissa avvikelser medlemsstaterna emellan vad gäller ogiltighet grundat på konkurrensrättslig *ordre public* och att skiljedomar i strid med artikel 101 inte per automatik är ovillkorligt ogiltiga. Dock menar han att det svenska kravet på uppenbarhet i

¹⁰⁷ Henriksson (2015-16) s. 688

¹⁰⁸ Eco Swiss p. 41. Se även Andersson (1999-00) s. 458

¹⁰⁹ Eco Swiss p. 40

praktiken ändå undergräver själva grunden som hela Eco Swiss-målet vilar på, nämligen möjligheten för parter att driva igenom ogiltighet då konkurrensbrott upprätthålls i ett skiljeförfarande, och skulle själva uppenbarhetsrekvisitet prövas direkt av EU-domstolen är risken stor att de skulle finna att det i alltför hög grad försvårar genomdrivandet av ogiltighet i svenska domstolar.¹¹⁰

Trots ovanstående så hävdar Andersson att Eco Swiss-målet ändock lämnar ett visst utrymme åt uppenbarhetsrekvisitets fortsatta levnad. Han baserar det på att det inte går att utläsa ur EU-domstolens domskäl att nationella domstolar måste modifiera eller rucka på nationella processregler avseende *ordre public*.¹¹¹ Denna avsaknad av handlingsdirigerande från domstolens sida kan mycket väl tolkas på det viset, att man vill respektera medlemsstaternas processuella regler och ge dem en viss autonomi: det man säger är ju egentligen enbart att EU:s konkurrensrätt är *ordre public*, men hur man rent processuellt hanterar ogiltighetsfrågor lämnas åt medlemsstaterna. Även Heuman ger visst stöd åt detta synsätt.¹¹² Andersson har dock en väldigt viktig poäng när han konstaterar att uppenbarhetsrekvisitet nog inte skulle överleva en direkt prövning av EU-domstolen, om den frågan skulle ställas på sin spets, vilket i sin tur gör rättsläget tämligen oklart.

I Systembolagsdomen konfronteras HD med samma problematik, och man noterar att det kan ifrågasättas hur förenligt det egentligen är med EU-rätten – särskilt effektivitetsprincipen – att bara uppenbara och klara konkurrensöverträdelser kan bli föremål för ingripande och ogiltighet av allmän domstol. Henriksson noterar mycket riktigt att det förvisso kan bidra till skiljeförfarandets effektivitet i form av färre klandrade domar, men att det rent praktiskt ger ett stort utrymme för rent felaktiga bedömningar av skiljemän i konkurrensrättsliga frågor.¹¹³ Sett ur EU-domstolens synvinkel torde en sådan situation betraktas som svårsmält, inte bara för att det skulle äventyra själva konkurrensrättens genomslag utan också för att just konkurrensrätten är en sådan omistlig byggsten i EU:s inre marknad. Uppenbarhetsrekvisitets utsatta situation bekräftas också av att HD väljer att göra en tydlig uppdelning mellan hur frågan ska lösas inom svensk rätt och hur den ska lösas när EU-rätten kommer in i bilden. Enligt svensk rätt ser det ut att vara acceptabelt att fortsatt kräva uppenbarhet vid *ordre public*-överträdelser, men ytterst problematiskt när EU-rätten ska beaktas. Svenska staten och i förlängningen svenska allmänna domstolar är med anledning av EU-rättens företräde skyldiga att hantera EU-rätten och dess principer mycket

¹¹⁰ Andersson (1999-00) s. 458f.

¹¹¹ Andersson (1999-00) s. 459

¹¹² Heuman, Lars, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure* s. 150

¹¹³ Henriksson (2015-16) s. 694

omsorgsfullt, vilket HD ändå får sägas göra genom att inte ge frågan något definitivt svar. Skulle man helt avfärda uppenbarhetsrequisitet med argumentet att det är oförenligt med EU-rätten så går man delvis på tvären mot den processuella autonomi som Eco Swiss ger nationella domstolar.

4.7 Ex officio-frågan

4.7.1 Kan och ska skiljenämnden beakta konkurrensfrågor ex officio?

En fråga som inte tas upp i Systembolagsmålet men som ändå är av intresse avseende konkurrensrättens roll i skiljeförfarande är om skiljenämnden ex officio ska pröva konkurrensfrågor eller om det ska tas upp först efter att en part fört in den frågan i processen. Ex officio innebär i sammanhanget att skiljemännen på eget initiativ tillämpar lagar och regler som inte tagits upp eller nämnts av parterna inom ramen för parternas processföring. Steget innan en sådan ex officio-tillämpning kan sägas vara processledningen, som då innebär att skiljenämnden informerar och upplyser parterna om att tvisten faktiskt har ett konkurrensrättsligt inslag som bör beaktas. En överblick över ex officio-frågan så visar att här återfinns samma problemkomplex som är genomgående vad gäller konkurrensfrågor i skiljeförfarande, nämligen konflikten mellan ett starkt allmänintresse i att konkurrensrätten får ett fullvärdigt genomslag och parternas intresse i ett effektivt och skräddarsytt skiljeförfarande där de själva har stor frihet att bestämma ramarna för tvisten.

Ex officio-frågan diskuterades vid LSF:s tillkomst men slutsatsen var att det skulle få ”svåröverskådliga konsekvenser” om man övergav principen att skiljenämnden ska vara bunden av parternas yrkanden och åberopanden.¹¹⁴ Att göra avsteg från parternas dispositionsfrihet sågs således som alldeles för riskfyllt eftersom det kan vara svårt att sätta en gräns för hur långt en eventuell ex officio-prövning får gå och dessutom äventyra den viktiga autonomi och frihet som ofta är skälet till att parter väljer skiljeförfarande. Propositionen slår inte fast något krav på ex officio-institutets vara eller icke vara utan lämnar frågan till praxis att avgöra. Det tycks svårt att lämna något allmänt svar på frågan från lagstiftarens sida och lösningen tycks vara att frågan besvaras i de specifika sammanhang där den i praktiken dyker upp.

Ex officio-frågan är vida omdiskuterad i doktrinen, och den huvudsakliga uppfattningen tycks vara att skiljenämnder har en viss plikt att tillämpa det konkurrensrättsliga regelverket ex officio

¹¹⁴ Prop. 1998/99:35 s. 57

även om det går ut över parternas egna dispositioner. Även Eco Swiss-domen anses indirekt medföra en sådan plikt.¹¹⁵ I Eco Swiss-domen ger EU-domstolen visserligen inte något entydigt svar på ex officio-frågan, och generaladvokaten besvarar frågan med ett nej. Men motiveringen till att en ex officio-plikt ändå finns förefaller härstamma från det faktum att skiljemän alltid ska sikta på att frambringa en skiljedom som är verkställbar och som står sig. Den naturliga ordningen blir då att om skiljemännen anar att en skiljedom kommer att strida mot *ordre public* på konkurrensrättsliga grunder är den enda praktiska lösningen att själva ex officio ta in konkurrensrätten i bedömningen för att skiljedomen överhuvudtaget ska bli exigibel. Det allmänna kravet på skiljemän att leverera en exigibel skiljedom kan således betraktas såsom att det medför ett visst grundläggande krav på att de ska beakta tvingande konkurrensregler ex officio.

Även bortsett från kravet om att en skiljedom ska vara verkställbar torde ex officio-kravet kunna motiveras med konkurrensrättens tvingande natur i sig, eftersom en sådan processledning kan försäkra att inga sådana tvingande rättsregler förbigås. Även om Eco Swiss inte explicit tar upp något krav på ex officio så bör man enligt Möller förstå domen så som att skiljenämnden bör ex officio ta upp frågan med parterna om det råder tvivel om ett visst avtal är förenligt med EU:s konkurrensrätt.¹¹⁶ Detta med anledning av att konkurrensrättsliga spörsmål relativt ofta figurerar i skiljeförfarande. Waincymer talar om att skiljemäns plikt att beakta tvingande regler är en omistlig del av skiljeförfarandets själva funktion och att det i grund och botten handlar om att bevara och försäkra en viss respekt för skiljeförfarandet som sådant.¹¹⁷ Att processleda parterna torde därför te sig som ett naturligt inslag när svåra konkurrensrättsliga frågor uppkommer i skiljeförfarande.

Lindskog menar dock att skiljemän inte ska beakta tvingande konkurrensrättsliga regler ex officio, inte ens när det framstår som uppenbart att en ogiltig skiljedom står vid dörren. Ett sådant beaktande får endast ske efter en invändning av någon av parterna, och då är det per definition inte längre en ex officio-bedömning det handlar om. Lindskog motiverar det med att skiljenämnder inte på något vis har en övervakande uppgift på det konkurrensrättsliga området, utan den uppgiften ankommer på de relevanta myndigheterna som ska bevaka sådana frågor.¹¹⁸ Även Madsen är inne på samma spår och understryker att en ex officio-bedömning gör

¹¹⁵ Se bland annat Bernitz (2015-16) s. 885, Blanke, Gordon, "The role of EC competition law in international arbitration: a plaidoyer" s. 175, Dempegiotis, Sotiris, "EC Competition Law and International Arbitration in the Light of EC Regulation 1/2003" s. 384 och Komninos, Assimakis, "Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement" s. 237.

¹¹⁶ Möller, Gustaf, "En doktorsavhandling om skiljemannauppgiften" s. 148

¹¹⁷ Waincymer, Jeff, "International Commercial Arbitration and the Application of Mandatory Rules of Law" s. 14-19

¹¹⁸ Lindskog, Stefan, *Skiljeförfarande – En kommentar* s. 253

skiljedomen klanderbar eftersom det rör sig om ett uppdragsöverskridande i enligt 34 § 1 st. 1 p. LSF.¹¹⁹ Skiljenämnden ska följaktligen absolut inte gå utöver vad parterna har åberopat inom ramen för tvisten. Man betraktar det som att det offentlighetsrättsliga har det fulla ansvaret för konkurrensrättens upprätthållande och fulla genomslag och att det vore orimligt att lägga det ansvaret på skiljemännen. En lösning som ofta diskuteras är att om skiljemännen misstänker att en blivande skiljedom baserad på parternas talan riskerar att bli betraktad som ogiltig så bör de avsäga sig sitt uppdrag för att undvika att så sker.¹²⁰ Lindskog ifrågasätter dock om en sådan skyldighet verkligen finns, och han ifrågasätter också om ens någon rätt att lämna uppdraget överhuvudtaget finns då en skiljeman som åtagit sig ett skiljemannauppdrag i princip är skyldig att fullfölja uppdraget.¹²¹

Huvudlinjen som Lindskog och Madsen förespråkar är således att dispositionsprincipen är alldeles för viktig för att låta sig luckras upp. Men konflikten är tydlig: precis som Cars påpekar så gör ett strikt upprätthållande av dispositionsprincipen att skiljedomar löper risk att strida mot tvingande konkurrensrätt.¹²² Den relevanta frågan blir då huruvida den tvingande konkurrensrätten är så viktig att den rättfärdigar ett avsteg från dispositionsprincipen. Även detta problem torde landa i slutsatsen att skiljemän i möjligaste mån ska meddela verkställbara domar och att avsteg från dispositionsprincipen således är berättigat.¹²³ Heuman påpekar dock intressant nog att LSF till skillnad från internationella regler på området faktiskt inte innehåller någon regel om att skiljemännen ska se till att skiljedomen blir verkställbar.¹²⁴ Även om ett sådant formellt krav inte finns så torde det framstå som logiskt att verkställbarhet är något skiljenämnden i största mån ska sträva mot för att inte beröva ett av skiljeförfarandets viktigaste syften, och det ligger nära till hands att betrakta situationen såsom att det implicit och underförstått ligger i skiljenämndens uppgift att producera en skiljedom som är verkställbar. Någon form av ex officio-tillämpning torde därför vara försvarlig med hänsyn till de starka allmänintressen som ligger bakom konkurrensrättens regelverk.

¹¹⁹ Madsen s. 83

¹²⁰ SOU 1994:81 s. 85, proposition 1998/99:35 S. 58 samt Cronstedt, Nina, "Konkurrensrättsliga tvisters skiljedomsmissighet" s. 1056 och Mayer, Pierre, "Mandatory Rules of Law in International Arbitration" s. 280

¹²¹ Lindskog s. 253 fotnot 89

¹²² Cars, Thorsten, *Lagen om skiljeförfarande – En kommentar* s. 42

¹²³ Cronstedt s. 1056-1057

¹²⁴ Heuman, Lars, "Översyn av lagen om skiljeförfarande" s. 440

4.8 Övertillämpning av konkurrensrätten

4.8.1 Ger övertillämpning av konkurrensrätten anledning att ogiltigförklara en skiljedom?

I Systembolagsmålet gör Systembolaget gällande att skiljemännen övertillämpat konkurrensrätten i och med det skadestånd som Systembolaget dömdes att betala till V&S efter att de befunnits ha missbrukat sin dominerande ställning. Systembolaget menar att denna övertillämpning i sig skulle vara grund för ogiltigförklaring då skiljenämnden gått längre än vad de konkurrensrättsliga reglerna medger. HD godtar dock övertillämpningen med argumentet att reglerna om missbruk av dominerande ställning inte inbegriper någon övre gräns för de påföljder som kan aktualiseras när reglerna överträds. HD konstaterar att även om Systembolaget påtvingas en övertillämpning ligger detta inom ramen för vad de får finna sig i när skiljenämnden gör en egen materiell bedömning av missbruksfrågan, och det hamnar inom skiljemännens toleransutrymme.

Bernitz tolkar HD:s domskäl som att HD med bred marginal accepterar övertillämpning av konkurrensrätten utan att ogiltighet ska behöva aktualiseras.¹²⁵ Bäst vore förstås ett fullständigt ”korrekt” beslut av skiljemännen i konkurrensfrågan, med vilket får förstås identiskt med vad en konkurrensmyndighet skulle komma fram till, alltså att konkurrensmyndigheten och skiljenämnden skulle göra en likvärdig bedömning och komma fram till samma domslut. Men ett sådant scenario ter sig tämligen orealistiskt om inte omöjligt, vilket HD också inser. Detta öppnar dock upp ett visst spelutrymme för skiljenämnder när de ska bedöma konkurrensrättsliga frågor, där motpolerna kan benämnas övertillämpning och, i brist på bättre beteckning, undertillämpning. Med undertillämpning får förstås att skiljemännen tillämpar den tvingande konkurrensrätten alltför försiktigt och låter tveksamma fall slippa igenom, vilket självfallet vore ett hårt slag mot konkurrenskraftens genomslagskraft. Undertillämpning skulle också medföra en risk för att domen skulle komma att ogiltigförklaras om den blir föremål för prövning, vilket är oförenligt med idén att skiljenämnder ska leverera hållbara och verkställbara domar som i möjligaste mån inte kommer att ogiltigförklaras. Precis som Bernitz påpekar är det från skiljenämndens synpunkt betydligt klokare och säkrare att då övertillämpa konkurrensrätten om de vill att domen ska stå sig.¹²⁶ Det är oklart hur högt taket är vad gäller övertillämpning, men det torde vara relativt stort och ge skiljemän mycket utrymme. Eftersom man från offentligrättsligt håll vill se ett så stort genomslag som möjligt för ett så viktigt och oundgängligt område som

¹²⁵ Bernitz (2015-16) s. 891

¹²⁶ Ibid. s. 891

konkurrensrätten så torde man från deras håll inte ha några problem med att skiljenämnder lutar mer åt övertillämpning än undertillämpning.

Är det då rimligt att övertillämpning åtnjuter en sådan acceptans? Det beror på vilket intresse som beaktas, huvudsakligen det offentliga intresse av en starkt implementerad konkurrensrätt respektive det privata näringslivets tendens att föredra kvicka och smidiga skiljedomar framför långdragna domstolsprocesser. En kanske viktigare fråga är dock övertillämpning ur rättssäkerhetssynpunkt: övertillämpning riskerar att leda till att oskyldiga drabbas, vilket är ett övergrepp som rättsstaten normalt varken tolererar eller sanktionerar. Ur den synpunkten framstår undertillämpning som ett rimligare alternativ. I Systembolagsmålet står HD dock fast vid att övertillämpning svårigen kan ge anledning att ogiltigförklara en skiljedom, medan en undertillämpning skulle löpa stor risk att hamna under lupp och riskera ogiltigförklaras.

5. Analys och slutsatser

5.1 Inledning

Syftet med den här uppsatsen är att utreda rättsläget vad gäller konkurrensrättens förhållande till skiljedomsrätten, att utreda vilka svårigheter och problem som uppstår när de två rättsområdena möts samt att undersöka hur skiljenämnder kan och bör agera när en skiljedoms innehåll befaras strida mot grundläggande konkurrensrättsliga regler. Egna analyser har redan gjorts i föregående kapitel, och i detta kapitel har jag för avsikt att anlägga ett bredare perspektiv på de olika moment som diskuterats ovan.

Det finns mycket att säga om de problem som kan tänkas uppstå i mötet mellan den tvingande konkurrensrätten och skiljeförfarandets idé om en partsstyrd och skräddarsydd konfliktlösning med minimal offentlig inblandning. Dessutom är konfliktlösning en praktisk process, och de problem som identifierats ovan kan ligga på det teoretiska planet utan att nödvändigtvis ha så stor praktisk sprängkraft i skiljeförfarandet. Det är likväl intressant att diskutera de motsättningar som uppstår och vilka rimliga lösningar som kan aktualiseras.

5.2 Skiljedomsmässigheten och överträdelsefrågan

Av effektivitetsskäl och av praktiska skäl har lagstiftaren valt att de civilrättsliga verkningarna av konkurrensrättsliga frågor ska vara skiljedomsmässiga och ska få prövas av skiljemän. Man har således släppt kontrollen över vad som får betraktas som ett rättsområde med annars starka offentlighetsrättsliga inslag och stora mått av samhällsintresse, med en förhoppning om att skiljemän ska agera lojalt och tillämpa konkurrensrätten på ett korrekt sätt. Som tidigare diskuterats så lutar HD i Systembolagsdomen mot att inte bara de civilrättsliga verkningarna utan även själva överträdelsefrågan, dvs. huruvida ett konkurrensbrott faktiskt har skett, ska få prövas av skiljenämnden. Motivet till detta tycks vara att en annan ordning vore aningen opraktisk, speciellt i de fall det inte finns något offentlighetsrättsligt avgörande eller beslut där ett offentligt organ slagit fast att ett avtal är konkurrensbegränsande eller att missbruk av dominerande ställning är för handen. Skulle det vara så att talan inför skiljenämnden enbart gäller överträdelsefrågan och att det inte finns några direkta civilrättsliga verkningar skulle den tvisten sannolikt klassas som icke skiljedomsmässig. Med HD:s logik är det rimligt med en paketlösning där skiljenämnden inom ett visst toleransutrymme tillåts pröva överträdelsefrågan om det är så att själva huvudfrågan i tvisten rör de civilrättsliga verkningarna, exempelvis skadestånd eller hävning av avtal.

En mycket intressant följdfråga blir vilka konsekvenser det får om rättstillämparen på detta vis öppnar upp för skiljemän att pröva konkurrensrättsliga överträdelsefrågor. Det har visat sig finnas ett stort praktiskt behov av att låta skiljenämnder pröva det civilrättsliga efterledet, vilket må vara en ordning som passar de fall då det finns ett offentlighetsrättsligt beslut som har avgjort själva överträdelsefrågan. I majoriteten av de konkurrensrättsliga fall som skiljenämnder ställs inför så torde något sådant tidigare avgörande dock inte finnas, vilket i praktiken gör det mycket svårt att avdöma de civilrättsliga verkningarna utan att gå in på huruvida en överträdelse i konkurrensfrågan faktiskt har skett. Ett strikt krav på ett offentlighetsrättsligt beslut som avgjort överträdelsefrågan ska finnas skulle således effektivt minska möjligheterna att även få frågor kring hävning och skadestånd prövade inför skiljenämnd, eftersom överträdelsefrågan måste avgöras någonstans. Konsekvensen av att låta skiljemän ta upp överträdelsefrågan till prövning blir att viss makt och kontroll förskjuts från den statliga sidan till parterna och skiljenämnden, vilket förstås kan vara problematiskt med tanke på de starka offentlighetsrättsliga inslag och allmänna intressen som konkurrensrätten har.

En aspekt i den maktförskjutningen berör det faktum att det är långt ifrån säkert att skiljenämnden kommer att hantera konkurrensrätten korrekt, och det är osäkert om beskyddandet av det starka offentliga intresse som konkurrensrätten utgör kan utföras och tillvaratas av en skiljenämnd. Med tanke på skiljeförfarandets privata natur kan det också ifrågasättas om det är rimligt att lägga den bördan på en skiljenämnd som egentligen bara har att avdöma tvisten, och inte har de befogenheter eller resurser som exempelvis Konkurrensverket eller EU-kommissionen har. Även om parterna ofta är måna om att välja kompetenta skiljemän med specialkunskaper att avgöra en aktuell tvist så representerar skiljemännen enbart sig själva när de väl tar plats i skiljenämnden, och de har ingen resursstark myndighet som backar upp dem. De har inte heller någon möjlighet till sådana exekutiva och tvingande åtgärder som Konkurrensverket och domstolar har när de vill hämta in material och bevisning. Utredningen av komplexa konkurrensrättsliga frågor och möjligheterna att nå fram till en ”korrekt” och med offentliga myndigheter identisk dom i överträdelsefrågan riskerar därmed att bli lidande. Situationen blir inte heller bättre av att de utvalda skiljemännen ändå får sägas stå i ett visst problematiskt beroendeförhållande till parterna: det är de tvistande parterna som valt sina skiljemän, vilket ofta är ett lukrativt uppdrag, och skiljeförfarandets tendens att vara väldigt partsvänligt och partsfokuserat innebär en stor risk att skiljemännen sätter de tvistande parternas intresse och krav på tvistens innehåll framför konkurrensrättens intressen.

En annan aspekt av maktförskjutningen som kommer av att låta skiljenämnder pröva överträdelsefrågan är att parternas dispositionsfrihet kan komma att påverka den konkurrensrättsliga bedömningen avsevärt. Det finns alltså en stor risk att ramen för tvisten, som parterna har full frihet att sätta gränserna för, inte ger plats åt konkurrensrätten vilket förhindrar skiljemännen att identifiera och inkorporera konkurrensrättsliga moment i tvisten. Att hänvisa till dispositionsfriheten i skiljeförfarande blir således ett enkelt sätt för parter att undkomma att tvingande moment tas in i tvisten. Detta kan vara en svår nöt att knäcka eftersom just friheten att utforma tvisten som man vill är ett skäl till att parter överhuvudtaget väljer skiljeförfarande som forum för tvistelösning. Här torde skiljenämnder kunna gå in och ex officio tillämpa tvingande konkurrensrättsliga regler, och låta ex officio-institutet spela en viktig och fullt berättigad roll genom att identifiera konkurrensrättsliga aspekter de finner problematiska. Att låta kommersiella parter undkomma tvingande konkurrensrätt genom att använda sin dispositionsfrihet skulle säkerligen uppfattas som stötande eftersom det kan få oerhört negativa följder för samhället och marknaden om exempelvis rättsvidriga konkurrensbegränsande avtal får stå fast.

Problemen till trots är långt ifrån orimligt att låta skiljenämnder pröva själva överträdelsefrågan. Skulle deras tillämpning av konkurrensrätten visa sig vara felaktig kan skiljedomen ogiltigförklaras i de fall när skiljenämnden anses ha överträtt det ovan nämnda toleransutrymmet. Dessutom torde de flesta skiljemän ha integritet nog att göra en så fullgod och ansvarsfull tillämpning av konkurrensreglerna som de är kapabla till, och de skulle säkerligen hantera konkurrensrätten på samma sätt som annan lagstiftning hanteras i skiljeförfarande, nämligen genom sedvanlig tillämpning och utredning. Det finns således ändå anledning att lita på att skiljemännen tillämpar konkurrensrätten lojalt. Dessutom skulle avsaknad av skiljedomsräddighet kunna leda till att parter använder det som ett medel att obstruera skiljeförfarande i sin linda: tvingande konkurrensrättsliga frågor skulle då utgöra hinder för att ta upp tvisten inför skiljenämnd vilket part skulle kunna hävda är fallet och därmed undkomma att tvisten tas upp. Det skulle eventuellt inte ens krävas att parten ifråga har ett bra underlag för sitt påstående utan skiljenämnden skulle ändå välja att kliva av uppdraget när de ställs inför den svåra och komplexa bedömningen huruvida ett konkurrensbrott har ägt rum, av rädsla över att döma över ett icke skiljedomsräddigt spörsmål. Detta argument har främst framförts till förmån för att skiljemän ska få pröva konkurrensrättens civilrättsliga verkningar, men det torde även vara giltigt vad gäller deras möjlighet att pröva själva överträdelsefrågan eftersom den frågan är så nära sammankopplad med det civilrättsliga efterledet. Det förutsätter självfallet att skiljemännen tillämpar konkurrensrätten lojalt, och det skulle vara en bra kontrollmekanism att allmänna domstolar vid ogiltighetsprövningar får undersöka och pröva skiljedomens överensstämmelse med den tvingande konkurrensrätten. Utöver detta så talar även effektivitetsskäl för att dessa frågor ska vara skiljedomsräddiga, då det inte alltför ofta finns offentligrättsliga avgöranden att bygga sin talan på och därmed måste skiljemännen på något vis pröva överträdelsefrågan.

5.3 Toleransutrymmet – hur stort sådant är rimligt?

Hur stort svängrum ska en skiljenämnd ha när de hanterar konkurrensrättsliga frågor, och hur långt ifrån den ”korrekta” bedömningen kan de tillåtas landa utan att skiljedomen ska kunna klandras med framgång? Ger man skiljenämnder mandat att pröva överträdelsefrågan förefaller det naturligt att de också ges ett visst utrymme: de har inte samma resurser och befogenheter att utreda konkurrensrättsliga spörsmål som offentliga institutioner har, vilket man från det offentliga sida inte heller kan förvänta sig. Det offentliga torde dock ha full rätt att förvänta sig att skiljenämnder, såsom även diskuterades avseende skiljedomsräddigheten, tillämpar konkurrensrätten lojalt och korrekt. En sådan tillämpning ställer samtidigt krav på skiljemännens

integritet, och krav på att de inte i alltför stor grad tillfredsställer parternas önskan att utforma tvisten efter behag om det riskerar att hämma konkurrensrättens genomslag.

HD:s slutsats att när det konkurrensrättsliga läget är klart ska toleransutrymmet vara snävt förefaller logisk. Ett sådant klart rättsläge skulle kunna uppstå då exempelvis Konkurrensverket konstaterat en överträdelse, vilket bör ha en stark bevisverkan. Utrymmet för skiljenämnder att i det läget gå emot ett sådant beslut bör vara synnerligen litet. I de flesta fall finns dock inget sådant offentligrättsligt avgörande eller beslut, vilket ger skiljenämnden ett betydligt större utrymme eftersom enbart de fall då skiljenämnden gjort en uppenbart felaktig bedömning ska drabbas av ogiltighet. Det är bra att man kräver att skiljenämnden gjort en rättsligt godtagbar analys och grundligt motiverat sitt ställningstagande, men det torde vara svårt att kräva mer från statlig sida så länge man inte ger skiljemännen möjlighet att begära någon typ av förhandsavgörande eller utlåtande från en offentlig instans. Att helt förbjuda skiljenämnder att fatta ett avgörande när det konkurrensrättsliga läget är oklart är inte rimligt, eftersom ett sådant förbud skulle sätta stopp för många processer där konkurrensrättsliga frågor aktualiseras.

Att ge skiljenämnder ett relativt vidsträckt toleransutrymme kan dock vara problematiskt, och kan leda till att endast uppenbara fall av felaktiga bedömningar leder till domstolsingripande och ogiltighet. Det är högst tvivelaktigt om EU-rätten tillåter en sådan ordning: likvärdighetsprincipen kräver att inhemska processuella regler inte på något sätt får missgynna unionsrätten, och effektivitetsprincipen kräver att inhemska processuella regler inte i praktiken får göra det omöjligt eller orimligt svårt för konkurrensrätten att få ett fullvärdigt genomslag. Genom att endast låta uppenbara missbedömningar av skiljenämnder leda till en framgångsrik klandertalan riskerar den europeiska konkurrensrätten, som svensk konkurrensrätt i princip är fullt harmoniserad med, att få ett haltande genomslag vilket EU-rätten utifrån sitt perspektiv torde ha svårt att acceptera då en fungerande europeisk konkurrensrätt är en omistlig beståndsdel i den inre marknaden. När det konkurrensrättsliga rättsläget framstår som oklart är det således tvivelaktigt om EU-rätten skulle godkänna det relativt stora utrymme till felaktiga bedömningar som HD ger skiljenämnder.

5.4 Uppenbarhetsrekvisitet

Som har konstaterats ovan så upprätthåller HD ett krav på uppenbar oförenlighet med *ordre public* vad gäller ogiltighet vid skiljenämnders felbedömningar i själva överträdelsefrågan. Den bakomliggande orsaken är att upprätthålla en viss autonomi och frihet för skiljeförfarande vilket

ligger helt i linje med dess unika natur. Det är dock av intresse att fundera kring den uppdelning mellan klara och oklara konkurrensrättsliga rättslägen som HD gör i Systembolagsmålet, och framförallt huruvida uppenbarhetsrekvisitet är acceptabelt ur ett EU-rättsligt perspektiv.

Vid klara konkurrensrättsliga lägen, såsom när en överträdelse har konstaterats från offentligrättsligt håll, torde uppenbarhetsrekvisitet inte vara problematiskt eftersom en överträdelse tycks bekräfta att en skiljedom som kommer fram till något annat på uppenbara grunder strider mot tvingande konkurrensrätt. Det är dock ytterst tveksamt om man från ett EU-rättsligt håll skulle ha overseende med en sådan ordning. Risker är inte bara att skiljemäns utrymme för felaktiga bedömningar blir för stort, utan att möjligheterna att få en konkurrensrättsligt felaktig skiljedom ogiltigförklarad blir väldigt små. Det är svårt att se varför man från EU-rättsligt håll skulle acceptera en sådan nationell ordning, särskilt med tanke på den oerhört centrala roll som konkurrensrätten spelar på europeisk nivå vad gäller en fungerande inre marknad och hur starkt harmoniserad den är med svensk nationell rätt. Det svenska uppenbarhetsrekvisitet framstår således som ett hinder för konkurrensrättens fulla genomslag inom skiljeförfarande. Som vi har sett tidigare kräver EU-rätten att nationella processuella regler inte får hindra konkurrensrättens genomslag, vilket definitivt riskerar att ske om kravet på uppenbarhet skulle kvarstå. Som tidigare diskuterats har det hävdats att EU-domstolen genom Eco Swiss-målet ändå är villig att acceptera mindre nationella avvikelser vad gäller *ordre public* och konkurrensstridighet, och att medlemsstaterna ändå besitter en viss autonomi vad gäller processuella regler. Man kan betrakta det så att det som EU konstaterat är att unionens konkurrensrätt utgör *ordre public*, men att man ger ett visst mått av frihet åt den processuella hanteringen av ogiltighetstalan.

Min tolkning är dock att det är ytterst tveksamt om EU-domstolen, om frågan skulle komma att ställas på sin spets, skulle godta den svenska ordningen med ett uppenbarhetsrekvisit. Att låta skiljenämnder överhuvudtaget pröva konkurrensrättsliga frågor är inte bara ett undantag utan också, som HD framhåller, en processuell särregel. Att utsträcka ytterligare befogenheter till skiljenämnder vad gäller konkurrensrättsliga frågor ter sig omotiverat eftersom man redan sträckt sig relativt långt genom att tillåta annars icke skiljedomsmässiga frågor att prövas inför skiljenämnd. Det Eco Swiss-domen visar är att det absolut inte finns något krav på uppenbarhet för att konkurrensstridiga skiljedomar ska kunna utsättas för prövning, utan det räcker med att skiljedomen bedöms strida mot de två unionsrättsliga kardinalreglerna inom konkurrensrätten, artikel 101 och 102. Argumentet som talar för att ha kvar kravet på uppenbarhet är förstås

relaterade till den autonomi och effektivitet som är skälet till att parter ofta väljer skiljeförfarande från första början, men det framstår ändå som orimligt att parter ska kunna undkomma tvingande konkurrensrättsliga regler och dessutom att en ogiltighetsprövning görs näst intill omöjlig av uppenbarhetsrekvisitet. Det framstår således som orimligt att bevara rekvisitet i dess nuvarande form då det torde gå långt utöver den processuella autonomi som EU ger medlemsstaterna, öka risken markant för felaktiga bedömningar av skiljenämnder, och i förlängningen sätta käppar i hjulet för den tvingande konkurrensrättens fulla genomslag i Sverige.

5.5 Ex officio-frågan och dispositionsprincipen

Om det är så att skiljemän inte bara kan utan dessutom ska beakta konkurrensfrågor ex officio innebär det självfallet en inskränkning av parternas frihet att disponera över tvisten och dess ramar. Utgångspunkten vid skiljeförfarande är, vilket också kommer till uttryck i propositionen, att parternas dispositionsfrihet ska sättas i första rummet och att skiljemännen ska vara bundna av parternas yrkanden och åberopanden. Att då rucka på dispositionsprincipen skulle betraktas som mycket riskfyllt och innebära viss gränsdragningsproblematik kring hur omfattande ex officio-prövning från skiljenämndens sida som skulle kunna accepteras. Dessutom torde det vara omöjligt att rucka på dispositionsprincipen såsom det är idag.

Det råder inga tvivel om att de centrala konkurrensrättsliga reglerna i egenskap av tvingande regler innebär en viss inskränkning av parternas frihet att utforma och påverka vad som tas upp i tvisten. Min åsikt är dock att skiljenämnders val att beakta konkurrensfrågor inte nödvändigtvis betyder att skiljeförfarandet tappar i effektivitet eller ändamål. Tvärtom ökar det chansen att producera en skiljedom som står sig och är juridiskt ”korrekt” och samstämmig med Konkurrensverkets ståndpunkt. I ett större perspektiv skulle det framstå som olustigt om skiljemän tvingades stå handfallna och betrakta hur parterna duckar och undkommer att träffas av tvingande rättsregler, vilket skulle te sig svårförståeligt ur allmänhetens synvinkel. Det är viktigt att förstå att även om tvisten gäller mellan parterna finns det andra intressen i tvisten som förtjänar att beaktas, såsom den tvingande konkurrensrätten där starka offentligrättsliga och i förlängningen politiska mål och intressen ständigt gör sig påminda. Att sådana intressen utgör en hörnsten i tvingande lagstiftning är helt naturligt och måste respekteras. Som tidigare diskuterats torde det inte vara främmande för institutet skiljeförfarande, utan det kan betraktas som en del av förfarandets funktion vilket i förlängningen kan föra med sig en respekt och trovärdighet för skiljeförfarandet som institution.

Argumentet att kontrollen av eventuella konkurrensöverträdelser bör ligga på det offentligas bord har viss bäring, och det är fullt rimligt att privata skiljenämnder inte har samma arsenal av resurser, befogenheter och tvångsåtgärder som behövs för att utreda konkurrensbrott. Det är således förståeligt att skiljenämnder iakttar en viss försiktighet om de noterar att eventuella konkurrensbrott är vid handen. Men med tanke på de starka offentliga intressen som ligger bakom konkurrensrätten så framstår det ändå som rimligt att de genom någon form av processledning eller ex officio-bedömning lyfter frågan på bordet, och på så sätt drar sitt strå till stacken. Om parterna inte är villiga att låta sig processledas på det viset så kvarstår alltid möjligheten för skiljenämnden att avsäga sig uppdraget för att inte riskera att leverera en skiljedom som riskerar att ogiltigförklaras såsom stridande mot tvingande regler.

5.6 Övertillämpning och undertillämpning

HD:s syn förefaller vara att en övertillämpning av konkurrensrätten är acceptabel, eftersom det skulle tendera att gagna konkurrensrättens genomslagskraft i skiljeförfarande. Ur skiljenämndens synvinkel är det förstås mer attraktivt att övertillämpa konkurrensrätten för att undkomma risken att skiljedomen ogiltigförklaras. Risken med en sådan ordning är dock att företag vars handlingar rent materiellt inte strider mot konkurrensreglerna ändå riskerar att drabbas, vilket förstås är problematiskt. Å andra sidan ger övertillämpning ett skydd mot konkurrensbrott betraktat ur det offentligas synvinkel, och det skulle säkerligen uppfattas som stötande ur allmän synpunkt om undertillämpning av konkurrensrätten i skiljeförfarande skulle vara normen.

I skiljeförfarandets privata och säregna natur ligger också att staten inte tar något ansvar för att den privata rättskipningen landar i fullständigt ”korrekta” bedömningar, utan det är en risk som parterna i skiljeförfarande måste acceptera. Däremot är det fullt rimligt att det finns gränser för hur högt och lågt skiljenämnden får gå i sin bedömning vad gäller över- och undertillämpning, och generellt kan det vara svårt att ge ett exakt svar utan att titta på de specifika omständigheterna i fallet. Samtidigt förefaller det fullt logiskt att skiljenämnder lutar mer åt övertillämpning än undertillämpning eftersom de i möjligaste mån ska sträva efter att producera en verkställbar skiljedom som inte riskerar att ogiltigförklaras i en efterföljande domstolsprocess. Diskussionen om över- och undertillämpning har också vissa likheter med frågan kring toleransutrymmet på så sätt att skiljenämnder ges visst spelutrymme inom vissa kontrollerade ramar, vilket parterna får välja att antingen köpa eller inte. Om man inte går med på det så får

man avhålla sig från skiljeförfarande om man vill undvika riskerna. Så länge skiljenämnder tillåts pröva konkurrensrättsliga frågor kommer risken för övertillämpning vara konstant överhängande med anledning av intresset att undvika en efterföljande ogiltigförklaring. Det är också en ordning som det offentliga torde vara tämligen nöjd med, både från nationellt håll och från EU-håll, då det bibehåller ett starkt genomslag av konkurrensrätten och markerar dess viktiga allmänna natur för samhället och EU:s inre marknad.

5.7 Avslutande synpunkter

Systembolagsdomen är banbrytande på det sätt att den slår fast att det är möjligt för en part i skiljeförfarande att under vissa förutsättningar få till en materiell överprövning av skiljedomen i allmän domstol. Däremot så kan en part inte genom klandertalan få till stånd en fullständig materiell överprövning av de konkurrensrättsliga frågor skiljenämnden gjort, utan det krävs att skiljedomen står i direkt strid med konkurrensrättslig praxis eller innehåller en uppenbart felaktig bedömning för att skiljedomen ska kunna klandras med framgång. En överprövning kan egentligen liknas vid en högre instanskontroll med sådana överklaganden som sker i vanliga juridiska förfaranden, och om skiljenämnder nu har mandat att pröva konkurrensrättsliga överträdelsefrågor så förefaller det motiverat att också öka möjligheterna till materiell överprövning av en skiljedoms materiella innehåll för att säkerställa att konkurrensrätten får det genomslag som lagstiftaren önskar.

6. Källförteckning

Offentligt tryck

Svensk lagstiftning

- Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
- Rättegångsbalk (1942:740)
- Lag (1999:116) om skiljeförfarande
- Konkurrenslag (2008:579)
- Konkurrensskadelag (2016:964)

EU-rättslig lagstiftning

- Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
- Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget
- Kommissionens förordning 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden
- Kommissionens förordning 316/2014 av den 21 mars 2014 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av avtal om tekniköverföring
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser

Internationella konventioner

- Konvention om erkännande av verkställighet av utländska skiljedomar (New York-konventionen)

Svenska förarbeten

- Proposition 1992/93:56
- Proposition 2003/04:80
- Proposition 2007/08:135
- SOU 1994:81

Övrigt

- European Commission, staff working paper, annex to the green paper COM (2005) 672, antaget 19/12/2005

Litteraturförteckning

Andersson, Torbjörn. ”Svensk skiljedomsrätt och EG:s konkurrensrätt – reflektioner i anledning av EG-domstolens avgörande i Eco Swiss-målet”. *Juridisk Tidskrift* nr 2, 1999-00. Sid. 443-466.

Bernitz, Ulf. ”Konkurrens och skiljedom – var går gränserna för domstols prövning?”. *Juridisk Tidskrift* nr 4, 2015-16. Sid. 883-892.

Bernitz, Ulf. *Svensk och europeisk marknadsrätt 1: Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*. Andra upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik, 2015.

Blanke, Gordon. ”The role of EC competition law in international arbitration: A plaidoyer”. *European Business Law Review* vol. 16(1) sid. 169-181.

Cars, Thorsten. *Lagen om skiljeförfarande – En kommentar*. Stockholm: Fakta Info Direkt Sweden, 1999.

Cronstedt, Nina. ”Konkurrensrättsliga tvisters skiljedomsrättsmässighet”. *Juridisk Tidskrift* nr 5, 1994-95. Sid. 1045-1069.

Dempegiotis, Sotiris. "EC Competition Law and International Arbitration in the Light of EC Regulation 1/2003". *Journal of International Arbitration* vol. 25(3) sid. 365-395.

Henriksson, Lars. "Konkurrensrättens skiljedomsförfarande". *Juridisk Tidskrift* nr 3, 2015-16. Sid. 679-695.

Heuman, Lars. *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure*. New York: Juris Publishing, 2003.

Heuman, Lars. *Skiljemannarätt*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2009.

Heuman, Lars. "Översyn av lagen om skiljeförfarande". *Juridisk Tidskrift* nr 2, 2014-15. Sid. 439-466.

Karlsson, Johan, Wetter, Carl och Östman, Marie. *Konkurrensrätt – en kommentar*. Fjärde upplagan. Stockholm: Thomson Reuters, 2009.

Komninos, Assimakis. "Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement". *Journal of International Arbitration* vol. 245(2). sid. 211-238.

Korling, Fredrik och Zamboni, Mauro (red). *Juridisk metodlära*. Lund: Studentlitteratur, 2013.

Kvart, Johan och Olsson, Bengt. *Tristlösning genom skiljeförfarande: en handledning till lagen om skiljeförfarande*. Tredje upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik, 2012.

Lindskog, Stefan. *Skiljeförfarande – En kommentar*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2005.

Madsen, Finn. *Skiljeförfarande i Sverige: en kommentar till lagen (1999:116) om skiljeförfarande och till reglerna för Stockholms handelskammars skiljedomsinstitut*. Andra upplagan. Stockholm: Jure Förlag, 2013.

Mayer, Pierre. "Mandatory Rules of Law in International Arbitration". *Arbitration International* vol. 2(4), 1986. Sid. 274-293.

Möller, Gustaf. ”En doktorsavhandling om skiljemannauppdraget”. *Juridisk Tidskrift* nr 1, 2001-02. Sid. 143-150.

Schöldström, Patrik. *The arbitrators mandate – a comparative study of relationships in commercial arbitration under the laws of England, Germany, Sweden and Switzerland*. Stockholm: Jure Förlag, 1998.

Waincymer, Jeff. ”International Commercial Arbitration and the Application of Mandatory Rules of Law”. *Asian International Arbitration Journal* vol. 5(1). Sid. 1-45.

Westberg, Peter. *Civilrättskipning*. Andra upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik, 2013.

Rättsfallsförteckning

Svensk praxis

- Göta hovrätt T 33-00 Staten genom Luftfartsverket mot Scandinavian Airlines System (2001-04-27)
- NJA 2015 s. 438

EU-rättslig praxis

- Mål 6/64 Costa mot ENEL
- Mål 56/65 Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH
- Mål 8/72 Cementhandlaren mot Kommissionen
- C-126/97 Eco Swiss China Limited mot Benetton International