



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Martin Linder

Högsta domstolens prövning av
konkurrensrättsliga skiljedomar
- En analys av aktuell praxis

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Karol Nowak

Termin: VT 2019

Innehållsförteckning

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
1 INLEDNING.....	3
1.1 Bakgrund	3
1.2 Syfte.....	4
1.3 Frågeställningar	4
1.4 Metod	4
1.5 Avgränsningar.....	4
1.6 Disposition.....	5
1.7 Terminologi	5
2 SKILJEFÖRFARANDE OCH PUBLIC POLICY	6
2.1 Skiljeförfarande	6
2.2 New York-konventionen och modellagen.....	7
2.3 Public Policy.....	7
2.3.1 Processuell eller materiell	8
2.3.2 Nationell, internationell eller transnationell.....	8
2.3.3 Ogiltighet på grund av svensk public policy	9
3 KONKURRENSRÄTTENS SKILJEDOMSMÄSSIGHET	10
3.1 EU:s konkurrensrätt.....	10
3.2 Konkurrensrättsliga frågor i skiljeförfarande	11
3.2.1 Konkurrensrättens skiljedomsrämsighet i EU	11
3.2.2 Konkurrensrättens skiljedomsrämsighet i Sverige.....	12
4 KONKURRENSRÄTTSLIGA PRÖVNINGAR I EUROPA.....	12
4.1 Eco Swiss och efterföljande praxis från EU-domstolen.....	12
4.2 Den minimalistiska skolan	15
4.3 Den maximalistiska skolan	16
4.4 Mellanvägen	17
4.5 Överklagan av skiljedom i svensk lag	17
5 HÖGSTA DOMSTOLENS PRAXIS	18
5.1 NJA 2015 sid. 438 - Systembolaget	18
5.2 NJA 2018 sid. 323 - Den norska skiljedomen.....	19
5.3 Några kommentarer till domstolens avgöranden	19
6 SLUTSATS.....	23
KÄLLFÖRTECKNING.....	26
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	30

SUMMARY

The aim of this thesis is to analyse from a European perspective the position of the Swedish Supreme Court on the review of arbitral awards regarding issues of competition law.

Arbitration plays a crucial role in the field of international commerce largely due to its ability to expediently present to the parties a final, binding and internationally enforceable award. In the *Eco Swiss* judgement, however, the European Court of Justice implemented a European "second look" doctrine when it held that competition law, as an integral part of the legislation of the European Union, is to be considered public policy in the respective member states and shall be seen as grounds for review and potential annulment of arbitral awards. As the scope of review and exact public policy nature of the legislation was not specified a divergent practice has developed in the Union as some courts take a minimalist approach while others perform more thorough reviews. Two cases recently decided by the Swedish Supreme Court provide an opportunity to analyse its position regarding the balance struck between respecting the finality of arbitral awards and the obligation to uphold community law.

It was found that while the review as a rule should rely on the arbitral tribunals findings on the evidence and be restricted to their legal reasoning the court may perform an official examination *de novo* especially if the question has not been considered by the arbitral tribunal. Clarification is desired as to when the court is obligated to request from the Court of Justice a preliminary ruling should there be uncertainty as to established law. With regards to questions of tort and economic liability arising from contractual disputes the issue of public policy does not seem to come into play. The reasoning of the court seems to align well with the Court of Justice case law and in a European context positions the court as more "maximalistic" than previously assumed.

SAMMANFATTNING

Syftet med denna uppsats är att ur ett europeiskt perspektiv analysera Högsta domstolens position angående prövning av skiljedomar med konkurrensrättsliga frågeställningar.

Skiljeförfarandet spelar en nyckelroll inom internationellt näringsliv mycket genom sin förmåga att på ett skyndsamt sätt framställa en slutgiltig, bindande och internationellt verkställbar skiljedom. Genom sitt domslut i *Eco Swiss* införde dock EU-domstolen en europeisk "second look"-doktrin när den beslutade att konkurrensrätten, såsom en grundläggande del av Europeiska Unionens lagstiftning, ska tillhöra respektive medlemsstats public policy och utgöra grund för prövning och eventuell ogiltighet av skiljedomar. Eftersom omfattningen av sådan prövning och lagstiftningens status som public policy inte specificerades närmare har en varierande praxis utvecklats inom Unionen då vissa domstolar antar en minimalistisk inställning medan andra gör mer omfattande prövningar. Högsta domstolen har på senare tid avgjort två mål som ger möjlighet att analysera domstolens position ifråga om balansen mellan att respektera slutgiltigheten av en skiljedom och plikten att upprätthålla unionsrättslig lagstiftning.

Det befanns att även om prövningen som huvudregel ska förlita sig på skiljenämndens bevisvärdering och begränsas till det rättsliga resonemanget kan domstolen göra en *de novo* officialprövning särskilt om den konkurrensrättsliga frågan inte behandlats av skiljenämnden. Förtydligande efterfrågas angående när domstolen är skyldig att begära förhandsavgörande från EU-domstolen vid oklarhet om gällande rätt. Ifråga om skadestånd och talan om ekonomisk ersättning verkar frågan om public policy inte bli aktuell. Domstolens resonering tycks väl i linje med EU-domstolens praxis och placerar i en europeisk kontext domstolen mer åt det "maximalistiska" hållet än vad som tidigare antagits.

1 INLEDNING

1.1 Bakgrund

Skiljeförfarandet är ett viktigt redskap för tvistlösning inom internationell handel. New York-konventionen¹ syftar till att säkerställa skiljeförfarandets effektivitet och har ratificerats av samtliga Europeiska Unionens² medlemsstater. Konventionen begränsar de grunder på vilka en nationell domstol kan åsidosätta en utländsk skiljedom. En av dessa grunder är i det fall verkställighet skulle strida mot statens public policy, ett begrepp som tillämpas också i fråga om nationella skiljedomar. Genom förhandsavgörandet i målet *Eco Swiss* klargjorde EU-domstolen att den unionsrättsliga konkurrensrätten tillhör public policy och att domstolar är skyldiga att åsidosätta skiljedomar som strider mot denna. Det är oklart hur långtgående denna "second look"-skyldighet, som härstammar från US Supreme Courts avgörande i *Mitsubishi*-målet³, är. Hur EU-rättens upprätthållande ska vägas mot intresset av effektivt skiljeförfarande har i europeisk praxis och doktrin diskuterats utifrån två olika synsätt, det minimalistiska respektive det maximalistiska. Skiljenämnder anses idag kompetenta att tillämpa samtliga civilrättsliga delar av unionens konkurrensrättsliga reglering men en trend ses mot mer ingående prövning av skiljedomar. I svensk rätt har på senare år frågan varit aktuell i Högsta domstolen i två rättsfall vilket föranledde domstolen att göra flera ställningstaganden i frågan. Det privata skiljeförfarandet spelar onekligen en viktig roll för den internationella handeln och utvecklandet av den europeiska marknaden. Samtidigt står det delvis i konflikt med såväl nationell domstol som unionens målsättning om harmoniserad tillämpning och konkurrensrättens fokus på konsumentintresset och offentlig insyn. Det är därför av intresse ur såväl principiell som praktisk synvinkel att se hur svensk domstolspraxis i praktiken hanterar dessa i flera avseenden motstående intressen.

¹ Konvention om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar, hädanefter benämnt NYC.

² Hädanefter benämnt EU.

³ Supreme Court of the United States. *Mitsubishi v Soler*, 473 U.S. 614 (1985)

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att utifrån en unionsrättslig och europeisk kontext analysera Högsta domstolens hantering av frågan om prövning av konkurrensrättsliga frågor i skiljedomar.

Detta primärt utifrån domstolens praxis genom två nyligen publicerade domar och mot bakgrund av EU-rättslig och europeisk praxis samt internationell doktrin.

1.3 Frågeställningar

1. I vilken mån ska svenska domstolar pröva konkurrensrättsliga frågor i skiljedomar?
2. Hur förhåller sig Högsta domstolens ställningstaganden till EU-domstolens praxis?
3. Hur förhåller sig Högsta domstolens ställningstaganden till europeisk praxis?

1.4 Metod

Utgångspunkten har varit en rättsdogmatisk metod.⁴ Begreppet public policy är inte materiellt definierat i svensk rätt och betydande utveckling har skett sedan lagens förarbeten tillkom. Analysen har därför i stor utsträckning gjorts mot bakgrund av praxis från EU-domstolen och europeiska domstolar samt doktrin.⁵ Domstolars förhållande till skiljeförfarandet handlar i stor utsträckning om principiella avväganden. Doktrin blir därför av särskilt stort intresse för att belysa dessa frågeställningar. Samtidigt har fokus legat på att klargöra gällande svensk rätt utifrån den praxis som nu ändå utkommit från Högsta domstolen.

1.5 Avgränsningar

Internationella skiljeförfarandens förhållande till nationell och överstatlig rätt är ett område i ständig utveckling och debatt innefattande många aktörer och intressen. Snäva avgränsningar och prioriteringar har därför varit påkallade. Uppsatsen rör endast en begränsad del av de frågor som faller inom konkurrensrättens område. Bland annat är prövning av skiljedomar en fråga starkt anknyten till frågor som skiljedomsrätt och skiljemäns kompetens samt skyldigheter vilket inte ryms inom ramen för uppsatsen. Ifråga

⁴ Se Kleineman, sid. 21ff.

⁵ Se Reichel, sid. 109ff.

om lagstiftning berörs den som ansetts relevant för att utifrån syftet kunna besvara frågeställningarna.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med en kort beskrivning av skiljeförfarandet och innebörden av begreppet public policy. I tredje kapitlet behandlas skiljeförfarandets relation till den unionsrättsliga konkurrensrätten och i det fjärde hur europeiska domstolar och bedömare hanterat frågan om konkurrensrättens status som public policy. I kapitel 5 redogörs för två rättsfall då Högsta domstolen ställts inför frågan om ogiltigförklaring av skiljedomar på konkurrensrättens område med efterföljande kommentarer. Frågeställningarna besvaras slutligen i kapitel 6.

1.7 Terminologi

Uttrycket *public policy* används här även i betydelsen *ordre public* och *grunderna för rättsordningen*. Även om innebörden i viss mån skiljer sig åt⁶ kan de i sammanhanget anses synonyma och används allmänt på detta sätt. Begreppen public policy och ordre police fyller exempelvis samma funktion i NYC:s engelska respektive franska översättning. I förarbetena till LSF används också begreppen ordre public och grunderna för rättsordningen uttryckligen synonymt⁷ och i doktrin har begreppen i sammanhanget behandlats utifrån en gemensam innebörd.⁸

I uppsatsen hänvisas till olika principer inom EU-rätten. Det kan därför nämnas att enligt principen om *processuell autonomi* får varje medlemsstat, så länge det inte är reglerat i unionsrätten, själv utforma sin processuella ordning för att implementera EU-rättslig reglering.⁹ Denna frihet begränsas dock av principen om *lojalt samarbete*¹⁰ varur följer *likvärdighetsprincipen* som innebär att processuella regler gällande enskildas rättigheter som härleds ur unionsrätten inte får vara mindre gynnsamma än de för likartade nationella

⁶ Holzmann, sid. 914, Shelkopyas sid. 172f.

⁷ Prop 1998/99:35 sid. 139ff.

⁸ Liebscher, sid. 73f.

⁹ Kowalik-Bańczyk, sid. 218ff.

¹⁰ Se artikel 4.3 Fördraget om Europeiska unionen.

rättigheter samt *effektivitetsprincipen* som innebär att utövandet av dessa rättigheter inte får göras alltför svårt eller praktiskt omöjligt.¹¹

I uppsatsen behandlas både svenska och utländska skiljedomar. Överklagan av dessa kan röra ogiltighet för svenska skiljedomar medan utländska skiljedomar vägras erkännande eller verkställighet. Eftersom prövningen i svensk domstol är densamma används för enkelhets skull uttrycket ogiltighet även för utländska skiljedomar.

2 SKILJEFÖRFARANDE OCH PUBLIC POLICY

2.1 Skiljeförfarande

Skiljeförfarandet har beskrivits såsom ett alternativt och parallellt system till nationella domstolar vars legitimitet och rättsliga kraft paradoxalt nog likväl bygger på sanktionering i lagstiftning och internationella konventioner.¹² Grundläggande egenskaper som ansetts kännetecknande för skiljeförfarandet är dess roll som alternativ till nationell domstol, att det är en privat tvistlösningsmetod utvald och kontrollerad av parterna samt att det genererar ett slutligt och bindande avgörande ifråga om parternas rättigheter och skyldigheter.¹³ Idag ses skiljeförfarandet, mycket tack vare möjligheten till partsautonomi och effektivitet, som ett viktigt inslag inom det internationella näringslivet. I en undersökning angav exempelvis 97 % av de tillfrågade att det var en del av den föredragna metoden för internationell tvistlösning.¹⁴ De vanligast angivna anledningarna till detta var möjligheten att undvika vissa rättssystem och domstolar samt verkställbarheten av den resulterande skiljedomen.¹⁵

¹¹ Se förenade målen C-430/93 och C-431/93 *Van Schijndel / Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* punkt 17.

¹² Shelkopyas sid. 4ff, Mistelis sid. 65f.

¹³ Lew sid. 2 – 3.

¹⁴ The School of International Arbitration 2018 sid. 5.

¹⁵ Ibid sid. 7.

2.2 New York-konventionen och modellagen

En grundläggande förutsättning för valet av skiljeförfarande som tvistlösningsmetod är möjligheten att göra skiljedomen internationellt verkställbar.¹⁶ I NYC liksom i modellagen¹⁷ återfinns en uttömmande lista på de grunder enligt vilka en nationell domstol kan åsidosätta verkställigheten av en utländsk skiljedom. Förutom de processuella grunder som anges i NYC artikel V(1)(a-e) innehåller artikel V(2)(a-b) ytterligare två grunder på vilka en domstol kan åsidosätta en skiljedom. Dessa gäller då skiljenämnden avgjort en fråga som enligt verkställighetsstatens lag inte får avgöras av skiljemän respektive att verkställighet av skiljedomen skulle strida mot verkställighetsstatens public policy. På så sätt tillförsäkras verkställighetsstaten en säkerhetsventil för att bibehålla den slutliga kontrollen över skiljeförfarandet.¹⁸ Det materiella innehållet i begreppet är lämnat till varje land att avgöra men för att fullgöra konventionens syfte att säkerställa skiljeförfarandets effektivitet är det ämnat att tolkas och appliceras starkt restriktivt. I ett ofta citerat mål inför USA:s Supreme Court uttrycktes detta enligt följande:¹⁹

“We conclude, therefore, that the Convention's public policy defense should be construed narrowly. Enforcement of foreign arbitral awards may be denied on this basis only where enforcement would violate the forum state's most basic notions of morality and justice.”

2.3 Public Policy

Som kan utläsas ur stycket ovan anses uttrycket *public policy* hänförligt till en stats grundläggande uppfattningar om moral och rättvisa. Den faktiska innebörden kan förvisso skifta beroende på sammanhanget²⁰ och det har beskrivits som en omöjlig uppgift att ge begreppet en närmare definition.²¹ Shelkopyas beskriver public policy som ett begrepp vars karaktär kan skifta beroende på i vilket sammanhang det används. Ifråga om ett tvistemåls

¹⁶ Mistelis sid. 84.

¹⁷ D.v.s. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL):s modellag. Se UNCITRAL 2008 och dess kapitel VII, artikel 34(2)(b)(ii) och artikel 36(1)(b)(ii) samt sid. 35 i förklarande text.

¹⁸ Lew sid. 722, UNCITRAL 2016 sid. 240.

¹⁹ *Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Société Générale de l'Industrie du Papier RAKTA and Bank of America* 508 F. 2d 969 (2nd Cir., 1974) punkt 9.

²⁰ Shelkopyas sid. 185.

²¹ Lew, sid 722, Mayer & Sheppard sid. 252.

skiljedomsrätt och valet om tillämplig lag kan public policy utgöras av den lagstiftning parter inte kan avtala bort. Vid bedömningen av en meddelad skiljedom kan public policy däremot ses mer ur en principiell synvinkel, som en grund för domstolen i beslutet om ogiltighet.²² Public policy kan således förstås i form av konkret och fixerad lag eller en mer flexibel princip vars tyngd kan vägas mot andra intressen.

2.3.1 Processuell eller materiell

Public policy kan avse *processuella* eller *materiella* aspekter. Processuella aspekter rör skiljeförfarandets handläggning och principer såsom skiljemännens opartiskhet och att parterna ska få tillfälle att framföra sin talan.²³ Denna del av public policy överlappar till stor del klandergrunderna i artikel V1 NYC.²⁴ Materiell public policy rör skiljedomens innehåll.²⁵ Det kan gälla att skiljedomen förpliktar till en prestation som är förbjuden i lag eller bygger på bakomliggande brottslig verksamhet.

2.3.2 Nationell, internationell eller transnationell

En stats public policy kan indelas i *nationell* respektive *internationell* public policy. Nationell policy utgörs i sammanhanget av lagar och rättsliga normer som varje nation ser som nödvändiga i inhemska förfaranden, såsom tvingande lagstiftning.²⁶ Internationell public policy kan beskrivas som den del av nationell policy en nation anser oundgänglig även i internationella sammanhang med hänsyn tagen till andra staters rättssystem och internationell handel.²⁷ Det har framförts och är allmänt accepterat att public policy enligt NYC ska förstås som respektive stats internationella public policy.²⁸ Denna har föreslagits vara uppdelbar i tre kategorier: grundläggande principer om rättvisa och moral som en stat vill skydda även om den inte är direkt inblandad; de regler som tjänar en stats essentiella

²² Shelkopyas sid. 206ff.

²³ Born sid. 3684.

²⁴ Mayer & Sheppard sid. 256. Se också exempel i svensk rätt NJA 2018 sid. 291 där Högsta domstolen åsidosatte en utländsk skiljedom på processuell klandergrund men uttalade att förfarandet "*åsidosatt en för internationella skiljeförfaranden grundläggande rättssäkerhetsgaranti*".

²⁵ Mayer & Sheppard sid. 253.

²⁶ Shenoy sid. 79f.

²⁷ Ibid sid. 80.

²⁸ Mayer & Sheppard sid. 251.

politiska, sociala eller ekonomiska intressen ("lois de police" eller public policy-regler varunder konkurrensrätten sorteras²⁹) samt en stats plikt att respektera sina åtaganden mot andra stater eller internationella organisationer. Distinktionen mellan nationell och internationell public policy upprätthålls i varierande grad inom olika rättssystem och i svensk rätt görs ingen uppdelning.³⁰

Det har också framförts ett koncept av *transnationell* public policy vilket beskrivits som rättsliga normer och principer som är allmängiltiga för alla civiliserade nationer. Exempelvis menar Lalive att parternas rätt att i ett skiljeförfarande välja tillämplig lag ska ses som en transnationell princip.³¹ Att olagliga förehavanden såsom narkotikasmuggling eller terrorism inte behandlas av skiljenämnder anses vara transnationell public policy.³² Gällande NYC finns dock ingen plikt eller faktisk praxis som kan beskrivas såsom transnationell.³³ Enligt Komninos kan sägas att om tidigare konkurrensrättsliga tvister varit icke skiljedomsmissiga på grund av sin public policy-natur kan deras skiljedomsmissighet nu tvärtom ses som en transnationell princip.³⁴

2.3.3 Ogiltighet på grund av svensk public policy

Svenska domstolar har endast ett fåtal gånger ogiltigförklarat eller hindrat verkställighet av skiljedomar av skäl hänförliga till public policy. I NJA 2002 C 45 befanns verkställighet av en skiljedom meddelad i Slovenien vara i strid med public policy då det kunde misstänkas att skiljedomen tillkommit för att ge sakrättsligt skydd i en konkurs för egendom som tillförskaffats genom brottslig verksamhet.³⁵

Domstolars skyldighet att *ex officio* göra vissa efterforskningar när omständigheterna föranleder misstanke om brott mot public policy bekräftades av HD i NJA 2015 sid. 433. Svea hovrätt hade erkänt verkställighet av en lettisk skiljedom enligt vilken ett lettiskt företag med anledning av kontraktsbrott tillerkänts 32 miljoner SEK av en svensk privatperson via dennes enskilda firma. Personen hade informerats om skiljeförfarandet men varken svarat eller medverkat och hade inte heller klandrat skiljedomen i lettisk domstol. Vid verkställighet

²⁹ Ibid sid. 255.

³⁰ Bermann sid. 63f, se också NJA 2018 sid. 323 "Den norska skiljedomen" som behandlas nedan.

³¹ Lalive sid. 20.

³² Lalive sid. 15, 25.

³³ Shenoy sid. 101 – 102.

³⁴ Komninos sid. 8f, Mayer & Sheppard sid. 255.

³⁵ Se Heuman & Millqvist.

invändes dock att något avtal inte ingåtts. Högsta domstolen ansåg med hänsyn till omständigheterna att en närmare undersökning borde gjorts och återförvisade fallet till Svea Hovrätt. Hovrätten åsidosatte skiljedomen när det lettiska företaget efter förfrågan inte avhörde med närmare förklaring kring omständigheterna.³⁶

3 KONKURRENSRÄTTENS SKILJEDOMSMÄSSIGHET

3.1 EU:s konkurrensrätt

Konkurrensrätten utgör tvingande lagstiftning inom EU och kan inte avtalas bort mellan parter. Den syftar till att motverka snedvridning av konkurrensen och att skapa en fri och dynamisk gemensam inre marknad. Detta ska främja konsumentintresset genom lägre priser, bättre kvalitet och större urval av varor och stärka europeiska företags ställning på den internationella marknaden.³⁷ Artikel 3.1 b) i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt³⁸ ger unionen exklusiv befogenhet att lagstifta om konkurrensrätten gällande den inre marknaden.

Regleringen återfinns i artiklarna 101 – 109 FEUF varav artiklarna 101 och 102 blir aktuella för denna uppsats. Artikel 101 förbjuder konkurrensbegränsande avtalsvillkor mellan företag såsom marknadsuppdelning, prissättnings-samarbeten eller produktionsbegränsande avtal. Sådana avtal eller avtalsvillkor är ogiltiga *ex tunc* och kan beröra alla verkningar av avtalet bakåt och framåt i tiden och kan inte göras gällande mot tredje man. Artikel 102 förbjuder missbruk av företags dominerande ställning vilket kan ta sig uttryck i att olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner eller genom på annat sätt oskäligen avtalsvillkor. Den svenska Konkurrenslagen (2008:579) har utformats väsentligen likalydande med unionsrätten förutom vad gäller samhandelskriteriet, vilket innebär att unionsrätten blir tillämplig endast när förfarandet har potential att påverka handeln mellan medlemsstater. Svensk och unionsrättslig reglering ska tillämpas parallellt när båda är tillämpliga.³⁹

³⁶ Svea Hovrätts dom den 31 oktober 2016 i mål Ö 7419-15

³⁷ European Commission sid. 3.

³⁸ Hädanefter FEUF.

³⁹ Artikel 3.1, rådets förordning nr 1/2003 av den 16 december 2002.

3.2 Konkurrensrättsliga frågor i skiljeförfarande

Konkurrensrättsliga frågor uppkommer sällan om parter inte redan har ett existerande avtalsförhållande med skiljeklausul. Det vanligaste sättet på vilket konkurrensrättsliga frågor blir aktuella i ett skiljeförfarande är som ett försvar, en sköld, mot anklagelser om avtalsbrott. Den försvarande parten kan då hävda sig inte bunden av avtalet på den grunden att villkoret är ogiltigt såsom stridande mot konkurrensrättslig reglering.⁴⁰ Ett annat scenario är användandet av konkurrensrätten som ett svärd. Typiskt sett involverar detta anspråk relaterade till skador ena parten lidit på grund av motpartens medverkan i kartellliknande verksamhet men kan också röra sig exempelvis om missbruk av dominerande ställning.⁴¹ Skiljeförfarande kan användas även i andra situationer såsom vid företagskoncentrationer och för avtalstolkning mellan parter som i utgångsläget inte nödvändigtvis har framfört några krav på motparten, varvid konkurrensrättsliga tveksamheter kan uppdagas utan att detta påtänkts av de inblandade. Konkurrensrättsliga frågor kan naturligtvis bli aktuella även i fall då parterna använder skiljeförfarandet just för att kunna lösa inbördes tvister utan att deras otillåtna förfarande upptäcks av myndigheter.⁴² Dessa frågor har ansetts närmast omöjliga för en domstol att upptäcka även vid ingående granskning och det torde ligga i parternas intresse att inte genom klander exponera sig för risken att bli påkommen. Dessa fall och den omdebatterade frågan om vilken plikt som i detta scenario åligger skiljemän kommer inte behandlas närmare i denna uppsats.

3.2.1 Konkurrensrättens skiljedomsrättslighet i EU

Skiljeförfarandet är ett område som lämnats närmast helt oreglerat i EU:s lagstiftning. Under lång tid fanns en ömsesidig skepsis mellan EU och skiljeinstitutet vilket i mycket kan förklaras av deras motsatta natur. Skiljeförfarande sågs som ett sätt för parter att undkomma tvingande lagstiftning och skiljemän ansågs inte kompetenta att hantera konkurrensrättsliga frågor medan EU-kommissionen å sin sida sågs som en inkräktare på skiljeförfarandets autonomi.⁴³

⁴⁰ Komninos sid. 6f.

⁴¹ Se "Systembolaget". Dessa situationer är numera reglerade i direktiv 2014/104/EU respektive Konkurrensskadelagen (2016:964) som uttryckligen uppmuntrar till alternativa tvistlösningar, inklusive skiljeförfarande.

⁴² Farhågor av detta slag uttrycktes bland annat av Werner.

⁴³ Komninos sid. 4f, Geradin sid. 7.

I dagsläget anses skiljedomstolar i allmänhet behöriga och kompetenta att fullt ut hantera de civilrättsliga verkningarna av såväl artikel 101 som 102 FEUF.⁴⁴ I frågor om skadestånd ska också parterna uppmuntras att nå förlikning exempelvis genom skiljedom vilket får ses som ett erkännande av skiljenämnders kompetens på området.⁴⁵ Bland annat Komninos har påpekat att skiljeförfarandet genom sin starka koppling till internationell handel och möjligheten till fri rörlighet av domar kan vara ett nyttigt redskap i förverkligandet av den gemensamma inre marknaden.⁴⁶ På senare år har också samarbete mellan EU-kommissionen och skiljeinstitut inletts för att tillförsäkra korrekt tillämpning av konkurrensrätten med respekt för skiljeförfarandets egenskaper som privat och effektiv tvistlösning.⁴⁷

3.2.2 Konkurrensrättens skiljedomsrämsighet i Sverige

Såväl svenska som utländska skiljeförfaranden regleras i lag (1999:116) om skiljeförfarande.⁴⁸ Enligt 1 § LSF anges att förlikningsbara frågor är skiljedomsrämsiga. Som huvudregel är således den tvingande konkurrensrätten inte skiljedomsrämsig. Dock anges i 1 § 3 stycket att skiljenämnd får pröva de civilrättsliga verkningarna mellan parterna. Som kommer behandlas i kapitel 6 har denna särreglering givits en vid tolkning med hänvisning till den prövning som görs av domstol.

4 KONKURRENSRÄTTSLIGA PRÖVNINGAR I EUROPA

4.1 Eco Swiss och efterföljande praxis från EU-domstolen

Det har länge funnits en uppfattning om att konkurrensrätten tillhör public policy inom EU och det har varit tveksamt om skiljenämnder ska hantera dessa frågor. Genom sitt förhandsavgörande i målet Eco Swiss⁴⁹ besvarade EU-domstolen denna fråga samtidigt som man underblåste en debatt som fortfarande i högsta grad är aktiv, nämligen domstolarnas

⁴⁴ Gauer & Lubkin sid. 27.

⁴⁵ Punkt 48 i förordnen till direktiv 2014/104/EU, se också direktivets kapitel 6. I svensk rätt är direktivet implementerat i form av Konkurrensskadelagen (2016:964).

⁴⁶ Komninos sid. 4.

⁴⁷ Gauer, Lubkin sid 34 – 36.

⁴⁸ Hädanefter benämnd LSF.

⁴⁹ Mål C-126/97 *Eco Swiss*.

skyldighet att ogiltigförklara konkurrensrättsstridiga skiljedomar, den så kallade "second look"-doktrinen.

I målet Eco Swiss ålades Benetton i skiljeförfarande att betala sina motparter Eco Swiss och Bulova 24 respektive 3 miljoner USD i skadestånd på grund av förtida uppsägning av ett licensavtal. Någon konkurrensrättslig invändning gjordes inte i skiljeförfarandet men i nederländsk domstol yrkade Benetton ogiltighet av skiljedomens med hänvisning till att den stred mot public policy eftersom licensavtalet som sagts upp var konkurrensrättsligt ogiltigt. Hoge Raad begärde förhandsavgörande av EU-domstolen angående skyldigheten att ogiltigförklara en skiljedom på konkurrensrättsliga grunder. EU-domstolen bekräftade det man tidigare fastslagit i *Nordsee*-avgörandet, nämligen att skiljenämnder inte utgör domstolar i en medlemsstat och därmed inte kan begära förhandsavgörande från EU-domstolen.⁵⁰ För att möjliggöra tolkning från EU-domstolen åligger det således nationella domstolar att ta upp frågor som rör gemenskapsrätten för en andra prövning. Domstolen fastslog att det av hänsyn till skiljeförfarandets effektivitet ska iaktas återhållsamhet vid prövning och att ogiltigförklaring av skiljedomar ska ske endast i undantagsfall. Man refererade också till NYC:s restriktioner ifråga om grunder för att ogiltigförklara en skiljedom. Även med detta i åtanke slogs dock fast att artikel 101 FEUF⁵¹ utgör en grundläggande och oundgänglig bestämmelse för den inre marknadens funktion och att avtal som strider mot denna artikel är ogiltiga. Därför ska en nationell domstol bifalla ett yrkande baserat på brott mot artikel 101 FEUF i den mån nationella regler påbjuder bifall på grund av regler hänförliga till public policy. Det slutliga svaret blev att:⁵²

"En nationell domstol som har att avgöra ett yrkande om ogiltigförklaring av en skiljedom måste bifalla yrkandet då den anser att domen i fråga faktiskt strider mot artikel 85⁵³ i fördraget, om den enligt interna processuella bestämmelser måste bifalla ett yrkande om ogiltigförklaring som hänför sig till att grunderna för den nationella rättsordningen har åsidosatts."

⁵⁰ C-102/81 *Nordsee*.

⁵¹ Såsom uttryckts i bland annat *Manfredi* C-295/04 – C-298/04 (punkt 31) inbegrips även artikel 102 FEUF. Se också punkt 1 i förordet till direktiv 2014/104/EU.

⁵² Punkt 41 EU-domstolens dom.

⁵³ Nuvarande artikel 101 FEUF.

Däremot ansågs denna skyldighet inte sträcka sig till att domstolen måste åsidosätta interna processuella bestämmelser såsom att dom inte får överprövas efter att den vunnit laga kraft även om den hade befunnits ogiltig vid sådan överprövning.

Att EU-domstolen alls behandlade frågan tolkades som ett implicit godkännande av den bakomliggande premisen, nämligen att konkurrensrättsliga frågor var föremål för skiljeförfarande. Domen gav dock utrymme för tolkningar. Dels betonades återhållsamhet i ogiltigförklaring av skiljedomar, dels angavs att artikel 101 ”kan” anses hänföra sig till public policy.⁵⁴ Det noterades också att skyldigheten gäller ”i den mån domstolen enligt interna processuella regler måste” åsidosätta en skiljedom med hänsyn till public policy.⁵⁵ Även om andemeningen således kan tolkas som en uppmaning att ingående granska skiljedomar för konkurrensrättskränkningar kan i den faktiska ordalydelsen utrymme ses för medlemsstaternas processuella autonomi på området.

Efter *Eco Swiss* kvarstod alltså frågeställningen huruvida verkligen alla kränkningar av konkurrensrätten måste medföra ogiltigförklaring av skiljedomar? Och hur stor ansträngning ska domstolen göra för att ta reda på det?⁵⁶

Efterföljande praxis från EU-domstolen

EU-domstolen har sedan *Eco Swiss* inte avgjort något direkt vägledande mål om domstolars skyldighet vid prövning av konkurrensrättsliga skiljedomar. Samtliga avgöranden som åberopats i praxis och doktrin har tveksam tyngd på området. I målet *Renault vs. Maxicar*⁵⁷ ansåg EU-domstolen att en felaktig tillämpning av konkurrensrättsliga regler inte kunde anses strida mot public policy och hindra verkställighet i en annan medlemsstat. Detta gällde dock ett mål som avgjorts i nationell domstol som haft möjlighet att begära förhandsavgörande i frågan. I målen *Asturcom*⁵⁸ och *Mostaza Claro*⁵⁹ klargjorde EU-domstolen skyldigheten att ex officio tillförsäkra enskildas rättigheter enligt gemenskapsrätten, men dessa fall rörde konsumenter och oskäligen skiljeklausuler. Ett fall

⁵⁴ Punkt 39.

⁵⁵ Se domstolens svar ovan.

⁵⁶ Sörensen & Torp sid. 51.

⁵⁷ Mål C-38/98 *Renault*.

⁵⁸ Mål C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones*.

⁵⁹ Mål C-168/05 *Mostaza Claro*.

som rönt stor uppmärksamhet är *Genentech*⁶⁰ där franska Cour d'appel vid prövning av överklagan av en skiljedom ställde frågan till EU-domstolen huruvida ett licensavtal stred mot den unionsrättsliga konkurrensrätten. Även om EU-domstolen avstod från att göra några vägledande uttalanden ifråga om domstolarnas skyldigheter gjorde generaladvokaten i sitt betänkande flera uttalanden där han ifrågasatte den minimalistiska hållning som etablerats framför allt i Frankrike. Han betonade att det är domstolarnas, snarare än skiljenämndernas, uppgift att säkerställa att skiljedomar respekterar den unionsrättsliga regleringen. Han menade också att det uppenbarhetsrekvisit som etablerats gjorde prövningen illusorisk och att konkurrensrätten inte innefattar några "godtagbara" begränsningar. Eftersom domstolen avstod från att uttala sig i frågan stannade dock uttalandet vid en, förvisso förhållandevis tungt vägande, åsikt.

EU-domstolen har således i *Eco Swiss* och efterföljande praxis i stor utsträckning lämnat till varje medlemsstat att förhålla sig till konkurrensrättens status som public policy. Den efterföljande divergensen i praxis och doktrin har benämnts den *minimalistiska* kontra den *maximalistiska* skolan. Emedan den minimalistiska skolan förespråkar begränsad prövning av domstolarna och att skiljedomar åsidosätts endast i exceptionellt grova fall menar den maximalistiska skolan att en noggrann prövning ska göras och skiljedomar åsidosättas oberoende av allvarligheten i den konkurrensrättsliga kränkningen.

4.2 Den minimalistiska skolan

Det minimalistiska synsättet, som länge dominerat europeisk domstolspraxis,⁶¹ lägger stor vikt vid slutgiltigheten i skiljeförfarandet och förlitar sig på skiljemännens kompetens vad gäller bedömningen av de rättsliga frågorna. *Shelkopyas* hävdar exempelvis att skyddsintresset för public policy-invändningen inte är de konkurrensrättsliga lagarna i sig utan de grundläggande samhällsliga principer och värden lagen ska skydda. En skiljedom ska således ogiltigförklaras endast då den innebär konkreta effekter på dessa värden.⁶² Så länge det kan konstateras att skiljenämnden behandlat de frågor som uppkommit och inte medvetet eller visat grov underlåtenhet att tillämpa relevant lagstiftning trots att den åberopats innebär en avvikande bedömning av konkurrensrätten inte i sig att lagstiftningens

⁶⁰ Mål C-567/14 *Genentech*.

⁶¹ di Brozolo sid. 7ff.

⁶² *Shelkopyas* sid. 361.

syfte undermineras. Domstolen är inte en andra instans i målet utan prövningen ska begränsas till skiljedomen i sig utan överprövning i sak eller alltför ingående ifråga om rättsliga bedömningar.⁶³ Detta brukar benämnas som ett förbud mot ”*révision au fond*”.⁶⁴ Det mest framträdande exemplet i praxis på den minimalistiska inställningen torde vara fallet *Thalès vs. Euromissile* som gav upphov till de frekvent åberopade rekvisiten att en kränkning ska vara ”uppenbar, effektiv och konkret”.⁶⁵ I målet, som även det handlade om ett uppsagt avtal, ansågs det att varken skiljenämnden eller parterna åberopat konkurrensrättsliga grunder tala för att konkurrensrättsstridigheten inte var uppenbar och domstolen kunde inte göra en omprövning i sak på grund av fråga om en potentiell överträdelse som inte åberopats eller berörts av skiljenämnden.⁶⁶ I Mourre och di Brozolos kritik av målet *Marketing Displays*,⁶⁷ där nederländsk domstol åsidosatte en skiljedom med hänvisning till konkurrensrättsstridighet av ett exklusivt licensavtal,⁶⁸ ges ännu ett argument för en minimalistisk hållning då de ansåg att den prövande domstolen själv gjorde en felaktig konkurrensrättslig bedömning. En domstolsprövning ansågs således inte utgöra en garanti för upprätthållandet av konkurrensrättsregleringen.⁶⁹

4.3 Den maximalistiska skolan

Det maximalistiska synsättet tar fasta på att konkurrensrättsliga frågor är materiellt omfattande och konkurrensrättsstridiga förfaranden sällan uppenbara. För att upprätthålla konkurrensrätten krävs därför mer ingående kontroll. Med hänsyn till effektivitets och likvärdighetsprinciperna måste felaktig tillämpning av konkurrensrätten också kunna leda till ogiltighet inte endast vid exceptionellt grova fall såsom förfaranden hörande till den ”hårda kärnan”. Exempelvis har Idot kritiserat utfallet i *Thalès* för att domstolen tillät verkställighet av en skiljedom som ersatte det positiva intresset av ett olagligt avtals fulla verkanslängd.⁷⁰ Mayer har påpekat att skiljedomsmässighet inte innebär att skiljenämnden har sista ordet i

⁶³ Mourre sid. 176ff.

⁶⁴ Komninos sid. 38ff.

⁶⁵ ”*Flagrante, effective et concrète*”. Cour d’Appel de Paris. *SA Thalès Air Defense v. GIE Euromissile et al.* 2002/19606, beslut av den 18 nov 2004.

⁶⁶ Målet refereras frekvent i litteratur och berörs bland annat av Komninos sid. 38f.

⁶⁷ Cour d’Appel de La Haye. *Marketing Displays International Inc. v. VR Van Raalte Reclame BV*, mål 04/694 och 04/695, beslut av den 24 mars 2005

⁶⁸ Komninos sid. 41f.

⁶⁹ Mourre sid. 183ff.

⁷⁰ Idot sid. 42.

förfarandet utan endast det första och att ansvaret för public policy ligger hos domstolen som måste ha praktisk möjlighet att upprätthålla statens intressen.⁷¹ I praxis har denna inställning inte haft betydande genomslag och ovan nämnda *Marketing Displays* tycks stå ensam som slutgiltigt åsidosatt skiljedom.

4.4 Mellanvägen

Senare års praxis och doktrin har avvikit från den tidigare förhärskande minimalistiska synen på prövningar. Kanske mest framträdande har detta varit i fransk rätt där åtminstone Cour d'appel har frångått kravet på uppenbarhet och numera är beredd att göra en mer ingående kontroll.⁷² Det faktum att man i Genentech-målet begärde förhandsavgörande sågs som ett tecken på att man frångått den återhållsamma linje som etablerades i Thalès-fallet. Generaladvokat Wathelets uttalanden som behandlats ovan har också rönt stor uppmärksamhet och debatt även om hans kategoriska syn kritiserats som praktiskt ohållbar.⁷³ En pragmatiskt hållen mellanväg har föreslagits av flera bedömare. Även om det finns gradskillnader i åsikterna tycks det finnas en konsensus att skiljedomar som medför ett konkret förfarande med potentiellt reell konkurrensstörande effekt ska kontrolleras mer ingående av domstolen för att säkerställa dess följsamhet med konkurrensrätten. Ifråga om skiljedomar, såsom utdömt skadestånd, där den eventuella konkurrensstörningen inte upprätthålls genom skiljedomen kan snarare en prima facie-bedömning göras för att åsidosättande av uppenbara och graverande kränkningar ska möjliggöras.⁷⁴

4.5 Överklagan av skiljedom i svensk lag

Klandergrunder för svenska och utländska skiljedomar återfinns i 34 respektive 54 §§ LSF. Dessa överensstämmer med motsvarande grunder i NYC och är föremål för preklusion. Talan ska väckas inom två månader från den dag parten fick del av skiljedomen i sin slutliga lydelse och klandergrunderna kan inte åberopas om parten avstått från att göra den gällande

⁷¹ Mayer sid. 206.

⁷² Frankrike som alltså tidigare ansetts som flaggbärare för det minimalistiska synsättet, praxisförändringen har beskrivits av Rodrigues. Det kan ses som illustrativt att den franska regeringen intervenerade i målet mot sin egen domstol och hävdade att frågan inte var motiverad eftersom fransk rätt inte tillät omprövning i sak. Cour de cassation avlog dock motpartens överklagan ifråga om begäran om förhandsavgörande.

⁷³ Idot sid. 43.

⁷⁴ Liknande resonemang och bedömningar görs av Mayer, Geradin, Idot och di Brozolo.

genom att utan invändning medverka i förfarandet.⁷⁵ Dessa tas således inte upp *ex officio* av hovrätten och den klagande parten har full bevisbörda för sina åberopanden.

I 33 respektive 55 §§ återfinns grunder för ogiltighet alternativt hinder för erkännande och verkställighet av skiljedomar. Dessa grunder föreligger då skiljedomsfrågan enligt svensk lag inte får avgöras av skiljemän respektive om skiljedomen uppenbart strider mot public policy. Paragraferna ges ifråga om domstolens prövning samma innebörd,⁷⁶ ska beaktas *ex officio*⁷⁷ och blir inte föremål för preklusion men bevisbördan kvarstår på den klagande parten.⁷⁸ I samband med moderniseringen av LSF som trädde i kraft 2019 diskuterades förslaget att göra ogiltighetsgrunderna tidsbegränsade och föremål för preklusion för att öka effektiviteten och slutgiltigheten i svenskt skiljeförfarande och därmed dess attraktionskraft. Med hänsyn bland annat till det allmännas intresse beslutades dock att public policy skulle kvarstå som ogiltighetsgrund.⁷⁹ Heuman har å sin sida argumenterat för att endast ha klandergrunder. Han pekade bland annat på principen om skiljedomens slutgiltighet och framhåller att EU-domstolen genom Eco Swiss bekräftat att sådana processuella regler enligt vilka en public policy-talan kan prekluderas inte är oförenligt med EU-rätten.⁸⁰

5 HÖGSTA DOMSTOLENS PRAXIS

5.1 NJA 2015 sid. 438 - Systembolaget

Denna tvist hänförde sig till att personer associerade med The Absolute Company AB (Absolut) åtalats för bestickning av personal på Systembolaget AB (Systembolaget) varpå de senare, med hänvisning till grovt avtalsbrott, upphävde vissa inköpsavtal mellan parterna. Absolut krävde skadestånd och i skiljeförfarandet befanns att Systembolaget visserligen haft avtalsmässig rätt att häva avtalen men att man missbrukat sin ställning som superdominant och därmed var ersättningskyldig till summan 57 miljoner SEK + ränta. Systembolaget överklagade till Svea hovrätt och yrkade ogiltighet bland annat med hänvisning till public policy eftersom skiljenämnden feltolkat konkurrensrättsliga regler och återställt en situation

⁷⁵ Även total passivitet gentemot förfarandet kan räknas som att inte invända, se NJA 2018 s. 504.

⁷⁶ Punkt 10, Den norska skiljedomen.

⁷⁷ Se NJA 2014 sid. 433 nedan.

⁷⁸ Se Born sid. 3320.

⁷⁹ Se Prop. 2017/18:257 Sid. 44 – 46.

⁸⁰ Heuman 2014 sid. 442f.

som skapats genom bestickningsbrott. Man hävdade att skiljenämnden övertillämpat konkurrensrätten vid utdömande av skadestånd samt hindrat Systembolaget i sin ingripandeplikt enligt artikel 37 FEUF. Överklagandet ogillades på samtliga punkter och verkställighet medgavs.

5.2 NJA 2018 sid. 323 - Den norska skiljedomen

I NJA 2018 sid. 323 blev konkurrensrättsliga frågor aktuella som en sköld mot förpliktelser sprungna ur förment konkurrensrättsstridiga avtalsvillkor. Det norska företaget Smart Board ansökte om verkställighet av en skiljedom gentemot J.O. produkter i Sverige. Smart Board tillverkade MDF-panel i J.O:s fabrik fram till december 2015. Enligt avtalet fick J.O. efter detta inte utbjuda motsvarande produkter till andra under en period av två år. Då J.O. inom denna tid hyrde ut produktionslinjen till ett annat företag påkallade Smart Board skiljeförfarande i Norge var J.O. förpliktades att: inte låta konkurrerande produkter tillverkas i lokalerna, betala skadestånd till Smart Board för brott mot avtalsklausulen och att ersätta Smart Boards förfarandekostnader. Konkurrensrättsliga invändningar lyftes inte under förfarandet. Verkställighet av domen motsattes i Svea Hovrätt av J.O. bland annat på public policy-grunden att det bakomliggande avtalet stred mot konkurrenslagstiftningen. Hovrätten medgav verkställighet efter att ha konstaterat att skiljedomen inte uppenbart stred mot tvingande konkurrensrättsliga regler. Högsta domstolen fann att då förbudstiden för det konkurrensbegränsande villkoret utlöp och skadeståndet var en fråga som parterna kunde förlikas om kunde skiljedomen inte åsidosättas som stridande mot public policy. Två skiljaktiga menade att även vid förlikningsbara tvistefrågor torde skiljedomen kunna strida mot public policy oavsett om J.O. gjort invändning först i hovrätten. Med hänvisning till att Eco Swiss-domen också berörde ett skadestånd menade man att hovrätten borde gjort en officialprövning även ifråga om denna del i skiljedomen för att ge de unionsrättsliga reglerna erforderligt genomslag.

5.3 Några kommentarer till domstolens avgöranden

Sörensen & Torp har föreslagit en "skandinavisk modell" av hur domstolar förhåller sig till second look-doktrinen utifrån bland annat Systembolagsdomen som refereras ovan. I korthet jämförs först skiljedomens rättsenlighet mot gällande nationell eller unionsrätt. Om

unionsrätten blir aktuell kan behövas begäran om förhandsavgörande vid osäkerhet om rättsläget. Därefter undersöks skiljedomen utifrån nationell processreglering huvudsakligen utan EU-rättslig inblandning för att avgöra hur ingående prövning som ska göras och huruvida public policy överträtts och ska prioriteras före skiljedomens slutgiltighet. Författarna anser att Högsta domstolens inställning är i linje med europeisk och EU-domstolens praxis.⁸¹ Undertecknad instämmer i modellbeskrivningen men tolkar måhända in något mindre återhållsamhet i Högsta domstolens uttalanden ifråga om prövning och ogiltighetsförklaring.

Nedan följer korta kommentarer av några av Högsta domstolens ställningstaganden. I nästa kapitel besvaras sedan uppsatsens frågeställningar.

Ingen åtskillnad mellan svenska och utländska skiljedomar

Inledningsvis kan konstateras att prövningen av svenska och utländska skiljedomar ska ske enligt samma principer och public policy-standard.⁸² Dock uttalar domstolen att när unionsrätten är inblandad kan principerna om likvärdighet och effektivitet medföra att acceptansen blir mindre vad gäller skiljenämndens rättsliga bedömningar och att mer ingående granskning kan bli aktuell.⁸³

Huruvida åtskillnad görs mellan nationella och internationella skiljedomar varierar mellan medlemsstater som i dessa fall tenderar till en ökad benägenhet att verkställa internationella skiljedomar gentemot nationella.⁸⁴ Högsta domstolens differentiering mellan nationell och unionsrättslig konkurrensrätt har ifrågasatts av Henriksson som menar att uppenbarhet inte ska krävas heller vid nationell konkurrensrätts tillämpning.⁸⁵

Likabehandling förordas också av di Brozolo, dock från det motsatta perspektivet att unionsrättslig lagstiftning inte ska granskas mer ingående eftersom regleringens syfte och bakomliggande principer är desamma oavsett regelverk och att mer ingående prövning inte är påbjuden enligt Eco Swiss.⁸⁶

⁸¹ Sörensen & Torp sid. 51ff.

⁸² Den norska skiljedomen punkt 10.

⁸³ Systembolaget punkt 18 – 26.

⁸⁴ IBA sid. 3ff.

⁸⁵ Henriksson sid. 691f.

⁸⁶ di Brozolo sid. 773.

Skiljenämnds behörighet att avgöra konkurrensrättsliga frågor

En extensiv tolkning görs av särregleringen i 1 § 3 stycket LSF angående konkurrensrättens "civilrättsliga verkningar" vilket ger skiljenämnder en bred befogenhet angående parter inbördes relationer i dessa frågor. Skiljenämnder får således avgöra även frågor som rör tvingande lagstiftning såsom huruvida parter ska vara bundna av konkurrensbegränsande avtalsvillkor. Detta kompenseras av en mer omfattande prövning och större benägenhet att tillämpa public policy som grund för ogiltighet vid dessa frågor.

I samband med översikten av LSF föreslog Heuman ovanstående reglerings utmönstring då skiljenämnders befogenhet regleras via EU-rätten inom vilken skiljenämnd som nämnts ovan anses ha långtgående befogenheter.⁸⁷ För att säkerställa nuvarande ordning kvarlämnades dock stycket som tidigare.⁸⁸ Så länge ingen begränsning stadgas i EU-rätten torde detta inte ha någon praktisk betydelse.

Hur ingående prövning ska göras?

Även om prövningen som utgångspunkt ska ske utifrån befintlig bevisvärdering och gälla rättsliga frågor lämnas öppet för fördjupad kontroll även när konkurrensrättsliga frågor behandlats i skiljeförfarandet.⁸⁹ I de fall konkurrensrättsliga frågor inte behandlats under skiljeförfarandet ska dock en officialprövning göras inklusive "en viss processledning."⁹⁰ Mot bakgrund av de unionsrättsliga principerna om likvärdighet och effektivitet samt att skiljenämnders befogenhet att avgöra tvingande frågor utgör en processuell särreglering⁹¹ anses det tveksamt om ogiltighet kan begränsas till att bli aktuellt endast vid uppenbar oförenlighet. I stället föreslås i de fall det inte är uppenbart huruvida skiljedomen är förenlig med konkurrensrätten att förhandsavgörande efterfrågas och detta oavsett om målet härrör ur domstol eller skiljeförfarande.⁹² Detta synes dock gälla endast ifråga om den tvingande konkurrensrätten och i de fall skiljedomen eventuellt "påbjuder eller upprätthåller ett *handlande* som är konkurrensrättsligt otillåtet."⁹³ När det kommer till den dispositiva delen, exempelvis skadestånds motivering och storlek, gör Högsta domstolen i förevarande fall

⁸⁷ Heuman 2014 sid. 441.

⁸⁸ Prop. 2015:37 sid. 173f.

⁸⁹ Se hovrättens bedömning i senare målet, Högsta domstolens dom den 30 april 2019 i mål T 796-18, sid 47ff.

⁹⁰ Den norska skiljedomen punkt 24 – 27.

⁹¹ Se 1 § 3 stycket LSF.

⁹² Punkt 23 Systembolagsdomen.

⁹³ Punkt 13 Den norska skiljedomen. Undertecknads kursivering.

ingen bedömning av det bakomliggande avtalets konkurrensrättsenlighet eller beloppets skälighet. I båda fallen anses skiljedomarna röra frågor som är på detta sätt dispositiva och därmed inte faller under public policy-grunden.

I internationell doktrin tycks utbredd konsensus råda att endast grövre överträdelser av konkurrensrätten kan anses strida mot public policy i den grad att skiljedomar ska ogiltigförklaras eller för den delen rättsläget behöva utredas via förhandsavgörande från EU-domstolen.⁹⁴ Högsta domstolens inställning i frågan framstår som mer oklar vilket framgår också av att Lindskog, som deltog i beslutet, senare kommenterat att i det fall rättsläget i Systembolagsmålet inte befunnits klart hade domstolen "*varit skyldigt att begär[a] förhandsavgörande rörande förhandsavgörandeskyldigheten.*"⁹⁵ Man tycks således obenägen att själv ta ställning för det fall en skiljenämnd meddelat skiljedom inom ett konkurrensrättsligt oklart område. Osäker får anses vara även vidden av den processledning som kan bli aktuell även om uttalandet "*den officialprövning som ett mål rörande en sådan tvist kan föranleda*"⁹⁶ indikerar att den kan sträcka sig långt. Detta tyder på en mer långtgående prövning än den mellanväg som föreslagits och som fortsatt intar en mycket restriktiv hållning till *révision au fond* vilket kallats den mest grundläggande principen om skiljedomars slutgiltighet.⁹⁷

Vilka kränkningar ska motivera ogiltighet?

Konkurrensrätten fastslås vara ett intresse överordnat skiljedomars slutgiltighet och ribban för när en kränkning av konkurrensrätten ska medföra ogiltighet sätts lågt.⁹⁸ Detta gäller alltså konkurrensrättens tvingande del medan den dispositiva delen som utgångspunkt inte tycks kunna strida mot public policy.⁹⁹

Dock flaggas för ett potentiellt undantag i det fall en part krävs på ersättning för avtalsbrott men i samband med överträdelsen de facto bestridit bundenhet av villkoret på konkurrensrättslig grund. Denna fråga ska för tiden efter första invändningen hanteras likadant som tvingande konkurrenslagstiftning.¹⁰⁰

⁹⁴ Se t.ex. Geradin, Idot, di Brozolo.

⁹⁵ Lindskog punkt 4.2.5.

⁹⁶ Punkt 26 Den norska skiljedomen.

⁹⁷ Komninos sid. 46.

⁹⁸ Punkt 14 Den norska skiljedomen.

⁹⁹ Se också Henriksson "Konkurrensrättens skiljedomsmässighet sid. 687.

¹⁰⁰ Den norska skiljedomen punkt 34 – 35.

Domstolens öppning för att pröva även dispositiva frågor är värd att uppmärksamma då det gör parts möjlighet att bestrida skadeståndsskyldighet uttryckligen beroende av att man lyft frågan tidigt i förfarandet även om, som Schöldström påpekar, det tillsynes inte hade hjälpt J.O. i det aktuella fallet.¹⁰¹ Enligt undertecknads uppfattning frångår man härmed konkurrensrättens och public policy-grundens allmänrättsliga skyddsintresse och lägger det på den enskilda parten vilket inte kan sägas överensstämma med bestämmelsens syfte.¹⁰² För konsumenter och övriga marknadens del spelar det ju ingen roll när i förfarandet en invändning görs ifråga om förfarandets påverkan på marknaden. De skiljaktiga ifrågasätter också denna uppdelning utifrån effektivitetsprincipen och att målet i relevant del inte skiljer sig från Eco Swiss. Å andra sidan kan konstruktionen vara ändamålsenlig i det att den främjar domstolsprocessens effektivitet då parterna ges incitament att inkomma med en sådan invändning tidigt i skiljeförfarandet istället för att avvakta i syfte att få skiljedomen ogiltigförklarad eller processen förhalad ifall man förlorar. Det ger också en möjlighet att agera sanktionsfritt i strid mot det otillåtna villkoret vilket skulle motverka den konkurrensnedvridning villkoret annars skulle innebära. Onekligen finns förvisso en risk för ett långdraget förfarande där den avtalsbrytande parten i slutändan likväl blir betalningsskyldig i än högre grad om invändningen inte godtas av domstolen.

6 SLUTSATS

Uppsatsen inleddes med tre frågeställningar angående Högsta domstolens praxis i frågan om prövning av skiljedomar med anledning av konkurrensrättsliga frågor. Dessa har belysts utifrån EU-rättslig och europeisk praxis samt resonemang i doktrin. Praxis är överlag begränsad och många av Högsta domstolens ställningstaganden är hypotetiska då tvingande lagstiftning inte blev tillämplig i fallen. Gränserna för domstolens tolerans kommer troligen inte uppenbaras förrän de överträts. Det är tydligt att Högsta domstolen tagit intryck av Eco Swiss och efterföljande EU-domstolspraxis gällande såväl ex officio-skyldigheten som unionsrättens tyngd i förhållande till skiljeförfarandets slutgiltighet. I vilken mån detta kommer föranleda konkreta åtgärder från domstolens sida återstår dock att se.

¹⁰¹ Schöldström sid. 182.

¹⁰² Se Lindskog punkt 3.2.

1. I vilken mån ska svenska domstolar pröva konkurrensrättsliga frågor i skiljedomar?

Frågor som rör tvingande konkurrensrättslig lagstiftning ska prövas med utgångspunkt i skiljenämndens bevisvärdering och rättsliga resonemang. Om rättsläget är klarlagt och skiljenämnden följer detta behöver inte mer ingående prövning göras. Angående eventuell begäran av förhandsavgörande från EU-domstolen tycks Högsta domstolen osäker gällande sina skyldigheter. I de fall de konkurrensrättsliga frågorna inte prövats under förfarandet ska en officialprövning göras vilket kan innebära materiell processledning. Ribban vad gäller allvaret i den konkurrensrättsliga kränkningen sätts lågt och inget tyder på att man differentierar mellan överträdelser av den så kallade "hårda kärnan" och andra överträdelser. Gällande den dispositiva delen, då skiljedomen inte föranleder ytterligare handlande från endera parten, tycks denna som huvudregel inte kunna strida mot public policy och blir inte föremål för prövning såvida parten inte gjort denna invändning tidigare. Frågan ska då behandlas som tvingande rätt ovan.

Högsta domstolen frångår med dessa domar, åtminstone vad gäller den unionsrättsliga konkurrensrätten, tidigare hovrättspraxis¹⁰³ och de uttalanden i förarbetet till LSF som innebar att åsidosättande skulle bli aktuellt endast i uppenbara fall.¹⁰⁴

2. Hur förhåller sig Högsta domstolens ställningstaganden till EU-domstolens praxis?

Högsta domstolen tycks ha tagit fasta på andemeningen snarare än bokstavsmeningen i Eco Swiss. Eftersom public policy-ogiltighetsgrunden är likadan för nationella som utländska skiljedomar och inte föremål för preklusion finns ingen sådan processuell reglering som annars skulle hindra domstolen från att göra en *ex officio*-bedömning. Man lämnar öppet för mer ingående granskning vid behov och i linje med generaladvokatens uttalanden görs ingen åtskillnad mellan olika allvarsgrader i det konkurrensrättsstridiga förfarandet så länge en låg minimigräns uppnåtts. Separationen mellan de skiljedomar som förpliktar ett konkret förfarande gentemot de som medför ersättningskrav på brott mot konkurrensrättsstridiga avtalsvillkor kan förvisso diskuteras utifrån Eco Swiss-domen och effektivitetsprincipen vilket skiljaktiga i Den norska skiljedomen också påpekar. Att skiljeförfarande uppmuntras och ska

¹⁰³ Såväl i Systembolagsdomen som tidigare i Lettiska Republiken mot JSC Latvijas Gaze, Svea hovrätts dom den 4 maj 2005 i mål T 6730 - 03.

¹⁰⁴ Prop. 1998/99:35 sid. 58.

medräknas ifråga om skadeståndstalan enligt Konkurrensskadelagen kan förvisso ses som en indikation på att inställningen även från EU:s sida är att skiljenämnders bedömning ska respekteras i dessa fall. Mer osäkert kan vara när ersättning krävs för brott mot konkurrensrättsligt ogiltiga avtal. I detta sammanhang ska förvisso nämnas domstolens avisering om att granskningen kan göras mer ingående om parten agerar i tid.

3. *Hur förhåller sig Högsta domstolens ställningstaganden till övrig europeisk praxis?*

Europeisk praxis har dominerats av minimalism men tycks som behandlats i kapitel 4.4 vara i förändring angående den prövning som görs av skiljedomar såväl generellt som på konkurrensrättens område. Domstolens resonemang liknar till sin effekt den mellanväg som föreslagits i internationell doktrin på så sätt att konkret framtida handlande föranleder närmare kontroll medan dispositiva uppgörelser inte gör det. Förvisso uttrycks en relativt stor benägenhet att efterfråga förhandsavgörande. Eftersom det inte var aktuellt i något av fallen får Högsta domstolens faktiska inställning dock anses oklar i denna fråga. Öppenheten för en omprövning av sakfrågor, *révision au fond*, och den uttalat låga gränsen för när en konkurrensstörande effekt ska föranleda ogiltighet gör i min mening att Högsta domstolen utifrån en europeisk kontext kan tolkas relativt benägen att pröva och ogiltigförklara skiljedomar på konkurrensrättslig grund även om respekten för deras slutgiltighet fortfarande är stor.

KÄLLFÖRTECKNING

Offentligt tryck

- Prop 1998/99:35 Ny lag om skiljeförfarande
Prop 2017/18:257 En modernisering av lagen om skiljeförfarande

Litteratur

- Bermann, G. A. (2017). Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention. I: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention. Bermann, G. A (red). Springer International Publishing
- Born, G. B. (2014). *International Commercial Arbitration*. 2 uppl., Kluwer Law International
- European Commission. (2016). Competition – Making Markets Work Better. Hämtad (2019-05-20) från: http://europa.eu/pol/index_en.htm
- Gauer, C & Lubking, J. (2017). Arbitration and Competition: Between Conflict and Cooperations. *Competition Law & Policy Debate*, vol. 3(1), s. 26 – 37
- Geradin, D. (2016). Public Policy and Breach of Competition Law in International Arbitration: A Competition Law Practitioner's Viewpoint. *TILEC Discussion Papers*, vol. 29, s. 1 – 31
- Henriksson, L. (2015). Konkurrensrättens Skiljedomsrämsighet. *Juridisk Tidskrift*, (3) s. 679 - 695
- Heuman, L & Millqvist, G. (2003). Swedish Supreme Court Refuses to Enforce an Arbitral Award Pursuant to the Public Policy Provision of the New York Convention. *Journal of International Arbitration*, vol. 20(5), s 493 – 506
- Heuman, L. (2014). Översyn av lagen om skiljeförfarande. *Juridisk Tidskrift*, (2) s. 439 - 466
- Holzmann, H. M & Neuhaus, J. E. (1989). UNCITRAL Model Law, Chapter VII, Article 34 [Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award]. I: *A Guide to*

the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, Kluwer Law International s. 910 – 1003

IBA Subcommittee On Recognition And Enforcement Of Arbitral Awards. (2015). Report On The Public Policy Exception In The New York Convention. International Bar Association. Hämtad (2019-05-20) från:
https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognitn_Enfrmnt_Arbitl_Awrd/publicpolicy15.aspx

Idot, L. (2017). Arbitration And Competition Law – Have We Entered A Fourth Phase In Their Relations? *Competition Law & Policy Debate*, vol. 3(1) s. 38 – 47

Kleineman, J. Rättsdogmatisk Metod. I: *Juridisk Metodlära*. 2 uppl. Nääv, M & Zamboni M (red). Studentlitteratur 2018, s. 21 - 46

Komninos, A. P. (2009). Arbitration and EU Competition Law. Hämtad (2019-05-21) från:
<https://arbitrationlaw.com/library/arbitration-and-eu-competition-law-contradiction-and-complementarity>

Kowalik-Bańczyk, K. (2012). Procedural Autonomy of Member States and the EU Rights of Defence in Antitrust Proceedings. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 5(1) s. 215 – 234

Lalive, P. (1987). Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration. *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, vol 3 s. 258 - 318

Lew J. D. M., Mistelis, L. A., Kröll S. M. (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International

Liebscher, C. (2000). European Public Policy – A Black Box? *Journal of International Arbitration*, vol. 17(3) s. 73 – 88

Lindskog, S. (2018). Skiljeförfarande – En kommentar. *Zeteo*, version 2C

- Mayer, P. (2010). The Second Look Doctrine: The European Perspective. *American Review of International Arbitration*, vol. 21(1-4) s. 201 – 209
- Mayer, P & Sheppard, A. (2003). Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. *Arbitration International*, vol. 19(2) s. 249 – 263
- Mistelis, L. A. (2013). Award as an Investment: The Value of an Arbitral Award or the Cost of Non-Enforcement. *ICSID Review*, vol. 28(1) s. 64–87
- Mourre, A. & Radicati di Brozolo, L. G. (2006). Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back. *Journal of International Arbitration*, vol. 23(2), s. 171–188
- Radicati di Brozolo, L. G. Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings. I: *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*. Blanke G & Landolt P (red). Kluwer Law International 2011, s. 755 – 784
- Reichel, J. EU-rättslig Metod. I: *Juridisk Metodlära*. 2 uppl. Nääv, M & Zamboni M (red). Studentlitteratur 2018, s 109 - 142
- Rodrigues, E. (2018). Actions for Annulment of International Arbitral Awards: Recent Trends in the French Courts. *Raising The Bar*, vol. 14(12) s. 2 - 4
- Schöldström. (2018). Konkurrensrättsprövning av Skiljedomar. *Juridisk Tidskrift*, (1) s. 178 – 182
- Shelkopyas, N. (2003). *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings*. Europa Law Publishing, Groningen
- Shenoy, N. C. (2018). Public Policy Under Article v(2)(b) of The New York Convention: Is There a Transnational Standard? *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol 20(1) s. 77 – 103
- Sørensen, J. B. & Torp, K. 2017. The Second Look in European Union Competition Law: A Scandinavian Perspective. *Journal of International Arbitration*, vol. 34(1) s. 35 – 54

The School of International Arbitration. (2018). 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration. Hämtad (2019-05-20) från:
<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>

UNCITRAL. (2008). Model Law on International Commercial Arbitration 1985 - With amendments as adopted in 2006. Hämtad (2019-05-20) från:
<http://www.uncitral.org/uncitral/publications/publications.html>

UNCITRAL. (2016). Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). Hämtad (2019-05-20) från:
<http://www.uncitral.org/uncitral/publications/publications.html>

Werner, J. (1995). Application of Competition Laws by Arbitrators - The Step Too Far. *Journal of International Arbitration*, vol. 12(1) s. 21 – 26

EU-lagstiftning

Fördraget om Europeiska unionen EGT C 191, 29.7.1992, s. 1–112

Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt EUT C 83, 30.3.2010, s. 1–388

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget EGT L 1, 4.1.2003, s. 1–25

Internationella konventioner

Konvention om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar, New York den 10 juni 1958

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING

Utländska domstolar

Supreme Court of the United States. *Mitsubishi v Soler*, 473 U.S. 614 (1985)

Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Société Générale de l'Industrie du Papier RAKTA and Bank of America 508 F. 2d 969 (2nd Cir., 1974)

Cour d'Appel de Paris. *SA Thalès Air Defense v. GIE Euromissile et al.* 2002/19606, beslut av den 18 nov 2004

Cour d'Appel de La Haye. *Marketing Displays International Inc. v. VR Van Raalte Reclame BV*, mål 04/694 och 04/695, beslut av den 24 mars 2005

EU-domstolen

C-430/93 – C-431/93 Jeroen van Schijndel och Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, EU:C:1995:441

C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd mot Benetton International NV, EU:C:1999:269

C-102/81 Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH mot Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG, EU:C:1982:107

C-295/04 – C-298/04 Vincenzo Manfredi mot Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito mot Fondiaria Sai SpA (C-296/04) och Nicolò Tricarico (C-297/04) och Pasqualina Murgolo (C-298/04) mot Assitalia SpA, EU:C:2006:461

C-38/98 Régie nationale des usines Renault SA mot Maxicar SpA and Orazio Formento, EU:C:2000:225

C-40/08 Asturcom Telecomunicaciones SL mot Cristina Rodríguez Nogueira, EU:C:2009:615

C-168/05 Elisa María Mostaza Claro mot Centro Móvil Milenium SL, EU:C:2006:675

C-567/14 Genentech Inc. mot Hoechst GmbH and Sanofi-Aventis Deutschland GmbH,
EU:C:2016:526

C-567/14 Genentech Inc. mot Hoechst GmbH and Sanofi-Aventis Deutschland GmbH,
EU:C:2016:177

Svenska domstolar

NJA 2018 s. 504

NJA 2018 s. 323

NJA 2018 s. 291

NJA 2015 s. 438

NJA 2015 s. 433

NJA 2002 not C 45

Högsta domstolens dom den 30 april 2019 i mål T 796-18

Svea hovrätts dom den 31 oktober 2016 i mål Ö 7419-15

Svea hovrätts dom den 4 maj 2005 i mål T 6730 – 03