

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JEAN MISCHO

föredraget den 22 mars 2001¹

I — Fakta i målet samt förfarande

1. Detta mål underställdes EG-domstolen av Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) i en tvist mellan Courage Ltd (nedan kallad Courage), sökande i målet vid den nationella domstolen, och Bernard Crehan, svarande i målet vid den nationella domstolen. Court of Appeal har ställt fyra frågor avseende möjligheten för en avtalspart att begära skadestånd från sin motpart om avtalet är förbjudet enligt artikel 81 EG.

2. Under 1990 avtalade Courage, ett bryggeri med en marknadsandel för ölförsäljning på 19 procent, och Grand Metropolitan plc (nedan kallad Grand Met), ett företag med olika catering- och hotellintressen, att fusionera sina publokaler. För detta syfte överfördes deras respektive lokaler till Innentrepreneur Estates Ltd (nedan kallad IEL), ett bolag som ägs till lika stora delar av Courage och Grand Met.

3. I ett avtal mellan IEL och Courage föreskrevs att alla IEL:s hyresgäster var

skyldiga att köpa öl endast från Courage. Courage skulle leverera de kvantiteter av öl som beställts till priser som specificerats i de prislistor som gällde i de, av IEL, uthyrda lokalerna.

4. IEL använde ett standardiserat hyresavtal med sina hyresgäster. Medan hyresnivån kunde vara föremål för förhandling mellan en blivande hyresgäst och IEL var den exklusiva inköpskyldigheten och de andra villkoren i avtalet inte förhandlingsbara.

5. Under 1991 ingick Bernard Crehan två 20-åriga hyresavtal med IEL innehållande en inköpskyldighet hos Courage. Hyran skulle omprövas vart femte år enligt en metod som innebar att hyran endast kunde justeras uppåt till den hyra som var högst av antingen hyran för den närmast föregående perioden eller den bästa möjliga marknadshyran för återstoden av hyrestiden enligt de övriga avtalsvillkoren. Hyresgästen var tvungen att köpa en minimikvantitet av vissa ölsorter, och IEL åtog sig att anskaffa denna kvantitet till hyresgästen från Courage, till de priser som återfanns i dennes prislista.

1 — Originalspråk: franska.

6. Under 1993 väckte Courage talan mot Bernard Crehan och yrkade ersättning med mer än 15 000 GBP för obetalda ölleveranser.

7. Bernard Crehan invände att den exklusiva inköpsskyldigheten av vissa sorters öl som återfanns i hyresavtalet stred mot artikel 81 EG och väckte ett genkärsmål med yrkande om skadestånd. Grunden för Bernard Crehans yrkande var det faktum att Courage sålde sitt öl till kunder som inte var bundna av exklusivitetsklausulen, till väsentligt lägre priser än dem som angavs i den prislista som gällde för de avtalsbundna hyresgästerna. Han menar att denna prisskillnad medförde nedsatta vinstmöjligheter för avtalsbundna hyresgäster, vilket tvingade dem att upphöra med sin verksamhet.

8. De omständigheter som fick Court of Appeal att hänskjuta frågor till EG-domstolen för ett förhandsavgörande var följande.

9. För det första har Court of Appeal, i ett tidigare rättsfall, fastställt att artikel 81.1 EG utformats för att skydda utomstående konkurrenter och inte parterna i det förbjudna avtalet. Det fastslogs att de är orsaken till, och inte offren för, konkurrensbegränsningen.

10. För det andra medger inte brittisk rätt att en part i ett rättsstridigt avtal kräver skadestånd från den andra parten. Även om Bernard Crehans grund, att hans hyresavtal strider mot artikel 81 EG, accepterades, föreligger enligt brittisk rätt rättgångshinder mot hans skadeståndskrav. Det följer emellertid av rättsfallet *Perma Life Mufflers Inc. mot International Parts Corp.* 392 U.S. 134 (1968) från Högsta domstolen i Amerikas förenta stater, att en part i ett konkurrensbegränsande avtal som står i ekonomiskt underläge kan väcka talan om skadestånd.

11. Det är mot denna bakgrund som Court of Appeal ställt följande frågor till EG-domstolen.

II — De frågor som är föremål för förhandsavgörande

”1. Skall artikel 81 EG (före detta artikel 85) tolkas så, att den innebär att en part i ett rättsstridigt avtal om hyra av ett serveringsställe innehållande en exklusivitetsklausul kan åberopa denna artikel för att väcka talan (relief) vid domstol mot den andra avtalsparten med anledning av avtalet?

2. Om svaret på fråga 1 är jakande, har parten som väckt talan (relief) rätt att yrka ersättning för skada som påstås ha uppkommit till följd av att han har följt

den klausul i avtalet som är förbjuden enligt artikel 81?

3. Skall en nationell rättsregel, som innebär att domstolar inte skall tillåta en person att återopa och/eller grunda sig på sina egna olagliga gärningar som ett nödvändigt led för att yrka ersättning för skada, anses förenlig med gemenskapsrätten?

4. Om svaret på fråga 3 är att en sådan regel kan vara oförenlig med gemenskapsrätten under vissa omständigheter, vilka omständigheter skall då den nationella domstolen beakta?"

först klargöra rättsfrågorna, att Court of Appeal gör två antaganden. För det första förutsätts det att den exklusiva inköpskyldigheten avseende vissa ölsorter, som föreskrivs i det av Bernard Crehan ingångna hyresavtalet för pubarna, strider mot artikel 81 EG. För det andra förutsätts det att skada uppstått för Bernard Crehan "genom åtgärder som hans avtalspart har vidtagit enligt avtalet".

13. Härav följer att domstolen måste avgöra i det abstrakta fallet där åsidosättande av artikel 81 EG har orsakat skada för en av parterna i avtalet. Frågan huruvida denna abstrakta situation motsvarar fakta i målet är något som senare får avgöras av den domstol som begärt förhandsavgörandet och angår inte EG-domstolen.

14. Jag anser dock inte att domstolen skall avvisa de ställda frågorna på den grunden att de är hypotetiska frågor. Det skall erinras om att det, enligt gällande praxis², "uteslutande ankommer på de nationella domstolarna, som handlägger målen och ansvarar för att avgöra dem slutligt, att med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som om de frågor som förs vidare till domstolen är av betydelse. En begäran från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har

III — Bedömning

Inledande kommentarer

12. Det står klart från begäran om förhandsavgörande vad gäller tvisten vid den nationella domstolen och i ett försök att

2 — Se särskilt dom av den 30 april 1998 i mål C-230/96, Cabour (REG 1998, s. I-2055), punkt 21.

något samband med de verkliga omständigheterna eller med föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen”.

15. Så är inte fallet här.

16. Om endast brittisk rätt skulle tillämpas står det klart från de grunder som framhållits av Court of Appeal att Bernard Crehans talan inte kan bifallas och att den nationella domstolen kan pröva hans krav endast om han kan stödja sig på rättigheter enligt EG-fördraget.

17. Det är därför klart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten relaterar till den faktiska karaktären på och föremålet för tvisten vid den nationella domstolen.

Den första frågan

18. Genom den första frågan undrar den hänskjutande domstolen om en part i ett förbjudet avtal kan åberopa artikel 81 EG inför domstol för att få ersättning från den andra avtalsparten.

19. Liksom kommissionen anser jag att den första frågan hänvisar till det generella problem jag nämnde i mina inledande kommentarer, nämligen att ”en strikt tillämpning av ogiltighetsregeln i brittisk rätt skulle hindra en avtalspart att *väcka talan*³, om så endast för att få fastställt att avtalet var förbjudet enligt artikel 81 EG och därmed ogiltigt enligt artikel 81.2 EG”. Jag kommer därför att betrakta frågan utifrån den ståndpunkten.

20. Court of Appeal medger själv att det finns argument för åsikten att artikel 81 EG ger en part i ett förbjudet avtal rättigheter som skyddas enligt gemenskapsrätten. Man hänvisar här till domen i målet BRT.⁴

21. Hänvisning kan också göras till domen i målet Delimitis,⁵ från vilken det följer att artiklarna 85.1 och 86 har ”direkt effekt i förhållandet mellan enskilda och [direkt skapar] rättigheter för de enskilda som det åligger dessa nationella domstolar att skydda” och att en nationell domstol kan ”fastställa att avtalet är ogiltigt enligt artikel 85.2, efter att ha försäkrat sig om

3 — Ordalydelsen tagen från kommissionens kommentarer, kursivt här.

4 — Dom av den 30 januari 1974 i mål 127/73, BRT 1 (REG 1974, s. 51; svensk specialutgåva, volym 2, s. 201).

5 — Dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis (REG 1991, s. I-935; svensk specialutgåva, volym 11, s. 65).

att avtalet inte kan bli föremål för ett beslut om undantag enligt artikel 85.3".⁶

22. Såsom kommissionen helt riktigt påpekar är den normala påföljden enligt artikel 81.2 EG att de, enligt artikel 81.1 EG, förbjudna avtalen automatiskt blir att anses som ogiltiga. Alla hinder för denna påföljd, såsom, i föreliggande fall, ett förbud för en avtalspart att återopa densamma, skulle därmed delvis beröva föreskriften dess effekt.

23. Eftersom artikel 81 EG, enligt domstolens praxis,⁷ är "en grundläggande bestämmelse som är oundgänglig för att de uppgifter som gemenskapen har anförtrots skall kunna utföras och, i synnerhet, för att den inre marknaden skall kunna fungera", kan detta inte accepteras.

24. Vidare skall det framhållas att domarna i de ovannämnda målen BRT och Delimitis också rör tvister mellan avtalsparter. I Delimitis gällde det ett exklusivt leveransavtal mellan ett bryggeri och hyresinnehavaren av ett café. Såsom kommissionen påpekat kommenterade inte domstolen i dessa fall det faktum att det var en avtalspart som hänvisade till artikel 81 EG för att undkomma betalningskravet.

25. En enskild måste därmed, även om han är en avtalspart, ha möjlighet att väcka talan vid nationell domstol för att denna skall fastställa samtliga rättsverkningar som följer av den automatiska ogiltigheten av avtalsbestämmelser, vilka står i strid med artikel 81 EG. Låt mig erinra om att ogiltigheten, enligt domstolens praxis, har "retroaktiv verkan".⁸

26. I enlighet härmed torde frågan om kompensation uppkomma, om tillämpningen av klausulen tidigare medfört ogynnsamma effekter för den ena avtalsparten. För att kunna svara på de andra frågorna kommer det att vara nödvändigt att precisera de villkor under vilka sådan kompensation kan erhållas genom en skadeståndstalan.

27. Tills vidare måste svaret på den första frågan bli att artikel 81 EG skall tolkas så att en part i ett förbjudet hyresavtal, avseende en pub, innehållande en exklusivitetsklausul kan återopa ogiltigheten av detta hyresavtal inför domstolarna.

Andra och tredje frågan

28. För det andra ställer den hänskjutande domstolen frågan huruvida den part som

6 — Ibidem, punkt 55.

7 — Dom av den 1 juni 1999 i mål C-126/97, Eco Swiss (REG 1999, s. I-3055), punkterna 36—39.

8 — Dom av den 6 februari 1973 i mål 48/72, Brasserie de Haecht (REG 1973, s. 77; svensk specialutgåva, volym 2, s. 67), punkt 27.

yrkar ogiltighet har rätt till skadestånd för skada som påstås vara ett resultat av att han följt den enligt artikel 81 EG förbjudna avtalsklausulen.

32. Den fråga som domstolen skall bedöma är därför huruvida den brittiska rättsregeln strider mot gemenskapsrätten.

29. I sin tredje fråga undrar Court of Appeal om en nationell rättsregel skall anses förenlig med gemenskapsrätten om den föreskriver att domstolarna inte skall tillåta en person att åberopa det egna rättsstridiga agerandet såsom ett nödvändigt led för skadestånd.

33. Alla parter i målet, förutom Courage men inkluderat det Förenade kungariket, anser att den aktuella brittiska rättsregeln är problematisk i förhållande till gemenskapsrätten. Ingen av deras analyser och inte heller deras förslag till hur domstolen borde avgöra fallet är dock identiska.

30. Liksom kommissionen anser jag att dessa två frågor skall behandlas tillsammans.

34. Inledningsvis måste jag säga att även jag anser att regeln i fråga är problematisk. Jag anser särskilt att den aktuella regeln strider mot gemenskapsrätten i den del den förhindrar en part i ett förbjudet avtal att erhålla skadestånd från sin avtalspart enbart på den grunden att han är part i avtalet.

31. Det följer av begäran om förhandsavgörandet att Court of Appeal, i målet Gibbs Mew,⁹ fastställt att "brittisk rätt inte medger att en part i ett rättsstridigt avtal väcker talan mot den andra parten och yrkar ersättning för den skada som vållats honom till följd av att han är part i det rättsstridiga avtalet. Detta gäller oavsett om yrkandet avser återbetalning eller skadestånd".

35. Mitt resonemang för att nå fram till denna slutsats utgår från en analys av de verkningar som den direkta effekten av artikel 81 EG har för avtalsparter. Jag fortsätter med att undersöka sättet på vilket de nationella domstolarna skall skydda de rättigheter som artikel 81 EG kan ge upphov till även för en avtalspart.

9 — [1998] EuLR 588, s. 606.

36. Jag börjar därför med att undersöka verkningarna av den direkta effekt artikel 81 EG har för parterna i ett avtal.

37. Som ovan nämnts är det fastslaget i praxis att artikel 81 EG har direkt effekt i relationer mellan enskilda och direkt skapar rättigheter för enskilda som de nationella domstolarna skall skydda.¹⁰ Detta innefattar enskildas rätt att skyddas mot de ogynnsamma effekter som kan uppstå genom ett automatiskt ogiltigt avtal.

38. De enskilda som kan dra fördel av sådant skydd är naturligtvis i första hand utomstående, det vill säga konsumenter och konkurrenter som påverkas ogynnsamt av ett förbjudet avtal.¹¹

39. Å andra sidan, såsom Courage helt riktigt påpekat, kan avtalsparter normalt inte tillgodoräknas samma skydd eftersom de är "orsaken till avtalet". Denna åsikt grundar sig på en rättsprincip som är erkänd i de flesta utvecklade juridiska system, även gemenskapsrätten, enligt vilken en part inte får dra fördelar av sitt eget

felaktiga handlande.¹² I förevarande mål innebär detta att parten inte kan yrka ersättning för de ogynnsamma effekter hans eget rättsstridiga handlande kan ha medfört.

40. Vi måste dock ställa frågan huruvida enbart det faktum att det rör sig om en avtalspart i ett konkurrensbegränsande avtal i sig automatiskt i alla situationer innebär en "felaktighet". Det finns fall där det inte alls är klart att en sådan "felaktighet" föreligger. I detta sammanhang nämner den franska regeringen ensidiga utövanden av den starke parten i ett vertikalt avtal, såsom utdelningen av ett cirkulär där man ålägger leverantörerna ett minimipris för återförsäljning eller exklusivitet i en hyresverksamhet.

41. Enligt min åsikt visar dessa exempel att slutsatsen, att en avtalspart i ett konkurrensbegränsande avtal automatiskt alltid begår en felaktighet, och därmed utesluts från det skydd som artikel 81 EG ger, är alltför formalistisk och inte tar hänsyn till speciella fakta som gäller i individuella fall. Naturligtvis kommer de fall, där det faktum att det rör sig om en avtalspart i ett konkurrensbegränsande avtal inte anses vara en felaktighet, att tillhöra undantagen

10 — Se särskilt domarna i de ovannämnda målen BRT och Delimitis.

11 — Se här generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande i mål C-128/92, Banks (REG 1994, s. I-1209), punkt 43 ff.

12 — Som exempel på praktisk användning av denna princip, se mål 39/72, Kommissionen mot Italien (REG 1973, s. 101), punkt 10. Se också, vad avser principen om *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, generaladvokaten Cosmas förslag till avgörande av den 23 mars 2000 i de förenade målen C-177/99 och C-181/99, Ampafrance och Sanofi (REG 2000, s. I-7013), punkterna 49 och 83, och mitt förslag till avgörande av den 19 mars 1991 i mål C-368/89, Crispolti (REG 1991, s. I-3695), (dom av den 11 juli 1991 (REG 1991, s. I-3695)), punkt 46.

och det kommer definitivt inte att finnas något sådant fall avseende horisontella avtal. Vi kan dock inte helt utesluta att de existerar.

42. Jag anser att man, vid bedömningen av om en avtalspart "handlat felaktigt", bör ta hänsyn till den partens ansvar för snedvridningen av konkurrensen. Där han verkligen bär sådant ansvar skall han inte kunna dra fördelar av sitt egna "felaktiga handlande" genom att tillerkännas skydd mot avtalet på samma sätt som tredje man.

43. Å andra sidan, om den ena partens ansvar för snedvridningen av konkurrensen inte är betydande mot bakgrund av det sammanhang som parten befinner sig i — till exempel, såsom Förenade kungariket anser, där en part är alltför liten för att motstå den ekonomiska press som påläggs av den starkare näringsidkaren — finns det ingen anledning att neka den parten skydd enligt artikel 81 EG. I sådant fall är verkligheten att parten i fråga snarare fått avtalet påtvingat sig än ingått detsamma frivilligt. Parten har då mer gemensamt med tredje man än med upphovsmannen bakom avtalet.

44. Jag anser därmed att artikel 81 EG, utöver tredje man och under mycket speciella förutsättningar, kan anses skydda en avtalspart från effekterna av ett avtal där denne inte har något egentligt ansvar för snedvridningen av konkurrensen.

45. I andra delen av mitt resonemang skall jag undersöka det åliggande som nationella domstolar har att skydda de rättigheter som artikel 81 EG, under speciella förutsättningar, skapar för en avtalspart.

46. Enligt domarna i de ovannämnda målen BRT och Delimitis, åligger det de nationella domstolarna att skydda de rättigheter som skapats för enskilda personer genom artikel 81 EG. Det är fastslaget i praxis att det, i enlighet med samarbetsprincipen i artikel 10 EG, åligger de nationella domstolarna att säkerställa det rättsliga skydd för enskilda som följer av att bestämmelser i gemenskapen har direkt effekt.¹³

47. I fall, där talan baseras på gemenskapsrätten, får nationella lagregler avseende innehåll och form inte vara mindre förmånliga än dem som gäller för liknande talan som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen). Ej heller, såsom situationen är här, får dessa lagregler vara så utformade att det blir i det närmaste omöjligt eller överdrivet svårt att utöva rättigheter som följer av gemenskapsrätten (effektivitetsprincipen).¹⁴

13 — Se till exempel dom av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 261), punkt 5, och av den 19 juni 1990 i mål C-213/89, Factortame m.fl. (REG 1990, s. 1-2433; svensk specialutgåva, volym 10, s. 435), punkt 19.

14 — Se särskilt dom av den 9 november 1983 i mål 199/82, San Giorgio (REG 1983, s. 3595), punkt 12, av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Franco-vich m.fl. (REG 1991, s. 1-5357; svensk specialutgåva, volym 11, s. 435), punkt 43, och av den 17 juli 1997 i de förenade målen C-114/95 och C-115/95, Texaco och Olie-selskabet Danmark (REG 1997, s. 1-4263), punkt 45.

48. Hur skall denna praxis förstås i förevarande mål?

processen som gör det praktiskt taget omöjligt eller överdrivet svårt att göra gällande de rättigheter som följer av gemenskapsrätten.

49. Det brittiska rättssystemet, liksom många andra rättssystem, accepterar talan om skadestånd mellan enskilda personer.

53. Det skall erinras om att artikel 81 EG ger, som jag ser det, en avtalspart, vilken endast har försumbart ansvar till snedvridningen av konkurrensen, en rätt till skydd mot ogynnsamma effekter av detta avtal. Min åsikt är att den aktuella brittiska rättsregeln hindrar ett effektivt skydd av denna rättighet.

50. Såsom kommissionen påpekar i sitt yttrande har de brittiska domstolarna tillåtit sådan talan för att ersätta en skada som drabbat tredje man genom ett handlande som strider mot gemenskapsrätten.

54. Ingen bestrider att en skadeståndstalan är ett effektivt medel för att skydda en enskild persons rättigheter. Även om ogiltigheten enligt artikel 81.2 EG är en grundläggande påföljd är den inte alltid tillräcklig för att ersätta den skada som orsakats. Såsom Förenade kungariket påpekar medför det faktum att en avtalspart, som inte har något betydande ansvar för snedvridningen av konkurrensen, inte kan väcka talan om skadestånd att motparten får en omotiverad förmån på grund av sitt rättsstridiga handlande på bekostnad av sin avtalspart.

51. Enligt brittisk rätt är en sådan skadeståndstalan dock inte öppen för parter i ett förbjudet avtal. Det är visserligen inte att anses som diskriminering av gemenskapsrättigheter att, som jag förstår, en part ej kan få skadestånd av motparten för skada som orsakats honom just på grund av han är part i ett olagligt avtal, oavsett om olagligheten stadgas i nationell rätt eller gemenskapslagstiftning.

52. Vi måste dock undersöka om det absoluta hindret mot skadeståndstalan, enligt nämnda rättspraxis, innebär att materiella och formella villkor skapas för den aktuella

55. Jag anser således att den aktuella rättsregeln är sådan att den gör det praktiskt taget omöjligt att ge det skydd till vilket en part i ett olagligt avtal, under vissa förut-

sättningar, har rätt. Den måste därför anses strida mot gemenskapsrätten.

56. Jag skulle vilja tillägga att parterna i tvisten vid den nationella domstolen och ett flertal av de regeringar som inkommit med yttranden i detta förfarande diskuterade frågan huruvida möjligheten för en part i ett olagligt avtal att föra skadeståndstalan skulle minska eller öka gemenskapsrättens effektivitet.

57. Courage har gjort gällande att om det fanns möjligheter till ersättning skulle det vara mer attraktivt att medverka i ett rättsstridigt handlande. Enskilda skulle vara medvetna om att man alltid kan frigöras från ett rättsstridigt avtal och begära skadestånd om avtalet inte medfört de förväntade fördelarna. Jag delar dock Förenade kungarikets samt kommissionens åsikt, att möjligheterna till skadestånd dels uppmuntrar en svagare part att anmäla avtal som strider mot artikel 81 EG, dels, och kanske än viktigare, avskräcker en starkare part från att driva igenom ett konkurrensbegränsande avtal.

58. Jag måste dock klargöra att jag inte anser det vara fråga om att påföra motparten en påföljd liknande det bötesstraff som kommissionen kan utdöma enligt rådets

förordning nr 17 av den 6 februari 1962, den första förordningen om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i fördraget,¹⁵ med syfte att säkerställa effektiviteten i gemenskapsrätten. Det är helt enkelt fråga om att dra konsekvenserna av den direkta effekt som artikel 81 EG har.

59. Jag håller därför med den brittiska regeringen, när den anser att den "inte förespråkar att en part i ett rättsstridigt avtal skall erhålla *mer* än vad den förlorat genom det rättsstridiga avtalet. I vissa fall kan sökanden, trots svagare förhandlingsposition, ha erhållit fördelar från de rättsstridiga avtalsbestämmelserna och, för att undvika obehörig vinst och straff för svandelen, skall förmånerna i princip medtagas vid beräkningen av skadans storlek. Den exakta beräkningen av skadan är, naturligtvis, en sak för de nationella domstolarna".

60. På grund av ovan nämnda överväganden föreslår jag att den andra och tredje frågan skall besvaras så att nationell rättsregel som förhindrar en part, som omfattas av en klausul i ett avtal som strider mot artikel 81 EG, att erhålla skadestånd för skada som denne lidit, enbart på den grunden att det rör sig om en avtalspart, strider mot gemenskapsrätten.

15 — EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8.

Den fjärde frågan

om denne inte kan hållas lika ansvarig för snedvridningen av konkurrensen.

61. I den fjärde frågan undrar Court of Appeal vilka omständigheter den nationella domstolen skall ta hänsyn till om en sådan nationell rättsregel, under speciella förutsättningar, strider mot gemenskapsrätten.

65. Kommissionen delar i stort denna åsikt. Enligt kommissionen bör de omständigheter, där en persons egna olagliga agerande kan åberopas som hinder för rätten till ersättning, begränsas till fall där den part som söker ersättning verkligen är *in pari delicto*, med åtminstone lika stort ansvar för den snedvridning av konkurrensen för vilken ersättning söks.

62. Olika förslag har getts under detta förfarande angående vilka omständigheter som den nationella domstolen skall ta hänsyn till.

63. Courage menar, under det att faran i att rubba balansen för en normal affärsmässig risk poängteras, att hänsyn bör tas till omständigheterna runt avtalsslutandet, avtalets tydlighet, svarandens och sökandens ansvar samt den rättsliga analysen av klausulen i fråga.

66. Den italienska regeringen är av den åsikten att en skadeståndstalan torde vara öppen för en part som lidit skada och som haft en påtagligt svagare position i förhållande till motparten och således inte haft någon egentlig valfrihet avseende avtalspart och avtalsvillkor.

64. Bernard Crehan anser att man borde ta hänsyn till avtalspartens ansvar för snedvridningen av konkurrensen. Det borde vara möjligt för en part att erhålla skadestånd

67. Den brittiska regeringen anser att den nationella domstolen i första hand skall ta hänsyn till det bättre genomförande av gemenskapsrätten som en sådan talan skulle främja. I detta sammanhang skall den nationella domstolen speciellt ta hänsyn till parternas respektive förhandlingsstyrka samt deras respektive ansvar och handlande.

68. Såsom jag framhållit ovan återfinns principen om *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* även i gemenskapsrätten.

69. Gemenskapsrätten hindrar således inte att en part, som har befunnits skyldig till en snedvridning av konkurrensen berövas sin rätt till skadestånd från avtalsparten enligt nationell lag.

70. Jag anser att det skydd som ges av artikel 81 EG upphör om parten i fråga har ett betydande ansvar för att konkurrensen snedvridits.

71. Ansvaret är helt klart betydande om den parten är *in pari delicto* i jämförelse med den andra avtalsparten, det vill säga har lika stor del i ansvaret till att konkurrensen snedvridits.

72. Å andra sidan får ansvaret anses försumbart i sådana fall som anförts av den italienska regeringen, där den part som lidit skada har en betydligt svagare position än sin avtalspart.

73. För att kunna bedöma det ansvar som åligger part som begär skadestånd måste hänsyn tas till det ekonomiska och rättsliga sammanhang som parterna befinner sig i samt, såsom den brittiska regeringen föreslår, till de två parternas respektive förhandlingsstyrka och handlande.

74. Det skall analyseras huruvida den ena parten hade en betydligt svagare ställning jämfört med den andra. Den svagare ställningen måste vara sådan att den ger upphov till seriösa funderingar avseende partens frihet att välja avtalsvillkor.

75. Slutligen måste tilläggas att det faktum att en part bär försumbart ansvar inte hindrar att det krävs att rimlig insats gjorts för att begränsa skadan.

76. Såsom Courage helt riktigt påpekar finns en sådan princip i gemenskapsrätten.¹⁶ Gemenskapsrätten kan därmed knappast motsätta sig en sådan princip i nationell lag.

16 — Dom av den 19 maj 1992 i de förenade målen C-104/89 och C-37/90, Mulder m.fl. mot rådet och kommissionen (REG 1992, s. I-3061; svensk specialutgåva, volym 12, s. 55), punkt 33, och av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur och Factortame (REG 1996, s. I-1029), punkt 85.

77. Det faktum att man inte avstått från att ingå avtalet kan dock inte ensamt anses som att en sådan insats saknas. Jag delar kommissionens åsikt att ”denna princip inte kan användas för att förhindra ett krav *ab initio*; den kan bara begränsa skadeståndsnivån”.

78. Svaret på den fjärde frågan torde därför bli att gemenskapsrätten inte hindrar en

nationell rättsregel som stadgar att domstolar inte skall tillåta en person att åberopa och/eller grunda sig på det egna rättsstridiga handlandet såsom en nödvändig förutsättning för skadestånd, under förutsättning att det är klarlagt att denna person har mer än försumbart ansvar för att konkurrensen snedvridits. Ansvaret är försumbart om en part har en svagare ställning än den andra parten på så sätt att den förstnämnde i verkligheten inte var fri att välja avtalsvillkor.

IV — Förslag till avgörande

79. Jag föreslår att domstolen skall ge följande svar på de frågor som ställts av Court of Appeal:

- 1) Artikel 81 EG skall tolkas så att den innebär att en part i ett förbjudet hyresavtal, avseende en pub, innehållande en exklusiv inköpsklausul kan åberopa ogiltighet av detta avtal inför en medlemsstats domstol.

- 2) En nationell rättsregel, som hindrar en part som är bunden av en klausul i ett avtal som strider mot artikel 81 EG från att erhålla skadestånd för skada han lidit, enbart beroende av att han är part i avtalet, strider mot gemenskapsrätten.

- 3) En nationell rättsregel, som föreskriver att domstolar inte skall acceptera att en person åberopar och/eller stödjer sig på sitt eget rättsstridiga handlande såsom ett nödvändigt led för skadestånd, under förutsättning att det är klarlagt att denna person bär mer än försumbart ansvar för att konkurrensen snedvridits, strider mot gemenskapsrätten. Ansvaret är försumbart om en part har en svagare ställning än den andra parten på så sätt att den förstnämnde i verkligheten inte var fri att välja avtalsvillkor.