



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE  
föredraget den 10 september 2020<sup>1</sup>

**Mål C-59/19**

**Wikingerhof GmbH & Co. KG**  
**mot**  
**Booking.com BV**

(begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Område med frihet, säkerhet och rättvisa – Rättsligt samarbete på privaträttens område – Internationell behörighet – Förordning (EU) nr 1215/2012 – Artikel 7.1 och 7.2 – Särskild behörighet rörande ’avtal’ och ’skadestånd utanför avtalsförhållanden’ – Begrepp – Kvalificering av en skadeståndstalan som väckts mellan avtalsparter – Skadeståndstalan som grundas på åsidosättande av de konkurrensrättsliga bestämmelserna”

## I. Inledning

1. Wikingerhof GmbH & Co. har ingått ett avtal med Booking.com BV om att det hotell som Wikingerhof driver ska finnas på den plattform för hotellbokning som Booking.com driver online. Wikingerhof anser emellertid att Booking.com uppställer oskäligen villkor för de hotell som är registrerade på Booking.coms plattform och att det utgör ett missbruk av dominerande ställning som kan orsaka Wikingerhof skada.

2. Wikingerhof väckte därför, med stöd av tysk konkurrensrätt, talan om förbuds föreläggande mot Booking.com vid en tysk domstol. Booking.com gjorde emellertid gällande att den aktuella domstolen inte var behörig att pröva talan. Denna fråga har överklagats till Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland), som har ombett EU-domstolen att tolka förordning (EU) nr 1215/2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område<sup>2</sup> (nedan kallad Bryssel Ia-förordningen).

3. Den hänskjutande domstolen vill i huvudsak få klarhet i huruvida en sådan talan som den som Wikingerhof har väckt mot Booking.com, som grundar sig på rättsregler som, åtminstone enligt nationell rätt, anses ha en rättsstridig karaktär avser ”skadestånd utanför avtalsförhållanden”,<sup>3</sup> i den mening som avses i artikel 7.2 i nämnda förordning – i vilket fall den domstol vid vilken talan väckts kan grunda sin behörighet på denna bestämmelse – eller om en sådan talan avser ”avtal” i den mening som avses i artikel 7.1 i samma förordning, eftersom det påstått konkurrensbegränsande beteende som det förstnämnda bolaget har kritiserat det sistnämnda bolaget för manifesteras i deras

1 Originalspråk: franska.

2 Europaparlamentets och rådets förordning av den 12 december 2012 (EUT L 351, 2012, s.1).

3 Jag använder genomgående begreppet ”skadestånd utanför avtalsförhållanden” i förevarande förslag till avgörande.

avtalsförhållande – i vilket fall Wikingerhof med stöd av den sistnämnda bestämmelsen sannolikt ska väcka sin talan vid en nederländsk domstol. Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen) har således bett EU-domstolen att precisera räckvidden av begreppen "avtal" och "skadestånd utanför avtalsförhållanden", samt hur dessa förhåller sig till varandra.

4. De frågor som tas upp i föregående punkt är långt ifrån nya. De har redan gett upphov till en omfattande rättspraxis från EU-domstolen,<sup>4</sup> som har utvecklats under 30 år, bland annat i domarna Kalfelis<sup>5</sup> och Handte.<sup>6</sup> Trots detta kvarstår flera oklarheter, bland annat vad gäller frågan om hur vissa åtgärder i de aktuella kategorierna ska kvalificeras, såsom en skadeståndstalan som väckts mellan avtalsparter. Denna osäkerhet följer särskilt av domen Brogsitter,<sup>7</sup> i vilken domstolen försökte utforma en abstrakt metod för anknytningen av sådana fall, men vars formulering regelbundet diskuteras i doktrinen och vid de nationella domstolarna.<sup>8</sup>

5. Förevarande begäran om förhandsavgörande ger således EU-domstolen tillfälle att, i stora avdelningen, sammanfatta denna rättspraxis och förtydliga de gråzoner som fortfarande finns. Detta gäller i ännu högre grad eftersom de lösningar som domstolen sedan ikraftträdandet av förordning (EG) nr 593/2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser<sup>9</sup> (nedan kallad Rom I-förordningen) och förordning (EG) nr 864/2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser<sup>10</sup> (nedan kallad Rom II-förordningen) har valt i fråga om domstols behörighet även påverkar frågorna om tillämplig lag. Vad gäller lagkonflikter motsvarar dessa förordningar nämligen artikel 7.1 och 7.2 i Bryssel Ia-förordningen, och hela detta regelverk ska så långt det är möjligt tolkas på ett enhetligt sätt.<sup>11</sup> Domstolens förtydliganden av dessa allmänna frågor kommer dessutom att göra det möjligt att precisera vilka regler i internationell privaträtt som är tillämpliga på en skadeståndstalan till följd av ett åsidosättande av konkurrensrätten.<sup>12</sup>

6. I förevarande förslag till avgörande kommer jag att förklara att anknytningen för en ansvarstalan grundad på "avtal", i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen, eller "skadestånd utanför avtalsförhållanden", i den mening som avses i artikel 7.2 i samma förordning, i huvudsak beror på den rättsliga grunden, det vill säga den "förpliktelse" – "avtal" eller "skadestånd utanför avtalsförhållanden" – som käranden har åberopat mot svaranden. Samma logik gäller för en skadeståndstalan som väcks mellan avtalsparter. Jag kommer att förklara varför en sådan talan om förbudsföreläggande som Wikingerhof har väckt mot Booking.com, med stöd av de konkurrensrättsliga bestämmelserna, ska anses utgöra en talan som avser "skadestånd utanför avtalsförhållanden", i den mening som avses i artikel 7.2 i förordningen.

4 Jag erinrar om att Bryssel Ia-förordningen har ersatt rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EGT L 12, 2001, s. 1) (nedan kallad Bryssel I-förordningen), som i sin tur ersatte konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, undertecknad i Bryssel den 27 september 1968 (EGT L 299, 1972, s. 32) (nedan kallad Brysselkonventionen). Enligt EU-domstolens fasta praxis kan domstolens tolkning av bestämmelserna i Brysselkonventionen och Bryssel I-förordningen överföras på motsvarande bestämmelser i Bryssel Ia-förordningen. I synnerhet gäller domstolens tolkning av artikel 5.1 i Brysselkonventionen och Bryssel I-förordningen även för artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen (se, bland annat, dom av den 15 juni 2017, Kareda (C-249/16, EU:C:2017:472, punkt 27)). På samma sätt är rättspraxis angående artikel 5.3 i de två första instrumenten analogt tillämplig på artikel 7.2 i det tredje instrumentet (se, bland annat, dom av den 17 oktober 2017, Bolagsupplysningen och Ilsjan (C-194/16, EU:C:2017:766, punkt 24 och där angiven rättspraxis)). För enkelhetens skull kommer jag därför i detta förslag till avgörande endast att hänvisa till den sistnämnda förordningen, samtidigt som jag utan åtskillnad hänvisar till de domar och förslag till avgörande som avser de instrument som föregick den.

5 Dom av den 27 september 1988 (189/87, EU:C:1988:459) (nedan kallad domen Kalfelis).

6 Dom av den 17 juni 1992 (C-26/91, EU:C:1992:268) (nedan kallad domen Handte).

7 Dom av den 13 mars 2014 (C-548/12, EU:C:2014:148) (nedan kallad domen Brogsitter).

8 Se, nyligen, de frågor som ställts av Supreme court of the United Kingdom (Högsta domstolen, Förenade kungariket) i det mål som avgjordes genom dom av den 11 april 2019, Bosworth och Hurley (C-603/17, EU:C:2019:310), som EU-domstolen ännu inte har haft tillfälle att slutgiltigt uttala sig om.

9 Europaparlamentets och rådets förordning av den 17 juni 2008 (EUT L 177, 2008, s. 6).

10 Europaparlamentets och rådets förordning av den 11 juli 2007 (EUT L 199, 2007, s. 40).

11 Se skäl 7 i Rom I-förordningen och Rom II-förordningen.

12 Jag erinrar om att Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelse av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser (EUT L 349, 2014, s. 1) inte reglerar frågor om behörighet och tillämplig lag.

## II. Tillämpliga bestämmelser

7. I skäl 16 i Bryssel Ia-förordningen anges följande:

”Principen om att domstolen där svaranden har hemvist är behörig bör kompletteras med alternativa behörighetsgrunder i de fall där det finns en nära anknytning mellan domstolen och tvisteföremålet eller då detta krävs för att underlätta en korrekt rättskipning. Detta kriterium om nära anknytning bör säkerställa ökad rättssäkerhet och förhindra att svaranden kan stämmas i en domstol i en medlemsstat som han eller hon inte rimligen kunde förutse. ...”

8. Avsnitt 2 i kapitel II i förordningen, med rubriken ”Särskilda behörighetsbestämmelser”, innehåller bland annat artikel 7. I artikel 7.1 och 7.2 föreskrivs följande:

”Talan mot en person som har hemvist i en medlemsstat får väckas i en annan medlemsstat:

- 1) a) Om talan avser avtal, vid domstolen för uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser.
  - b) Vid tillämpning av denna bestämmelse, och såvida inte annat avtalats, avses med uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser
    - vid försäljning av varor, den ort i en medlemsstat dit enligt avtalet varorna har eller skulle ha levererats,
    - vid utförande av tjänster, den ort i en medlemsstat där enligt avtalet tjänsterna har eller skulle ha utförts.
  - c) Om led b inte gäller, ska led a gälla.
- 2) Om talan avser skadestånd utanför avtalsförhållanden, vid domstolen för den ort där skadan inträffade eller kan inträffa.”

## III. Målet vid den nationella domstolen, tolkningsfrågan och förfarandet vid EU-domstolen

9. Wikingerhof, ett bolag bildat enligt tysk rätt med säte i Kropp (Tyskland), driver ett hotell i delstaten Schleswig-Holstein (Tyskland). Booking.com, med säte i Amsterdam (Nederländerna), driver en internetplattform för hotellbokning med samma namn.

10. I mars 2009 undertecknade Wikingerhof ett standardavtal som tillhandahölls av Booking.com. I avtalet anges att de allmänna villkor som tillämpas av Booking.com utgör en integrerad del av avtalet. I avtalet anges vidare att hotellägaren genom att underteckna avtalet förklarar sig ha mottagit en kopia av dessa allmänna villkor och bekräftar att han läst, förstått och godtagit villkoren.

11. I Booking.coms allmänna villkor föreskrivs bland annat att detta bolag ska tillhandahålla de hotellägare som är registrerade på plattformen ett internt internetsystem, kallat Extranet, som gör det möjligt för dem att uppdatera informationen om sina hotell och att ta del av uppgifter om de bokningar som gjorts med hjälp av plattformen. De allmänna villkoren innehåller dessutom en bestämmelse om domstols behörighet som i princip ger domstolarna i Amsterdam exklusiv behörighet att pröva tvister som uppkommer till följd av avtalet.

12. Booking.com har ändrat sina allmänna villkor ett flertal gånger. I en skrivelse av den 30 juni 2015 motsatte sig Wikingerhof en av dessa ändringar. Wikingerhof väckte därefter talan om förbudsföreläggande mot Booking.com vid Landgericht Kiel (Regionala domstolen i Kiel, Tyskland) och åberopade att de tyska konkurrensreglerna hade åsidosatts.<sup>13</sup> Wikingerhof gjorde gällande att mindre hotell såsom det hotell som det själv driver är tvungna att ingå avtal med Booking.com på grund av Booking.coms dominerande ställning på marknaden för hotellförmedlingstjänster via bokningsportaler. Wikingerhof anser att en del av den praxis som Booking.com tillämpar vid översändning av hotellbokningar är oskälig och utgör missbruk av dess ställning, vilket strider mot konkurrensrätten. Wikingerhof yrkade därför att ovannämnda domstol skulle förbjuda Booking.com att, vid äventyr av vite,

- på hotellbokningsplattformen utan föregående medgivande från Wikingerhof beteckna ett av nämnda hotell tidigare fastställt pris som nedsatt eller rabatterat,
- helt eller delvis undanhålla Wikingerhof kontaktuppgifter som Booking.coms avtalsparter lämnat via hotellbokningsplattformen och kräva att nämnda hotell uteslutande kontaktar förmedlade avtalsparter genom de kontaktfunktioner som enbart är tillgängliga för Booking.com, och
- göra Wikingerhofs hotells placering vid sökningar på plattformen beroende av beviljandet av en provision på över 15 procent.

13. Booking.com anförde att Landgericht Kiel (Regionala domstolen i Kiel) saknade internationell och territoriell behörighet att pröva målet. Genom dom av den 27 januari 2017 avvisade nämnda domstol Wikingerhofs talan av just det skälet. Landgericht Kiel fann närmare bestämt att prorogationsklausulen i Booking.coms allmänna villkor, som ger domstolarna i Amsterdam exklusiv behörighet, hade ingåtts med giltig verkan mellan parterna i enlighet med artikel 25 i Bryssel Ia-förordningen och var tillämplig på en sådan talan.

14. Efter överklagande fastställde Oberlandesgericht Schleswig (Regionala överdomstolen i Schleswig, Tyskland), genom dom av den 12 oktober 2018, den dom som hade meddelats i första instans, men anförde andra skäl till stöd för sin dom. I huvudsak fann nämnda domstol att Landgericht Kiel (Regionala domstolen i Kiel) inte kunde grunda sin behörighet på regeln om ”skadestånd utanför avtalsförhållanden” i artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen, eftersom Wikingerhofs talan avsåg ”avtal”, i den mening som avses i artikel 7.1 i den förordningen. Behörigheten för den domstol vid vilken talan väckts kan inte heller fastställas med stöd av nämnda artikel 7.1, eftersom det kriterium som anges i denna bestämmelse, det vill säga ”uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser”, i den mening som avses i den bestämmelsen, inte är belägen inom dess domkrets.<sup>14</sup> Appellationsdomstolen ansåg följaktligen inte att det var nödvändigt att avgöra frågan om huruvida prorogationsklausulen i Booking.com allmänna villkor hade ingåtts på ett giltigt sätt mellan parterna i det nationella målet.

15. Wikingerhof har överklagat denna dom till Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen), som meddelat prövningstillstånd. Wikingerhof har i detta sammanhang gjort gällande att appellationsdomstolen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte tillämpa behörighetsregeln rörande ”skadestånd utanför avtalsförhållanden” i artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen på bolagets talan.

13 Wikingerhof grundade närmare bestämt sin talan på 33 § i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (lagen om konkurrensbegränsningar) (nedan kallad GWB), jämförd med artikel 102 FEUF och 18 § och 19 § första stycket och andra stycket punkt 2 GWB samt, i andra hand, på 20 § första stycket GWB.

14 Denna ort är nämligen Booking.coms säte, i Amsterdam, som utgör centrum för bolagets affärsbeslut.

16. Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen) har påpekat att överklagandet inte avser appellationsdomstolens slutsats att Landgericht Kiel (Regionala domstolen i Kiel) inte är behörig att pröva Wikingerhofs talan enligt artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen. Överklagandet avser inte heller frågan om huruvida prorogationsklausulen i Booking.coms allmänna villkor är giltig.<sup>15</sup> Huruvida överklagandet ska bifallas beror således enbart på huruvida en sådan talan kan omfattas av artikel 7.2 i förordningen.

17. Mot denna bakgrund beslutade Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

” Ska artikel 7.2 i [Bryssel Ia-förordningen] tolkas så, att grunden för behörighet för skadestånd utanför avtalsförhållanden är tillämplig på en talan om förbuds föreläggande med avseende på ett visst beteende, om det ifrågasatta beteendet omfattas av avtalsbestämmelser, men käranden emellertid gör gällande att dessa bestämmelser grundas på missbruk av dominerande ställning från svarandens sida?”

18. Begäran om förhandsavgörande av den 11 december 2018 inkom till domstolen den 29 januari 2019. Booking.com, den tjeckiska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden till domstolen. Wikingerhof, Booking.com och kommissionen deltog i den förhandling som hölls den 27 januari 2020.

#### IV. Bedömning

19. Bakgrunden till förevarande mål är en skadeståndstalan rörande åsidosättande av konkurrensrätten som väckts mellan enskilda parter, vilket är kännetecknande för vad som brukar kallas ”privat verkställighet”. Wikingerhofs talan mot Booking.com grundas närmare bestämt på ett åsidosättande av bestämmelser i tysk rätt som, i likhet med artikel 102 FEUF, förbjuder missbruk av dominerande ställning. Wikingerhof har i huvudsak gjort gällande att Booking.com missbrukar sin påstått dominerande ställning på marknaden för hotellförmedlingstjänster och hotellbokningsportaler, genom att införa oskäligen affärsvillkor<sup>16</sup> för små hotell som är registrerade på bolagets plattform. EU-domstolen har inte ombetts att precisera räckvidden för artikel 102 FEUF. Däremot har den tillfrågats om vilka behörighetsregler som är tillämpliga vid en sådan talan.

20. Domstolen har redan slagit fast att en skadeståndstalan som grundar sig på ett åsidosättande av de konkurrensrättsliga bestämmelserna omfattas av ”privaträttens område” i den mening som avses i artikel 1.1 i Bryssel Ia-förordningen och därför omfattas av det materiella tillämpningsområdet för den förordningen.<sup>17</sup>

21. Enligt artikel 4.1 i Bryssel Ia-förordningen är huvudregeln att domstolarna i den medlemsstat där svaranden har hemvist är behöriga att pröva en skadeståndstalan. I förevarande fall är det utrett att Booking.com har hemvist i Nederländerna, i den mening som avses i förordningen,<sup>18</sup> och att Wikingerhof således inte kunde väcka talan vid tysk domstol med stöd av denna bestämmelse.

15 Enligt den hänskjutande domstolen ska denna fråga under alla omständigheter besvaras nekande, eftersom denna klausul inte uppfyller villkoren i artikel 25.1 och 25.2 i Bryssel Ia-förordningen.

16 Se, i unionsrätten, artikel 102 andra stycket a FEUF.

17 Se, bland annat, dom av den 23 oktober 2014, flyLAL-Lithuanian Airlines (C-302/13, EU:C:2014:2319), punkterna 23–38), och dom av den 29 juli 2019, Tibor-Trans (C-451/18, EU:C:2019:635, punkt 24). Även om dessa domar avser åsidosättande av *unionens* konkurrensrätt, gäller de lösningar som presenteras även för en talan som grundar sig på åsidosättande av *nationella* bestämmelser på området. Reglernas ursprung saknar nämligen betydelse i sammanhanget.

18 Se artikel 63 i Bryssel Ia-förordningen.

22. I Bryssel Ia-förordningen föreskrivs emellertid även regler enligt vilka käranden i vissa fall kan väcka talan mot svaranden vid en domstol i en annan medlemsstat.<sup>19</sup> Förordningen innehåller bland annat särskilda behörighetsregler beroende på vad talan "avser", vilka ger käranden möjlighet att väcka talan vid ytterligare en eller flera behöriga domstolar.

23. Sådana särskilda behörighetsregler tillämpas i synnerhet vid "avtal" och "skadestånd utanför avtalsförhållanden". Vid en talan som omfattas av den första kategorin får käranden enligt artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen väcka talan vid domstolen i "uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser". Vid en talan som omfattas av den andra kategorin föreskrivs i artikel 7.2 i förordningen att talan kan väckas vid domstolen i "den ort där skadan inträffade eller kan inträffa".

24. Kärandens valmöjligheter vad gäller val av domstol varierar således beroende på hur talan i fråga ska kvalificeras. I förevarande fall är parterna oense om vilken av de kategorier som nämnts i föregående punkt som Wikingerhofs talan har anknytning till. Huruvida Booking.coms invändning om bristande behörighet ska bifallas beror nämligen på denna kvalificering: även om "den ort där skadan inträffade eller kan inträffa", i den mening som avses i artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen, eventuellt skulle kunna vara belägen inom domkretsen för den tyska domstol vid vilken Wikingerhof har väckt talan<sup>20</sup> är det utrett att så inte är fallet med "uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser", i den mening som avses i artikel 7.1 i samma förordning.<sup>21</sup>

25. Som den hänskjutande domstolen har påpekat framgår det av EU-domstolens praxis att en talan om skadestånd på grund av åsidosättande av de konkurrensrättsliga bestämmelserna i princip omfattas av begreppet "skadestånd utanför avtalsförhållanden", i den mening som avses i artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen.<sup>22</sup>

26. Den talan som är i fråga i förevarande mål kännetecknas emellertid av att den *väckts mellan avtalsparter* och att det konkurrensbegränsande agerande som Wikingerhof har kritiserat Booking.com för *manifesteras i deras avtalsförhållande*, eftersom agerandet bestod i att Booking.com inom ramen för avtalsförhållandet påtvingar det förstnämnda bolaget oskäliga affärsvillkor. Det är för övrigt möjligt att vissa, eller till och med samtliga,<sup>23</sup> av detta klandrade agerande omfattas av

19 Se artikel 5.1 i Bryssel Ia-förordningen.

20 Jag understryker att EU-domstolen inte har ombetts att tolka det behörighetskriterium som föreskrivs i artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen. Jag nöjer mig med att erinra om att enligt domstolens fasta praxis avser uttrycket "den ort där skadan inträffade eller kan inträffa" både den ort där skadan uppkom och den ort där den skadevällande händelsen inträffade. Om dessa två orter inte sammanfaller kan käranden således väcka talan mot svaranden vid domstolen på den ena eller den andra av dessa orter (se, bland annat, dom av den 30 november 1976, Bier (21/76, EU:C:1976:166, punkterna 24 och 25), och dom av den 29 juli 2019, Tibor-Trans (C-451/18, EU:C:2019:635, punkt 25 och där angiven rättspraxis)). Vid en skadeståndstalan grundad på åsidosättande av konkurrensrätten är den ort där den skadevällande händelsen inträffade, i fråga om en konkurrensbegränsande samverkan, den plats där avtalet om konkurrensbegränsande samverkan slutgiltigt har slutits (se dom av den 21 maj 2015, CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335, punkterna 43–50)), och vid missbruk av dominerande ställning är orten i fråga den där missbruket äger rum (se dom av den 5 juli 2018, flyLAL-Lithuanian Airlines (C-27/17, EU:C:2018:533, punkt 52)). Med den ort där skadan uppkom avses enligt domstolens praxis den ort där den marknad som påverkas av det konkurrensbegränsande beteendet är belägen, på vilken den skadelidande påstår sig ha lidit skada (se dom av den 5 juli 2018, flyLAL-Lithuanian Airlines (C-27/17, EU:C:2018:533, punkterna 37–43), och dom av den 29 juli 2019, Tibor-Trans (C-451/18, EU:C:2019:635, punkterna 27–37)).

21 EU-domstolen har inte heller ombetts att tolka detta kriterium. Jag erinrar endast om att enligt domstolens fasta praxis är det, för att fastställa "uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser", i den mening som avses i artikel 7.1 a i Bryssel Ia-förordningen, nödvändigt att fastställa den förpliktelse som motsvarar den avtalsrätt som kärandens talan grundar sig på och fastställa den ort där förpliktelsen har uppfyllts eller ska uppfyllas i enlighet med den lag som är tillämplig på denna förpliktelse (se, bland annat domarna av den 6 oktober 1976, Industrie Tessili Italiana Como (12/76, EU:C:1976:133, punkt 13), och De Bloos (14/76, EU:C:1976:134, punkt 13)). Ett självständigt kriterium för denna "uppfyllelseort" föreskrivs emellertid i artikel 7.1 b i förordningen för avtal om försäljning av varor och avtal om utförande av tjänster. I det sammanhanget har EU-domstolen fastställt en självständig och faktisk definition av uppfyllelseorten för alla förpliktelser i avtalet, genom att ge bestämmelserna i avtalet en avgörande betydelse (se, bland annat, dom av den 3 maj 2007, Color Drack (C-386/05, EU:C:2007:262), dom av den 23 april 2009, Falco Privatstiftung och Rabitsch (C-533/07, EU:C:2009:257), och dom av den 25 februari 2010, Car Trim (C-381/08, EU:C:2010:90)).

22 Se, bland annat, dom av den 23 oktober 2014, flyLAL-Lithuanian Airlines (C-302/13, EU:C:2014:2319, punkt 28), dom av den 21 maj 2015, CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335, punkt 43), och dom av den 5 juli 2018, flyLAL-Lithuanian Airlines (C-27/17, EU:C:2018:533, punkt 51).

23 Wikingerhof och Booking.com är oense på denna punkt. Jag återkommer till denna aspekt i avsnitt C i förevarande förslag till avgörande.

bestämmelserna i de allmänna villkor som är tillämpliga på avtalet i fråga. Frågan är således huruvida kvalificeringen av talan som en talan som avser "avtal" under sådana omständigheter ska ha företräde fram kvalificeringen av talan som en talan som avser "skadestånd utanför avtalsförhållanden" vid tillämpningen av Bryssel 1a-förordningen.

27. Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen) anser att denna fråga ska besvaras nekande. I likhet med Wikingerhof och kommissionen delar jag denna uppfattning. Den motsatta uppfattning som Booking.com och den tjeckiska regeringen har gett uttryck för speglar enligt min mening den osäkerhet som omgärdar gränsen mellan en talan som avser "avtal" och en talan som avser "skadestånd utanför avtalsförhållanden". Som jag angav i inledningen till förevarande förslag till avgörande ger förevarande mål EU-domstolen ett utmärkt tillfälle att sammanfatta denna praxis och undanröja denna osäkerhet. Jag kommer därför att redogöra för huvuddragen (avsnitt A) innan jag specifikt undersöker hur en skadeståndstalan som väckts mellan avtalsparter ska kvalificeras (avsnitt B). Inom ramen för detta utvecklar jag vissa av mina reflektioner i det förslag till avgörande som jag nyligen föredrog i målet *Bosworth och Hurley*.<sup>24</sup> Slutligen kommer jag att tillämpa den analysmodell som följer av den rättspraxisen på en skadeståndstalan som grundar sig på åsidosättande av de konkurrensrättsliga bestämmelserna, såsom den talan som Wikingerhof i förevarande fall har väckt mot Booking.com (avdelning C).

### ***A. Huvuddragen i EU-domstolens praxis om "avtal" och "skadestånd utanför avtalsförhållanden"***

28. Jag erinrar inledningsvis om att Bryssel 1a-förordningen inte innehåller någon definition av begreppet "avtal", i den mening som avses i artikel 7.1 i den förordningen, eller "skadestånd utanför avtalsförhållanden", i den mening som avses i artikel 7.2 i samma förordning. Räckvidden av dessa kategorier är emellertid långt ifrån uppenbar. Även om de speglar välkända civilrättsliga begrepp – "avtal" och "skadestånd utanför avtalsförhållanden" – varierar ramarna för dessa begrepp från en medlemsstat till en annan. De olika språkversionerna av nämnda förordning uppvisar dessutom stora skillnader vad gäller den ena<sup>25</sup> eller den andra<sup>26</sup> bestämmelsen.

29. EU-domstolen har i detta sammanhang vid upprepade tillfällen slagit fast att "avtal" och "skadestånd utanför avtalsförhållanden" i den mening som avses i Bryssel 1a-förordningen ska betraktas som självständiga unionsrättsliga begrepp, vilka i huvudsak ska tolkas mot bakgrund av förordningens *systematik* och *syften*, för att säkerställa en enhetlig tillämpning av behörighetsreglerna i förordningen i samtliga medlemsstater.<sup>27</sup> Framför allt är en talans anknytning till den ena eller den andra kategorin därför inte beroende av de lösningar som föreskrivs i den nationella lagstiftningen i den domstol där talan har väckts (*lex fori*).

24 C-603/17, EU:C:2019:65 (nedan kallat mitt förslag till avgörande i målet *Bosworth och Hurley*).

25 Uttrycket "matière contractuelle" (avtal) som används i den franska språkversionen av Bryssel 1a-förordningen, och som bland annat motsvaras av de uttryck som används i den spanska, den italienska, den portugisiska, den rumänska, den finska och den danska språkversionen av förordningen, är relativt brett. Ordalydelsen i den engelska språkversionen ("in matters relating to a contract"), som bland annat har inspirerat den bulgariska, den kroatiska, den nederländska och den svenska språkversionen, innebär däremot ett krav på att det ska föreligga ett avtal. Samtidigt nöjer man sig med att den finns en anknytning mellan avtalet och talan. I den tyska språkversionen används i sin tur klart mer precisa och uppfordrande formuleringar än de övriga språkversionerna ("wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden").

26 Framför allt motsvarar den tyska, den spanska, den italienska, den kroatiska och den rumänska språkversionen den franska språkversionen. Den engelska språkversionen ("in matters relating to tort, delict or quasi-delict") ligger nära. I den nederländska språkversionen ("ten aanzien van verbintenis uit onrechtmatige daad") hänvisas uttryckligen till begreppet förpliktelser utanför avtalsförhållanden. Den portugisiska versionen ("Em matéria extracontratual") skulle kunna betraktas som ännu mer omfattande, eftersom den hänvisar till samtliga utomobligatoriska förpliktelser. Slutligen speglar den danska språkversionen ("i sager om erstatning uden for kontrakt"), den finska språkversionen (sopimukseen perustumatonta vahingonkorvausta koskevassa asiassa sen paikkakunnan) och den svenska språkversionen ("om talan avser skadestånd utanför avtalsförhållanden") tanken på en skadeståndstalan då det inte finns ett avtal.

27 Se vad gäller begreppet avtal, bland annat, dom av den 22 mars 1983, *Peters Bauunternehmung* (34/82, EU:C:1983:87, punkterna 9 och 10), och dom av den 4 oktober 2018, *Feniks* (C-337/17, EU:C:2018:805, punkt 38 och där angiven rättspraxis). Se vad gäller begreppet "skadestånd utanför avtalsförhållanden", bland annat domen *Kalfelis* (punkterna 15 och 16) och dom av den 17 oktober 2017, *Bolagsupplysningen och Ilsjan* (C-194/16, EU:C:2017:766, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

30. Vad gäller *systematiken* i Bryssel Ia-förordningen har EU-domstolen vid upprepade tillfällen slagit fast att denna bygger på den allmänna regeln i artikel 4.1 i förordningen om att domstolarna i den medlemsstat där svaranden har hemvist är behöriga och att de särskilda behörighetsregler som föreskrivs i artikel 7 utgör undantag från denna allmänna regel och därför ska tolkas restriktivt.<sup>28</sup>

31. Vad gäller *syftet* med Bryssel Ia-förordningen erinrar jag om att behörighetsreglerna i denna förordning rent allmänt syftar till att säkerställa rättssäkerheten och att stärka det rättsliga skyddet för personer som är etablerade i medlemsstaterna. Dessa regler måste därför uppvisa en hög grad av förutsebarhet. En kärande måste enkelt kunna avgöra vid vilka domstolar han eller hon kan väcka talan och svaranden på ett rimligt sätt kunna förutse vid vilken domstol en talan kan komma att väckas gentemot honom eller henne. Reglerna syftar också till att säkerställa en korrekt rättskipning.<sup>29</sup>

32. De särskilda behörighetsreglerna rörande ”avtal” och ”skadestånd utanför avtalsförhållanden”, vilka föreskrivs i artikel 7.1 respektive 7.2 i Bryssel Ia-förordningen, syftar särskilt till att uppnå ett mål om nära anknytning, som är ett konkret uttryck för de två krav som anges i föregående punkt. EU-domstolen har i detta avseende vid upprepade tillfällen slagit fast att den valmöjlighet som en kärande har enligt dessa bestämmelser har införts med beaktande av att det inom de ”kategorier” som avses i bestämmelserna finns en särskilt nära anknytning mellan en talan och den domstol som kan komma att pröva talan, för att ett ändamålsenligt förfarande ska kunna genomföras.<sup>30</sup> När talan avser ”avtal” anses domstolen på ”uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser” nämligen vara den mest lämpade att avgöra saken, särskilt med hänsyn till dess närhet till tvisteföremålet och med hänsyn till att bevisupptagningen underlättas. Om talan avser ”skadestånd utanför avtalsförhållanden” gäller samma sak för domstolen på den ort där skadan inträffade eller kan inträffa.<sup>31</sup> Detta kriterium om nära anknytning bör säkerställa ökad rättssäkerhet och förhindra att svaranden kan stämmas i en domstol i en medlemsstat som han eller hon inte rimligen kunde förutse.

33. Mot bakgrund av dessa allmänna överväganden har EU-domstolen i sin rättspraxis fastställt självständiga definitioner av ”avtal” och ”skadestånd utanför avtalsförhållanden”. I de två följande underavsnitten kommer jag att undersöka dessa definitioner i tur och ordning.

#### *1. Definitionen av ”avtal” i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen*

34. EU-domstolen formulerade ett första utkast till definition av begreppet ”avtal”, i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen, i domen Handte, enligt vilken begreppet ”inte kan förstås så, att det avser en situation där det inte föreligger någon förpliktelse som en part frivilligt åtagit sig gentemot en annan”.<sup>32</sup>

28 Se, bland annat, domen Kalfelis (punkt 19), dom av den 27 oktober 1998, Réunion européenne m.fl. (C-51/97, EU:C:1998:509, punkt 16), och dom av den 4 oktober 2018, Feniks (C-337/17, EU:C:2018:805, punkt 37).

29 Se, bland annat, dom av den 19 februari 2002, Besix (C-256/00, EU:C:2002:99, punkt 26), och dom av den 10 april 2003, Pugliese (C-437/00, EU:C:2003:219, punkt 16).

30 Se skäl 16 i Bryssel Ia-förordningen. Se även, bland annat, dom av den 6 oktober 1976, Industrie Tessili Italiana Como (12/76, EU:C:1976:133, punkt 13), dom av den 20 februari 1997, MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, punkt 29), och dom av den 17 oktober 2017, Bolagsupplysningen och Ilsjan (C-194/16, EU:C:2017:766, punkt 26).

31 Se, vad gäller artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen, dom av den 19 februari 2002, Besix (C-256/00, EU:C:2002:99, punkt 31 och där angiven rättspraxis), och, vad gäller artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen, dom av den 17 oktober 2017, Bolagsupplysningen och Ilsjan (C-194/16, EU:C:2017:766, punkterna 26 och 27 och där angiven rättspraxis).

32 Domen Handte, punkt 15.



35. Domstolen bekräftade denna definition i domen Engler.<sup>33</sup> Med utgångspunkt i konstaterandet att det är nödvändigt att fastställa en förpliktelse för tillämpningen av nämnda artikel 7.1, eftersom domstols behörighet enligt denna bestämmelse avgörs med hänsyn till den ort där ”den förpliktelse som talan avser har uppfyllts eller ska uppfyllas”, slog domstolen fast att innan denna bestämmelse kan tillämpas ”måste det fastställas att en rättslig förpliktelse som en part frivilligt har åtagit sig gentemot en annan person föreligger och att kärandens talan grundas på denna förpliktelse”.<sup>34</sup>

36. Två kumulativa villkor följer av denna definition, vilken numera är en del av EU-domstolens fasta praxis:<sup>35</sup> för att kunna avse ”avtal”, i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen, måste en talan 1) avse en ”avtalsförpliktelse”, som förstås som en ”rättslig förpliktelse som en person frivilligt har åtagit sig gentemot en annan person”,<sup>36</sup> och 2) grunda sig på denna ”förpliktelse”.

37. Vad gäller det *första villkoret* har EU-domstolen preciserat att ”avtalsförpliktelser” först och främst inbegriper förpliktelser som härrör<sup>37</sup> från ett avtal<sup>38</sup> det vill säga, väsentligen, en överenskommelse med två samstämmiga viljeyttringar som är avsedd att ha rättsverkningar.<sup>39</sup> Analogt har EU-domstolen vidare inkluderat ”skadestånd utanför avtalsförhållanden” i förhållande som har anknytning till avtal, eftersom de härrör från en sådan viljeyttring och skapar mellan de berörda personerna skapar en ”nära anknytning av samma typ” som den som uppstår mellan avtalsparter. Detta gäller bland annat kopplingarna mellan en förening och dess medlemmar och kopplingarna mellan föreningsmedlemmarna,<sup>40</sup> förhållandena mellan aktieägarna och förhållandena mellan aktieägarna och det bolag som de bildat,<sup>41</sup> förhållandet mellan en företagsledare och det bolag som denne leder, såsom föreskrivs i bolagsrätten,<sup>42</sup> eller de skyldigheter som delägarna till en fastighet enligt lag åtar sig vad gäller den gemensamt ägda fastigheten<sup>43</sup>. Eftersom tillämpningen av artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen ”inte kräver att ett avtal har ingåtts” utan endast ”att en förpliktelse ska fastställas”,<sup>44</sup> har EU-domstolen slutligen slagit fast att begreppet ”talan som avser avtal” även omfattar skyldigheter som inte följer av ett sådant avtal utan på grund av ett ensidigt åtagande som en person frivilligt har åtagit sig gentemot en annan. Så är bland annat fallet vid en näringsidkares löfte om vinning gentemot en konsument<sup>45</sup> och en borgensmans skyldigheter gentemot remittenten.<sup>46</sup>

33 Dom av den 20 januari 2005 (C-27/02, EU:C:2005:33).

34 Dom av den 20 januari 2005, Engler (C-27/02, EU:C:2005:33, punkterna 45 och 51).

35 Se, bland annat, dom av den 28 januari 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, punkt 39), och dom av den 5 december 2019, Ordre des avocats du barreau de Dinant (C-421/18, EU:C:2019:1053, punkterna 25 och 26).

36 EU-domstolen har införlivat detta begrepp från Rom I-förordningen i enlighet med målet om en enhetlig tillämpning av Bryssel Ia-förordningen, Rom I-förordningen och Rom II-förordningen (se punkt 5 i förevarande förslag till avgörande). Enligt EU-domstolens praxis anses begreppet ”avtalsförpliktelse” i den mening som avses i artikel 1 i Rom I-förordningen avse en ”rättslig förpliktelse som en person frivilligt har åtagit sig gentemot en annan person”. Se dom av den 21 januari 2016, ERGO Insurance och Gjensidige Baltic (C-359/14 och C-475/14, EU:C:2016:40, punkt 44).

37 Jag anser att EU-domstolen genom denna formulering avsåg de förpliktelser som *följer av ett avtal*. Avtalsförpliktelserna utgörs nämligen både sådana förpliktelser som parterna har avtalat i avtalet och sådana, kompletterande eller tvingande, förpliktelser som föreskrivs i lag för denna typ av avtal. I vilket fall som helst har samtliga avtalsförpliktelser *i första hand* sitt ursprung i lagen, eftersom de endast är bindande för parterna i den mån detta föreskrivs i lag (se mitt förslag till avgörande i målet Bosworth och Hurley (fotnot 50)).

38 Se, bland annat, dom av den 6 oktober 1976, De Bloos (14/76, EU:C:1976:134, punkterna 14 och 16), dom av den 15 juni 2017, Kareda (C-249/16, EU:C:2017:472, punkt 30), och dom av den 7 mars 2018, flightright m.fl. (C-274/16, C-447/16 och C-448/16, EU:C:2018:160, punkt 59). Alla förpliktelser som följer av ett avtal ska anses som förpliktelser som en part ”frivilligt åtagit sig”, utan att gäldenären behöver ha gett ett separat samtycke för var och en av dem. Genom att ingå avtalet godtar parterna samtliga ömsesidiga förpliktelser som följer av deras åtagande.

39 Se, bland annat, dom av den 11 juli 2002, Gabriel (C-96/00, EU:C:2002:436, punkt 49). Nyligen har EU-domstolen likställt ett ”tyst avtalsförhållande” med ett avtal. (se dom av den 14 juli 2016, Granarolo (C-196/15, EU:C:2016:559, punkterna 24–27)).

40 Se dom av den 22 mars 1983, Peters Bauunternehmung (34/82, EU:C:1983:87, punkt 13).

41 Se dom av den 10 mars 1992, Powell Duffryn (C-214/89, EU:C:1992:115, punkt 16).

42 Se dom av den 10 september 2015, Holterman Ferho Exploitatie m.fl. (C-47/14, EU:C:2015:574, punkterna 53 och 54).

43 Se dom av den 8 maj 2019, Kerr (C-25/18, EU:C:2019:376, punkterna 27–29).

44 Se, bland annat, dom av den 17 september 2002, Tacconi (C-334/00, EU:C:2002:499, punkt 22), och dom av den 8 maj 2019, Kerr (C-25/18, EU:C:2019:376, punkt 23).

45 Se dom av den 20 januari 2005, Engler (C-27/02, EU:C:2005:33, punkt 53).

46 Se dom av den 14 mars 2013, Česká spořitelna (C-419/11, EU:C:2013:165, punkterna 48 och 49).

38. Sammanfattningsvis har EU-domstolen valt en ”mjukare” tolkning av begreppet avtalsförpliktelse, i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen.<sup>47</sup> Detta konstaterande kan vid första anblicken tyckas förvånande med tanke på att domstolen vid upprepade tillfällen har bekräftat att denna bestämmelse ska tolkas restriktivt. Enligt min mening innebär detta krav på restriktiv tolkning i själva verket endast att domstolen inte får frångå den bestämmelsens klara ordalydelse och ge den en mer vidsträckt innebörd än vad dess syfte kräver.<sup>48</sup> För att säkerställa en god handläggning av internationella tvister är det således möjligt och enligt min mening motiverat att tolka kategorin ”avtal” på så sätt att den omfattar institut som ligger nära avtal.<sup>49</sup>

39. Vad gäller det *andra villkoret* framgår det av EU-domstolens praxis att en talan inte avser ”avtal”, i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen, enbart av det skälet att den har en mer eller mindre nära anknytning till en ”avtalsförpliktelse”. Talan måste även grundas på en sådan förpliktelse. Tillämpningen av denna bestämmelse beror således, såsom domstolen nyligen har slagit fast, på ”grunden för talan”.<sup>50</sup> Med andra ord måste käranden göra gällande en motsvarande förpliktelse för att styrka sitt anspråk.<sup>51</sup>

40. EU-domstolen har enligt min mening gjort rätt som genom detta villkor förbehållit tillämpningen av behörighetsregeln rörande ”avtal” i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen på en talan av avtalsenlig natur, det vill säga en talan som huvudsakligen avser avtalsrättsliga sakfrågor eller,<sup>52</sup> med andra ord, frågor som omfattas av avtalsrätten (*lex contractus*) i den mening som avses i Rom I-förordningen, såsom giltigheten eller tolkningen av avtalsförpliktelser.<sup>53</sup> EU-domstolen säkerställer på så sätt, i enlighet med närhetsprincipen, som ligger till grund för den bestämmelsen, att den domstol som är behörig att pröva ett avtal, enligt denna bestämmelse, i huvudsak uttalar sig om sådana frågor.<sup>54</sup> På ett mer grundläggande plan säkerställer domstolen att talan avser ”avtal” i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen och, vad gäller lagval, Rom I-förordningen.<sup>55</sup>

47 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 januari 2005, Engler (C-27/02, EU:C:2005:33, punkt 48).

48 Se, analogt, dom av den 14 december 1977, Sanders (73/77, EU:C:1977:208, punkterna 17 och 18), och dom av den 26 mars 1992, Reichert och Kockler (C-261/90, EU:C:1992:149, punkt 25). Se, även, förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs i målet Gabriel (C-96/00, EU:C:2001:690, punkterna 44–46).

49 Se, för ett liknande resonemang, Minois, M., *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, LGDJ, Paris, 2020, s. 174–180.

50 Dom av den 7 mars 2018, flightright m.fl. (C-274/16, C-447/16 och C-448/16, EU:C:2018:160, punkt 61), dom av den 4 oktober 2018, Feniks (C-337/17, EU:C:2018:805, punkt 48), och dom av den 26 mars 2020, Primera Air Scandinavia (C-215/18, EU:C:2020:235, punkt 44).

51 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 mars 1988, Arcado (9/87, EU:C:1988:127, punkterna 12 och 13). Denna uppfattning uttrycks på olika sätt i domen av den 6 oktober 1976, De Bloos (14/76, EU:C:1976:134): ”den avtalsenliga förpliktelse som ligger till grund för talan” (punkt 11), ”den förpliktelse ... som svarar mot den avtalsrättighet som sökanden åberopar som grund för sin talan” (punkt 13) och ”[den] förpliktelse som svarar mot den avtalsrättighet som åberopas som grund för ... talan” (punkt 15 och domslutet). Se även förslag till avgörande av generaladvokat Bobek i målet flightright m.fl. (C-274/16, C-447/16 och C-448/16, EU:C:2017:787, punkt 54).

52 Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokat Mayra i målet Industrie Tessili Italiana Como (12/76, ej publicerat, EU:C:1976:119, s. 1489) och förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs i målet Engler (C-27/02, EU:C:2004:414, punkt 44). Eftersom artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen inte enbart är tillämplig på avtal, avser jag här alla rättsregler som medför skyldigheter på grund av en persons frivilliga åtagande gentemot en annan person.

53 Artikel 12 i Rom I-förordningen innehåller för övrigt en icke uttömmande uppräknning av de frågor som omfattas av avtalsrätten (*lex contractus*), vilken enligt min mening är relevant för att fastställa huruvida en talan avser ”avtal” i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen. Se, analogt, dom av den 8 mars 1988, Arcado (9/87, EU:C:1988:127, punkt 15).

54 Detta innebär inte att den domstol som ska pröva avtalet måste tillämpa sin egen lagstiftning. Den domstol som är behörig enligt artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen sammanfaller nämligen inte nödvändigtvis med den lag som anvisas med stöd av bestämmelserna i Rom I-förordningen. Det betyder inte heller att den domstol som ska pröva ett avtal måste tillämpa avtalsrätten för att avgöra de sakfrågor som väckts vid den. En fråga som betraktas som ”avtalsenlig”, i den mening som avses i unionens instrument för internationell privaträtt, skulle enligt den tillämpliga materiella rätten nämligen kunna anses avse skadestånd utanför avtalsförhållanden och så vidare.

55 Se, för ett liknande resonemang, Minois, M., a.a.s. 174 och 180–186. Även om det materiella tillämpningsområdet för artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen således i princip motsvarar tillämpningsområdet för Rom I-förordningen, är överensstämmelsen inte perfekt. Medan nämnda artikel 7.1 är tillämplig på en talan som avser bolagsrätten (se den rättspraxis som anges i fotnoterna 41 och 42 i förevarande förslag till avgörande) utesluts till exempel i artikel 1.2 f i Rom I-förordningen sådana frågor som omfattas av det rättsområdet från förordningens tillämpningsområde.

41. Rent allmänt är dessa båda kriterier bland annat uppfyllda vid en talan om uppfyllande av en "avtalsförpliktelse",<sup>56</sup> i den mening som avses i nämnda artikel 7.1, eller en skadeståndstalan eller en talan om hävning av avtalet till följd av att en sådan förpliktelse inte har uppfyllts.<sup>57</sup> I samtliga dessa fall utgör förpliktelsen i fråga grund för en "avtalsrättslig rättighet" som motiverar kärandens talan. För att avgöra om talan är välgrundad ska den domstol vid vilken talan väckts i huvudsak avgöra avtalsrättsliga frågor – såsom frågan om den aktuella förpliktelsens innehåll, hur denna ska uppfyllas, följderna av att den inte har uppfyllts och så vidare.<sup>58</sup> Till en "talan som avser avtal" räknas bland annat en talan om ogiltigförklaring av ett avtal, eftersom en sådan talan grundar sig på ett åsidosättande av reglerna för avtalets upprättande och innebär att domstolen framför allt ska uttala sig om giltigheten av de "avtalsförpliktelser" som följer därav.<sup>59</sup> För närmare detaljer om begreppet "talan som avser avtal" hänvisas till den omfattande doktrinen på området.<sup>60</sup>

## 2. Definitionen av begreppet "skadestånd utanför avtalsförhållanden" i den mening som avses i artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen

42. Det framgår av EU-domstolens fasta praxis i den berömda domen Kalfelis att begreppet talan som avser "skadestånd utanför avtalsförhållanden", i den mening som avses i artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen, omfattar varje talan som syftar till att gentemot svaranden göra gällande ett ansvar som inte har anknytning till ett "avtal", i den mening som avses i artikel 7.1 a i samma förordning.<sup>61</sup>

43. Även här följer två kumulativa villkor av definitionen, dels ett positivt villkor som innebär att det gentemot svaranden görs gällande ett ansvar, dels ett *negativt* villkor enligt vilket talan inte får vara hänförlig till ett "avtal".

44. Det första villkoret avser föremålet för talan. Talan ska syfta till att hålla svaranden ansvarig, det vill säga att svaranden ska tvingas att upphöra med ett beteende som kan ge upphov till skada – vid en sådan talan om förbuds föreläggande som Wikingerhof har väckt i förevarande mål – eller återställa en skada som uppkommit – vid en skadeståndstalan.<sup>62</sup>

45. Även här gör EU-domstolen emellertid en "mjuk" tolkning av detta villkor. En fastställsetalan, i vilken käranden vill få fastställt att svaranden har åsidosatt en rättslig skyldighet, eller en negativ fastställsetalan i vilken käranden yrkar fastställelse av att denne inte har gjort sig skyldig till någon handling eller underlåtenhet som medför utomobligatoriskt skadeståndsansvar gentemot svaranden, kan nämligen också omfattas av artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen.<sup>63</sup>

56 Se, bland annat, den typ av talan som var i fråga i de mål som avgjordes genom dom av den 15 januari 1987, Shenavai (266/85, EU:C:1987:11, punkterna 2 och 18), dom av den 8 mars 1988, Arcado (9/87, EU:C:1988:127, punkt 12), och dom av den 29 juni 1994, Custom Made Commercial (C-288/92, EU:C:1994:268, punkterna 2 och 11).

57 Se, bland annat, den typ av talan som var i fråga i de mål som avgjordes genom dom av den 6 oktober 1976, De Bloos (14/76, EU:C:1976:134, punkterna 3 och 14), och dom av den 8 mars 1988, Arcado (9/87, EU:C:1988:127, punkt 13).

58 Se artikel 12.1 a–c i Rom I-förordningen.

59 Se dom av den 20 april 2016, Profit Investment SIM (C-366/13, EU:C:2016:282, punkterna 54 och 58). Det framgår av artikel 10.1 i Rom I-förordningen att frågan om förekomsten och giltigheten av ett avtal eller en bestämmelse omfattas av avtalsrätten (*lex contractus*).

60 Se, bland annat, Gaudemet-Tallon, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, Paris, 4:e utgåvan, 2010, s. 165–177, Briggs, A., *Civil Jurisdiction and Judgments*, Informa Law, Oxon, 2015, 6:e utgåvan, s. 209–220, Niboyet, M.-L. och Geouffre de la Pradelle, G., *Droit international privé*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 5:e utgåvan, 2015, s. 346 och 347, Calster, G. van, *European Private International Law*, Bloomsbury, 2016, s. 136–139, Magnus, U. och Mankowski, P., *Brussels Ibis Regulation – Commentary*, otoschmidt, Köln, 2016, s. 162–189, Hartley, T., *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe – The Brussels I Regulation, the Lugano Convention, and the Hague Choice of Court Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 107–114, och Minois, M., a.a.

61 Se, bland annat, domen Kalfelis (punkt 18), dom av den 1 oktober 2002, Henkel (C-167/00, EU:C:2002:555, punkt 36), och dom av den 12 september 2018, Löber (C-304/17, EU:C:2018:701, punkt 19).

62 Se, bland annat, dom av den 26 mars 1992, Reichert och Kockler (C-261/90, EU:C:1992:149, punkterna 19 och 20), dom av den 1 oktober 2002, Henkel (C-167/00, EU:C:2002:555, punkt 41), och dom av den 12 september 2018, Löber (C-304/17, EU:C:2018:701, punkt 21).

63 Se dom av den 5 februari 2004, DFDS Torline (C-18/02, EU:C:2004:74, punkterna 19–28), respektive dom av den 25 oktober 2012, Folien Fischer och Fofitec (C-133/11, EU:C:2012:664, punkterna 41–54).

46. Det *andra villkoret* speglar enligt min mening det villkor som EU-domstolen har uppställt inom ramen för sin praxis angående "avtal". Även här är det fråga om att fastställa "grunden" för skadeståndstalan. För att en talan ska anses avse skadestånd utanför avtalsförhållanden får talan inte grunda sig på en "rättslig förpliktelse som en person frivilligt har åtagit sig", utan ska grundas på en "utomobligatorisk förpliktelse", det vill säga en *ofrivillig* förpliktelse där svaranden inte har haft för avsikt att göra något som helst åtagande gentemot käranden, och som följer av en *skadevällande händelse* som består i åsidosättande av en allmän skyldighet som föreskrivs i lag för var och en.<sup>64</sup> Genom detta villkor säkerställer EU-domstolen, i enlighet med den målsättning om närhet som ligger till grund för artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen, att den domstol som har att pröva yrkanden om utomobligatoriskt skadestånd endast uttalar sig om yrkanden av det slaget, det vill säga sådana som i sak väsentligen hänför sig till rättsregler som medför sådana skyldigheter. Den säkerställer också intern enhetlighet vid "skadestånd utanför avtalsförhållanden" i samband med de behörighetsregler som anges i artikel 7.2 i Bryssel I-förordningen och de lagvalsregler som anges i Rom II-förordningen.<sup>65</sup>

47. Det går således inte att, vilket ibland hävdas, betrakta artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen som en ren "restbestämmelse" som omfattar varje form av talan som inte avser "avtal" i den mening som avses i artikel 7.1 i samma förordning. Tvärtom finns det anspråk som inte omfattas av någon av dessa båda bestämmelser, eftersom de grundar sig på förpliktelser som varken avser "avtal" eller "skadeståndsansvar utanför avtalsförhållanden".<sup>66</sup>

48. EU-domstolen har vidare slagit fast att artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen omfattar ett stort antal olika typer av skadeståndsansvar<sup>67</sup> – med skuld, utan skuld och så vidare. Förutom en talan om skadeståndsansvar för åsidosättande av konkurrensrätten, som redan nämnts ovan i punkt 25, omfattas bland annat en talan om talan om ansvar för illojal konkurrens,<sup>68</sup> intrång i immateriella rättigheter<sup>69</sup> eller skada som orsakats av produkter med säkerhetsbrister.<sup>70</sup> Även här hänvisas de läsare som vill ha närmare detaljer om begreppet "skadestånd utanför avtalsförhållanden" till den omfattande doktrin som finns på området.<sup>71</sup>

64 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 september 2002, Tacconi (C-334/00, EU:C:2002:499, punkterna 25 och 27), dom av den 18 juli 2013, ÖFAB (C-147/12, EU:C:2013:490, punkterna 35–38), och dom av den 21 april 2016, Austro-Mechana (C-572/14, EU:C:2016:286, punkterna 37 och 50). Se, även, förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs i målet Engler (C-27/02, EU:C:2004:414, punkt 59).

65 Enligt EU-domstolens praxis är en utomobligatorisk förpliktelse, i den mening som avses i Rom II-förordningen, en förpliktelse som härrör från en skadeståndgrundande händelse, obehörig vinst, tjänst utan uppdrag (*negotiorum gestio*) eller oaktsamhet vid ingående av avtal (*culpa in contrahendo*) (se dom av den 21 januari 2016, ERGO Insurance och Gjensidige Baltic (C-359/14 och C-475/14, EU:C:2016:40, punkterna 45 och 46)). Jag understryker emellertid att även om de utomobligatoriska förpliktelser som omfattas av artikel 7.2 i Bryssel I-förordningen utgör kärnan i Rom II-förordningen har den sistnämnda förordningen emellertid ett vidare tillämpningsområde, eftersom den inte endast omfattar utomobligatoriska förpliktelser som har sin grund i en skadevällande händelse, utan även sådana som följer av avtalsliknande åtaganden som obehörig vinst eller tjänst utan uppdrag (se artikel 2.1 i Rom II-förordningen).

66 Se förslag till avgörande av generaladvokat Gulmann i målet Reichert och Kockler (C-261/90, ej publicerat, EU:C:1992:78, s. 2169), förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs i målet Engler (C-27/02, EU:C:2004:414, punkterna 55 och 57), och förslag till avgörande av generaladvokat Bobek i målet Feniks (C-337/17, EU:C:2018:487, punkt 98). I likhet med Wikingerhof anser jag att så är fallet med en talan om återbetalning på grund av obehörig vinst, när denna inte följer av att ett avtal är ogiltigt (se dom av den 20 april 2016, Profit Investment SIM, C-366/13, EU:C:2016:282, punkt 55), eftersom en sådan talan grundar sig på en förpliktelse som inte följer av en skadevällande händelse (se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet Siemens Aktiengesellschaft Österreich (C-102/15, EU:C:2016:225, punkterna 54–75)).

67 Dom av den 30 november 1976, Bier (21/76, EU:C:1976:166, punkt 18).

68 Se, bland annat, dom av den 21 december 2016, Concurrence (C-618/15, EU:C:2016:976), och artikel 6.1 i Rom II-förordningen.

69 Se bland annat, på det upphovsrättsliga området, dom av den 22 januari 2015, Hejduk (C-441/13, EU:C:2015:28), och dom av den 3 april 2014, Hi Hotel HCF (C-387/12, EU:C:2014:215), och artikel 8 i Rom II-förordningen.

70 Se, bland annat, dom av den 16 juli 2009, Zuid-Chemie (C-189/08, EU:C:2009:475), och artikel 5 i Rom II-förordningen.

71 Se, bland annat, Gaudemet-Tallon, H., a.a.s. 217–219, Briggs, A., a.a.s. 238–250, van Calster, G., a.a.s. 144–147, Magnus, U. och Mankowski, P., a.a.s. 262–276, och Hartley, T., a.a.s. 125–126.

## ***B. Kvalificering av en skadeståndstalan som väckts mellan avtalsparter i enlighet med Bryssel Ia-förordningen***

49. Av det ovan anförda följer att vissa skadeståndsanspråk avser "avtal", i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen, medan andra avser "skadestånd utanför avtalsförhållanden", i den mening som avses i artikel 7.2 i samma förordning. Det framgår även att anknytningen mellan ett sådant anspråk och den ena eller den andra av dessa kategorier på ett teoretiskt plan beror på hur den förpliktelse som ligger till grund för talan ska kvalificeras. Om förpliktelsen grundas på ett avtal eller någon annan form av frivilligt åtagande från en person gentemot en annan anses talan vara "avtalsrättslig". Om den aktuella förpliktelsen däremot följer av ett åsidosättande av en allmän förpliktelse som föreskrivs i lag, oberoende av ett frivilligt åtagande, anses talan avse "skadestånd utanför avtalsförhållanden".<sup>72</sup>

50. När två personer är bundna av ett avtal och en av dem väcker skadeståndstalan mot den andra kan det emellertid i praktiken vara svårt att skilja mellan en talan som avser "avtal" och en talan som avser "skadestånd utanför avtalsförhållanden".

51. En sådan talan avser inte nödvändigtvis "avtal", i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen.<sup>73</sup> Även mellan avtalslutande parter kan det uppstå tvister om utomobligatoriskt skadestånd. Detta är lätt att förstå vad gäller skadeståndsanspråk som helt saknar samband med det avtal som binder parterna,<sup>74</sup> beträffande vilka det är uppenbart att talan ska kvalificeras som en talan som avser "skadestånd utanför avtalsförhållanden", i den mening som avses i artikel 7.2 i förordningen.

52. Saken är emellertid mindre uppenbar när talan, såsom i det nationella målet, har ett visst samband med avtalet, bland annat på grund av att den hänför sig till en skada som orsakats vid avtalets fullgörande. I detta sammanhang kan den skadevällande händelsen både utgöra ett åsidosättande av en avtalsförpliktelse och ett åsidosättande av en allmän skyldighet som föreskrivs i lag. I så fall rör det sig om konkurrerande skadeståndsansvar, eller annorlunda uttryckt konkurrens mellan avtalsrättsliga och utomobligatoriska förpliktelser, som var och en kan utgöra grund för talan.<sup>75</sup>

53. Antalet situationer där en och samma skadevällande händelse kan ge upphov till en sådan konkurrens varierar beroende på de nationella rättssystemen och på hur avtalsrättsligt ansvar och utomobligatoriskt skadeståndsansvar uppfattas.<sup>76</sup> De exempel på skadeståndstalan ges i punkt 48 i förevarande förslag till avgörande – åsidosättande av konkurrensrätten, omständigheter som rör illojal konkurrens, skada som orsakats av produkter med säkerhetsbrister, intrång i en immateriell rättighet – kan emellertid i princip leda till en sådan konkurrens vid en talan som väcks mellan avtalsparter.

72 Se förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs i målet Handte (C-26/91, ej publicerat, EU:C:1992:176, punkt 16), och mitt förslag till avgörande i målet Bosworth och Hurley (punkt 67).

73 Se, för ett liknande resonemang, domen Brogssitter, punkt 23.

74 Exempelvis om en bankir och dennes kund är bosatta i samma fastighet och den förstnämnde väcker talan i domstol mot den sistnämnde för onormalt störande grannbeteende.

75 Se mitt förslag till avgörande i målet Bosworth och Hurley (punkt 68).

76 Tillämpningsområdet för avtalsrättsligt ansvar och utomobligatoriskt skadeståndsansvar är nämligen inte detsamma i alla nationella system, vilket innebär att överlappningen mellan dessa två ansvarsområden sker olika ofta. De potentiella överlappningarna är till exempel särskilt talrika i fransk rätt. För det första har avtalsrättsligt ansvar en stor räckvidd där, bland annat eftersom praxis från Cour de cassation (Högsta domstolen, Frankrike) syftar till att i ett avtal inkludera skyldigheter avseende säkerhet och information, vilka är ett uttryck för allmänna skyldigheter enligt lag, samt skyldigheter som följer av kravet på att avtal ska fullgöras i enlighet med tro och heder. För det andra har även utomobligatoriskt skadeståndsansvar en öppen karaktär, eftersom reglerna på detta område är avsedda att omfatta samtliga skadevällande händelser som kan inträffa i samhället. Se, vad gäller denna fråga, Ancel, P., "Le concours de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle", Responsabilité civile et assurances, nr 2, februari 2012, häfte 8, punkterna 2–11.

54. Till exempel skulle en leverantörs vägran att sälja en produkt till sin återförsäljare kunna utgöra inte bara missbruk av dominerande ställning utan även ett åsidosättande av de skyldigheter som följer av deras ramavtal, vilket Wikingerhof mycket riktigt har påpekat. Detsamma gäller i en situation där leverantören gynnar sitt eget nätverk till nackdel för återförsäljaren, eftersom detta beteende samtidigt kan utgöra ett avtalsbrott, ett missbruk av dominerande ställning eller illojal konkurrens.<sup>77</sup> En defekt i en produkt som säljs av tillverkaren och som vållar köparen skada kan dessutom omfattas av såväl utomobligatoriskt skadeståndsansvar – på grund av åsidosättande av en allmän skyldighet avseende produktsäkerhet – som avtalsrättsligt ansvar på grund av åsidosättande av avtalsförpliktelsen att leverera en avtalsenlig produkt, eller till och med av en avtalsförpliktelse avseende säkerhet. När innehavaren av ett licensavtal avseende användningen av ett upphovsrättsligt skyddat verk överskrider gränserna för licensens kan denna skadevällande händelse utgöra intrång – eftersom licenstagaren gör intrång i avtalspartens ensamrätt – och därmed ett avtalsbrott.<sup>78</sup>

55. Vid sådana konkurrerande former av skadeståndsansvar ger vissa nationella rättssystem, däribland engelsk och tysk rätt, käranden möjlighet att välja att grunda sin talan på ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar eller på ett avtalsrättsligt ansvar, beroende på vad som bäst överensstämmer med kärandens intressen,<sup>79</sup> eller till och med att ”kumulera” yrkanden på dessa båda grunder.<sup>80</sup>

56. I andra rättssystem, däribland fransk och belgisk rätt, föreskrivs däremot en regel om ansvarsfördelning, så kallad icke-kumulering, som inte ger käranden några valmöjligheter. Detta innebär att käranden inte kan grunda sitt yrkande på utomobligatoriskt skadeståndsansvar när den skada som åberopats även innebär att en avtalsförpliktelse inte har uppfyllts. I dessa system har med andra ord ”avtalet företräde framför den skadevällande händelsen”.<sup>81</sup>

57. Inom ramen för Bryssel Ia-förordningen är frågan huruvida, och i så fall i vilken utsträckning, kärandens val att, för en och samma skadevällande händelse, åberopa utomobligatoriskt skadeståndsansvar och/eller avtalsrättsligt ansvar gentemot sin avtalspart påverkar vilken behörighetsregel som ska tillämpas.<sup>82</sup> Jag inleder med att erinra om de lösningar som EU-domstolen hittills har valt i sin rättspraxis (underavsnitt 1), och redogör därefter för hur jag anser att detta område ska tolkas (underavsnitt 2 och 3).

### *1. De lösningar som EU-domstolen hittills har valt*

58. EU-domstolen berörde denna fråga för första gången i domen Kalfelis. I det målet hade en privatperson väckt talan mot sin bank för att erhålla ersättning för den skada som han hade lidit i samband med börstransaktioner och anfört kumulativa yrkanden grundade på olika bestämmelser i tysk rätt, varav vissa rörde avtalsrättsligt ansvar, vissa rörde regler om utomobligatoriskt skadeståndsansvar och vissa, slutligen, rörde obehörig vinst – som nästan är av avtalsrättslig natur.

77 Se det mål som avgjordes genom dom av den 24 oktober 2018, Apple Sales International m.fl. (C-595/17, EU:C:2018:854).

78 Se de mål som avgjordes genom dom av den 18 april 2013, kommissionen/Systran och Systran Luxembourg (C-103/11 P, EU:C:2013:245), dom av den 3 april 2014, Hi Hotel HCF (C-387/12, EU:C:2014:215), och dom av den 18 december 2019, IT Development (C-666/18, EU:C:2019:1099).

79 I medlemsstaternas materiella rätt kan avtalsrättsligt ansvar och utomobligatoriskt skadeståndsansvar omfattas av olika regelverk vad gäller bevisbörda, villkor för gottgörelse, preskription och så vidare. Det kan således ligga i en kärandens intresse att välja den ena eller det andra alternativet. Se, bland annat, mitt förslag till avgörande i målet Bosworth och Hurley (fotnot 51).

80 Se, vad gäller engelsk rätt, Fentiman, R., *International Commercial Litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2:a utgåvan, 2015, s. 177, 178 och 279. En sådan kumulering ger inte rätt till dubbel ersättning för en och samma skada. Däremot ökar kärandens chanser att erhålla den begärda ersättningen.

81 Se dom av den 18 december 2019, IT Development (C-666/18, EU:C:2019:1099, punkt 23), och Gout, O., ”Le cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle en droit belge et en droit français: de la genèse des règles aux perspectives d'évolution”, i Van den Haute, E., *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, Bruylant, Bryssel, 2013, s. 123–146.

82 Samma fråga uppkommer inom ramen för fastställandet av tillämplig lag i Rom I-förordningen och Rom II-förordningen, eftersom det i dessa förordningar föreskrivs olika anknytningskriterier beroende på om en förpliktelse är ”avtalsrättslig”, i den mening som avses i den förstnämnda förordningen, eller ”utomobligatorisk”, i den mening som avses i den sistnämnda förordningen.

Frågan uppkom bland annat huruvida den domstol som enligt artikel 5.3 i Brysselkonventionen – nu artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen – var behörig att pröva frågan om utomobligatoriskt skadeståndsansvar i andra hand även var behörig att pröva skadeståndsanspråk till följd av avtal eller avtalsliknande åtaganden.

59. I sitt förslag till avgörande föreslog generaladvokaten Darmon att behörighetsregeln rörande ”avtal” ska påverka talan i dess helhet, inklusive de yrkanden som vilar på rättsliga grunder av utomobligatorisk eller avtalsliknande art, för att rationalisera behörigheten och centralisera tvisten till den domstol som är behörig att pröva avtalet, vilken enligt generaladvokaten är bäst lämpad att ta ställning till avtalets sammanhang och samtliga följder av tvisten.<sup>83</sup>

60. Domstolen följde inte generaladvokatens förslag till avgörande på denna punkt. Den har visserligen, såsom jag har angett i punkt 42 ovan, slagit fast att begreppet ”skadestånd utanför avtalsförhållanden” omfattar varje talan som syftar till att gentemot svaranden göra gällande ett ansvar som inte är hänförligt till ett ”avtal”. Domstolen har emellertid, med hänvisning till att de särskilda behörighetsreglerna har karaktär av undantag, preciserat att ”den domstol som i enlighet med [artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen] är behörig att pröva en talan i den del denna grundas på utomobligatoriskt skadeståndsansvar inte anses behörig att pröva ifrågavarande talan i den del den inte grundas på ett sådant ansvar”.<sup>84</sup>

61. Trots att EU-domstolens svar är något tvetydigt tycks domstolen i domen Kalfelis inte mena att artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen har företrädde framför artikel 7.2 i samma förordning. Domstolen har tvärtom slagit fast att en skadeståndstalan avseende en och samma skadevällande händelse kan omfattas av behörigheten hos den domstol som är behörig att pröva avtalet eller den domstol som är behörig att pröva det utomobligatoriska skadeståndsansvaret, beroende på de rättsliga grunder som kändanden åberopar, det vill säga de regler i materiell rätt som utgör grunden för dennes yrkanden. När kumulativa yrkanden framställs inom ramen för en och samma talan, ska således inte talan i sin helhet kvalificeras som en talan som avser avtal eller en talan som avser skadestånd utanför avtalsförhållanden, utan var och en av grunderna ska kvalificeras för sig – där en och samma grund inte kan omfattas av båda kategorierna samtidigt.<sup>85</sup> I detta sammanhang är den domstol som är behörig att pröva yrkanden grundade på avtalsbrott (endast) behörig att pröva de grunder som ligger till grund för avtalet, medan den domstol som är behörig att pröva utomobligatoriskt skadeståndsansvar på motsvarande sätt är behörig att pröva grunderna för detta ansvar. Ingen av dessa domstolar har för övrigt någon accessorisk behörighet att avgöra frågor som inte omfattas av deras behörighetsområde.<sup>86</sup>

62. Jag vill understryka att det inte är fråga om att för Bryssel Ia-förordningens syften bibehålla den kvalificering som har gjorts av de av kändanden åberopade materiella bestämmelserna i den nationella rätt de härrör från. I det skede då behörigheten prövas, har den domstol där talan för övrigt ännu inte fastställt tillämplig lag. Det är alltså inte säkert att talan ska prövas enligt de bestämmelserna. De materiella bestämmelser som åberopats till stöd för en talan ger dock de uppgifter som behövs för att kunna urskilja kännetecknen hos den ”förpliktelse” – i den termens autonoma betydelse – som kändanden stöder sig på. Som framgår av punkt 49 ovan, är det den ”förpliktelsen” som utifrån sina kännetecken och i enlighet med de kriterier som domstolen har formulerat i sin praxis ska kvalificeras

83 Se förslag till avgörande av generaladvokat Darmon i målet Kalfelis (189/87, ej publicerat, EU:C:1988:312, punkterna 25–30).

84 Domen Kalfelis (punkt 19). Av EU-domstolens resonemang framgår det enligt min mening otvivelaktigt att även det motsatta gäller, nämligen att den domstol som enligt artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen är behörig att pröva ”avtalsrättsliga” anspråk inte är behörig att pröva accessoriska anspråk som grundar sig på icke-avtalsrättsliga grunder.

85 Se mitt förslag till avgörande i målet Bosworth och Hurley (punkt 74), Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, P., *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, JLS/C4/2005/03, 2007, punkt 192, och Zogg, S., ”Accumulation of Contractual and Tortious Causes of Action Under the Judgments Regulation”, *Journal of Private International Law*, 2013, vol. 9, nr 1, s. 39–76, särskilt s. 42–43.

86 Jag återkommer till frågan om accessorisk behörighet i punkt 112 och följande punkter i förevarande förslag till avgörande.

som "avtalsrättslig" eller "utomobligatorisk" och som därmed avgör vilken behörighetsregel som är tillämplig på yrkandet.<sup>87</sup> När käranden framställer kumulativa yrkanden som grundar sig på materiella bestämmelser av olika art, stöder sig denne potentiellt på båda dessa slags förpliktelser,<sup>88</sup> vilka faller under skilda domstolars behörighet.

63. Sammanfattningsvis kan en domstols behörighet enligt Bryssel Ia-förordningen att pröva en skadeståndstalan som väckts mellan avtalsparter variera beroende på vilka materiella bestämmelser som käranden åberopar. Jag noterar för övrigt att EU-domstolen i domen *Melzer*,<sup>89</sup> som avsåg en sådan talan, följde detta synsätt. I den domen tolkade domstolen endast behörighetsregeln rörande "skadestånd utanför avtalsförhållanden", såsom den nationella domstolen hade begärt, utan att pröva den av svaranden åberopade behörighetsregeln rörande "avtal", med motiveringen att den aktuella talan enbart "rör[de] skadestånd utanför avtalsförhållanden".<sup>90</sup>

64. EU-domstolen prövade emellertid denna fråga på nytt i domen *Brogstetter*. I det mål som avgjordes genom den domen hade en i Tyskland bosatt säljare av klockor ingått ett avtal med en urmakare, som vid den aktuella tidpunkten var bosatt i Frankrike, om utveckling av urverk som skulle saluföras av den förstnämnde. Parallellt med verksamheten för säljaren hade urmakaren utvecklat andra urverk som han saluförde för egen räkning. Säljaren ansåg att denna parallella verksamhet stred mot ett krav på exklusivitet enligt avtalet och väckte talan mot sin avtalspart vid tysk domstol. Säljaren yrkade att urmakaren skulle föreläggas att upphöra med den omtvistade verksamheten och förpliktas att till säljaren betala utomobligatoriskt skadestånd, kumulativt grundat på avtalsrättsligt och utomobligatoriskt skadeståndsansvar, närmare bestämt på bestämmelserna i tysk rätt om illojal konkurrens och skadeståndsansvar på grund av skuld. Eftersom den nationella domstolen var tveksam till att dela upp tvisten mellan de rättsliga grunder som käranden åberopat, begärde den ett förhandsavgörande från EU-domstolen om hur de anspråk som grundade sig på utomobligatoriskt skadeståndsansvar, med hänsyn till avtalet mellan parterna, skulle kvalificeras, i den mening som avses i Bryssel I-förordningen.

65. EU-domstolen utgick från domslutet i domen *Kalfelis*, enligt vilken begreppet "skadestånd utanför avtalsförhållanden" omfattar varje talan som syftar till att gentemot svaranden göra gällande ett ansvar som inte har anknytning till ett "avtal", och fann att det, för att sådana anspråk ska kunna hänföras till den ena eller den andra av dessa kategorier, ska prövas huruvida de "oberoende av hur de kvalificeras i den nationella lagstiftningen, har anknytning till ett avtal".<sup>91</sup>

87 En förpliktelse existerar nämligen inte i ett rättsligt tomrum. Denna förpliktelse följer av en faktisk situation som medför vissa rättsliga konsekvenser med stöd av en eller flera rättigheter. Den aktuella faktiska situationen och de rättsliga följderna av denna kan svårigen förstås oberoende av berörda rättsregler, och en undersökning av dessa regler gör det möjligt att fastställa arten av den aktuella förpliktelsen. Se House of Lords (Högsta domstolen, Förenade kungariket) (*Lord Millet*), *Agnew mot Länsförsäkringsbolagens AB*, [2001] 1 AC 223, § 264, *Bollée, S.*, "La responsabilité extracontractuelle du cocontractant en droit international privé", i *d'Avout, L., Bureau, D., Muir-Watt, H., Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit – Les relations privées internationales*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014, s. 119–135, särskilt s. 132–133, *Scott, A.*, "The Scope of 'Non-Contractual Obligations'", i *Ahern, J., Binchy, W., The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 57–83, särskilt s. 58–62, och *Minois, M.*, a.a.s. 129–130. EU-domstolen tillämpar ofta en sådan metod, för att utifrån de materiella bestämmelser som åberopats fastställa vad som är utmärkande för den skyldighet som ska kvalificeras. Se, bland annat, dom av den 26 mars 1992, *Reichert och Kockler (C-261/90, EU:C:1992:149)*, punkterna 17–19, dom av den 18 juli 2013, *ÖFAB (C-147/12, EU:C:2013:490)*, punkterna 35 och 36, och dom av den 21 april 2016, *Austro-Mechana (C-572/14, EU:C:2016:286)*, punkterna 27 och 37).

88 På liknande sätt kan en skadevällande händelse på lagvalsområdet förstås som två separata skyldigheter, en "avtalsrättslig", i den mening som avses i Rom I-förordningen, och en "utomobligatorisk", i den mening som avses i Rom II-förordningen.

89 Dom av den 16 maj 2013 (C-228/11, EU:C:2013:305).

90 Dom av den 16 maj 2013, *Melzer (C-228/11, EU:C:2013:305)*, punkt 21). Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 3 april 2014, *Hi Hotel HCF (C-387/12, EU:C:2014:215)*, punkterna 16–21), och dom av den 21 maj 2015, *CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335)*, punkt 43). Se även, på nationell nivå, *Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland)*, 27 maj 2008, [2009] IPRax, s. 150–151, och *Cour de cassation (Högsta domstolen, Frankrike)*, första tvistemålsavdelningen, 26 oktober 2011, nr 10–17.026.

91 Domen *Brogstetter* (punkterna 20 och 21).



66. Enligt EU-domstolen gäller detta även ”när det påtalade agerandet kan betraktas som ett åsidosättande av avtalsförpliktelserna, såsom dessa låter sig bestämmas utifrån avtalets syfte”. Domstolen har preciserat att ”[e]tt exempel på detta ... i första hand [kan] vara när det visar sig absolut nödvändigt att tolka avtalet mellan svaranden och kändanden för att fastställa huruvida den senares påtalade agerande mot den förre är rättsenligt eller inte”. Det ankommer således på den nationella domstolen att ”avgöra huruvida [kändanden] har framställt sina yrkanden i det nationella målet i syfte att utverka ersättning för något som rimligen skulle kunna betraktas som ett åsidosättande av rättigheter och skyldigheter i avtalet mellan parterna ..., vilket gör det absolut nödvändigt att fästa avseende vid detta avtal för att avgöra målet”.<sup>92</sup>

67. Jag tolkar domen Brogsitter som ett tecken på en viss kursändring i förhållande till synsättet i domen Kalfelis. EU-domstolen förefaller nämligen ha ändrat sin metod för hur yrkanden ska kvalificeras enligt Bryssel Ia-förordningen. Den har nämligen inte fäst vikt vid de materiella rättsregler som kändanden åberopat i sin ansökan utan förefaller ha velat göra en mer objektiv kvalificering av de faktiska omständigheterna.

68. Trots det är den exakta räckvidden av domen Brogsitter oklar. Det öppna och abstrakta resonemanget i den domen öppnar nämligen upp för – åtminstone – två möjliga tolkningar.

69. Enligt en *första läsning* av domen Brogsitter, som jag betecknar som ”maximalistisk”, består det ”test” som beskrivs i den domen beträffande huruvida ett visst anspråk avser ”avtal” i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen, ”när det kritiserade agerandet kan betraktas som ett åsidosättande av avtalsförpliktelser”. Detta påstående ska förstås så, att en talan som grundar sig på utomobligatoriskt skadeståndsansvar ska hänföras till denna kategori, eftersom det avser en skadevällande händelse som (även) skulle kunna utgöra ett åsidosättande av en ”avtalsförpliktelse”. Rent konkret ankommer det på den domstol där talan väckts att pröva huruvida kändanden hypotetiskt hade kunnat framställa sin talan på grundval av ett åsidosättande av avtalsförpliktelserna, vilket innebär att det ska prövas huruvida det i de faktiska omständigheterna föreligger en möjlig överensstämmelse mellan den påstått skadevällande händelsen och innehållet i dessa förpliktelser. Av detta följer att i alla de situationer där en och samma skadevällande händelse både kan utgöra en handling som föranleder utomobligatoriskt skadeståndsansvar och ett avtalsbrott ska kvalificeringen av en talan enligt nämnda förordning som en talan som avser ”avtal” ha företräde framför kvalificeringen av talan som en talan som avser ”skadestånd utanför avtalsförhållanden”.<sup>93</sup>

70. Enligt en *andra läsning* av domen Brogsitter, som jag betecknar som ”minimalistisk”, består det ”test” som följer av den domen i själva verket i påståendet att ett anspråk avser ”avtal”, i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen, när det visar sig ”absolut nödvändigt att tolka avtalet mellan svaranden och kändanden för att fastställa huruvida den senares påtalade agerande mot den förre är rättsenligt”. EU-domstolen har således haft för avsikt att kvalificera anspråk som grundar sig på utomobligatoriskt skadeståndsansvar och som ska bedömas mot bakgrund av avtalsförpliktelserna mellan parterna i tvisten som ”avtal”.<sup>94</sup>

92 Domen Brogsitter, punkterna 24, 25 respektive 26.

93 Se mitt förslag till avgörande i målet Bosworth och Hurley (punkt 80). Se, mot bakgrund av denna tolkning av domen Brogsitter, bland annat Briggs, A., a.a.s. 217–219, 239, och 247–250, och Haftel, B., ”Absorption du délictuel par le contractuel, application du Règlement (CE) no 44/2001 à une action en responsabilité délictuelle”, *Revue critique de droit international privé*, 2014, nr 4, s. 863.

94 Se mitt förslag till avgörande i målet Bosworth och Hurley (punkt 88). Se även, efter denna tolkning av domen Brogsitter, förslag till avgörande av generaladvokat Cruz Villalón i målet Holterman Ferho Exploitation m.fl. (C-47/14, EU:C:2015:309, punkt 48), förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i målet Granarolo (C-196/15, EU:C:2015:851, punkterna 14 och 18), Court of Appeal (Appellationsdomstolen, Förenade kungariket), 19 augusti 2016, *Peter Miles Bosworth, Colin Hurley v Arcadia Petroleum Ltd & Others*, [2016] EWCA Civ 818, punkt 66, Weller, M., ”EuGH: Vertragsrechtliche Qualifikation vertragsakzessorischer Ansprüche” LMK 2014, 359127, och Hartley, T., a.a.s. 108 och 109.

71. Denna tvetydighet har inte reglerats i domstolens senare rättspraxis, som i huvudsak endast upprepar vissa avsnitt i domen Brogsitter fråga utan att ge några ytterligare förklaringar.<sup>95</sup> Enligt min mening ankommer det således på domstolen att i förevarande mål klargöra sin praxis i fråga om potentiellt konkurrerande skadeståndsansvar. Det ankommer nämligen på denna domstol att fastställa klara och förutsebara kriterier för att så långt det är möjligt undvika rättsosäkerhet för parterna målet.

72. Jag vill inledningsvis understryka att de potentiella utmaningar som omgärdar behandlingen av konkurrerande skadeståndsansvar inte nödvändigtvis är desamma i materiella rätt<sup>96</sup> och i internationell privaträtt. Tolkningen av artikel 7.1 och 7.2 i Bryssel Ia-förordningen med avseende på denna fråga ska således fastställas utslutande mot bakgrund av förordningens mål om rättssäkerhet, närhet, förutsägbarhet och god rättskipning.<sup>97</sup>

73. Mot bakgrund av dessa syften föreslår jag att EU-domstolen inte ska godta den ”maximalistiska” läsningen av domen Brogsitter (underavsnitt 2). Jag anser att domstolen i stället ska tillämpa den ”minimalistiska” läsningen av denna dom, med vissa nödvändiga preciseringar (underavsnitt 3).

## 2. *Underkännandet av den ”maximalistiska” läsningen av domen Brogsitter*

74. I likhet med kommissionen anser jag att en ”maximalistisk” läsning av domen Brogsitter, förutom att en sådan är svår att förena med domen Kalfelis, under alla omständigheter inte kan godtas.

75. För det första erinrar jag om att enligt EU-domstolens fasta praxis kräver det rättssäkerhetssyfte som eftersträvas med Bryssel Ia-förordningen att den nationella domstolen lätt ska kunna avgöra sin egen behörighet utan att vara tvungen att göra en prövning av målet i sak.<sup>98</sup>

76. Det ”test” som följer av en ”maximalistisk” tolkning av domen Brogsitter är emellertid enligt min mening oförenligt med detta krav på enkelhet. Att kräva att den domstol vid vilken talan väckts ska fastställa huruvida den skadevällande händelse som görs gällande mot bakgrund av utomobligatoriskt skadeståndsansvar (även) skulle kunna utgöra ett avtalsbrott skulle vara detsamma som att tvinga domstolen att redan i vid fastställandet av huruvida den är behörig att pröva målet göra en omfattande sakprövning.<sup>99</sup> Att i detta skede undersöka en eventuell överensstämmelse mellan den skadevällande händelsen och innehållet i avtalsförpliktelseerna är ingen liten sak. Bortsett från de (sällsynta) fall där parterna är eniga om att det föreligger ett potentiellt konkurrerande skadeståndsansvar,<sup>100</sup> skulle det vara särskilt krävande för rätten att i det skedet fastställa innehållet i dessa förpliktelser.

95 Se dom av den 10 september 2015, Holterman Ferho Exploitation m.fl. (C-47/14, EU:C:2015:574, punkterna 32 och 71), och dom av den 14 juli 2016, Granarolo (C-196/15, EU:C:2016:559, punkt 21).

96 I materiell rätt speglar de skillnader som finns i medlemsstaternas nationella system i fråga om behandlingen av konkurrerande skadeståndsansvar bland annat frågan huruvida det kan rättfärdigas att en kärke kan välja det ansvarssystem som är mest fördelaktigt för hans eller hennes intressen. I fransk och belgisk rätt syftar regeln om icke-kumulering till att säkerställa att avtalsbestämmelserna om skadeståndsansvar blir så effektiva som möjligt. Även om det i dessa rättsordningar inte är möjligt att i förväg anpassa reglerna om utomobligatoriskt skadeståndsansvar, vilka utgör tvingande rätt, kan avtalsbestämmelserna om skadeståndsansvar däremot ändras, eftersom parterna bland annat kan omdefiniera villkoren för rätten till skadestånd och på så sätt mildra eller skärpa det avtalsrättsliga ansvaret. Se, bland annat, Gout, O., a.a.

97 Se mitt förslag till avgörande i målet Bosworth och Hurley (punkt 83).

98 Se, bland annat, dom av den 22 mars 1983, Peters Bauunternehmung (34/82, EU:C:1983:87, punkt 17), dom av den 3 juli 1997, Benincasa (C-269/95, EU:C:1997:337, punkt 27), och dom av den 28 januari 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, punkt 61).

99 Se, för ett liknande resonemang, Magnus, U. och Mankowski, P., a.a.s. 167, van Calster, G., a.a.s. 164, och Haftel, B., a.a.

100 Så var fallet i det mål som avgjordes genom dom av den 11 april 2019, Bosworth och Hurley (C-603/17, EU:C:2019:310), där det var ostridigt mellan parterna att även de kritiserade handlingarna på det straffrättsliga området kunde utgöra ett avtalsbrott.

77. Som jag har förklarat i punkt 53 ovan varierar nämligen det avtalsrättsliga ansvaret avsevärt från ett rättssystem till ett annat. I vissa nationella rättsordningar anses säkerhetsförpliktelser uteslutande vara utomobligatoriska, i andra anses de ingå i vissa avtal.<sup>101</sup> Detsamma gäller det krav på att avtal ska fullgöras i enlighet med tro och heder som i vissa rättsordningar ger upphov till accessoriska avtalsförpliktelser, men som inte finns i andra rättssystem. I praktiken kan en domstol i många fall inte veta, eller ens föreställa sig, huruvida det föreligger ett potentiellt konkurrerande skadeståndsansvar utan att fastställa vilken lag som är tillämplig på det aktuella avtalet, som är det enda som faktiskt kan upplysa domstolen om vilka skyldigheter som följer av avtalet.<sup>102</sup> Det händer för övrigt ofta att omfattningen av dessa skyldigheter inte ens med säkerhet går att fastställa inom ramen för denna lag. Detta skulle kunna leda till att förutsebarheten i behörighetsreglerna blir lidande.<sup>103</sup> Denna omständighet skulle i sin tur kunna leda till omfattande diskussioner mellan parterna i målet och ge domstolen i fråga ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, medan syftet med Bryssel Ia-förordningen är att ange tydliga behörighetsregler.<sup>104</sup>

78. Vidare finns det, vilket Wikingerhof och kommissionen har gjort gällande som svar på domstolens frågor vid förhandlingen, enligt min uppfattning ingen anledning att ge behörighetsregeln rörande avtal i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen företräde framför behörighetsregeln i artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen.

79. En sådan hierarki är inte motiverad med hänsyn till förordningens systematik. Wikingerhof har också understrukit att medan det i nämnda förordning föreskrivs ett subsidiaritetsförhållande mellan vissa av dessa artiklar<sup>105</sup> befinner sig de domstolar som är behöriga att pröva en talan som avser avtal och en talan som avser skadestånd utanför avtalsförhållanden på samma hierarkiska nivå. Unionslagstiftaren tycks alltså inte haft för avsikt att utesluta möjligheten för dessa två forum att samexistera vid en och samma skadevållande händelse.

80. Denna hierarki är inte heller motiverad med hänsyn till det mål om närhet som eftersträvas i artikel 7.1 och 7.2 i Bryssel Ia-förordningen. Såsom Wikingerhof och kommissionen har gjort gällande, och som framgår av punkterna 40 och 46 i förevarande förslag till avgörande, föreligger nämligen närhet i förhållande till de huvudsakliga rättsfrågor i sak som avses i talan. En talan som grundar sig på ett åsidosättande av en allmän skyldighet som föreskrivs i lag ger i huvudsak upphov till utomobligatoriska frågor, och dessa ändras i princip inte när talan har väckts mellan avtalsparter och det är uppfyllandet av avtalet som har gett upphov till åsidosättandet.

101 Om till exempel en hotellgäst ramlar på hotellanläggningens parkeringsplats och kräver skadestånd från den som driver hotellet kan en sådan talan i vissa rättssystem endast grundas på ett åsidosättande av en allmän säkerhetskyldighet, och omfattas således endast av utomobligatoriskt skadeståndsansvar. I fransk rätt ingår däremot en säkerhetsförpliktelse i logiavtalet. Detsamma gäller i många liknande situationer (en person som halkar på perrongen på en järnvägsstation i väntan på sitt tåg, i en frisörsalong och så vidare). Se *Minois, M.*, a.a.s. 92 och 93.

102 Även om EU-domstolen i punkt 24 i domen *Brogstetter* angav att avtalsförpliktelserna ska kunna "bestämmas på ett rimligt sätt med hänsyn till avtalets syfte", medger jag att det är svårt att göra en sådan bedömning. Bortsett från frågan vad domstolen avsåg med detta "syfte", och om detta ska ges en självständig innebörd, är innehållet i alla avtal inte självklart. Även om det är möjligt att få reda på de viktigaste förpliktelserna i vissa löpande avtal utan att behöva hänföra sig till *lex contractus*, gäller detta inte nödvändigtvis för de övriga förpliktelser som följer av avtalen. Jag erinrar dessutom om att artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen kan tillämpas på ett stort antal olika avtal (se dom av den 15 januari 1987, *Shenavai* (266/85, EU:C:1987:11, punkt 17)).

103 Se mitt förslag till avgörande i målet *Bosworth och Hurley* (punkt 88), och *Haftel, B.*, a.a. *Rent* allmänt bör fastställandet av behörighet enligt Bryssel Ia-förordningen inte vara beroende av tillämplig lag (se dom av den 5 juli 2018, *flyLAL-Lithuanian Airlines* (C-27/17, EU:C:2018:533, punkt 55)). Den rättspraxis som följer av domen av den 6 oktober 1976, *Industrie Tessili Italiana Como* (12/76, EU:C:1976:133), och som redovisats i fotnot 21 i förevarande förslag till avgörande, är, och bör enligt min mening fortsätta att vara, ett undantag i detta avseende.

104 Se, bland annat, dom av den 1 mars 2005, *Owusu* (C-281/02, EU:C:2005:120, punkt 39).

105 Reglerna om exklusiv behörighet i artikel 24 i Bryssel Ia-förordningen har till exempel företräde framför andra behörighetsregler i den förordningen.

81. Slutligen skulle en "maximalistisk" tolkning av domen Brogsitter leda till en olycklig inkonsekvens mellan, å ena sidan, artikel 7.1 och 7.2 i Bryssel Ia-förordningen och, å andra sidan, Rom Ia-förordningen och Rom II-förordningen. I olika bestämmelser i de sistnämnda förordningarna<sup>106</sup> erkänns underförstått, men med nödvändighet, att en och samma skadevällande händelse både kan hänföras till en "avtalsförpliktelse", i den mening som avses i Rom I-förordningen, och samtidigt ge upphov till en "utomobligatorisk förpliktelse", i den mening som avses i Rom II-förordningen, utan att den förstnämnda förordningen har företräde framför den andra.

82. Om denna logik däremot även skulle gälla inom ramen för Rom I-förordningen och Rom II-förordningen, skulle detta resultera i lösningar som unionslagstiftaren inte har önskat. I artikel 6 i Rom II-förordningen föreskrivs exempelvis särskilda lagvalsregler för illojal konkurrens och handlingar som begränsar konkurrensen. De anknytningskriterier som föreskrivs i denna bestämmelse – det vill säga lagen i det land där konkurrensförhållandena påverkas eller kan påverkas respektive lagen i det land där marknaden påverkas eller kan påverkas – speglar ett allmänintresse. Det är logiskt att parterna i artikel 6.4 i Rom II-förordningen förbjuds att välja att tillämpa en annan lag på tvisten.<sup>107</sup> Om en skadeståndstalan som grundar sig på illojal konkurrens eller en handling som begränsar konkurrensen skulle omfattas av Rom I-förordningen – i vilken det såsom huvudsakligt anknytningskriterium föreskrivs att den lag som parterna har valt ska tillämpas<sup>108</sup> – på grund av att talan har väckts mellan avtalsparter och att den skadevällande händelsen (även) skulle kunna utgöra ett avtalsbrott, skulle nämnda bestämmelse förlora en stor del av sin ändamålsenliga verkan.<sup>109</sup>

83. Jag erinrar dessutom om att behörig domstol i fråga om "avtal" enligt artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen är domstolen på den ort där den förpliktelse som talan avser har uppfyllts eller ska uppfyllas. Jag ställer mig därför undrande till hur denna regel skulle kunna genomföras om kärandens talan inte grundade sig exakt på en "avtalsförpliktelse" men talan ändå skulle anses avse "avtal" enbart på den grunden att den skulle kunna göra det.<sup>110</sup>

84. Min övertygelse om att den "maximalistiska" lösningen av domen Brogsitter måste underkännas påverkas inte av det i doktrinen framförda argumentet<sup>111</sup> att den lösningen säkerställer en god rättskipning. Ingen har bestritt att den lösningen skulle få den fördelen att samtliga tvister som uppkommit i samband med avtalets uppfyllande koncentreras till den domstol som är behörig att pröva avtalet. Att däremot låta domstolsbehörigheten vara beroende av den rättsliga grund eller de rättsliga grunder som käranden har åberopat, genom att följa det synsätt som tillämpades i domen Kalfelis, skulle kunna leda till en uppsplittring av tvister, eftersom en och samma skadevällande händelse, beroende på vilka rättsliga grunder som käranden har åberopat, teoretiskt sett skulle kunna omfattas av olika domstolars behörighet.

<sup>106</sup> Så är särskilt fallet i artikel 4.3 i Rom II-förordningen. I denna föreskrivs att om det framgår av alla omständigheter i fallet att avtalet uppenbart har en närmare anknytning till ett annat land än det som anges i artikel 4.1 eller 4.2, ska lagen i det andra landet tillämpas. En uppenbart närmare anknytning till ett annat land kan särskilt grundas på att det redan finns ett rättsförhållande mellan parterna, såsom ett avtal som har nära anknytning till den skadeståndsgrundande händelsen i fråga. Det framgår av förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II) (KOM(2003)427 slutlig, s. 13) att den lösningen hade förutsetts vid eventuella konkurrerande ansvarsförpliktelser. I sådana konkurrenssituationer finns det således både en "avtalsförpliktelse", i den mening som avses i Rom I-förordningen, och en "utomobligatorisk förpliktelse", i den mening som avses i Rom II-förordningen. Trots det gör nämnda artikel 4.3 det möjligt att under vissa omständigheter tillämpa samma lag på den sistnämnda förpliktelsen som på den förstnämnda förpliktelsen. Den lösningen kan emellertid inte alltid tillämpas (se fotnot 107 i förevarande förslag till avgörande).

<sup>107</sup> Jag erinrar om att enligt artikel 14 i Rom II-förordningen får parterna enas om att en utomobligatorisk förpliktelse ska regleras av en lag som de själva väljer. Artikel 4.3 i den förordningen är enligt min mening inte tillämplig i ett sådant fall.

<sup>108</sup> Se artikel 3 i Rom I-förordningen.

<sup>109</sup> Se, för ett liknande resonemang, Dickinson, A., "Towards an agreement on the concept of 'contract' in EU Private International Law?", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2014, s. 466–474, särskilt s. 473.

<sup>110</sup> Ser mitt förslag till avgörande i målet Bosworth och Hurley (punkt 90).

<sup>111</sup> Se, bland annat, Briggs, A., a.a.

85. Betydelsen av det problem som beskrivs i föregående punkt måste dock relativiseras. Om den domstol som är behörig att pröva avtalet (*forum contractus*) och den domstol som är behörig att pröva det utomobligatoriska skadeståndsansvaret (*forum delicti*) i det aktuella fallet inte sammanfaller<sup>112</sup> kan käranden nämligen alltid väcka talan vid en domstol i den medlemsstat där svaranden har hemvist, i enlighet med artikel 4.1 i Bryssel Ia-förordningen, som då kommer att vara behörig att avgöra målet i dess helhet.<sup>113</sup> För det andra är argumentet avseende god rättskipning tveeggat. Även om lösningen enligt den så kallade maximalistiska läsningen av domen Brogsitter skulle göra det möjligt att vid den domstol som är behörig att pröva avtalet samla de olika tvisterna rörande uppfyllandet av avtalet skulle detta samtidigt kunna medföra en uppsplittring av tvister som avser samma skadevällande handling; om en sådan handling exempelvis har begåtts av tre personer som och en av dessa dessutom visar sig vara den skadelidandes avtalspart, skulle denne riskera att inte kunna väcka en gemensam talan mot samtliga svarandena vid den domstol som är behörig att pröva det utomobligatoriska skadeståndsansvaret med stöd av artikel 7.2.<sup>114</sup>

86. En "maximalistisk" läsning av domen Brogsitter kan inte heller motiveras av hänsyn till kampen mot så kallad *forum shopping*. Att låta domstolsbehörigheten, vid potentiellt konkurrerande skadeståndsansvar, vara beroende av den materiella rättsliga grund eller de materiella rättsliga grunder som käranden har åberopat möjliggör förvisso en sådan *forum shopping*. För det första är denna domstol inte endast forumet för avtalstvisten utan även för skadeståndstvisten, och potentiellt ytterligare två kompletterande forum.<sup>115</sup> För det andra kan käranden i viss mån välja det forum som passar honom eller henne bäst genom att framställa sin talan med stöd av lämpliga rättsliga grunder.<sup>116</sup>

87. Såsom Wikingerhof har påpekat är det emellertid inte ovanligt att en kärende kan välja mellan flera behöriga domstolar inom ramen för Bryssel Ia-förordningen. Unionslagstiftaren har själv tillåtit en viss mån av *forum shopping* genom att föreskriva sådana möjligheter att välja behörig domstol. Den omständigheten att en kärende bland flera behörighetsalternativ kan välja den domstol som bäst motsvarar hans eller hennes intressen, med hänsyn till de processuella eller väsentliga fördelar som detta ger käranden, kan i detta sammanhang inte i sig kritiseras.<sup>117</sup> *Forum shopping* utgör enligt min mening endast ett problem när det övergår till missbruk.<sup>118</sup>

88. Risken för en sådan *forum shopping* utan saklig grund begränsas, såsom Wikingerhof har understrukit, av den omständigheten att behörigheten för den domstol som är behörig att pröva avtalet och den domstol som är behörig att pröva det utomobligatoriska skadeståndsansvaret enligt domen Kalfelis begränsas till yrkandena inom respektive kategori. Vid förhandlingen gjorde kommissionen dessutom gällande att ett eventuellt missbruk av vad käranden grundar sin talan på inte är utan betydelse för denne. Om käranden väcker talan grundat på en utomobligatorisk förpliktelse enbart för att kringgå forumet för avtalet och det skulle visa sig att tillämplig nationell

112 Det kommer dock att finnas tillfällen då det forum som anges i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen och åtminstone ett av de forum som anges i artikel 7.2 i förordningen sammanfaller. Se, bland annat, dom av den 27 oktober 1998, Réunion européenne m.fl. (C-51/97, EU:C:1998:509, punkt 35), där EU-domstolen slog fast att den ort där skadan uppkom vid internationell sjötransport av gods motsvarade den ort där transportören skulle leverera varorna.

113 Se domen Kalfelis (punkt 20), och mitt förslag till avgörande i målet Bosworth och Hurley (punkt 85).

114 I synnerhet förutsätter skadeståndsanspråk som omfattas av "privat verkställighet" ofta en kärende som väcker talan mot flera svarande – till exempel de olika företag som deltar i en konkurrensbegränsande samverkan – och det förefaller lämpligt att käranden ska kunna väcka talan mot svarandena tillsammans vid den domstol som är behörig att pröva det utomobligatoriska skadeståndsansvaret. Denna möjlighet bör inte hindras av att ett av dessa företag är kärandens avtalspart.

115 Se fotnot 20 ovan.

116 Se mitt förslag till avgörande i målet Bosworth och Hurley (punkt 84), och Haftel, B., a.a. Att tillåta en kärende att åberopa en "avtalsförpliktelse", i den mening som avses i Rom I-förordningen, och/eller en "utomobligatorisk förpliktelse", i den mening som avses i Rom II-förordningen, för en och samma skadevällande händelse ger käranden möjlighet till viss *law shopping*.

117 Se mitt förslag till avgörande i målet Bosworth och Hurley (punkt 85) samt Fentiman, R., a.a.s. 278.

118 Ett sådant missbruk föreligger enligt min mening när käranden missbrukar sin rätt att välja domstol enbart i syfte att skada svaranden, eller när käranden väcker talan vid en domstol som han eller hon vet saknar behörighet enbart för att förhåla förfarandet, eller använder sig av andra processuella metoder för att trakassera svaranden. Se, bland annat, Usunier, L., "Le règlement Bruxelles I bis et la théorie de l'abus de droit", dans Guinchard, E., *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, Bruxelles, 2014, s. 449–480.

rätt,<sup>119</sup> i likhet med fransk och belgisk rätt, förbjuder ett sådant val, kommer talan att ogillas. Om kändan väcker en uppenbart ogrundad talan som avser skadestånd utanför avtalsförhållanden eller avtal enbart i syfte att förhala processen, omfattas kändans agerande eventuellt av bestämmelserna om rättegångsmissbruk i domstolslandets lag (*lex fori*).

89. Jag erinrar i övrigt om att det är tillåtet för de avtalsslutande parter som önskar förhindra all *forum shopping*, och säkerställa en maximal förutsebarhet vad gäller behörighetsreglerna, att i enlighet med artikel 25 i Bryssel Ia-förordningen ingå ett avtal om domstols behörighet som, i förekommande fall, ger en viss domstol exklusiv behörighet. I den mån ett sådant avtal är giltigt och formulerat på ett tillräckligt brett sätt är avtalet tillämpligt på alla tvister som har uppstått eller kommer att uppstå med anledning av parternas avtalsförhållande, däribland en talan om ”skadestånd utanför avtalsförhållanden” som har anknytning till det förhållandet.<sup>120</sup>

### 3. Huruvida det är nödvändigt att precisera den ”minimalistiska” läsningen av domen Brogsitter

90. Såsom framgår av föregående underavsnitt är den enda giltiga läsningen av domen Brogsitter enligt min mening den ”minimalistiska” läsning som tas upp i punkt 70 i förevarande förslag till avgörande. I likhet med kommissionen anser jag att denna läsning är förenlig med domen Kalfelis. Om man godtar denna läsning grundar sig båda domarna nämligen i huvudsak på samma logik. Huruvida en ansvarstalan mellan två avtalsparter avser ”avtal”, i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen, eller ”skadestånd utanför avtalsförhållanden”, i den mening som avses i artikel 7.2 i denna förordning, beror på om det är avtalsförpliktelsen eller den utomobligatoriska förpliktelsen som är grunden för talan.<sup>121</sup> Vid kumulativa yrkanden grundade på olika ”förpliktelser”, måste vart och ett av dem individuellt knytas till den ena eller den andra kategorin.

91. Det finns inte anledning att beträffande sådana yrkanden avvika från det tillvägagångssätt som sammanfattas i punkt 49 ovan. Allmänt sett avgränsar grunden för ett yrkande som framställs i domstol de frågor som rätten har att avgöra och följaktligen om yrkandet är ”avtalsrättsligt” eller avser ”skadestånd utanför avtalsförhållanden”.

119 Mer specifikt är frågan huruvida *lex causae* i sak förbjuder kumulering. grundar sig på två olika ”förpliktelser” kan två *lex causae* undersökas. Frågan är då huruvida de processuella reglerna för den domstol vid vilken talan väckts, som omfattas av domstolslandets lag (*lex fori*), tillåter att parallella yrkanden framställs med avseende på en och samma skadeståndsgrundande händelse. Se, för närmare detaljer, Plender, R., och Wilderspin, M., *The European Private International Law of Obligations*, Sweet & Laxwell, London, 4:e utgåvan, 2015, s. 67–71.

120 Se punkt 140 i förevarande förslag till avgörande.

121 I synnerhet anser jag att påståendet i punkt 26 i domen Brogsitter, enligt vilket det ankommer på den nationella domstolen att ”avgöra huruvida ... [de] yrkanden [som har framställts] i det nationella målet i syfte att utverka ersättning för något som rimligen skulle kunna betraktas som ett åsidosättande av rättigheter och skyldigheter i avtalet mellan parterna”, ska förstås på samma sätt.

92. Domarna Kalfelis och Brogsitter skiljer sig i själva verket endast åt vad gäller metoden för att identifiera den ”förpliktelse” som utgör grunden för ett yrkande. I den förstnämnda domen utgick EU-domstolen från de materiella rättsregler som käranden åberopat i sin ansökan. I den andra domen föreslog domstolen en mer objektiv kvalificeringsmetod som grundar sig på huruvida det är ”absolut nödvändigt” eller huruvida man ska ”fästa avseende” vid avtalsförpliktelserna för att ”fastställa huruvida [svarandens] påtalade agerande mot [käranden] är rättsenligt eller inte”.<sup>122</sup>

93. Enligt min mening är dessa kvalificeringsmetoder förenliga med, eller kompletterar, varandra.

94. För att pröva sin behörighet enligt artikel 7.1 eller 7.2 i Bryssel Ia-förordningen är det logiskt att domstolen i första hand fäster vikt vid de materiella rättsregler som käranden har åberopat i sin ansökan. Som jag förklarat i punkt 62 ovan, ger de reglerna ett prisma för bedömningen av de faktiska omständigheterna och den ”förpliktelse” som käranden utläst av dessa. En motsvarande logik, det vill säga att man undersöker de materiella rättsreglerna som åberopas till stöd för ett yrkande för att kvalificera detta, återfinns också i rättspraxis avseende andra bestämmelser i den förordningen.<sup>123</sup>

95. Rent konkret innebär detta att om käranden har åberopat bestämmelser i ett avtal och/eller regler som endast är tillämpliga på grund av avtalet, såsom bestämmelserna om den bindande verkan av avtalen och gäldenärens ansvar för bristande uppfyllelse av sina avtalsenliga förpliktelser,<sup>124</sup> grundas talan följaktligen på en ”avtalsförpliktelse” i den mening som avses i EU-domstolens praxis. Om käranden däremot åberopar rättsregler som är tillämpliga oberoende av eventuella frivilliga åtaganden, såsom bestämmelser som föreskriver en lagstadgad skyldighet som kan göras gällande mot alla, oberoende av frivilliga åtaganden, grundar sig talan i princip på en ”utomobligatorisk förpliktelse” i den mening som avses i denna rättspraxis.

122 Se domen Brogsitter (punkterna 25 och 26). EU-domstolen tycks i sistnämnda dom ha inspirerats av sin rättspraxis avseende skadeståndstalan mot unionen. Jag erinrar om att det i EUF-fördraget, vad gäller detta område, föreskrivs en fördelning av behörighet mellan unionsdomstolarna och de nationella domstolarna: medan tvister om unionens *utomobligatoriska skadeståndsansvar* omfattas av de förstnämnda domstolarnas exklusiva behörighet (se artiklarna 256.1, 268 och 340 andra stycket FEUF), omfattas frågor om *avtalsrättsligt ansvar* av de sistnämnda domstolarnas behörighet, om inte annat följer av skiljedoms klausuler (se artiklarna 272 och 274 FEUF). Enligt denna rättspraxis kan unionsdomstolarna, för att avgöra huruvida en skadeståndstalan som väckts mot unionen omfattas av deras behörighet, inte grunda sig enbart på de rättsregler som sökanden har åberopat. De måste kontrollera huruvida skadeståndstalan avser skadestånd som objektivt och vid en helhetsbedömning har sin grund i ett avtalsförhållande eller huruvida den vilar på utomobligatorisk grund. Unionsdomstolarna ska härvidlag, mot bakgrund av en analys av de olika uppgifterna i målet – såsom den rättsregel som påstås ha blivit åsidosatt, vilken typ av skada det är fråga om, det handlande som läggs institutionen till last samt de rättsliga relationerna mellan parterna – kontrollera huruvida det föreligger ett avtalsförhållande mellan parterna som har samband med föremålet för tvisten och som kräver en fördjupad prövning för att tvisten ska kunna lösas. I detta sammanhang ska talan anses grundad på unionens avtalsrättsliga ansvar om det av en inledande analys av dessa uppgifter framgår att *det är nödvändigt att tolka innehållet i ett eller flera avtal mellan parterna för att kunna avgöra huruvida sökandens talan kan bifallas* (se, bland annat, dom av den 18 april 2013, kommissionen/Systran och Systran Luxembourg (C-103/11 P, EU:C:2013:245, punkterna 61–67), och dom av den 10 juli 2019, VG/kommissionen (C-19/18 P, EU:C:2019:578, punkterna 28–30)).

123 För att avgöra huruvida en talan är undantagen från tillämpningsområdet för Bryssel Ia-förordningen med stöd av artikel 1.2 b i denna förordning, som avser ”konkurs, ackord och liknande förfaranden”, ska det särskilt kontrolleras huruvida talan ”grundar sig på konkurslagstiftningen” (se, bland annat, dom av den 22 februari 1979, Gourdain (133/78, EU:C:1979:49, punkt 4), och, analogt, dom av den 4 december 2019, Tiger m.fl. (C-493/18, EU:C:2019:1046, punkt 27)). För att avgöra om en talan avser sakrätt i fast egendom, i den mening som avses i artikel 24.1 i Bryssel Ia-förordningen, ska det på samma sätt prövas huruvida talan ”grundar sig på en sakrätt”. (se, bland annat, dom av den 10 juli 2019, Reitbauer m.fl. (C-722/17, EU:C:2019:577, punkt 45)). För att avgöra om en talan avser ”giltighet av [bolagsorgans] beslut”, i den mening som avses i artikel 24.2 i denna förordning, ska det prövas huruvida sökanden bestrider giltigheten av ett beslut som fattats av ett bolagsorgan ”med åberopande av tillämplig bolagsrätt eller bestämmelser i bolagsordningen angående bolagsorganens verksamhet” (se, bland annat, dom av den 23 oktober 2014, flyLAL-Lithuanian Airlines (C-302/13, EU:C:2014:2319, punkt 40)).

124 Se, exempelvis, Court of Appeal (Appellationsdomstolen, Förenade kungariket), 9 augusti 2018, Cristiano Committeri mot Club Méditerranée SA m.fl., [2018] EWCA Civ 1889.

96. För det fall käranden inte har åberopat materiella rättsregler i sin stämningsansökan<sup>125</sup> ändras metoden inte i grunden. Som redan påpekats är dessa regler nämligen inte i sig föremål för kvalificeringen. De är endast ett prisma för att tolka de faktiska omständigheterna i målet och preciseringen av den ”förpliktelse” som enligt käranden följer av dessa omständigheter. Rent konkret måste rätten, om inga materiella rättsregler åberopas i ansökan, utläsa vilken ”förpliktelse” som käranden stöder sig på av övriga uppgifter i ansökan, såsom redogörelsen för de faktiska omständigheterna eller yrkandena.

97. I detta sammanhang kan det ”test” som beskrivs i domen Brogsitter vid tvivel göra det möjligt för domstolen att identifiera den eller de skyldigheter som ligger till grund för talan genom ett perspektivbyte. Om det visar sig absolut nödvändigt att ”tolka” eller ”fästa avseende vid” ett avtal (eller annat slags frivilligt åtagande) ”för att fastställa huruvida [svarandens] påtalade agerande mot [käranden] är rättsenligt eller inte, följer att talan i huvudsak grundar sig på åsidosättande av en avtalsförpliktelse: Det agerande som klandras i talan är rättsstridigt och medför ansvar för svaranden såtillvida som det strider mot en sådan förpliktelse, vilken beror på villkoren i avtalet i fråga och på tillämplig rätt på avtalet. Om talan däremot grundar sig på åsidosättande av en skyldighet som åligger var och en enligt lag, är det inte nödvändigt att ”tolka” eller ”fästa avseende vid” avtalet för att fastställa att det agerande som klandras i talan är rättsstridigt, eftersom den skyldigheten existerar oberoende av avtalet. Agerandets rättsstridighet beror på de eller de rättsregler som medför skyldigheten i fråga.<sup>126</sup>

98. Såsom kommissionen har gjort gällande gör domen Brogsitter det således möjligt för en domstol att fastställa huruvida en talan ska kvalificeras som en talan om ”avtal” eller om ”skadestånd utanför avtalsförhållanden” utifrån den referenspunkt utifrån vilken domstolen, beroende på om det rör sig om en avtalsförpliktelse eller en rättsregel som föreskriver en lagstadgad skyldighet för var och en oberoende av en sådan förpliktelse, ska bedöma huruvida de påstådda handlingar som käranden lägger svaranden till last är rättsenliga. Jag anser att den metod som beskrivs i domen Kalfelis och den metod som beskrivs i domen Brogsitter, förutsatt att de tolkas på detta sätt, i de flesta fall leder till samma resultat, eftersom agerandet i fråga och referenspunkten för att bedöma rättsenligheten i princip beror på vad käranden har åberopat i sin ansökan.

99. Domen Brogsitter kan emellertid utgöra en ”säkerhetsventil” för situationer där käranden åberopar rättsregler som i nationell rätt betraktas som regler om utomobligatoriskt skadeståndsansvar för att kräva att avtalsförpliktelser iakttas, och vilkas åsidosättande således utgör avtalsbrott. Konkret syftar jag här på fall där den skadevällande händelsen i sig anses bestå i att en avtalsförpliktelse inte har uppfyllts.<sup>127</sup> I sådana fall innebär en prövning av yrkandet väsentligen att ”tolka” och ”fästa avseende vid” avtalet i fråga, för att fastställa ett eventuellt avtalsbrott och därmed en skadevällande händelse. Ett sådant yrkande rör således i praktiken i huvudsak avtalsfrågor. Ett sådant yrkande ska därför i huvudsak anses grunda sig på en åsidosättande av en ”avtalsförpliktelse”, eftersom det ansvar för den ”skadevällande händelsen” som käranden stöder sig på inte existerar fristående.

125 Vissa nationella rättsordningar, däribland den engelska, innehåller nämligen regler om *strict pleading*, som innebär att en kärande i sin ansökan måste ange såväl de faktiska omständigheterna och föremålet för talan som de rättsliga grunderna för sin talan. Samtidigt finns det andra rättsordningar, bland annat fransk rätt, som inte ställer några sådana krav på kärandena. Se mitt förslag till avgörande i målet Bosworth och Hurley (punkt 86).

126 Se, för ett liknande resonemang, Weller, M., a.a. Vid konkurrerande ansvar är avtalsförpliktelserna och de utomobligatoriska förpliktelserna rörande samma faktiska omständigheter i princip oberoende av varandra. Exempelvis kan rätten, vid en produktskada, såsom nämns i punkt 54 ovan, uttala sig om huruvida en rättslig skyldighet på produktsäkerhetsområdet har åsidosatts, oberoende av köpeavtalet. Den skyldigheten föreligger oberoende av avtalet i fråga, och det är därför på intet sätt ”nödvändigt” att ”fästa avseende vid” eller ”tolka” avtalet för att fastställa att det är rättsstridigt att tillverka en produkt behäftad med en säkerhetsbrist eller vad som utgör en sådan brist.

127 Domen Brogsitter kan förstås så, att åsidosättande av det exklusivitetskrav som påstods åligga parterna enligt domstolen i sig utgjorde den åberopade skadevällande händelsen. De yrkanden som var utomobligatoriskt och de som var avtalsrättsligt grundade vilade enligt domstolen således på en och samma förpliktelse, det vill säga ”avtalsförpliktelserna” exklusivitet.



100. Sammanfattningsvis ska, när käranden i sin stämningsansökan åberopar materiella rättsregler som ålägger en skyldighet för var och en och det inte förefaller ”nödvändigt” att fastställa innehåll i ett avtal för att bedöma om det handlande som svaranden klandras för är rättsstridigt eller inte, talan anses grunda sig på utomobligatoriskt ansvar och därmed avse ”skadestånd utanför avtalsförhållanden” i den mening som avses i artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen.<sup>128</sup>

101. När domstolen, oberoende av de rättsregler som åberopats, endast kan bedöma rättsenligheten av ett handlande med hänvisning till ett avtal, grundar sig talan däremot på en ”avtalsförpliktelse” i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen.

102. Två preciseringar måste dock göras. För det första konstaterar jag att en bokstavlig tolkning av domen Brogsitter skulle kunna leda till slutsatsen att ”tolkningen” eller ”beaktandet” av avtalet inte vid något tillfälle får ske i samband med prövningen av en skadevällande händelse för att en skadeståndstalan ska anses avse ”skadestånd utanför avtalsförhållanden”.

103. Det händer ofta att en prejudiciell eller accessorisk fråga av avtalsrättslig art uppkommer inom ramen för en skadeståndstalan. Som jag kommer att redogöra för i punkt 123 nedan är så fallet även i förevarande mål. I ett sådant fall är det nämligen nödvändigt att först tolka avtalet mellan parterna i syfte att fastställa riktigheten av vissa av de faktiska omständigheter som Wikingerhof klandrat Booking.com för i konkurrensrättsligt hänseende.<sup>129</sup>

104. Enligt EU-domstolens fasta praxis ska en talan vid tillämpning av Bryssel Ia-förordningen kvalificeras utifrån de rättsfrågor som den avser. Förekomsten av en prejudiciell eller accessorisk fråga av avtalsrättslig natur som domstolen måste avgöra för att kunna avgöra tvisten är inte avgörande för hur talan i fråga ska kvalificeras.<sup>130</sup> I annat fall skulle den domstol som är behörig att pröva ett avtal vara behörig att pröva en talan som i princip inte ger upphov till några avtalsrättsliga frågor, och som således inte har någon särskilt nära anknytning till denna domstol. Ett sådant resultat skulle strida mot målen om närhet och god rättskipning.<sup>131</sup> Domen Brogsitter kan således inte tolkas på motsatt sätt.

105. För det andra framgår det inte klart av domen Brogsitter huruvida frågan om det är ”nödvändigt” att tolka eller ”fästa avseende vid” avtalet för att fastställa huruvida en skadeståndstalan avser ”avtal” eller ”skadestånd utanför avtalsförhållanden” endast ska bedömas med beaktande av kärandens yrkanden *såsom denne formulerat dessa* eller även i förhållande till den eventuella grund som svaranden har åberopat till stöd för sitt bestridande av dessa yrkanden vid den domstol vid vilken talan väckts.

106. Jag tänker till exempel på en situation där en person väcker talan om skadestånd utanför avtalsförhållanden för intrång i upphovsrätten och svaranden gör gällande att det föreligger ett licensavtal mellan parterna. Eftersom intrång förutsätter att tredje man använder ett skyddat verk som omfattas av den ensamrätt som rättighetsinnehavaren har enligt lag utan dennes föregående tillstånd<sup>132</sup> bör domstolen, för att fastställa huruvida talan är välgrundad, tolka avtalet för att avgöra huruvida denna licens tillåter den kritiserade användningen av verket. Ett annat exempel är en talan om

128 Se mitt förslag till avgörande i målet Bosworth och Hurley (punkterna 79 och 83).

129 Låt oss ta ett annat exempel, i vilket X har ett avtal med Y, och Z förmått Y att bryta mot avtalet. Om X väcker talan mot Z med åberopande av utomobligatoriskt skadeståndsansvar för att medvetet ha förmått Y att bryta mot avtalet, måste det fastställas att Y verkligen har brutit mot avtalet, vilket innebär att rätten måste tolka avtalet. Det är en preliminärfråga för att utreda en faktisk omständighet av betydelse för en prövning som i övrigt rör ”utomobligatoriskt” ansvar (se Hartley, T., a.a.s. 109).

130 Se, före ett liknande resonemang, dom av den 25 juli 1991, Rich (C-190/89, EU:C:1991:319, punkterna 26–28), dom av den 14 november 2002, Baten (C-271/00, EU:C:2002:656, punkterna 46 och 47), och dom av den 16 november 2016, Schmidt (C-417/15, EU:C:2016:881, punkt 25). På lagvalsområdet ska däremot var och en av de rättsfrågor som anges i ett käromål i princip kvalificeras separat. Se dom av den 21 januari 2016, ERGO Insurance och Gjensidige Baltic (C-359/14 och C-475/14, EU:C:2016:40, punkterna 50–62), dom av den 7 april 2016, KA Finanz (C-483/14, EU:C:2016:205, punkterna 52–58), och dom av den 28 juli 2016, Verein für Konsumenteninformation (C-191/15, EU:C:2016:612, punkterna 35–60). Se även mitt förslag till avgörande i målet Verein für Konsumenteninformation (C-272/18, EU:C:2019:679, punkt 51).

131 Se, analogt, dom av den 12 maj 2011, BVG (C-144/10, EU:C:2011:300, punkt 39).

132 Se, bland annat, dom av den 14 november 2019, Spedidam (C-484/18, EU:C:2019:970, punkt 38 och där angiven rättspraxis).

skadestånd utanför avtalsförhållanden som har väckts av den som lidit personskada i samband med användningen av en sportutrustning mot uthyraren av denna utrustning, mot vilken svaranden har åberopat en klausul i hyresavtalet som påstås ha till syfte att helt eller delvis befria honom från ansvar för en sådan skada.

107. Även i detta fall framgår det av EU-domstolens fasta praxis att när den domstol vid vilken talan väckts prövar huruvida den är behörig gör den inte någon bedömning av huruvida talan kan prövas i sak eller huruvida kändanden har fog för sin talan, utan begränsar sig till att identifiera de anknytningsmoment med forumstaten som motiverar dess behörighet enligt en bestämmelse i Bryssel Ia-förordningen. I detta syfte kan den aktuella domstolen anse att kändandens relevanta påståenden är styrkta.<sup>133</sup> Med andra ord ska den domstol vid vilken talan väckts fastställa sin behörighet utifrån kändandens ansökan, eftersom de grunder som svaranden åberopar till sitt försvar saknar relevans i detta avseende.<sup>134</sup>

108. I enlighet med denna logik har EU-domstolen påpekat att en domstol som har att pröva en talan om uppfyllande av ett avtal är behörig på grundval av artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen, även när svaranden till sitt svar har gjort gällande att avtalet inte existerar (eller är ogiltigt).<sup>135</sup> Analogt kan en domstol som handlägger en talan som grundar sig på en "utomobligatorisk förpliktelse" inte anse att denna omfattar "avtal" enbart av det skälet att svaranden till sitt försvar har anfört att det föreligger ett avtal mellan parterna. Inte heller här kan domen Brogsitter tolkas på motsatt sätt. Frågan om en eventuell motivering för eller ett undantag från det handlande som klandras utgör även här endast en prejudiciell fråga inför skadeståndsbedömningen.

109. En sådan tolkning säkerställer enligt min mening rättssäkerheten, eftersom den domstol vid vilken talan väckts direkt kan kontrollera om den är behörig grundat på kändandens ansökan, utan att den behöver göra en ingående prövning i sak, och oberoende av huruvida svaranden deltar i förfarandet.<sup>136</sup> Däremot skulle det strida mot rättssäkerhetsprincipen och målet att behörighetsreglerna ska ha en hög grad av förutsebarhet om tillämpligheten av artikel 7.1 eller 7.2 i Bryssel Ia-förordningen skulle kunna variera beroende på om svaranden kan åberopa en sådan invändning i ett sent skede.<sup>137</sup> Att göra kvalificeringen av ett yrkande beroende av de grunder som svaranden har åberopat till sitt försvar skulle dessutom innebära att det skulle vara tillräckligt för denne att åberopa förekomsten av ett avtal med kändanden för att domstolen inte längre ska vara behörig i sådana mål om skadestånd utanför avtalsförhållanden som föreskrivs i nämnda artikel 7.2.<sup>138</sup>

133 Se, bland annat, dom av den 25 oktober 2012, Folien Fischer och Fofitec (C-133/11, EU:C:2012:664, punkt 50), och dom av den 28 januari 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, punkt 62).

134 Se, bland annat, dom av den 29 juni 1994, Custom Made Commercial (C-288/92, EU:C:1994:268, punkt 19), där EU-domstolen underströk att den domstol vid vilken talan väckts inte bör vara tvungen att, för att pröva sin behörighet att "ta hänsyn till ... de av svaranden resta invändningarna". På denna punkt finns det enligt min mening ingen motsägelse mellan detta påstående och domstolens senare praxis, enligt vilken den domstol vid vilken talan väckts, vid prövningen av sin behörighet, "ska grunda sin bedömning på samtliga uppgifter som den har tillgång till, i förekommande fall inbegripet vad svaranden har anfört till bestridande av kändandens påståenden" (dom av den 16 juni 2016, Universal Music International Holding (C-12/15, EU:C:2016:449, punkt 46)). Denna rättspraxis ska nämligen förstås så, att den domstol vid vilken talan väckts i detta skede inte ska ta hänsyn till de grunder som svaranden har åberopat till sitt försvar i sak, utan till *dennes eventuella argument vad beträffar behörigheten* – till exempel vad gäller den ort där skadan uppkom, i den mening som avses i artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen och så vidare (se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet Kolassa (C-375/13, EU:C:2014:2135, punkt 77)).

135 Se, bland annat, dom av den 4 mars 1982, Effer (38/81, EU:C:1982:79, punkterna 7 och 8).

136 Se, för ett liknande resonemang, Dickinson, A., a.a., särskilt s. 471.

137 Se, analogt, dom av den 25 juli 1991, Rich (C-190/89, EU:C:1991:319, punkt 27), dom av den 8 maj 2003, Gantner Electronic (C-111/01, EU:C:2003:257, punkterna 24–32), och dom av den 12 maj 2011, BVG (C-144/10, EU:C:2011:300, punkt 35). Se även, för ett liknande resonemang, Zogg, S., a.a., s. 50 och 51.

138 Se, analogt, dom av den 4 mars 1982, Effer (38/81, EU:C:1982:79, punkt 8), och dom av den 12 maj 2011, BVG (C-144/10, EU:C:2011:300, punkterna 34 och 35). Se även mitt förslag till avgörande i målet Bosworth och Hurley (punkt 89), Brosch, M., "Die Brogsitter-Defence: Neues zur Annexzuständigkeit am Vertragsgerichtsstand für deliktische Ansprüche in der EuGVVO, zugl Anmerkung zu EuGH 13. 3. 2014, C-548/12, Marc Brogsitter/Fabrication de Montres Normandes EURL und Karsten Fräsdorf", ÖJZ 2015, s. 958–960, och Magnus, U. och Mankowski, P., a.a.s. 168.

110. Den tolkning som jag föreslår bekräftas enligt min mening av domen *Hi Hotel HCF*.<sup>139</sup> I det mål som avgjordes genom den domen, som avkunnades kort efter domen *Brogssitter*, hade käranden, med stöd av artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen, väckt talan om skadestånd utanför avtalsförhållanden på grund av intrång i hans upphovsrätt. Svaranden anförde som invändning mot denna talan att ett avtal tidigare hade ingåtts mellan parterna om överlåtelse av upphovsrätten till honom och bestred därför förekomsten av en rättsstridig handling och bestämmelsens relevans. EU-domstolen påpekade emellertid att den domstol vid vilken talan väckts ska fastställa sin behörighet med avseende på kärandens påståenden om villkoren för utomobligatoriskt skadeståndsansvar, eftersom den grund för avtalsbrott som svaranden åberopat uppenbarligen saknar relevans i detta avseende.<sup>140</sup>

111. Två frågor ska prövas innan detta avsnitt avslutas. För *det första* sker, såsom kommissionen gjorde gällande vid förhandlingen, kvalificeringen av ett yrkande inte på samma sätt när parterna är bundna av ett försäkrings-, konsument- eller anställningsavtal. Till skillnad från de särskilda behörighetsreglerna i artikel 7 i Bryssel Ia-förordningen<sup>141</sup> syftar avsnitten 3, 4 och 5 i kapitel II i förordningen, vilka avser "försäkringstvister", "konsumenttvister" respektive "tvister om anställningsavtal", till att skydda den svagare avtalsparten – en försäkringstagare, en konsument eller en arbetstagare –<sup>142</sup> och är av tvingande karaktär. Det handlar således om att undvika att den andra avtalsparten kan kringgå bestämmelserna i dessa avsnitt genom att grunda sitt skadeståndsanspråk på en utomobligatorisk förpliktelse. Ovannämnda avsnitt innehåller inte heller något mål om närhet, och fastställandet av en avtalsförpliktelse som ligger till grund för kärandens talan är inte nödvändigt för att de behörighetskriterier som föreskrivs däri ska gälla. Varje talan som avser en tvist som uppkommit i samband med uppfyllandet av sådana avtal omfattas således i princip av samma avsnitt, oavsett deras rättsliga grund, och även om det inte är "nödvändigt" att tolka avtalet i fråga för att avgöra huruvida talan är välgrundad i den mening som avses i domen *Brogssitter*.<sup>143</sup>

112. För *det andra* är frågan huruvida, vilket antyds i en del av doktrinen,<sup>144</sup> en domstol som enligt artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen är behörig att pröva yrkanden rörande "avtal" även ska tillerkännas en accessorisk rätt att pröva yrkanden rörande "skadeståndsansvar utanför avtalsförhållanden" som har nära anknytning till de förstnämnda yrkandena, särskilt i tvister där det potentiellt föreligger konkurrerande skadeståndsansvar. Rent konkret är frågan huruvida det finns anledning att på denna punkt precisera domen *Kalfelis*.

113. Jag understryker att denna fråga skiljer sig från den fråga om kvalificering som diskuterats i föregående punkter i förevarande förslag till avgörande. När en talan som grundas på vad som i nationell rätt betraktas som utomobligatoriskt skadeståndsansvar i enlighet med domen *Brogssitter* ska kvalificeras som en talan som avser "avtal" i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen, kan talan, med hänsyn till denna kvalificering, nämligen inte längre väckas vid den domstol som är behörig att pröva utomobligatoriskt skadeståndsansvar enligt artikel 7.2 i den förordningen. Att låta den domstol som är behörig att pröva avtalet pröva sådana yrkanden om "skadeståndsansvar utanför avtalsförhållanden", i självständig bemärkelse, som är accessoriska i

139 Dom av den 3 april 2014 (C-387/12, EU:C:2014:215).

140 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 april 2014, *Hi Hotel HCF* (C-387/12, EU:C:2014:215, punkterna 16–22).

141 EU-domstolen har vid upprepade tillfällen slagit fast att artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen inte syftar till att skydda en av parterna i målet. Se, bland annat, dom av den 17 oktober 2017, *Bolagsupplysningen och Ilsjan* (C-194/16, EU:C:2017:766, punkterna 38 och 39). Samma bedömning ska enligt min mening göras beträffande artikel 7.1 i förordningen.

142 Se skäl 18 i Bryssel Ia-förordningen.

143 Se, vad gäller avsnitt 4 i kapitel II i Bryssel Ia-förordningen, dom av den 11 juli 2002, *Gabriel* (C-96/00, EU:C:2002:436, punkterna 54–58), dom av den 2 april 2020, *Reliantco Investments och Reliantco Investments Limassol Sucursala București* (C-500/18, EU:C:2020:264, punkterna 58–73), och, vad gäller avsnitt 5 i samma kapitel, mitt förslag till avgörande i målet *Bosworth och Hurley* (punkterna 91–103). EU-domstolen har ännu inte haft tillfälle att uttala sig om denna fråga inom ramen för avsnitt 3 i nämnda kapitel. Se dock, för ett liknande synsätt vad gäller avsnitt 3, *Supreme Court of the United Kingdom (Högsta domstolen, Förenade kungariket)*, 1 april 2020, *Aspen Underwriting Ltd m.fl. mot Credit Europe Bank NV*, [2020] UKSC 11, punkterna 34–41.

144 Se bland annat, *Briggs, A., a.a.s. 237*, och *Weller, M., a.a.*

förhållande till de yrkanden som avser avtalet, skulle däremot inte hindra kändanden från att välja att framställa dessa yrkanden vid den domstol som är behörig att pröva utomobligatoriskt skadeståndsansvar. Denne har även valmöjligheten att väcka hela talan vid den domstol som är behörig att pröva avtalet.

114. Principen att den accessoriska förpliktelsen är den viktigaste förpliktelsen är förvisso inte helt främmande i EU-domstolens praxis angående Bryssel Ia-förordningen.<sup>145</sup> Att medge en sådan accessorisk behörighet skulle som redan påpekats dessutom medföra fördelar vad gäller god rättskipning, eftersom en sådan behörighet bland annat skulle göra det möjligt att handlägga vissa mål snabbare.

115. Enligt min mening medger emellertid Bryssel Ia-förordningen, i dess nuvarande lydelse, inte en sådan tolkning. Jag erinrar nämligen om att de särskilda behörighetsreglerna i förordningen är beroende av vilken ”kategori” yrkandena avser. I artikel 7.1 och 7.2 i förordningen görs en tydlig åtskillnad mellan en talan som avser ”avtal” och en talan som avser ”skadestånd utanför avtalsförhållanden”. Det är således inte möjligt att knyta käromål som hör till den andra kategorin till artikel 7.1 utan att åsidosätta detta system och utvidga tillämpningsområdet för denna bestämmelse – som i princip ska tolkas restriktivt – utöver vad som krävs för att uppfylla dess syfte, nämligen att säkerställa att tvister som huvudsakligen avser avtalsrättsliga frågor, efter kändandens val, kan prövas av den domstol som har störst närhet till den omtvistade avtalsförpliktelsen.<sup>146</sup> Enligt min mening ankommer det på unionslagstiftaren att föreskriva en sådan accessorisk behörighet, antingen genom att ändra artikel 7.1 i detta syfte eller genom att omvandla regeln om käromål som har samband med varandra i artikel 30 i Bryssel Ia-förordningen till en behörighetsgrund.<sup>147</sup> I väntan på detta har en kändande, såsom jag har angett i punkt 85 i förevarande förslag till avgörande, möjlighet att av processekonomiska skäl framställa samtliga sina yrkanden vid domstolarna i den medlemsstat där svaranden har hemvist, i enlighet med artikel 4.1 i förordningen.

### ***C. Kvalificeringen av en skadeståndstalan som väckts mellan avtalsparter och som grundar sig på ett åsidosättande av de konkurrensrättsliga bestämmelserna***

116. Mot bakgrund av de principer som följer av EU-domstolens praxis, såsom dessa (på nytt) har klargjorts i de två föregående avsnitten i förevarande förslag till avgörande, råder det enligt min mening föga tvivel om hur en talan om skadestånd på grund av åsidosättande av de konkurrensrättsliga bestämmelserna, såsom den talan som Wikingerhof i förevarande fall har väckt mot Booking.com, ska kvalificeras.

117. Den omständigheten att dessa två bolag är bundna av ett avtal räcker inte för att anse att talan avser ett ”avtal” i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen. Även om Wikingerhof hypotetiskt hade kunnat grunda sin talan på avtalsbrott<sup>148</sup> är detta inte avgörande i sammanhanget.

118. För att en sådan talan som den som Wikingerhof har väckt ska kunna knytas till ett ”avtal”, i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen, eller till ”skadestånd utanför avtalsförhållanden”, i den mening som avses i artikel 7.2 i samma förordning, ska det nämligen, såsom jag flera gånger har angett i förevarande förslag till avgörande, fastställas vilken förpliktelse som talan (faktiskt) grundar sig på.

<sup>145</sup> Se, bland annat, dom av den 15 januari 1987, Shenavai (266/85, EU:C:1987:11, punkt 19).

<sup>146</sup> Se, för ett liknande resonemang, Zogg, S., a.a.s. 57–62, och Minois, M., a.a.s. 250.

<sup>147</sup> För närvarande utgör artikel 30 i Bryssel Ia-förordningen ett undantag som, när käromål som har samband med varandra är anhängiga vid domstolar i olika medlemsstater, gör det möjligt för de domstolar vid vilka talan inte först väcktes att låta handläggningen av målet vila. Se, vad gäller argument till stöd för att utvidga regeln om käromål som har samband med varandra, Gaudemet-Tallon, a.a.s. 175.

<sup>148</sup> Vid förhandlingen uppgav Wikingerhof, som svar på en fråga från EU-domstolen, att bolaget hypotetiskt hade kunnat väcka sin talan med stöd av de tyska bestämmelserna om avtalsrättsligt ansvar, närmare bestämt genom att hävda ett åsidosättande av skyldigheten att iakttä överenskommelser i god tro.

119. I förevarande fall har Wikingerhof i sin ansökan åberopat de tyska konkurrensreglerna. De reglerna syftar till att skydda marknaden och ålägger på detta ändamål skyldigheter för alla företag. Oberoende av huruvida tysk rätt faktiskt är tillämplig på denna talan, vilket inte slutgiltigt avgörs i det inledande skedet av behörighetsprövningen,<sup>149</sup> tyder åberopandet av de aktuella bestämmelserna på att bolaget i sin ansökan har åberopat att Booking.com har åsidosatt en allmän skyldighet som föreskrivs i lag, oberoende av ett avtal eller ett annat frivilligt åtagande. Talan grundar sig således på en "utomobligatorisk förpliktelse" i den mening som avses i artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen.<sup>150</sup>

120. Att det rör sig om skadestånd utanför avtalsförhållanden bekräftas även, såsom Wikingerhof och kommissionen med rätta har påpekat, av domen CDC Hydrogen Peroxide.<sup>151</sup> I den domen, som avsåg skadeståndsanspråk som med stöd av konkurrensreglerna hade framställts av köpare<sup>152</sup> av en kemisk produkt mot företag som tillverkade denna produkt – varav de sistnämnda hade deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan inom vars ram de bland annat hade fastställt priset på den aktuella produkten – slog EU-domstolen fast att även om köparna visserligen hade gjort sina inköp inom ramen för avtalsförhållanden med olika deltagare i den aktuella samverkan består "[d]en åberopade skadevällande handlingen ... inte i ett eventuellt åsidosättande av avtalsförpliktelser, utan i begränsningen av avtalsfriheten till följd av denna samverkan, i det att begränsningen hindrade köparen från att genomföra förvärvet till marknadspris".<sup>153</sup>

121. På liknande sätt stöder sig Wikingerhof i förevarande fall inte på ett åsidosättande av det avtal som binder Booking.com, utan på att det sistnämnda bolaget missbrukar sin dominerande ställning genom att påtvinga det förstnämnda bolaget oskäligen villkor, bland annat med hjälp av de allmänna villkor som det tillämpar i deras förhållande.

122. Såsom kommissionen har påpekat är det nämligen inte "nödvändigt" att tolka det avtal som parterna i målet vid den nationella domstolen är bundna av, i den mening som avses i domen Brogsitter, för att "fastställa huruvida det kritiserade agerandet är rättsstridigt eller inte", i den mening som avses i domen Brogsitter, fastän det påstådda konkurrensbegränsande handlandet ägt rum inom ramen för deras avtalsförhållande.<sup>154</sup>

123. Eftersom de olika ageranden som Wikingerhof lagt Booking.com till last<sup>155</sup> ingår i avtalsförhållandet kan det förvisso vara nödvändigt att fastställa det exakta innehållet i parternas åtaganden för att fastställa huruvida dessa ageranden verkligen har förekommit. Jag konstaterar att Wikingerhof har gjort gällande bland annat att det inte finns någon avtalsenlig grund för Booking.com att ange att dess hotell har mer fördelaktiga priser. Eftersom parterna är oense på denna punkt,<sup>156</sup> kan den domstol vid vilken talan väckts behöva tolka Booking.coms allmänna villkoren för att fastställa den exakta räckvidden för avtalet, vilket obestriddligen utgör en avtalsrättslig fråga som omfattas av avtalsrätten (*lex contractus*).

149 Vilket dock säkerligen blir fallet vad gäller artikel 6.3 i Rom II-förordningen.

150 Se, analogt, dom av den 23 oktober 2014, flyLAL-Lithuanian Airlines (C-302/13, EU:C:2014:2319, punkt 28), dom av den 21 maj 2015, CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335, punkterna 34–56), dom av den 5 juli 2018, flyLAL-Lithuanian Airlines (C-27/17, EU:C:2018:533, punkt 51), och dom av den 29 juli 2019, Tibor-Trans (C-451/18, EU:C:2019:635, punkterna 22–37). Se, för ett liknande resonemang Behar-Touchais, M., "Abus de puissance économique en droit international privé", *Revue internationale de droit économique*, 2010, vol. 1, s. 37–59, särskilt s. 41–42.

151 Dom av den 21 maj 2015, CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335).

152 De företag som lidit skada av samverkan hade visserligen överlåtit sina fordringar till käreandebolaget i det nationella målet, vilket inte själv hade ingått något avtal med svarandebolagen. Genom överlåtelsen av fordran hade käreandebolaget emellertid de övertagit rättigheter som de skadelidande hade gentemot svarandebolagen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 maj 2015, CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335, punkt 35)).

153 Dom av den 21 maj 2015, CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335, punkt 43).

154 Se, analogt, Oberlandesgericht München (Högre regionala domstolen i München, Tyskland), 23 november 2017, WRP 2018, 629, punkterna 22 och 23.

155 Vilka sammanfattas i punkt 12 i förevarande förslag till avgörande.

156 Se fotnot 23 i förevarande förslag till avgörande.

124. Det rör sig dock om en enkel prejudiciell fråga som inte i sig avgör hur talan ska kvalificeras. Så snart det har fastställts att de ageranden som Wikingerhof klandrat Booking.com för *verkligen* har ägt rum, ska rätten avgöra huvudfrågan om dessa förfarandens *rättsenlighet*, vilket avgör principen för och omfattningen av rätten till skadestånd.<sup>157</sup>

125. Referenspunkten för att bedöma rättsenligheten är dock inte avtalet och de allmänna avtalsvillkoren eller de regler som är tillämpliga på detta, utan konkurrensrätten. Huvudfrågan huruvida Booking.coms agerande är ansvarsgrundande beror på villkoren för förbudet mot missbruk av dominerande ställning, såsom dessa föreskrivs i nämnda regler.

126. Såsom den hänskjutande domstolen har angett, och såsom Wikingerhof och kommissionen har gjort gällande, består frågan huruvida Booking.com har gjort sig skyldig till missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i ovannämnda konkurrensregler, av flera delfrågor, i huvudsak för det första hur den relevanta marknaden ska avgränsas, för det andra vilka maktförhållanden företagen har på denna marknad – för att få klarhet i huruvida Booking.com har en dominerande ställning på marknaden – och för det tredje vilka eventuella verkningar de ageranden som har kritiserats i ansökan eventuellt har på denna marknad, för att avgöra om detta företag missbrukar sin eventuellt dominerande ställning.

127. Det rör sig emellertid om rena konkurrensrättsliga frågor som ska avgöras enligt den nationella lag som utpekats av artikel 6.3 i Rom II-förordningen.

128. Avtalet är än mindre avgörande för att avgöra huruvida de ageranden som Wikingerhof har klandrat är rättsstridiga eller inte, eftersom detta avtal, såsom kommissionen har påpekat, inte ens utgör en grund som Booking.com har åberopat till sitt försvar.<sup>158</sup> I motsats till en talan om patentintrång mot vilken svaranden har åberopat ett licensavtal, som nämndes i punkt 106 i förevarande förslag till avgörande, är det påstådda konkurrensbegränsande agerandet, även om det antas vara styrkt, inte tillåtet på grund av att det helt eller delvis omfattas av bestämmelserna i avtalet eller av de allmänna villkor som är tillämpliga på detta, eftersom ett avtal inte kan "tillåta" ett agerande som strider mot konkurrensrätten.

129. Mot denna bakgrund anser jag att en talan som Wikingerhofs är en talan om "skadestånd utanför avtalsförhållanden" i den mening som avses i artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen.

130. Såsom Wikingerhof och kommissionen har framhållit är denna tolkning dessutom förenlig med det mål om närhet och god rättskipning som eftersträvas i artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen. Den domstol som är behörig att pröva det utomobligatoriska ansvaret är nämligen bäst lämpad att avgöra huvudfrågorna inom ramen för denna talan, bland annat vad gäller insamling och värdering av relevant bevisning i detta avseende, oavsett om det gäller berörd marknad, maktförhållandet på den marknaden eller effekterna och det påstådda handlandet på den marknaden.<sup>159</sup>

131. Denna tolkning gör det dessutom möjligt att säkerställa en överensstämmelse mellan det materiella tillämpningsområdet för artikel 7.2 i Bryssel Ia-förordningen och det materiella tillämpningsområdet för artikel 6.3 i Rom II-förordningen.

<sup>157</sup> Analogt, inom ramen för en talan om skadeståndsansvar för missbruk av dominerande ställning i vilken en köpare klandrar sin leverantör för oskäligen försäljningspriser (se artikel 102 andra stycket a FEUF) kan det vara nödvändigt att fastställa vad som sägs i avtalet för att fastställa om det kritiserade agerandet verkligen har förekommit. Om parterna är oense om de exakta priser som anges i avtalet – till exempel på grund av att dessa grundas sig på en komplicerad beräkningsmetod, tar hänsyn till olika variabler och så vidare – ska de avtalsbestämmelser som avser priset eventuellt tolkas av domstolen. Även här rör det sig dock om en enkel *prejudiciell fråga* som gör det möjligt att fastställa huruvida det kritiserade agerandet verkligen har förekommit, så att domstolen kan avgöra huvudfrågan om huruvida agerandet var rättsenligt i konkurrensrättsligt hänseende.

<sup>158</sup> I alla händelser är, som jag påpekat i punkt 107 ovan, förekomsten av en sådan grund för försvaret inte relevant för kvalificeringen av yrkandet.

<sup>159</sup> Se, analogt, dom av den 29 juli 2019, Tibor-Trans (C-451/18, EU:C:2019:635, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

132. Den tolkning som föreslås i förevarande förslag till avgörande påverkas inte av Booking.coms och den tjeckiska regeringens argument att en talan som den som väckts av Wikingerhof avser "avtal" i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen, eftersom Wikingerhof genom att yrka att det påstått konkurrensbegränsande agerandet ska upphöra i själva verket försöker få till stånd en ändring av Booking.coms allmänna villkor till sin fördel, och därmed nya avtalsgrundade rättigheter.

133. Eftersom syftet med Wikingerhofs talan inte är att avbryta avtalsförhållandet mellan sig och Booking.com, utan att säkerställa att detta förhållande fortsätter att gälla i enlighet med konkurrensrätten, ska Booking.com, om talan presumeras vara välgrundad, anpassa sitt agerande gentemot klaganden i det nationella målet, inbegripet de allmänna villkor som bolaget tillämpar inom ramen för detta förhållande, till de gränser som uppställs i unionsrätten. I detta avseende är det såvitt jag känner till inte ovanligt att ett upphörande av missbruk av dominerande ställning leder till nya rättigheter för käranden, till exempel när missbruket består i en säljvägran eller fastställandet av oskäligen priser. I det första fallet skulle ett upphörande av missbruket i praktiken innebära att det företag som har en dominerande ställning tvingas ingå avtal med käranden och i det andra fallet – något förenklat – att det tvingas sänka sina priser på ett sätt som är till fördel för käranden.

134. Denna tolkning påverkas inte heller av Booking.coms argument att Wikingerhofs talan syftar till delvis ogiltigförklaring av avtalet mellan bolagen, eftersom det ska prövas huruvida vissa bestämmelser i bolagets allmänna villkor strider mot konkurrensrätten och följaktligen är ogiltiga.

135. En talan om ogiltigförklaring av ett avtal omfattas förvisso av artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen.<sup>160</sup> På en direkt fråga från EU-domstolen gjorde dock Wikingerhof vid förhandlingen gällande att dess talan inte är en talan om ogiltigförklaring. Syftet med Wikingerhofs talan är inte att det avtal som binder bolaget till Booking.com ska ogiltigförklaras med stöd av avtalsrättsliga bestämmelser om avtalets uppkomst. I detta sammanhang utgör en ogiltigförklaring av bestämmelser i de allmänna avtalsvillkoren på sin höjd en indirekt följd av denna talan.<sup>161</sup>

136. Denna tolkning påverkas inte heller, även under antagandet att Booking.com har en dominerande ställning, av Booking.coms argument att Wikingerhofs talan avser "avtal", i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen eftersom Booking.coms allmänna villkor är något som Wikingerhof "frivilligt har åtagit sig" i den mening som avses i rättspraxis om denna bestämmelse.

137. Om det processuella sammanhanget hade varit det motsatta hade Booking.coms argument enligt min mening varit välgrundat. Om detta bolag hade väckt talan vid domstol för att fullgöra de skyldigheter som följer av dess allmänna villkor och Wikingerhof som grund för sitt försvar hade gjort gällande att det inte "frivilligt åtagit sig" dessa och att det skulle utgöra missbruk i strid mot konkurrensrätten att tvinga företaget att följa dem, skulle talan ha avsett "avtal" i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen.<sup>162</sup> Som jag redan påpekat beror denna kvalificering nämligen på käromålet, inte på de grunder som svaranden åberopar till sitt försvar.

138. Så är dock inte fallet i förevarande fall. Wikingerhof har som kärande gjort gällande en utomobligatorisk förpliktelse till följd av ett åsidosättande av konkurrensrätten. I ett sådant processuellt sammanhang ska den domstol vid vilken talan väckts, för att fastställa sin behörighet, anse att Wikingerhofs påståenden är styrkta, inbegripet den omständigheten att Wikingerhof på grund av Booking.coms dominerande ställning var tvunget att underteckna Booking.coms allmänna villkor. Booking.com kan således inte ändra kvalificeringen av Wikingerhofs talan genom att till sitt försvar göra gällande att Wikingerhof frivilligt samtyckt till de villkoren.

<sup>160</sup> Se punkt 41 i förevarande förslag till avgörande.

<sup>161</sup> Se, analogt, dom av den 23 oktober 2014, flyLAL-Lithuanian Airlines (C-302/13, EU:C:2014:2319, punkt 36).

<sup>162</sup> Se, för ett liknande resonemang, Vilà Costa, B., "How to Apply Articles 5(1) and 5(3) Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law: a Coherent Approach", i Basedow, J., Francq, S. och Idot, L. (eds.), *International antitrust litigation: Conflict of laws and coordination*, Hart Publishing, Oxford, 2012, särskilt s. 24.

139. Den tolkning som föreslås i förevarande förslag till avgörande påverkar slutligen inte slutsatserna i domen *Apple Sales International m.fl.*,<sup>163</sup> i vilken EU-domstolen slog fast att en prorogationsklausul i den mening som avses i artikel 25 i Bryssel Ia-förordningen, som ingår i ett avtal mellan en återförsäljare och dennes leverantör, kan tillämpas på en skadeståndstalan som den förstnämnde har väckt mot den sistnämnde med stöd av artikel 102 FEUF, när det påstådda missbruket av dominerande ställning, såsom i förevarande mål, uppstår i deras avtalsförhållande.<sup>164</sup>

140. Såsom jag påpekat i punkt 89 i förevarande förslag till avgörande kan en prorogationsklausul, beroende på hur den formuleras, avse alla uppkomna eller framtida tvister med anledning av ett bestämt rättsförhållande.<sup>165</sup> Detta ”test” kräver varken mer eller mindre ett (tillräckligt direkt) samband mellan avtalet och den aktuella talan. Den rättsliga grunden för talan är inte avgörande i detta sammanhang. En sådan klausul kan således tillämpas såväl på en talan som avser ”avtal”, i den mening som avses i artikel 7.1 i Bryssel Ia-förordningen, som på en talan som avser ”skadestånd utanför avtalsförhållanden”, i den mening som avses i artikel 7.2 i samma förordning, i den mån ett sådant samband föreligger.<sup>166</sup> Tolkningen att en sådan skadeståndstalan som den som Wikingerhof har väckt mot Booking.com avser ”skadestånd utanför avtalsförhållanden” är således fullt förenlig med domen *Apple Sales International m.fl.*<sup>167</sup>

## V. Förslag till avgörande

141. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen ska besvara den fråga som ställts av Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland) i mål C-59/19 på följande sätt:

Artikel 7.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område ska tolkas så, att en skadeståndstalan som grundas på åsidosättande av de konkurrensrättsliga bestämmelserna ska anses utgöra en talan som ”avser skadestånd utanför avtalsförhållanden”, i den mening som avses i denna bestämmelse, inbegripet när käranden och svaranden är parter i samma avtal och det påstått konkurrensbegränsande agerande som lagts den sistnämnde till last har uppkommit i deras avtalsförhållande.

<sup>163</sup> Dom av den 24 oktober 2018 (C-595/17, EU:C:2018:854).

<sup>164</sup> Dom av den 24 oktober 2018, *Apple Sales International m.fl.* (C-595/17, EU:C:2018:854, punkterna 28–30).

<sup>165</sup> Se, bland annat, dom av den 24 oktober 2018, *Apple Sales International m.fl.* (C-595/17, EU:C:2018:854, punkt 22 och där angiven rättspraxis).

<sup>166</sup> Se förslag till avgörande av generaladvokat Wahl i målet *Apple Sales International m.fl.* (C-595/17, EU:C:2018:541, punkterna 34, 35 och 71).

<sup>167</sup> Dom av den 24 oktober 2018 (C-595/17, EU:C:2018:854).