

Selektiv distribution

– Nya förutsättningar (?)

**Juridiska institutionen
Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet**

Tillämpade studier 20 p Konkurrensrätt
Våren/sommaren 2003

Erik Ullberg
Handledare: Filip Bladini

1 Innehållsförteckning

1	INNEHÅLLSFÖRTECKNING.....	2
2	FÖRKORTNINGAR.....	4
AVSNITT I – INLEDNING		
3	INLEDNING	5
4	PROBLEMFÖRMULERING, AVGRÄNSNING OCH SYFTE.....	6
5	METOD	7
6	DISTRIBUTION AV VAROR OCH TJÄNSTER.....	7
6.1	SELEKTIV DISTRIBUTION	8
7	KONKURRENSLAGEN.....	9
7.1	FÖRHÅLLET MELLAN SVENSK OCH EUROPEISK KONKURRENSRÄTT	10
7.2	KOMMISSIONENS RIKTLINJER FÖR VERTIKALA AVTAL	10
7.3	RELEVANT MARKNAD OCH MARKNADSANDELAR.....	11
7.3.1	Relevant produktmarknad.....	12
7.3.2	Relevant geografisk marknad	12
7.3.3	Marknadsandelar.....	13
7.4	FÖRBUDET MOT KONKURRENSBEGRÄNSANDE SAMARBETE.....	13
7.5	VERTIKALA AVTAL	15
7.6	INDIVIDUELLA UNDANTAG	15
7.7	GRUPPUNDANTAG.....	16
7.8	MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING	17
7.9	ICKE-INGRIPANDEBESKED	18
8	EKONOMISKA ASPEKTER PÅ VERTIKALA BEGRÄNSNINGAR.....	18
8.1	NEGATIVA EFFEKTER AV VERTIKALA BEGRÄNSNINGAR	19
8.2	POSITIVA EFFEKTER	20
AVSNITT II – GRUPPUNDANTAGET FÖR VERTIKALA AVTAL		
9	GRUPPUNDANTAGET FÖR VERTIKALA AVTAL.....	22
9.1	BAKGRUND	22
9.2	RÄTTSKÄLLOR VID BEDÖMNINGEN AV GRUPPUNDANTAGET	23
9.3	ÅTERKALLELSE AV GRUPPUNDANTAGET.....	23
9.4	GRUPPUNDANTAGETS TILLÄMPNINGSOMRÅDE	24
9.5	AVTAL MELLAN TVÅ ELLER FLERA FÖRETAG	25
9.6	FÖRETAG VERKSAMMA I OLIKA HANDELSLED	26
9.7	VILLKOR VID INKÖP, FÖRSÄLJNING ELLER ÅTERFÖRSÄLJNING	26
9.8	SEMI-UNDANTAG	26
9.8.1	Vertikala avtal mellan en sammanslutning av företag.....	26
9.8.2	Vertikala avtal innehållande bestämmelser om immateriella rättigheter.....	27
9.8.3	Vertikala avtal mellan konkurrerande företag	28
9.9	SVARTA LISTAN – SÄRSKILT ALLVARLIGA BEGRÄNSNINGAR.....	28
9.9.1	Prisstyrning	29
9.9.2	Områdesskydd	29
9.9.3	Begränsningar inom selektiva distributionssystem.....	30
9.9.4	Reservdelar.....	31
9.10	KONKURRENSKLAUSULER.....	31
9.10.1	Klausuler som överstiger 5 år.....	32
9.10.2	Skyldigheter efter avtalsperiodens utgång.....	32

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

9.10.3	Konkurrensklausuler i ett selektivt distributionssystem.....	33
--------	--	----

AVSNITT III - SELEKTIV DISTRIBUTION OCH KL

10	BEDÖMNINGEN AV SELEKTIVA DISTRIBUTIONSSYSTEM ENLIGT KONKURRENSLAGEN	34
-----------	--	-----------

11	SELEKTIV DISTRIBUTION – 6 § KL.....	35
-----------	--	-----------

11.1	PRAXIS	36
11.1.1	<i>Metro</i>	36
11.1.2	<i>AEG</i>	37
11.1.3	<i>L'Oréal</i>	38
11.1.4	<i>Leclerc</i>	39
11.2	PRODUKTERNAS KARAKTÄR	40
11.2.1	<i>Tekniskt avancerade produkter</i>	41
11.2.2	<i>Lyxprodukter</i>	42
11.2.3	<i>Tidningar</i>	43
11.3	BESLUT PÅ OBJEKTIVA GRUNDER AV KVALITATIV KARAKTÄR	44
11.3.1	<i>Olika avtal för samma produkt – under olika varumärken</i>	45
11.4	KVANTITATIVA URVALSKRITERIER	46
11.5	MÖJLIGHETER TILL INDIVIDUELLA UNDANTAG	47
11.6	PROPORTIONALITETSKRAVET.....	48
11.7	FALL DÅ DET ÄNDÅ KAN VARA TAL OM ETT BROTT MOT 6 § KL	49

12	SELEKTIV DISTRIBUTION – GRUPPUNDANTAGET.....	50
-----------	---	-----------

12.1	DEFINITIONEN AV SELEKTIV DISTRIBUTION.....	51
12.1.1	<i>Kvantitativa begränsningar</i>	51
12.1.2	<i>Varans karaktär</i>	52
12.2	SÄRSKILT ALLVARLIGA BEGRÄNSNINGAR	54
12.2.1	<i>Begränsningar av försäljningsmöjligheter – Områdesskydd</i>	54
12.3	KONKURRENSKLAUSULER.....	56
12.4	ÖVERTRÄDELSE AV 35-PROCENTSPÄRREN	56
12.4.1	<i>Förändring i den rättsliga tillämpningen?</i>	57

AVSNITT IV – AVSLUTNING

13	SAMMANFATTANDE ANALYS.....	59
-----------	-----------------------------------	-----------

13.1	ALLMÄNT.....	59
13.2	VAD HAR FÖRÄNDRATS – RÄTTSLIGT?	60

AVSNITT V – KÄLLOR

14	KÄLLFÖRTECKNING.....	62
-----------	-----------------------------	-----------

2 Förkortningar

EG	Europeiska gemenskapen
EGD	Europeiska gemenskapernas domstol (EG-domstolen)
EGF	Maastricht-fördraget. EG-fördraget
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EU	Europeiska unionen
Fm	Regeringens förordningsmotiv
förstainstansrätten	Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt
KKV	Konkurrensverket
KKVFS	Konkurrensverkets författningssamling
KL	konkurrenslagen
Kommissionen	Europeiska gemenskapernas kommission
Prop.	Proposition
RS	Rättsfallssamling
MD	Marknadsdomstolen

AVSNITT I – INLEDNING

3 Inledning

Distributionssektorn utgör en mycket stor och viktig del i det svenska och europeiska näringslivet. Inte bara för att den sysselsätter många arbetstagare, utan även eftersom alla varor i regel når slutkonsumenterna via en distributionskanal. Sålunda påverkar den också andra sektorer – och följaktligen är det av stor vikt att det finns en fungerande konkurrens på distributionsområdet.

Ett sätt att distribuera sina varor är att genom att tillämpa ett antal urvalskriterier, välja ut ett antal auktoriserade återförsäljare. Man använder då ett s.k. selektivt distributionssystem. Anledningen till att man väljer att göra så är oftast för att man tillverkar ett exklusivt varumärke, eller en avancerad produkt, kring vilken man vill bevara en viss glans och prestige. Desto viktigare varumärket är för produktens innehåll, ju viktigare är det att kunna kontrollera formerna under vilket det säljs. Selektiv distribution ger stora möjligheter till sådan kontroll, varför det ofta väljs som distributionsmetod då man vill uppnå dessa syften. Eftersom alla återförsäljare naturligtvis inte kvalificerar sig för dessa system kommer några att stängas ute från försäljning. Som utgångspunkt står det ett icke dominerande företag fritt att välja till vem man vill leverera sina varor. Konkurrensrättsliga problem uppkommer dock när tillverkaren eller distributören ingår ett avtal med vissa återförsäljare – och på så sätt stänger ute resten. Avtalet innehåller nästan alltid en skyldighet för de auktoriserade återförsäljarna att inte sälja till icke godkända återförsäljare, och på så sätt kan avtalet verka diskriminerande mot de senare.

Inom konkurrensrätten har man fastställt att selektiva distributionssystem – trots att de stänger ute vissa återförsäljare – ibland kan vara nödvändiga och ibland till och med verka främjande för konkurrensen. För att hamna utanför konkurrenslagens tillämpningsområde har svensk och gemenskapsrättslig praxis sålunda ställt upp ett antal krav som relaterar till urvalskriterierna av återförsäljarna.

Även om det är Konkurrensverket som ansvarar för konkurrensen på den svenska marknaden så har EG:s reglering en stor betydelse; både vad gäller praxis och som

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

rättskälla i övrigt genom t.ex. tillkännagivanden och riktlinjer från kommissionen och andra instanser.

Den 1 januari 2001 trädde ett nytt svenskt gruppundantag för vertikala avtal i kraft, vilket innebär att tillämpningen av konkurrensreglerna för selektiva distributionssystem blir enklare och mindre formalistiska. Detta genererar i sin tur diverse nya frågor, både kring tillämpningen av gruppundantaget, och kring bedömningen av selektiva distributionsavtal som hamnar utanför dess tillämpningsområde. Det är främst dessa frågor jag skall uppehålla mig vid i uppsatsen.

4 Problemformulering, avgränsning och syfte

Som utgångspunkt står det ett icke dominerande företag fritt att välja vem de vill bedriva affärer med. Skulle emellertid en vägran att leverera ha sin grund i ett avtal mellan två eller flera företag kan 6 § KL bli tillämpligt. Selektiva distributionsavtal är sådana (vertikala) avtal som i regel innebär att vissa handlare stängs ute. Endast inom gruppundantagets tillämpningsområde eller under förutsättning att de kriterier som praxis ställer upp är uppfyllda, kan ett sådant samarbete vara förenligt med konkurrenslagen. I och med det vertikala gruppundantaget synes det ha blivit enklare att komma undan konkurrenslagen. Detta väcker följande frågor:

- Vad har förändrats rättsligt; spelar produkten ingen roll längre, vad gäller för kvantitativa urvalskriterier?
- Var går gränserna för de olika begränsningar som genom gruppundantaget numera är förenliga med konkurrenslagen?
- Vad gäller för bedömningen av avtal som faller utanför gruppundantaget?
- Vad innebär gruppundantaget inträde i praktiken, och för selektiv distribution i framtiden?

Dessa frågor hoppas jag kunna besvara i uppsatsen. Jag har valt att begränsa mig till regleringen rörande den svenska marknaden. Eftersom regleringen i stort sett är den samma på EG-nivå, kan uppsatsen emellertid till viss del även anses utgöra en skildring av EG:s konkurrensrätt på området.

Jag ämnar alltså beskriva rättsläget inom och utanför det vertikala gruppundantagets tillämpningsområde. Jag kommer att belysa de nya effekter som i och med gruppundantaget har introducerats och försöka åskådliggöra vad som egentligen har förändrats, formellt och i praktiken.

5 Metod

Den primära källan för min undersökning är självklart lagregleringen och då särskilt gruppundantaget. För att tolka detta har jag framförallt tagit min utgångspunkt i Kommissionens riktlinjer. Dessa spelar, trots att de är en gemenskapsrättslig rättskälla, en stor roll i svensk konkurrensrätt. Av Regeringens förordningsmotiv och praxis framgår detta tydligt. Visserligen ger de strikt formellt bara kommissionens syn på vertikala begränsningar, men som ansvarig konkurrensvårdande myndighet inom EU anses Kommissionens riktlinjer få stor betydelse; vilket i svensk rätt har betonats i förarbeten. Självklart har jag också synat praxis på området, samt litteratur som kommenterar denna.

6 Distribution av varor och tjänster

En tillverkare eller leverantör behöver på något sätt distribuera sina varor. Naturligtvis finns det olika metoder för detta, man kan t.ex. ta hand om hela proceduren själv eller låta ett eller flera oberoende företag göra det. Det förra alternativet kräver normalt att företaget är relativt stort. En fördel med att själv distribuera varorna, t.ex. genom en filial eller en exklusiv agent, är att man inte riskerar att träffas av förbudet i 6 § KL.¹ Att själv distribuera sina varor kan emellertid vara förenat med andra nackdelar. För det första kan problem med ledningen av företaget uppstå då det blir allt svårare för beslutsfattarna att hålla sig à jour med vad som händer inom de olika grenarna av företaget ju större detta blir.² För det andra kan lokala sedvänjor eller omständigheter göra det svårt för företag att distribuera varor på avlägsna marknader.³ Slutligen kan, framförallt på mellanstatsnivå, skillnader i skyddslagstiftningar⁴ göra att det kan vara lämpligare att låta nationella/lokala distributörer sköta distributionen.⁵ Som jag tidigare nämnde så krävs även relativt stora resurser och storlek på företagen.

¹ se t.ex. mål 15/74 Centrafarm mot Sterling para. 38-41, jfr även den ”ekonomiska enhetens princip”

² Korah & O’Sullivan, Distribution Agreements Under the EC Competition Rules s. 4

³ Korah & O’Sullivan, Distribution Agreements Under the EC Competition Rules s. 4

⁴ Här tänker jag t.ex. på reglering inom konsument- eller arbetsrätt.

⁵ Korah & O’Sullivan, Distribution Agreements Under the EC Competition Rules s. 4

För valet av distributionsform blir sedan andra faktorer avgörande: produktens karaktär, konkurrenssituationen, behovet av service, underhåll och eftermarknadsbearbetning, logistiklösningar eller kravet på kontroll över distributörerna.⁶ De olika distributionsformerna ryms i olika mån inom det vertikala gruppundantaget.

Valet av distributionsform bestäms alltså av diverse omständigheter beroende på vilka syften man vill uppnå. Eftersom uppsatsen uteslutande ämnar behandla selektiva distributionsavtal kommer jag inte i större utsträckning redogöra för andra system utan vill istället fokusera på vad som brukar vara väsentligt när man väljer att distribuera sina varor genom ett selektivt system.

6.1 Selektiv distribution

Ett selektivt distributionssystem definieras av gruppundantaget som ”ett distributionssystem där leverantören åtar sig att, antingen direkt eller indirekt, sälja de varor eller tjänster som omfattas av avtalet endast till återförsäljare som valts ut på grundval av särskilda kriterier och där dessa återförsäljare åtar sig att inte sälja dessa varor eller tjänster till icke auktoriserade återförsäljare.”⁷ När det är viktigt att återförsäljare håller en viss standard på sina lokaler, har korrekt utrustning och utbildad personal, anses ofta ett selektivt distributionssystem vara lämpligt. Detta är vanligen fallet när man handlar med märkesvaror eller med varor av hög teknisk standard. Tillverkaren kanske vill att försäljningen bara skall ske på platser där en hög service kan ges och där varumärket inte riskerar att degenereras – t.ex. genom att det säljs på ett lågprisvaruhus. Karaktäristiskt är alltså att man distribuerar sina produkter genom auktoriserade återförsäljare. Dessa har i regel endast tillåtelse att sälja till slutkonsumenter eller andra återförsäljare inom systemet. I likhet med ensamåterförsäljaravtal begränsas dels antalet auktoriserade återförsäljare, dels möjligheterna till återförsäljning. Skillnaden är att antalet återförsäljare inte begränsas enligt antalet områden, utan enligt urvalskriterier som i första hand hänger samman med produkternas natur.⁸ Selektiv distribution är en relativt vanlig distributionsform, och har sålunda en stor betydelse för tillverkare och leverantörer av varor.

⁶ Wetter m.fl., Konkurrenslagen – En handbok, s. 299

⁷ Artikel 1(1) d) gruppundantagsförordningen

⁸ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 184

Det som tycks vara centralt för tillverkaren vid ett val av selektiv distribution är kontrollen över hanteringen av varan i fråga, och rädslan för varumärkesdegenerering. För en återförsäljare av ett exklusivt varumärke är det av stor vikt att det presenteras på ett lämpligt sätt – t.ex. på en speciell avdelning. Ett icke önskvärt scenario är att varorna placeras under en skylt där det kort och gott står något generiskt i stil med: parfym, radioapparater, klockor etc. Tillverkaren vill ju att just hans varumärke skall exponeras och inte förknippas med ”kreti och pleti”. Genom selektiv distribution kan man uppnå en kontroll av hanteringen av produkterna eftersom tillverkaren kan ställa krav på personalens utbildning, försäljningsställe, design och utformning av försäljningsfaciliteterna etc. Detta kan uppnås även med hjälp av andra distributionsmetoder, t.ex. franchising. En skillnad är emellertid att den ekonomiska realiteten skiljer sig; det krävs normalt sett större insatser för att etablera sig som franchisetagare. Dessutom blir kontrollen över franchisetagaren större än över en återförsäljare i ett selektivt distributionssystem som är mer självständig. Det senare är nog något som många återförsäljare föredrar, varför franchising ofta kanske inte är något alternativ. Vidare är många gånger inte heller distribution genom en ensamåterförsäljare ett alternativ om man vill uppnå det ovan sagda. I allmänhet är det en fördel att ha många återförsäljare, även om dessa kanske vill ha någon form av exklusivitet för att skydda sina investeringar. Från tillverkarens synvinkel blir emellertid ensamåterförsäljaravtal framförallt intressant då produkten inte lämpar sig för alltför många distributörer, t.ex. stora och otypliga som kräver ansevärd transportresurser.

7 Konkurrenslagen

Den svenska konkurrenslagen (1993:20) syftar till att undanröja och motverka hinder för effektiv konkurrens.⁹ Den gäller för såväl produktion av och handel med varor, som för tjänster och andra nyttigheter.¹⁰ Reglerna avser att skydda konkurrensen – och i slutändan främst konsumenterna. Konkurrenslagen bygger på den s.k. förbudsprincipen efter förebild i EG-rätten. Sålunda ställs det upp ett antal förbud, bl.a. mot konkurrensbegränsande samarbete¹¹ och missbruk av dominerande ställning.¹² Beteenden som inte faller under konkurrenslagens förbud är att betrakta som tillåtna.

⁹ 1 § KL

¹⁰ 1 § KL

¹¹ 6 § KL

Konkurrenslagen är tillämplig inom samtliga ekonomiska områden på den svenska marknaden. Skulle samhandelskriteriet – som innebär att handeln mellan två medlemsstater potentiellt påverkas – vara uppfyllt, blir istället EG:s konkurrensregler tillämpliga.¹³

7.1 Förhållandet mellan svensk och europeisk konkurrensrätt

Sedan Sverige 1995 blev medlem i EU är EG-rätten en integrerad del av den svenska rättsordningen. Eftersom EG-rätten har företräde framför nationell lagstiftning¹⁴ kan EG:s konkurrensrätt få betydelse även i Sverige. De centrala artiklarna i EGF är artikel 81 som behandlar konkurrensbegränsande samarbeten och artikel 82 som utgör ett förbud mot missbruk av dominerande ställning. I materiellt hänseende motsvaras de i stort sett fullkomligt av motsvarande svensk reglering – 6 § respektive 19 § KL. Artikel 81 och 82 EGF har vad som kallas direkt effekt¹⁵, som innebär att de kan åberopas av vem som helst även inför svensk domstol. I praktiken gör detta att båda rättsordningarna kan vara tillämpliga i ett och samma konkurrensfall – och så är ofta fallet. Vad som skiljer de båda systemen åt är emellertid alltså att det s.k. samhandelskriteriet måste vara uppfyllt för att artikel 81 och 82 EGF skall kunna tillämpas. Påverkas inte samhandeln, åtminstone potentiellt, är alltså enbart svenska regler, dvs. KL tillämpliga.

Dessa omständigheter gör att t.ex. EG-rättslig praxis och skrivelser från kommissionen och andra EG-instanser blir ytterst relevant för svensk konkurrensrätt, eftersom det är praktiskt då reglerna har stora likheter. Detta förstärks ytterligare av att den svenske lagstiftaren uttryckligen strävar efter att närma och efterlikna EG-rätten så mycket som möjligt.¹⁶

7.2 Kommissionens riktlinjer för vertikala avtal

I samband med att kommissionen lanserade det vertikala gruppundantaget gav man även ut riktlinjer för bedömningar av vertikala avtal¹⁷ (nedan kallade Kommissionens

¹² 19 § KL

¹³ Artikel 81-90 EGF

¹⁴ se t.ex. mål 6/64 Costa mot Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (Enel)

¹⁵ mål 127/73 Belgische Radio en Televisie mot Sabam I, samt Ritter m.fl., European Competition Law: A Practitioners Handbook s. 10-11

¹⁶ se t.ex. Fm 2000:3 s. 56

¹⁷ Tillkännagivande från Kommissionen Riktlinjer om vertikala begränsningar s. 1

riktlinjer). Som en del i reformarbetet föregicks de av en Grönbok där kommissionen presenterade diverse förslag till förändringar av bedömningen för vertikala avtal. I Uppföljning av grönboken om vertikala begränsningar¹⁸ diskuterade man sedan diverse reflektioner över kommissionens förslag. Gemenskapens konkurrensrättsliga tillämpning på vertikala begränsningar hade under en längre period fått utstå kritik, och därför var reformarbetet välkommet. Kommissionens riktlinjer beskriver hur kommissionen bedömer vertikala avtal, både inom tillämpningsområdet för gruppundantaget och utanför. Riktlinjerna ger en generell beskrivning av reglerna för vertikala begränsningar, och kommissionens syfte är att företagen själva skall kunna göra bedömningar utifrån de vertikala avtal de upprättat.¹⁹ Från förarbetena till det svenska gruppundantaget kan konstateras att Kommissionens riktlinjer kommer spela en viktig roll som rättskälla vid bedömning av vertikala begränsningar.²⁰ Sålunda är det viktigt att vara insatt i dessa när man undersöker konkurrensrättsliga problem på den svenska marknaden. Ytterligare något som antagligen kommer att förstärka relevansen av Kommissionens riktlinjer är det faktum att möjligheten till individuellt undantag och icke-ingripandebesked antagligen försvinner i framtiden (se 8.6 & 8.9).

7.3 Relevant marknad och marknadsandelar

För bedömningen av såväl konkurrensbegränsande samarbeten som eventuella missbruk av dominerande ställning är definitionen av den relevanta marknaden nödvändig, eftersom den behövs för att kunna bestämma marknadsinflytande. Enligt kommissionen påverkas företagens marknadsinflytande främst av tre faktorer: utbytbarhet på efterfrågesidan, utbytbarhet på utbudssidan och potentiell konkurrens.²¹ Men innan man kan börja titta på dessa faktorer måste man alltså först göra en korrekt marknadsavgränsning – man måste bestämma den relevanta marknaden. I första hand är det utbytbarheten på efterfrågesidan av produkten som är intressant för marknadsavgränsningen. De två andra kriterierna spelar i allmänhet mindre roll.²² Den relevanta marknaden tas fram genom att du först definierar den relevanta produktmarknaden och därefter den relevanta geografiska marknaden. Konkurrensverket har inte givit ut någon skrift till ledning i dessa frågor utan istället har

¹⁸ EGT nr C 365 26.11.1998

¹⁹ Konkurrensreglerna för leverans och distributionsregler s. 17

²⁰ Fm 2000:3 s. 56

²¹ Kommissionens tillkännagivande om relevant marknad p. 13

²² Kommissionens tillkännagivande om relevant marknad p. 14

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

man hänvisat till Kommissionens tillkännagivande,²³ vilket även MD har gjort i sin praxis.²⁴ Därför får den anses ha stor auktoritet också för bedömning av svenska konkurrensfrågor. Vidare finns i Kommissionens riktlinjer ett avsnitt som specifikt behandlar dessa frågor i samband med vertikala begränsningar. Notera även för selektiv distribution de relevanta lagrummen i gruppundantaget.²⁵ Det är främst kommissionens tillkännagivande, kommissionens riktlinjer samt relevant praxis som jag kommer att ta som utgångspunkt för min redogörelse här.

7.3.1 Relevant produktmarknad

Relevant produktmarknad kan definieras som ”alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara.”²⁶ Det första steget blir att bestämma vilka produkter som är relevanta. Därefter får man undersöka utbytheten på efterfrågesidan.²⁷ För detta brukar korspriselasticiteten beaktas.²⁸ Det är svårt att ge bestämda, generella direktiv för hur varje enskild bedömning. Kommissionen uttalar att: ”I enskilda ärenden kan ett visst slag av uppgifter vara avgörande, vilket till stor del beror på egenskaperna hos den bransch och de produkter eller tjänster som undersöks och på hur väl avgränsad branschen är. Samma slag av uppgifter kan vara betydelselösa i andra ärenden. I de flesta ärenden måste ett beslut fattas med beaktande av ett antal kriterier och olika bevisföremål. Kommissionen är öppen för empiriskt belagda uppgifter och strävar efter att använda all tillgänglig information som kan vara relevant i ett enskilt ärende på ett effektivt sätt. Kommissionen följer heller inte någon strikt hierarki av olika källor eller typer av information.”²⁹

7.3.2 Relevant geografisk marknad

Den relevanta geografiska marknaden kan definieras som ”det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta varorna eller tjänsterna, inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framförallt på grund av väsentliga skillnader i

²³ Wetter m.fl., Konkurrenslagen – En handbok s. 72

²⁴ se t.ex. MD 1998:15 KKV mot Posten Sverige AB; MD 2001:4 Scandinavian Airlines System mot KKV

²⁵ se artikel 3 & 9 gruppundantagsförordningen

²⁶ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 90

²⁷ Wetter m.fl., Konkurrenslagen – En handbok s. 69

²⁸ SSNIP-testet se Kommissionens tillkännagivande om relevant marknad p. 15

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

konkurrensvillkoren.”³⁰ Den relevanta geografiska marknaden kan alltså vara både större eller mindre än det område inom vilket ett företag är verksamt. Den kan sålunda även vara större än den svenska marknaden, även om den relevanta geografiska marknaden i allmänhet begränsas till denna. Det är naturligtvis den verkliga marknaden som skall ligga till grund för bedömningen.³¹

7.3.3 *Marknadsandelar*

När den relevanta marknaden har definierats kan man börja titta på hur stor del av marknaden ett visst företag har. Oftast beräknas marknadsandelar utifrån företagets försäljningsvolym och/eller värde.³² I regel anses försäljningsvärdet bäst spegla ett företags styrka när det handlar om differentierade produkter.³³

7.4 Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete

6 § konkurrenslagen syftar till att förhindra konkurrensbegränsande samarbeten mellan företag. Den lyder som följer:

6 § Om något annat inte följer av beslut enligt 8 eller 15 § eller av 13, 17, 18 c eller 18 e §, är avtal mellan företag förbjudna om de har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat.

Detta gäller särskilt sådana avtal som innebär att

1. inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
2. produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
3. marknader eller inköpskällor delas upp,
4. olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller

5. det ställs som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet. Lag (2000:1021).

Lagrummet ställer sålunda upp ett förbud som är uppbyggt kring tre kriterier: avtalskriteriet, konkurrensbegränsningskriteriet och märkbarhetskriteriet. Det spelar ingen roll vilken sorts samarbete (vertikalt eller horisontellt) eller vilka sorts företag som är inblandade. Konkurrenslagen har på så sätt en generell tillämplighet på den

²⁹ Kommissionens tillkännagivande om relevant marknad p. 25

³⁰ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 90

³¹ se t.ex. prop. 1997/98:130 s. 25

³² Wetter m.fl., Konkurrenslagen – En handbok s. 61

³³ Kommissionens tillkännagivande om relevant marknad p. 55, se även artikel 9.1 gruppundantagsförordningen där det står att marknadsandelen bestäms utifrån försäljningsvärdet

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

svenska marknaden.³⁴ Låt säga att vissa legalundantag finns som t.ex. för jordbruks-, trädgårds- och skogsverksamhet.³⁵

Kravet för att avtalskriteriet skall vara uppfyllt är tämligen lågt. Förutom att civilrättsligt bindande avtal självklart omfattas av förbudet i 6 § KL, kan även informella eller juridiskt oförbindande överenskommelser, såsom t.ex. *letters of intent* omfattas.³⁶ Kriteriet kan även uppfyllas genom ett företags faktiska agerande, eller genom medlemskap i en förening. Med avtal jämställs också enligt 3 § KL, s.k. samordnade förfaranden. Samordnade förfaranden innebär att två eller flera företag tillämpar ett visst förfarande i samförstånd utan att ett avtal i egentlig mening föreligger. Det krävs dock att det förekommit direkt eller åtminstone indirekt kontakt företagen emellan.

Konkurrensbegränsningskriteriet kan härledas ur lydelsen ”till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden... eller om de ger ett sådant resultat”. Kan man urskilja ett syfte att begränsa konkurrensen behöver man inte göra något konkurrenstest, d.v.s. kontrollera de negativa effekterna på den relevanta marknaden. Bedömning av syftet skall göras på objektiva grunder; parternas avsikter saknar relevans. Kan något konkurrensbegränsande syfte inte konstateras måste det däremot undersökas huruvida avtalet får ett konkurrensbegränsande resultat eller ej. Det räcker att det finns en potentiell risk för att konkurrensen begränsas. Utgångspunkten bör här vara den fiktiva situation om avtalet inte hade existerat.³⁷

Även om ett avtal – som antingen syftar till eller resulterar i att konkurrensen begränsas – är för handen, räcker inte detta. Avtalet måste dessutom ha märkbar effekt på den svenska marknaden. Här tittar man dels på kvantitativa faktorer, dvs. avtalsparternas marknadsandel och årsomsättning, dels på kvalitativa såsom själva begränsningens art. Selektiva distributionsavtal har, under vissa förutsättningar normalt sett accepterats på den senare grunden, eftersom begränsningarna inte bedömts som kvalitativt märkbara.

³⁴ se prop. 1992/93:56 s. 20

³⁵ 18 c § KL

³⁶ se prop. 1992/93:56 s. 71

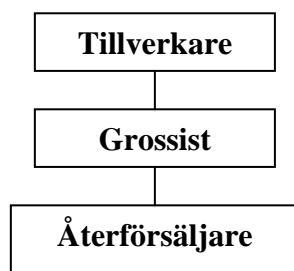
Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

Jag har inte för avsikt att ge någon uttömmande beskrivning av rekvisiten i 6 § KL, utan jag nöjer mig med att sammanfattningsvis säga att vad gäller kravet på avtal så har detta satts förhållandevis lågt. Det torde ofta inte föranleda större problem när det gäller selektiv distribution eftersom det i regel finns ett tydligt avtal till hands.

7.5 Vertikala avtal

Vertikala avtal definieras i gruppundantaget som ett avtal ”som ingås mellan två eller flera företag vilka, inom ramen för avtalet, är verksamma i olika led i produktions- eller distributionskedjan, och som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor och tjänster.”³⁸ Ett vertikalt avtal eller samarbete innebär alltså att företag i olika handelsled samverkar; de skall inte vara faktiska eller potentiella konkurrenter. Vertikala avtal kan ta sig många skepnader. När man talar om distributionsavtal kan det handla om t.ex. agent-, kommissions-, exklusiva avtal eller franchising. Självklart ryms här också selektiva distributionsavtal som är ämnet för denna uppsats.

Skiss 1



I skissen ovan illustreras hur ett vertikalt avtalsförhållande kan se ut. Avtalet är vertikalt eftersom avtalsparterna verkar i olika handelsled.

7.6 Individuella undantag

Konkurrensverket som är den myndighet vilken har till uppgift att övervaka konkurrensen kan i vissa fall bevilja undantag från tillämpning av 6 § KL trots att ett företag egentligen bryter mot denna. Vill ett företag undanta ett avtal från konkurrensreglerna skall detta enligt 9 § KL anmälas till KKV. Förutsättningarna för att få ett undantag stadgas i 8 § KL.

³⁷ se dock prop. 1992/93:56 s. 66 där det antyds att bedömning skall göras mot den situationen att effektiv konkurrens föreligger. I Wetter m.fl., Konkurrenslagen – En handbok ställer man sig skeptiska till detta, se s. 118 not 90

³⁸ Förordning (2000:1193)

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

8 § Konkurrensverket får i det särskilda fallet besluta om undantag från förbudet i 6 § för ett avtal som

1. bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande,
2. tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås,
3. bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet i 1, och
4. inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.

Denna möjlighet är främst tänkt att kunna användas för att stärka mindre och medelstora företags ställning gentemot större.³⁹ Det skall noteras att det för tillfället håller på att ske en reform inom EG:s konkurrensrätt. Den 1 maj 2004 kommer en ny förordning⁴⁰ träda i kraft som ersätter den gamla förordning 17/62⁴¹. Förändringen kommer att innebära att möjligheten till individuellt undantag försvinner. Istället kommer det att införas en möjlighet till legalundantag, dvs. ett generellt undantag för en viss typ av avtal då de uppfyller vissa ställda krav. Mot bakgrund av detta har regeringen tillsatt en utredning för att undersöka om motsvarande förändring bör göras i Sverige. I delbetänkandet till SOU 2003:73 presenterades just ett sådant förslag – nämligen att Sverige skulle följa efter EG-rätten.⁴² En konsekvens av detta är att den juridiske rådgivarens roll kommer att än mer komplicerad då företagen själva förväntas avgöra om deras avtal strider mot konkurrensreglerna.

7.7 Gruppundantag

Regeringen har möjlighet att utfärda s.k. gruppundantag⁴³ vilket innebär att en grupp av avtal helt undantas från tillämpning av KL, utan att avtalen först måste anmälas. För närvarande finns det 7 olika gruppundantag för den svenska marknaden.⁴⁴ Aktuellt för den här uppsatsen är det som behandlar vertikala avtal, vilket är antaget mot bakgrund

³⁹ prop. 1992/93:56 s. 25 samt 79 ff.

⁴⁰ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 om av den 16 december 2002 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.

⁴¹ Förordning 17 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.

⁴² se t.ex. SOU 2003:73 s. 14 & 27-28

⁴³ 17 § KL

⁴⁴ Förordning (1996:345) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om tekniköverföring; Förordning (1996:1368) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal inom försäkringssektorn; Förordning (2000:1029) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om viss taxisamverkan; Förordning (2000:1193) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för vertikala avtal; Förordning (2001:254) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för specialiseringsavtal; Förordning (2001:255) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om forskning och utveckling; Förordning (2002:871) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för vertikala avtal inom motorfordonssektorn

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

av sin motsvarighet i EG:s konkurrensrätt.⁴⁵ Det trädde i kraft den 1 jan 2001 och gäller t.o.m. utgången av december 2005.

Systemet med gruppundantag ifrågasätts i SOU 2003:73. Utredningen föreslår att möjligheten till att utfärda gruppundantag helt tas bort. Detta mot bakgrund av att om möjligheten till individuella undantag försvinner (se 7.6), så finns inte skäl för gruppundantag. De fyller då inte någon administrativt avlastande funktion menar man. Vidare anses förutsägbarheten för företag kunna tillgodoses på annat vis.⁴⁶ Utredningen menar att då skillnaden mellan de svenska och EG-rättsliga gruppundantagen är så liten, fyller de svenska en begränsad funktion för förutsägbarheten. Istället bör kommissionens gruppundantag och riktlinjer kunna ge motsvarande vägledning även för svenska förhållanden.⁴⁷

7.8 Missbruk av dominerande ställning

I 19 § KL stadgas följande:

19 § Missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på marknaden är förbjudet.

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

1. direkt eller indirekt påtvinga någon oskäliga inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäliga affärsvillkor,

2. begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,

3. tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller

4. ställa som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet. Lag (1998:648).

Huvudregeln inom svensk affärsrätt är att det står varje företag fritt att välja vem de vill bedriva affärer med – det råder s.k. kontraheringsfrihet. Följaktligen finns det ingen skyldighet att ingå avtal. Detta är dock en sanning med viss modifikation. Om ett eller flera företag innehar en dominerande ställning på den relevanta marknaden, anses dessa i vissa situationer ha en skyldighet mot konkurrenter. Detta kan t.ex. innebära att leveransvägran i vissa fall anses vara ett brott mot konkurrenslagen.

För att kunna avgöra om ett företag innehar en dominerande ställning måste först den relevanta marknaden definieras.⁴⁸ Detta görs genom att först identifiera den relevanta produktmarknaden, för att sedan bestämma den geografiska marknaden (se 8.3). När det

⁴⁵ Kommissionens förordning om Gruppundantag för vertikala avtal

⁴⁶ SOU 2003:73 s. 155

⁴⁷ SOU 2003:73 s. 155

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

gjorts undersöker man hur dominerande företaget är på den relevanta marknaden. Väsentliga faktorer är bl.a. marknadens struktur, företagens struktur och företagens beteende. Generellt kan sägas att en hög marknadsandel är nödvändig, men det är inte det enda kriteriet.

När den relevanta marknaden definierats, och det eventuellt har konstaterats en dominerande ställning, kan man gå vidare och kontrollera om företagens beteende utgör ett missbruk. Ett missbruk kan ske på många sätt. De fyra exempel som räknas upp i 19 § KL är inte uttömmande. Uppräkningen exemplifierar alltså bara några viktiga förehavanden som kan utgöra missbruk av dominerande ställning t.ex. s.k. kopplingsförbehåll⁴⁹, direkt eller indirekt påtvingande av oskäligen inköps- eller försäljnings priser⁵⁰ eller begränsning av produktion, marknader och teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna.⁵¹ Exempel på det sistnämnda kan vara en vägran att licensiera⁵² eller en leveransvägran.

7.9 Icke-ingripandebesked

Ett företag har möjlighet få sitt avtal prövat av KKV för att se om det bryter mot konkurrenslagen.

20 § Konkurrensverket får efter ansökan av ett företag förklara att ett avtal eller förfarande inte omfattas av något av förbuden i 6 eller 19 § enligt de uppgifter som lämnats av företaget eller som annars är tillgängliga för verket och att det därför inte finns anledning för verket att ingripa enligt denna lag (icke-ingripandebesked).

Ett sådant beslut utgör hinder för Konkurrensverket att besluta om ålägganden enligt 23 § första stycket eller föra talan om konkurrensskadeavgift enligt 26 §.

Detta är ett praktiskt mycket viktigt instrument. Faktum är att mycket av den praxis som finns kring 6 § KL har växt fram genom ansökningar om icke-ingripandebesked. Även icke-ingripande besked omfattas av den föreslagna förändring som beskrevs i 8.6.

8 Ekonomiska aspekter på vertikala begränsningar

Vertikala begränsningar är i allmänhet mindre skadliga än horisontella, eftersom de senare som regel avser ett avtal mellan konkurrenter. I ett horisontellt samarbete kan ett

⁴⁸ se t.ex. mål 85/76 Hoffmann La Roche AG mot Kommissionen

⁴⁹ 19 § 4 p. KL

⁵⁰ 19 § 1 p. KL

⁵¹ 19 § 3 p. KL

⁵² se t.ex. C-241 & 242/91P Radio Telefis Eireann mot Kommissionen

företag göra en vinning genom att utnyttja sitt marknadsinflytande, t.ex. genom att höja priserna på sina produkter. Detta kommer i sin tur att ge konkurrenterna incitament att förmå varandra att handla konkurrenshämmande.⁵³ Alla tjänar ju på att priserna på konkurrenternas varor höjs eftersom efterfrågan på ens egna produkter då ökar. Vertikala begränsningar har däremot en självreglerande karaktär på så sätt att det finns ett ömsesidigt beroende mellan leverantör och återförsäljare; som ju befinner sig i olika handelsled. Skulle någon höja priserna kommer detta direkt slå tillbaka på efterfrågan av den andres produkt.

Man skall emellertid inte överskatta denna självreglerande karaktär. Ett dominerande företag kan genom att dela på vinsten av en vertikal begränsning med ett företag i efterföljande handelsled, sko sig på köparens och konsumenters bekostnad.⁵⁴ Detta gäller främst för företag med visst marknadsinflytande, på en marknad där konkurrensen mellan varumärken är begränsad.⁵⁵ Vertikala begränsningar som regel bara negativa effekter i samband med marknadsinflytande.⁵⁶ Jag kommer nedan att resonera kring de negativa och positiva ekonomiska effekter som vertikala begränsningar kan få.

8.1 Negativa effekter av vertikala begränsningar

Negativa effekter som kan uppstå p.g.a. vertikala begränsningar kan t.ex. vara att andra leverantörer eller uppköpare stängs ute genom att inträdeshinder skapas, och att konkurrensen mellan och inom varumärken kan minskas.⁵⁷ Konkurrensen mellan varumärken är viktig eftersom tillverkare i avsaknad av sådan saknar incitament att bli effektivare. Vertikala begränsningar kan begränsa mellanmärkeskonkurrensen genom: ökade svårigheter för konsumenter att söka varor och jämföra priser, att användningen av exklusiva försäljningsområden kan öka samt att möjligheten till att samordna oligopol blir större.⁵⁸ På EU-nivå kan dessutom friheten för konsumenterna att köpa varor från andra medlemsstater begränsas.⁵⁹ De negativa effekterna kommer naturligtvis att vara olika beroende på vilken sorts vertikal begränsning man undersöker. I samband med selektiv distribution kan effekterna särskilt bli: utestängning på inköpsmarknaden,

⁵³ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 100

⁵⁴ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 101

⁵⁵ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 102

⁵⁶ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 6

⁵⁷ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 103

⁵⁸ Hughes m.fl., *The Economic assesment of Vertical Restraints Under U.K. and E.C: Competition law*, European Competition Law Review nr. 10 2001 s. 429

underlättad samverkan inom olika handelsled om många leverantörer begränsar antalet detaljister, eller att konkurrensen inom varumärken minskar.

8.2 Positiva effekter

Generellt har vertikala begränsningar ofta positiv verkan på konkurrensen i andra avseenden än priskonkurrens genom att de kan främja kvalitetshöjning på tjänsterna.⁶⁰ Det går alltså att uppnå kvalitetsstandardisering och likformighet av produkterna, vilket kan göra produkterna mer attraktiva för konsumenterna.⁶¹ Det är naturligtvis kostsamt att kvalificera sig för ett sådant här system, varför det är befogat med visst skydd för återförsäljare. En återförsäljare som investerar i utbildning av personal, service etc. är ju intresserad av att få erforderlig valuta för sin investering. Skulle en konkurrent slå upp portarna i närheten av återförsäljarens affär och erbjuda samma varor fast utan den service som vi just pratade om, kan denne i regel ta ut lägre priser samtidigt som han åker snålskjuts på den tidigare investeringar.⁶² Ett s.k. *free rider* problem skulle då uppstå. Det finns anledning att tro att återförsäljare skulle vara tveksamma till att satsa på säljfrämjande åtgärder, såsom villkor stipulerade i ett selektivt distributionsavtal, om de inte kan garanteras någon form av exklusivitet.⁶³ För att detta problem skall uppstå måste normalt produkten vara förhållandevis ny eller tekniskt komplicerad.⁶⁴

En annan form av *free rider*-problem är om en tillverkare vill träda in på en ny marknad. Detta kan kräva särskilda ”förstagångsinvesteringar” av återförsäljaren för att kunna etablera det nya varumärket.⁶⁵ Då kan det vara nödvändigt att bevilja denne ett områdesskydd för att han på så vis skall få avkastning på sina investeringar. Återförsäljare som är etablerade på andra marknader bör sålunda kunna hindras från inträde under en period.

Om det finns butiker som har ett särskilt rykte om sig att sälja kvalitetsprodukter kan det vara avgörande för en lyckad etablering av ett varumärke att man säljer via dessa. Kan

⁵⁹ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 103

⁶⁰ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 115

⁶¹ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 116 (8)

⁶² Många konsumenter kommer att besöka butiken med den högre service för att besluta sig för att köpa varan eller inte, men kommer att beställa den från den billigare affären. Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 116; Korah, *Distribution Agreements Under the EC Competition Rules* s. 28

⁶³ Korah & O’Sullivan, *Distribution Agreements Under the EC Competition Rules* s. 28

⁶⁴ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 116 (1)

⁶⁵ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 116 (2)

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

inte försäljningen begränsas till de ”bästa” butikerna är det risk att marknadsintroduktionen misslyckas.⁶⁶ Utestängning av vissa återförsäljare kan därför ibland vara motiverat.

Vidare kan ett företag ibland vara tvunget att göra vissa långsiktiga investeringar för att tillgodose specifika krav från köpare eller leverantörer. Efter att investeringen har gjorts, hamnar den investerande firman i ett förhandlingsunderläge gentemot leverantören, varför denna kanske inte vill göra detta innan avtalsparterna ordnat med villkor för leverans. Detta brukar benämnas *Hold-up*-problemet.⁶⁷

Slutligen, om det skall vara möjligt att dra nytta av stordriftsfördelar, och på så sett hålla lägre priser kan det ibland vara nödvändigt att begränsa antalet återförsäljare.⁶⁸

Sammanfattningsvis kan alltså sägas att resonemanget ovan visar att det finns effektivitetsvinster att göra, samt att nya marknader kan utvecklas som en följd av vertikala begränsningar. Konkurrensproblem uppstår i regel endast där mellanmärkeskonkurrensen är liten, dvs. då leverantören eller köparen har ett stort marknadsinflytande.

⁶⁶ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 116 (3)

⁶⁷ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 116 (4)

⁶⁸ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 116 (6)

AVSNITT II – GRUPPUNDANTAGET FÖR VERTIKALA AVTAL

9 Gruppundantaget för vertikala avtal

9.1 Bakgrund

Under en ganska lång tidsperiod fick Kommissionen utstå kritik för sin bedömning av vertikala begränsningar. Framförallt var det bristerna i den ekonomiska analysen som många opponerade sig mot, samt att EGD:s praxis inte alltid följdes. Kritik riktades även mot brister i den rådande lagstiftningen på distributionsområdet.⁶⁹ Samtidigt genomgick distributionssektorn stora förändringar som en följd av informationsteknologins ökade utbredning. Omständigheterna ledde till att kommissionen arbetade fram en Grönbok⁷⁰ som kom ut den 22 januari 1997. Denna bemöttes och kommenterades av många företag, organisationer och myndigheter och efterföljdes av en uppföljning till Grönboken.⁷¹

Den 1 juni 2000 trädde sedan det nya gruppundantaget för vertikala avtal i kraft.⁷² Det ersatte de tidigare EG-gruppundantagen för ensamåterförsäljaravtal, exklusiva inköpsavtal och franchiseavtal. Det nya gruppundantaget benämns som ett paraplygruppundantag⁷³, då numera alla vertikala avtal regleras av samma gruppundantag. En skillnad mot de tidigare undantagen är att det numera saknas en s.k. ”vit lista” över avtal som undantas från förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete. De samarbeten som inte uttryckligen förbjuds enligt den s.k. ”svarta listan”⁷⁴ är istället att betrakta som förenligt med gruppundantaget. Avsikten är att gruppundantaget skall bli mindre formalistiskt och därmed bli lättare att tillämpa.

Mot bakgrund av utvecklingen på EG-nivå utarbetade regeringen ett gruppundantag för vertikala avtal för den svenska marknaden,⁷⁵ som i många avseenden hänvisar till förlagan inom EG-rätten. Det finns emellertid några väsentliga skillnader vilka kommer att undersökas senare.

⁶⁹ Bl.a. mot de befintliga gruppundantagen

⁷⁰ Grönbok om vertikala begränsningar i EG:s Konkurrensolitik

⁷¹ Uppföljning av grönboken om vertikala begränsningar

⁷² Förordning 2790/1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden

⁷³ Wetter m.fl., Konkurrenslagen – En handbok s. 305

⁷⁴ Kallas *hard-core vertical restraints* i den engelska versionen, se mer nedan

⁷⁵ Förordning 2000:1193

9.2 Rättskällor vid bedömningen av gruppundantaget

För att tolka gruppundantaget är förutom praxis, regeringens förordningsmotiv av intresse.⁷⁶ Vidare, eftersom EG-rätten i mångt och mycket stått som förebild för det svenska gruppundantaget kan man i denna hitta mycket information som kan vara till hjälp när det svenska gruppundantaget skall tolkas. Framförallt torde det då bli tal om att titta på Kommissionens riktlinjer samt praxis från kommissionen, förstainstansrätten samt EGD. Självklart är även doktrinen intressant. Särskilt då det gäller att tolka rättsfall och få en ekonomisk aspekt på olika problem.

9.3 Återkallelse av gruppundantaget

I gruppundantaget på EG-nivå finns en möjlighet för kommissionen att återkalla gruppundantaget om kommissionen skulle finna att ett vertikalt avtal i ett vist fall har verkningar som är oförenliga med 81.3 EGF.⁷⁷ Motsvarande möjlighet finns även för de nationella konkurrensmyndigheterna – för Sveriges del av KKV.⁷⁸ För svenska förhållanden har dessa möjligheter tagits bort av det svenska gruppundantaget; av naturliga skäl då kommissionen inte har intresse av rent svenska förhållanden och bestämmelsen ju reglerar den gemensamma marknaden. Det finns istället en liknande reglering i 18 § KL som ger KKV kompetens att mot 8 § KL pröva om ett specifikt vertikalt avtal får oönskade konkurrens effekter.

8 § KL har samma materiella innehåll som artikel 81.3 EGF och skapades med denna som förebild.⁷⁹ Tillsammans med uttalandet att svensk konkurrensrätt skall utvecklas med EG-rätten som grund leder detta till att man vid en svensk bedömning får beakta kommissionens praxis.

Av ingressen till gruppundantagsförordningen framgår att kommissionen menar att gruppundantaget enbart skall tillämpas på vertikala avtal som med ”tillräckligt stor säkerhet kan antas uppfylla villkoren i artikel 81.3”.⁸⁰ Kommissionen fortsätter vidare med att lyfta fram att de avtal som definieras av gruppundantaget kan öka den

⁷⁶ Fm 2000:3

⁷⁷ Artikel 6 gruppundantagsförordningen; Enligt artikel 8 kan kommissionen vidare under vissa omständigheter genom en förordning förklara vissa vertikala avtal som icke tillämpbara med gruppundantaget.

⁷⁸ Artikel 7 gruppundantagsförordningen

⁷⁹ Fm 2000:3 s. 60

⁸⁰ Ingressen till gruppundantagsförordningen p. 5

ekonomiska effektiviteten inom produktions- och distributionskedjor.⁸¹ Avgörande för om detta kommer att väga upp de konkurrenshämmande effekterna anser kommissionen vara företagets marknadsinflytande.⁸² Mot bakgrund av detta kan konstateras att gruppundantaget ger en presumtion om legalitet – som dock i vissa fall kan komma att omprövas. Det bör emellertid här tilläggas att återkallelse av gruppundantag är en ytterst sällsynt företeelse; endast en gång har så skett.⁸³

9.4 Gruppundantagets tillämpningsområde

Enligt gruppundantagsförordningens⁸⁴ första paragraf skall gruppundantaget tillämpas på ”avtal som ingås mellan två eller flera företag vilka, inom ramen för avtalet, är verksamma i olika led i produktions- eller distributionskedjan, och som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster (vertikala avtal).”⁸⁵ Leverantörens marknadsandel får dessutom inte överstiga 35 % av den relevanta marknad där han säljer de varor eller tjänster som omfattas av avtalet.⁸⁶ Marknadsandelen beräknas enligt artikel 9 gruppundantagsförordningen först och främst på grundval av försäljningsvärdet. Då avtalet innehåller exklusiva leveransskyldigheter, får marknadsandelen inte överstiga 35 % på köparens marknad.⁸⁷ Det finns alltså inte någon uttrycklig begränsning gällande vilken sorts vertikala avtal som undantas från förbudet i 6 § KL, vilket som tidigare nämnts innebär att även selektiva distributionsavtal numera kan omfattas. Vissa bestämmelser har undantagits från gruppundantagets tillämpningsområde eftersom de anses vara särskilt allvarliga begränsningar.⁸⁸ Dessa kallas ibland för den svarta listan. I artikel 5 räknas vidare upp ett antal skyldigheter (rörande konkurrensklausuler) i vertikala avtal på vilka gruppundantaget inte skall tillämpas. Det finns även vissa sorters vertikala avtal, som endast på vissa villkor kan omfattas av gruppundantaget.⁸⁹ Dessutom gäller inte gruppundantaget om ett avtal skulle omfattas av något annat gruppundantag.⁹⁰

⁸¹ Ingressen till gruppundantagsförordningen p. 6

⁸² Ingressen till gruppundantagsförordningen p. 7

⁸³ T-7/93 Langnese-Iglo GmbH & Co. KG mot Kommissionen

⁸⁴ Förordning 2000:1193 om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för vertikala avtal

⁸⁵ Svenska gruppundantaget 1 §

⁸⁶ Artikel 3.1 gruppundantagsförordningen samt 3 § i det svenska gruppundantaget

⁸⁷ Artikel 3.2 gruppundantagsförordningen samt 3 § i det svenska gruppundantaget

⁸⁸ se artikel 4 samt Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar 46-56

⁸⁹ Artikel 2.2-4 gruppundantagsförordningen

⁹⁰ Artikel 2.5 gruppundantagsförordningen

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

Gruppundantaget hindrar inte tillämpning av förbudet mot missbruk av dominerande ställning – dvs. ett selektivt distributionsavtal som är i enlighet med gruppundantaget är förenligt med 6 § KL hindrar inte att leverantören ev. bryter mot 19 § KL.⁹¹ Sålunda kan selektiva distributionsavtal strida mot konkurrensreglerna trots att de omfattas av gruppundantaget. Företag med en marknadsandel upp till 10 % lär dock aldrig bryta mot 19 § KL, och sådana med marknadsandelar under 25 % är osannolika att göra det.⁹² I förarbetena till KL sägs att procenttal under 40 % inte tyder på dominans.⁹³ Marknadsandelar på mellan 40-55 % anses starkt indikera att ett företag är dominerande.⁹⁴ En andel på över 75 % av marknaden är så starkt indicium att det inte är nödvändigt att vidare undersöka huruvida företaget är dominerande.⁹⁵ Marknadsandelen är självklart den enda faktorn att beakta, men den ger en god indikation huruvida ett företag är dominerande eller ej.

9.5 Avtal mellan två eller flera företag

Definitionen av gruppundantagets tillämpningsområde ovan rymmer tre olika rekvisit. För det första skall det vara tal om ett avtal mellan två eller flera företag. Det ena företaget får alltså inte vara slutkonsument som inte bedriver företagsverksamhet, vilket går hand i hand med att förbudet i 6 § KL bara är tillämpligt mellan företag.⁹⁶ I konkurrenslagen 3 § stadgas att med företag avses: ”en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur.” Till den del sådan verksamhet består i myndighetsutövning omfattas den dock inte av begreppet företag”. Av förarbetena framgår att begreppet skall motsvara vad som gäller inom EG-rätten.⁹⁷ Här har man givit konceptet företag en mycket bred mening.

I EG rätten används i EGF och annat relevant rättsligt material de ord som i de olika officiella språken används i dagligt tal⁹⁸; vilket gör att alla associationsformer faller in. EGD har definierat företag som: ”företag inom ramen för konkurrensrätten omfattar

⁹¹ jfr ingressen till gruppundantagsförordningen p. 16

⁹² se t.ex. Ritter m.fl., European Competition Law: A Practitioners Handbook s. 338-339

⁹³ prop. 1992/93:56 s. 86

⁹⁴ se t.ex. mål 85/76 Hoffmann-La Roche; mål 27/76 United Brands p. 108-129; mål 62/86 AKZO p. 60

⁹⁵ se t.ex. mål 98/88 Hilti AG mot Kommissionen p. 92

⁹⁶ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 24

⁹⁷ prop. 1992/93:56 s. 19-20

⁹⁸ jfr Eng: undertaking; Fra: entreprise; se även Ritter m.fl., European Competition Law: A Practitioners Handbook s. 40

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering...”⁹⁹

9.6 Företag verksamma i olika handelsled

Det andra rekvisitet är att företagen skall vara verksamma i olika led i produktions- eller distributionskedjan. Som exempel kan användas fallet då ett företag producerar råmaterial som det eller andra företaget sedan använder, eller om det första företaget är producent och det andra är grossist. Ingenting utesluter att ett företag är verksamt i flera led i produktions- eller distributionskedjan.¹⁰⁰

9.7 Villkor vid inköp, försäljning eller återförsäljning

Det tredje rekvisitet innebär att avtalet måste gälla parternas inköp eller försäljning av vissa varor eller tjänster, vilket ligger i linje med att gruppundantaget syftar till att reglera just denna sorts avtal. Alla varor eller tjänster – d.v.s. både en leverantörs samt slutliga varor och tjänster – omfattas av gruppundantaget.¹⁰¹ Det spelar sålunda ingen roll om det rör sig om mellanprodukter eller slutprodukter. Hyres- eller leasingavtal omfattas dock inte av gruppundantaget eftersom ingen överföring av prestationer sker.¹⁰²

9.8 Semi-undantag

Om de tre ovan nämnda rekvisiten är uppfyllda samt gränsen på en marknadsandel på maximalt 35 % av den relevanta marknaden, är gruppundantaget i princip tillämpligt. Det finns emellertid några undantag till detta. Endast på särskilda villkor kan de föranleda en tillämpning av gruppundantaget. Dessa kommer att behandlas nedan.

9.8.1 Vertikala avtal mellan en sammanslutning av företag

Gruppundantaget är tillämpligt på vertikala avtal som ingås mellan en sammanslutning (t.ex. en branschorganisation) av företag och dess medlemmar eller leverantörer, endast på vissa villkor.¹⁰³ För att vara gällande måste alla sammanslutna företag i så fall vara

⁹⁹ C-41/90 Hoefner och Elsner mot Macotron p. 21

¹⁰⁰ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 24

¹⁰¹ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 24

¹⁰² Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 25

¹⁰³ Artikel 2.2 gruppundantagsförordningen

detaljister, dvs. det skall alltså röra sig om en fackhandelskedja.¹⁰⁴ Vidare får inte något enskilt företag ha en omsättning över 50 miljoner Euro. Om endast ett fåtal företag har en omsättning, som inte väsentligt överstiger detta, torde emellertid undantaget kunna tillämpas.¹⁰⁵ Noterbart är att det bara är sammanslutningar av försäljare av varor som kan omfattas av gruppundantaget.

I den mån det existerar horisontella överenskommelser inom sammanslutningen påverkas dessa självklart inte av gruppundantaget. I praktiken blir det först intressant att bedöma avtalen utifrån en horisontell synvinkel eftersom dessa inte täcks av något gruppundantag. Om man kommer till ett positivt resultat blir det därefter aktuellt att jämföra det med reglerna för vertikala begränsningar.¹⁰⁶

9.8.2 Vertikala avtal innehållande bestämmelser om immateriella rättigheter

Artikel 2.3 i gruppundantagsförordningen rör överlåtelse av immaterialrätter till köparen, eller dennes användning av sådana. Det ställs upp fem villkor för att gruppundantaget skall vara tillämpligt. Först och främst får inte bestämmelserna om de immateriella rättigheterna vara det primära syftet med avtalet¹⁰⁷. För det andra skall de vara en del i ett vertikalt avtal.¹⁰⁸ För det tredje måste bestämmelserna röra överlåtelse till köparen, eller hans användning av en immaterialrätt.¹⁰⁹ Vidare måste överlåtelsen ha direkt avseende på köparens eller dennes kunders användning, försäljning eller återförsäljning av varor eller tjänster.¹¹⁰ Slutligen får bestämmelserna om immateriella rättigheter inte begränsa eller ha som syfte att hindra konkurrensen på sådant sätt som nämns i den ”svarta listan”¹¹¹, eller på annat sätt som inte omfattas av gruppundantaget.¹¹² Alla vertikala avtal som innehåller bestämmelser om immateriella rättigheter, och inte faller in under artikel 2.3 i gruppundantagsförordningen, är uteslutna från gruppundantagets tillämpningsområde.¹¹³

¹⁰⁴ Varuåterförsäljare till slutkonsumenter, se t.ex. Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 28

¹⁰⁵ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 28

¹⁰⁶ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 29

¹⁰⁷ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 30 1st 3p

¹⁰⁸ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 30 1st 1p

¹⁰⁹ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 30 1st 2p

¹¹⁰ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 30 1st 4p

¹¹¹ se gruppundantagsförordningen artikel 4

¹¹² Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 30 1st 5p

¹¹³ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 30

9.8.3 Vertikala avtal mellan konkurrerande företag

Eftersom företag kan vara verksamma i flera handelsled kan det ibland förekomma vertikala avtal mellan konkurrerande företag. Dessa kan i utgångsläget inte omfattas av gruppundantaget.¹¹⁴ Med konkurrerande företag menas: ”faktiska eller potentiella leverantörer på samma produktmarknad, produktmarknaden omfattar varor eller tjänster som med hänsyn till sina egenskaper, pris och tilltänkta användning av köparen betraktas som likvärdiga med eller utbytbara med de varor eller tjänster som omfattas av avtalet.”¹¹⁵ Den geografiska marknaden har alltså ingen betydelse. Med potentiella konkurrenter avses leverantörer som inte faktiskt producerar en produkt, men som skulle kunna och sannolikt kommer att göra det om inte avtalet ingås.¹¹⁶ Företaget skall ha nödvändig kapacitet och troligen komma att göra de nödvändiga investeringarna inom ett år.¹¹⁷ Det är inte tillräckligt att det existerar en teoretisk möjlighet att företaget kommer att träda in på den relevanta produktmarknaden.¹¹⁸

Gruppundantaget skall dock tillämpas när konkurrerande företag ingår ett icke-ömsesidigt vertikalt avtal, vilket t.ex. föreligger då en tillverkare distribuerar någon annans varor utan att denne har samma åtagande.¹¹⁹ För att kunna tillämpas ställer gruppundantaget då upp tre alternativa krav. För det första skall gruppundantaget tillämpas på icke-ömsesidiga avtal om inte köparens årsomsättning överstiger 100 miljoner Euro.¹²⁰ För det andra om leverantören är tillverkare och distributör av varor medan köparen är en distributör som inte tillverkar varor som konkurrerar med de varor som omfattas av avtalet.¹²¹ Och för det tredje om leverantören tillhandahåller tjänster på flera affärsnivåer, medan köparen inte tillhandahåller konkurrerande tjänster på den affärsnivå där denne köper tjänster som omfattas av avtalet.¹²²

9.9 Svarta listan – särskilt allvarliga begränsningar

Vissa vertikala avtal anses vara så allvarliga att de inte kan – oberoende av de berörda företagens marknadsandelar – omfattas av gruppundantaget; detta utan att det finns

¹¹⁴ Artikel 2.4 gruppundantagsförordningen

¹¹⁵ Artikel 1 a) gruppundantagsförordningen

¹¹⁶ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 26

¹¹⁷ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 26

¹¹⁸ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad p. 20-24

¹¹⁹ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 27

¹²⁰ Artikel 2.4 a) gruppundantagsförordningen

¹²¹ Artikel 2.4 b) gruppundantagsförordningen

¹²² Artikel 2.4 c) gruppundantagsförordningen

några som helst undantag till detta motsvarade de jag just beskrivit ovan. Endast begränsningar som är nödvändiga för att uppnå de positiva effekter jag tidigare behandlat (se 8.2) bör ju undantas.¹²³ Dessa begränsningar av konkurrensen benämns ofta den ”svarta listan” och återfinns i artikel 4 i gruppundantaget. Skulle man finna att ett vertikalt avtal innehåller en särskilt allvarlig begränsning är hela avtalet att betrakta som uteslutet från gruppundantagets tillämpningsområde.¹²⁴ Bedömning av detta sker mot bakgrund av syftet bakom avtalet.¹²⁵

9.9.1 Prisstyrning

Det är inte tillåtet att begränsa köparens möjligheter att bestämma försäljningspriset.¹²⁶ När det gäller åtgärder som direkt fastställer återförsäljningspriset är denna inskränkning otvetydig. Det blir krångligare när indirekt prisbindning uppnås. I Kommissionens riktlinjer exemplifieras detta bl.a. genom avtal som fastställer de högsta rabatter som återförsäljaren får ge vid en viss prisnivå, eller genom avtal som subventionerar reklam eller andra stödåtgärder om en viss prisnivå hålls.¹²⁷ Det kan även handla om hot, varningar eller avbrott i leveranser.¹²⁸ Dock är det tillåtet att utan påtryckningar eller incitament fastställa ett högsta eller rekommenderat försäljningspris.¹²⁹ En simpel lista med rekommenderade eller högsta priser från leverantören är alltså inte en särskilt allvarlig begränsning enligt gruppundantaget.¹³⁰

9.9.2 Områdesskydd

Gruppundantaget är inte tillämpligt på begränsningar av det område inom vilket, eller av de kunder till vilka, återförsäljaren får sälja de varor eller tjänster som ryms av avtalet.¹³¹ Som exempel kan tas områdesskydd och uppdelning av kunder,¹³² vilket kan ske antingen direkt eller indirekt på motsvarande sätt som vid prisstyrning.¹³³ Detta skulle innebära att selektiva distributionssystem diskvalificerades; det finns emellertid ett antal undantag.

¹²³ se t.ex. ingressen till gruppundantagsförordningen p. 10

¹²⁴ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 46

¹²⁵ Artikel 4 gruppundantagsförordningen

¹²⁶ Artikel 4 a) gruppundantagsförordningen

¹²⁷ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 47

¹²⁸ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 47

¹²⁹ Artikel 4 a) gruppundantagsförordningen

¹³⁰ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 47

¹³¹ Artikel 4 b) gruppundantagsförordningen

¹³² se t.ex. Wetter m.fl., Konkurrenslagen – En handbok s. 319-20

¹³³ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 49

Det första gäller för det fall att leverantören redan har reserverat området ifråga för sig själv eller en annan köpare.¹³⁴ Detta gäller för begränsning av aktiv försäljning, vilket innebär att aktivt närma sig enskilda kunder inom en annan återförsäljares exklusivt tilldelade område.¹³⁵ Begränsningen får dock inte hindra köparens kunders försäljning. Passiv försäljning måste under alla omständigheter alltid vara tillåten.¹³⁶

Vidare undantas begränsningar av köparens försäljning till slutanvändare då köparen bedriver verksamhet på grossistnivå.¹³⁷ Det är även tillåtet att inom ramen för ett selektivt distributionssystem begränsa försäljning till icke auktoriserade återförsäljare.¹³⁸

Slutligen accepteras också bestämmelser som begränsar köparens möjligheter att sälja komponenter, vilka levereras i syfte att införlivas, till kunder som skulle använda dem för att tillverka samma sorts varor som leverantörens.¹³⁹ Med komponenter avses alla mellanprodukter, och med införlivande all användning av insatsvaror för att producera varor.¹⁴⁰

9.9.3 Begränsningar inom selektiva distributionssystem

Det är inte tillåtet att inskränka möjligheterna för medlemmar i ett selektivt distributionssystem¹⁴¹ – om dessa är detaljister – att sälja till slutanvändare.¹⁴² Det spelar ingen roll om slutanvändaren är konsument eller näringsidkare.¹⁴³ Det är dock tillåtet att förbjuda en medlem att sälja från en icke auktoriserad etableringspunkt.

¹³⁴ Artikel 4 b) första strecksatsen gruppundantagsförordningen

¹³⁵ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 50 första strecksatsen

¹³⁶ Vilket innebär att tillgodose beställningar som enskilda kunder själva tagit initiativ till, se Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p.50 andra strecksatsen

¹³⁷ Artikel 4 b) andra strecksatsen gruppundantagsförordningen

¹³⁸ Artikel 4 b) tredje strecksatsen gruppundantagsförordningen

¹³⁹ Artikel 4 b) fjärde strecksatsen gruppundantagsförordningen

¹⁴⁰ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 52

¹⁴¹ Med selektiv distribution menas i gruppundantaget ”ett distributionssystem där leverantören åtar sig att, antingen direkt eller indirekt, sälja de varor eller tjänster som omfattas av avtalet endast till återförsäljare som valts ut på grundval av särskilda kriterier och där dessa återförsäljare åtar sig att inte sälja dessa varor eller tjänster till icke auktoriserade återförsäljare.” artikel 1 d) gruppundantagsförordningen

¹⁴² Artikel 4 c) gruppundantagsförordningen

¹⁴³ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 53

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

Skulle återförsäljaren ha ett rörligt försäljningsställe får det tillåtna försäljningsområdet definieras.¹⁴⁴

En annan särskilt allvarlig begränsning är begränsningar av korsvisa leveranser mellan återförsäljare inom ett selektivt distributionssystem.¹⁴⁵ Detta innebär att leveranser mellan auktoriserade återförsäljare med varor som omfattas av det aktuella avtalet, inte får förhindras.¹⁴⁶ Auktoriserade återförsäljare måste alltså få fortsätta köpa in varor som omfattas av avtalet från andra auktoriserade återförsäljare i det selektiva distributionsnätet.¹⁴⁷

9.9.4 Reservdelar

Det är inte tillåtet att begränsa slutanvändares, självständiga reparatörers och tjänsteleverantörers tillgång till reservdelar direkt från leverantören.¹⁴⁸ En reservdelstillverkare får alltså varken hindras direkt eller indirekt från att sälja reservdelar till slutanvändare eller oberoende reparatörer som inte fått i uppdrag av köparen att reparera eller underhålla köparens varor. En indirekt begränsning kan t.ex. bestå i att leverantören åläggs begränsningar när de gäller att tillhandahålla teknisk information.¹⁴⁹

9.10 Konkurrensklausuler

Ett antal exempel på konkurrensklausuler undantas också från gruppundantagets tillämpningsområde.¹⁵⁰ Gruppundantaget skall dock tillämpas på övriga delar av det vertikala avtalet (förutsatt att det i inte övrigt bryter mot dess förutsättningar).¹⁵¹ Det räknas upp tre varianter på konkurrensklausuler som inte är förenliga med gruppundantaget.

¹⁴⁴ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 54

¹⁴⁵ Artikel 4 d) gruppundantagsförordningen

¹⁴⁶ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 55

¹⁴⁷ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 55

¹⁴⁸ Artikel 4 e) gruppundantagsförordningen

¹⁴⁹ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 56

¹⁵⁰ se artikel 5 gruppundantagsförordningen

¹⁵¹ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 57

9.10.1 Klausuler som överstiger 5 år

Direkta eller indirekta konkurrensklausuler¹⁵² som löper över obestämd tid¹⁵³, eller mer än fem år är inte acceptabla enligt gruppundantaget.¹⁵⁴ Detta skall hindra att köparen förhindras köpa in varor från oberoende leverantörer. Ett undantag från undantaget görs emellertid då köparen säljer varor eller tjänster från ett ställe som ägs av leverantören, eller som leverantören hyr från tredjeman som ej har anknytning till köparen.¹⁵⁵ Klausulen får i ett sådant fall inte löpa på längre tid än hyreskontraktet.

9.10.2 Skyldigheter efter avtalsperiodens utgång

Det vertikala gruppundantaget är heller inte tillämpligt på direkta eller indirekta skyldigheter för köparen att, efter att det vertikala avtalet löpt ut, inte tillverka, köpa, sälja eller återförsälja varor eller tjänster.¹⁵⁶ Ett undantag finns till detta bestående av tre kumulativa villkor. För det första tillämpas gruppundantaget om konkurrensklausulen avser varor eller tjänster som konkurrerar med de varor eller tjänster som omfattas av avtalet.¹⁵⁷ För det andra skall klausulen vara begränsad till den lokal och mark från vilken köparen bedrivit verksamhet under avtalsperioden.¹⁵⁸ Slutligen måste klausulen vara nödvändig för att skydda know-how¹⁵⁹ som förts över till köparen från leverantören¹⁶⁰

Förutom dessa tre villkor får konkurrensklausulen inte sträcka sig längre än ett år efter det att avtalet gått ut.¹⁶¹ Om klausulen gäller begränsning av användande och avslöjande av know-how som fortfarande inte är tillgänglig för allmänheten gäller ingen tidsbegränsning.

¹⁵² En konkurrensklausul definieras i artikel 1 b) gruppundantagsförordningen som "varje direkt eller indirekt skyldighet som föranleder köparen att inte tillverka, köpa, sälja eller återförsälja varor eller tjänster som konkurrerar med de varor eller tjänster som omfattas av avtalet eller varje direkt eller indirekt skyldighet för köparen att av leverantören eller från något annat företag som leverantören utsett, köpa mer än 80 % av köparens totala inköp av de varor eller tjänster som omfattas av avtalet och av varor eller tjänster som på den relevanta marknaden är utbytbara med dessa, beräknat på grundval av dennes inköp det föregående kalenderåret."

¹⁵³ En konkurrensklausul som underförstått förlängs på över 5 år, anses som ingången på obestämd tid. Se artikel 5 a) gruppundantagsförordningen

¹⁵⁴ Artikel 5 a) gruppundantagsförordningen

¹⁵⁵ Artikel 5a) 2:a meningen gruppundantagsförordningen

¹⁵⁶ Artikel 5 b) gruppundantagsförordningen

¹⁵⁷ Artikel 5 b) första strecksatsen gruppundantagsförordningen

¹⁵⁸ Artikel 5 b) andra strecksatsen gruppundantagsförordningen

¹⁵⁹ Know-how definieras som "en viss mängd icke patenterad praktisk information, som är ett resultat av leverantörens erfarenhet och tester och som är hemlig, väsentlig och identifierad" se Artikel 1 f)

¹⁶⁰ Artikel 5 b) tredje strecksatsen gruppundantagsförordningen

¹⁶¹ Artikel 5 sista stycket gruppundantagsförordningen

9.10.3 Konkurrensklausuler i ett selektivt distributionssystem

Begränsningar i form av direkta eller indirekta skyldigheter för medlemmarna i ett selektivt distributionssystem att inte sälja vissa leverantörers konkurrerande varumärken tillåts ej. En generellt utformad klausul som förbjuder köparna att inte sälja konkurrerande produkter är dock alltså tillåten enligt gruppundantaget. På detta sätt vill man skydda enskilda konkurrenter för att utsättas för uteslutning från vissa försäljningsställen.¹⁶²

¹⁶² Kommissionens riktlinjer p. 61

AVSNITT III - SELEKTIV DISTRIBUTION OCH KL

10 Bedömningen av selektiva distributionssystem enligt

konkurrenslagen

Jag skall här undersöka hur den svenska konkurrenslagen betraktar selektiva distributionsavtal. Utgångspunkten är att ett företag har bestämt sig för att distribuera sina produkter genom en eller flera auktoriserade återförsäljare. Företaget har i regel valt selektiv distribution eftersom man distribuerar märkesprodukter och önskar ha kontroll över återförsäljarens behandling av varorna för att kunna motverka varumärkesdegenerering. Det är i allmänhet upp till varje icke dominerande företag att välja sina återförsäljare utifrån vilka urvalskriterier som helst. Till exempel är det inte förbjudet att utan ett avtal med vissa distributörer ensidigt bestämma vilka distributörer man vill använda sig av. Mot bakgrund av praxis hamnar också ofta selektiva distributionssystem utanför förbudet i 6 § KL – som i allmänhet blir den rättsliga grunden för bedömningen av selektiva distributionsavtal (även 19 § beaktas dock som regel) – eller kvalificerar sig åtminstone för undantag enligt 8 § KL; förutsatt att leverantörerna inte styr distributörerna i deras verksamhet på otillbörligt sätt, t.ex. rörande prissättning och vem som dessa skall sälja/leverera till. Vidare finns ju numera möjlighet för selektiva distributionssystem att undantas genom gruppundantaget för vertikala avtal (se nedan).

Avgörande för konkurrensbedömningen blir i regel hur dominerande ett företag är. Det krävs som tidigare sagts, i allmänhet att ett företag har ett visst marknadsinflytande för att dess beteende skall få negativa konkurrens effekter.¹⁶³ Vissa avtal har dessutom så liten effekt att de i regel aldrig kan få negativa effekter. Man brukar tala om bagatellavtal, vilket innebär avtal mellan företag som tillsammans har en marknadsandel under 15 %.¹⁶⁴ Det finns emellertid vissa situationer då företag med lägre marknadsandel kan drabbas av förbudet i 6 § KL, t.ex. då det handlar om avtal som anses särskilt allvarliga ur konkurrenssynpunkt.

Med tanke på det ovan sagda tillsammans med vad som stadgas i gruppundantaget är det lämpligt då man skall bedöma huruvida ett selektivt distributionssystem är förbjudet

¹⁶³ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 119 (1)

¹⁶⁴ Gruppundantaget undantar vertikala avtal mellan företag med upp till 35 % av marknaden

enligt 6 § KL, att använda den gång som presenteras i kommissionens riktlinjer,¹⁶⁵ och börja med att definiera den relevanta marknaden. Därefter kan marknadsandelen bestämmas och företaget kan kontrollera om avtalet omfattas av gruppundantaget. Skulle man inte göra detta på grund av att företaget har en marknadsandel över tröskelvärdet på 35 %, eller att avtalet diskvalificeras på någon annan grund, måste möjligheterna till undantag mot bakgrund av 6 § KL undersökas. För en bättre förståelse för tankarna bakom och de konsekvenser och resonemang som gruppundantaget fört med sig, har jag emellertid valt att börja med en genomgång av övrig praxis och reglering. Formellt kan det också vara en bättre utgångspunkt, emedan gruppundantaget egentligen bara får effekt då man har ett selektivt distributionsavtal som är kvalitativt märkbart, dvs. inte är förenligt med 6 § KL.

11 Selektiv distribution – 6 § KL

I ett selektivt distributionssystem har i praktiken en tillverkare/leverantör, och de av denne vissa utvalda återförsäljare, ingått ett avtal om att de senare skall få distribuera/sälja tillverkarens/leverantörens varor eller tjänster. För att 6 § KL skall bli tillämplig måste det för det första finnas ett avtal (vilket i regel inte är tvistigt). Vidare måste både konkurrensbegränsnings- och märkbarhetskriteriet vara uppfyllt.

Ett selektivt distributionssystem är i allmänhet förenligt med 6 § KL om det uppfyller fyra krav: att produkterna som omfattas har egenskaper som berättigar ett selektivt distributionssystem, att valet av återförsäljare sker utifrån objektiva kvalitativa kriterier, att syftet är att uppnå ett resultat som uppväger minskningen av konkurrensen inom varumärket, samt att villkoren är proportionella. Det är viktigt att skilja mellan kvalitativa och kvantitativa urvalskriterier. Kvalitativa kriterier innebär generellt sett att alla som uppfyller de ställda kraven tillåts bli återförsäljare. Ett selektivt system baserat på kvalitativa grunder är i allmänhet förenligt med 6 § KL. Kvantitativa kriterier innebär däremot att man trots att de kvalitativa är uppfyllda begränsar antalet återförsäljare. Dessa kan vara av två slag. För det första kan ett företag vilja begränsa antalet försäljare i ett distrikt, och för det andra kan det ställa krav på omsättning, lagerstorlek, minimiinköpskrav etc. Kvantitativa krav vållar större bekymmer ur konkurrensrättslig

¹⁶⁵ p. 120

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

synpunkt än kvalitativa. Normalt måste tillverkaren därför få till stånd ett individuellt undantag, vilket resulterar i att de är svårare att få godkända.

Vidare måste ett avtal, för att drabbas av förbudet i 6 § KL, alltså även uppfylla det kvantitativa märkbarhetskriteriet varför mindre bolag ofta torde klara sig undan. I KKV:s allmänna råd om avtal av mindre betydelse framgår att vertikala avtal mellan företag som tillsammans har en marknadsandel som är lägre än 15 % på någon av de relevanta marknaderna inte omfattas av tillämpningen av 6 § KL.¹⁶⁶ Vissa omständigheter kan dock ändå göra att förbudet blir tillämpligt, t.ex. vid vissa begränsningar som anses särskilt allvarliga ur konkurrenssynpunkt.

11.1 Praxis

11.1.1 Metro

Resonemanget ovan kan med framgång illustreras av några rättsfall. Ett centralt fall på området är *Metro SB-Grossmärkte GmbH mot Kommissionen*¹⁶⁷ som handlade om distribution av SABA:s produkter. Målet i EGD gällde ett av Metro överklagat kommissionsbeslut som gav SABA rätt att distribuera sina produkter genom ett selektivt distributionssystem.

Metro var ett företag som sålde sina varor enligt det s.k. ”cash and carry”-systemet, vilket innebar att köparna på försäljningsställena köpte in varorna som hölls i lager och presenterades på ett enkelt sätt så att köparna snabbt kunde ta varorna med sig och sedan betala kontant. Detta gjorde att Metro kunde hålla lägre priser än inom den traditionella partihandeln. Metro konkurrerade framförallt med specialiserade grossister. Man hade efter ansökan till SABA om att få bli auktoriserad grossist för SABA:s produkter blivit nekad eftersom Metro inte ville accepterade några, av SABA uppställda krav. Domstolen hade bl.a. att besvara huruvida SABA hade en dominerande ställning, vilket besvarades nekande. Vidare uttalade sig EGD om selektiva distributionssystem i allmänhet: ”Särskilt inom branschen för produktion av varaktiga och tekniskt avancerade konsumtionsvaror av hög kvalitet inom vilken ett relativt begränsat antal stora och medelstora tillverkare utbjuder ett varierat sortiment apparater som är lätt utbytbara i vart fall i konsumenternas ögon är marknadsstrukturen inte till hinder för

¹⁶⁶ KKVFFS 1999:1

¹⁶⁷ mål 26/76

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

förekomsten av sinsemellan olika distributionskanaler som är anpassade till de olika tillverkarnas individuella särdrag och de olika konsumentgruppernas behov... Med tanke på detta har kommissionen med rätta medgett att selektiva distributionssystem utgör ett bland flera konkurrensmedel som är förenligt med artikel 85.1 under förutsättning dels att valet av återförsäljare sker enligt objektiva kriterier av kvalitativ natur som grundar sig på återförsäljarens och dennes personals yrkesmässiga kvalifikationer samt på fackmässig teknisk utrustning, dels att dessa villkor fastställs på ett enhetligt sätt gentemot alla de återförsäljare som kan komma i fråga och att dessa villkor tillämpas utan diskriminering.”¹⁶⁸

Som utgångspunkt kan alltså selektiva distributionssystem anses som förenliga med förbudet mot konkurrensbegränsande avtal – under förutsättning att kvalitativa urvalskriterier tillämpas på ett objektivt sätt, och att produkten ifråga kräver det. EGD ansåg dessutom, att även om dessa krav är uppfyllda, så får inte ett selektivt distributionssystem gå ut över andra distributionsmetoder samt leda till önskad prisstelhet.¹⁶⁹ EGD fortsatte med att konstatera att SABA:s krav på att deras återförsäljare enbart skulle sälja vidare till av dem utvalda handlare, var en förutsättning för ett fungerande selektivt distributionssystem och därför förenligt med artikel 81 [f.d. 85] EGF. Andra förfaranden av SABA beviljades individuella undantag enligt artikel 81.3 [f.d. 85.3], t.ex. krav att varje återförsäljare skulle ha en specialistavdelning för radio- och teleprodukter, att återförsäljaren skulle medverka till att bygga upp och utveckla distributionsnätet, samt rabatter vid uppfyllande av leveransavtalen inom 6 mån.

11.1.2 AEG

Ett annat centralt rättsfall är mål *107/82 AEG mot Kommissionen*. Detta var det första fall där kommissionen ansett att ett selektivt distributionssystem stridit mot artikel 81.1 [f.d. 85.1] EGF. AEG hade redan 1973 anmält sitt bruk av ett selektivt distributionssystem för sina produkter (underhållningselektronikprodukter). Efter att AEG hade justerat systemet, ansåg Kommissionen att det inte stred mot artikel 81.1 [f.d. 85.1] EGF varför man meddelade AEG att man inte såg några konkurrensrättsliga problem med tillämpningen av de avtal som AEG använde.

¹⁶⁸ mål 26/76 Metro SB-Grossmärkte GmbH mot Kommissionen p. 20

¹⁶⁹ mål 26/76 Metro SB-Grossmärkte GmbH mot Kommissionen p. 22

Under årens lopp tog emellertid kommissionen mot klagomål från näringsidkare som ansåg att AEG tillämpade det selektiva distributionssystemet på ett sätt som inte motsvarade det avtal som anmälts till kommissionen. Som en följd inledde kommissionen undersökningar av AEG:s agerande, vilket till slut ledde fram till att Kommissionen fattade ett beslut där man ansåg att AEG hade tillämpat sitt selektiva distributionssystem diskriminerande. AEG beordrades att omedelbart upphöra med den konstaterade överträdelsen, och ålades dessutom böter med 1 miljon ecu.

I överklagan till EGD argumenterade AEG att dess agerande att stänga ute vissa återförsäljare var ett unilateralt agerande som inte omfattades av artikel 81 [f.d. 85] EGF. Domstolen däremot konstaterade följande: ”ett sådant förhållningssätt från tillverkarens sida utgör inte ett ensidigt beteende från företagets sida som, vilket AEG hävdar, skall undantas de avtalsförhållanden som företaget upprätthåller med återförsäljarna. Faktum är att när en distributör tas upp i systemet grundar sig auktorisationen på de avtalslutande parternas uttryckliga eller tysta godkännande av den politik som AEG för, som bl.a. innebär att alla distributörer som uppfyller kriterierna för auktorisation men som inte är beredda att ansluta sig till den politiken utestängs från nätverket.”¹⁷⁰ ”Det finns således skäl att anta att även vägran att auktorisera är ett handlande som omfattas av avtalsförhållandena med de auktoriserade distributörerna...”¹⁷¹ Domstolen ansåg det alltså vara ett brott mot konkurrensreglerna att inte godkänna återförsäljare som kvalificerat sig för det selektiva distributionssystemet. Det krävs dock att företaget har satt ett sådant beteende i system – enstaka sådana nekanden torde inte kunna resultera i att man bryter mot artikel 81 EGF.¹⁷² I fallet AEG bedömdes så vara fallet.

11.1.3 L'Oréal

Fallet handlade om distributionen av varumärke för hårvårdsprodukter. L'Oréal hade anmält sitt distributionssystem till kommissionen, och erhållit ett s.k. ”*comfort letter*”. Detta sade att p.g.a. L'Oréals ringa marknadsandel fanns ingen anledning för kommissionen att ingripa mot distributionssystemet. Detta hindrade dock inte EGD från

¹⁷⁰ mål 107/82 AEG mot Kommissionen p. 38

¹⁷¹ mål 107/82 AEG mot Kommissionen p. 39

¹⁷² mål 107/82 AEG mot Kommissionen p. 44-46

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

att i ett förhandsavgörande förklara att när tillträde till ett selektivt system avgörs på grunder som går utöver objektiva kvalitativa, är förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i princip tillämpligt.¹⁷³

Vidare ansåg EGD att bedömningen av ett avtals, eller samordnat förfarandes, konkurrenshämmande effekter skall ske i dess ekonomiska och juridiska sammanhang.¹⁷⁴ För att bedöma eventuella brott mot konkurrensrätten, ansåg även domstolen att man måste betrakta hur konkurrensen skulle te sig utan det aktuella avtalet.¹⁷⁵

11.1.4 Leclerc

Twisten rörde ett beslut fattat av kommissionen som Leclerc överklagade. Leclerc var en fransk inköpssammanslutning som ansåg att ett selektivt distributionssystem upprättat av Givenchy – en tillverkare av exklusiva kosmetiska produkter – skulle leda till att vissa av deras medlemmar skulle utestängas från distributionen. De flesta av Leclercs medlemmar var stormarknader.

Givenchys avtal innehöll bl.a. klausuler om personalens kompetens, försäljningsställets placering, butiksnamn, krav på visst varulager, tillhandahållande av ett sortiment av konkurrerande produkter som tillräckligt väl framhäver bilden av Givenchys produkter samt minimimängd av inköp. Kommissionen ansåg, mot bakgrund av att produkten och varumärket ansågs vara lämpligt för selektiv distribution, att kraven på personalens kompetens, försäljningsställets planering och butiksnamn inte faller under förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete. Det gjorde däremot kraven på varulager, ett visst sortiment av konkurrerande produkter och inköpskravet. Dessa kvalificerade sig emellertid för individuellt undantag, eftersom kraven i 81.3 [f.d. 85.3] EGF var uppfyllda.

Förstainstansrätten i sin tur började med att, i likhet med tidigare domar, konstatera att selektiva distributionssystem principiellt sett undgår tillämpning om fyra krav är

¹⁷³ mål 31/80 NV L'Oréal mot PVBA p. 17

¹⁷⁴ mål 31/80 NV L'Oréal mot PVBA p. 21

¹⁷⁵ mål 31/80 NV L'Oréal mot PVBA p. 19

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

uppfyllda.¹⁷⁶ Förstainstansrätten sade vidare att bedömningen av villkoren skulle ske objektivt med beaktande av konsumentintresset.¹⁷⁷ Förstainstansrätten konstaterade också att tillämpning av avtalsinnehållet inte automatiskt skulle diskvalificera stormarknader från tillträde till distributionssystemet.¹⁷⁸ Till skillnad från kommissionen konstaterade förstainstansrätten dessutom att, möjligheten att kunna stänga ute vissa återförsäljare på grund av de inte sålde parfym i tillräckligt stor omfattning, eller att parfym inte upptog mer 50 % av hyllorna, snedvred konkurrensen och sålunda omfattades av förbudet i 85.1 [81.1] EGF.¹⁷⁹

Rättsfallet ger en ganska bra bild av vad som anses vara tillåtna, proportionerliga och icke-diskriminerande urvalskriterier, respektive vad som kan anses snedvrída konkurrensen.

11.2 Produkternas karaktär

Om en vertikal begränsning i form av ett selektivt distributionssystem skall anses kunna få tillräckliga positiva effekter som kan väga upp de negativa måste produkterna ha egenskaper som rättfärdigar detta. Prövningen måste ske från fall till fall, men några generella slutsatser kan dras från svensk- och EG-rättslig praxis.

Till exempel har TV- och stereoprodukter¹⁸⁰, datorer¹⁸¹, alpin skidutrustning¹⁸² ansetts kunna legitimera användningen av ett selektivt system. Även telefoner, förstärkare och högtalare har ansetts motivera selektiv distribution.¹⁸³ Andra tekniskt avancerade produkter som godtagits är: kameror, klockor och armbandsur¹⁸⁴ samt elektroniska köksapparater¹⁸⁵. Även smycken och porslin av hög kvalitet har godtagits. Det finns även exempel på accepterade produkter där dömande instanser antingen tittat mer på

¹⁷⁶ T-88/92 Leclerc mot Kommissionen p. 106; se ovan fallen Metro & AEG för en redogörelse av kraven.

¹⁷⁷ T-88/92 Leclerc mot Kommissionen p. 106

¹⁷⁸ T-88/92 Leclerc mot Kommissionen p. 190

¹⁷⁹ T-88/92 Leclerc mot Kommissionen p. 142-146

¹⁸⁰ mål 75/85 Metro mot Kommissionen

¹⁸¹ kommissionens beslut i IBM Personal Computer (1984) EGT L 118/24

¹⁸² dnr 1054/97 Salomon Sport AB

¹⁸³ dnr 181/97 Bang & Olufsen Svenska AB

¹⁸⁴ se t.ex. dnr 1435/94 SMH Sweden AB; massproducerade klockor har emellertid inte accepterat, se mål 31/84 ETA mot DK Investment p. 16

¹⁸⁵ kommissionens beslut i Krups (1980) EGT L 120/26

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

deras karaktär vad avser distribution¹⁸⁶ (tidningar) eller på produkternas ”lyxiga” framtoning (t.ex. kosmetika)¹⁸⁷, som då skulle kräva att leverantörerna vidtar särskilda åtgärder för att försäkra sig om att deras varumärken bevaras.

Som exempel på varor som inte accepterats för selektiva distributionssystem kan nämnas sängar¹⁸⁸, tapeter¹⁸⁹, hälsokost¹⁹⁰, bananer¹⁹¹ och barnstolar¹⁹². Vad är det då som skiljer dessa produkter från dem som kan legitimera ett selektivt distributionssystem? Som framgick ovan kan man dela in de varor som godkänts för selektiv distribution i tre kategorier:

- 1. Tekniskt avancerade varor eller varor av hög kvalitet t.ex. datorer, Radio, TV- och stereoapparater.**
- 2. Varor som är beroende av ett exklusivt varumärke t.ex. kosmetika, parfym, porslin.**
- 3. Varor som kräver speciell distribution t.ex. tidningar och tidskrifter**

Eftersom det handlar om en bedömning från fall till fall, där man tittar på eventuella konkurrensrättsliga effektivitetsvinster är dessa kategorier inte på något sätt slutna.¹⁹³

11.2.1 Tekniskt avancerade produkter

När det handlar om tekniskt avancerade produkter av olika slag är det ganska logiskt att de ibland kan anses kräva selektiv distribution. Dessa kräver i regel specialutbildad, försäljnings- och reparationspersonal för att kunden skall kunna få tillräcklig hjälp både vid köp och vid eventuella fel på varan.¹⁹⁴ Vidare kan ju leverantören på detta sätt vara säker på att hans produkt hanteras på ett sådant sätt att konsumenterna förknippar dem med kvalitet och exklusivitet.

¹⁸⁶ mål 126/80 Salonia mot Podimani och Giglio

¹⁸⁷ mål T-88/92 Leclerc mot Kommissionen

¹⁸⁸ dnr 659/95 DUX Industrier AB

¹⁸⁹ dnr 1810/93 Boråstapeter AB

¹⁹⁰ dnr 94/95 MaxMedica Naturmedel AB

¹⁹¹ mål 27/76 United Brands Co. mot Kommissionen

¹⁹² dnr 674/94 Stokke Fabriker AB

¹⁹³ Korah & O'Sullivan, Distribution Agreements Under the EC Competition Rules s. 89

¹⁹⁴ se t.ex. dnr 1805/93 Hewlett-Packard Sverige AB

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

Selektiv distribution har accepterats för radio-, tv-, hifi-produkter eftersom EGD har ansett att de har just de egenskaper som krävs.¹⁹⁵ Även telefoner, förstärkare och högtalare har ansetts motivera selektiv distribution.¹⁹⁶ Andra tekniskt avancerade produkter som godtagits är: kameror, klockor och armbandsur¹⁹⁷, elektroniska köksapparater¹⁹⁸, datorer¹⁹⁹ och skidutrustning.²⁰⁰

Det relevanta är alltså att varan är så pass avancerad att det föreligger ett behov av någon form av specialistkunnskap, både för service och för att kunna hjälpa kunden att köpa den vara som passar just honom.²⁰¹ Ifråga om ett väl ansett varumärke som Salomon, har KKV funnit att produkter som stavar, ryggsäckar, klädesplagg och handskar vilka – generellt sett inte motiverar ett selektivt distributionssystem, trots allt kunde accepteras eftersom de kunde anses vara ett komplement till andra tekniskt avancerade produkter.²⁰² Tilläggas bör dock att KKV noterade att dessa varor utgjorde en liten del av Salomons försäljning.

11.2.2 Lyxprodukter

Inom den andra gruppen har selektiv distribution ansetts motiverat om det rör högkvalitativa produkter vilka anses ha exklusivitet och prestige. Detta gör att de särskiljer sig från liknande produkter och att de fyller andra behov hos konsumenterna. Exempel på varor som faller under denna kategori är parfym, kosmetika, smycken och porslin.

Av naturliga skäl är det inte den tekniska komplexiteten som anses grunda skälet till behovet av selektiv distribution. I Leclerc²⁰³ uttalade sig förstainstansrätten om skillnaden och motiveringen rörande acceptans av det selektiva distributionssystemet, och menade att skälet inte var konceptet med en specialiserad handel som kan tillhandahålla särskilda tjänster för tekniskt avancerade produkter utan av: ”a) Yves

¹⁹⁵ mål 26/76 Metro SB-Grossmärkte GmbH mot Kommissionen

¹⁹⁶ dnr 181/97 Bang & Olufsen Svenska AB

¹⁹⁷ se t.ex. dnr 1435/94 SMH Sweden AB; massproducerade klockor har emellertid inte accepterats, se mål 31/84 ETA mot DK Investment p. 16

¹⁹⁸ kommissionens beslut i Krups (1980) EGT L 120/26

¹⁹⁹ kommissionens beslut i IBM Personal Computer (1984) EGT L 118/24

²⁰⁰ dnr 1054/97 Salomon Sport AB

²⁰¹ dnr 1054/97 Salomon Sport AB

²⁰² dnr 1054/97 Salomon Sport AB

²⁰³ T-88/92 Leclerc mot Kommissionen

Saint Laurents intresse av att, i egenskap av tillverkare av lyxkosmetika, bevara den prestigefyllda bilden av sitt märke och att skydda frukterna av sina försäljningsfrämjande satsningar... och b) behovet av att skydda konsumenternas uppfattning om ifrågavarande produkters "aura av exklusivitet och prestige", bland annat genom att säkerställa att "produktens presentation för allmänheten är ägnad att framhäva [produkternas] estetiska eller praktiska egenskaper" och "en inramning som harmonierar med de berörda produkternas lyxiga och exklusiva prägel och en presentation som överensstämmer med bilden av märket" ²⁰⁴ Det tycks alltså inte vara produkten som sådan, utan konsumenternas syn och förväntningar på produkterna som legitimerar selektiva distributionssystem. Gällande porslin ansåg kommissionen i Villeroy & Boch att då köp av porslinsserverer i regel sker över lång tid var det befogat att kunna ställa vissa krav på återförsäljaren gällande service efter köpen. ²⁰⁵

Frågan är om vilka varor som helst kan accepteras bara de är att betrakta som lyxiga, eller om produkttypen som sådan måste vara av lyxkaraktär. Den praxis som finns, vilken har godtagit bl.a. kosmetika, smycken och parfym tycks ge vid handen att produkten måste ha speciella egenskaper. Förstainstansrätten menar ju t.ex. att dessa produkter omges av en "aura av exklusivitet och prestige" som behöver skyddas. ²⁰⁶ Ytterligare argument som stärker tesen att varumärken förknippade med lyx, oavsett produkttyp, inte skulle kunna rättfärdiga ett selektivt distributionssystem är KKV:s beslut i Monark/Crescent AB. ²⁰⁷ Här menade man att cyklar inte kunde godtas för selektiv distributions trots att varumärket ansågs ha "hög kvalitet och gott renommé". Det torde alltså krävas att det rör sig om produkter som har speciella lyxkvaliteter såsom parfym, smycken eller kosmetika och där det är viktigt för kunderna att produkterna presenteras och omgärdas av en viss lyx. ²⁰⁸ Då kan det vara befogat att ställa vissa krav på de återförsäljare man väljer.

11.2.3 Tidningar

Den tredje gruppen karaktäriseras av att produkten har en kort levnadsperiod. Motiveringen ligger inte i konsumenternas behov, utan i leverantörernas åtagande att

²⁰⁴ T-88/92 Leclerc mot Kommissionen p. 110 (hänvisningar i citatet till kommissionens beslut har raderats av mig)

²⁰⁵ kommissionens beslut i Villeroy & Boch (1985) EGT L 376

²⁰⁶ mål T-88/92 Leclerc mot Kommissionen p. 110

²⁰⁷ dnr 241/95

återköpa ej sålda tidningar.²⁰⁹ Systemet skulle bli ohållbart om de fanns ett obegränsat antal återförsäljare. Det därför är viktigt att distributionen sker på ett sätt så att dessa krav motsvaras.

11.3 Beslut på objektiva grunder av kvalitativ karaktär

De kriterier som selektiva distributionssystem baserar sig på skall, för att principiellt falla utanför 6 § KL, vara av kvalitativ karaktär. De skall också tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt.²¹⁰ Kvalitativa krav handlar om krav på återförsäljarna rörande t.ex. lokaler, öppettider och personalens kompetens.²¹¹ I Metro ansåg EGD att det låg utanför artikel 81 [f.d. 85] att ställa som krav att återförsäljaren hade en specialiserad avdelning för de relevanta varorna.²¹² Det har även ansetts vara acceptabelt att ställa krav på förmåga att kunna ställa garantier och förbud mot postorderförsäljning,²¹³ liksom på leverantörens möjlighet att övervaka försäljningen.²¹⁴

Har man konstaterat att en leverantör ställer legitima kvalitativa krav, måste han dessutom tillämpa dessa generellt och utan åtskillnad, d.v.s. alla återförsäljare som uppfyller kraven skall tillåtas delta i systemet. I *Binon mot Kommissionen*²¹⁵ säger EGD att det skulle vara att betrakta som ett brott mot konkurrensreglerna att tillämpa olika kriterier på företag inom och utom leverantörens ekonomiska enhet. Det kan synas som om kravet är högt ställt; emellertid torde det krävas att leverantörens beteende är ett led i ett systematiskt förfarande.²¹⁶ En vägran från leverantörens sida att bevilja återförsäljare tillträde till ett selektivt system betraktas i regel som en del av avtalet mellan parterna i det selektiva distributionsavtalet.²¹⁷

²⁰⁸ T-88/92 Leclerc mot Kommissionen p. 113

²⁰⁹ mål 243/83 Binon mot AMP p. 32

²¹⁰ se t.ex. mål 26/76 Metro SB-Grossmärkte GmbH & CO mot Kommissionen p. 21; mål T-88/92 Leclerc mot Kommissionen p. 106,

²¹¹ se t.ex. dnr 1805/93 Hewlett-Packard Sverige AB

²¹² mål 26/76 Metro SB-Grossmärkte GmbH & CO mot Kommissionen p. 37

²¹³ kommissionens beslut i Grundig's EC distributions system (1994) L 120 s. 15 p. 31

²¹⁴ mål 26/76 Metro SB-Grossmärkte GmbH & CO mot Kommissionen p. 27

²¹⁵ mål 243/83 Binon mot AMP p. 37

²¹⁶ mål 107/82 AEG mot Kommissionen p. 39.

²¹⁷ Annars hade ju inte avtalskriteriet varit uppfyllt, och sålunda inte 6 § KL kunna tillämpas, se t.ex. mål 107/82 AEG mot Kommissionen p. 38; Wetter m.fl., Konkurrenslagen – En handbok s. 387

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

Skall det vara möjligt att kontrollera hur systemen tillämpas måste man föra någon form av register över behandlingen av presumtiva återförsäljare. Dessutom måste ansökningar behandlas utan tidspillan och eventuella avslag innehålla en motivering.²¹⁸

11.3.1 Olika avtal för samma produkt – under olika varumärken

En särskild situation som berör diskriminerande tillämpning av selektiva urvalskriterier är situationen att man inom samma företagssfär tillämpar olika selektiva distributionsavtal, för två olika varumärken som i grunden är samma produkt; varav det ena är ett exklusivt varumärke, medan det andra är ett lågprisvarumärke. Syftet med att göra på detta sätt skulle vara för att tillverkaren inte vill att ens exklusiva varumärke skall förknippas med lågprisaffärer och liknande. Därmed hoppas man bevara dess höga status.

Vilka konflikter kan uppstå här? Framförallt torde återförsäljare, som inte når upp till leverantörens krav för att få distribuera det exklusiva varumärket, vara intresserade av komma åt detta med hjälp av konkurrenslagen. Förutsatt att leverantören distribuerar en produkt som kräver selektiv distribution (t.ex. stereoapparater), och använder sig av kvalitativa urvalskriterier, borde en leveransvägran av det här slaget i utgångsläget falla utanför 6 § KL. Det är emellertid föga troligt att det alltid går att uppnå önskat resultat enbart med hjälp av krav på personalens utbildning, butikens, öppettider etc. Skulle det förekomma s.k. kvantitativa urvalskriterier måste man få till stånd ett individuellt undantag, så här långt är detta ett ganska ordinärt problem.

Den stora frågan här är dock vilken betydelse det får att det finns två olika avtal. Leverantören kan ju – eftersom urvalskriterierna skiljer sig åt – stänga ute återförsäljare beroende på vilket av avtalen man tillämpar. Om denne har ett avtal, med ett antal urvalskriterier, som han systematiskt tillämpar på ett diskriminerande vis kan detta bryta mot konkurrenslagen.²¹⁹ Detta innebär att alla företag som uppfyller urvalskriterierna skall accepteras som återförsäljare. I vårt förhandenvarande fall verkar emellertid förfarandet diskriminerande på så vis att olika företag bedöms olika beroende på vilken sorts butik de representerar. Förstainstansrätten har inte tolererat att företag slås ut

²¹⁸ Wetter m.fl., Konkurrenslagen – En handbok s. 387

²¹⁹ mål 107/82 AEG mot Kommissionen p. 39

enbart för att de tillhör en viss kategori återförsäljare – t.ex. stormarknader.²²⁰ Sålunda är en metod där ett avtal som diskriminerar vissa kategorier företag gentemot andra antagligen förbjuden enligt 6 § KL. När det gäller bedömningen av att man använder två olika avtal för samma produkt, men av olika varumärken så torde detta som utgångspunkt bedömas som två olika varor. Att det i grund och botten är samma produkt torde inte spela någon roll²²¹; så länge bara produkten i sig kräver selektiv distribution (se 12.2 ovan). Det är ju nämligen varumärket och inte produkten som är av central betydelse när man ur ekonomisk synvinkel betraktar selektiv distribution – de ekonomiska argumenten för selektiv distribution är ju t.ex. delvis knutna till varumärket (se 9.2 ovan). Sålunda borde det inte innebära ett problem ur konkurrensrättslig synvinkel att välja att distribuera sina varumärken genom olika avtal/återförsäljare. Allt under förutsättning att alla återförsäljare som uppfyller urvalskriterierna i respektive avtal tillåts bli medlemmar.

11.4 Kvantitativa urvalskriterier

Som ovan konstaterats innebär en kvantitativ urvalsgrund att man begränsar antalet återförsäljare utöver de kvalitativa kriterierna.²²² Sådana restriktioner faller i regel under förbudet i 6 § KL, varför ett individuellt undantag är nödvändigt. Från att ha sett ganska strängt på tillämpning av kvantitativa kriterier²²³ blev kommissionens och domstolens inställning fr.o.m. 1985 mer benägen att bevilja individuella undantag.²²⁴ Efter detta har det emellertid kommit några domar som visat på en mer restriktiv inställning.²²⁵ Kvantitativa kriterier kan handla om krav på inköps- eller försäljningsvolym, omsättning, storlek på varulager eller andra bestämmelser som direkt eller indirekt begränsar antalet återförsäljare.²²⁶ Som tidigare redogjordes för i Metro-domen ansågs skyldigheter för grossisterna att samarbeta om reklam och garantitjänster falla under artikel 81.1 [f.d. 85.1] EGF. De kräver sålunda individuellt undantag och är alltså att betrakta som kvantitativa kriterier.

²²⁰ jfr T-88/92 Leclerc mot Kommissionen p. 190

²²¹ visst ytterligare stöd för detta finns att hämta i Korah & Rothnie, Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules, s. 82 & 89

²²² Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 185

²²³ se t.ex. T-88/82 Hasselblad mot Kommissionen p. 50-51

²²⁴ se t.ex. mål Ivoclar mot Kommissionen samt Korah & Rothnie, Distribution Agreements Under the EC Competition Rules s. 91

²²⁵ se t.ex. T-19/92 Yves Saint Laurent mot Kommissionen; Korah, Distribution Agreements Under the EC Competition Rules s. s. 91 & 95

²²⁶ se t.ex. T-19/92 Yves Saint Laurent mot Kommissionen p.; Generaladvokat Slynn i mål 86/82 Hasselblad mot Kommissionen samt Wetter m.fl., Konkurrenslagen – En handbok s. 384

11.5 Möjligheter till individuella undantag

Avgörande för om man kommer att få ett undantag beviljat är om urvalskriterierna och avtalet kommer att förbättra distributionen till fördel för konsumenterna.²²⁷ Kvantitativa kriterier verkar i allmänhet hårdare på inommarkeskonkurrensen än kvalitativa. De främsta aspekterna att ta hänsyn till vid frågan om man skall bevilja ett individuellt undantag kommer därför att bli marknadspositionen för leverantören samt förekomsten av parallella selektiva distributionssystem.²²⁸ Alltså kommer leverantörens konkurrenters marknadsandelar, deras distributionsmetoder samt inträdeshindren för icke-auktoriserade handlare att spela en stor roll.²²⁹ När det bara finns ett selektivt distributionssystem på marknaden, och detta inte tillhör en dominerande leverantör kommer ett individuellt undantag med största sannolikhet beviljas.²³⁰ Skulle det emellertid finnas flera olika selektiva system och dessa står för en stor andel av marknaden kommer saken i annan dager.²³¹ Risk finns då för s.k. kumulativa effekter som kan göra att effektivare icke-auktoriserade återförsäljare stängs ute.²³² Vidare är det viktigt att konkurrensen mellan varumärken hålls uppe. Skulle detta inte vara fallet är det inte troligt att ett individuellt undantag kommer att beviljas.

I Metro-fallet ansåg EGD att ett individuellt undantag kunde beviljas trots att SABA:s system begränsade tillgängligheten på SABA-produkter. Utgången hade emellertid blivit en annan om man genom sitt förfarande hade eliminerat andra distributörer eller bidragit till en strävhet i prisstrukturen.²³³ Det finns alltså anledning att noga beakta marknadsstrukturen.

Vertikala avtal som innehåller särskilt allvarliga begränsningar är föga troliga att beviljas individuella undantag.²³⁴ En direkt eller indirekt begränsning av korsvisa leveranser mellan auktoriserade återförsäljare torde aldrig kunna leda till ett individuellt undantag. Detsamma gäller för begränsningar i fråga om vilka återförsäljarna har rätt att

²²⁷ se 8 § KL

²²⁸ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 134-137 & 184-198

²²⁹ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 187 & 197; Bellamy & Child, European Community Law of Competition s. 555

²³⁰ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 187

²³¹ Det krävs i regel marknadsandelar över 50%, se t.ex. Kommissionens riktlinjer p. 189

²³² Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 188-189

²³³ mål 26/76 Metro SB-Grossmärkte GmbH & CO mot Kommissionen p.

²³⁴ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 46

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

sälja till²³⁵, eller en kombination av selektiv distribution och exklusiv tilldelning av kunder eftersom detta i regel leder till samma resultat.²³⁶ Restriktioner vad gäller försäljning till slutkonsumenter torde heller aldrig föranleda individuella undantag.²³⁷ De närmast uppräknade begränsningarna utgör exempel på särskilt allvarliga begränsningar som gör gruppundantaget för vertikala avtal icke tillämpligt, vilket ytterligare stärker bilden av att individuella undantag för dessa inte är troliga.

I de flesta fall bör sannolikt heller inte begränsningar i form av bestämda eller minimum återköpspriser kunna vara undantagsgivande – utom då produktens natur kräver något sådant (jfr tidningar). Vidare anses en kombination av ett selektivt och exklusivt distributionssystem sannolikt alltid utgöra en överträdelse av artikel 81.1 EGF och kan bara undantagsvis uppfylla villkoren för individuellt undantag.²³⁸ Det skulle i så fall vara för att skydda avtalsspecifika investeringar, alltså för att undvika *hold-up-problemet*.²³⁹

En kombination av ett selektivt distributionssystem och konkurrensklausuler kan få ett individuellt undantag beviljat under förutsättning att andra leverantörer inte slås ut från marknaden, vilket kommer att vara beroende av storleken på leverantörens marknadsandel.²⁴⁰

11.6 Proportionalitetskravet

I Kommissionens riktlinjer för vertikala avtal ställs det krav på att selektiva kriterier inte går längre än nödvändigt²⁴¹ – vilket också är etablerad rättspraxis.²⁴² Skulle man komma fram till att en leverantör i och för sig tillämpar godtagbara kvalitativa urvalskriterier, kan dessa ändå bryta mot 6 § KL om distributionssystemet inte är nödvändigt för att skydda varumärket.²⁴³ I *Vichy mot kommissionen*²⁴⁴, som rörde ett selektivt distributionssystem för kosmetika, ansåg förstainstansrätten att då det fanns nationell

²³⁵ mål 25 & 26/84 Ford mot Kommissionen

²³⁶ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 179

²³⁷ Bellamy & Child, *European Community Law of Competition* s. 556

²³⁸ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 195

²³⁹ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 195

²⁴⁰ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 193 samt Bellamy & Child s. 557

²⁴¹ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 185

²⁴² Se t.ex. mål T-19/92 Leclerc mot Kommissionen p. 112

²⁴³ Kommissionens beslut i *Vichy* (1991) EGT L 75/57 p. 18 c, som upprätthölls av Förstainstansrätten i T-19/91 *Vichy mot Kommissionen*

²⁴⁴ T-19/91

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

lagstiftning som kunde garantera varumärket dess prestige fanns inget behov att tillämpa de kvalitativa kriterier som Vichy gjorde.

I *Leclerc mot Kommissionen*²⁴⁵ menade förstainstansrätten att ”om det är i konsumentens intresse att kunna skaffa sig lyxkosmetika som säljs under goda presentationsförhållanden och således försäkra sig om att bilden av lyx bevaras, är det dock även i konsumentens intresse att ett distributionssystem som bygger på det övervägandet inte tillämpas överdrivet restriktivt och framför allt att tillgången till produkterna inte begränsas på annat sätt.”²⁴⁶ Förstainstansrätten fortsatte med att konstatera att det är förenligt med förbudet mot konkurrenshämmande samarbete att på kvalitativa urvalskriterier – som inte går utöver vad som är nödvändigt – att säkerställa att produkterna säljs under goda presentationsförhållanden.

Den proportionalitet som domstolarna kräver är kopplat till distributionen av produkten och bevarandet varumärkets kvalitet.²⁴⁷ KKV har konstaterat att krav på exponering av ett varumärke är förenligt med förbudet i 6 § KL, trots att man i det aktuella fallet ansåg att produkten (barnvagnar) inte kvalificerade sig för ett selektivt distributionssystem.²⁴⁸

11.7 Fall då det ändå kan vara tal om ett brott mot 6 § KL

I vissa fall leder ett selektivt distributionssystem till sådana resultat att även om rekvisiten ovan är uppfyllda, så är konkurrensrättsligt ingripande önskvärt. Skulle resultatet bli oönskad stelhet i priskonkurrensen, eller att tillräckliga effektivitetseffekter inte uppnås, kan förfarandet ändå vara i strid med 6 § KL.²⁴⁹ Eftersom ett selektivt distributionssystem begränsar priskonkurrensen måste detta alltid vägas upp med konkurrens av annat slag, t.ex. genom ökad service för konsumenterna. Ett selektivt distributionssystem måste sålunda ha som mål att förbättra konkurrensen genom andra faktorer än priset; annars kommer ju bara effekten att bli att priskonkurrensen försämras.²⁵⁰ Finns det till någorlunda stor del alternativa distributionskanaler torde detta inte vålla några problem, eftersom konsumenterna då kan välja mellan de olika formerna.

²⁴⁵ T-19/92

²⁴⁶ T-19/92 p. 122

²⁴⁷ se t.ex. mål T-19/91 *Vichy mot Kommissionen* p. 69

²⁴⁸ dnr 896/1999 *Emmaljunga Barnvagnsfabrik AB*

²⁴⁹ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 186

Om ett system tillämpas på ett sådant sätt att detta i sig utgör ett brott mot konkurrensreglerna, blir självkart förbudet i 6 § KL tillämpligt.²⁵¹ Så blir fallet om leverantören för att hålla upp priset eller för att utesluta vissa moderna distributionskanaler, vägrar auktorisera återförsäljare som i övrigt uppfyller de kvalitativa kraven.²⁵²

12 Selektiv distribution – gruppundantaget

Betraktar man gruppundantaget för vertikala avtal kan följande sammanfattningsvis konstateras beträffande selektiva distributionsavtal:

Ett selektivt distributionsavtal mellan konkurrenter där leverantören har en marknadsandel under 35 % kommer att omfattas av gruppundantaget om inte någon av följande omständigheter föreligger:

- 1. Begränsning av passiv försäljning till ett exklusivt område eller försäljning till slutanvändare av medlemmar, med undantag för vad gäller ett förbud att bedriva handel från en icke auktoriserad handelsplats.**
- 2. Begränsning av korsvisa leveranser mellan auktoriserade återförsäljare.**
- 3. Direkt eller indirekt begränsning av en auktoriserad återförsäljares möjligheter att sälja vissa konkurrerande leverantörers varumärken.**
- 4. Begränsning av köparens möjlighet att bestämma försäljningspriset.**

Vad detta i praktiken innebär är att det inte tycks finnas några hinder mot att t.ex. begränsa antalet återförsäljare inom ett geografiskt område, eller att använda kvantitativa urvalskriterier. Så länge inte försäljning till slutanvändare begränsas finns ju inga hinder mot att medlemmar i ett selektivt distributionssystem hindras från att leverera till icke-auktoriserade återförsäljare.²⁵³ Det finns i samband med detta anledning att reflektera över gruppundantagets definition av selektiv distribution, där ju 35-procentsspärren i regel blir det centrala, jämfört med EGD:s. Den senares praxis ger

²⁵⁰ se t.ex. mål 107/82 AEG mot Kommissionen p 33 & 34

²⁵¹ se t.ex. mål 107/82 AEG mot Kommissionen p. 36

²⁵² mål 107/82 AEG mot Kommissionen p. 37

vid handen en snävare acceptans för selektiva distributionsavtal, eftersom den bl.a. inte tillåter kvantitativa urvalskriterier. Möjligheten att få ett selektivt distributionssystem att hamna utanför förbudet i 6 § KL är sålunda större i och med gruppundantagets inträde. Ytterligare en nyhet är att man tycks kunna begränsa konkurrensen för vilka varor som helst samt använda kvantitativa urvalskriterier. Jag tänker nu titta närmare på de bestämmelser i gruppundantaget som främst är av betydelse för selektiva distributionssystem.

12.1 Definitionen av selektiv distribution

Karaktäristiskt för ett selektivt distributionssystem är att en leverantör utifrån särskilda kriterier väljer ut ett antal återförsäljare och att dessa åtar sig att endast sälja till auktoriserade återförsäljare. Till skillnad från EGD:s praxis gör gruppundantagsförordningen ingen skillnad mellan vilka sorts kriterier som ingår i avtalet. Inte heller nämns det något om att produkten måste lämpa sig för ett selektivt system. Det som krävs enligt gruppundantagsförordningens definition är att återförsäljarna väljs ut på grundval av särskilda kriterier.²⁵⁴ Skulle leverantören inte göra detta, tillämpas inte de artiklar som omnämner selektiva distributionssystem, t.ex. artikel 4 b), c) och d).

Man kan dock fråga sig hur långt denna ståndpunkt står sig. Anledningen till att det överhuvudtaget finns ett gruppundantag, – och att det gjordes en reform – var ju att kommissionen skulle bli mindre formalistisk och se mer på effekterna av respektive avtal. Det finns antydningar i kommissionens riktlinjer att kriterierna kanske inte är absoluta – och att gruppundantaget i vissa fall kan återkallas.²⁵⁵

12.1.1 Kvantitativa begränsningar

Som tidigare nämnts innebär kvantitativa urvalskriterier att man på andra grunder än kvalitativa begränsar antalet distributörer av en produkt. Tittar man på gruppundantaget så finns inget som begränsar möjligheterna till att använda sig av sådana kriterier. Det talas ju enbart om att återförsäljarna skall vara utvalda på grundval av särskilda kriterier.

²⁵³ Artikel 4 b) 3:e strecksatsen gruppundantagsförordningen

²⁵⁴ Artikel 1 d) gruppundantagsförordningen

²⁵⁵ se t.ex. Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 186 och artikel 7 & 8 i gruppundantagsförordningen, som i.o.f.s. inte gäller för svenska förhållanden (se 3 § i det svenska

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

I Boråstapeter resonerar KKV kring de marknadstäckningskriterier som Boråstapeter tillämpade. Man kom fram till att även om de urvalskriterier som tillämpades stod i strid med 6 § KL så gjorde förändringen inom EG-rätten att de kunde accepteras.²⁵⁶ KKV konstaterade att det i punkt 186 i kommissionens riktlinjer står att kvalitativ och kvantitativ selektiv distribution – i avsaknad av särskilt allvarliga begränsningar – undantas av gruppundantaget upp till marknadsandelsspärren på 30 %.²⁵⁷

Alltså kan det konstateras att när det gäller kvantitativa urvalskriterier torde det numera vara fritt fram under 35-procentsspärren att använda sig av sådana. En helt annan aspekt är att det eventuellt kan bli svårt att upprätthålla en uppdelning av marknaden eftersom artikel 4 c) i gruppundantagsförordningen förbjuder begränsningar som hindrar försäljning till slutanvändare (se även nedan 13.2).

12.1.2 Varans karaktär

I definitionen av selektiv distribution framgår att varans karaktär saknar betydelse. I Kommissionens riktlinjer står det dock något som kan te sig en aning förvirrande. ”Om produktens art inte kräver selektiv distribution, medför ett sådant system i regel dock inte tillräckligt effektivitetsfrämjande effekter för att uppväga en betydande minskning av konkurrensen inom varumärken. Om betydande konkurrenshämmande effekter uppstår är det sannolikt att gruppundantaget återkallas.”²⁵⁸ Detta kan verka motsägelsefullt men går hand i hand med att gruppundantaget enbart skall tillämpas då de konkurrenshämmande effekterna vägs upp.²⁵⁹ Frågan är dock hur stor den praktiska effekten blir av uttalandet.

I ett avgörande från 1997 rörande tapeter²⁶⁰ hade KKV bl.a. att bedöma om ett selektivt distributionssystem för tapeter kunde accepteras under KL. KKV kom då fram till att dessa produkter inte kunde motivera ett selektivt distributionssystem. När frågan senare prövades 2002²⁶¹ tycks inte produktens karaktär ha någon betydelse. Eftersom det

gruppundantaget) men får antas ligga till grund när KKV skall bedöma huruvida gruppundantaget skall återkallas eller ej.

²⁵⁶ dnr 669/1998 Boråstapeter AB p. 28

²⁵⁷ jfr med det svenska gruppundantaget där gränsen är satt till 35 %

²⁵⁸ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 186

²⁵⁹ se t.ex. ingressen till gruppundantagsförordningen

²⁶⁰ dnr 1810/93 Boråstapeter AB

²⁶¹ dnr 669/1998 Boråstapeter AB

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

senare avgörandet är fattat efter att gruppundantaget trädde i kraft, torde det kunna spegla KKV:s syn på produkternas relevans.

Vidare står det ju i punkt 186 i Kommissionens riktlinjer att det krävs betydande konkurrenshämmande effekter för att gruppundantaget skall återkallas. Om produkten har betydelse, så räcker det alltså inte med att den inte lämpar sig för ett selektivt distributionssystem. Det krävs dessutom att betydande konkurrenshämmande effekter uppstår. Stadgandet i punkt 186 skiljer sig alltså från kraven i gruppundantagsförordningen rörande återkallelse i övrigt. Dessa regler, som inte gäller för det svenska gruppundantaget, men vilka har samma materiella innehåll som motsvarande svenska regler²⁶², talar om att återkallelse kan ske om avtalets effekter är oförenliga med artikel 81.3 EGF. Enligt 8 § KL kan undantag ske för avtal som: ”bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås, bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet i, och inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.” Eftersom kommissionen refererar till betydande konkurrenshämmande effekter – vilket jag tolkar som allvarigare än kravet i 8 § KL – får man förmoda att det torde vara tal om ytterst få situationer där gruppundantaget kan komma att återkallas p.g.a. produktens olämplighet. Vad som blir viktigt för bedömningen av konkurrenshämmande effekter blir framförallt leverantörens marknadsposition och dennes konkurrenter.²⁶³

I artikel 8 i gruppundantagsförordningen²⁶⁴ står det att kommissionen måste agera om en marknad till 50 % täcks av selektiva distributionsnät. Det kan särskilt vara fallet då selektiva distributionsnät omfattar mer än 50 % av en marknad där produkterna inte kräver detta, eftersom det då är sannolikt att tillträdet till, och konkurrensen på marknaden, märkbart begränsas.²⁶⁵ Enligt min mening verkar det bara vara då leverantören är mycket stark och konkurrensen relativt svag som det kan bli aktuellt att återkalla gruppundantaget. I dessa fall torde dessutom gruppundantaget kunna återkallas

²⁶² se 8 § KL och 9.3 om förhållandet med artikel 8 gruppundantagsförordningen

²⁶³ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 187

²⁶⁴ artikel 8 gäller visserligen inte för svenska förhållanden, men har sin motsvarighet i 18 § KL, se även 9.3 om förhållandet dem emellan. Att i den här frågan snegla på, dra analogier mellan de båda lagrummen förefaller logiskt.

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

oavsett karaktären på produkten.²⁶⁶ Det kan sålunda konstateras att det sannolikt krävs relativt mycket för att en produkts karaktär skall resultera i att gruppundantaget återkallas. Dessa fall torde bli ytterst sällsynta, och därav blir den praktiska effekten av uttalandet i punkten 186 i riktlinjerna av marginell betydelse.

12.2 Särskilt allvarliga begränsningar

12.2.1 Begränsningar av försäljningsmöjligheter – Områdesskydd

Som utgångspunkt är det inte tillåtet att i ett vertikalt avtal ha med bestämmelser som begränsar det område inom eller de kunder till vilka en återförsäljare får sälja de varor och tjänster som omfattas av avtalet.²⁶⁷ Undantaget gäller alltså för uppdelning av marknaden avseende kunder eller område. Det finns emellertid ett för selektiva distributionssystem mycket viktigt undantag till detta. Det är tillåtet att förhindra medlemmars i ett selektivt distributionssystem försäljning till icke auktoriserade återförsäljare.²⁶⁸ Utan detta undantag skulle i regel ett selektivt distributionssystem vara verkningsslöst, vilket tydligt framgår av definitionen av selektiva distributionssystem given av gruppundantaget.²⁶⁹

Frågan uppkommer dock vad som gäller för medlemmar i ett selektivt distributionssystem när tillverkaren försöker begränsa deras försäljningar till andra auktoriserade återförsäljare. Kan dessa hindras från att sälja in till ett exklusivt område? Här tycks artikel 4 b) andra strecksatsen och artikel 4 d) stå mot varandra. Den förra stadgar ju att det är förenligt med gruppundantaget, att för att skydda ett exklusivt område, begränsa aktiv försäljning inom det aktuella området, medan artikel 4 d) utesluter begränsningar som hindrar korsvisa leveranser mellan återförsäljare i ett selektivt distributionssystem. Eftersom andra strecksatsen i artikel 4 b) är ett undantag till just denna bestämmelse får nog slutsatsen dras att det blir 4 d) som i en sådan situation får prioritet.²⁷⁰ Försäljning till auktoriserade återförsäljare måste sålunda alltid vara tillåten, vilket i regel inte torde föranleda några principiella problem för tillverkaren. För att skydda sitt varumärke, är ju denne mest intresserad av att hindra icke auktoriserade leverantören från att få tillgång till hans produkt.

²⁶⁵ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 83

²⁶⁶ se t.ex. artikel 8 gruppundantagsförordningen, Kommissionens riktlinjer p.80

²⁶⁷ Artikel 4 b) gruppundantagsförordningen

²⁶⁸ Artikel 4 b) tredje strecksatsen gruppundantagsförordningen

²⁶⁹ Artikel 1 d); se även mål 26/76 Metro SB-Grossmärkte GmbH mot Kommissionen p.27

Betydelsen av detta torde även vara liten om man vill skydda en återförsäljare inom ett för denne tilldelat exklusivt område. Eftersom det är förenligt med gruppundantaget att ha kvantitativa urvalskriterier kan återförsäljarna fördelas med ett jämnt avstånd. Dock, det torde vara mer relevant ur en ensamåterförsäljares synvinkel att reglera konkurrenternas möjlighet till tillgång och försäljning av produkten i fråga. Andra auktoriserade återförsäljare kan inte begränsas vad gäller leveranser.²⁷¹ Emellertid, eftersom det finns ett exklusivt område finns inga hinder mot att försäljning till oberoende återförsäljare begränsas.²⁷²

Här bör också artikel 4 c) beröras vilken ju inte tillåter begränsningar av försäljning till slutanvändare, oberoende om dessa är konsumenter eller näringsidkare. En förutsättning för att man skall kunna kombinera ett selektivt distributionssystem med områdesskydd – d.v.s. att ett visst område reserveras för en särskild återförsäljare – är alltså att passiv och aktiv försäljning inte på något sätt begränsas.²⁷³ Det finns alltså inga hinder mot ensamåterförsäljaravtal så länge återförsäljarens försäljning till slutanvändare inte hindras. Detta kan göra det svårt att upprätthålla ett effektivt skydd för en exklusiv återförsäljare, då liknande återförsäljare i motsvarande områden inte kan hindras från att sälja till dennes område. Följaktligen riskerar ensamåterförsäljarens exklusivitet att uttraderas. Den praktiska betydelsen av möjligheten att utnyttja exklusiva områden utifrån tillverkarens synvinkel torde dock vara marginell. Det är knappast eftersträvansvärt denne att begränsa antalet återförsäljare i allt för stor grad. Så länge de uppfyller kraven för återförsäljning är det ju i regel bättre att ha så många försäljningsställen som möjligt. Givetvis är detta beroende på vilken produkt man tillhandahåller. Bilar är det t.ex. kostsamt och praktiskt svårt att distribuera genom flera återförsäljare. Parfym däremot saknar bilarnas otymplighet och vinner mycket på att exponeras i stor utsträckning. För återförsäljarna finns det å sin sida naturligtvis ett intresse av att begränsa antalet konkurrenter. I praktiken torde det alltså bli tal om en avvägning mellan leverantörens och återförsäljarens intressen.

²⁷⁰ Korah & O'Sullivan, *Distribution Agreements Under the EC Competition Rules* s. 189

²⁷¹ Huruvida en återförsäljare skulle vara skyldigt att leverera är en annan fråga.

²⁷² Artikel 4 b) första strecksatsen gruppundantagsförordningen

²⁷³ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 53 samt artikel 4 b)-d) gruppundantagsförordningen

12.3 Konkurrensklausuler

I artikel 5 i gruppundantagsförordningen förbjuds inledningsvis konkurrensklausuler som löper på mer än fem år, förutsatt att köparen inte nyttjar en lokal som hyrs av säljaren.²⁷⁴ Det är heller inte tillåtet med klausuler som sträcker sig efter att ett avtal, t.ex. ett selektivt distributionsavtal, löpt ut.²⁷⁵ Av störst intresse för selektiva distributionssystem är emellertid artikel 5 c) som berör begränsningar av försäljning av vissa konkurrerande varumärken. Som vi tidigare sett kan selektiv distribution vara särskilt skadlig för mellanmärkeskonkurrensen. Därför anses detta vara en allvarlig begränsning som inte bör åtnjuta skydd av gruppundantaget. Eftersom man i gruppundantaget talar om vissa konkurrenters varumärken, finns inga hinder mot att man utfärdar ett allmänt förbud mot konkurrerande varumärken.²⁷⁶ Detta ger, vid en första anblick, en leverantör goda möjligheter att eliminera starka konkurrenter. Den praktiska betydelsen av detta torde dock vara begränsad eftersom det i avsaknad av ett mycket exklusivt, attraktivt eller starkt varumärke måste vara svårt att få en distributör att gå med på en sådan klausul. Då borde i de flesta fall 35-procentsspärren agera som ett hinder. Den stora vinsten för leverantörer som använder sig av selektiva distributionssystem är istället att man kan förhindra att lågprismärken av dålig kvalitet förknippas med ens varumärke, vilket brukar vara syftet med ett selektivt distributionssystem.

12.4 Överträdelse av 35-procentsspärren

En fråga av stor vikt är hur KKV kommer att behandla selektiva distributionsavtal som inte klarar 35-procentsspärren. Kommissionen är noggrann med att poängtera att gruppundantaget endast ger en presumtion om ett vertikalt avtals lagenlighet. Avtal som inte uppfyller kraven för undantag skall i enlighet med detta inte hamna i en situation där de på något sätt presumeras strida mot konkurrensreglerna.²⁷⁷ Skulle ett vertikalt avtal – som i övrigt är förenligt med gruppundantaget – bara obetydligt överstiga 35-procentsspärren torde detta inte leda till att avtalet träffas av förbudet i 6 § KL.²⁷⁸ Det finns dock anledning att i samband med detta dessutom reflektera över 19 § KL. Om företaget anses ha en dominerande ställning får ju detta andra konsekvenser. Sålunda

²⁷⁴ Artikel 5 a) gruppundantagsförordningen

²⁷⁵ Artikel 5 b) gruppundantagsförordningen

²⁷⁶ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 61

²⁷⁷ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar p. 62

²⁷⁸ Korah & O'Sullivan, Distribution Agreements Under the EC Competition Rules s. 240

finns det två aspekter på en överträdelse av 35-procentsspärren, här behandlar jag dock bara den förra.

12.4.1 Förändring i den rättsliga tillämpningen?

Den praxis som svenska och gemenskapsrättsliga konkurrensmyndigheter arbetat fram är mycket solid. Det finns relativt tydliga direktiv för när selektiv distribution är förenligt med förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete. Gruppundantaget anammar mycket av tidigare praxis och de ekonomiska teorier som vuxit fram genom åren.²⁷⁹ Den nya utformningen av gruppundantaget – som benämns ”*new style*” av somliga författare²⁸⁰ – tycks emellertid också kunna bli en rättskälla för bedömning av avtal som hamnar utanför dess tillämpningsområde. Ett stort reformarbete mynnade ut i gruppundantaget och det får sålunda anses spegla kommissionens (den ansvariga konkurrensmyndigheten inom EU) syn på vertikala begränsningar även utanför dess tillämpningsområde. Från Kommissionens riktlinjer och övriga yttranden från kommissionen förmedlas känslan av att det strävas efter en mer realistisk syn på vertikala avtal i stort.²⁸¹

För att besvara frågan om bedömningen av vertikala avtal kommer att förändras i allmänhet är det relevant att titta på praxis från före respektive efter gruppundantaget. Eftersom praxis från ”efter gruppundantaget” i stort sett är obefintlig är man lämnad till att försöka jämföra regleringen i gruppundantaget med äldre praxis.

Vid en sådan undersökning konstaterar man ganska snabbt att gruppundantaget, förutom den generella lagenlighetspresumtionen för vertikala avtal under 35-procentsspärren, inte tillför något nytt; vilket i och för sig följer av logiken i reglernas konstruktion. De särskilt allvarliga begränsningar som nämns i artikel 4 i gruppundantagsförordningen återfinns t.ex. alla i äldre praxis från EGD eller KKV. Det tycks alltså inte finnas några starka indikationer på en omfattande förändring av synen på vertikala begränsningar. Vad man däremot borde kunna förvänta sig är en mer realistisk bedömning av eventuella konkurrenshämmande effekter av selektiva distributionsavtal.

²⁷⁹ se t.ex. ”svarta listan” i artikel 4 gruppundantagsförordningen

²⁸⁰ Whish, Regulation 2790/1999: THE COMMISSION’S “NEW STYLE” BLOCK EXEMPTION FOR VERTICAL AGREEMENTS, 2000 CMLR 37: s. 887

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

Gruppundantaget med sitt generella undantag för somliga avtal kommer per automatik hjälpa till med detta. Syftet bakom reformeringen av bedömningen av vertikala avtal var ju just detta.²⁸²

Gränsen på 35 % måste vidare anses i viss mån flytande. Vi har redan konstaterat att en marginell överträdelse av 35-procentsspärren inte torde diskvalificera ett avtal från gruppundantagets tillämplighetsområde. Dessutom tycks det ju råda viss osäkerhet kring när ett vertikalt avtal har oönskade effekter på konkurrensen.²⁸³ Det blir sålunda en grannliga uppgift att bedöma sådana frågor. Avgörande för om avtalet anses omfattas av 6 § KL eller borde komma att bero på den aktuella marknadsstrukturen. Konkurrensproblem torde uppstå endast om konkurrensen mellan varumärken är otillräcklig; vilket sannolikt ej blir fallet på t.ex. icke koncentrerade marknader med många konkurrerande företag.²⁸⁴ Här kommer man sannolikt få se effekter av att möjligheten till individuellt undantag och icke-ingripandebesked försvinner. Det kommer vara mycket svårt att sia om huruvida ett selektivt distributionsavtal strider mot 6 § KL eller ej när det passerar 35-procentgränsen med viss marginal. Utan möjlighet att få detta kontrollerat hos konkurrensmyndigheten blir det en delikat uppgift för rådgivare och företag att avgöra. Kommissionens strävan till effektivitet går av naturliga skäl ut över företagen, som får ta ett större ansvar och leva i större osäkerhet.

²⁸¹ jfr Whish, Regulation 2790/1999: THE COMMISSION'S "NEW STYLE" BLOCK EXEMPTION FOR VERTICAL AGREEMENTS, 2000 CMLR 37: s. 888 & Uppföljningen till Grönboken om vertikala avtal s. 3-4

²⁸² se avsnitt 10.1

²⁸³ På EG-nivå är ju marknadsandelen satt till 30 %, att jämföras med Sverige 35 %

²⁸⁴ Kommissionens riktlinjer p. 119 (1)

AVSNITT IV – AVSLUTNING

13 Sammanfattande analys

13.1 Allmänt

Syftet på EG-nivå med reformen av bedömningen av vertikala var att förenkla regleringen. Samtidigt hade ju kommissionen länge utstått kritik för sin oförmåga att ta hänsyn till ekonomiska faktorer. I den betydelse att det nu finns tydliga direktiv i form av gruppundantag kan man sluta sig till att regleringen för selektiva distributionsavtal och vertikala avtal i övrigt blivit enklare att tillämpa. Vidare, Kommissionens riktlinjer betonar ekonomiska hänsyn på ett klart och tydligt sätt. Att undanta avtal mellan företag där leverantörens marknadsandel är lägre än 35 % var välkommet av många; och anses bättre spegla verkligheten. I regel uppstår inga konkurrenshämmande effekter i sådana fall, utom i särskilda fall (läs: särskilt allvarliga begränsningar).

Om kommissionen står fast vid, och följer vad man slagit fast i riktlinjerna, har man uppnått en mer realistisk-ekonomisk bedömning; och det är väl ganska troligt att så blir fallet. Hur förstainstansrätten och EGD kommer att svara på Kommissionens riktlinjer är mer osäkert. De är ju inte på något sätt bundna av ett tillkännagivande från en annan EG-instans. Kommissionens riktlinjer räknas inte upp i artikel 249 EGF där domstolarnas rättskällor räknas upp. Ibland refererar man till riktlinjer som s.k. *soft law*. Säkerligen kommer domstolarna emellertid att fästa relativt stor vikt vid vad man kommit fram till i Kommissionens riktlinjer. Kommissionen ansvarar ju för konkurrensen på den inre marknaden, och har lagt ner stora forskningsresurser för att uppnå reformeringen. Att KKV redan nu tillämpar riktlinjerna är redan klart. Det framgår av såväl praxis som diverse förarbeten. Dessa kommer med största sannolikhet spela en stor roll framöver, detta oavsett om systemet med gruppundantag försvinner, vilket föreslås i SOU 2003:73, eller ej.²⁸⁵ I utredningen lyfts också kommissionens riktlinjers och gruppundantags betydelse även för rent svenska förhållanden fram. Även om det svenska gruppundantagssystemet försvinner torde alltså befintlig reglering idag vara en viktig rättskälla i framtiden.²⁸⁶ Mycket talar alltså för att gruppundantagsförordningen, oavsett om den gäller för svenska förhållanden eller ej, i framtiden blir en rättskälla som man kan argumentera utifrån.

²⁸⁵ SOU 2003:73 s. 150

13.2 Vad har förändrats – rättsligt?

Naturligtvis är gruppundantaget i mångt och mycket en bekräftelse av äldre praxis. Eftersom alla vertikala avtal – så länge de inte innehåller särskilt allvarliga begränsningar – där leverantörens marknadsandel understiger 35 % är undantagna från 6 § KL, har ju möjligheten att använda sig av selektiva distributionssystem ökat. Till exempel spelar ju produkten ingen roll. Dessutom kan man numera använda sig av kvantitativa urvalskriterier, utan att något individuellt undantag krävs. Räckvidden för vilka sorts kvantitativa urvalskriterier som accepteras har också sträckts ut, eftersom man i gruppundantaget inte gör någon åtskillnad dem emellan. Gränsen blir här eventuell återkallelse av gruppundantaget – ett sällsynt använt instrument. Det enda som fordras, enligt definitionen av selektiv distribution i gruppundantagsförordningen, är att återförsäljarna utses enligt särskilda kriterier (samt de övriga krav som ställs för att man skall omfattas av gruppundantaget). Om man inte lyckas uppfylla definitionen blir ju dock inte hela gruppundantaget icke tillämpligt, utan bara de bestämmelser som nämner selektiv distribution; vilka då syftar på den givna definitionen i gruppundantagsförordningen.

Bedömningen av avtal som hamnar utanför gruppundantagets tillämpningsområde är intressant. Gruppundantaget ger en presumtion om förenlighet med 6 § KL. Avtal som hamnar utanför presumeras dock inte bryta mot förbudet. Marginella överträdelser av leverantörens marknadsandel kommer sannolikt inte att diskvalificera från undantag. Skulle emellertid marknadsandelen börja leta sig upp över 40 % finns dock anledning till att vara försiktig. En produkt som inte kräver selektiv distribution lär då orsaka konkurrenshämmande effekter som inte går att förena med 6 § KL. Selektiva distributionsavtal innehållande kvantitativa kriterier lär också bli svåra att hålla förenliga med ett individuellt undantag. Det är dock viktigt att notera att kvantitativa urvalskriterier inte per automatik är oförenliga med 6 § KL. För dessa bedömningar blir ”äldre” praxis aktuell (se avsnitt 11). Vidare ges ju numera vägledning i Kommissionens riktlinjer.²⁸⁷ Det är i regel leverantörens marknadsställning, konkurrenternas ställning samt förekomsten av ytterligare selektiva distributionssystem som kommer att avgöra om avtalet är konkurrensbegränsande eller ej.

²⁸⁶ SOU 2003:73 s. 155

²⁸⁷ se p. 184-198

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

Vid de här procentsatserna (>35 %) blir det även aktuellt att ta 19 § KL i beaktande. Beroende på marknadsstrukturen är 40-procentiga marknadsandelar och över, fullt möjliga att resultera i missbruk av dominerande ställning. Eftersom det är så smalt mellan gruppundantagets 35-procentsspärr och 19 § KL:s dominanskrav – låt vara att marknadsandelar inte ensamt avgör om ett företag är dominerande – torde inverkan av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete på dessa selektiva distributionsavtal minska. Särskilt då det även är möjligt att uppnå dominans genom ett kollektivt förfarande.

Rättslig bedömning av selektiva distributionsavtal som inte faller under gruppundantaget torde alltså inte ha förändrats särskilt mycket i strikt formell mening. Det finns inte enligt min mening fog för en åsikt att kommissionen generellt skulle ha intagit en mer liberal ställning till vertikala begränsningar. Gruppundantaget kan i och för sig närmast betraktas som en sorts liberalisering och rättskälla tillsammans med riktlinjerna, men innehållet bygger till stor del på äldre praxis. Vad som däremot betonas, vilket jag tidigare nämnt, är behovet av marknadsanalys – att man synar de ekonomiska effekterna av avtalen. Gruppundantaget och riktlinjerna kommer i praktiken se till att så blir fallet. Det är alltså här fokus finns och den största förändringen skett.

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

AVSNITT V – KÄLLOR

14 Källförteckning

Författningar

Förordning (1996:345) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om tekniköverföring

Förordning (1996:1368) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal inom försäkringssektorn

Förordning nr 17 Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86, EGT P 013 21.02.1962

Förordning (2001:254) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för specialiseringsavtal

Förordning (2000:1029) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om viss taxisamverkan

Förordning (2000:1193) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för vertikala avtal

Förordning (2001:255) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om forskning och utveckling

Förordning (2002:871) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för vertikala avtal inom motorfordonssektorn

Konkurrenslagen SFS 1993:20

Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden EGT nr L 336 , 29/12/1999

Rådets förordning nr 1/2003 om av den 16 december 2002 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, EGT nr L 001 04.01.2003

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

Förarbeten

Proposition 1997/98:130

Proposition 1992/93:56

Praxis

Kommissionen

kommissionens beslut i Krups, EGT L 120/26, 17.4.1980

kommissionens beslut i IBM Personal Computer, EGT L 118/24, 4.5.1984

kommissionens beslut i Omega, EGT L 242, 5.11.1970

kommissionens beslut i Villeroy & Boch, EGT L 376, 31.12.1985

kommissionens beslut i Vichy, EGT L 75/57, 11.1.1991

Förstainstansrätten

T-19/91 Société d'hygiène de Vichy mot Kommissionen, [1991] RS II-265

T-88/92 Leclerc mot Kommissionen, [1996] RS II-1851

T-7/93 Langnese-Iglo GmbH & Co. KG mot Kommissionen, [1995] RS II-1533

EG-domstolen

mål 127/73 Belgische Radio en Televisie mot Société Belges des Auteurs, Compositeurs et Editeurs (SABAM), [1974] RS 51 & 313

mål 15/74 Centrafarm mot Sterling, [1974] RS 1147

mål 26/76 Metro SB-Grossmärkte GmbH & CO. KG mot Kommissionen, [1977] RS 1875

mål 27/76 United Brands mot Kommissionen, [1978] RS 207

mål 85/76 Hoffmann-La Roche & CO. AG mot Kommissionen, [1979] RS 461

mål 31/80 NV L'Oréal mot De Nieuwe AMCK PVBA, [1980] RS 3775

mål 126/80 Salonia mot Poidomani och Giglio, [1981] RS 1563

mål 86/82 Hasselblad Ltd. mot Kommissionen, [1984] RS 883

mål 107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken mot Kommissionen, [1983] RS 3151

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

mål 243/83 Binon & Cie SA mot SA Agence et Messageries de la presse (AMP), [1985] RS 2015

mål 31/84 ETA mot DK Investment, [1985] RS 3933

mål 98/88 Hilti AG mot Kommissionen, [1990] RS II-163

C-41/90 Hoefner & Elsner mot Macotron GmbH, [1991] RS I-1979

C-241 & 242/91P Radio Telefis Eireann mot Kommissionen, [1995] RS I-743

Marknadsdomstolen

MD 1998:15 KKV mot Posten Sverige AB

MD 2001:4 Scandinavian Airlines System mot KKV

Förslag till avgörande av Generaladvokaterna

Förslag till avgörande av Generaladvokat Sir Gordon Slynn i mål 86/82 Hasselblad mot Kommissionen [1984] RS 883

Myndighetspraxis

Konkurrensverkets beslut

dnr 1805/93 Hewlett-Packard Sverige AB (1997-10-30)

dnr 1810/93 Boråstapeter AB (1997-06-09)

dnr 674/94 Stokke Fabriker AB (1995-06-22)

dnr 659/95 DUX Industrier AB (1996-12-03)

dnr 94/95 MaxMedica Naturmedel AB (1995-08-15)

dnr 181/97 Bang & Olufsen Svenska AB (1997-10-02)

dnr 1054/97 Salomon Sport AB ((1998-06-17)

dnr 669/1998 Boråstapeter AB (2002-01-09)

dnr 896/1999 Emmaljunga Barnvagnsfabrik AB (2000-03-16)

Doktrin

Bellamy, Christoffer & Child, Graham, European Community Law of Competition, 5 uppl., 2001

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

Hughes, Mat m.fl., The Economic assessment of Vertical Restraints Under U.K. and E.C: Competition law, European Competition Law Review nr. 10 2001

Korah, Valentine & Rothnie, Warwick, Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules, 2 uppl., 1992

Korah, Valentine & Sullivan Denis, Distribution Agreements Under the EC Competition Rules, 2002

Ritter, Lennart m.fl., European Competition Law: A Practitioners Handbook, 2 uppl., 2000

Wetter, Carl m.fl., Konkurrenslagen – En handbok, 2002

Whish, Richard, Regulation 2790/1999: THE COMMISSION'S "NEW STYLE" BLOCK EXEMPTION FOR VERTICAL AGREEMENTS, Common Market Law Review 37: 2000

Övrigt

Grönbok om vertikala begränsningar i EG:s konkurrenspolitik, COM(96)721

KKV:s allmänna råd (KKVFFS 1999:1) om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6 § konkurrenslagen (1993:20)

Kommissionens Tillkännagivande om relevant marknad, EGT nr C 372 9.12.1997

Regeringens Förordningsmotiv 2000:3, Förordning om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för vertikala avtal

SOU 2003:73 Reformerad konkurrensövervakning - Konsekvenser i Sverige av EG:s nya tillämpningsdirektiv. Delbetänkande från Utredningen om en modernisering av konkurrensreglerna

Selektiv distribution – Nya förutsättningar (?)

Tillkännagivande från Kommissionen. Riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT nr C 291 13.10.2000

Uppföljning av grönboken om vertikala begränsningar, EGT nr C 365 26.11.1998