



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Idakarin Bladh

En studie om selektiv
distribution av luxuösa produkter
– tre marknadsrättsliga perspektiv

Examensarbete
20 poäng

Hans Henrik Lidgard

EG-rätt - Konkurrensrätt/Marknadsföringsrätt/Immaterialrätt

VT 2004

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Syfte och frågeställningar	3
1.2 Material och metod	4
1.3 Avgränsningar	4
1.4 Disposition	5
2 ALLMÄNT OM SELEKTIV DISTRIBUTION	6
2.1 Definition av begreppen vertikala avtal och selektiv distribution	6
2.1.1 Urvalskriterier	7
2.2 En förändrad syn på vertikala avtal och selektiv distribution	8
2.3 Det konkurrensrättsliga perspektivet	8
2.3.1 Konkurrenshämmande effekter av selektiv distribution	9
2.4 Det ekonomiska perspektivet	11
2.4.1 Selektiv distribution ger upphov till effektivitetsvinster	11
3 HUR PÅVERKAS SELEKTIV DISTRIBUTION AV LYXPRODUKTER AV KONKURRENSREGLERNA	13
3.1 Allmänt om gällande rätt	13
3.2 Selektiv distribution av lyxprodukter	15
3.2.1 Kumulativa effekter	20
3.2.2 Individuellt undantag	21
3.2.3 Gruppundantagsförordningen 2790/99	23
3.2.3.1 Absoluta förbud	23
3.2.3.2 Selektiv distribution oavsett varans art	24
3.2.3.3 Kvantitativa urvalskriterier undantas genom gruppundantaget	24
3.2.3.4 Återkallelse av gruppundantaget	25
3.3 <i>Fine fragrances: A report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrance</i>	26
3.4 Debatten om selektiv distribution av lyxprodukter	28
3.4.1 En positiv syn	28
3.4.2 En kritisk inställning	30
3.5 Delanalys	32

4	NATIONELLA REGLER OM MARKNADSFÖRING OCH ILLOJAL KONKURRENS I SAMBAND MED SELEKTIV DISTRIBUTION AV LYXPRODUKTER.	35
4.1	Illojal konkurrens	35
4.1.1	“otillbörligt ingripande i avtalsförhållande”	35
4.1.2	Försäljning i strid med märkning på produkten	38
4.2	Vilseledande av konsument i samband med försäljning i strid med märkning på produkten	38
4.3	Nationell lagstiftning om marknadsföring och illojal konkurrens som handelshinder	39
4.3.1	EG-domstolens praxis	39
4.4	Delanalys	41
4.4.1	Tillämpning av EG-domstolens praxis	41
5	SELEKTIV DISTRIBUTION AV LYXPRODUKTER OCH DET VARUMÄRKESRÄTTSLIGA SKYDDET	46
5.1	Allmänt om varumärkesrätt	46
5.1.1	Varumärkesrättslig ensamrätt	46
5.1.2	Konsumtionsprincipen	47
5.2	Immateriella rättigheter som medel för att störa handeln med parallellimporterade produkter	47
5.2.1	Artikel 7.2 VM-direktivet - “skälig grund”	48
5.2.2	Artikel 7.2 VM-direktivet och illojal konkurrens	52
5.2.3	Nationella immaterialrättsliga lagar som hinder för parallellimport	53
5.3	Delanalys	54
5.3.1	“skälig grund”	54
5.3.2	“allvarlig skada”	55
5.3.3	Parallellimportens särställning	56
6	SAMMANFATTANDE ANALYS	58
	KÄLLFÖRTECKNING	62
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	66

Sammanfattning

Uppsatsen behandlar selektiv distribution av luxuösa produkter samt hur marknadsrättsliga regler påverkar möjligheten att upprätthålla sådana system. Lyxprodukter definieras i rättspraxis som högkvalitativa produkter med ett relativt högt pris som marknadsförs under prestigefyllda varumärken. Eftersom karaktären av lyx utgör den främsta konkurrensfördelen vid distribution av denna typ av produkter har rättighetshavaren ett stort intresse av att bevara den exklusiva bilden av produkterna. Detta kräver en god kontroll över distributionen och därför lämpar sig selektiv distribution särdeles väl för distribution av luxuösa produkter.

Selektiva distributionssystem medför dock oundvikligen konkurrensbegränsningar eftersom handeln med produkterna begränsas likväl som antalet återförsäljare. Den selektiva distributionen strider således mot artikel 81.1 EG såvida inte specifika kriterier som uppställts i EG-domstolens praxis uppfylls. Ursprungligen användes selektiv distribution främst för tekniskt komplicerade produkter men i två mål från EG-domstolen fastslogs att även en immateriell egenskap som produkternas karaktär av lyx samt tillverkarens intresse av att bevara den prestigefyllda bilden av varumärket kan berättiga till selektiv distribution. Från år 2000 omfattas dock majoriteten av alla selektiva distributionsavtal av *Gruppundantagsförordningen för vertikala avtal* (2790/1999) vilket innebär att EG-domstolens tidigare praxis på området till viss del hamnar i skymundan. Gruppundantaget tillåter selektiv distribution i större utsträckning än domstolens tidigare praxis så länge leverantörens marknadsandel inte överstiger 30 %. Selektiv distribution av lyxprodukter kan dock i vissa fall ge upphov till konkurrenshämmande effekter och frågan är om dessa uppvägs av effektivitetsvinster. Åsikterna går isär om huruvida luxuösa produkter borde berättiga till selektiv distribution och i så fall under vilka omständigheter.

För att skapa ”täta” selektiva nätverk vill rättighetshavaren kontrollera och om möjligt hindra den handel som sker utanför systemen. Nationella lagar om illojal konkurrens och marknadsföring kan då tjäna som medel för att utöva denna kontroll. Reglerna om fri rörlighet i EG-fördraget spelar dock en avgörande roll för i vilken utsträckning de nationella lagarna kan tillämpas. Även den immaterialrättsliga bestämmelsen i artikel 7.2 VM-direktivet har åberopats för att skydda prestigefyllda varumärken från skada. EG-domstolen satte dock ribban relativt högt och varumärkesinnehavaren måste visa att varumärkets anseende kommer att lida allvarlig skada om denne ska kunna motsätta sig en parallellhandlars fortsatta kommersialisering av produkterna.

Förkortningar

CA	Consumer Association
CML Rev	Common Market Law Review
E.C.L.R	European Competition Law Review
EG	EG-fördraget
IIC	International review of industrial property and copyright law
JT	Juridisk Tidskrift
MfL	Marknadsföringslagen (1995:450)
MMC	Monopolies and Mergers Commission
NIR	Nordisk Immateriellt Rättsskydd
UfR	Ugeskrift for Retsvaesen
PK	Paris konventionen
VM- direktivet	Varumärkesdirektivet (1989:104)

1 Inledning

1.1 Syfte och frågeställningar

Mitt intresse för distribution av luxuösa produkter har väckts genom många års arbete med denna typ av produkter på Kosmetikkedjan Kicks. Att koppla ihop mina kunskaper i juridik med min praktiska erfarenhet kändes därför som en intressant utmaning. Vidare är det ett ämne som ligger i tiden eftersom lyxindustrin växer för varje år som går i takt med att intresset för skönhet och hälsa ökar.

Syftet med uppsatsen är att redogöra för selektiv distribution av lyxprodukter och hur marknadsrättsliga regler¹ påverkar rättsinnehavarens ställning vid denna typ av distribution. Framförallt kommer jag att redogöra för hur marknadsrätten i form av konkurrensrätt, marknadsföringsrätt, immaterialrätt och till viss del reglerna om fri rörlighet, påverkar möjligheten för varumärkesinnehavaren att kontrollera handeln inom och utom det selektiva systemet.

De frågeställningar jag har arbetat efter har varit följande:

1. Vad rättfärdigar att luxuösa produkter säljs genom selektiva distributionsnät?
2. Vilka konkurrensrättsliga och ekonomiska effekter uppstår som följd av att luxuösa produkter distribueras genom selektiva system?
3. I vilken utsträckning kan en återkallelse av gruppundantaget för vertikala avtal bli aktuell i samband med selektiv distribution av lyxprodukter?
4. I vilken utsträckning kan varumärkesinnehavaren hindra handeln med produkterna ifråga utanför selektiva nät?
5. Skyddas luxuösa produkter i tillräcklig utsträckning av marknadsrättsliga regler och har rättighetsinnehavaren ett skäligt skydd mot parallellhandel?

¹ Definitionen av marknadsrätt är flytande, här används termen i en vid innebörd innefattande de rättsområden som sätter gränser för företagets verksamhet på marknaden. Jfr, *Bernitz, U.*, "Svensk marknadsrätt", 3: e uppl., Stockholm, 1991, s.5.

1.2 Material och metod

Jag använder mig av en rättsdogmatisk metod och för att fastställa gällande rätt på området har fakta sökts i EG-rättsligt offentligt tryck såsom aktuella lagar och förordningar, tillkännagivanden från kommissionen och kommissionens beslut. Även EG-domstolens och förstainstansrättens domar har använts för att beskriva utvecklingen eftersom rättsområdet till stor del har vidareutvecklats genom praxis. I nästa skede försöker jag, med utgångspunkt i gällande rätt, bringa klarhet i de ekonomiska och konkurrensrättsliga effekterna som selektiv distribution av lyxprodukter kan ge upphov till med hjälp av ekonomisk och juridisk litteratur, rapporter och artiklar.

I samband med redogörelsen för de rättsområden som inte är harmoniserade inom EU använder jag mig av nationell rätt och rättsfall från nationella domstolar. På grund av bristande kunskap i franska språket har jag i det avsnitt som behandlar fransk rätt valt att använda mig av sekundära källor.

Skälen bakom och upprättande av selektiva system analyseras ur en konkurrensrättslig synvinkel. De otillbörliga konkurrensåtgärder som tas upp aktualiserar tillämpningen av både marknadsföringsrätt och immaterialrätt. Vidare kommer som en naturlig del, till följd av valda ämne, även ingå politiska och ekonomiska överväganden. Slutligen sätter reglerna om fria varurörelser och det övergripande målet om marknadsintegration upp de yttre ramarna för tolkning och tillämpning av de övriga rättsområdena.

Varje kapitel inleds med en beskrivning av gällande rätt och praxis. Sedan följer en utvärdering av den betydelse respektive rättsområde har för distribution av lyxprodukter genom selektiva system. Varje kapitel avslutas med en delanalys som slutligen vägs samman i en sammanfattande analys.

1.3 Avgränsningar

Jag har valt att begränsa mig till handeln med luxuösa produkter då det kan finnas skäl att ifrågasätta om det är nödvändigt att denna typ av produkter distribueras genom selektiva distributionssystem. Denna avgränsning gäller dock bara för kapitel tre till sex. Kapitel två behandlar selektiva distributionssystem i allmänhet. Vidare är det huvudsakliga syftet att redogöra för den EG-rättsliga utvecklingen. Trots detta kommer framställningen till viss del även omfatta nationell rätt när de rättsområden som inte är harmoniserade behandlas. Tillämpningen av den nationella rätten kommer dock att knytas till de EG-rättsliga reglerna om fria varurörelser eller analyseras utifrån ett gemenskapsrättsligt perspektiv.

I tredje till sjätte kapitlen har framställningen i mesta möjliga mån avgränsats till omständigheter som framför allt är relevanta i samband med distribution av lyxprodukter. Detta innebär att jag av utrymmesskäl väljer att förbise en mängd omständigheter som förvisso hade varit av intresse i samband med selektiv distribution i allmänhet. Framförallt gäller detta redogörelsen för *gruppundantaget för vertikala avtal och samordnade förfaranden* och i kapitel fyra och fem.

Till sist bör det även påpekas att jag i kapitel fem endast avser att redogöra för varor i oförändrat skick.

1.4 Disposition

I kapitel två följer en kort redogörelse för selektiv distribution i allmänhet. Vidare redogörs för de konkurrensrättsliga och ekonomiska effekter som selektiv distribution generellt sett ger upphov till.

Kapitel tre behandlar selektiv distribution av lyxprodukter ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. Kapitlet inleds med en beskrivning av hur gällande rätt på området har utvecklats genom EG-domstolens praxis med utgångspunkt i två centrala rättsfall. Vidare redogörs även för gruppundantaget för vertikala avtal och de krav som uppställs däri. Till sist följer en genomgång av de effekter som selektiv distribution ger upphov till och en analys av hur väl de kriterier som har utvecklats i praxis och som uppställs i gruppundantaget uppfylls.

I kapitel fyra och fem redogörs för tillverkarens möjlighet att störa handeln med produkter som har hamnat utanför systemet med hjälp av regler om illojal konkurrens. I kapitel fyra behandlas möjligheten att åberopa nationella bestämmelser om otillbörliga konkurrensåtgärder och i vilken utsträckning detta är i överrensstämmelse med reglerna om fri rörlighet i EG-fördraget. I kapitel fem redogörs för två rättsfall från EG-domstolen som berör tillämpningen av den immaterialrättsliga bestämmelsen i VM-direktivets artikel 7.2 i samband med otillbörliga marknadsföringsåtgärder som skadar varumärket.

Varje kapitel avslutas med en delanalys som till sist vägs samman i en sammanfattande analys i kapitel sex.

2 Allmänt om selektiv distribution

2.1 Definition av begreppen vertikala avtal och selektiv distribution

Selektiva distributionsavtal omfattas av den grupp avtal som inom konkurrensrätten kallas vertikala avtal. Ett vertikalt avtal innebär att avtal ingås mellan två parter som är verksamma i olika led i produktions- eller distributionskedjan, alltså mellan företag som inte är faktiska eller potentiella konkurrenter.² Selektiv distribution i sin tur innebär att produkter eller tjänster endast distribueras genom exklusiva nätverk. Nätverken består av utvalda återförsäljare, s.k. auktoriserade återförsäljare, vilka endast tillåts sälja produkten till andra auktoriserade återförsäljare och slutkunder.³ På så vis skapas slutna distributionsnät vilka i teorin omöjliggör för icke auktoriserade återförsäljare att få tillgång till produkterna.⁴ I praktiken däremot förvärvar parallellhandlare inte alltför sällan produkter från medlemmar i selektiva system som genom försäljningen gör sig skyldiga till kontraktsbrott gentemot upprättaren av systemet. Trots detta är det ett faktum att selektiva distributionssystem medför en god kontroll över varuflödet för dem som väljer att distribuera sina produkter genom sådana system. Selektiv distribution ger även rättighetsinnehavaren möjlighet att kontrollera antalet återförsäljare, se till att återförsäljarna innehar den kunskap som krävs för att kunna distribuera produkterna och att den image som varumärkesinnehavaren eftersträvar upprätthålls.⁵

Selektiv distribution används framförallt vid distribution av märkesprodukter⁶, då främst luxuösa eller tekniskt komplicerade produkter.⁷ Denna typ av produkter är som regel immaterialrättsligt skyddade, vilket i sig kan sägas vara en förutsättning för att ett selektivt distributionssystem ska fungera. I annat fall skulle icke auktoriserade återförsäljare få tillgång till produkterna genom alternativa lagliga källor.⁸

² Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C291, 13/10/2000, s. 1, p. 23.

³ Kommissionens förordning (EG) nr 2790/99 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, EGT L 336, 29/12/1999 s. 21, artikel 1.d.

⁴ *Wetter, C., m.fl.*, "Konkurrenslagen - en handbok", 2: a uppl., Stockholm, 2002, s. 378.

⁵ *Bellamy, Sir C. & Child, G.*, "European Community law of competition", 5: e uppl., London, 2001, s. 538 f. & Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13/10/2000 s. 1, p. 184.

⁶ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13/10/2000, s. 1 p. 184.

⁷ Grönbok om vertikala begränsningar i EG: s konkurrenspolitik, KOM (1996), 721 slutlig, antagen av kommissionen den 22 januari 1997, p. 104.

⁸ *Hays T.*, "Parallel Importation under European Union Law", London, 2004, s. 145.

2.1.1 Urvalskriterier

De urvalskriterier som leverantören ställer upp när denne utser auktoriserade återförsäljare anses antingen vara kvalitativa eller kvantitativa. Denna indelning har utvecklats i kommissionens beslut och EG-domstolens praxis och medför olika bedömning ur en konkurrensrättslig synvinkel.⁹ Kvalitativa urvalskriterier anses som regel mindre konkurrensbegränsande än kvantitativa och omfattas som regel inte av förbudet i artikel 81.1 EG såvida vissa specifika kriterier är uppfyllda, (se närmare nedan).¹⁰ Vidare kan det utöver de kvalitativa kriterierna uppställas ytterligare skyldigheter av mer marknadsföringsmässigt slag, dessa omfattas av artikel 81.1 EG, men individuellt undantag beviljas som regel med stöd av artikel 81.3 EG.¹¹

Såsom *kvalitativa urvalskriterier* räknas objektiva krav som till exempel personalens kompetens, försäljningsställets exteriör och interiör, presentationen av produkterna, möjligheten till efterköpservice, och åtgärder som krävs för att övervaka att försäljning inte sker till icke auktoriserade återförsäljare. Om urvalskriteriet ska anses vara objektivt kvalitativt beror vidare till viss del på produktens art och omständigheterna i det enskilda fallet.¹²

Kvantitativa urvalskriterier omfattas som regel av artikel 81.1 EG, men det är effekten på konkurrensen som slutligt faller avgörandet.¹³ Det bör även påpekas att kvantitativa urvalskriterier numera omfattas av *gruppundantaget för vertikala avtal* (gruppundantaget).¹⁴ Såvida parterna inte överskrider den utsatta marknadsandelsgränsen presumeras ett avtal som innehåller denna typ av urvalskriterier numer vara lagligt.¹⁵ Som exempel på kvantitativa urvalskriterier kan nämnas fastställda inköpsvolym, krav på viss lagerhållning, minimiavstånd mellan återförsäljarna och en begränsning av antalet återförsäljare per stad.¹⁶

⁹ Se, kapitel 3.

¹⁰ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13.10.2000, s. 1, p. 185.

¹¹ Grönbok om vertikala begränsningar i EG: s konkurrensolitik, KOM (1996), 721 slutlig, antagen av kommissionen den 22 januari 1997, p 128 (ii) & *Bellamy & Child*, "European Community Law of Competition", 5: e uppl., London, 2001, s. 555.

¹² *Wetter, C., m.fl.*, "Konkurrenslagen - en handbok", 2: a uppl., Stockholm, 2002, s. 383 f.

¹³ *Hays, T.*, "Parallel Importation under European Union Law", London, 2004, s. 149.

¹⁴ Kommissionens förordning (EG) nr 2790/99 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, EGT L 336, 29/12/1999, s. 21. Se, Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13.10.2000, s. 1, p. 186.

¹⁵ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13.10.2000, s. 1, p. 186, p.21.

¹⁶ *Wetter, C. m.fl.*, "Konkurrenslagen – en handbok", 2: a uppl., Stockholm, 2002, s. 384.

2.2 En förändrad syn på vertikala avtal och selektiv distribution

Tidigare var kommissionens bedömning av om avtal var konkurrensbegränsande enligt artikel 81.1 EG mer formalistisk än idag.¹⁷ Numera använder sig kommissionen istället av en ekonomisk metod för att uppskatta avtalens effekt på marknaden. I punkt 7 i *kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar*¹⁸ anges att bedömningen skall göras med hänsyn tagen till de faktiska effekter som det vertikala avtalet har på marknaden och avtalet ska analysera i sitt marknadsmässiga sammanhang. Avtalsparternas och konkurrenternas marknadsandelar, eventuella inträdeshinder och marknads mognadsgrad är exempel på faktorer som vägs in vid en bedömning av om ett vertikalt avtal ger upphov till en konkurrensbegränsning som omfattas av artikel 81.1 EG.¹⁹

Tidigare omfattades inte selektiva distributionsavtal av något gruppundantag utan ett antal kommissionsbeslut och avgöranden från EG-domstolen ansågs vägledande.²⁰ Sedan år 2000 omfattas dock selektiva distributionsavtal av *gruppundantaget för vertikala avtal* som skapats i enlighet med artikel 81.3 EG. Preambel 8 i gruppundantaget anger att om leverantörens marknadsandel inte överstiger 30 % kan det förutsättas att vertikala avtal, som inte innehåller vissa typer av allvarliga konkurrensförstärkande begränsningar, i allmänhet bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen samtidigt som konsumenten tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås. Som tidigare nämnts skapar således gruppundantagsförordningen en presumtion för att vertikala avtal är lagliga såvida kriterierna som uppställs däri är uppfyllda.²¹

2.3 Det konkurrensrättsliga perspektivet

Att tillverkaren själv vill styra över vilka som tillåts handla med dennes produkter utgör inte något egentligt konkurrensrättsligt problem så länge denne inte har en dominerande ställning på marknaden. Det är först när de auktoriserade återförsäljarnas frihet att sälja utanför det selektiva nätverket begränsas som konkurrensrätten aktualiseras.²² Att det är tillåtet att begränsa sina återförsäljares frihet genom att kräva att de endast ska sälja till auktoriserade återförsäljare slogs dock fast i *Metro I* redan 1977.²³ Det

¹⁷ *Bellamy & Child*, "European Community Law of Competition", 5: e uppl., London, 2001, s. 77.

¹⁸ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13.10.2000, s. 1.

¹⁹ A.a. p. 121.

²⁰ Grönbok om vertikala begränsningar i EG: s konkurrenspolitik, KOM (1996), 721 slutlig, antagen av kommissionen den 22 januari 1997, p. 105.

²¹ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13.10.2000, s. p. 21.

²² *Korah, V.*, "EC Competition Law and Practice", 7: e uppl., Oxford, 2000, s. 239.

²³ EG-domstolen, Mål 26/76, *Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG v. Commission of the European Communities*, 25 oktober 1977, [1977] ECR 1875, p. 27.

huvudsakliga konkurrensrättsliga problemet utgörs av att inommarkeskonkurrensen minskar, framförallt är det priskonkurrensen som påverkas.²⁴ Numera är det dock allmänt accepterat att minskad inommarkeskonkurrens utgör ett problem främst när mellanmarkeskonkurrensen är svag eftersom det i första hand anses vara konkurrensen mellan varumärken som avgör hur konkurrensen på marknaden fungerar.²⁵ Om mellanmarkeskonkurrensen är svag försvinner incitamentet att sänka priset och de eventuella effektivitetsvinster som uppnås omvandlas istället till vinst.²⁶ Vidare ska det tilläggas att när det är fråga om en mogen och stagnerad marknad är risken större för negativa effekter på konkurrens än om marknaden är dynamisk.²⁷

Vertikala avtal anses vidare inte utgöra en stor fara ur konkurrenshänseende eftersom de i viss mån har en självkontrollerande karaktär. Avtalsparterna kompletterar varandra och det är samma produkt som tillverkas och säljs i flera led. Det skulle således skada efterfrågan på produkten om någon i tidigare eller senare led utövade sitt marknadsinflytande för att tillskansa sig fördelar. Parterna i vertikala förhållanden har därför som regel incitament att kontrollera varandra.²⁸

Värt att påpeka i samband med företeelsen selektiv distribution av lyxprodukter är att vertikala begränsningar som används för distribution av märkesvaror i allmänhet anses påverka konkurrensen mer negativt än samma begränsningar när det inte är frågan om märkesvaror. Detta eftersom varumärken tenderar att minska utbytbarheten mellan varor då märkesvaror i de flesta fall köps p.g.a. den image eller den kvalitet som förknippas med dem.²⁹

2.3.1 Konkurrenshämmande effekter av selektiv distribution

Som tidigare nämnts är det främst inommarkeskonkurrensen som påverkas negativt av selektiv distribution, vilket är en naturlig följd av att utbudet begränsas eftersom endast ett mindre antal återförsäljare blir auktoriserade och tillåts sälja produkten ifråga. Om mellanmarkeskonkurrensen samtidigt är svag kommer framförallt priskonkurrensen att minska avsevärt. Det finns de som hävdar att den minskade inommarkeskonkurrensen leder till ett högre prisläge generellt sett, vilket sedan medför att konkurrerande

²⁴ Wetter, C. m.fl., "Konkurrenslagen – en handbok", 2: a uppl., Stockholm, 2002, s. 378.

²⁵ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13.10.2000, s. 1 p. 6, p. 119. 1-2 & p. 187.

²⁶ Grönbok om vertikala begränsningar i EG: s konkurrenspolitik, KOM (1996), 721 slutlig, antagen av kommissionen den 22 januari 1997, p. 66.

²⁷ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13.10.2000, s. 1p. 194.

²⁸ A.a., p. 100.

²⁹ A.a., p. 119.5.

tillverkare höjer sina priser. På så vis kan selektiva distributionssystem även påverka mellanmärkeskonkurrensen³⁰

Utestängning av återförsäljare från marknaden är ytterligare en effekt som kan uppstå p.g.a. selektiv distribution. Antingen kan man tala om utestängning från möjligheten att sälja ett specifikt varumärke eller utestängning från marknaden som helhet. Då selektiv distribution främst tillämpas av leverantörer av märkesvaror är inträdeshindren ofta stora och det kan vara svårt att slå sig in på marknaden. Vidare tillämpas selektiv distribution vanligen av flera leverantörer på samma marknad och därmed är alternativa leveranskällor besvärliga att hitta.³¹ Detta får till följd att många återförsäljare utestängs från marknaden helt och hållet. Om man också ser till det faktum, vilket jag själv erfar, att många leverantörer av märkesvaror väljer att marknadsföra sina varor genom samma återförsäljare förstärks denna bild ytterligare. Framförallt är det lågprisföretag som riskerar att utestängas från marknader där selektiv distribution är en utbredd företeelse, vilket medför att priskonkurrensen tar skada.³² I *kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar* punkt 189 anges dock att det som regel inte går att få ett individuellt undantag, i enlighet med artikel 81.3 EG, i de fall lågprisföretag helt kommer att uteslutas från marknaden.

Även leverantörer kan under vissa förutsättningar löpa risk att utestängas från marknaden. Denna risk blir dock endast reell såvida selektiva distributionsavtal också innehåller s.k. konkurrensklausuler eller om en större andel av leverantörerna på marknaden använder sig av kvantitativa urvalskriterier som föreskriver att försäljningen av produkterna ifråga måste uppgå till en viss minimiandel av återförsäljarens totala försäljning eller tilldelas visst minimiutrymme på hyllor och liknande.³³

Kumulativa effekter uppstår när samma distributionsform tillämpas av flera leverantörer på marknaden och förstärker i princip alla de negativa effekter som kan uppkomma till följd av selektiv distribution.³⁴ Skulle kumulativa effekter uppstå har kommissionen möjligheten att återkalla gruppundantaget eller att inte tillämpa det.³⁵ I artikeln *"The Economic Assessment of Vertical Restraints Under U.K. and E.C. Competition Law"* betonas dock att när samma vertikala begränsning tillämpas av ett flertal av tillverkarna på samma marknad tyder detta på att det är det mest effektiva distributionssättet. Att hindra marknadsaktörerna från att använda sig av en viss typ av distribution behöver alltså inte ligga i konsumenternas intresse.³⁶

³⁰ Bishop, S., Walker, M., "The economics of EC Competition law", 2: a uppl., London, 2002, s. 165.

³¹ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar EGT C 291, 3.10.2000, s. 1, p. 190.

³² A.a., p. 187 & 188.

³³ A.a., p. 193.

³⁴ Peeperkorn, L., "The Economics of Verticals", Competition Policy Newsletter, 1998, nr. 2, s. 7.

³⁵ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar EGT C 291, 3.10.2000, s. 1, p. 189.

³⁶ Hughes, M., Celia, F. & Ross, K., "The Economic Assessment of Vertical Restraints Under U.K. and E.C. Competition Law", E.C.L.R., 2001, s. 430 f.

2.4 Det ekonomiska perspektivet

Som tidigare nämnt har kommissionen övergått till en ekonomisk metod vid sin tillämpning av de EG-rättsliga konkurrensregler.³⁷ Detta innebär att artikel 81.1 EG nu tolkas snävare och det är således färre fall som anses konkurrensbegränsande.³⁸ I *kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar* anges att vertikala begränsningar kan ge upphov till effektivitetsvinster³⁹ som i vissa fall anses väga upp de negativa effekter som distributionsavtalet har på konkurrensen. Om så är fallet kan undantag beviljas med stöd av artikel 81.3 EG.⁴⁰

2.4.1 Selektiv distribution ger upphov till effektivitetsvinster

Selektiv distribution är en av de vertikala begränsningar som kan användas för att lösa s.k. ”snålskjutsproblem”. Utan denna typ av begränsningar skulle en återförsäljare kunna åka snålskjuts på en annan återförsäljares säljfrämjande åtgärder såsom t.ex. service och rådgivning.⁴¹ Konsumenten skulle kunna tillgodogöra sig förköpsservice och rådgivning hos den återförsäljare som erbjuder sådana förmåner men sedan köpa produkten hos den återförsäljare som kan erbjuda produkten till ett lägre pris som följd av att denne inte har samma kostnader. Detta skulle i sin tur leda till att incitamentet att tillhandahålla service och rådgivning skulle minska. Investeringsnivåerna riskerar alltså att sänkas om återförsäljaren inte ”kan skörda där han sått”, vilket i sin tur kan komma att skada efterfrågan för produkten.⁴² Det ska dock hållas i åtanke att det naturligtvis finns konsumenter som föredrar ett lägre pris framför service. Framförallt de som brukar köpa produkten och vet vad de är ute efter. Således kan slutsatsen dras att oavsett om man begränsar distributionen endast till dem som upprätthåller en viss servicenivå på bekostnad av priset och detta skulle medföra att försäljningen ökar är det inte säkert att välfärden som helhet skulle gynnas.⁴³ Det ska även hållas i åtanke att denna typ av ”snålskjutsproblem” främst uppstår när det gäller nya och tekniskt komplicerade produkter vars kvalitet är svåra att bedöma innan de konsumerats eller som inte överhuvudtaget går att bedöma.⁴⁴ Vidare måste produkten vara relativt dyr då det annars inte skulle te sig som lönsamt att

³⁷ Se, avsnitt 2.2.

³⁸ *Bellamy & Child*, ”European Community Law of Competition”, 5: e uppl., London, 2001, s. 77.

³⁹ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar EGT C 291, 3.10.2000, s. 1, p. 115.

⁴⁰ A.a., p. 5.

⁴¹ A.a., p. 116.1.

⁴² *Bishop, S. & Walker, M.*, ”The economics of EC Competition law”, 2:a uppl., London, 2002, s. 160 f.

⁴³ *Peeperkorn L.*, ”The Economics of Verticals”, Competition Policy Newsletter, 1998, nr. 2, s. 5 f.

⁴⁴ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13.10.2000, p. 195.

köpa produkten hos en annan återförsäljare än den som tillhandahållit servicen.⁴⁵

I många fall används selektiv distribution för att begränsa försäljning av varan till återförsäljare som förknippas med kvalitetsprodukter. Att begränsa försäljningen till dessa återförsäljare kan vara av stor vikt vid lanseringen av en ny produkt eller varumärke som konsumenten inte har någon tidigare erfarenhet av.⁴⁶ Även för att upprätthålla ett redan befintligt varumärkes image är det av största vikt att det är återförsäljare som förknippas med kvalitetsprodukter som säljer varumärket.⁴⁷ Detta gäller framförallt produkter som köps p.g.a. trovärdighet, d.v.s. deras kvalitet går inte att bedöma på ett tillförlitligt sätt.⁴⁸

Ytterligare ett effektivitetsproblem som kan lösas med selektiv distribution är det s.k. ”hold-up-problemet”. Det sagda gäller i de fall då selektiva distributionsavtal kombineras med exklusiva återförsäljaravtal. Problemet uppstår framförallt när det krävs att särskilda investeringar görs, såsom utbildning av personal, införskaffandet av särskild utrustning o.s.v. För att detta ska utgöra ett problem krävs dock att investeringen är avtalspecifik d.v.s. att investeringen inte kan användas vid, tillverkning eller försäljning av en annan leverantörs produkter. Vidare måste investeringen vara långsiktig och asymmetrisk, d.v.s. den ena avtalsparten investerar mer än den andra.⁴⁹

Vidare kan stordriftsfördelar uppnås genom ett selektivt distributionsavtal med krav på minimiinköp, d.v.s. ett kvantitativt urvalskriterium. Då kan tillverkaren koncentrera försäljningen till ett mindre antal återförsäljare vilka köper större kvantiteter. Detta kommer i sin tur leda till sänkta transaktionskostnader och i slutänden ett lägre pris.⁵⁰

Distribution av produkter genom selektiva nätverk kan medföra negativa effekter på konkurrensen men i de fall märkbara konkurrensbegränsningar uppstår väger ofta effektivitetsvinster upp dessa.⁵¹ Effektivitetsvinster kan generellt sägas uppkomma i de fall selektiv distribution används för sådana produkter som kräver denna typ av distribution och om konkurrensen mellan varumärken inte är alltför svag.⁵²

⁴⁵ *Peeperkorn, L.*, ”The Economics of Verticals”, Competition Policy Newsletter, 1998, nr. 2, s. 5.

⁴⁶ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13.10.2000, s.1, p. 116.3.

⁴⁷ A.a., p. 116.8.

⁴⁸ A.a., p. 195.

⁴⁹ A.a., p. 116.4.

⁵⁰ A.a., p. 116.6.

⁵¹ A.a., p. 117 & *Bishop, S. & Walker, M.*, ”The economics of EC Competition law”, 2: a uppl., London, 2002, s. 170.

⁵² A.a., s. 162.

3 Hur påverkas selektiv distribution av lyxprodukter av konkurrensreglerna

3.1 Allmänt om gällande rätt

De gemenskapsrättsliga reglerna om konkurrensbegränsningar sätter gränser för och påverkar leverantörens möjlighet att använda sig av selektiv distribution. Den närmare innebörden av dessa regler har utvecklats och preciserats genom EG-domstolens praxis. Efter en översyn av policyn kring vertikala avtal antogs år 2000 ett gruppundantag för vertikala avtal.⁵³ Detta medförde att selektiva distributionsavtal som tidigare omfattats av artikel 81.1 EG numera undantas förutsatt att leverantörens marknadsandel inte överstiger 30 %. Gruppundantaget är således av stor vikt då en klar majoritet av alla selektiva distributionsavtal faktiskt kommer att undantas i enlighet därmed.⁵⁴ Nedan kommer jag först att redogöra för gällande rätt på ett mer generellt plan för att sedan beskriva hur fördragstext, EG-domstolens praxis och gruppundantaget tillämpas i samband med selektiv distribution av lyxprodukter.

Artikel 81.1 EG

Artikel 81.1 EG föreskriver;

”Följande är oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagsammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden.”

Med utgångspunkt i artikeln ovan har rättsläget vad gäller selektiv distribution vidareutvecklats i ett antal domar från EG-domstolen. Konklusionen av domsluten är att selektiva distributionsavtal som regel inte omfattas av artikel 81.1 EG om följande fyra kriterier är uppfyllda:

1. Produkten har egenskaper som berättigar en användning av selektiv distribution.⁵⁵

⁵³ Översynen skedde i form av Grönbok om vertikala begränsningar i EG: s konkurrenspolitik, KOM (1996), 721 slutlig, antagen av kommissionen den 22 januari 1997 & Uppföljning av grönboken om vertikala begränsningar, KOM (1998), 544 slutlig, EGT C365, 26/11/1998 s. 3.

⁵⁴ Korah, V. & O’Sullivan, D., ”Distribution Agreements under the EC Competition Rules”, Oxford, 2002, s. 267.

⁵⁵ EG-domstolen, Mål 31/80, NV L’Oréal och SA L’Oréal mot PVBA De Nieuwe AMCK, 11 december 1980, [1980] REG 3775, p. 16 ”För att kunna ta ställning till arten av kvalitetskriterierna för urval av återförsäljarna är det också nödvändigt att undersöka, att

2. Återförsäljarna är utvalda enbart mot bakgrund av objektiva kvalitativa kriterier som rör de tekniska kvalifikationerna hos återförsäljarna och deras personal eller försäljningsställets lämplighet. Vidare ska kriterierna tillämpas likformigt och utan diskriminering.⁵⁶
3. Kriterierna får inte gå utöver vad som kan anses nödvändigt för att uppnå en effektiv distribution.⁵⁷
4. Rättighetshavaren har som mål att förbättra konkurrensen för att på så vis rättfärdiga den minskning av priskonkurrensen som sker.⁵⁸

I *Metro I* fastställde EG-domstolen vidare att bedömningen av huruvida dessa fyra kriterier är uppfyllda ska göras objektivt och med hänsyn tagen till konsumentintresset.⁵⁹

Ett selektivt distributionsavtal kan komma att omfattas av artikel 81.1 EG trots att endast s.k. kvalitativa kriterier används om system inte är ”öppet”, d.v.s. återförsäljare vägras tillträde till distributionsnätet trots att de uppfyller de kvalitativa kriterierna.⁶⁰ Det måste dock finnas en viss systematik i handlandet, en enstaka vägran kan inte anses utgöra en överträdelse av konkurrensreglerna.⁶¹ Vidare anses diskriminering av vissa typer av återförsäljare, framförallt lågpris kedjor, som särskilt allvarlig.⁶² I *Metro II* uppmärksammades ytterligare en situation då normalt tillåtna s.k. ”öppna” system kan anses konkurrensbegränsande. I målet resonerade domstolen kring scenariot att flera selektiva system på samma marknad leder till att vissa distributionsformer utestängs från marknaden eller att det uppstår en prisstelhet som inte uppvägs av andra konkurrensfrämjande faktorer. Det betonades dock att inte bara förekomsten av ett flertal selektiva distributionssystem är tillräckligt för att dessa ska anses konkurrensbegränsande utan att det är den faktiska effekten på konkurrensen som ska vara avgörande.⁶³

produkten ifråga har sådana egenskaper att det med hänsyn till bevarandet av kvaliteten och av hänsyn till dess rätta användande är nödvändigt att använda ett selektivt distributionssystem”.

⁵⁶ EG-domstolen, Mål 26/76, *Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG v. Commission of the European Communities*, 25 oktober 1977, [1977] ECR 1875, p. 20.

⁵⁷ EG-domstolen, Mål 31/80, *NV L'Oréal och SA L'Oréal mot PVBA De Nieuwe AMCK*, 11 december 1980, [1980] REG 3775, p. 16.

⁵⁸ EG-domstolen, Mål 107/82, *AEG v. Commission*, 25 oktober 1983, [1983] ECR III-3151, p. 33 & 34.

⁵⁹ EG-domstolen, Mål 26/76, *Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG v. Commission of the European Communities*, 25 oktober 1977, [1977] ECR 1875, p. 21.

⁶⁰ EG-domstolen, Mål 26/76, *Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG v. Commission of the European Communities*, 25 oktober 1977, [1977] ECR 1875, p. 20.

⁶¹ EG-domstolen, Mål 107/82, *AEG v. Commission*, 25 oktober 1983, [1983] ECR 3151, p. 36, 37 & 39.

⁶² *Wetter, C. m.fl., "Konkurrenslagen – en handbok", 2: a uppl., Stockholm, 2002, s. 385.*

⁶³ EG-domstolen, Mål 75/84, *Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG v. Commission of the European Communities*, [1986] ECR s. 3021, p.40-41.

Avtal som innehåller kriterier som går utöver vad som kan anses vara objektivt och kvalitativt, framförallt s.k. kvantitativa krav, faller som regel under artikel 81.1 EG, (jfr avsnitt 2.1.1).⁶⁴ Det bör dock poängteras att det är effekten på marknaden som är avgörande, ett enstaka avtal med kvantitativa kriterier skulle troligtvis tillåtas med hänvisning till att effekterna på konkurrensen inom den relevanta marknaden skulle vara försumbara.⁶⁵ Den typ av kvantitativa urvalskriterier som direkt begränsar antalet återförsäljare, exempelvis en begränsning av antalet återförsäljare per stad ser man däremot allvarigare på.⁶⁶

3.2 Selektiv distribution av lyxprodukter

I kommissionens beslut (92/33/EEC I.B första stycket) definieras ”lyxprodukter” som högkvalitativa produkter med ett relativt högt pris som marknadsförs under prestigefyllda varumärken.⁶⁷ Nedan följer en närmare redogörelse för EG-domstolens praxis beträffande selektiv distribution av luxuösa produkter och de reflexioner som denna praxis har väckt både i doktrin och hos mig. Framförallt är det de två målen *Leclerc mot kommissionen*⁶⁸ som är av intresse för frågan om selektiv distribution av lyxprodukter.⁶⁹ Målen rör Yves Saint Laurents och Givenchys standardavtal för selektiv distribution av lyxkosmetika och luxuösa parfymprodukter. Kommissionens beslut att godkänna de selektiva distributionsavtalen överklagades till EG-domstolen av Galec (Groupement d’achat Edouard Leclerc), en inköpssammanslutning som i huvudsak levererar till stormarknader. Galecs talan vann dock inte bifall, med undantag för urvalskriteriet angående kravet på parfymförsäljning i viss skala där kommissionens beslut ansågs vara otillräckligt motiverat. I de båda fallen är kommissionens beslut och domarna i EG-domstolen i princip identiska därför kommer endast hänvisning att göras till beslut 92/33/EEC och mål T-19/92 som rör Yves Saint Laurents selektiva distributionssystem med undantag för de fall då besluten eller domsluten skiljer sig åt. Redogörelsen nedan tar sin utgångspunkt i de fyra kriterier som redogjorts för ovan.

⁶⁴ Korah, V. & O’Sullivan, D., ”Distribution Agreements under the EC Competition Rules”, Oxford, 2002, s. 276.

⁶⁵ Hays T., ”Parallel Importation under European Union Law”, London, 2004, s. 149.

⁶⁶ Bellamy & Child, ”European Community Law of Competition”, 5: e uppl., London, 2001, s. 550.

⁶⁷ Kommissionens beslut 92/33/EEC, OJ L12, 18/01/1992, s. 24, I.B första stycket.

⁶⁸ Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d’achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851 & Förstainstansrätten, Mål T-88/92, *Groupement d’achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1961.

⁶⁹ Kommissionen har även godkänt selektiva distributionsavtal för luxuösa produkter som klockor och kristall. Se, *Compagnie des Cristalleries Baccarat*, XXIst Report on Competition Policy (1991), p. 98 & *Chanel*, XXVte Konkurrensrapporten (1995) s. 137.

Första kriteriet:

Produktens art

För att selektiva distributionsavtal inte ska omfattas av artikel 81.1. EG krävs först och främst att produktens art berättigar till denna typ av distribution. I *Leclerc*-domarna slår förstainstansrätten fast att egenskaper inte enbart ska tolkas såsom materiella egenskaper utan även en ”aura av lyx” kan omfattas.⁷⁰ Det som anses berättiga till selektiv distribution är tillverkarens intresse av att bevara den prestigefyllda bilden av sitt varumärke och skydda sina investeringar samt behovet av att skydda konsumentens uppfattning om produktens exklusivitet och prestige. Detta kräver att produkten presenteras på ett sätt som stämmer överens med produktens exklusiva prägel och motsvarar bilden av varumärket.⁷¹ Selektiv distribution anses alltså bidra till att bevara ett av de huvudsakliga särdragen hos produkterna, vilket också utgör en viktig konkurrensfördel eftersom det är karaktären av lyx som skiljer dem från många produkter av samma varuslag.⁷²

Andra kriteriet:

Vad åsyftas med kvalitativa och objektiva kriterier?

Målet bakom nyttjandet av selektiva distributionssystem för lyxprodukter är framförallt att se till att det är de återförsäljare som kan bevara produktens och varumärkets ”aura av lyx” som blir auktoriserade. Frågan är om inte ett ställningstagande till huruvida återförsäljarna uppfyller detta krav är subjektivt snarare än objektivt. *Hays* påpekar detta i sin bok ”*Parallel Importation under European Union Law*” han menar att bedömningen av återförsäljarens möjlighet till att bevara varumärkets prestige faktiskt blir ett subjektivt ställningstagande eftersom det är en fråga om tycke och smak hos den som har avgörandet i sin hand.⁷³ Förstainstansrätten betonade dock att distributionssystemet måste vara öppet för alla som klarar av att bevara den luxuösa bilden av varumärket.⁷⁴ Vidare påpekar *Hays* att EG-domstolen hittills bara har uttalat sig om selektiv distribution som ett medel för att bevara ett varumärkes redan existerande image. Frågan om det är tillåtet att använda sig av sådana distributionssystem för att förbättra ett varumärkes image är fortfarande obesvarad.⁷⁵

⁷⁰ Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851, p. 115.

⁷¹ A.a., p. 116.

⁷² A.a., p. 114 & 120.

⁷³ *Hays T.*, ”Parallel Importation under European Union Law”, London, 2004, s. 147f.

⁷⁴ Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851, p. 122.

⁷⁵ *Hays T.*, ”Parallel Importation under European Union Law”, London, 2004, s. 148.

Kriterier som ansågs kvalitativa och objektiva i *Leclerc*-målen avsåg personalens yrkeskunnande, försäljningsställets läge och lokaler, förbud att sälja andra produkter som skulle kunna förringa bilden av Yves Saint Laurent och slutligen förbud mot butiksnamn som förknippas med ”avsaknad av eller begränsad kundrådgivning, status eller elegant dekor”.⁷⁶

Galec hävdade att kriterierna som rörde omgivning, skyltfönster och fasad var alltför allmänt hållna och därför skulle kunna innebära en diskriminering av varuhus och stormarknader. Förstainstansrätten uppmärksammade risken men hänvisade till att de nationella domstolarna ska övervaka så att kriterierna inte missbrukas.

Även förbudet mot försäljning av andra varor som genom sin närhet skulle kunna förringa varumärket ansågs sakna precision och tydlighet vilket skulle kunna leda till en subjektiv och skönmässig bedömning. Förstainstansrätten förtydligade därför kommissionens tidigare uttalande om att stormarknader inte kan uteslutas på denna grund⁷⁷ genom att tillägga att ”varor som normalt återfinns på en stormarknad inte i sig är av sådant slag att de skadar den ‘luxuösa bilden’ hos de ifrågavarande produkterna, förutsatt att den avdelning eller det utrymme som har avsatts för försäljning av lyxkosmetika är inrett på ett sådant sätt att dessa produkter presenteras under värdiga förhållanden”.⁷⁸

Vad gällde butiksnamnskriteriet betonade förstainstansrätten att det är konsumentens och inte leverantörens uppfattning om butiksnamnet som ska vara avgörande och att bedömningen ska fastställas på ett så objektivt sätt som möjligt. Vidare får inte en återförsäljares prispolitik vägas in så länge produkterna i övrigt presenteras under värdiga förhållanden. Enligt förstainstansrätten ska butiksnamnskriteriet tillämpas mycket försiktigt i de fall där kriterierna i övrigt är uppfyllda. Butiksnamnskriteriet i sig ansågs alltså vara ett berättigat krav så länge det tillämpas på ett korrekt sätt som minimerar risken för godtycklighet och diskriminering. Återigen hänvisades till nationella domstolars och myndigheters kontroll av hur kriteriet tillämpas.⁷⁹

Förstainstansrätten ogiltigförklarade kommissionens beslut på den punkt som rörde försäljning av andra varor eftersom det ansågs otillräckligt motiverat. Av utvärderingsformuläret framgick att en parfymförsäljning som understeg 60 % av en butiks verksamhet i praktiken innebar ett avslag på ansökan om auktorisation. Detta ansågs inte ha något samband med att bevara den luxuösa bilden av varumärket och gynnade specialiserade parfymier samtidigt som det missgynnade butiker med stort och varierat

⁷⁶ Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851, del B.

⁷⁷ Se, Kommissionens beslut 92/33/EEC, OJ L12, 18/01/1992, s. 24, II.A.5 femte stycket.

⁷⁸ Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851, p. 146.

⁷⁹ A.a., p. 158-163.

sortiment oavsett om de har en speciell avdelning för försäljning av luxuösa produkter.⁸⁰

Diskriminerande tillämpning

Galec hävdade att deras medlemmar som följd av kommissionen beslut redan på förhand var uteslutna från Yves Saint Laurents distributionsnät.⁸¹ De påpekade att stormarknaderna för att få tillträde till distributionsnätet måste överge sina marknadsföringsmetoder.⁸² Förstainstansrätten höll till viss del med vad gällde de enskilda kriteriernas formulering, (se ovan), men förkastade Galecs påståenden om att stormarknader var uteslutna på förhand.⁸³

Tredje kriteriet:

En proportionalitetsprincip

Denna princip kommer till uttryck i *Leclerc-målen* men också i *Vichy mot kommissionen*⁸⁴ Här kommer att redogöras för skillnaderna i förstainstansrättens resonemang. Målen rör distribution av produkter av samma varuslag men domstolarna kommer till skilda slutsatser till följd av att olika grunder åberopas. I *Leclerc-målen* grundas besluten framförallt på bevarandet av "auran av lyx" och *Vichy mot kommissionen* rör istället möjligheten till rådgivning i en seriös omgivning, konfidentialitet, lagerhållning av hela sortimentet, snabba leveranser och möjligheten att snabbt kunna dra tillbaka produkter. Vichys krav på att endast distribuera sina hudvårdande produkter genom apotek avslogs eftersom detta inte ansågs nödvändigt för en effektiv distribution av produkten.⁸⁵ Visserligen var det Vichys begränsning till just apotek som ansågs oproportionerlig och till och med kvantitativt då detta indirekt skulle begränsa antalet återförsäljare.⁸⁶ I *Leclerc-målen* uttrycker förstainstansrätten att det inte är säkert att karaktären av lyx skulle förbli intakt utan selektiv distribution av de ifrågakvarande produkterna.⁸⁷ Däremot betonades att distributionssystemen inte får tillämpas alltför restriktivt men så länge de kvalitativa kriterierna som tillämpas är nödvändiga för säkerställandet av att produkterna presenteras på ett godtagbart sätt anses de inte vara för långtgående.⁸⁸ Eftersom skälen till att selektiv distribution ansågs nödvändiga i det ena fallet och inte i det andra skiljer sig åt, är inte en direkt

⁸⁰ A.a., p. 148-155.

⁸¹ A.a., p. 69.

⁸² A.a., p. 72.

⁸³ A.a., p. 171.

⁸⁴ Förstainstansrätten, Mål T-19/91, 27 februari 1992, *Société d'Hygiène Dermatologique de Vichy v. Commission of the European Communities*, ECR [1992] II-415.

⁸⁵ A.a., p. 69.

⁸⁶ Bör dock tilläggas att förstainstansrätten i p. 69 i målet slår fast att bedömningen inte hade blivit annorlunda oavsett om kriteriet ansetts vara kvalitativt.

⁸⁷ Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december, 1996, REG [1996] II s. 1851, p. 121.

⁸⁸ A.a., p. 122 & 123.

jämförelse av de två målen av intresse. Däremot väcks funderingar kring vad som gör selektiv distribution nödvändigt. Det kan tyckas mer logiskt att själva produkten och dess användande berättigar till selektiv distribution än den uppfattning som varumärkesinnehavaren vill att konsumenterna ska ha av märket. En ”aura av lyx” borde snarare vara nått som uppstår genom att produkterna är högkvalitativa och marknadsförs på ett bra sätt. Det kan noteras att kommissionen i sitt beslut hävdar att Vichys önskan att endast distribuera sina produkter genom apotek snarare är en marknadsföringsåtgärd för att dra fördel av apotekens goda rykte vad det gäller hälsa och säkerhet och på så vis skapa och behålla en märkesimage.⁸⁹ Frågan är om inte motiven bakom Yves Saint Laurents och Givenchys selektiva distributionssystem kan sägas vara i princip detsamma. Visserligen uppstår fördelar såsom rådgivning, service och rationalisering av kostnader men så blir fallet även i *Vichy*.

Fjärde kriteriet:

Eftersträvas en förbättrad konkurrens som rättfärdigar en minskning av priskonkurrensen?

Återigen betonas vikten av ett ”öppet” system genom påpekandet att en förbättrad konkurrens inte kan anses eftersträvas om inte alla återförsäljare som uppfyller kriterierna får tillträde till distributionsnätet.⁹⁰ Förstainstansrätten menar att de konkurrensbegränsningar som selektiv distribution medför uppvägs av en förbättrad konkurrens i form av att den luxuösa bilden av varumärket bevaras, vilket uppskattas av konsumenterna.⁹¹ Ett villkor är dock att begränsningarna inte går längre än nödvändigt, (se ovan).

Konsumentintresset

Som tidigare nämnts är det med beaktande av konsumentintresset som det slutligen ska avgöras om ett selektivt distributionsavtal omfattas av artikel 81.1. EG. I *Leclerc*-målen konstaterar förstainstansrätten att lyxframtoning är viktig för konsumenten och att de konsumenter som efterfråga lyxprodukter har ett intresse av att dessa presenteras under lämpliga förhållanden och att deras framtoning inte fläckas.⁹² Eftersom selektiv distribution bidrar till att den lyxiga framtoningen bevaras genom att säkerställa att produkterna presenteras på ett respektabelt sett ansågs det således motiverat, med beaktande av konsumentintresset, att selektiva distributionssystem för lyxkosmetika inte omfattas av artikel 81.1 EG.

⁸⁹ Kommissionens beslut 91/153/EEC, OJ L 075, 21/03/1991, s. 57, p. 18 c.

⁹⁰ Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851 p. 122.

⁹¹ A.a., p. 119.

⁹² A.a., p. 114 & 118-120.

3.2.1 Kumulativa effekter

Som nämnts ovan i avsnitt 3.1 kan kumulativa effekter leda till att ett selektivt distributionsavtal omfattas av artikel 81.1 EG trots att endast kvalitativa urvalskriterier tillämpas. Kumulativa effekter som uppstår p.g.a. att ett flertal parallella selektiva nät finns på en och samma marknad är av särskilt intresse när distribution av märkesprodukter behandlas eftersom denna typ av produkter i princip alltid distribueras genom selektiva nät.⁹³ Att så är fallet även inom marknadssegmentet lyxkosmetika framgår av kommissionens beslut rörande Givenchys och Yves Saint Laurents distributionssystem och de efterföljande *Leclerc*-domarna där det konstaterades att nästan alla tillverkare använder sig av selektiv distribution.⁹⁴

När ett flertal leverantörer på samma marknad tillämpar selektiv distribution ökar riskerna för minskad mellanmärkeskonkurrens och utestängning av effektivare återförsäljare.⁹⁵ Som tidigare nämnt uppmärksammades detta för första gången i *Metro II*, (se avsnitt 3.1). Att marknaden för lyxprodukter är så pass homogen får återverkningar eftersom återförsäljarna inte kan vända sig till alternativa leverantörer. De återförsäljare som inte uppfyller de kvalitativa kriterierna kommer inte att kunna få tillgång till produkterna på annat sätt än genom parallellmarknaden eller inte alls, vilket också är själva syftet från leverantörens sida. Problem uppstår framförallt om urvalskriterierna tillämpas på ett godtyckligt sätt, vilket kan leda till att en viss typ av detaljister utesluts. Denna risk förstärks ytterligare eftersom det är troligt att relativt lika kriterier används av leverantörerna på en och samma marknad. Är det vidare återförsäljare med en annan konkurrensstrategi som strävar efter att pressa priserna som utesluts blir effekten en minskad priskonkurrens, detta eftersom de auktoriserade återförsäljarna har liknande kostnader vilket gör att de som regel inte är beredda att sänka sina försäljningsmarginaler. Risken för utestängning av återförsäljare från marknaden är ännu större i de fall kvantitativa urvalskriterier tillämpas, eftersom antalet återförsäljare då direkt eller indirekt begränsas i större utsträckning trots att de i många fall skulle uppfylla de kvalitativa kriterierna, (jfr riktlinjerna om vertikala begränsningar punkt 189). I en sådan situation är det troligen många återförsäljare som blir uteslutna trots att de har viljan att sälja produkterna ifråga och möjligheten att upprätthålla den standard som krävs. Detta minskar inommärkeskonkurrensen ytterligare och ger leverantörerna en ökad makt.

⁹³ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13/10/2000 s.1, p. 184.

⁹⁴ Kommissionens beslut, 92/33/EEC, OJ L 12, 18/01/1992, s. 24, I.B fjärde stycket & förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851, p. 180.

⁹⁵ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13/10/2000 s.1, p. 187 & 188.

Galec hävdade i båda *Leclerc* målen att förekomsten av parallella nät borde medföra att artikel 81.1 EG blev tillämplig.⁹⁶ Förstainstansrätten konstaterade dock att stormarknader som Leclerc centrumen inte var utestängda till följd av distributionsavtalen.⁹⁷ Vid bedömningen av om det fanns effektiv konkurrens på marknaden förkastade förstainstansrätten kommissionens argument att konsumenten kan välja att köpa liknande produkter på en angränsande marknad där selektiv distribution inte används om denna är missnöjd med tillverkarens affärsstrategi, (se beslut OJ L12, 18/0171992, II.B.3), eftersom det fastslagits att utbytbarenheten mellan liknande produkter inom andra segment och lyxkosmetika är liten.⁹⁸ Förstainstansrätten konstaterade vidare att en rapport från en viss professor Weber⁹⁹ visade på en begränsad konkurrens mellan lyxösa parfymers år 1987 men kommissionens beslut bedömdes inte vara felaktigt eftersom det inte ansågs styrkt att det saknades effektiv konkurrens på marknaden mellan auktoriserade återförsäljare.¹⁰⁰

3.2.2 Individuellt undantag

De kriterier som är kvantitativa eller som i övrigt går utöver vad som kan anses kvalitativt omfattas som regel av artikel 81.1 EG och kräver om så är fallet ett individuellt undantag i enlighet med artikel 81.3 EG.¹⁰¹ Detta förutsatt att avtalet inte omfattas av gruppundantaget för vertikala begränsningar (se avsnitt 3.2.3). Ett undantag kan beviljas i enlighet med artikel 81.3 EG om avtal eller grupper av avtal mellan företag,

”bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås”

Vidare får inte begränsningarna gå längre än nödvändigt eller ge företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel.¹⁰² Då möjligheten till ett individuellt undantag för avtal som innehåller kvantitativa kriterier eller kriterier som i övrigt går utöver vad som kan anses kvalitativt bedöms är det främst konkurrenternas ställning på marknaden och om det föreligger någon

⁹⁶ Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851, del D.

⁹⁷ A.a., p. 183.

⁹⁸ A.a., p. 186. & p. 178.

⁹⁹ Bristande kunskap i franska har omöjliggjort en närmare redogörelse. För den som har intresse av att läsa rapporten i sin helhet; Weber, A. P., ”Les Systèmes de Distribution Sélective dans la Communauté du Point de Vue de la Politique de Concurrence Le Cas de L'Industrie des Parfums et des Produits Cosmétiques”, EC Commission Document 1988, ISBN 92-825-8615-4.

¹⁰⁰ A.a., p. 190-191.

¹⁰¹ Korah, V. & O'Sullivan, D., ”Distribution Agreements under the EC Competition Rules”, Oxford, 2002, s. 267.

¹⁰² Jfr, artikel 81.3 EG.

kumulativ effekt som bedöms.¹⁰³ Detta eftersom en begränsning av inommärkeskonkurrensen främst anses vara ett problem när det råder svag mellanmärkeskonkurrens (se avsnitt 2.3). Det är dock inte troligt att ett individuellt undantag beviljas för distributionsavtal som innehåller urvalskriterier som direkt begränsar antalet återförsäljare om distributionsavtalen hindrar nya återförsäljare som kan sälja produkterna ifråga från att komma in på marknaden.¹⁰⁴

De kriterier som omfattades av artikel 81.1 EG och således krävde ett individuellt undantag i *Leclerc*-målen var ansökningsförfarandet till distributionsnätet, krav på minimiinköp per år, lagerhållning, samarbetskrav vid marknadsföring.¹⁰⁵ Undantag beviljades av kommissionen i enlighet med artikel 81.3 EG eftersom fördelarna ansågs väga tyngre än nackdelarna och effekten av begränsningarna var att Yves Saint Laurents produkter såldes under sådana förhållanden som gjorde det möjligt att bevara den exklusiva bilden av varumärket.¹⁰⁶

Kravet på minimiinköp ansågs göra det möjligt att koncentrera distributionen till de mest effektiva detaljisterna och därmed sänka transaktionskostnaderna.¹⁰⁷ Distributionsnätet bedömdes bli alltför vidsträckt om alla som uppfyllde de kvalitativa kraven tilläts distribuera Yves Saint Laurents produkter. En indirekt begränsning av antalet återförsäljare, i form av krav på minimiinköp, ansågs nödvändig för att upprätthålla varumärkets status och hålla nere distributionskostnaderna.¹⁰⁸ Kravet på lagerhållning och lagerrotation berättigades av produkternas tillgänglighet och fräschhet.¹⁰⁹

Ur ett konsumentperspektiv motiverades ett undantag med att produkternas exklusiva karaktär bevarades. Detta ansågs komma konsumenterna till godo eftersom karaktären av lyx ansågs var huvudmotivet till konsumenternas val.¹¹⁰ På denna punkt kritiserades kommissionen av Galec eftersom de menade att bevis saknades för ett sådant ställningstagande vilket också ansågs vara alltför traditionsbundet.¹¹¹ Konsumentfördelar som är obestridliga såsom ökad service och tillgången till produkterna togs också upp av kommissionen. Det framgår av domsluten i *Leclerc*-målen att kommissionen inte hade grundat sig på oberoende expertis och att viss kritik

¹⁰³ *Bellamy & Child*, "European Community Law of Competition", 5: e uppl., London, 2001, s. 555.

¹⁰⁴ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar EGT C 291, 3.10.2000, s. 1, p. 189.

¹⁰⁵ Kommissionens beslut, 92/33/EEC, OJ L 12, 18/01/1992, s. 24, II.A.6.

¹⁰⁶ A.a., II.B.2 åttonde stycket.

¹⁰⁷ A.a., II.B.2 tredje stycket.

¹⁰⁸ A.a., II.B.4 fjärde stycket.

¹⁰⁹ A.a., II.B.2 fjärde stycket.

¹¹⁰ A.a., II.B.3.

¹¹¹ EG-domstolen, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851, p. 77.

framförts av konsumentföreningar. Förstainstansrätten ansåg dock att motiveringen till att bevilja ett individuellt undantag var tillräcklig.¹¹²

3.2.3 Gruppundantagsförordningen 2790/99

Gruppundantagsförordningen för vertikala avtal och samordnade förfaranden (gruppundantaget)¹¹³ trädde i kraft den 1 januari 2000. Artikel 2.1 i gruppundantaget föreskriver;

”Enligt artikel 81.3 i fördraget och om inte något annat följer av denna förordning förklaras artikel 81.1 icke tillämplig på avtal eller samordnade förfaranden som ingås mellan två eller flera företag som vart och ett, inom ramen för avtalet, är verksamt i olika led i produktions- eller distributionskedjan, och som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster.”

I gruppundantagets artikel 3.1 anges dock att en marknadsandel understigande 30 % är en förutsättning för att undantaget i artikel 2 ska bli tillämpligt. Detta eftersom vertikala avtal presumeras ge upphov till effektivitetsfrämjande effekter samtidigt som konsumenten tillförsäkras en skälig andel av den vinst som uppnås när marknadsandel inte överstiger detta tröskelvärde.¹¹⁴ Om marknadsandelen däremot skulle överstiga 30 % kan det inte längre förutsättas att de effektivitetsfrämjande effekterna uppväger de negativa effekterna på konkurrensen och ett undantag enligt gruppundantaget kan inte beviljas utan parterna får förlita sig till ett individuellt undantag istället.¹¹⁵ Det ska dock påpekas ett gruppundantag endast är av intresse om avtalet faktiskt omfattas av artikel 81.1 EG från första början. Om avtalet redan uppfyller de krav som utvecklats i tidigare praxis, vilken redogjorts för ovan, och således inte omfattas av artikel 81.1 EG är gruppundantaget i princip ointressant. I *”Competition Law”* påpekar *Whish* att många aktörer på marknaden trots detta kommer att sträva efter att uppfylla kriterierna i gruppundantaget för att vara på den säkra sidan.¹¹⁶ Då blir resonemanget snarare omvänt d.v.s. domstolens praxis aktualiseras framförallt i de fall då ett avtal inte omfattas av gruppundantaget.

3.2.3.1 Absoluta förbud

Det finns vertikala begränsningar som är absolut förbjudna enligt gruppundantaget, den så kallade ”svarta listan”, vilka medför att undantaget i sin helhet inte tillämpas på avtalet ifråga. Dessa redogörs för i artikel 4 c-d i gruppundantaget, som föreskriver att aktiv eller passiv försäljning till slutanvändare inte får begränsas och korsvisa leveranser mellan distributörer i ett selektivt distributionsavtal måste tillåtas.

¹¹² A.a., p. 200.

¹¹³ Kommissionens förordning (EG) nr 2790/99 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, EGT L 336, 29/12/1999, s. 21.

¹¹⁴ A.a., preambel p. 8.

¹¹⁵ A.a., preambel p. 9.

¹¹⁶ *Whish, R., ”Competition Law”, 4: e uppl., London, 2001, s. 569.*

3.2.3.2 Selektiv distribution oavsett varans art

Till skillnad från tidigare praxis från EG-domstolen, som redogjorts för ovan, omfattas selektiva distributionsavtal av gruppundantaget oavsett produktens art. Det görs alltså ingen bedömning av om produktens karaktär berättigar till selektiv distribution eller inte. Troligtvis med tidigare praxis i åtanke görs däremot en reservation för möjligheten till återkallelse av gruppundantaget i de fall när ett selektivt distributionssystem inte medför tillräckliga effektivitetsfrämjande effekter. En kompensation av betydande konkurrenshämmande effekter anses i allmänhet inte vara trolig i de fall produktens karaktär inte kräver selektiv distribution.¹¹⁷

Detta kan verka som ordklyveri då slutresultatet kan tyckas bli exakt detsamma, d.v.s. att produktens art har betydelse för om selektiv distribution tillåts. Skillnaden är dock den att huvudregeln enligt gruppundantaget är att selektiv distribution är tillåten oavsett varans art och återkallelse blir endast aktuellt om kommissionen kan visa att art 81.3 EG inte uppfylls. I tidigare praxis var det istället tillverkaren som skulle visa att dennes produkt berättigade till selektiv distribution.

3.2.3.3 Kvantitativa urvalskriterier undantas genom gruppundantaget

Avtal som innehåller kvantitativa urvalskriterier undantas enligt gruppundantaget.¹¹⁸ Detta innebär att alla former även de mest restriktiva formerna av kvantitativa urvalskriterier där antalet återförsäljare direkt begränsas kan tillämpas så länge kumulativa effekter inte uppstår.¹¹⁹ I de fall en direkt begränsning av antalet återförsäljare görs är min uppfattning att idén om de ”öppna” selektiva systemen som har utvecklats av EG-domstolen kommer att gå om intet, eftersom det då blir en praktisk omöjlighet att ge tillträde till de återförsäljare som uppfyller kriterierna i övrigt. Frågan är om sådana direkta begränsningar av antalet återförsäljare ska ses som urvalskriterier överhuvudtaget. Återförsäljarna kan inte uppfylla dessa ”kriterier” utan det är snarare frågan om begränsningar som ligger utanför avtalet.¹²⁰ I kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar omfattas dock denna typ av begränsningar av begreppet kvantitativa urvalskriterier.¹²¹

¹¹⁷ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13/10/2000 s.1, p. 186.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Se, A.a., p. 189.

¹²⁰ Jfr, *Bellamy & Child*, ”European Community Law of Competition”, 5: e uppl., London, 2001, s. 550.

¹²¹ Se, p. 185.

3.2.3.4 Återkallelse av gruppundantaget

Återkallelse av gruppundantaget kan ske på två sätt. Antingen tillämpas inte gruppundantaget i ett enskilt fall (jfr artikel 6 gruppundantaget) eller så blir gruppundantaget indraget för en hel marknad (jfr artikel 8 gruppundantaget). Det sistnämnda kräver dock att 50 % av den aktuella marknaden omfattas av selektiv distribution. Återkallelse kan komma ifråga i de fall när avtalet omfattas av artikel 81.1 EG och något av villkoren i artikel 81.3 EG inte är uppfyllda.¹²²

Återkallelse till följd av kumulativa effekter är av intresse i samband med distribution av lyxprodukter eftersom marknaden är så pass homogen vad gäller distributionssätt. Detta är en logisk följd av att det är produkterna ifråga som gör systemet fördelaktigt.¹²³ Kumulativa effekter kan medföra att artikel 81.3 EG inte uppfylls om tillträde till marknaden försvåras eller konkurrensen på marknaden minskar.¹²⁴ I riktlinjerna om vertikala begränsningar anges att om marknadsandelen som omfattas av selektiv distribution är mindre än 50 % är det inte troligt att problem med kumulativa effekter uppstår. Att problem uppstår anses inte heller vara troligt om marknadsandelen som omfattas av selektiv distribution är högre än 50 % så länge de fem största leverantörerna har en marknadsandel som understiger 50 %.¹²⁵ Av intresse i sammanhanget kan vara att Yves Saint Laurent 1992 innehade 9 %¹²⁶ och Givenchy innehade 3.1 % av gemenskapsmarknaden för luxuösa parfymprodukter. Givenchy ingick dock 1992 i koncernen Louis Vuitton Moët-Hennessy som innehade 10 % av gemenskapsmarknaden för luxuösa parfymprodukter.¹²⁷ Med dessa siffror i åtanke och med beaktande av vad som redan tidigare konstaterats, att i princip alla tillverkare inom marknaden för luxuös kosmetika respektive parfymprodukter använder sig av selektiv distribution, anser jag det troligt att riktlinjerna och risken för återkallelse av gruppundantaget i framtiden kommer att vara av betydelse för lyxkosmetikaindustrin samt lyxindustrin som helhet.

Gruppundantaget kan också återkallas i enlighet med artikel 8 när parallella selektiva nät grundar sig på urvalskriterier som inte är nödvändiga med hänsyn till produkternas karaktär eller utestänger vissa distributionsformer.¹²⁸ Det ska dock tilläggas att återkallelse av

¹²² Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13/10/2000 s.1, p. 71.

¹²³ *Bellamy & Child*, "European Community Law of Competition", 5: e uppl., London, 2001, s. 552.

¹²⁴ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13/10/2000 s.1, p. 73.

¹²⁵ A.a., p. 189.

¹²⁶ Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851, p. 2.

¹²⁷ Kommissionens beslut, 92/428/EEC, OJ L 236, 19/08/1992, s. 11, I.B femte stycket.

¹²⁸ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13/10/2000 s.1, p. 83.

gruppundantag hittills inte har utnyttjats särskilt flitigt och gruppundantaget för vertikala avtal har hittills aldrig återkallats.¹²⁹

3.3 Fine fragrances: A report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrance

Rapporten skrevs 1993, och behandlar de konkurrensrättsliga förhållandena och den selektiva distributionen av luxuösa parfymer på den brittiska marknaden.¹³⁰ I detta avsnitt kommer jag dock endast att redogöra för de aspekter som är av intresse för frågan om selektiv distribution av lyxprodukter i allmänhet.

Granskningen initierades av Office of Fair Trading (OFT) mot bakgrund av att två lågprisdetaljister, Superdrug och Tesco, gjort dem uppmärksamma på att de ansåg sig blivit utsatta för diskriminering då de vägrats tillträde till ett antal selektiva distributionsnät för luxuösa parfymprodukter. Monopolies and Mergers Commission (MMC) fick i uppdrag att utreda om det fanns effektiv konkurrens på marknaden för luxuösa parfymer och om de leveransbegränsningar som selektiv distribution medför användes för att indirekt upprätthålla höga priser på ett sätt som skulle vara olagligt om det företogs direkt.¹³¹

MMC definierar "fine fragrances" som;

*"Premium-priced brands with selective distribution, expensive packaging and presentation, which are advertised and strongly promoted, and supplied by leading cosmetics and fragrance houses. The consumer appeal of these brands derives from both the characteristics of the perfume and the brand imagery."*¹³²

Exempel på några parfymmärken som faller inom denna definition är Lancôme, Chanel, Estée Lauder, Guerlain, Ralph Lauren, Cacharel, Elizabeth Arden och Christian Dior.

För att kunna bedöma Superdrugs och Tescos påstående om diskriminering utfördes en undersökning som syftade till att utvärdera befintliga återförsäljares standard. Av undersökningen framgick att sju Superdrugbutiker och tre Tesco stormarknader kunde anses upprätthålla den standard som krävdes för att bli auktoriserade återförsäljare.¹³³ Vidare ansågs ytterligare fem icke auktoriserade butiker upprätthålla tillräcklig standard. MMC ansåg det dock inte bevisat att varumärkesinnehavarna

¹²⁹ Korah, V. & O'Sullivan, D., "Distribution Agreements under the EC Competition Rules", Oxford, 2002, s. 244.

¹³⁰ Fine fragrances: A report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrances, CM 2380, HMSO, 1993.

¹³¹ A.a., s. 4.

¹³² A.a., s. 10.

¹³³ A.a., s. 51.

tillämpade sina urvalsrutiner på ett diskriminerande sätt. Kritik att MMC tagit allt för lätt på vad undersökningen kom fram till och att det inte nämns i rapportens slutsats att man faktiskt funnit indikationer på att diskriminering av lågprisföretag faktiskt förekommit, riktas i ett paper som rör rapporten.¹³⁴

Av rapporten framgår även att de flesta detaljisterna vid tidpunkten för undersökningen följde de rekommenderade försäljningspriserna som leverantörerna tillhandahöll. Detta ansågs dock inte vara till nackdel för konsumenterna eftersom de rekommenderade försäljningspriserna i vissa fall faktiskt höll nere prisnivån. Detta eftersom de auktoriserade återförsäljarna annars skulle höja priserna för att öka sina försäljningsmarginaler som betraktas som relativt låga, (i genomsnitt 38 %).¹³⁵ Vidare använde de icke auktoriserade återförsäljarna de rekommenderade försäljningspriserna som jämförelse då de marknadsförde rabatterade produkter och eftersom det oftast var de som initierade priskonkurrens på marknaden ansågs de rekommenderade priserna tjäna ett gott syfte.¹³⁶

De reservationer som MMC framförde rörde framförallt kraven på lagerhållning och minimiinköp. En undersökning som gjorts i samband med MMCs granskning visade att det vanligaste skälet till att återförsäljare avstod från att söka tillträde till distributionsnätet var att de inte uppnådde de försäljningsvolymerna som krävdes och att det var alltför kostsamt att lagervarorna den mängd produkter som leverantörerna krävde.¹³⁷ Det påpekades även att det är svårt för en återförsäljare att i förväg uppskatta försäljningsvolymerna vilket ansågs kunna medföra en motvillighet till att genomföra de investeringar som krävs för att bli auktoriserad. Vidare underströks att de icke auktoriserade återförsäljarna var de som initierade den huvudsakliga priskonkurrensen på marknaden och eftersom de var beroende av parallellmarknaden som är relativt osäker menade MMC att det inte skulle göras svårare än nödvändigt att bli auktoriserad återförsäljare för att på så vis minimera riskerna för konkurrensbegränsningar.¹³⁸

¹³⁴ Utton, M., "Selective distribution, Refusal to sell and the Monopolies and Mergers Commission", *International Journal of the Economics of Business*, februari, 1996.

¹³⁵ Fine fragrances: A report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrances, CM 2380, HMSO, 1993 s. 32.

¹³⁶ A.a, s. 146.

¹³⁷ A.a, s. 53.

¹³⁸ A.a., s. 155 f.

3.4 Debatten om selektiv distribution av lyxprodukter

Debatten kring frågan om selektiv distribution av lyxprodukter rymmer många inlägg men slutligen blir det frågan om en avvägning mellan två konkurrerande intressen. Både kommissionen och EG-domstolen kom vid sina bedömningar fram till att fördelarna väger tyngre än de konkurrenshämmande effekter ett sådant system medför.¹³⁹ Nedan följer några av de vanligast förekommande argumenten för och emot selektiv distribution av luxuösa produkter. Många av argumenten, dock inte alla, har redan redogjorts för men för att få en samlad och klar bild av de intresseavvägningar som krävs för att förstå rättsutvecklingen och dess effekter väljer jag att här att sammanfatta debatten kring selektiv distribution av lyxprodukter.

3.4.1 En positiv syn

De positiva effekter som anses följa av selektiv distribution rör framförallt möjligheten att bevara produkternas image av exklusivitet och prestige, vilket är av betydelse eftersom det är de luxuösa produkternas framtoning som skiljer dem från andra produkter av samma varuslag. Det anses även ligga i konsumentens intresse att bilden av varumärket bevaras. Med beaktande av dessa förhållanden är bevarandet av märkets prestige en viktig konkurrensfördel.¹⁴⁰ I *Leclerc*-domarna hävdar en av intervjuerna, *Fédération des industries de la parfumerie*, att en allmän distribution kan medföra en minskad efterfrågan på produkterna eftersom produkternas luxuösa karaktär är det som är den viktigaste konkurrensfördelen. Som exempel på detta nämns Coty, vilket är ett ofta förekommande exempel på att ett varumärkes image försämras vid massdistribution.¹⁴¹ Coty var en av de första tillverkarna av luxuösa parfymprodukter och betraktas idag inte som ett prestigefyllt varumärke (se MMC rapporten "fine fragrances" kapitel 2).

Genom att endast de återförsäljare som uppfyller vissa krav tillåts handla med produkterna minimeras risken för att varumärkets image skadas. För att uppnå den standard som leverantörerna kräver både vad gäller butik och personal måste dock återförsäljarna göra betydande och relativt långsiktiga investeringar. För att upprätthålla incitamentet hos återförsäljarna att göra de erforderliga investeringarna är selektiv distribution en nödvändighet

¹³⁹ Se, Kommissionens beslut, 92/33/EEC, OJ L 12, 18/01/1992, s. 24 & Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851.

¹⁴⁰ Kommissionens beslut, 92/33/EEC, OJ L 12, 18/01/1992, s. 24, II.B.2, & Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851, p. 116.

¹⁴¹ Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851, p. 105.

eftersom de i annat fall skulle riskera att utkonkurreras av återförsäljare med betydligt lägre kostnader som åker ”snålskjuts” på deras säljfrämjande åtgärder och därmed kan erbjuda produkterna till ett lägre pris, (jfr avsnitt 2.4.1 första stycket).¹⁴² Som en naturlig följd av det ovan sagda krävs att de auktoriserade återförsäljarna endast tillåts handla med varandra eller slutkunder. I annat fall skulle de selektiva distributionssystemen inte kunna upprätthållas eftersom medlemmarna av systemet skulle utkonkurreras av återförsäljare med lägre kostnader (jfr Mål 26/76 *Metro v. Commission I*, p. 27).

Även ”stordriftsfördelar” kan uppnås genom selektiv distribution eftersom försäljningen koncentreras till ett mindre antal butiker som i sin tur köper in stora delar av leverantörens sortiment minskas distributions- och marknadsföringskostnaderna för leverantörerna.¹⁴³

I *Metro I* påpekade EG-domstolen att selektiv distribution ger upphov till andra former av konkurrens än priskonkurrens.¹⁴⁴ Ur ett konsumentperspektiv medför selektiv distribution bl.a. möjligheten att kunna tillhandahålla service och rådgivning både före och efter försäljning och att valmöjligheten för konsumenten ökar eftersom större delen av leverantörens sortiment finns tillgängligt hos alla återförsäljare.¹⁴⁵ I annat fall finns en risk att återförsäljarna bara köper in varumärkets storsäljare och de mer perifera produkterna blir svåra att få tag i. Detaljisten *House of Fraser* påpekar i MMCs rapport att det i en sådan situation inte skulle vara ekonomiskt försvarbart för någon återförsäljare att lagerhålla hela leverantörens sortiment eftersom priskonkurrensen från återförsäljare som endast säljer ”bäst säljarna” skulle bli alltför hård.¹⁴⁶ Vidare nämns att kunden kan garanteras att varorna är autentiska och att de är i bra skick som en av fördelarna med selektiv distribution.¹⁴⁷

¹⁴² Fine fragrances: A report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrances, CM 2380, HMSO, 1993, s. 137 f. & Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851, p. 102.

¹⁴³ *Korah, V. & O'Sullivan, D.*, ”Distribution Agreements under the EC Competition Rules”, Oxford, 2002, s. 268.

¹⁴⁴ Se, p. 21.

¹⁴⁵ Kommissionens beslut, 92/33/EEC, OJ L 12, 18/01/1992, s. 24, II.A.5 tredje stycket & II.B.3 tredje stycket.

¹⁴⁶ Fine fragrances: A report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrances, CM 2380, HMSO, 1993, s. 77.

¹⁴⁷ A.a., s. 28.

3.4.2 En kritisk inställning

Selektiv distribution medför att återförsäljarna begränsas till antalet vilket medför att produkterna blir svårare att få tag i för konsumenten. De konkurrenshämmande effekter som riskerar att uppstå vid selektiv distribution rör framförallt inommarkeskonkurrensen.¹⁴⁸

Som tidigare nämnts är det framförallt priskonkurrensen som minskar eftersom detaljister med annan konkurrensstrategi och låga kostnader som därmed har möjlighet att sänka priserna inte får tag i produkterna ifråga.¹⁴⁹ I vissa standardavtal för distribution uppställs krav på att detaljisten ska föra ett minsta antal andra luxuösa varumärken vilket är ämnat att bidra till känslan av en högklassig försäljningsmiljö. I kommissionens beslut angående Givenchys selektiva distributionssystem ansågs ett krav på att marknadsföra fyra andra luxuösa varumärken vara rimligt.¹⁵⁰ Sådana krav bidrar till att öka detaljisternas kostnader ytterligare då det är kostsamt att lagerhålla den stora mängd varor som det blir frågan om. Framförallt eftersom detaljisternas inköpspriser är relativt höga.¹⁵¹ De kostnader som det innebär att upprätthålla ett selektivt distributionssystem drabbar i slutänden konsumenterna i form av högre priser.¹⁵² Två franska konsumentföreningar som yttrade sig i samband med *Leclerc*-målen menade att selektiv distribution skulle medföra en allt för hög prisnivå vilket skulle medföra att en stor del av befolkningen inte skulle få tillgång till produkterna.¹⁵³ Av MMCs rapport "*fine fragrances*" framgår att de auktoriserade återförsäljarna följer de rekommenderade priserna för att kunna få ut en skälig marginal, strax under 40 %.¹⁵⁴ Visserligen skrevs rapporten 1993 och undersökningen begränsades till de brittiska detaljisterna men det finns inget som tyder på att marginalerna för detaljister har ökat och det torde fortfarande vara vanligt att följa de rekommenderade priserna. Rapporten visade också att den priskonkurrens som fanns på marknaden initierades av de icke auktoriserade handlarna som kunde sänka sina priser som följd av de hade lägre kostnader.¹⁵⁵ 1992 gjorde även *Consumer Association (CA)* en pris- och kvalitetsundersökning som även denna gav samma bild av priskonkurrensen på den brittiska marknaden.¹⁵⁶ I sambandet med utvärderingen av vertikala begränsningar i Grönboken gav

¹⁴⁸ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13/10/2000 s.1, p. 184 & 185.

¹⁴⁹ *Fine fragrances: A report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrances*, CM 2380, HMSO, 1993, s. 137.

¹⁵⁰ Kommissionens beslut, 92/428/EEC, OJ L 236, 19/08/1992, s. 11, II.B.4 sjätte stycket.

¹⁵¹ *Fine fragrances: A report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrances*, CM 2380, HMSO, 1993, s. 56.

¹⁵² A.a., s. 137.

¹⁵³ EG-domstolen, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december, 1996, REG [1996] II s. 1851, p. 175.

¹⁵⁴ *Fine fragrances: A report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrances*, CM 2380, HMSO, 1993, s. 53.

¹⁵⁵ A.a., s. 146.

¹⁵⁶ A.a., s. 91.

företrädare för konsumentorganisationer uttryck för att selektiv distribution snarare var ett sätt för tillverkarna att upprätthålla onaturligt höga priser och samtidigt kunna kontrollera handeln med varorna än att skapa fördelar för konsumenten.¹⁵⁷

Konsumentfördelar i form av rådgivning, service och en sofistikerad försäljningsmiljö uppstår inte alltid. I de fall en konsument är en van användare av produkterna i fråga efterfrågar denne eventuellt inte rådgivning och skulle istället uppskatta ett lägre pris.¹⁵⁸ Vidare gör *Tesco* ett intressant påpekande i rapporten med innebörden att de hänsynstaganden som kommissionen gör i de två *Leclerc*-målen är mer inriktade på kosmetika och hudvård snarare än parfymprodukter, rådgivningen är enligt *Tesco* överflödigt vid köp av parfym.¹⁵⁹ Även *MMC* kommer till denna slutsats men menar ändå att kraven på yrkeskunnande som ställs i avtalen med de auktoriserade detaljisterna bidrar till känslan av lyx och att detta leder till en ökad försäljning av parfymprodukterna ifråga.¹⁶⁰

Utestängning av potentiella återförsäljare är ytterligare en risk vid selektiv distribution. Framförallt är det små specialiserade butiker och stormarknader och andra lågprisföretag som riskerar att utestängas. Av *MMCs rapport* framgår att den vanligaste orsaken till att auktoriserade återförsäljare avstår från att söka tillträde till parfymhusens distributionsnät är de höga kostnaderna som förknippas med auktorisation.¹⁶¹ Vidare finns en risk för att urvalskriterierna tillämpas på ett diskriminerande sätt gentemot lågprisföretag som därmed utestängs från marknaden.¹⁶² I *Leclerc*-målen betonar dock förstainstansrätten att det är upp till nationella domstolar och myndigheter att tillse att så inte blir fallet.¹⁶³ Även i ”*Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar*” betonas att det inte är troligt att kriterierna för undantag i enlighet med artikel 81.3 EG är uppfyllda om lågprisdetaljister hindras från att komma in på marknaden.¹⁶⁴ *MMCs* företagna undersökning visade dock på brister i form av godtycklighet vid tillämpningen av urvalskriterierna, (se avsnitt 3.3).¹⁶⁵ *CA* hävdade att denna bild också bekräftades av deras undersökning där man kom fram till att

¹⁵⁷ Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, COM (96) 721, 1997, p. 265.

¹⁵⁸ Fine fragrances: A report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrances, CM 2380, HMSO, 1993, s. 137.

¹⁵⁹ Fine fragrances: A report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrances, CM 2380, HMSO, 1993, s. 85.

¹⁶⁰ A.a., s. 138. & *Peeperkorn L.*, ”The Economics of Verticals”, Competition Policy Newsletter, 1998, nr. 2, s. 5 f.

¹⁶¹ Fine fragrances: A report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrances, CM 2380, HMSO, 1993 s. 53.

¹⁶² Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13/10/2000 s.1, p. 188.

¹⁶³ Se, Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851, domslut del B & C.

¹⁶⁴ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13/10/2000 s.1, p. 189.

¹⁶⁵ Fine fragrances: A report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrances, CM 2380, HMSO, 1993, s. 50 ff. & s.151.

urvalskriterierna tillämpades godtyckligt och diskriminerande och att de icke auktoriserade återförsäljarna i många fall höll jämförbar standard med de auktoriserade. Undersökning visade också att de auktoriserade återförsäljarna inte alltid nådde upp till förväntad standard. Att tillse att standarden faktiskt upprätthålls på hela den aktuella marknaden är enligt CA ett måste om selektiv distribution skulle tillåtas, i annat fall skulle konsekvenserna kunna bli att parfymtillverkarna får åtnjuta förmånerna av att distribuera genom selektiv distribution men fördelarna för konsumenten uteblir.¹⁶⁶

3.5 Delanalys

Kommissionen och EG-domstolen definierar ”lyxprodukter” såsom högkvalitativa produkter, både vad avser forskning och material som används vid dess tillverkning, som har ett relativt högt pris och som marknadsförs under prestigefyllda varumärken. Frågan är dock vad som verkligen ligger i begreppet ”lyx”. En vara av hög kvalitet kommer aldrig att uppfattas som ”lyxig” utan ett högt pris, omvänt behöver dock inte en vara som har ett högt pris vara av god kvalitet för att upplevas som ”lyxig” i konsumentens ögon. Alltså kan ett högt pris sägas vara en förutsättning för att en produkt eller ett varumärke ska kunna uppnå en lyxig status. Med risk för att bli beskylld för att hårdra resonemanget menar jag att ett påstående om att lyx är ett konsumentintresse är detsamma som att hävda att höga priser är det. Visserligen är det sant att ”lyxprodukter” faktiskt är något som konsumenter efterfrågar men frågan är om inte högkvalitativa produkter och bra marknadsföring är tillräckligt för att upprätthålla en prestigefylld image.

Den nya synen på vertikala avtal och däribland selektiv distribution kommer till uttryck i gruppundantaget, vilket är av stor vikt eftersom den övervägande delen av alla selektiva distributionsavtal kommer att omfattas av gruppundantaget så länge de begränsningar som föreskrivs i inte överskrids. Fler fall av selektiv distribution undantas från artikel 81.1 EG genom gruppundantaget än i EG-domstolens tidigare praxis. Hänsyn behöver inte längre tas till varans art eller kriteriernas nödvändighet och kvantitativa kriterier måste inte längre undvikas. Slutna system där antalet återförsäljare begränsas kan nu upprätthållas oavsett vilken produkt som distribueras. Att kvantitativa kriterier numera tillåts kommer troligtvis att medföra ytterligare begränsning av antalet återförsäljare och ökade kostnader för de auktoriserade återförsäljarna vilket i slutänden drabbar konsumenten. Återkallelse av gruppundantaget är dock en möjlighet i de fall kriterierna i artikel 81.3 EG inte anses uppfyllda men denna möjlighet har ännu aldrig utnyttjats. Den liberalare syn som kommer till uttryck i gruppundantaget för vertikala avtal innebär att inommarkeskonkurrensen oundvikligen kommer att minska, särskilt priskonkurrensen, samtidigt beräknas dock den ekonomiska effektiviteten inom systemet väga upp de konkurrensbegränsningar som selektiv distribution medför. Det kan också

¹⁶⁶ A.a., s. 91.

vara värt att poängtera att eftersom selektiv distribution undantas enligt gruppundantaget, oavsett varans art, ger detta en möjlighet för tillverkare att utnyttja selektiv distribution som ett medel för att *förbättra* sitt varumärkes image. En följd av detta kan bli att fler varumärken uppnår lyxstatus i konsumenternas ögon vilket i så fall skulle innebära att mellanmärkeskonkurrensen faktiskt ökar på de aktuella marknaderna.

Trots att en godtycklig bedömning och diskriminering av lågprisföretag inte är tillåtet kan detta vara svårt att kontrollera i praktiken eftersom kriterierna är formulerade på så vis att det inte går att undvika en subjektiv bedömning. Omgivningen, exteriören och interiören förväntas spegla varumärkets prestige eller åtminstone inte minska densamma. I de fall leverantören inte skulle samtycka till en återförsäljares prissättning skulle det troligtvis inte vara svårt att motivera ett avslag på dennes ansökan utifrån dessa kriterier. Förstainstansrätten har dock betonat att selektiva distributionssystem måste vara öppna för alla återförsäljare som klarar av att bevara den luxuösa bilden av varumärket. Detta uttalande blir dock relativt tandlöst då den subjektiva bedömningen alltjämnt kvarstår och eftersom det krävs en viss systematik vid eventuell diskriminering för att det ska ses som en överträdelse av artikel 81.1 EG.

Så till frågan huruvida selektiv distribution är motiverat för distribution av lyxprodukter. I besluten och i de efterföljande *Leclerc*-målen uttalade kommissionen och förstainstansrätten att bevarandet av produkternas luxuösa framtoning låg i konsumenternas intresse. De selektiva avtalen omfattades därför inte av artikel 81.1 EG. Gruppundantaget i sin tur är skapat i enlighet med artikel 81.3 EG som föreskriver att konsumenterna ska tillförsäkras en skälig andel av den vinst som uppnås genom att avtalet undantas. Definitionen av "konsumentintresse" i *Leclerc*-målet kan tyckas något märklig med tanke på det faktum att domstolen vid sin bedömning försöker fastställa ett konsumentintresse för dem som "efterfrågar" lyxkosmetika. För det första är det svårt att fastslå vem som faktiskt efterfrågar lyxkosmetika och för det andra anser jag att det inte är möjligt att dra någon generell slutsats om ett gemensamt intresse för denna konsumentgrupp. Kritik som riktats mot förstainstansrätten avseende deras definition av konsumenternas intresse är att de uttalat sig alltför generellt i en fråga som är mycket svårbedömd och subjektiv.¹⁶⁷ Förstainstansrätten hävdar att lyxkosmetika och annan kosmetika motsvarar skilda behov hos konsumenterna. Detta kan enligt mig ifrågasättas då jag snarare tror att det är en ekonomisk fråga.¹⁶⁸ Varor av god kvalitet efterfrågar troligen en majoritet av konsumenterna. Visserligen är det sant att inte alla i lika stor utsträckning efterfrågar lyx och flärd eller åtminstone har olika uppfattning om vad det är, och har olika hög ekonomisk smärtgräns för när kostnaden

¹⁶⁷Se, Art, J.Y. & Van Liedekerke, D., Development in EC Competition law in 1996 – an overview", CML Rev. 1997 s. 895-956, s. 911.

¹⁶⁸ Sambandet mellan inkomst och efterfrågan på lyxprodukter diskuteras även i rapporten *Fine fragrances: A report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrances*, CM 2380, HMSO, 1993, s. 25.

inte längre anses motsvara nyttan. Redan detta resonemang visar svårigheten att fastställa ett reellt konsumentintresse. Avvägningen mellan lyx och en rimlig prisnivå är svår eftersom det är komplicerat att bedöma vilka konsumenter som bör ingå. Domstolen har visserligen gjort en riktig bedömning när den konstaterar att det ligger i konsumentens intresse att den luxuösa framtoningen inte fläckas, men till vilket pris? Mot bakgrund av resonemanget ovan anser jag inte att konsumentfördelarna framgår med önskvärd tydlighet. Enbart bevarandet av ett varumärkes "aura av lyx" och därigenom upprätthållandet av dess image ger alltså enligt mig inte upphov till några egentliga fördelar för konsumenterna. Om däremot ett korrekt användande av produkten eller bevarandet av dess kvalitet motiverar selektiv distribution är situationen en annan, då fördelar för konsumenten faktiskt uppstår. Som exempel kan nämnas luxuösa produkter som är tekniskt avancerade såsom klockor, eller produkter som kräver rådgivning för att hitta rätt produkt eller för att säkerställa ett korrekt användande såsom hud- och hårvårdprodukter. Dessa produkter kräver yrkeskunnig personal, samt under- och efterköpsservice för att kunna säljas på ett tillfredställande sätt. Däremot anser jag inte att till exempel parfymprodukter berättigar till selektiv distribution. Tursamt nog är alla människor begåvade med ett luktsinne och har preferenser för vad som luktar gott, vilket därmed är en högst subjektiv bedömning och rådgivningen har därför ingen egentlig funktion. Någon speciell yrkeskunnighet behövs inte för att kunna rekommendera och sälja dofter. Selektiv distribution av dofter kan enligt mig ses som ett svepskäl för att kunna upprätthålla en hög prisnivå. Denna åsikt framhölls också av Tesco i "fine fragrances rapporten" och delades också till viss del av MMC. Om man bortser från varumärkets "aura av lyx" skulle inte produkten eller varumärket, skadas på något sätt genom en allmän distribution. Således anser inte jag att det är berättigat att använda selektiv distribution enbart för att upprätthålla ett varumärkes luxuösa karaktär eftersom de effektivitetsfrämjande effekterna i en sådan situation inte blir tillräckliga. Under dessa omständigheter uppfylls inte kraven i EG-domstolens praxis eller artikel 81.3 EG och därför anser jag att gruppundantaget inte bör bli tillämpligt i en sådan situation. Som en naturlig följd av det ovan sagda följer också att jag anser att selektiva avtal i dessa fall bör omfattas av artikel 81.1 EG.

4 Nationella regler om marknadsföring och illojal konkurrens i samband med selektiv distribution av lyxprodukter.

4.1 Illojal konkurrens

Hittills i framställningen har redogjorts för de gemenskapsrättsliga reglerna om konkurrensbegränsning i samband med selektiv distribution av lyxprodukter. I avsnittet nedan kommer istället att redogöras för illojal konkurrens mellan näringsidkare. Det ska dock tilläggas att begreppet illojal konkurrens innefattar fler rättsstridiga konkurrensåtgärder än vad som behandlas inom ramen för denna framställning och fokus kommer således att läggas på de former av illojal konkurrens som är av särskilt intresse vid selektiv distribution av lyxprodukter.

Begreppet illojal konkurrens omfattar alla konkurrensåtgärder som kan anses otillbörliga mot andra näringsidkare.¹⁶⁹ I denna framställning kommer framförallt att redogöras för två typer av illojal konkurrens. Närmare bestämt ”otillbörligt ingripande i avtalsförhållande” och den situation att produkten säljs utanför ett selektivt distributionssystem trots att den är märkt med ett förbud mot denna åtgärd. Dessa två former av illojal konkurrens är av särskilt intresse eftersom de kan tjäna som ett effektivt medel för att stoppa den handel med produkterna som sker utanför det selektiva systemet.

4.1.1 “otillbörligt ingripande i avtalsförhållande”

”Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande” innebär att en tredjeman som inte respekterar avtal mellan parter i ett selektivt distributionsnät och genom sitt ingripande medverkar till ena partens kontraktsbrott gör sig skyldig till illojal konkurrens. Tredjemans agerande bedöms som illojalt då denne förvärvar produkter direkt av auktoriserade återförsäljare eller av mellanhänder under förutsättning att denne är i ond tro. Tanken bakom denna typ av reglering är förutsägbarhet i avtalsförhållanden, d.v.s. parterna ska kunna förlita sig på att deras motpart fullgör sina avtalsförpliktelser. Regler om inomobligatoriskt skadeståndsansvar ses inte som ett alternativ

¹⁶⁹ Bernitz, U., *m.fl.*, ”Immateriellrätt och otillbörlig konkurrens”, 7: e uppl., Stockholm, 2001, s. 236.

till fullgörelse av avtalsförpliktelse och därför anses tredjemans handlande otillbörligt.¹⁷⁰

Synen på denna typ av illojal konkurrens varierar och jag har valt att redogöra för rättsläget inom EG-rätten samt Sveriges och Frankrikes rättsordningar. De två förstnämnda av naturliga skäl och den franska rättsordningen eftersom en väl utvecklad praxis finns på området. Ytterligare ett skäl är att det i fransk doktrin och praxis har framförts att ”otillbörligt ingrepp i annans rättsförhållande” kan utgöra ”särskilda skäl” enligt artikel 7.2 i Varumärkesdirektivet. Detta kommer dock att redogöras för utförligare i avsnitt 5.

Gemenskapsrätten

Rättsområdet illojal konkurrens är inte harmoniserat inom EU vilket medför att medlemstaterna tillämpar sina nationella lagar.¹⁷¹ Det finns således ingen praxis från EG-domstolen som direkt berör illojal konkurrens. Relationen mellan medlemstaternas nationella lagstiftning och reglerna om fria varurörelser i artikel 28 och 30 i EG-fördraget behandlas däremot i ett antal avgöranden från EG-domstolen. Detta kommer att redogöras närmare för i avsnitt 4.3.1.

Svensk rätt

*Pariskonventionen om industriellt rättsskydd*¹⁷² ålägger Sverige att upprätthålla ett skydd mot illojala konkurrensåtgärder. Artikel 10 *bis* p.1 föreskriver att unionsländerna är pliktiga att tillförsäkra dem som tillhör något unionsland ett verksamt skydd mot illojal konkurrens. Illojal konkurrens definieras i punkten 2 som ”Varje konkurrenshandling, som strider mot god affärssed”.

Idag finns ingen separat reglering av illojal konkurrens i svensk rätt. De mest väsentliga reglerna om illojal konkurrens finns istället i Marknadsföringslagen (MfL)¹⁷³, och Lag om skydd för företagshemligheter (FHL)¹⁷⁴.¹⁷⁵ Marknadsföringslagen skyddar numera både konsument- och näringsidkarintressen och Marknadsföringslagens 4 § stadgar att marknadsföringen ska vara tillbörlig mot näringsidkare.¹⁷⁶

¹⁷⁰ A.a., s. 202.

¹⁷¹ *Rognstad O.A.*, ”Om foroldet mellom rettent til parallellimport og nasjonale regler om markedsføring”, NIR, 2000, s. 322.

¹⁷² Pariskonventionen den 20 mars 1883 för industriellt rättsskydd.

¹⁷³ Marknadsföringslag (1995:450)

¹⁷⁴ Lag om skydd för företagshemligheter (1990:409)

¹⁷⁵ Marknadsföringslagen (1995:450), 1§ & *Bernitz, U., m.fl.*, ”Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens”, 7: e uppl., Stockholm, Jure AB, 2001, s. 241.

¹⁷⁶ Jfr, Marknadsföringslagen (1995:450) 1 §. & *Bernitz, U., m.fl.*, ”Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens”, 7: e uppl., Stockholm, 2001, s. 242.

Till skillnad från många andra rättsordningar finns inga bestämmelser eller praxis om ”otillbörligt ingripande i avtalsförhållande” i svensk rätt.¹⁷⁷ En av de främsta anledningarna till detta är att rena förmögenhetsskador vid utomobligatoriska förhållanden endast ger rätt till skadestånd om brott har begåtts. Skäl eller stöd för att vidareutveckla det svenska rättsläget i likhet med exempelvis fransk rätt i de fall som berörs finns inte.¹⁷⁸

Fransk rätt

I den franska rättsordningen har näringsidkaren ett starkt skydd mot otillbörliga ingrepp i avtalsförhållanden genom den praxis som har utvecklats till skydd för selektiva system. Den illojala konkurrensen tjänar som ett viktigt medel för att hindra icke auktoriserade återförsäljare från att konkurrera med de selektiva distributionssystemen. Bedömningen av frågan har dock varierat genom åren och här kommer endast att redogöras för den senaste utvecklingen på området.¹⁷⁹ Bristande kunskap i franska språket medför att jag i redogörelsen nedan kommer att använda mig av sekundära källor. Jag har valt att utgå ifrån Jens Schovsbos och Sophia Tobiesons kommentarer av fransk praxis och doktrin eftersom de, på ett utförligt och sinsemellan överensstämmande sätt, redogör för rättsutvecklingen på området.

1992 avgjordes två fall till förmån för upprättaren av ett selektivt distributionssystem, närmare bestämt *Rochas II*¹⁸⁰, *Azzaro*¹⁸¹. I båda fallen ansågs lovligheten av de selektiva distributionssystemen vara en förutsättning för att de skulle anses skyddsvärda. I *Rochas II* fastslog domstolen att ett förvärv från en auktoriserad återförsäljare som enligt avtal endast får sälja till auktoriserade återförsäljare eller slutkonsumenter utgör illojal konkurrens från tredjemans sida samtidigt som den auktoriserade återförsäljaren gör sig skyldig till kontraktsbrott. Vidare uttalade domstolen att den omständighet att en icke auktoriserad återförsäljare förvärvade varor av en mellanhand också utgjorde illojal konkurrens om det stod klart för förvärvaren att den man köpt varorna av var en bulvan. I *Azzaro* fallet uppställdes en presumtion för otillbörlighet i de fall den icke auktoriserade återförsäljaren inte kunde redogöra för vem som var hans leverantör.¹⁸²

Således krävs i fransk rätt ingen aktiv medverkan till kontraktsbrott för att illojal konkurrens ska anses föreligga. Omständigheten att en icke-

¹⁷⁷ *Bernitz, U., m.fl.*, ”Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens”, 7: e uppl., Stockholm, 2001, s. 202.

¹⁷⁸ Jfr, Skadeståndslagen (1972:207) 2:4, & *Bernitz, U.* ”Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare”, 1:a uppl., Stockholm, 1993 s. 219 ff.

¹⁷⁹ Jfr, *Tobieson S.*, ”Illojal konkurrens som ”skäligen grund”, Examensarbete, Juridiska fakulteten i Lund, 2002, avsnitt 3.3.

¹⁸⁰ La Cour de Cassation, ch. Com. *SA Établ. Gouget et autres./ Sté Parfums Rochas*, 27 oktober 1992, Recueil Dalloz Sirey 1992 Jurisprudence, s. 505.

¹⁸¹ La Cour de Cassation, ch. com. *SARL Pin Ups and CO ./ Sté des parfums Loris Azzaros*, 27 oktober 1992, Recueil Dalloz Sirey 1992 Jurisprudence, s. 506.

¹⁸² *Schovsbo, J.*, ”Grænsefladesspørgsmål”, uppl. 1, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996, s. 130 f. & IIC, 1/1995, vol. 26, s. 112-121.

auktoriserad återförsäljare accepterar ett anbud från en medlem av ett selektivt distributionsnät med vetskap om dennes ställning gentemot upprättaren av systemet innebär att denne gör sig skyldig till illojal konkurrens.¹⁸³

4.1.2 Försäljning i strid med märkning på produkten

Som nämnts ovan kan även försäljning av en vara som är märkt med en upplysning om att varan endast får säljas av auktoriserade återförsäljare utgöra illojal konkurrens. Denna typ av märkning är mycket vanligt förekommande på luxuösa produkter och skulle kunna utgöra ett framgångsrikt sätt att hindra handeln med produkten utanför selektiva system. Denna situation har inte behandlats vare sig i svensk rätt eller i EG-rätten. I fallet *Rochas II* däremot fastslog fransk domstol att en sådan omständighet utgör illojal konkurrens eftersom det ansågs utgöra missbruk av varumärkets goodwill.¹⁸⁴ I avsnitt 4.2 nedan kommer att utredas huruvida även regler om vilseledande av konsument kan aktualiseras i en dylik situation.

4.2 Vilseledande av konsument i samband med försäljning i strid med märkning på produkten

Inte heller den del av marknadsföringsrätten som är inriktad på konsumentskydd är harmoniserad inom EU med undantag för *direktivet för vilseledande reklam* och till viss del *TV-direktivet*.¹⁸⁵

I samband med *Rochas II*-fallet, som redogjordes för ovan, ansågs det faktum att en icke auktoriserad återförsäljare säljer produkter som är märkta med en upplysning om att produkten ifråga endast får säljas av auktoriserade återförsäljare utgöra illojal konkurrens. I *Hermès-fallet*¹⁸⁶, också det ett avgörande från Cour de Cassation, ansågs samma omständighet utgöra vilseledande av konsument såvida inte återförsäljaren informerade om att denne inte var auktoriserad. Vilseledandet bestod alltså i att konsumenten vilseleddes att tro att återförsäljaren var auktoriserad av Hermès.¹⁸⁷

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ A.a., s. 131.

¹⁸⁵ Direktiv 84/450/EEG av den 10 september 1984 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam, EGT L 250, 19.9.1984, s. 17 & Direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordningen av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television, EGT L 298, 17.10.1989, s. 23.

¹⁸⁶ La Cour de Cassation, ch. com. *Parfums Hermès ./. Société de distribution Centre Leclerc Limoges Dis*, 27 oktober 1992, Recueil Dalloz Sirey 1992.

¹⁸⁷ IIC, 1/1995, vol. 26, s. 120 f.

4.3 Nationell lagstiftning om marknadsföring och illojal konkurrens som handelshinder

Som sagt har rättsområdena illojal konkurrens och marknadsföringsrätt inte harmoniserats inom EU vilket medför att medlemstaterna tillämpar sina nationella lagar på området. De nationella lagarnas utformning och tillämpning begränsas dock av de EG-rättsliga reglerna om fria varurörelser. En gemensam marknad är ett av unionens huvudsakliga mål och därav följer att nationella bestämmelser som möjliggör eller innebär en uppdelning av marknaden inte är tillåtna.¹⁸⁸ Artikel 28 EG föreskriver att,

”Kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan skall vara förbjudna mellan medlemstaterna.”

Nationella regler får således inte medföra att importerade produkters marknadsinträde försvåras eftersom detta motverkar upprättandet av en gemensam marknad.¹⁸⁹ EG-domstolens praxis på området är omfattande och nedan kommer att redogöras för de i sammanhanget relevanta avgörandena.

4.3.1 EG-domstolens praxis

Nedan följer en redogörelse för valda delar av EG-domstolens praxis vad gäller tolkningen av reglerna om fria varurörelser. Något som bör hållas i åtanke i sammanhanget är att handeln mellan medlemstater måste påverkas för att de EG-rättsliga reglerna om fria varurörelser ska bli aktuella. Om de nationella reglerna inte berör import av varor är inte artikel 28 EG av intresse.¹⁹⁰

I *Dassonville*¹⁹¹ fastslogs att ”åtgärder med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion” skulle omfatta alla nationella handelsrättsliga regler som direkt eller indirekt, aktuellt eller potentiellt kan hindra samhandeln inom gemenskapen.

I *Cassis*- målet¹⁹² från 1979 fastslog domstolen att nationella lagregler som innebär ett hinder för handeln inom gemenskapen strider mot artikel 28 EG oavsett om reglerna påverkar försäljning av inhemska och importerade produkter i lika hög grad. Vidare skapades en ny undantagsregel för de fall när handelshinder uppstår till följd av skillnader i nationell lagstiftning som har sin grund i bristande harmonisering. Undantag från artikel 28 EG kunde

¹⁸⁸ Jfr, preambel & artikel 2 i Romfördraget.

¹⁸⁹ *Quitow, C.M.*, ”Fria varurörelser i den Europeiska Gemenskapen”, Akademisk avhandling vid Lunds universitet, 1995, s. 122 & 124.

¹⁹⁰ Se, EG-domstolen, Mål 75/81, *Joseph Henri Thomas Blesgen v. State of Belgium*, 31 mars 1982, [1982] ECR 1211.

¹⁹¹ EG-domstolen, Mål 8/74, *Procureur du Roi v. Benoît and Gustave Dassonville*, 11 juli 1974, ECR [1974] s. 837.

¹⁹² EG-domstolen, Mål 120/78, *Rewe-Zentral-AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 februari 1979, REG svensk specialutgåva IV [1978-1979], s. 377.

beviljas när en nationell bestämmelse ansågs nödvändig för att tillgodose tvingande hänsyn såsom effektiv skattekontroll, skydd för folkhälsan, god handelssed och konsumentskydd. Dessa hänsyn går utöver de hänsynstaganden som kan beviljas undantag enligt artikel 30 EG.

I *Dansk Supermarket*¹⁹³ aktualiserades frågan huruvida nationella bestämmelser om marknadsföring kunde användas för att hindra försäljning av en vara som i strid med överenskommelse och mot tillverkarens samtycke importerats till Danmark. EG-domstolen betonade att import av en vara som lagligen förts ut på marknaden i en annan medlemsstat inte kunde hindras genom nationell marknadsföringslag eller nationella regler om illojal konkurrens eftersom detta skulle strida mot reglerna om fria varurörelser. Däremot kunde nationell lagstiftning om god och lojal affärssed tillämpas i samband med försäljning av varan oberoende av importen.

Beele-målet¹⁹⁴ rörde tillämpningen av nationella marknadsföringsregler om vilseledande efterbildning. I enlighet med Cassis-doktrinen ansågs den nationella lagregeln inte strida mot artikel 28 EG eftersom rättsområdet inte var harmoniserat och reglerna tillgodosåg konsumentskydd och god handelssed. Vidare tillämpades reglerna utan åtskillnad mellan inhemska och importerade produkter.

1982 gavs ytterligare ett förhandsavgörande angående nationella marknadsföringsreglers förenlighet med artiklarna 28 och 29 EG i *Oosthoek*. *Oosthoek* marknadsförde encyklopedier genom att erbjuda en gåva vid köp vilket är otillåtet enligt Holländsk lag. *Oosthoek* hävdade att förbudet tvingade dem att använda sig av olika marknadsföringsmetoder i Holland och övriga medlemstater vilket gav upphov till ökade kostnader och svårigheter som medförde att importen och exporten av encyklopedierna hindrades. EG-domstolen tillämpade Cassis-doktrinen om tvingande hänsyn eftersom gemenskapsrättsliga regler på området saknades. Den nationella lagregeln bedömdes vara förenlig med artikel 28 EG trots att gränsöverskridande effekter kunde uppstå eftersom den tillämpades lika på inhemska och importerade produkter och tjänade grundläggande intressen såsom konsumentskydd och lojal konkurrens.¹⁹⁵

Keck-målet¹⁹⁶ gav svar på huruvida en nationell bestämmelse med innebörden att varor inte fick säljas med förlust överrensstämde med de gemenskapsrättsliga reglerna om fria varurörelser. EG-domstolen konstaterade i målet att nationella regler som behandlar ”försäljningssätt” inte omfattas av artikel 28 EG såvida reglerna tillämpas lika på alla handlare

¹⁹³ EG-domstolen, Mål 58/80, *Dansk Supermarket A/S mot A/S Imerco*, 22 januari 1981, REG [1981] s. 181.

¹⁹⁴ EG-domstolen, Mål 6/81, *BV Industrie Diensten Groep v. J.A. Beele Handelmaatschappij BV*, 2 mars 1982, ECR [1982] s. 707.

¹⁹⁵ EG-domstolen, Mål 286/81, *Criminal against Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV*, 15 december 1982, ECR [1982] s. 4575.

¹⁹⁶ EG-domstolen, Förenade målen C-267/91 & C-268/91, *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard*, 24 november 1993, ECR [1993] I-6097.

inom en medlemsstats territorium och så länge de påverkar marknadsföringen av inhemska och importerade produkter i lika hög grad både lagligt och faktiskt.

4.4 Delanalys

Varumärkesinnehavare som säljer sina produkter genom selektiva distributionssystem kan i vissa fall använda sig av regler om illojal konkurrens eller marknadsföringsrättsliga regler för att uppnå ett skydd mot att produkterna säljs utanför det selektiva nätet. Regler om illojal konkurrens tjänar då som medel för att kontrollera varuflödet i större omfattning än vad som redan uppnås genom selektiva avtal och de immateriella rättigheter som står till förfogande. Eftersom dessa rättsområden inte är harmoniserade inom EU är möjligheten att åberopa denna typ av regler beroende av hur nationell rätt på området är utformad. I fransk rätt har varumärkesinnehavaren ett relativt starkt skydd, åtminstone i jämförelse med svensk rätt där liknande bestämmelser helt saknas. Att detta rättsområde är så pass utvecklat i Frankrike är knappast överraskande med tanke på att en stor del av världens prestigefyllda varumärken har sitt ursprung där. Frågan är om bestämmelser som de franska skulle vara lämpliga att införa i EG-rätten eller i svensk rätt.

4.4.1 Tillämpning av EG-domstolens praxis

”Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande”

Att en tredjeman köper produkter från en auktoriserad återförsäljare innebär att den ordning som uppställts i distributionsavtalen störs och att det blir svårare att upprätthålla denna typ av distributionsform. En förutsättning för att det ska vara ekonomiskt försvarbart för återförsäljare att ingå i selektiva distributionssystem är nämligen att andra återförsäljare inte utsätter dem för konkurrens som de inte kan bemöta. Vidare kan handeln utanför systemet innebära att varumärkets image skadas och att kvalitén på produkterna inte kan garanteras vilket i sin tur leder till minskad efterfrågan. Således finns det skäl för att tredjeman bör hindras från att handla med produkterna ifråga. Trots detta menar jag att det är mer rimligt, oavsett om tredjeman är i ond eller god tro, att varumärkesinnehavaren själv får stå för eventuella ”hål” i dennes selektiva distributionssystem. Varumärkesinnehavaren har möjligheten att upprätthålla slutna system genom att kontrollera och välja ut de auktoriserade återförsäljarna. Att kräva ersättning av avtalsparten, i det fall då den auktoriserade återförsäljaren, gjort sig skyldig till kontraktsbrott anser jag därmed vara en rimligare lösning.

Utifrån EG-domstolens praxis, som redogjorts för i avsnitt 4.3.1, kan det förutses hur domstolen skulle bedöma nationella bestämmelser om illojal konkurrens i likhet med de franska. Enligt fransk rätt utgör förvärvande av produkter från ett selektivt nätverk illojal konkurrens och kan beivras.

Utvecklingen i fransk praxis syftar alltså till att hindra källan till parallellhandel. Således rör det sig i detta fall inte om nationella bestämmelser som riktar sig direkt mot import av varor som härstammar från selektiva system. I *Azzaro* uppställdes dock en presumtion för otillbörlighet om inte återförsäljaren kan redogöra för vem som var hans leverantör. Detta kommer troligen att medföra att all handel med varor som härstammar från selektiva distributionsnät inom Frankrike att bedömas som illojal. Detta faktum kommer att påverka importen negativt vilket innebär att bestämmelsen ifråga strider mot artikel 28 EG.

Försäljning i strid med märkning på produkten

Nu till handeln med produkter som är märkta med en upplysning om att endast auktoriserade återförsäljare får sälja dem. Nationella bestämmelser som föreskriver att den som handlar med produkter som är märkta gör sig skyldig till illojal konkurrens ger varumärkesinnehavaren ett extremt långtgående skydd. Här kan handeln med varorna hindras oberoende av vem och var de har förvärvats. Generellt sätt är det ingen sund utveckling att en överenskommelse mellan två parter kan utsträckas till att påverka alla handlare på marknaden eftersom detta urholkar äganderätten. Visserligen finns det i svensk rätt en möjlighet för den ursprunglige ägaren att binda en tredjeman i de fall där den ursprunglige ägaren har en rättighet som är anknuten till viss egendom och även i mer sällsynta fall hindra tredjeman från visst typ av nyttjande av produkten (Jfr, *Hessler, H.*, "Allmän sakrätt", Stockholm, 1973, s. 459 ff.). Här kan det dock inte sägas vara fråga om en sådan situation eftersom märkningen på produkten inte riktar sig till medlemmarna av det selektiva systemet utan snarare direkt till handlare utanför systemet. Om en icke auktoriserad säljare anses handla illojalt genom att denne inte tar hänsyn till märkningen är detta detsamma som att ett avtal med enbart en avtalspart anses giltigt. Visserligen är tredjeman här medveten om att varorna härstammar från ett selektivt nätverk och att någon typ av kontraktsbrott har begåtts eftersom produkterna nu finns på den öppna marknaden. Återigen blir då frågan om en avtalsparts kontraktsbrott ska kunna läggas tredjeman till last. I en situation som denna är det däremot överhuvudtaget inte säkert att den som säljer produkter som härstammar från ett selektivt nätverk faktiskt har medverkat till ett kontraktsbrott eller på något annat sätt direkt "ingripit i avtalsförhållande". Att anse att den som handlat med märkta produkter gjort sig skyldig till illojal konkurrens skulle därför enligt mig vara att utsträcka ansvaret alltför långt.

Vid en bedömning av huruvida, nationella regler som föreskriver att det innebär illojal konkurrens för en icke auktoriserad återförsäljare att saluföra en produkt märkt med en upplysning om att endast auktoriserade återförsäljare får sälja produkten ifråga, överrensstämmer med de gemenskapsrättsliga reglerna om fria varurörelser måste hänsyn tas till *Keck*-målet,¹⁹⁷ (se avsnitt 4.3.1). EG-domstolen ville genom domen i målet klargöra sin tidigare praxis på området för att om möjligt minska antalet fall

¹⁹⁷ EG-domstolen, Förenade målen C-267/91 & C-268/91, *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard*, 24 november 1993, ECR [1993] I-6097.

som rörde nationella marknadsföringsregler vilka inte påverkade import av produkter. Effekten av domen blev dock snarare att rättsläget blev än mer otydligt och avgörandet gav upphov till ett otal olika tolkningar i doktrin. Frågan är om *Keck*-domen innebär en förändring av EG-domstolens tidigare praxis eller inte. För att kunna besvara frågan om nationella regler om illojal konkurrens i samband med märkning av en produkt är i överensstämmelse med gemenskapsrätten är mitt inlägg i debatten kring *Keck* avgörandet följande.

I målet utgår EG-domstolen från domslutet i *Dassonville*-målet¹⁹⁸ där det fastställdes vad som är ”åtgärder med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion”. Vidare uttalas att nationella regler om försäljning till priser under anskaffningsvärdet inte är ämnade att reglera handeln mellan medlemstater.¹⁹⁹ Domstolen betonar också att en minskad försäljningsvolym som följd av att handlare berövas en metod att marknadsföra sina varor genom nationell marknadsföringslagstiftning inte med säkerhet kan sägas utgöra åtgärder med en motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion. Detta oavsett om det rör sig om inhemska eller importerade produkter.²⁰⁰ EG-domstolen hänvisar till sitt domslut i *Cassis*-målet och förtydligar att det här rörde sig om nationella regler som ställer krav på importerade produkters benämning, form, storlek, vikt, sammansättning, presentation, märkning och förpackning.²⁰¹ Vidare konstateras att till skillnad mot tidigare praxis kan nationella regler som rör vissa ”försäljningssätt” inte anses vara ett handelshinder så länge de tillämpas lika på alla handlare inom medlemstaten och påverkar marknadsföringen av inhemska och importerade produkter i lika hög grad både lagligt och faktiskt.²⁰²

Till synes skiljer EG-domstolen mellan regler som påverkar marknadsföringen av en produkt och sådana som mer direkt har ett samband med produkten ifråga. De krav som räknas upp i samband med hänvisningen till *Cassis*-domen är sådana som rör produkten i sig och som inte kan anpassas efter varje lands lag utan större kostnader och problem vilket i ett senare led skulle innebära att den gränsöverskridande handeln påverkades negativt. Enligt min tolkning innefattar uttrycket ”försäljningssätt” *hur* produkten distribueras och alla marknadsföringsmetoder som inte har direkt med produkten i sig att göra, alltså nationella bestämmelser som endast kräver en anpassning av de marknadsföringsmetoder och distributionssätt som används. Sådana bestämmelser påverkar som regel inte importen av varor utan i så fall endast försäljningsvolymen i respektive medlemsstat. Om däremot importen skulle påverkas i sådan utsträckning att en åtgärd med motsvarande verkan kan

¹⁹⁸ EG-domstolen, Mål 8/74, *Procureur du Roi v. Benoît and Gustave Dassonville*, 11 juli 1974, ECR [1974] s. 837.

¹⁹⁹ EG-domstolen, Förenade målen C-267/91 & C-268/91, *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard*, 24 november 1993, ECR [1993] I-6097, p. 12.

²⁰⁰ A.a., p. 13.

²⁰¹ A.a., p. 15.

²⁰² A.a., p. 16.

anses föreligga blir artikel 28 EG tillämplig. Denna tolkning av uttrycket ”försäljningssätt” anser jag stöds av EG-domstolens uttalande i fallet att minskning av försäljningsvolymen p.g.a. att en marknadsföringsmetod är förbjuden i en medlemsstat inte med säkerhet kan sägas vara liktydigt med en kvantitativ importrestriktion. Det sägs också att ett förbud mot förlustförsäljning vilket det var frågan om i målet inte är ämnat att påverka importen av produkterna ifråga. Att nationella marknadsföringsregler omfattas av uttrycket ”försäljningssätt” stöds också av tre mål från EG-domstolen som avgjordes efter *Keck* avgörandet.²⁰³ Synsättet stöds även av EG-domstolens tidigare avgöranden. I *Dansk Supermarket*²⁰⁴ uttalade EG-domstolen precis detta, d.v.s. att nationella regler om hur en produkt får marknadsföras inte strider mot reglerna om fria varurörelser såvida de inte påverkar eller används som ett medel för att hindra import. Även i *Beele-målet*²⁰⁵ gav domstolen förhandsavgörande angående nationella marknadsföringsregler. Här blev Cassis-doktrinen tillämplig vilket överrensstämmer med min tolkning av *Keck* avgörandet eftersom det som faktiskt eftersträvades med att återropa de nationella reglerna om vilseledande efterbildning var att hindra importen av de efterbildade varorna. Däremot skulle utgången i *Oosthoek-målet*²⁰⁶ bli en annan idag om denna tolkning av *Keck*-domen anammats eftersom det här rörde sig om förbud mot rent marknadsföringsmässiga åtgärder och de nationella reglerna inte tillämpades diskriminerande.

Denna tolkning av *Keck*-målet medför att nationella bestämmelser om illojal konkurrens, i de fall när icke auktoriserade återförsäljare säljer produkter som är märkta med förbud mot just detta, strider mot artikel 28 EG. En bestämmelse av det slag som det är fråga om här omfattas inte av min tolkning av begreppet ”försäljningssätt” eftersom den inte reglerar *hur* en vara marknadsförs eller distribueras utan snarare *om* det överhuvudtaget är lagligt att sälja varor som är märkta på ett sådant sätt. En sådan nationell bestämmelse medför vidare att gränsöverskridande effekter uppstår eftersom produkterna lagligt kan säljas i andra medlemsländer och inte i Frankrike. Det ska dock tilläggas att om det anses nödvändigt skulle Cassis-doktrinen om tvingande hänsyn i form av god handelssed och konsumentskydd kunna

²⁰³ EG-domstolen, Mål C-292/92, *Ruth Hündermund and Others v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, 15 december 1993, [1993] ECR-I 6787 & EG-domstolen, Mål C-412/93, *Société d'Importation Édouard Leclerc-Siplec v. TFI Publicité SA and M6 Publicité SA*, 9 februari 1995, [1995] ECR- I 179 & EG-domstolen, Förenade målen C-34-36/95, ”*Konsumentombudsmannen v. De Agostini Förlag AB and TV-Shop i Sverige AB*”, 9 juli, [1997] ECR-I 3843. *Bernitz* uttalar i JT 1997/1998 s. 481-484 att utrymmet för att hävda att nationella marknadsföringsregler utgör handelsrestriktioner enligt artikel 28 EG har begränsats efter de tre ovanstående avgörandena från EG-domstolen.

²⁰⁴ EG-domstolen, Mål 58/80, *Dansk Supermarket A/S mot A/S Imerco*, 22 januari 1981, REG [1981] s. 181.

²⁰⁵ EG-domstolen, Mål 6/81, *BV Industrie Diensten Groep v. J.A. Beele Handelmaatschappij BV*, 2 mars 1982, ECR [1982] s. 707.

²⁰⁶ EG-domstolen, Mål 286/81, *Criminal against Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV*, 15 december 1982, ECR [1982] s. 4575.

komma att tillämpas i dessa fall eftersom området illojal konkurrens inte är harmoniserat inom EG-rätten.

När försäljning i strid med märkning av varan istället ses som vilseledande av konsument, som i *Hermès-fallet*, kan det tyckas att bedömningen borde bli en annan. En nationell marknadsföringsregel borde falla in under vad som i *Keck-målet* benämns "försäljningssätt". Också i detta fall handlar det dock snarare om ett krav som kan likställas med ett krav på produktens utformning eftersom en sådan bestämmelse skulle leda till att försäljning av alla varor med motsvarande märkning förbjuds. Alltså är det försäljningen av produkten i sig som utgör vilseledandet. Den nationella bestämmelsen skulle således omfattas av artikel 28 EG oavsett om bestämmelsen tillämpades lika på inhemska och importerade produkter eftersom den skulle påverka den gränsöverskridande handeln i tillräcklig grad för att anses vara en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion. I *Hermès-fallet* uttalade dock Cour de Cassation, att om konsumenterna informerades om att återförsäljaren inte var auktoriserad skulle detta vara tillräckligt. Med detta i åtanke blir bedömningen en annan. Då påverkas troligen inte den gränsöverskridande handeln i den utsträckning som krävs för att artikel 28 EG ska bli tillämplig eftersom försäljaren alltid har valet att informera sina kunder om att denne inte är auktoriserad återförsäljare. Däremot kan försäljningsvolymen minska i Frankrike eftersom detta kan påverka konsumenternas val. Såvida de övriga kriterierna som uppställs i *Keck-målet* är uppfyllda påverkas således inte en nationell bestämmelse av detta slag av artikel 28 EG. I en artikel av *Rognstad* publicerad i *NIR* år 2000 ifrågasätts dock om domslutet i *Keck-målet* överhuvudtaget är aktuellt i fall som rör parallellimporterade produkter. Denna slutsats dras utifrån att *Keck* avgörandet inte nämns i *Dior mot Evora*²⁰⁷ som rörde just parallellimporterade produkter och nationella bestämmelser om marknadsföring.²⁰⁸ Eftersom märkta produkter som härstammar från ett selektivt distributionssystem till övervägande delen är parallellimporterade blir denna frågeställning i högsta grad aktuell här. Om Rognstads slutsats är korrekt och parallellimporterade produkter åtnjuter ett större skydd än andra produkter är inte heller en nationell bestämmelse vari en informationsskyldighet uppställs för den icke auktoriserade återförsäljaren i överrensstämmelse med artikel 28 EG, (mer om detta i avsnitt 5.3.3).

²⁰⁷ EG-domstolen, Mål C-337/95, *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV*, 4 november 1997, ECR [1997] I s. 6013.

²⁰⁸ *Rognstad, O.A.*, "Om forholdet mellom retten til parallellimport og nasjonale regler om markedsføring", *NIR* 2000, s. 320-336.

5 Selektiv distribution av lyxprodukter och det varumärkesrättsliga skyddet

5.1 Allmänt om varumärkesrätt

Varumärkesrätten är av stor betydelse i dagens samhälle. Varumärken kan sägas skapa en relation mellan företagen och dess kunder utan att någon egentlig kontakt har förekommit, företaget representeras istället av sitt varumärke. Genom varumärket identifierar konsumenten produktens ursprung och kan avgöra vilken kvalitet som kan förväntas, alltså en typ av garantifunktion. Varumärket möjliggör också en positionering d.v.s. att varumärkesinnehavaren kan särskilja sina varor i konsumentens medvetande från andra tillverkares produkter. Vidare kan varumärket sägas vara bärare av den image som varumärkesinnehavaren har upparbetat.²⁰⁹ Som tidigare diskuterats är varumärkets image av särskilt stor betydelse vid försäljning av lyxprodukter och ansevärda summor avsätts till marknadsföring och distribution för att skapa och upprätthålla varumärkets prestige. Sammanfattningsvis kan således sägas att varumärken är bärare av värden i olika hög grad och kan ses som en självständig tillgång.²¹⁰

Av resonemanget ovan framgår att en väl utformad varumärkesrätt är av stor vikt för en välfungerande handel inom gemenskapen. Innan varumärkesrätten harmoniserades inom EU fanns farhågor för att olikheter i medlemstaternas nationella lagar skulle medföra hinder för den fria rörligheten av varor och snedvrida konkurrensen. 1988 antogs därför *Direktiv 89/104/EEG om tillnärmning av medlemstaternas varumärkeslagar*²¹¹ (VM-direktivet). Direktivet medförde att de nationella varumärkeslagarna harmoniserades vad gällde registrerade varumärken.

5.1.1 Varumärkesrättslig ensamrätt

Ensamrättens omfattning definieras i VM-direktivet artikel 5. En innehavare av en ensamrätt har rätt att hindra andra från att i sin näringsverksamhet använda varumärken som är identiska eller förväxlingsbara med varumärkesinnehavarens kännetecken. Det ska dock tilläggas att denna

²⁰⁹ Bernitz, U. m.fl., "Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens", 7: e uppl., 2001, s. 174 & 335 f.

²¹⁰ Kottvedgaard, M. & Levin, M., "Lärobok i Immaterialrätt", 7: e uppl., Stockholm, 2002, s. 309.

²¹¹ Rådets första direktiv (89/104/EEG) av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemstaternas varumärkeslagar, L 159, 10/06/1989, s. 60.

framställning endast kommer att beröra försäljning av varor som varumärkesinnehavaren själv har satt på marknaden, s.k. ”äkta” varor, vilket innebär att ensamrätten begränsas av konsumtionsprincipen som kommer till uttryck i artikel 7.1 VM-direktivet.

5.1.2 Konsumtionsprincipen

En varumärkesrättighet är till viss del konkurrensbegränsande eftersom den ger innehavaren en rätt att hindra andra från att utnyttja varumärket ifråga.²¹² Om ensamrätten vore obegränsad, skulle varumärkesinnehavaren kunna kontrollera handeln med produkterna i alla led, vilket skulle försvåra handeln och utgöra en orimlig situation ur konkurrenshänseende. Därför skapades konsumtionsprincipen som innebär att varumärkesinnehavarens rätt är förverkad när produkten sätts på marknaden för första gången av varumärkesinnehavaren själv eller med dennes samtycke. Konsumtionen kan alltså i princip sägas vara resultatet av en avvägning mellan immaterialrätt och konkurrensrätt.²¹³ I VM-direktivets artikel 7.1 föreskrivs regional konsumtion, vilket innebär att rättighetsinnehavarens ensamrätt är konsumerad om produkten förs ut på marknaden inom EU och EES (i enlighet med EES-avtalet).²¹⁴ Varor som endast har satts på marknaden i tredje land kan däremot hindras från att importeras till EU respektive EES i kraft av rättighetsinnehavarens ensamrätt.

I artikel 7.2 VM-direktivet föreskrivs dock ett undantag från konsumtionsprincipen i de fall då varumärkesinnehavaren har ”skälig grund” att motsätta sig fortsatt marknadsföring, (se avsnitt 5.2.1).

5.2 Immateriella rättigheter som medel för att störa handeln med parallellimporterade produkter

Lyxprodukter som säljs genom selektiva system är genomgående immaterialrättsligt skyddade eftersom skyddet är av stor vikt vid försäljning av denna typ av produkter. Det är framförallt viktigt att skydda den prestigefyllda framtoningen, eftersom den egenskapen är det som

²¹² Lidgard, H.H., ”Parallellhandel – konsumtion av immaterialrätt i Europa och USA ”, Stockholm, Norstedts juridik, 2002. s. 243.

²¹³ Schovsbo, J., ”Grænsefladesspørgsmål”, uppl. 1, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996, s. 81.

²¹⁴ Att den regionala konsumtionen var absolut fastslogs i mål C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH mot Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, 16 juli 1998, [1998] REG I s. 4799 & Schovsbo, J., ”Grænsefladesspørgsmål”, uppl. 1, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996, s. 85.

framförallt skiljer lyxprodukter från andra produkter av samma varuslag.²¹⁵ Skyddet är vidare en förutsättning för att de selektiva systemen överhuvudtaget ska kunna upprätthållas (se avsnitt 2.1).²¹⁶ De immateriella rättigheterna kan i vissa fall användas som medel för att störa handeln med produkter som av någon anledning hamnat utanför det selektiva systemet, i synnerhet parallellhandel.

Möjligheten att hindra parallellhandel och övrig handel med hjälp av immateriella rättigheter är dock begränsad eftersom utnyttjandet av ensamrätterna inte får strida mot reglerna om fria varurörelser i artiklarna 28-30 EG och inte heller får utgöra konkurrensbegränsningar enligt artiklarna 81 eller 82 EG. Principer om hur avvägningen mellan å ena sidan immaterialrätt och å andra sidan reglerna om fria varurörelser samt de konkurrensrättsliga reglerna ska ske har genom åren utvecklats i EG-domstolens praxis. Mycket förenklat kan utvecklingen sammanfattas som att konkurrensrätten har intagit en korrigerande funktion i förhållande till immaterialrätten och reglerna om fria varurörelser blir tillämpliga då immateriella rättigheter används som ett verktyg för att hindra fria varurörelser istället för att uppnå typiska immaterialrättsliga fördelar.²¹⁷ EG-domstolen har utvecklat principen om immaterialrättens ”särskilda skyddsföremål” för att på så vis kunna definiera vad som faktiskt utgör typiska immaterialrättsliga fördelar.²¹⁸ EG-domstolens praxis på området är mycket omfattande och nedan kommer endast att redogöras för sådana utnyttjande av immateriella rättigheter som är av särskilt intresse i samband med selektiv distribution och lyxprodukter.²¹⁹

5.2.1 Artikel 7.2 VM-direktivet - “skälig grund”

I artikel 7.2 VM-direktivet inskränks konsumtionsprincipen till viss del. Artikeln stadgar,

”Punkt 1 skall inte gälla när innehavaren har skälig grund att motsätta sig fortsatt marknadsföring av varorna, särskilt när varornas beskaffenhet har förändrats eller försämrats efter att de har förts ut på marknaden.”

²¹⁵ Jfr, Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d’achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II s. 1851, p. 105.

²¹⁶ Se, avsnitt, *Hays T.*, ”Parallel Importation under European Union Law”, London, 2004, s. 145.

²¹⁷ *Lidgard, H.H.*, ”Parallellhandel – konsumtion av immaterialrätt i Europa och USA”, Stockholm, 2002, s. 260 & *Thomas Hays*, ”Parallel importation under European Union Law”, London, 2004, kapitel 2.

²¹⁸ *Bernitz, U., m.fl.*, ”Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens”, 7: e uppl., Stockholm, 2001, s. 17.

²¹⁹ För den som önskar få en helhetsbild av utvecklingen på området rekommenderas *Thomas Hays*, ”Parallel importation under European Union Law”, London, 2004 & *Lidgard, H.H.*, ”Parallellhandel – konsumtion av immaterialrätt i Europa och USA”, Stockholm, 2002.

Bestämmelsen ger alltså varumärkesinnehavaren en möjlighet att motsätta sig konsumtion när ”skälig grund” föreligger. Artikelns räckvidd var föremål för bedömning i målen *Dior mot Evora*²²⁰ och *BMW mot Deenik*²²¹ som båda rör varumärkesinnehavarens möjlighet att hindra parallellhandlars marknadsföring av produkter som härstammar från selektiva nätverk.

Dior mot Evora

Bakgrunden till målet var att Dior France hade ingått ett exklusivavtal med Dior Nederländerna som i sin tur använde sig av ett selektivt nätverk vid distribution av Diors parfymprodukter i Nederländerna. Dior hade varumärkesrättslig och upphovsrättslig ensamrätt till bilden på förpackningarna, förpackningarna i sig och utformning av flaskorna. Evora i sin tur parallellimporterade produkter av märket Dior till Nederländerna och sålde dem sedan genom en detaljistkedja vid namn Krudivat. Dior i sin tur hävdade att Krudivats marknadsföring inte stod i överrensstämmelse med varumärket Diors luxuösa och prestigefyllda image och att ”särskilda skäl” i enlighet med VM-direktivets artikel 7.2 därför förelåg.

I målet definierades bland annat konsumtionens faktiska räckvidd. Frågan var om rätten att använda varumärket i marknadsföring konsumerades samtidigt med varumärkesinnehavarens rätt att motsätta sig själva försäljningen av varan. I annat fall skulle inte varumärkesinnehavare överhuvudtaget behöva åberopa artikel 7.2 VM-direktivet för att hindra en återförsäljares marknadsföring. EG-domstolen hänvisade i domslutet till sitt avgörande i *Bristol-Myers Squibb*²²² där det fastslogs att artikel 7 VM-direktivet ska tolkas i ljuset av reglerna om fri rörlighet av varor. Om inte rätten att motsätta sig annans användning av varumärket i marknadsföringssammanhang konsumerades skulle avsättningen av varorna ifråga bli avsevärt svårare och därmed skulle motivet bakom konsumtionsprincipen undermineras. Som en konsekvens av detta resonemang fastslogs att när ensamrätten konsumerats i enlighet med artikel 7.1 EG så gäller detsamma för rätten att motsätta sig en användning av varumärket i syfte att uppmärksamma allmänheten på fortsatt kommersialisering av produkterna ifråga.²²³

Principiellt sett ansåg inte EG-domstolen att det förelåg något hinder mot att en varumärkesinnehavare motsätter sig den fortsatta marknadsföringen av varan i de fall när varumärkets anseende har skadats. En avvägning mellan

²²⁰ EG-domstolen, Mål C-337/95, *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV*, 4 november 1997, [1997] ECR I s. 6013.

²²¹ EG-domstolen, Mål C- 63/97, *Bayerische Motorwerke AG (BMW) och BMW Nederland BV mot Ronald Karel Deenik*, 23 februari 1999, [1999] REG I s. 905.

²²² EG-domstolen, Förenade målen C-427/93, C-429/93 & C-436/93, *Bristol-Myers Squibb and Others v. Paranova*, 11 juli 1996, [1996] REG I s. 3457.

²²³ EG-domstolen, Mål C-337/95, *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV*, 4 november 1997, [1997] ECR I s. 6013, p. 32-38.

återförsäljarens och varumärkesinnehavarens intressen ansågs dock nödvändig. EG-domstolen uttalade att återförsäljaren å dennes sida inte får handla illojalt mot varumärkesinnehavaren och bör eftersträva att inte skada varumärket genom att använda sig av marknadsföring som skulle minska produkternas prestigefyllda karaktär eller deras aura av lyx. Däremot ansågs inte ”skälig grund” föreligga, när en återförsäljare som vanligtvis marknadsför varor av samma slag men inte nödvändigtvis av samma kvalitet, använder sig av den typ av marknadsföring som är vedertagen i dennes bransch. För att varumärkesinnehavaren överhuvudtaget ska kunna motsätta sig marknadsföringen av produkterna under sådana omständigheter krävs enligt EG-domstolen att omständigheterna i det enskilda fallet visar att varumärkets anseende ”allvarligt skadas” genom marknadsföringen. Som exempel nämndes att återförsäljaren i sin marknadsföring placerar produkterna i ett sammanhang som allvarligt skadar varumärkets image. Närmare än så preciserades inte begreppet ”allvarligt skadar”.²²⁴

EG-domstolen klargjorde alltså i målet att fortsatta användningen och försäljningen av varorna utan att även rätten att motsätta sig en återförsäljares marknadsföring i princip konsumeras vid samma tidpunkt. Däremot öppnades en möjlighet för varumärkesinnehavare att motsätta sig sådan marknadsföring av produkterna som allvarligt kan skada varumärket. Numera anses alltså en immateriell egenskap hos ett varumärke så pass skyddsvärd att den kan utgöra ”skälig grund” enligt artikel 7.2 VM-direktivet, vilket pekar på att varumärkets kommunikationsfunktion tillmäts större betydelse idag än tidigare.²²⁵ En förutsättning för att detta ska vara fallet är dock att produkterna som marknadsförs under varumärket faktiskt har en prestigefylld karaktär och en ”aura av lyx” eller åtminstone ett anseende.

Schovsbo har i en kommentar av fallet framhållit att domstolens uttalande skulle kunna tolkas som att det finns ett krav på att återförsäljare *vanligtvis* marknadsför liknande varor, dock inte nödvändigtvis av samma kvalitet, för att de överhuvudtaget ska få använda varumärket i marknadsföring av produkterna ifråga.²²⁶ Detta anser jag inte vara en rimlig tolkning men formuleringen är olycklig och ger upphov till funderingar. EG-domstolen uttalade att en varumärkesinnehavares eller upphovsrättsinnehavares möjlighet att motsätta sig marknadsföringen av varorna konsumerades vid samma tidpunkt som ensamrätten att sälja och importera varorna. Det är enligt mig inte troligt att artikel 7.2 VM-direktivet skulle innebära ett undantag från konsumtionen enbart på den grunden att en återförsäljare inte vanligtvis säljer den typen av varor. Det rör sig troligen snarare om ett försök till förtydligande från domstolen att enbart den omständigheten att återförsäljaren inte säljer varor av *samma kvalitet* inte kan utgöra skälig

²²⁴ A.a., p. 43-48.

²²⁵ Jfr, *Schovsbo, J.*, Markedsføring af parallelimporterede mærkevarer – en kommentar i anledning af EF-domstolens afgørelse af *Dior*-sagen, UfR 1998B.16, s. 19 & *Bernitz, U.*, *m.fl.* Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 7: e uppl., Stockholm, 2001, s. 239.

²²⁶ *Schovsbo, J.*, Markedsføring af parallelimporterede mærkevarer – en kommentar i anledning af EF-domstolens afgørelse af *Dior*-sagen, UfR 1998B.16, s. 21.

grund för att motsätta sig återförsäljarens marknadsföring av varorna. Vidare bör det påpekas att Krudivat vanligtvis säljer produkter av liknande slag och den valda formuleringen kan syfta på omständigheterna i det enskilda fallet. Desto troligare är då att EG-domstolens uttalande bör tolkas så att det finns större utrymme att *motsätta sig* en branschs vedertagna marknadsföringsmetoder om återförsäljaren inte vanligtvis säljer produkter av liknande slag. Det är möjligt att varumärkesinnehavaren i denna situation inte behöver styrka lika hög grad av skada för att hindra marknadsföringen. Oavsett detta, kommer produkten oundvikligen att marknadsföras med andra typer av varor om återförsäljaren inte vanligtvis marknadsför liknande produkter och därmed är risken större att varumärkets anseende skadas än i de fall då en återförsäljare faktiskt säljer liknande varor. *Schovsbo* uppmärksammar exempelvis situationer där lyxvaror som kläder och parfym i annonser förekommer sida vid sida med köttpålugg och frågar sig var gränsen ska dras. Är det tillräckligt att återförsäljaren gör reklam för de luxuösa produkterna på en annan sida eller krävs ytterligare ett reklamblad?²²⁷ Vad som faktiskt utgör ”allvarlig skada” kan inte med säkerhet fastställas utifrån domen och exakt vilka situationer som kommer omfattas av undantagsregeln i artikel 7.2 VM-direktivet återstår att se. Troligtvis kommer begreppet ”allvarlig skada” tolkas relativt restriktivt då parallellhandeln annars skulle påverkas negativt eftersom avsättningen av produkterna skulle försvåras.²²⁸

BMW mot Deenik

Även i detta mål aktualiserades tolkningen av uttrycket ”skälig grund” i artikel 7.2 VM-direktivet. Bakgrunden till målet var att en icke auktoriserad återförsäljare, som specialiserat sig på försäljning samt reparation och underhåll av bilar av märket BMW, använde sig av uttryck som ”BMW-specialist” och ”specialist på BMW” i sin reklam. BMW hävdade att sådana påståenden i marknadsföring utgjorde intrång i BMW:s varumärkesrätt. EG-domstolen fastslog i målet att det faktum att ett varumärke används på ett sådant sätt i en återförsäljares reklam att ett intryck av att det föreligger ett ekonomiskt samband mellan återförsäljaren och varumärkesinnehavaren ges, kan utgöra ”skälig grund”. Detta gäller särskilt om det framstår som om återförsäljarens företag ingår i varumärkesinnehavarens återförsäljarorganisation.²²⁹ Detta eftersom sådan reklam inte anses nödvändig för att säkerställa vidareförsäljningen av produkterna samt strider mot skyldigheten att handla lojalt gentemot varumärkesinnehavaren och påverkar varumärkets värde genom att annonsören drar otillbörlig fördel av varumärkets renommé och särskiljningsförmåga.

²²⁷ A.a., s. 20 f.

²²⁸ Detta var skälet till att nationella marknadsföringsregler som var mer restriktiva än domstolens tolkning av artikel 7.2 VM-direktivet ansågs utgöra åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa importrestriktioner enligt artikel 28 EG och inte kunde beviljas undantag enligt artikel 30 EG.

²²⁹ EG-domstolen, Mål C- 63/97, *Bayerische Motorwerke AG (BMW) och BMW Nederland BV mot Ronald Karel Deenik*, 23 februari 1999,[1999] REG I s. 905, p. 51.

Det framgår alltså av fallet att renommésnyltning i vissa fall kan utgöra ”skälig grund”. EG-domstolen förtydligar dock att renommésnyltning inte kan anses föreligga om det inte finns risk för att intrycket av ett ekonomiskt samband ges och om återförsäljarens marknadsföring i övrigt är korrekt och lojal. En sedvanlig marknadsföring av varor som medför att återförsäljaren får förmånen att dennes egen verksamhet ges en aura av kvalitet genom att varumärket används i dennes marknadsföring utgör alltså inte ”skälig grund”.²³⁰ Renommésnyltning innebär ett otillbörlig utnyttjande av ett känneteckens renommé eller goodwill i de fall en näringsidkare drar fördel av en annans näringsidkares verksamhet, varor eller tjänster på ett sätt som är ägnat att snylta på dennes kommersiella anseende.²³¹ De varumärkesinnehavare som marknadsför luxuösa produkter har som regel väl upparbetad renommé och goodwill vilket innebär att renommésnyltning kan komma ifråga.

5.2.2 Artikel 7.2 VM-direktivet och illojal konkurrens

Som framgår av resonemanget ovan är artikel 7.2 VM- direktivet tillämpligt vid vissa former av illojala konkurrensåtgärder och sådan otillbörlig marknadsföring som vilseleder konsumenter. Tillfogande av allvarlig skada i samband med oaktsamt utnyttjande av annans varumärke, renommésnyltning och vilseledande angående ekonomiskt samband är de situationer där EG-domstolen fastslagit att det kan föreligga skälig grund att motsätta sig annan näringsidkares användning av varumärket. Varumärkesdirektivet är således av intresse i fall som rör användning av varumärken i marknadsföring. *Rognstad* menar att de immaterialrättsliga reglerna förtränger de marknadsföringsrättsliga när det gäller marknadsföring av parallellimporterade varor. En anledning till detta hävdar han, är att marknadsföringsreglerna, däribland regler om illojal konkurrens, inte är harmoniserade inom EU till skillnad från varumärkesrätten. Därför sker en utsträckning av varumärkesrätten som nu också omfattar typiska marknadsföringsrättsliga situationer.²³²

I fransk praxis har illojal varumärkesanvändning ansetts utgöra ”skälig grund” enligt den franska motsvarigheten till artikel 7.2 i VM-direktivet. I likhet med tidigare har jag i redogörelsen nedan utgått från Jens Schoybos tolkning av fransk praxis. Cour de Cassation uttalade i *Chanel-fallet*²³³ att en icke auktoriserad handlare som sålde vidare produkter som denne förvärvat av en medlem i ett selektivt distributionssystem gjorde sig skyldig till illojal konkurrens. I doktrin har framhållits att det var avsaknaden av ett samtycke från varumärkesinnehavaren till försäljningen som var det

²³⁰ A.a., p. 52-53.

²³¹ *Nordell, P.J.*, ”Marknadsrättens goodwillsskydd”, Stockholm, 2003, s. 32.

²³² *Rognstad, O.A.*, ”Om forholdet mellom retten til parallellimport og nasjonale regler om markedsføring”, NIR 2000, s. 320-336, s. 321 f.

²³³ La Cour de Cassation, ch. com., *SARL Parfumerie Michelle./ SA Chanel*, 23 februari 1993, Recueil Dalloz Sirey 1994, jurisprudence s. 318.

avgörande i fallet. Rättighetshavaren anses således inte bara ha rätt att märka produkten och sätta densamma på marknaden för första gången utan samtycke krävs till och med den försäljning som sker till slutkonsumenten.²³⁴ Den franska domstolens tolkning av begreppet ”skälig grund” måste enligt mig anses strida mot EG-domstolens uttalande i *Bristol-Myers Squibb*, att artikel 7 VM-direktivet ska tolkas i ljuset av reglerna om fri rörlighet och att varumärkesrättigheter inte får användas i syfte att åstadkomma marknadsindelning.²³⁵

5.2.3 Nationella immaterialrättsliga lagar som hinder för parallellimport

I *Dior*-fallet uttalade sig EG-domstolen om huruvida en nationell regel står i strid med artikel 28 och 30 EG, om denna har innebörden att en varumärkesinnehavare eller innehavaren av en upphovsrätt kan hindra en återförsäljares marknadsföring även om denna typ av marknadsföring är vedertagen i återförsäljarens bransch. Den nationella domstolen var även intresserad av ett förhandsavgörande angående den omständigheten att en nationell lagregel stadgar att en återförsäljares marknadsföring kan hindras när dennes användning av varumärket i sin marknadsföring bedöms skada varumärkets prestige eller image.²³⁶ EG-domstolen gav dock inga utförliga svar på respektive fråga utan nöjde sig med att slå fast att en nationell bestämmelse av sådant slag i princip utgör åtgärder med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion enligt artikel 28 EG. Det ansågs vara tillräckligt att konstatera att,

”according to the judgment referring the question for a preliminary ruling, the main proceedings concern goods which the reseller has procured through parallel imports and that a prohibition of advertising such as that sought in the main proceedings would render commercialization, and consequently access to the market for those goods, appreciably more difficult.”²³⁷

Vad gäller möjligheten till undantag enligt artikel 30 EG uttalar domstolen att det redan i *Bristol-Myers Squibb* fastslogs att artikel 30 EG och artikel 7 i VM-direktivet ska tolkas likadant. Således ska artiklarna 28 och 30 EG tolkas på så vis att en varumärkesinnehavare inte kan motsätta sig en återförsäljares marknadsföring av produkterna, såvida denna vanligtvis säljer liknande produkter, men inte nödvändigtvis av samma kvalitet som de varumärkesskyddade varorna och använder sig av sedvanlig marknadsföring inom sin bransch, i syfte att uppmärksamma allmänheten på försäljningen

²³⁴ Schovsbo, J., ”Grænsefladesspørgsmål”, uppl. 1, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996, s. 129 f.

²³⁵ EG-domstolen, Förenade målen C-427/93, C-429/93 & C-436/93, *Bristol-Myers Squibb and Others v. Paranova*, 11 juli 1996, [1996] REG I s. 3457 p. 27 & 46.

²³⁶ EG-domstolen, Mål C-337/95, *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV*, 4 november 1997, [1997] ECR I s. 6013, p. 49.

²³⁷ A.a., p. 51.

av varorna, såvida det inte kan visas att användningen av varumärket i detta syfte allvarligt skadar varumärkets rykte.²³⁸ *Dior*-domen föregrep således den situationen att medlemsländerna använder nationell lagstiftning för att begränsa parallellimporterarens marknadsföring.²³⁹ Vad gäller det upphovsrättsliga skyddet uttalar EG-domstolen att detta inte är mer vidsträckt än för ett varumärkesskydd i en motsvarande situation.²⁴⁰

5.3 Delanalys

5.3.1 "skälig grund"

Den immateriella aspekten blir mycket tydlig i samband med distribution av lyxprodukter. En lyckad kommersialisering är som regel helt beroende av den bild som produkten ifråga eller varumärket i stort förmedlar till konsumenten. Om den luxuösa bilden av varumärket skulle allvarligt skadas eller gå förlorad skulle produkterna sannolikt utkonkurreras från den aktuella marknaden. En välfungerande varumärkesrätt är således en väsentlig förutsättning för att en tillverkare ska kunna skydda sitt varumärke. Varumärkesrätten ger innehavaren en ensamrätt att använda varumärket i näringsverksamhet, detta gäller dock endast fram till dess att varumärkesinnehavaren samtyckt till att varan satts på marknaden inom EU eller EES. Efter det är ensamrätten konsumerad och rättighetsinnehavaren kan inte kontrollera den vidare handeln med varan. För att kontrollera distributionen även efter konsumtionen har inträtt är selektiva distributionssystem ideala. Att skapa ett selektivt nätverk helt utan "läckor" är dock i princip praktiskt omöjligt. Regeln i artikel 7.2 VM-direktivet kan därmed tjäna som ett verktyg för att störa handeln med varor, för vilka ensamrätten konsumerat, som sker utanför de selektiva systemen. Det ska dock tilläggas att ett åberopande av artikel 7.2 VM-direktivet inte är ett effektivt sätt att stoppa handeln utanför selektiva system som helhet eftersom det endast är enskilda åtgärder från återförsäljarens sida som kan angripas, inte försäljningen som sådan. Även möjligheten att angripa enskilda åtgärder är dock begränsad som följd av domstolens praxis i *Dior*- och *BMW*-målen. I fransk rätt däremot har själva förvärvandet och vidareförsäljningen av varor som härstammar från selektiva system anses utgöra "skälig grund" att motsätta sig en återförsäljares fortsatta marknadsföring av varorna. Att denna syn skulle anammas inom EU är dock föga troligt eftersom detta skulle strida mot reglerna om fria varurörelser. Ytterligare en intressant aspekt är om den omständigheten att en återförsäljare säljer produkter märkta med en upplysning om att produkten endast får säljas av auktoriserade återförsäljare skulle kunna utgöra "skälig grund" för en varumärkesinnehavare att motsätta sig en återförsäljares

²³⁸ A.a., p. 53-54.

²³⁹ *Lidgard, H.H.*, "Parallellhandel – konsumtion av immaterialrätt i Europa och USA", Stockholm, 2002, s. 298.

²⁴⁰ EG-domstolen, Mål C-337/95, *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV*, 4 november 1997, [1997] ECR I s. 6013, p. 58.

marknadsföring med stöd av EG-domstolens dom i *BMW*-målet. I det franska fallet *Rochas II* hävdade varumärkesinnehavaren att en sådan omständighet utgjorde illojal konkurrens i form av renommésnyltning. I *Hermès*-fallet var situationen densamma men där hävdade varumärkesinnehavaren att konsumenten vilseleddes att tro att återförsäljaren faktiskt var auktoriserad, (se avsnitt 4.2). Visserligen är det ett faktum att konsumenten genom att återförsäljaren säljer märkta produkter kan förledas att tro att återförsäljaren ingår i varumärkesinnehavarens återförsäljarorganisation. Däremot skiljer sig omständigheterna från de i *BMW*-målet på det vis att om en försäljning av märkta produkter skulle anses utgöra skälig grund skulle försäljningen av produkterna omöjliggöras. Vidare är det varumärkesinnehavaren själv som märker produkterna och inte återförsäljaren i syfte att vilseleda konsumenten. I *BMW*-målet däremot är det återförsäljaren själv som ger intryck av att ingå i varumärkesinnehavarens återförsäljarorganisation genom att i reklam använda uttryck som ”BMW-specialist”. Försäljning av märkta produkter kommer därför inte kunna utgöra ”skälig grund” enligt artikel 7.2 VM-direktivet.

5.3.2 “allvarlig skada”

I *Dior* fastslogs att huruvida risk för ”allvarlig skada” föreligger ska avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Som exempel nämndes att varumärket placeras i ett sammanhang som allvarligt kan skada den bild av varumärket som varumärkesinnehavaren har skapat. Närmare än så preciserades inte begreppet ”allvarlig skada” vilket gör det svårt att avgöra hur vissa typer av marknadsföring ska bedömas. Som exempel kan nämnas den typ av marknadsföring som stormarknader använder sig av. I denna bransch förekommer reklamblad med produkter av varierande art och kvalitet. Samtidigt säljs produkter av liknande slag, men inte nödvändigtvis av samma kvalitet som de mer prestigefyllda produkterna, vilket innebär att allvarlig skada krävs för att varumärkesinnehavaren ska kunna motsätta sig marknadsföringen enligt artikel 7.2 VM-direktivet. Luxuösa produkter kan mycket väl förekomma sida vid sida med mat, sportutrustning, kläder och städrengöring och frågan är om detta kan anses utgöra ”allvarlig skada”. Här kan en parallell dras till de kvalitativa krav som ställs på auktoriserade återförsäljare inom ett selektivt distributionsnät och de uttalanden kommissionen och förstainstansrätten gjorde i *Leclerc*-målen angående diskriminering av stormarknader. Det ansågs tillräckligt att stormarknader upprättade en särskild avdelning för försäljning av de luxuösa varorna för att det kvalitativa kriteriet som rörde ”försäljning av andra varor som kan skada bilden av varumärket” skulle anses uppfyllt. Vidare uttalade domstolen att det kunde ställas krav på att vissa typer av varor som exempelvis livsmedel och städartiklar inte såldes i närheten av produkterna eftersom detta kunde skada varumärkets image. Frågan är om detta uttalande kan översättas till marknadsföringssituationen, med andra ord att varumärkets anseende ”allvarligt skadas” genom att marknadsföras tillsammans med exempelvis städprodukter. Det föreligger dock vissa skillnader mellan de två situationerna. Vid upprättandet av ett selektivt distributionssystem är

ensamrätten inte konsumerad och rättighetsinnehavaren vill försäkra sig om en distribution som motsvarar varumärkets prestigefyllda image. I marknadsföringssituationen däremot har rättighetsinnehavaren redan utövat sin rätt att sätta produkten på marknaden och vill nu styra en oberoende återförsäljares marknadsföring av en ”äkta” vara som denne kommit över på laglig väg. Vad som faktiskt krävs för att ”allvarlig skada” ska anses föreligga eller om denna grad av skada överhuvudtaget behöver uppnås om återförsäljaren vanligtvis inte säljer produkterna ifråga är fortfarande oklart. Det är dock sannolikt att kraven på marknadsföringen även i fortsättningen kommer att sättas så pass lågt att parallellimporten inte på något vis kommer att påverkas. Det framstår också som om EG-domstolen i målen velat poängtera artikelns karaktär av undantagsregel genom att endast lämna utrymme för undantag i de fall där det är motiverat och genom att betona att nationella lagregler som är mer restriktiva än domstolens tolkning av artikel 7.2 VM-direktivet faktiskt strider mot artikel 28 EG.

5.3.3 Parallellimportens särställning

I en artikel i *NIR* från år 2000 uppmärksammar *Rognstad* att EG-domstolen i *Dior* avgörandet inte överhuvudtaget använde sig av sin tidigare praxis vad gäller artikel 28 & 30 EG.²⁴¹ Vidare påpekar han att parallellimporten intar en särställning inom EG-rätten eftersom den anses stimulera konkurrensen och rörligheten av varor inom gemenskapen. Därav drar han slutsatsen att *Keck*-doktrinen inte är relevant i fall som rör parallellimport. Han menar att,

”nasjonale regler som *rammer parallellimporten spesielt* alltid vil anses som tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner.”

Om denna tolkning av EG-domstolens uttalande i *Dior* avgörandet är riktig är vanskligt att avgöra. Den nationella domstolen önskade förhandsavgörande om möjligheten att använda sig av nationella regler som var striktare än vad domstolen hade fastslagit i fallet. EG-domstolen hade gjort bedömningen av omständigheterna och kommit fram till vad som kunde utgöra ”skälig grund” enligt artikel 7.2 VM-direktivet. Således hade avvägningen mellan varumärkesinnehavarens intressen och den fria rörligheten av varor redan gjorts. Att domstolen relativt lättvindigt konstaterade att nationella regler som är restriktivare än så strider mot artikel 28 EG ser jag som en naturlig följd av detta. Vad gällde artikel 30 EG och möjligheten till undantag p.g.a. skyddsvärda intressen, hänvisar EG-domstolen till sin tolkning av artikel 7 VM-direktivet. En hänvisning till *Keck*-målet var därmed inte nödvändig. Ytterligare en anledning skulle kunna vara att det i *Keck*-målet inte rörde sig om parallellimporterade produkter. Enligt mig behöver detta dock inte innebära att avgörandet i *Dior* har en annan rättsgrund. *Keck*-domens syfte var att förtydliga att de flesta nationella bestämmelser som rör marknadsföring och distributionsätt inte

²⁴¹ *Rognstad, O.A.*, ”Om forholdet mellom retten til parallellimport og nasjonale regler om markedsføring”, *NIR* 2000, s. 320-336, s. 326 f.

kan anses utgöra importrestriktioner för att på så vis minska antalet fall som inkom till domstolen i denna fråga. EG-domstolen betonade i målet att åtgärder som direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, hindrade handeln inom gemenskapen utgör en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion och konstaterade att den nationella lagregeln som var föremål för granskning inte hade som syfte att försvåra import.²⁴² I *Dior*-målet var det frågan om en nationell lagregel som möjliggjorde att en immateriell rättighet användes som medel för att försvåra import. Rättighetsinnehavarna kommer naturligtvis inte att angripa sina egna försäljningskanaler utan effekten av en sådan bestämmelse blir att icke auktoriserade handelskanaler hindras eller åtminstone störs. Således är det denna typ av import man försöker förhindra genom att försvåra avsättningen av varorna på marknaden. Även i *Dior* avgörandet kommer EG-domstolen fram till att avsättningen av parallellimporterade produkter försvåras och därför uppstår åtgärder med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion enligt artikel 28 EG. Avgörandet är således i linje med *Keck*-målet.

Det är mycket möjligt att *Rognstads* tolkning av *Dior* avgörandet är korrekt, jag vågar dock bara sluta mig till att sådana restriktioner i *de flesta* fall kommer att bedömas vara kvantitativa importrestriktioner. Om *Rognstads* uppfattning är riktig innebär det att möjligheten att använda nationella immaterialrättsliga lagar som verktyg för att hindra handeln med produkter som har "läckt" ut från selektiva nätverk är mycket begränsad om inte obefintlig. Utrymmet för detta är visserligen inte speciellt stort oavsett hur *Dior*-domen och EG-domstolens praxis vad gäller parallellimport tolkas.

²⁴² EG-domstolen, Förenade målen C-267/91 & C-268/91, *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard*, 24 november 1993, ECR [1993] I-6097, p. 11-14.

6 Sammanfattande analys

Uppsatsen behandlar distribution av lyxprodukter och de rättsliga ramar som begränsar rättighetsinnehavarens kontroll över distributionen. Framförallt har jag redogjort för och analyserat hur de marknadsrättsliga reglerna påverkar möjligheten för rättighetsinnehavaren att utöva denna kontroll medelst upprättandet av selektiva system samt genom att störa handeln med produkter som härstammar från sådana system.

De rättsområden som har belysts påverkar alla i olika hög grad distributionen av lyxprodukter. Konkurrensbegränsningsreglerna sätter gränser för hur distributionsavtalen får utformas och utnyttjas, med hänsyn tagen till den effekt de selektiva systemen har på konkurrensen enskilt eller i kombination. Nationella regler om illojal konkurrens och marknadsföring, såväl som immaterialrättsliga regler på det EG-rättsliga planet har aktualiserats i samband med redogörelsen för olika former av otillbörligt handlande gentemot rättighetsinnehavaren. Slutligen sätter reglerna om fria varurörelser och det övergripande målet om marknadsintegration upp de yttre ramarna för tolkning och tillämpning av de övriga rättsområdena.

Att en immateriell egenskap berättigar till selektiv distribution fastslogs för första gången av kommissionen i dess beslut angående Yves Saint Laurents och Givenchys distributionssystem. Kommissionens avgörande överklagades dock till förstainstansrätten av en inköpssammanslutning som inte ansåg att kommissionens beslut var tillräckligt motiverat och skulle leda till diskriminering av stormarknader. Även förstainstansrätten menade dock att de selektiva distributionsavtalen i det stora hela var förenliga med artikel 81.1 EG och i övriga delar kunde beviljas individuellt undantag i enlighet med artikel 81.3 EG. Det som ansågs berättiga till selektiv distribution var tillverkarens intresse av att bevara den prestigefyllda bilden av sitt varumärke och skydda sina investeringar samt behovet av att skydda konsumentens uppfattning om produktens exklusivitet och prestige.

Gruppundantaget för vertikala avtal och samordnade förfaranden som antogs år 2000 medför att en klar majoritet av alla selektiva distributionsavtal inte längre kommer att omfattas av artikel 81.1 EG. Gruppundantaget är skapat i enlighet med artikel 81.3 EG som föreskriver att artikel 81.1 EG inte är tillämplig på grupper av avtal som bidrar till att förbättra produktionen och distributionen av varor samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås. I gruppundantaget uppställs en presumtion för att de avtal som uppfyller de krav som ställs för att omfattas av undantaget ger upphov till effektivitetsfrämjande effekter som väger upp eventuella konkurrenshämmande effekter och att konsumenten kommer tillförsäkras en skälig andel av dessa.

Att lyxprodukter kräver selektiv distribution är enligt mig inte en självklarhet. Selektiv distribution upprätthåller dock produkternas och varumärkets karaktär av lyx vilket är en av de viktigaste konkurrensfördelarna för lyxprodukter eftersom det är deras karaktär som skiljer dem från liknande produkter av samma varuslag. För att upprätthålla denna exklusiva image marknadsförs lyxprodukter som regel aggressivt. 1992 uppgick enligt rapporten "*Fine fragrances*" reklam- och marknadsföringskostnader för leverantörer av luxuösa parfymprodukter i genomsnitt till 44 % av försäljningsvärdet vid leverantörernas försäljning till detaljister. Vidare är det ett faktum att konsumenter efterfråga luxuösa varor vilket förstainstansrätten också betonade i *Leclerc*-målen, men jag ifrågasätter om detta är tillräckligt för att uppfylla kravet på att en skälig andel ska komma konsumenten till godo i artikel 81.3 EG. I de fall luxuösa produkter kräver rådgivning och service från utbildad personal är det otvivelaktigt så att selektiv distribution är till fördel för konsumenterna såväl som varumärkesinnehavarna. Konsumenterna kan vara säkra på att få den typ av produkt de söker samt få råd om dess användning och kan även erbjudas efterköpservice vid eventuella problem. Tillverkaren å sin sida får lägre distributions- och transaktionskostnader och undviker att varumärket fläckas till följd av felaktig användning och oseriösa försäljningsställen. Frågan är dock om konsumenterna verkligen tillförsäkras en skälig andel av dessa effektivitetsfrämjande effekter och om produktens art verkligen kräver selektiv distribution i de fall då selektiv distribution enbart motiveras med hänsyn tagen till bevarandet av produkternas luxuösa karaktär. Som exempel på sådana produkter kan nämnas parfym och kläder. Det är svårt att fastställa vad de som köper lyxprodukter eftersträvar, alltså i vilken grad den luxuösa bilden verkar bestämmande för köpet ifråga, och hur avvägningen mellan lyx och priskonkurrens ska göras. Många köper till exempel sådana produkter i taxfreebutiker på båtar och flygplatser där möjligheten till rådgivning för parfymprodukter är näst intill obefintlig. I dessa fall prioriterar konsumenterna priset över rådgivning. Det är i mina ögon tveksamt om enbart bevarandet av produkternas luxuösa image borde berättiga till selektiv distribution. Med tanke på att gruppundantaget är mindre restriktivt än domstolens tidigare praxis och med hänsyn tagen till de konkurrensbegränsningar som följer naturligt av selektiv distribution av lyxprodukter bör de effektivitetsfrämjande effekterna och konsumentens andel av dessa enligt min mening vara tydligare för att omfattas av ett gruppundantag. Det finns dock de som hävdar att marknaden för lyxprodukter i princip skulle försvinna helt utan selektiv distribution. Produkter som har ansetts "lyxigare" än andra har dock alltid funnits och jag tror inte att det är sannolikt att hela marknaden slås ut. Framförallt inte eftersom vi endast talar om de produkter som inte har någon ytterligare egenskap som berättigar till selektiv distribution, vilket de flesta produkter har.

Selektiv distribution av lyxprodukter medför i vissa avseenden större risker för konkurrenshämmande effekter än andra produkter. Vertikala begränsningar som används på märkesvaror har till exempel större negativ effekt på konkurrensen än icke- märkesvaror eftersom varumärken ökar

produktdifferentieringen och minskar utbytbarheten mellan produkter vilket innebär att konsumenterna är mindre känsliga för prishöjningar. Vidare föreligger det också en risk för att återförsäljare som har en annan konkurrensstrategi och som kan tänkas ta ut ett lägre pris för produkterna ifråga diskrimineras. De kvalitativa kriterier som uppställs syftar till att försäljningsstället i ett antal avseenden ska spegla varumärkets prestigefyllda image vilket oundvikligen medför en viss subjektivitet vid bedömningen av huruvida kriterierna uppfylls. Förstainstansrätten uttalade dock i *Leclerc*-målen att det är upp till de nationella domstolarna att se till att sådan diskriminering inte förekommer. Systematisk diskriminering kan dock vara svårt att bevisa och de nationella domstolarnas rättstillämpning kan också variera eftersom riktlinjerna från domstolen angående vad som är tillåtna urvalskriterier är relativt vaga. Även MMCs rapport indikerade att sådan diskriminering faktiskt förekommer. Det faktum att marknaden för lyxprodukter är så pass homogen vad gäller distributionssätt medför vidare att prisläget på marknaden höjs generellt sett. De auktoriserade återförsäljarna har relativt höga kostnader och därmed är de inte villiga att sänka sina priser och situationen är densamma hos konkurrenterna. Om samtidig diskriminering av prispressande återförsäljare förekommer utgör omständigheten att marknaden är homogen vad gäller distributionssätt ett problem eftersom detta kan innebära att denna typ av återförsäljare utesluts helt från den aktuella marknaden. Även kvantitativa urvalskriterier som direkt begränsar antalet återförsäljare, vilka är tillåtna enligt gruppundantaget, utgör ett problem i detta sammanhang och medför att det är svårare för nya återförsäljare att slå sig in på marknaden vilket minskar inommärkeskonkurrensen ytterligare.

Att upprätthålla ett helt ”tätt” distributionssystem och hindra all parallellimport är praktiskt taget omöjligt. Därför har regler om illojal konkurrens och den immaterialrättsliga bestämmelsen om ”skälig grund” i artikel 7.2 VM-direktivet åberopats av rättighetsinnehavaren för att på så vis störa handel med produkterna utanför systemet. I princip alla de invändningar från rättighetsinnehavaren sida som har redogjorts för i detta sammanhang har två gemensamma drag. De rör olika former av illojal konkurrens och de kommer inte att kunna åberopas i större utsträckning än att handeln mellan medlemstater lämnas opåverkad. Möjligheten för varumärkesinnehavaren att störa handeln med produkter utanför ett selektivt system är således relativt begränsad.

Regler som de franska, vilka föreskriver att ”otillbörligt ingripande i avtalsförhållande” och förbud mot försäljning av märkta produkter utgör illojal konkurrens kommer troligtvis inte införas inom EG-rätten även om detta område så småningom skulle harmoniseras. Sådana bestämmelser skulle omöjliggöra parallellimport av produkterna ifråga och skulle således inte vara förenliga med artiklarna 2 och 28 EG. Det är inte heller sannolikt att marknadsföringen av produkter kommer att kunna hindras i någon större utsträckning till följd av att varumärkets image skadas. EG-domstolen uttalade i *Dior* avgörandet att motivet bakom artikel 7 VM-direktivet är att möjliggöra en fri rörlighet av varor och undvika marknadsuppdelning och

därför ansågs rätten att motsätta sig en återförsäljares marknadsföring konsumerad vid samma tidpunkt som rätten att motsätta sig försäljning. Denna ståndpunkt och det faktum att det krävs "allvarlig skada" för att varumärkesinnehavaren ska kunna motsätta sig en återförsäljares fortsatta marknadsföring talar för en relativt restriktiv tolkning av artikel 7.2 VM-direktivet i dessa fall. Även avgörande i *BMW*-målet, som rörde renommésnyltning, pekar åt samma håll. Nationella marknadsföringsregler som inte hindrar handeln mellan medlemstater är dock tillåtna. Denna ståndpunkt framgick redan av avgörandet i *Dansk Supermarket* och har senare bekräftats i *Keck*-målet, *Ruth Hünermund*, *De Agostini* och *Leclerc-Siplec*-målen.

I diskussionen kring distribution av lyxprodukter är avvägningen mellan å ena sidan den fria rörligheten av varor och en sund konkurrens och å andra sidan rättighetsinnehavarens intresse av att skydda varumärket ett ständigt återkommande inslag. Denna intressekonflikt har också belysts i denna framställning och har haft en avgörande roll oberoende av vilket regelverk som har diskuterats. I uppsatsen har också redogjorts för ett antal olika ståndpunkter angående hur denna avvägning bör göras. Som två ytterligheter kan nämnas fransk rätt där varumärkesinnehavarens intressen mycket tydligt prioriteras på bekostnad av den fria konkurrensen och EG-rätten där de selektiva systemen och immaterialrätten anses utgöra ett tillräckligt skydd för varumärkesinnehavarens intressen och parallellimport och övrig handel utanför systemen skyddas från ytterligare påverkan i syfte att uppnå fri rörlighet och sund konkurrens.

Källförteckning

Litteratur

Bellamy, Sir C. & Child, G., "European Community law of competition", 5: e uppl., London, Sweet & Maxwell, 2001.

Bernitz, U., "Svensk marknadsrätt", 3: e uppl., Stockholm, Marknadsrättsförlaget AB, 1991.

Bernitz, U., "Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare", 1:a uppl., Stockholm, C.E. Fritzes AB, 1993.

Bernitz, U., m.fl., "Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens", 7: e uppl., Stockholm, Jure AB, 2001.

Bishop, S., Walker, M., "The economics of EC Competition law", 2: a uppl., London, Sweet & Maxwell, 2002.

Hays T., "Parallel Importation under European Union Law", London, Sweet & Maxwell 2004.

Hessler, H. "Allmän sakrätt", Stockholm, P.A Norstedt & söners förlag, 1973.

Koktvedgaard, M. & Levin, M., "Lärobok i Immaterialrätt", 7:e uppl., Stockholm, Norstedts Juridik AB, 2002.

Korah V., EC Competition Law and Practice, 7: e uppl., Oxford, Hart, 2000.

Korah, V. & O'Sullivan, D., "Distribution Agreements under the EC Competition Rules", Oxford, Hart, 2002.

Lidgard, H.H., "Parallellhandel – konsumtion av immaterialrätt i Europa och USA ", Stockholm, Norstedts juridik, 2002.

Nordell, P.J. "Marknadsrättens goodwillskydd", Stockholm, Elander Gotab AB, 2003.

Schovsbo, J., "Grænsefladesspørgsmål", uppl. 1, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996.

Tobieson S., "Illojal konkurrens som "skälig grund" - en studie av gränsen mellan varumärkeshavares exklusiva rätt och parallellimportörers tillåtna agerande i marknadsföring", Examensarbete, Juridiska fakulteten i Lund, 2002.

Wetter, C., M.fl., "Konkurrenslagen - en handbok", 2: a uppl., Stockholm, Thomson Fakta, 2002.

Whish, R., "Competition Law", 4: e uppl., London, Butterworth, 2001.

Quitow, C.M., "Fria varurörelser i den Europeiska Gemenskapen", Akademisk avhandling vid Lunds universitet, Fritzes Förlag AB, 1995.

Artiklar

Art, J.Y. & Van Liedekerke, D., Development in EC Competition law in 1996 – an overview", CML Rev. 1997 s. 895-956.

Bernitz, U., "Är det svenska förbudet mot reklam riktad mot barn under tolv år ett otillåtet handelshinder"?, JT 1997/1998, s. 481-484.

Hughes, M., Celia, F. & Ross, K., "The Economic Assessment of Vertical Restraints Under U.K. and E.C. Competition Law", E.C.L.R., 2001.

IIC, 1/1995, vol. 26.

Rognstad O.A., "Om forholdet mellom rettent til parallellimport og nasjonale regler om markedsføring", NIR, 2000.

Schovsbo, J., Markedsføring af parallelimporterede mærkevarer – en kommentar i anledning af EF-domstolens afgørelse af *Dior*-sagen, UfR 1998B.16.

Utton, M., "Selective distribution, Refusal to sell and the Monopolies and Mergers Commission", International Journal of the Economics of Business, februari, 1996.

Rapporter

XXIst Report on Competition Policy (1991).

Fine fragrances: A report on the supply in the UK for retail sale of fine fragrances, CM 2380, HMSO, 1993.

XXVte Konkurrensrapporten (1995).

Peepkorn, L., "The Economics of Verticals", Competition Policy Newsletter, 1998, nr. 2.

Offentligt tryck

EG-rättsligt offentligt tryck

Kommissionens beslut

Kommissionens beslut 91/153/EEC, OJ L 075, 21/03/1991, s. 57.

Kommissionens beslut 92/33/EEC, OJ L12, 18/01/1992, s. 24.

Kommissionens beslut, 92/428/EEC, OJ L 236, 19/08/1992, s. 11.

Direktiv och förordningar

Direktiv 84/450/EEG av den 10 september 1984 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam, EGT L 250, 19.9.1984, s. 17.

Rådets första direktiv (89/104/EEG) av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemstaternas varumärkeslagar, L 159, 10/06/1989, s. 60.

Direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordningen av vissa bestämmelser som fastställts i medlemstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television, EGT L 298, 17.10.1989, s. 23.

Kommissionens förordning (EG) nr 2790/99 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, EGT L 336, 29/12/1999 s. 21.

Övrigt

EG-fördraget

Grönbok om vertikala begränsningar i EG: s konkurrenspolitik, KOM (1996), 721 slutlig, antagen av kommissionen den 22 januari 1997.

Uppföljning av grönboken om vertikala begränsningar, KOM (1998), 544 slutlig, EGT C365, 26/11/1998 s. 3.

Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C291, 13/10/2000, s. 1.

Svenskt offentligt tryck

Förarbeten och lag

Skadeståndslag (1972:207)

Lag om skydd för företagshemligheter (1990:409).

Marknadsföringslag (1995:450).

Övrigt

Pariskonventionen den 20 mars 1883 för industriellt rättsskydd.

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från EG-domstolen

EG-domstolen, Mål 8/74, *Procureur du Roi v. Benoît and Gustave Dassonville*, 11 juli 1974, [1974] ECR s. 837.

EG-domstolen, Mål 26/76, *Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG v. Commission of the European Communities*, 25 oktober 1977, ECR [1977] 1875.

EG-domstolen, Mål 120/78, *Rewe-Zentral-AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 februari 1979, REG svensk specialutgåva IV [1978-1979] 377.

EG-domstolen, Mål 58/80, *Dansk Supermarket A/S mot A/S Imerco*, 22 januari 1981, REG [1981] 181.

EG-domstolen, Mål 6/81, *BV Industrie Diensten Groep v. J.A. Beele Handelmaatschappij BV*, 2 mars 1982, ECR [1982] 707.

EG-domstolen, Mål 75/81, *Joseph Henri Thomas Blesgen v. State of Belgium*, 31 mars 1982, ECR [1982] 1211.

EG-domstolen, Mål 286/81, *Criminal against Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV*, 15 december 1982, ECR [1982] 4575.

EG-domstolen, Mål 107/82, *AEG v. Commission*, 25 oktober 1983, ECR [1983] 3151.

EG-domstolen, Mål 75/84, *Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG v. Commission of the European Communities*, ECR [1986] 3021.

EG-domstolen, Mål C-292/92, *Ruth Hündermund and Others v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, 15 december 1993, [1993] ECR-I 6787.

EG-domstolen, Förenade målen C-267/91 & C-268/91, *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard*, 24 november 1993, ECR [1993] I-6097.

EG-domstolen, Mål C-412/93, *Société d'Importation Édouard Leclerc-Siplec v. TF1 Publicité SA and M6 Publicité SA*, 9 februari 1995, [1995] ECR- I 179.

EG-domstolen, Förenade målen C-427/93, C-429/93 & C-436/93, *Bristol-Myers Squibb and Others v. Paranova*, 11 juli 1996,[1996] REG I s. 3457.

EG-domstolen, Förenade målen C-34-36/95, ”*Konsumentombudsmannen v. De Agostini Förlag AB and TV-Shop i Sverige AB*, 9 juli, [1997] ECR-I 3843.

EG-domstolen, Mål C-337/95, *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV*, 4 november 1997, ECR [1997] I 6013.

EG-domstolen, Mål C- 63/97, *Bayerische Motorwerke AG (BMW) och BMW Nederland BV mot Ronald Karel Deenik*, 23 februari 1999,[1999] REG I 905.

Förstainstansrättens domar

Förstainstansrätten, Mål T-19/91, 27 februari 1992, *Société d’Hygiène Dermatologique de Vichy v. Commission of the European Communities*, ECR [1992] II-415.

Förstainstansrätten, Mål T-88/92, *Groupement d’achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II 1961.

Förstainstansrätten, Mål T-19/92, *Groupement d’achat Edouard Leclerc mot Europeiska kommissionen*, 12 december 1996, REG [1996] II 1851.

Franska rättsfall

La Cour de Cassation, ch. Com. *SA Établ. Gouget et autres./. Sté Parfums Rochas*, 27 oktober 1992, Recueil Dalloz Sirey 1992 Jurisprudence, s. 505.

La Cour de Cassation, ch. com. *SARL Pin Ups and CO. /. Sté des parfums Loris Azzaros*, 27 oktober 1992, Recueil Dalloz Sirey 1992 Jurisprudence, s. 506.

La Cour de Cassation, ch. com. *Parfums Hermès . /. Société de distribution Centre Leclerc Limoges Dis*, 27 oktober 1992, Recueil Dalloz Sirey 1992 Jurisprudence, s. 506

La Cour de Cassation, ch. com., *SARL Parfumerie Michelle./. SA Chanel*, 23 februari 1993, Recueil Dalloz Sirey 1994, jurisprudence s. 318.